

REVISTA

da Ordem dos Advogados

“EDITORIAL” Pág. 5

Doutrina

Paulo de Pitta e Cunha: “*A UNIÃO MONETÁRIA E O DILEMA DA SAÍDA DA CRISE*” Pág. 7

Luís de Lima Pinheiro: “*INTRODUÇÃO À ARBITRAGEM DE INVESTIMENTOS NO SECTOR DA ENERGIA PERANTE AS ORDENS JURÍDICAS PORTUGUESA E ANGOLANA*” Pág. 17

Paula Costa e Silva: “*A ARBITRABILIDADE DA PRETENSÃO ANULATÓRIA DE DECISÃO ARBITRAL: EXPENSÃO DA ARBITRAGEM A UM DOMÍNIO IMPROVÁVEL?*” Pág. 39

Alexandre Libório Dias Pereira: “*TELEMEDICINA E FARMÁCIA ONLINE: ASPETOS JURÍDICOS DA eHEALTH*” Pág. 55

Rui Ataíde: “*SOBRE A DISTINÇÃO ENTRE POSSE E DETENÇÃO*” Pág. 79

Diogo Costa Gonçalves: “*PERSONALIDADE vs CAPACIDADE JURÍDICA — UM REGRESSO AO MONISMO CONCEPTUAL?*” Pág. 121

Renato Lopes Militão: “*A FORMULAÇÃO DE JUÍZOS DE VALOR DESONROSOS COM SUPORTE FACTUAL, PERANTE A INCRIMINAÇÃO DA DIFAMAÇÃO*” Pág. 151

Luísa Monteiro de Queiroz: “*DO DANO BIOLÓGICO*” Pág. 183

Nuno Sousa e Silva: “*UM RETRATO DO REGIME PORTUGUÊS DOS SEGREDOS DE NEGÓCIO*” Pág. 223

Catarina Santos Botelho: “*OS DIREITOS SOCIAIS NUM CONTEXTO DE AUSTERIDADE: UM ELOGIO FÚNEBRE AO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL?*” Pág. 259

Diogo Lemos e Cunha: “*O INQUÉRITO JUDICIAL ENQUANTO MEIO DE TUTELA DO DIREITO À INFORMAÇÃO NAS SOCIEDADES POR QUOTAS*” Pág. 295

Lourenço Leiria de Mendonça Noronha dos Santos: “*DESVIO DE TRABALHADORES E CONCORRÊNCIA DESLEAL*” Pág. 369

Débora Melo Fernandes: “*O PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA ADMINISTRATIVA: MITO OU REALIDADE?*” Pág. 425

David Sequeira Dinis e Luís Bértolo Rosa: “*A ISENÇÃO DE IMPOSTO MUNICIPAL SOBRE AS TRANSMISSÕES ONEROSAS DE IMÓVEIS NAS VENDAS E PERMUTAS EM PROCESSO DE INSOLVÊNCIA*” Pág. 459

Jurisprudência Crítica

Luís Manuel Teles de Menezes Leitão: “*ACÓRDÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL N.º 262/2015*” Pág. 483

Jurisprudência dos Conselhos

- Parecer do Conselho Superior: Processo n.º 239/2014 — CS/R. Recurso da Deliberação da Secção do Conselho Superior — “*Deveres do Advogado para com o Cliente — Dever de Zelo*” Pág. 493
- Parecer do Conselho Geral: Processo n.º 27/PP/2014-G e 30/PP/2014-G — “*Competência dos Advogados Estagiários para Reconhecimentos de Assinaturas, Autenticação e Tradução de Documentos e Conferência de Cópias*” Pág. 507

ISSN 0870-8118

REVISTA

da Ordem dos Advogados

Directora

Bastonária Elina Fraga

Sub-Director

Prof. Doutor Luís Manuel Teles de Menezes Leitão

Comissão de Redacção

Dr. Fernão Fernandes Thomaz	Prof. Doutor Diogo Leite de Campos
Prof. Doutor José de Oliveira Ascensão	Prof. Doutor Fausto de Quadros
Prof. Doutor António Menezes Cordeiro	Prof. Doutor José Sérvulo Correia
Prof. Doutor Paulo de Pitta e Cunha	Dr. José Osvaldo Gomes
Dr. Rui Chancerelle de Machete	Prof. Doutor Miguel Teixeira de Sousa
Dr. Alberto Luís	Prof. Doutor Germano Marques da Silva
Prof. Doutor Dário Moura Vicente	

Correcção

Biblioteca da Ordem dos Advogados

Coordenação e Secretariado

Sandra Coelho e Fátima Maciel

Propriedade da Ordem dos Advogados

Edição da Ordem dos Advogados

Redacção e Administração

Largo de S. Domingos, 14-1.º — 1169-060 Lisboa — Portugal

Composição

AGuerra — Viseu

Impressão e acabamentos

Tipografia Frasco, L.^{da} — Póvoa de Varzim

Depósito Legal: 124011/98

N.º de Registo na ERC 124904

ISSN 0870-8118

Tiragem: 12 500 exemplares

REVISTA

da Ordem dos Advogados

ANO 75
2 0 1 5



L I S B O A

EDITORIAL 2015

No ano transacto, a *Revista da Ordem dos Advogados* procurou continuar a acompanhar em permanência a actualidade jurídica, tendo por isso dado especial atenção à reforma laboral e às questões que se suscitam em sede de processo civil e arbitragem.

Conforme tínhamos previsto no editorial do ano passado, os resultados da mal preparada reforma da organização judiciária foram absolutamente dramáticos, com o colapso do Cítilus durante dois meses, o que contribuiu ainda mais para a morosidade da justiça portuguesa, tantas vezes condenada nos tribunais internacionais. A Revista não deixou de examinar essa questão na área da jurisprudência crítica.

A Revista reitera por isso o seu apelo aos colegas para a publicação de artigos e análises de jurisprudência que permitam acompanhar com seriedade as sucessivas alterações legislativas, tantas vezes irreflectidas, com que os advogados têm que lidar.

A Comissão

A UNIÃO MONETÁRIA E O DILEMA DA SAÍDA DA CRISE(*)(**)

Pelo Prof. Doutor Paulo de Pitta e Cunha

1. Pode dizer-se, esquematicamente, que um país atingido por insustentável desequilíbrio em relação ao exterior dispõe de quatro vias para a realização do necessário reajustamento.

A primeira (a que chamaremos **solução A**) consiste na introdução de **controles directos das transacções externas** (direitos aduaneiros, restrições quantitativas, limitação das saídas de capitais, subsídio das exportações, etc).

A segunda (**solução B**) reside no recurso à **desvalorização cambial**. Foi este o instrumento central da “policy mix”, adoptada

(*) Comunicação apresentada na Academia das Ciências de Lisboa em 25 de Junho de 2015.

(**) No momento em que concluímos o presente texto, permaneciam indecisas as negociações de que poderia vir a resultar, na pior das hipóteses, a saída da Grécia da união monetária europeia (“Grexit”, na expressão que vem sendo correntemente utilizada). Tal saída, como referiu há dias o Presidente do Banco Central Europeu, implicaria uma navegação para águas desconhecidas.

Embora reconheçamos que estamos pisando terreno movediço, julgamos que poderia ter interesse uma análise em plano algo mais abstracto, focada num dilema posto à união monetária – tomando “dilema” na acepção, extraída do Dicionário da Academia das Ciências, de “situação que implica uma escolha difícil entre duas possibilidades alternativas”. É curioso notar que o termo “dilema” tem origem no grego...

Na nossa exposição, tentaremos desfazer a tão propalada antítese dos conceitos de austeridade e crescimento.

em 1978 e 1983, no âmbito da recuperação do equilíbrio externo com assistência do FMI.

A terceira (**solução C**) traduz-se na realização de uma **política de austeridade**, implicando restrições da procura interna, na linha de forte condicionalidade que tem sido praticada nos actuais programas de auxílio internacional (“bail out”).

A quarta (**solução D**) envolve a **intensificação da integração económica** que se encontra em curso (e, implicitamente, do grau de integração política), pela criação de novas formas de gestão em comum da política macro-económica, pela introdução de dispositivos de mutualização da dívida e, no limite, pela transformação do orçamento da União num orçamento federal ou pré-federal, implicando transferências automáticas de recursos em proveito dos países em dificuldade.

Ora, sucede que para os países que, na União Europeia, deixaram de ter moeda própria, estreita-se o leque das opções.

2. Com efeito, a **solução A** está vedada a todos os países da União, atenta a vinculação, consagrada nos Tratados europeus, ao imperativo de livre circulação de bens, serviços e capitais no interior do mercado único, e também às regras consagradas nas convenções internacionais (GATT/ Organização Mundial do Comércio).

A **solução B** também não está ao alcance dos países da União Europeia que aderiram à moeda comum, embora continue válida para aqueles que, por decisão dos próprios, ou por incapacidade de cumprirem os critérios previstos no Tratado de Maastricht, não participam na zona euro.

A **solução C** tem vindo a ser aplicada, mas a contrapartida do financiamento facultado pelos credores tem sido assinalada por exigências de grande dureza, ao ponto de afectar a capacidade dos países assistidos para operarem uma viragem para a recuperação das suas economias.

Daí esperar-se, em relação aos países da zona euro, que a solução aconselhável possa envolver uma combinação da suavização da austeridade (**solução C**) com a adopção de medidas, no âmbito da **solução D**, para alteração da estrutura e do funciona-

mento da União, ou, pelo menos, pela consagração de certa forma de mutualização das dívidas soberanas.

Mas a última solução supõe que se avance, em maior ou menor grau, no campo da própria integração política, o que os Estados da União Europeia não parecem actualmente interessados em aceitar. E implica o renascimento de uma consciência de solidariedade intra-europeia, a qual tem faltado, sobretudo desde a rejeição da Constituição europeia (sendo o caso extremo o do Reino Unido, que está ao ponto de sujeitar a referendo a questão da permanência ou saída da União — “Brexit”).

3. Para os países da zona euro, em particular os países devedores, a perspectiva de uma austeridade mais branda, entrosada no apoio ao crescimento económico, será, obviamente, muito superior à da austeridade pura e dura. Mas aquela envolve a realização de algumas das componentes da **solução D**, o que pressupõe o retorno ao espírito de entre-ajuda, que infelizmente não parece estar presente no estado actual do processo de integração europeia — embora se vão registando alguns progressos, nomeadamente no sentido da realização da união bancária.

Ora, faltando este espírito, o país da união monetária cuja dívida pública tenha atingido valor insustentável, deixando de ter acesso aos mercados para se financiar, fica confinado na **solução C**, só contando, quando muito, com alguma benevolência dos credores. Reconheça-se que, em larga medida, terá atingido tão elevada expressão do seu endividamento por culpa própria — por ter descurado, à sua entrada para a zona euro, as reformas económicas indispensáveis para assegurar duradouramente a competitividade externa.

Compreende-se, assim, que a decisão de entrar para a união monetária devesse ter sido acompanhada pela criação de condições propícias para enfrentar os **choques assimétricos**, como os que vieram a ocorrer nos países da Europa do Sul e na Irlanda. Ora, a não verificação de tais condições, que não foram explicitamente incluídas no desenho do **modelo da união monetária**, implicou que a opção pela entrada tenha sido prematura, constituindo um exercício de trapézio sem rede.

4. Claro está que teria sido aconselhável para Portugal pôr as necessárias reticências e reclamar **contrapartidas para a perda do instrumento cambial** no decurso das negociações cruciais de que resultaram as grandes linhas da criação da união monetária (nas quais a presença do país terá sido desapontadamente passiva), assim procurando abrir caminho para a neutralização dos eventuais, mas prováveis, choques assimétricos negativos.

Devia ter-se meditado sobre as consequências da adesão à zona, assumindo-se que, muito mais importante do que estar “trionfantemente” no núcleo dos fundadores seria permanecer por tempo indeterminado no exterior da nova realidade europeia, numa posição prudente de “**wait and see**”, como a que foi adoptada pela Dinamarca e, com fundamentos algo diferentes, pela Suécia e pelo Reino Unido.

Mas a obsessão do “aluno aplicado” prevaleceu, e daí a presença periclitante do país na fundação da moeda única, desarmado de instrumentos de gestão autónoma da política económica (cambial, monetária e, em boa medida, orçamental), e sujeito aos aspectos negativos advenientes da concentração do esforço de recuperação correspondente à **solução C** (perda de bem-estar e empobrecimento duradouro).

5. A união monetária europeia decorreu não só de uma perspectiva de **ganhos económicos**, sintetizada na conhecida expressão “one market, one money”, mas também de um **designio político** não formalmente expresso, o de evoluir para uma Europa supranacional, quiçá a caminho de uma federação. Sendo actualmente uma **união monetária imperfeita**, por lhe faltar o elemento da centralização orçamental, e conseqüentemente frágil, a sua consolidação passa pela introdução de elementos significativos de integração política.

Daí que se desenhe o seguinte dilema: ou a união monetária continua a denotar a **imperfeição** que hoje a caracteriza, e a própria existência da zona euro poderá ser ameaçada, como acontece na presente crise — pois se sabe que bastará a saída de um só dos seus membros para se pôr termo à intangibilidade da construção —, ou ascende ao estádio da **união monetária perfeita**, mas com o risco

de, em certo momento, se transporem os umbrais de uma federação europeia (solução que está longe de vir ao encontro das actuais aspirações dos Estados-membros).

A perspectiva de maior integração política delinea-se, assim, por arrastamento da correcção das deficiências económicas do modelo actual de união monetária. Ora, o risco atrás apontado seria o de, em determinado momento, os Estados membros perderem a qualidade de sujeitos directos das relações internacionais, passando a ser simples unidades componentes de uma federação, em que o próprio poder de representação externa é absorvido pelo centro.

Compreende-se, assim, a razão principal pela qual certos países dotados de economias fortes (Reino Unido, Dinamarca, Suécia), mas nada interessados em enveredar pelo **federalismo europeu**, se tenham mantido afastados da moeda única.

6. À semelhança de outros países da União, não se discutiu nem se precisou em Portugal **até onde** o país se dispõe a avançar no processo da integração europeia. Ora, em nossa opinião, não seria aceitável que se chegasse ao ponto de serem corroídos os alicerces da essência como Estado — e caberia aqui enumerar factores como a mais antiga estabilidade de fronteiras na Europa, os nove séculos de existência como nação independente, etc., etc.

A entrada para a união monetária decidiu-se com precipitação, sem se ponderar devidamente, com base em cuidada análise de custos/benefícios, que dificuldades, no plano económico e no plano político, tal entrada poderia implicar.

7. Poderá dizer-se que a união monetária, mesmo na presente versão imperfeita e no contexto das insuficiências do regime actual, tem continuado, ainda assim, a atrair novos membros. Mas deve atentar-se em que os três mais recentes foram os Estados bálticos, onde, mais do que o imperativo económico, avulta a preocupação de se conseguir um distanciamento tão extenso quanto possível em relação à grande potência vizinha. E, ainda hoje, nove países da União Europeia continuam a não pertencer à união monetária.

Portugal não devia, quanto a nós, ter figurado entre os fundadores da união monetária; mas, já que fez aquela opção, ser-lhe-ia

profundamente nociva, no quadro da crise actual, a **saída da zona euro** (mesmo que se procurasse efectivá-la em moldes “organizados”). É certo que tal saída propiciaria a abertura à **solução B**; mas a operação seria altamente arriscada, podendo acarretar gravíssimas perturbações no sistema financeiro e tornando problemática a própria recuperação por via das exportações (por insuficiência da capacidade produtiva para responder a uma procura externa acrescida), além das dificuldades que adviriam de se assumirem os compromissos da dívida, expressa em euros, a partir de uma moeda nacional depreciada, e de se assegurar a própria permanência do país no âmbito do mercado interno da União Europeia.

8. Um ponto que merece ser sublinhado diz respeito à condução das negociações, quer com os credores externos, quer com os países parceiros, para a alteração das regras do jogo e para se atenuar a imperfeição da união monetária. É difícil compreender por que razão os países devedores não tenham procurado actuar em conjunto, formando uma frente comum, que decerto lhes facultaria maior grau de influência naquelas negociações.

Em suma: o desfecho da crise das dívidas soberanas pode passar por um salto qualitativo no âmbito da **solução D** (a que respeita à intensificação da integração), salto qualitativo que não deixaria de se traduzir em mais forte supranacionalidade, mas tornaria possível o abrandamento das exigências de compressão da procura interna (**solução C**) dos países em dificuldade.

9. Na verdade, no âmbito de uma união monetária, assinada por profundos laços, nos domínios económico e político, entre os Estados-membros, faz pouco sentido que a acção contra choques assimétricos se concentre exclusivamente na **solução C**.

Ao entrarem para aquela união, os Estados participantes terão renunciado a funções fulcrais de gestão autónoma da sua política económica. Mas é legítimo esperarem que na fixação das condições impostas em contrapartida da atribuição dos financiamentos se pondere o problema da **deterioração do clima social**, suscitada pela adopção de medidas restritivas demasiado bruscas ou severas. Assim, não é admissível que as taxas dos empréstimos concedidos no plano

da assistência financeira tenham excedido as praticadas em geral nos mercados (foi isto o que já se verificou nos casos de Portugal, da Irlanda e da Grécia); nem se compreende a frieza com que, nos documentos oficiais das instituições representativas dos credores, se deixem no silêncio os efeitos devastadores das medidas exigidas.

10. Mas **cada país é um caso**, que deve ser abordado em função da sua especificidade. Não existe uma receita aplicável uniformemente a todos os Estados devedores.

Talvez isto explique, em certa medida, a falta de efeitos positivos na **Grécia**, a mescla de resultados de **Portugal** e a boa saída da crise pela **Irlanda**, países em que foi aplicada, com mais ou menos variantes, a receita clássica correspondente à política de austeridade dura.

Para além das situações que ficaram referidas, é de salientar que uma parte dos esforços a empreender deve decorrer da aplicação de **políticas estruturais** adequadas à situação dos países em dificuldade. Ora, na receita clássica, o que se entende por “políticas estruturais”, tão reclamadas nas instâncias europeias, reconduz-se basicamente à flexibilidade do regime laboral, ao estímulo da concorrência, à fiscalidade e à redução dos gastos do Estado no quadro da correcção do desequilíbrio das contas públicas.

Mas a acção tem de ser bem mais profunda, envolvendo, nos países devedores, políticas tão diversas como as que se ligam à capacidade e qualidade da oferta de bens e serviços, à atracção do investimento externo, à melhoria do sistema judicial, à formação e ao ensino. Dos países credores espera-se nomeadamente que renunciem à aplicação de políticas extra-conservadoras, políticas que pressionam por forma excessiva a procura interna e afectam, conseqüentemente, as exportações dos países devedores.

11. O tratado de Maastricht introduziu duas regras que se destinam a evitar o incurso em desequilíbrios exagerados — regras retomadas no recente Tratado orçamental europeu.

A primeira é relativa ao limite de **3% do PIB**, fixado para os défices orçamentais. É-lhe prestada grande atenção, mas o combate aos défices excessivos tem sido de problemática eficácia.

Portugal continua sujeito a um procedimento por défice excessivo, ao qual só poderá vir a eximir-se quando se situar dentro do perímetro “mágico” dos 3%. De resto, é notório que na União Europeia há países grandes e países não grandes, estando os últimos sujeitos a uma rígida disciplina, que os primeiros (Alemanha, França), quando tal lhes é conveniente, têm sabido contornar.

Bom seria que a “regra dos 3%” (criticada ao ponto de alguns a qualificarem como uma forma de “voodoo economics”) fosse substituída por uma visão mais requintada e melhor adaptada às situações económicas e sociais dos diferentes países.

Já a segunda regra, atinente ao **máximo de 60%** na relação entre a dívida pública e o PIB, tem permanecido praticamente esquecida. A verdade é que, se essa regra houvesse sido invocada, o acesso à união monetária teria estado vedado a dois países fundadores da Comunidade (Itália e Bélgica), e daí que se tenha fechado os olhos ao incumprimento em que tais países incorriam.

Acrescem, agora, as exigências do **Tratado orçamental**, restringindo ainda mais o âmbito da tolerância de posições deficitárias das contas públicas. Bem melhor seria que esse Tratado não houvesse tido o acolhimento praticamente acrítico que lhe foi dado em Portugal, pois não é convincente o argumento de que poderá praticar-se uma “interpretação inteligente” dos seus preceitos, já que esta sempre poderia ser vista como um disfarce grosseiro para o incumprimento.

12. Em síntese: para os países membros da união monetária, estando indisponíveis os instrumentos tradicionais de ajustamento (**soluções A e B**), tudo se concentra nas políticas restritivas (**solução C**), a menos que a integração avance para novas formas de cooperação no interior da União (**solução D**), tornando possível o abrandamento dos sacrifícios e, em certa medida, compensar a perda daqueles instrumentos, mormente os da **solução B** (depreciação do câmbio) — perda que decorre da participação na própria união. Em situação extrema — na iminência de um “**default**” —, só lhes restaria o abandono da união monetária, para tentarem a **solução B** (desvalorização), com os riscos já sublinhados.

13. A propósito da actual euro-crise, tem sido habitual contrapor-se (considerando-as entre si irredutíveis) a visão “**neoliberal**”, para a qual são decisivos o rigor orçamental e a estabilidade financeira, a uma visão que chamaremos “**neokeynesiana**”, que privilegia os objectivos ligados ao emprego e ao crescimento e dá ênfase às reformas necessárias para os prosseguir.

A primeira visão é a que inspira a ortodoxia das políticas das instituições da União Europeia e da Alemanha, com a qual a posição portuguesa tem alinhado; a segunda vem sendo assumida por economistas que se situam fora da “mainstream” da política europeia (a principiar por Paul Krugman), e pretendem inverter os dados do problema.

14. As críticas de um lado e de outro polarizam-se nas falhas (ou inconvenientes) assacadas a cada uma das concepções: os “neokeynesianos” acentuam os efeitos perversos imputáveis à austeridade, sob a forma da perpetuação da recessão induzida pelas medidas restritivas adoptadas; os “neoliberais” sublinham o irrealismo da outra concepção, já que esta, visando, sem dúvida, objectivos louváveis, que todos desejam ver alcançados, não explica como se conseguirão os meios financeiros que permitam solver os compromissos assumidos pelos Estados devedores, desprovidos, no âmbito da zona euro, do **poder nacional de criação monetária**.

Não vemos por que razão, em termos de política económica concreta, não possa operar-se a combinação das duas ópticas, por forma a se conjugarem os elementos válidos de uma e de outra: uma austeridade relativamente branda, em articulação com medidas específicas visando o crescimento e envolvendo a introdução de reformas económicas e, desejavelmente, de dispositivos de apoio no âmbito de uma união monetária mais perfeita do que a actual.

O crescimento, além de reflectir o desejável incremento da actividade económica e do emprego, é também condição necessária para se tornar viável o reembolso da dívida soberana acumulada.

Note-se, a este respeito, que o peso da dívida pública externa, que já atinge, em Portugal, 130% do PIB, e que não tem mostrado tendência para diminuir (a que acresce o elevado volume de dívida do sector privado), torna problemático que o país alcance índices

de crescimento compatíveis com a convergência real em relação à média da economia da União. É, assim, posta a questão de saber se, nos moldes actuais, a dívida pública é efectivamente pagável — onde se aflora a “vexata quaestio” da reestruturação.

Já a proclamação do repúdio absoluto da austeridade, ao mesmo tempo que se continue a esperar dos credores a outorga de novos financiamentos (veja-se o presente caso grego), não é posição realista — a menos que intervenham aí outros factores, como o receio das instituições credoras em abrir a “caixa de Pandora” da primeira saída de um dos membros da união monetária, envolvendo a perigosa demonstração da fragilidade e da reversibilidade da zona, e possivelmente desencadeando efeitos perigosos no plano geopolítico.

15. “Austeridade” é um conceito com manifesta carga negativa: com efeito, ninguém gosta da austeridade por si mesma — sinónimo de rigorosa disciplina (com os inerentes sacrifícios) — com excepção, talvez, da óptica focada na ética da **punição** dos países esbanjadores, a qual se reflectiu no “Tratado orçamental”, de que o Reino Unido e a República Checa avisadamente se excluíram (e que já foi apodado de introdutor de uma “austeridade perpétua”). Ao invés, a expressão “**crescimento**” tem obviamente conotação positiva, por se ligar ao aumento de bem-estar.

Importa, assim, que a austeridade, funcionando com **instrumento** de recuperação do equilíbrio financeiro e da solvência dos devedores, não seja assumida de modo a provocar efeitos recessivos insuportáveis, antes se articulando com políticas especificamente voltadas para o **objectivo** de crescimento económico.

Em lugar da rejeição absoluta da austeridade e da proclamação de uma hipotética política alternativa, trata-se de promover a suavização da primeira no quadro de uma acção que tenha por finalidade o crescimento real.

INTRODUÇÃO À ARBITRAGEM DE INVESTIMENTOS NO SETOR DA ENERGIA PERANTE AS ORDENS JURÍDICAS PORTUGUESA E ANGOLANA

Pelo Prof. Doutor Luís de Lima Pinheiro()*

SUMÁRIO:

I. Introdução. II. Modalidades de arbitragem de investimentos no setor da energia. *A) Arbitragem quási-internacional pública; B) Arbitragem transnacional de investimentos. III. A determinação do direito aplicável ao mérito da causa na arbitragem transnacional de investimentos.* *A) Direito Transnacional da Arbitragem; B) Direito de Conflitos de fonte estadual. IV. A determinação do direito aplicável ao mérito da causa na arbitragem quási-internacional pública de investimentos no setor da energia. V. Considerações finais.*

I. Introdução

I. A arbitragem é um modo jurisdicional de resolução de controvérsias em que a decisão é confiada a particulares. Na arbitragem voluntária, esta alternativa baseia-se num acordo das partes: a convenção de arbitragem. Assim, a arbitragem e, em especial, a arbitragem voluntária constitui numa alternativa ao recurso

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

aos tribunais estaduais. No comércio internacional, porém, a arbitragem, mais do que um modo alternativo de resolução de controvérsias, é o *modo normal de resolução de controvérsias*.

As controvérsias arbitráveis em matéria de energia são as mais variadas.

Desde logo, porque há múltiplas formas de energia — de origem fóssil, renovável e nuclear —, que dão origem a diversas indústrias e, mais amplamente, a diversos setores do comércio. Saliendam-se os setores petrolífero, do gás natural e da eletricidade.

Segundo, porque nestes setores do comércio são celebrados os mais diversos contratos, tendo designadamente por objeto a prospeção e desenvolvimento de petróleo e de gás natural, a exploração de jazidas de petróleo e gás natural, a refinação, a produção de eletricidade, o armazenamento, a comercialização, o transporte e transmissão e a distribuição.

Terceiro, porque são arbitráveis questões não só contratuais mas também extracontratuais, quer de Direito privado quer de Direito público. Por exemplo, pretensões jurídico-privadas fundadas em responsabilidade extracontratual, como as resultantes de danos causados por um acidente nuclear.

Enfim, porque as controvérsias tanto podem dizer respeito a *relações internas*, que estão exclusivamente em contacto com um só Estado soberano, como a *relações internacionais*, que se estabelecem entre Estados e/ou organizações internacionais, ou a *relações transnacionais* que são aquelas que embora envolvendo particulares têm contactos relevantes com mais de um Estado soberano.

II. Importa, portanto, *delimitar o tema* e eleger os tópicos centrais que devem ser privilegiados numa introdução necessariamente breve.

Penso que os problemas mais interessantes e específicos são os que dizem respeito às relações transnacionais e, principalmente, aos investimentos no setor da energia. Proponho-me, por isso, tratar essencialmente da *arbitragem de investimentos no setor da energia*.

Por *arbitragem de investimentos* entendo a arbitragem entre Estados ou entes públicos autónomos e empresas “estrangeiras”

com respeito à afetação de meios produtivos a uma atividade econômica no território do Estado de acolhimento. Adoto aqui uma noção muito ampla de investimento, destinada a abranger a noção relevante para a aplicação do Tratado da Carta da Energia (doravante designada TCE), a que adiante farei referência.

Isto não obsta a que as noções básicas que terei ocasião de expor com respeito à arbitragem transnacional valham também para outras controvérsias no setor da energia e, designadamente, para as que surjam exclusivamente entre particulares.

As razões para esta opção pela arbitragem de investimentos são reforçadas pela *importância do investimento internacional* no desenvolvimento das economias nacionais e por um certo *alheamento dos investidores portugueses relativamente aos mecanismos de arbitragem específicos* que estão frequentemente ao seu dispor.

Com efeito, a internacionalização da economia, os processos de integração regional e, mais amplamente, a liberdade de circulação de capitais, conferem ao investimento internacional um papel cada vez mais importante no desenvolvimento das economias nacionais.

Na atualidade, a atração do investimento estrangeiro é um objetivo comum aos países desenvolvidos e aos países em desenvolvimento. Muitos países estimulam também a internacionalização das suas empresas mediante a realização de investimentos noutros países. Portugal e Angola são simultaneamente países de acolhimento de investimento estrangeiro e países de origem de investimentos noutros países.

A atração do investimento estrangeiro e a internacionalização das empresas nacionais tem de *conciliar a prossecução dos interesses públicos do Estado de acolhimento do investimento com uma adequada proteção do investidor estrangeiro*. A arbitragem assume a maior importância para este equilíbrio.

Com efeito, a sujeição da empresa “estrangeira” aos tribunais do Estado envolvido implica, em caso de litígio, o risco de processos judiciais lentos, onerosos e, eventualmente, sem a necessária garantia de imparcialidade. Encerra também o risco de o sujeito público fazer valer atos normativos e administrativos com os quais a empresa não podia contar quando tomou a decisão de investir.

Por outro lado, a atribuição de competência aos tribunais de outro Estado é dificilmente aceitável pelo sujeito público.

A arbitragem surge, então, como uma alternativa conveniente, conveniência que é reforçada por três ordens de razões.

Primeiro, a possibilidade de as partes estipularem que o litígio seja decidido com base no Direito Internacional Público ou em regras e princípios transnacionais, o que evita a necessidade de optar entre o Direito do sujeito público, que pode ser alterado em prejuízo do investidor, e o Direito de outro Estado, que é uma alternativa dificilmente aceitável pelo sujeito público.

Segundo, a confidencialidade dos processos arbitrais que contrasta com os processos nos tribunais estaduais, que são normalmente públicos.

Enfim, na facilidade no reconhecimento internacional das decisões arbitrais, que no caso da arbitragem transnacional se deve principalmente à vinculação de grande número de Estados à Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução das Sentenças Arbitrais Estrangeiras (1958). Entre estes Estados conta-se Portugal, mas não Angola.

O reconhecimento da decisão arbitral ainda é mais fácil e expedito no caso da arbitragem realizada sob a égide do Centro Internacional para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos (doravante designado CIRDI) que adiante examinarei⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Do art. 53.º/1 da Convenção CIRDI resulta que as partes são vinculadas pela sentença arbitral por força do próprio Direito Internacional, independentemente do seu reconhecimento na ordem jurídica estadual. Resulta também que a sentença não pode ser objeto de qualquer impugnação ou revisão salvo nos casos e pelos meios previstos na Convenção.

O art. 54.º obriga os Estados contratantes a reconhecer a obrigatoriedade da sentença e a assegurar a execução no seu território das obrigações pecuniárias impostas por essa sentença como se fosse uma decisão final de um tribunal desse Estado (n.º 1). Para o efeito, basta que a parte que deseje obter o reconhecimento e a execução de uma sentença forneça ao tribunal competente ou a qualquer outra autoridade que o Estado de reconhecimento tenha designado para este efeito uma cópia da sentença autenticada pelo secretário-geral (n.º 2). A execução da sentença será regida pela lei processual do Estado de execução (n.º 3).

Nos casos de arbitragem TCE que não se enquadrem no CIRDI, o TCE procura facilitar esse reconhecimento segundo o regime da Convenção de Nova Iorque nos termos do art. 26.º/5/a/ii e /6 TCE. Ver ainda art. 26.º/8 TCE.

Por seu turno, o alheamento dos investidores portugueses relativamente aos mecanismos específicos da arbitragem de investimentos contrasta com a importância que estes mecanismos podem assumir para a proteção destes investimentos, e que é ilustrada pelo facto de a maior condenação alguma vez proferida por um tribunal arbitral ter ocorrido precisamente numa arbitragem de investimento no setor da energia enquadrada pelo TCE.

Refiro-me à decisão arbitral final proferida em 2014 no caso *Yukos*, em que o Tribunal Permanente de Arbitragem condenou a Federação Russa a pagar aos ex-acionistas maioritários da maior empresa petrolífera “russa” mais de 50 mil milhões de dólares com fundamento na expropriação indireta das suas ações em violação do art. 13.º TCE.

III. No presente estudo, começarei por caracterizar as modalidades de arbitragem de investimentos presentes no setor da energia (I), para em seguida examinar a determinação do Direito aplicável ao mérito da causa na arbitragem transnacional de investimentos (II) e na arbitragem quási-internacionalpública (III). Terminarei com algumas breves considerações finais (IV).

II. Modalidades de arbitragem de investimentos no setor da energia

A) Arbitragem quási-internacionalpública

Quanto se fala de arbitragem de investimentos pensa-se, em primeiro lugar, em certos mecanismos arbitrais estabelecidos por Convenções internacionais.

É este o caso das *arbitragens realizadas sob a égide do CIRDI* (ICSID em língua inglesa) — organizado pela Convenção de Washington para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados (que doravante designarei Convenção CIRDI). Esta Convenção tem uma vigência quase

universal, dado o elevadíssimo número de Estados partes, entre os quais se conta Portugal, mas não Angola.

Os tribunais arbitrais regulados por esta Convenção têm *jurisdição* para conhecer dos diferendos “diretamente decorrentes de um investimento”, entre um Estado contratante (ou qualquer pessoa coletiva de Direito público ou organismo dele dependente designado pelo mesmo ao Centro) e um nacional de outro Estado Contratante, diferendo esse cuja submissão ao Centro foi consentida por escrito por ambas as partes (art. 25.º/1 da Convenção CIRDI)⁽²⁾.

Os tratados bilaterais em matéria de investimento celebrados por muitos Estados, como é o caso de Portugal, sujeitam geralmente os litígios emergentes de investimentos, exclusiva ou alternativamente, a este dispositivo arbitral. Assim, a aplicabilidade do Tratado dispensa, geralmente, a exigência de consentimento individualizado do sujeito público.

No setor da energia, como já observei, é também o caso das *arbitragens enquadradas pelo TCE*. O TCE, concluído em Lisboa no ano de 1994, tem por objetivo a criação de um enquadramento jurídico internacional para os investimentos, o comércio, o trânsito e a proteção do ambiente, ligada à eficiência energética, no domínio da energia ⁽³⁾. Em junho de 2013, eram partes neste Tratado 47 Estados, na sua maioria europeus, e a União Europeia. Portugal é um dos Estados Contratantes. Angola também não é parte neste Tratado.

Há ainda alguns Estados que assinaram o TCE, mas não o ratificaram. *O Tratado é provisoriamente aplicável a estes Esta-*

(2) Ver LUÍS DE LIMA PINHEIRO — *Direito Internacional Privado*, Vol. I, 3.ª ed., Coimbra, 2014, § 10 D, com mais referências.

(3) Sobre este Tratado, bem como sobre os tratados complementares que integram o chamado Processo da Carta de Energia, ver HANS CORELL, GRAHAM COOP e LAURENT GOUIFFÈS — “Introduction to Energy Charter Treaty (ECT)”, in *Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty*, pp. 1-47, Jurisnet, 2006; ARGHYRIOS FATOUROS — “An International Legal Framework for Energy”, *RCADI* 332 (2007) pp. 355-446, 409 e ss.; AGOSTINHO PEREIRA DE MIRANDA e MARTA REBELO — “A Resolução de Litígios no Tratado da Carta da Energia: Uma Primeira Abordagem”, in *Est. Miguel Galvão Teles*, Vol. I, pp. 669-686, Coimbra, 2012, pp. 669 e ss.

dos, na medida em que não seja incompatível com a sua constituição, leis ou regulamentos, a menos que no momento da assinatura façam uma declaração em contrário (art. 45.º). Uma declaração posterior neste sentido só tem eficácia diferida (art. 45.º/3).

Doravante designarei esta arbitragem como arbitragem TCE.

O mecanismo da arbitragem TCE é organizado pelo art. 26.º do TCE para os diferendos relativos a investimentos entre o investidor de um Estado vinculado pelo TCE, que tenha realizado um investimento no território de outro Estado vinculado pelo TCE, em que seja alegada a violação dos direitos do investidor ao abrigo da Parte do Tratado dedicada à promoção e proteção dos investimentos (III).

O investidor de um Estado vinculado pelo TCE é definido no art. 1.º/7/a TCE como a “pessoa singular com cidadania ou nacionalidade da Parte Contratante ou que aí resida permanentemente, nos termos da respetiva legislação aplicável” ou a “sociedade ou outra organização constituída nos termos da legislação aplicável nessa Parte Contratante”.

Deve atender-se também ao art. 17.º/1 TCE, segundo o qual a Parte Contratante pode não aplicar a Parte III a uma “pessoa coletiva, se cidadãos ou nacionais de um Estado terceiro forem seus proprietários ou a controlarem, e se essa pessoa coletiva não exercer atividades comerciais substanciais no território da Parte Contratante no qual está organizada”. O sentido deste preceito e, designadamente, a sua relevância para a competência do tribunal arbitral, suscitou divergências na jurisprudência da arbitragem TCE. O melhor entendimento, acolhido nas decisões *Plama v. Bulgária* (2005) e *Yukos v. Federação Russa* (decisão preliminar, 2009)⁽⁴⁾, é o de que não afeta a aplicação do art. 26.º TCE e, por conseguinte, a competência do tribunal arbitral⁽⁵⁾.

Assim, depois de expirado o prazo para uma solução amigável, *o investidor tem a faculdade de recorrer aos tribunais do Estado de acolhimento, a qualquer procedimento de resolução de*

(4) N.os 442-443.

(5) Ver ainda art. 26.º/7 TCE.

diferendos anteriormente acordado ou às modalidades de arbitragem previstas no n.º 4 (n.ºs 2 e 3)⁽⁶⁾.

O n.º 4 abre várias possibilidades de procedimento arbitral ao investidor.

Primeiro, o recurso à arbitragem CIRDI, se o Estado do investidor e o Estado de acolhimento do investimento forem ambos partes da Convenção CIRDI.

Segundo, a utilização do mecanismo suplementar de resolução de litígios do CIRDI (que aplica regras de arbitragem baseadas principalmente nos Regulamentos de Arbitragem da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional — doravante CNUDCI — e da Câmara de Comércio Internacional — doravante CCI) caso apenas um dos Estados referidos seja parte da Convenção CIRDI.

Terceiro, uma arbitragem *ad hoc* — i.e., um procedimento organizado para o caso concreto —, submetida ao Regulamento de Arbitragem da CNUDCI.

Por último, uma arbitragem institucionalizada realizada no âmbito do *Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce*.

À semelhança do que se verifica com a faculdade de recurso à arbitragem CIRDI prevista em tratados bilaterais, o consentimento do Estado de acolhimento em qualquer destes procedimentos arbitrais resulta da sua vinculação ao TCE (art. 26.º/3 e 5 TCE).

Estas arbitragens têm um estatuto internacional, no sentido em que são organizadas pelo Direito Internacional Público, embora se distingam das tradicionais arbitragens internacionais públicas porque têm por objeto litígios emergentes de relações estabelecidas com particulares (normalmente relações entre Estados ou entes públicos autónomos e particulares “nacionais” de outros Estados).

A isto acresce que na arbitragem CIRDI o Direito aplicável ao litígio não é necessariamente o Direito Internacional Público e que,

⁽⁶⁾ Os Estados indicados no anexo ID, entre os quais se conta Portugal, não dão o seu consentimento incondicional a estes procedimentos arbitrais se o investidor tiver previamente submetido o diferendo aos tribunais do Estado de acolhimento ou a um procedimento de resolução de diferendos anteriormente acordado (art. 26.º/3/b TCE).

por conseguinte, se coloca um problema de determinação do Direito aplicável ao mérito da causa.

Daí que eu prefira falar, desde que estudei o assunto na minha tese sobre o *Contrato de Empreendimento Comum (Joint Venture) em Direito Internacional Privado*, em arbitragem quási-internacionalpública⁽⁷⁾.

Há outros casos de arbitragem quási-internacionalpública, mas os que acabei de referir são de longe os mais importantes no setor da energia no que toca a Portugal e aos seus investidores.

B) *Arbitragem transnacional de investimentos*

Nem todas as arbitragens de investimentos são quási-internacionalpúblicas. A mais comum *arbitragem comercial internacional* também desempenha um papel importante na resolução de controvérsias emergentes de investimentos.

Entendo por arbitragem comercial internacional aquela que, não sendo organizada por uma Convenção internacional, tem por objeto litígios que põem em jogo interesses do comércio internacional. A esta arbitragem se refere o Cap. IX da Lei da Arbitragem Voluntária (doravante LAV) portuguesa e, em sentido mais amplo, o Cap. VII da LAV angolana. Por minha parte, prefiro designá-la por *arbitragem transnacional em sentido estrito*, evitando o qualificativo “comercial”, que se presta a equívocos⁽⁸⁾.

A arbitragem transnacional tem na maioria dos casos por objeto litígios entre empresas privadas que intervêm no comércio internacional, mas também pode dirimir litígios relativos a investimentos que surgem entre sujeitos públicos e investidores estrangeiros.

Com efeito, a tendência dominante nos principais sistemas jurídicos vai no sentido de admitir amplamente a arbitrabilidade de litígios em que são partes Estados ou outras pessoas coletivas de

(7) *Contrato de Empreendimento Comum (Joint Venture) em Direito Internacional Privado*, Almedina, Coimbra, 1998, 552 e ss. Para uma síntese mais recente, LIMA PINHEIRO (n. 2) § 5A e § 9D.

(8) Ver LUÍS DE LIMA PINHEIRO — *Arbitragem Transnacional. A Determinação do Estatuto da Arbitragem*, Coimbra, 2005, pp. 33 e ss.

Direito público ⁽⁹⁾. Isto verifica-se designadamente com respeito aos contratos administrativos.

Esta tendência também se manifesta nas ordens jurídicas portuguesa e angolana. Veja-se, na ordem jurídica portuguesa, o art. 180.º/1 do Código de Processo dos Tribunais Administrativos; na ordem jurídica angolana, o art. 1.º/3 LAV e a demais legislação referida na Lei da Arbitragem Voluntária Comentada de MANUEL GONÇALVES, SOFIA VALE e LINO DIAMVUTU⁽¹⁰⁾, incluindo o art. 89.º da Lei sobre Atividades Petrolíferas (L n.º 10/04, de 12/11).

Deve também referir-se que, com base na jurisprudência arbitral, formou-se uma regra de Direito Transnacional da Arbitragem segundo a qual *um Estado ou ente público autónomo não pode invocar o seu Direito interno para se subtrair a uma convenção de arbitragem que livremente celebrou*.

Esta regra foi acolhida em algumas legislações nacionais, designadamente o art. 50.º da LAV portuguesa.

Em suma, quando uma arbitragem que não é organizada por uma Convenção internacional tem por objeto litígios emergentes de investimentos internacionais podemos falar de *arbitragem transnacional de investimentos*.

Aparte o problema da arbitrabilidade subjetiva, colocado pela intervenção na arbitragem de um sujeito público, a principal questão colocada pela arbitragem transnacional de investimentos é a de saber se a determinação do Direito aplicável ao mérito da causa assume especificidade neste domínio. Eis a questão que passo a examinar.

⁽⁹⁾ Ver, em geral, BERNARD HANOTIAU — “L’arbitrabilité”, *RCADI* 296 (2002) pp. 29-253, 54 e ss., LIMA PINHEIRO (n. 8) § 8. Ver ainda, sobre a evolução histórica da arbitragem de litígios administrativos, JOSÉ ESQUÍVEL PEREIRA — *Os contratos administrativos e a arbitragem*, diss. policopiada, Lisboa, 2002, pp. 111 e ss.

⁽¹⁰⁾ Coimbra, 2013, Art. 1.º anot. 5.

III. A determinação do direito aplicável ao mérito da causa na arbitragem transnacional de investimentos

A) *Direito Transnacional da Arbitragem*

Para decidir o litígio que lhe é submetido, o tribunal arbitral tem de recorrer a critérios de decisão⁽¹¹⁾. Que regras e princípios devem orientar os árbitros na realização desta tarefa?

Os principais sistemas nacionais deixam às partes e aos árbitros uma grande liberdade na determinação dos critérios de decisão do caso.

Acresce que, os tribunais da arbitragem transnacional não estão exclusivamente submetidos a um particular sistema nacional. Os árbitros não estão vinculados a aplicar exclusivamente o Direito de Conflitos de um determinado Estado.

Da conjugação destes fatores resulta que a determinação do Direito aplicável ao mérito da causa se rege principalmente por regras e princípios próprios do *Direito Transnacional da Arbitragem*⁽¹²⁾, que se formou com base na jurisprudência arbitral e nos regulamentos dos centros de arbitragem.

Em primeiro lugar, este Direito Transnacional permite que os árbitros, quando autorizados pelas partes, *decidam o litígio exclusivamente com base na equidade*, ou combinando a equidade com determinadas regras estaduais ou não-estaduais.

A decisão exclusivamente segundo a equidade tem como único limite as regras e princípios imperativos de Direito Internacional Público, os valores e princípios fundamentais comuns aos sistemas nacionais em presença e as regras e princípios fundamentais de fonte transnacional que, no seu conjunto, formam a *ordem pública transnacional da arbitragem*.

A ordem pública transnacional da arbitragem assegura designadamente a proteção de direitos fundamentais de todos os seres

⁽¹¹⁾ Em geral, sobre este ponto, ver LUIS DE LIMA PINHEIRO — *Direito Internacional Privado*, Vol. II — *Direito de Conflitos/Parte Especial*, 3.^a ed., Coimbra, 2009, Cap. XI.

⁽¹²⁾ Este entendimento, já por mim defendido em *Contrato de Empreendimento Comum (Joint Venture) em Direito Internacional Privado* (n. 7) pp. 630 e ss., foi acolhido pelo STJ no seu ac. 11/10/2005, proc. 05A2507 [*in* <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf>>].

humanos e a invalidade ou ineficácia de contratos internacionais que violem valores ético-jurídicos básicos, designadamente quando envolvam corrupção ou sejam gravemente lesivos do ambiente.

A possibilidade de uma decisão segundo a equidade também existe na arbitragem transnacional de investimentos. Caso as partes optem por uma decisão exclusivamente segundo a equidade, renunciam à aplicabilidade de regras gerais e abstratas, pelas quais possam orientar a sua conduta, a favor de uma justiça do caso concreto.

Não é uma solução que se possa recomendar genericamente em matéria de investimentos internacionais, nem especificamente no setor da energia, mas que pode constituir uma solução de recurso quando as partes não consigam chegar a acordo sobre o Direito aplicável ou quando se trate de um litígio com características muito particulares.

Na falta de autorização para decidir segundo a equidade, o tribunal arbitral tem de determinar o Direito aplicável.

Aqui intervém, em primeiro lugar, *o princípio da autonomia da vontade*, que é entendido, no quadro do Direito Transnacional da Arbitragem, como permitindo que as partes remetam, designadamente:

- para um qualquer Direito estadual;
- para o Direito Internacional Público;
- para Direito Autónomo do Comércio Internacional (ou *lex mercatoria*), formado principalmente por costumes e usos do comércio internacional e costume jurisprudencial arbitral;
- para princípios comuns aos sistemas nacionais em presença; ou
- para modelos de regulação como os Princípios do UNIDROIT Relativos aos Contratos Comerciais Internacionais⁽¹³⁾.

⁽¹³⁾ Cf. a jurisprudência referida por FELIX DASSER — *Internationales Schiedsgerichte und Lex mercatoria. Rechtsvergleichender Beitrag zur Diskussion über ein nicht-staatliches Handelsrecht* (Schweizerischen Studien zum Internationales Recht, Vol. 59.),

No contexto dos litígios emergentes de contratos internacionais com sujeitos públicos, este princípio é também entendido no sentido da admissibilidade das chamadas *cláusulas de estabilização*, pelas quais as partes convencionam a aplicação do Direito estadual vigente num determinado momento, designadamente no momento da celebração do contrato⁽¹⁴⁾. Evita-se, deste modo, que o regime aplicável ao contrato possa ser modificado pelo Estado envolvido.

Diferente problema, que não tenho a possibilidade de examinar aqui, é o colocado pelas cláusulas de intangibilidade, que visam obrigar o Estado a omitir atos normativos ou individuais que modifiquem ou extingam a relação contratual.

Na *arbitragem de investimentos*, a busca de um equilíbrio entre os interesses do Estado de acolhimento do investimento e os interesses do investidor pode traduzir-se numa designação do Direito Internacional Público ou de uma combinação do Direito Internacional Público com o Direito do Estado de acolhimento.

A opção nesta matéria não é predeterminada pela falta de regras internacionais aplicáveis a muitas questões suscitadas pelos investimentos e, designadamente, aos contratos de investimento.

Com efeito, mediante a transposição das regras aplicáveis aos Tratados, bem como das regras aplicáveis à proteção dos estrangei-

Zurique, 1989, pp. 180 e ss., e, designadamente, PETER SCHLOSSER — *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, 2.^a ed., Tubinga, 1989, pp. 532 e seg.; FILIP DE LY — *International Business Law and Lex Mercatoria*, Amesterdão *et al.*, 1992, p. 290; URSULA STEIN — *Lex mercatoria, Realität und Theorie*, Francoforte-sobre-o-Meno, 1995, p. 138; e YVES DERAIS — “Transnational Law in ICC Arbitration”, in *The Practice of Transnational Law*, org. por Klaus Peter Berger, pp. 43-51, A Haia, 2001, 41. Esta orientação, já por mim defendida em *Contrato de Empreendimento Comum (Joint Venture) em Direito Internacional Privado* (n. 7) pp. 1020 e ss., foi seguida pelo STJ no seu ac. 11/10/2005, proc. 05A2507 [[in <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf>](http://www.dgsi.pt/jstj.nsf)].

⁽¹⁴⁾ São *cláusulas de estabilização* as que estabilizam o Direito aplicável, sem obrigarem o Estado a omitir atos (normativos ou individuais) que modifiquem ou extingam a relação contratual. Por exemplo, as partes submetem o contrato ao Direito do Estado contratante com o conteúdo vigente à data da celebração do contrato. As cláusulas de intangibilidade (*clauses de intangibilité, clauses of non-abrogation/clauses of non-intervention*) obrigam o Estado a omitir atos normativos ou individuais que modifiquem ou extingam a relação contratual. Sobre o valor e a eficácia destas cláusulas, ver LUÍS DE LIMA PINHEIRO — *Direito Comercial Internacional*, Coimbra, 2005, pp. 166 e ss., com mais referências.

ros ⁽¹⁵⁾, do contexto tradicional do contencioso interestadual para o domínio da arbitragem de investimentos, e do recurso aos princípios comuns aos sistemas nacionais envolvidos é sempre possível encontrar critérios de solução no quadro do Direito Internacional Público.

Por outro lado, estes critérios de solução tendem a basear-se numa valoração justa das finalidades e interesses em jogo, evitando o desequilíbrio que resultaria da exclusiva aplicação do Direito do sujeito público, sem ignorar a importância das finalidades coletivas prosseguidas pelo Estado de acolhimento do investimento. O Direito Internacional Público é claramente mais adequado para regular questões como as que se prendem com intervenções estaduais sobre a relação contratual e com a validade e eficácia das cláusulas de estabilização e intangibilidade.

Estes critérios de solução não são menos determinados nem menos previsíveis do que os aplicáveis nas arbitragens internacionais públicas, i.e., arbitragens entre Estados e/ou organizações internacionais que estão diretamente submetidas ao Direito Internacional Público.

É mais importante ter em conta se o investimento deve respeitar determinadas leis do Estado de acolhimento.

Se for este o caso, para que haja equilíbrio, a aplicabilidade do Direito do Estado de acolhimento deve ser condicionada pela sua compatibilidade com o Direito Internacional Público ou, pelo menos, pela estipulação de uma cláusula de estabilização.

Na omissão das partes, não há regras claramente estabelecidas sobre a determinação do Direito aplicável. A tendência mais representativa que se tem manifestado na jurisprudência arbitral e

(15) De entre os “princípios comuns” enumerados por PATRICK DAILLIER, MATHIAS FORTEAU e ALLAN PELLET — *Droit international public*, Paris, 2009, n.º 227, seguidos, entre nós, por ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA/FAUSTO DE QUADROS — *Manual de Direito Internacional Público*, 3.ª ed., Coimbra, 1993, pp. 258 e ss., e HERMANN MOSLER — “International Legal Community”, in *EPIL*, Vol. II, 1995, C.1, é indubitável que se contam numerosos princípios gerais, regras e institutos jurídicos que podem ser transpostos para a regulação de relações “privadas” internacionais. Ver também RAINER VELTEN — *Die Anwendung des Völkerrechts auf State Contracts in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit*, Berlim, 1987, pp. 59 e ss.

em regulamentos de centros de arbitragem adota o critério das regras de Direito mais apropriadas ao litígio.

Esta tendência encontrou eco em algumas legislações nacionais, entre as quais se contava a LAV portuguesa de 1986 (art. 33.º/2)⁽¹⁶⁾.

A ideia de apropriação permite uma ponderação de interesses e uma consideração do conteúdo específico das questões jurídicas a resolver⁽¹⁷⁾. Na determinação do Direito aplicável, os árbitros devem atender aos laços que a relação controvertida estabeleça com os diferentes países, mas também podem ter em consideração o conteúdo dos respetivos Direitos⁽¹⁸⁾.

Este critério parece especialmente adequado à arbitragem transnacional de investimentos, porque permite aos árbitros recorrer ao Direito Internacional Público ou a uma combinação do Direito do Estado de acolhimento do investimento com o Direito Internacional Público, em função na natureza do litígio.

⁽¹⁶⁾ Ver HENRI BATIFFOL — “La loi appropriée au contrat”, in *Études Berthold Goldman*, 1-13, Paris, 1982, e EMMANUEL GAILLARD — “Droit international privé français — Arbitrage commercial international — Sentence arbitrale — Droit applicable au fond du litige”, in *J.-cl. dr. int.*, 1996, n.º 133.

⁽¹⁷⁾ ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO — “L’arbitrage international dans la récente loi portugaise sur l’arbitrage volontaire”, in *Droit international et droit communautaire*, 55-66, Paris, 1991, pp. 64 e ss., cita, neste contexto, o art. 27.º/2 do Regulamento de Arbitragem do Centro de Arbitragem Comercial instituído pela Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa — Associação Comercial de Lisboa e pela Associação Comercial do Porto — Câmara de Comércio e Indústria do Porto, de 1987 (“Na falta de escolha, os árbitros aplicarão o direito mais apropriado ao litígio, tendo em conta designadamente a localização dos interesses em jogo e a natureza específica das questões jurídicas a resolver”). O preceito passou para o art. 36.º/1 do Regulamento de Arbitragem do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa, de 2008, mas foi abandonado pelo Regulamento de 2014. Em sentido convergente, JOSÉ NUNES PEREIRA — “Direito aplicável ao fundo do litígio na arbitragem comercial internacional”, *RDES* 12 (1986) 241-269, pp. 266 e ss. Para ANTÓNIO FERRER CORREIA — “O problema da lei aplicável ao fundo ou mérito da causa na arbitragem comercial internacional”, in *Temas de Direito Comercial e Direito Internacional Privado*, 231-252, Coimbra, 1988, pp. 249 e ss., a tendência para a “via direta”, que surge ao lado da conexão mais estreita, “traz ao espírito (como diz LANDO) reminiscências do método da escolha do direito aplicável ‘em função do resultado’”, sistema a que o autor imputa diversas desvantagens.

⁽¹⁸⁾ Ver BATIFFOL (n. 16); GAILLARD (n. 16) n.º 133; e PHILIPPE FOUCHARD, EMMANUEL GAILLARD e BERTHOLD GOLDMAN — *Traité de l’arbitrage commercial international*, Paris, 1996, pp. 889 e ss.

B) Direito de Conflitos de fonte estadual

Os tribunais arbitrais não se regem apenas por regras e princípios autônomos. Eles devem ter em conta as diretrizes sobre a determinação do Direito aplicável dimanadas dos Estados que apresentam laços especialmente significativos com a arbitragem ou em que previsivelmente a decisão possa ter de ser executada, bem como respeitar a ordem pública transnacional.

As LAVs portuguesa e angolana permitem o acordo das partes numa *decisão exclusivamente segundo a equidade* (arts. 39.º/1 e 52.º/1 LAV portuguesa e arts. 24.º/1 43.º/4 LAV angolana).

No entanto, a LAV angolana coloca como limite à decisão segundo a equidade os princípios da ordem pública angolana (art. 24.º/3 e 34.º/1/h). Qual é a ordem pública aqui em causa, a interna ou a internacional? Na LAV angolana, a decisão segundo a equidade surge como uma alternativa à decisão segundo o Direito constituído (cf. n.ºs 1 e 2 do art. 24.º e ver também art. 43.º/4). É também este o entendimento dominante sobre a decisão exclusivamente segundo a equidade nos casos previstos no art. 4.º/b e c, CC. A esta luz, não parece fazer sentido erigir o conjunto de regras e princípios imperativos internos em limite à decisão segundo a equidade. Razão por que penso que a referência feita no art. 24.º à “ordem pública” deve ser entendida no sentido de abranger apenas os princípios fundamentais que integram a ordem pública internacional.

Os principais sistemas nacionais também tendem a admitir uma ampla liberdade das partes na determinação do Direito aplicável ao fundo da causa, permitindo assim que o princípio da autonomia privada tenha todo o alcance que lhe é atribuído pelo Direito Transnacional da Arbitragem.

O Direito português acompanha esta tendência quando permite, sem qualquer restrição, a escolha pelas partes das “regras de direito” a aplicar aos árbitros (art. 52.º/1 LAV)⁽¹⁹⁾.

(19) Cf. RUI MOURA RAMOS — “A arbitragem internacional no novo Direito português da arbitragem”, *BFUDUC* 88 (2012) pp. 583-604, 595; MARIA HELENA BRITO — “As novas regras sobre a arbitragem internacional. Primeiras reflexões”, in *Est. Miguel Galvão*

Já a LAV angolana fala de “lei escolhida pelas partes” (art. 43.º/1), o que parece opor-se à escolha de Direito não-estadual. Em todo o caso, o art. 24.º/1 LAV permite o acordo das partes no julgamento segundo usos e costumes, quer internos quer internacionais, com o mesmo limite que já foi assinalado com respeito à equidade. Isto parece-me dificilmente conciliável com o papel que o Direito Internacional Público deve poder desempenhar na decisão de litígios relativos a investimentos.

Na falta de designação pelas partes, a atual LAV portuguesa, bem como, aparentemente, a LAV angolana, são mais restritivas que o Direito Transnacional da Arbitragem.

O art. 52.º/2 LAV portuguesa determina que, na falta de designação pelas partes, o tribunal arbitral aplica o Direito do Estado com o qual o objeto do litígio apresente uma conexão mais estreita. Exclui, portanto, a aplicação de Direito não-estadual, o que representa um retrocesso perante o disposto na LAV de 1986, que acompanhava a tendência de evolução do Direito da Arbitragem Transnacional, e não parece atender às necessidades do comércio internacional⁽²⁰⁾.

Por seu turno, o art. 43.º/3 LAV angolana manda aplicar o Direito resultante da aplicação da regra de conflito de leis que julgue aplicável na espécie, formulação inspirada na Lei-Modelo da CNUDCI sobre Arbitragem Comercial Internacional, que tem suscitado divergências de interpretação, mas que em todo o caso também parece excluir a referência a Direito não-estadual⁽²¹⁾.

A impossibilidade de os árbitros, na omissão das partes, aplicarem Direito não-estadual, é especialmente inconveniente na arbitragem de investimentos.

Pense-se, por exemplo, nos litígios emergentes de relações entre Estados ou entes públicos autónomos e empresas de outros

Teles, vol. II, pp. 27-49, Coimbra, 2012, 43-44; MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA (org.) — *Lei da Arbitragem Voluntária Comentada*, Coimbra, 2014, Art. 52.º anot. 4; e MANUEL PEREIRA BARROCAS — *Lei de Arbitragem Comentada*, Coimbra, 2013, Art. 52.º anot. 4.

⁽²⁰⁾ Ver também MARIA HELENA BRITO (n. 19) pp. 45-46.

⁽²¹⁾ Ver também art. 89.º/3 da supracit. Lei das Atividades Petrolíferas, sobre a aplicabilidade da lei angolana.

Estados que sejam sujeitos a arbitragem transnacional, como sucede frequentemente com os contratos relativos ao petróleo e ao gás. Perante o art. 52.º/2 LAV portuguesa e 43.º/3 LAV angolana o tribunal arbitral deverá, na grande maioria dos casos, aplicar o Direito do sujeito público contratante, apenas podendo atender ao Direito Internacional Público na medida em que este vigore na ordem jurídica do sujeito público contratante, o que não é, reconhecidamente, uma solução adequada e equilibrada.

Com efeito, a exclusiva aplicação do Direito do sujeito público contratante coloca o investidor estrangeiro à mercê de atos normativos ou administrativos do respetivo Estado que modifiquem ou extingam a relação contratual ou expropiem os seus bens.

A adoção de uma solução desta natureza também pode tornar menos atrativa a realização de arbitragens relativas a investimentos internacionais no território do Estado que a adota.

Uma possibilidade que tem sido por mim advogada é a de os tribunais da arbitragem transnacional aplicarem analogicamente a norma de conflitos da Convenção CIRDI quando sejam confrontados com uma controvérsia emergente de um investimento e as partes não tenham escolhido as regras de Direito relevantes. Veremos em seguida qual é o conteúdo desta norma de conflitos (III).

Neste sentido pesa a vigência quási-universal desta Convenção, que pode constituir a base para o desenvolvimento do Direito Internacional Público geral nesta matéria.

Ambas as leis, porém, mandam, em qualquer caso, ter em conta os usos do comércio (art. 52.º/3 LAV portuguesa e art. 43.º/5 LAV angolana), o que deve ser entendido no sentido de os usos do comércio terem um valor interpretativo e integrativo do contrato, autónomo relativamente à lei estadual aplicável, mas condicionado à compatibilidade com as suas regras imperativas. Este entendimento, que corresponde ao sentido da orientação dominante na jurisprudência arbitral e na doutrina estrangeira, também tem obtido acolhimento entre nós⁽²²⁾.

(22) Por minha parte, tenho vindo a defendê-lo desde o meu *Contrato de Empreendimento Comum (Joint Venture) em Direito Internacional Privado* (n. 7) pp. 1027 e ss.

Os usos e costumes do comércio internacional são particularmente importantes em certos setores da indústria e comércio da energia, como é o caso dos contratos para a prospeção e exploração de petróleo⁽²³⁾.

IV. A determinação do direito aplicável ao mérito da causa na arbitragem quási-internacional pública de investimentos no setor da energia

Principiemos pela *arbitragem CIRDI*.

Estabelece o n.º 1 do art. 42.º da Convenção CIRDI que o “tribunal julgará o diferendo em conformidade com as regras de direito acordadas entre as partes”. Na ausência de tal acordo, o tribunal deverá aplicar “a lei do Estado Contratante parte no diferendo (incluindo as regras referentes aos conflitos de leis), bem como os princípios de direito internacional aplicáveis”.

Este preceito não só concede às partes tanta liberdade quanto a que lhes é permitida na arbitragem transnacional, como também parece ampliá-la, admitindo designadamente a escolha de regras individualizadas — por exemplo, um determinado diploma legal⁽²⁴⁾.

Na omissão das partes, entende-se que o tribunal deve, em primeiro lugar, averiguar a solução perante o Direito do Estado contratante, mas que *o Direito Internacional Público tem uma competência condicionante e complementar relativamente ao Direito do Estado contratante*⁽²⁵⁾.

As partes podem igualmente acordar num julgamento segundo a equidade [*ex aequo et bono*] (art. 42.º/3).

Em alguns casos, em que a pretensão do investidor se fundamenta na violação de regras contidas em tratados bilaterais de

⁽²³⁾ Cf. R. BISHOP — “International Arbitration of Petroleum Disputes: the Development of a Lex Petrolea”, *Yb. Comm. Arb.* 23 (1998) pp. 1131-1210.

⁽²⁴⁾ Ver, com mais desenvolvimento e referências, LIMA PINHEIRO (n. 14) n.º 34.

⁽²⁵⁾ *Ibidem*.

proteção do investimento, os árbitros têm admitido que a posição recíproca do Direito do Estado Contratante e dos princípios de Direito Internacional depende muito das circunstâncias do caso concreto. Estes casos têm sido decididos essencialmente com base nos tratados bilaterais e no Direito Internacional Público geral⁽²⁶⁾.

Por vezes, os tratados bilaterais contêm disposições sobre a determinação do Direito aplicável na decisão do litígio. Estas disposições devem prevalecer sobre o disposto no art. 42.º da Convenção CIRDI por se tratar de um regime especial estabelecido pelos Estados envolvidos para os investimentos realizados num deles pelos investidores de outro⁽²⁷⁾.

Já na *arbitragem TCE*, o n.º 6 do art. 26.º TCE determina que o tribunal arbitral decidirá em conformidade com o Tratado e as regras e princípios aplicáveis do Direito Internacional.

Por isso, aparentemente, o tribunal arbitral deve sempre aplicar primariamente o Direito Internacional Público à questão principal, sem que se coloque um problema de determinação do Direito aplicável em sentido tradicional (pode sempre colocar-se um problema de escolha entre diferentes fontes internacionais). Isto explica-se pela circunstância de que, como vimos anteriormente (*supra* I), a pretensão atuada pelo investidor na arbitragem se ter de fundamentar necessariamente numa violação dos direitos que lhe são outorgados pelo TCE.

O que não obsta a que se possa colocar um problema de determinação aplicável a questões prévias de Direito interno sus-

(26) Cf., designadamente, decisão sobre anulação no caso *Wena v. Egypt* (CIRDI, 2002, n.ºs 39 e ss., em que o tribunal teve em conta a vigência do tratado na ordem jurídica do Estado Contratante; decisão sobre anulação no caso *Compañia de Aguas del Aconquija v. Vivendi* (CIRDI, 2002), n.º 102, afirmando categoricamente que a pretensão fundada numa regra substantiva do tratado bilateral é regulada pela Convenção CIRDI, pelo tratado bilateral e pelo Direito Internacional aplicável; ver ainda decisão *Azurix v. Argentina* (CIRDI, 2006), n.º 67, em que o Direito do Estado Contratante só é tomado em consideração para averiguar do incumprimento do contrato de concessão; *LG&E v. Argentina* (CIRDI, 2006), n.º 99.

(27) Ver LUÍS DE LIMA PINHEIRO — “A arbitragem CIRDI e o regime dos contratos de Estado”, in *Estudos de Direito Internacional Privado*, Vol. II, pp. 283-310, Coimbra, 2009, pp. 302 e ss.

citadas pelas normas internacionais (por exemplo, em caso de expropriação, a questão de saber se o investidor é titular dos bens em causa)⁽²⁸⁾.

V. Considerações finais

Gostaria de terminar com duas notas: uma nota prática e uma nota científica.

Começando pelas considerações práticas, para países que, como Portugal e Angola, são simultaneamente países de acolhimento e de origem de investimentos internacionais, *é muito importante promover a arbitragem*, quer quási-internacionalpública, quer transnacional, *e consagrar soluções equilibradas aos interesses em jogo*.

Para o efeito, *é aconselhável que todos os países sejam partes da Convenção CIRDI, do TCE e da Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras*, designadamente porque tal fomenta a atração do investimento estrangeiro e contribui para a proteção das empresas nacionais que investem no estrangeiro.

Do ponto de vista científico, é de sublinhar que a arbitragem e, em especial, a arbitragem de investimentos, desafia toda a dogmatização. A admissibilidade da referência conflitual a Direito não-estadual, bem como das cláusulas de estabilização, contraria o dogmatismo tradicional. Mas mesmo quando, numa perspetiva aberta e inovadora, se procurou caracterizar a arbitragem quási-internacionalpública como um *tertium genus* relativamente à arbitragem internacionalpública e à arbitragem transnacional, incluindo entre as suas características a colocação de um problema de determinação do Direito aplicável ao mérito da causa, o TCE veio pôr isto em causa, ao prescrever a aplicação de normas

⁽²⁸⁾ Sobre as orientações que a este respeito têm sido seguidas por jurisdições internacionalpúblicas, ver LIMA PINHEIRO (n. 2) pp. 188-189 e pp. 200-201.

e princípios internacionais em termos que parecem excluir a colocação de tal problema ou, pelo menos, cingi-lo a uma escolha entre diferentes fontes internacionais.

Em suma, a arbitragem e, em especial, a arbitragem de investimentos revela-se um instituto rebelde a toda a dogmatização.

A ARBITRABILIDADE DA PRETENSÃO ANULATÓRIA DE DECISÃO ARBITRAL: EXPENSÃO DA ARBITRAGEM A UM DOMÍNIO IMPROVÁVEL?

Pela Prof.^a Doutora Paula Costa e Silva

1. Em encontro promovido pela CIMA, em Março de 2015, foi-nos pedido que nos pronunciássemos sobre a segunda instância arbitral.

Numa síntese muito breve daquele que era o objeto da nossa intervenção, sustentámos, na sequência do que defendemos em 1989, que nenhuma razão de ordem legal se opõe à convenção das partes que defira o controlo de legalidade de uma decisão arbitral a nova instância arbitral. Saber se é conveniente, de um ponto de vista político, a previsão expressa desta instância como instância única de controlo de legalidade, é problema a que respondem razões de ordem distinta — serão razões de oportunidade — cabendo ao legislador proceder a uma opção.

Pronunciámo-nos, também, acerca daquela que pode ser a articulação entre o exercício da faculdade de impugnação por meio de recurso para segunda instância arbitral e o exercício da pretensão anulatória de decisão arbitral. Não obstante a aparente independência entre os fundamentos de anulação e o controlo geral de legalidade por meio de recurso, razões de ordem prática parecem

militar no sentido de uma precedência temporal de um meio face ao outro. Na verdade, a pendência simultânea dos dois meios perante instâncias diversas — não podem, no conjunto de casos que nos ocupava, chamar-se à colação os pontos do sistema que determinam uma adesão dos fundamentos de anulação ao recurso, sendo certo que, apesar do silêncio da LAV, talvez que tais pontos devam ser ponderados quando o recurso é interposto para tribunal judicial, gerando-se uma evidente dificuldade na destrição entre os poderes estritamente cassatórios do tribunal de recurso e a necessária remessa do processo para decisão arbitral perante o procedência de fundamentos de anulação — gera situações de conflito dificilmente resolúveis. Mas dizer que há uma precedência entre meios não significa ainda tomar posição quanto à ordem dessa precedência.

2. No exato momento em que proferimos esta observação, deparámo-nos com uma dúvida, que colocava uma hipótese que nos não ocorrera aquando da preparação da intervenção.

Mas haveria uma disjunção necessária entre a competência para o conhecimento da pretensão anulatória e para o julgamento do recurso quando este devesse, por convenção das partes ou por opção da lei, correr perante segunda instância arbitral? Não poderia considerar-se admissível o exercício da competência anulatória também por uma segunda instância arbitral, caso em que os pontos do sistema, que, para garantir a máxima racionalidade da impugnação, impõem uma adesão dos fundamentos de anulação ao recurso?

3. Até aqui, nunca havíamos configurado a hipótese de a competência para a anulação ser deferida a tribunal arbitral. Talvez por tradição ou por indução — todo o regime da ação de anulação apontava, na anterior LAV, assim como aponta, na atual LAV, para uma competência dos tribunais judiciais no domínio da anulação — não nos ocorrera perguntar se é admissível a convenção que defira o conhecimento da pretensão anulatória de decisão arbitral a tribunal arbitral.

E a resposta que então demos, apesar da sua aparente estranheza, foi positiva. Numa análise *prima facie*, a pretensão anulatória pode ser conhecida por tribunal arbitral.

4. Como é possível esta resposta quando todo o regime aponta para uma competência dos tribunais judiciais? Quando se toma por seguro, ainda que de modo implícito, que a jurisdição está, nestas hipóteses, reservada aos tribunais do Estado?(¹)

Porque o critério de arbitrabilidade dos litígios mudou com a nova LAV. Razão pela qual se, na vigência da anterior LAV, seria mais plausível que se afirmasse uma inadmissibilidade de convenções que atribuíssem a tribunal arbitral a decisão sobre pretensões anulatórias — só eram arbitráveis os *direitos disponíveis*, sendo o direito à anulação irrenunciável(²) —, perante a atual lei tais convenções são, num plano ainda perfunctório, admissíveis. Isto porque, em face da nova LAV, são arbitráveis todas as situações jurídicas patrimoniais.

5. Esta a resposta que demos na conferência da CIMA. Mas cabe agora aprofundar esta primeira intuição, decorrente de uma

(¹) Neste passo, recorde-se o modo como SCHWAB/WALTER, *Schiedsgerichtsbarkeit*. Komm 6, Munique, 2000, se referem, na introdução geral ao capítulo dedicado aos fundamentos de anulação/*Aufhebung* (24.º), à competência para a dedução/conhecimento de tais fundamentos. Escrevem os Autores: “Sie [ZPO] zählt in § 1059 eine Reihe von Aufhebungsgründen auf, die beim staatlichen Gericht geltend zu machen sind, (...)” (A Ordenança processual civil enuncia, no § 1059, uma série de fundamentos de anulação que devem ser feitos valer perante os tribunais estaduais, (...)). Atendendo ao especial rigor e concisão com que tipicamente Schwab/Walter expõem o respetivo pensamento, não pode jamais supor-se que a oração intercalar tenha sido inscrita por mera distração ou convenção.

(²) O ponto a que chegámos durante a conferência da CIMA fez-nos, inclusivamente, concluir que, mesmo à face da anterior LAV, seriam suscetíveis de decisão arbitral as pretensões anulatórias já que a irrenunciabilidade apenas proibiria os acordos que determinassem uma supressão do direito à anulação mas não aqueles que deferissem a competência a tribunal arbitral. Isto porque a indisponibilidade disposta pela antiga LAV não devia, como sempre defendemos, ser verificada em abstrato mas de modo analítico e concreto. O que estaria sempre em discussão — como ainda agora estará, não obstante a alteração do critério de arbitrabilidade — seria a determinação da arbitrabilidade da concreta pretensão — no que cabia operar um corte analítico no direito compreensivamente considerado — bem como a aferição da relação entre o tipo de indisponibilidade disposta por lei e o conteúdo concreto da convenção.

articulação entre o que se dispõe no art. 1.º, n.ºs 1 e 2 da Lei n.º 63/2011 e a pretensão anulatória.

Na verdade, subsiste uma zona de desconforto nesta conclusão. As pretensões processuais são *estranhas* no seu conteúdo, resistindo aos critérios que o Direito comum dispõe para a classificação das situações jurídicas materiais. Tal como os negócios processuais, hostis a uma repartição entre títulos onerosos e gratuitos — circunstância que torna tão complexa a aplicação de regimes como aquele que se prevê no art. 237.º do Código Civil —, as situações jurídicas processuais parecem resistir a uma bipartição entre situações patrimoniais e situações não patrimoniais. Ora, prevendo a lei que são arbitráveis os interesses de natureza patrimonial e ainda aqueles que, não sendo patrimoniais, são suscetíveis de transação, cumpre perguntar como se comportam as situações jurídicas processuais face a estes critérios. Se pensarmos concretamente na pretensão anulatória, compreendemos que ela é insuscetível de transação, não passando, conseqüentemente, no crivo secundário, que visa alargar do domínio da arbitrabilidade. Mas serão patrimoniais?

6. Independentemente desta zona problemática, uma outra nos alertava para a necessidade de ponderação do resultado que, apoiado apenas na reflexão do momento, enunciámos no encontro da CIMA.

Costuma afirmar-se que a nova LAV introduziu, na ordem jurídica portuguesa, os critérios de arbitrabilidade comumente aceites no espaço de língua alemã. Sem nos determos agora nas diferenças profundas entre um e outro sistema — basta recordar que enquanto, v.g., o direito alemão define *convenção de arbitragem* (§ 1029, com a epígrafe *Schiedsvereinbarung*) em regra distinta daquela que ordena à regulação do objeto admissível dessa convenção (§ 1030, com a epígrafe *Schiedsfähigkeit*), recorrendo, no § 1030 ZPO, ao conceito técnico de pretensão, o direito português, integrando a matéria da arbitrabilidade e da validade na regra definitiva da convenção de arbitragem (art. 1.º, epigrafiado *convenção de arbitragem*), assenta a admissibilidade do objeto na circunstância de se tratar de “litígio respeitante a interesses de natu-

reza patrimonial” — recordemos o que já enunciamos em nota anterior: por que razão tem a doutrina alemã entendido que o *Aufhebungsantrag*⁽³⁾ é da competência dos tribunais estaduais e que os *Anfechtungsgründe* devem ser deduzidos perante estes tribunais? Em SCHWAB/WALTER encontramos uma espécie de meta-argumento que, prescindindo ou, pelo menos, não explicitando a relação entre o critério geral de arbitrabilidade, enunciado no § 1030 ZPO, e a pretensão anulatória, aponta para a existência de uma zona de jurisdição reservada aos tribunais estaduais: a estes cumpriria o exercício de uma espécie de competência de controlo das decisões arbitrais. A dedutibilidade dos fundamentos de anulação em oposição à execução aí estaria para tornar manifesto este poder de controlo.

Esta linha de argumentação intensifica, afinal, os desafios que o direito da arbitragem coloca ao seu aplicador. Na verdade, a admitir-se que há zonas de reserva de jurisdição estadual, assentes, não em critérios gerais ou especiais de arbitrabilidade explicitados na lei, mas na existência necessária de um poder de controlo da atividade de jurisdições concorrentes com a jurisdição estadual, está a admitir-se, ainda que implicitamente, a vigência de uma cláusula de salvaguarda do Estado quando este entra de algum modo em *contacto necessário* com uma decisão arbitral.

Mas quando é que assim sucede?

Supomos que em dois conjuntos de casos. Um primeiro, referente ao controlo de constitucionalidade das decisões arbitrais. Só o Estado pode, através dos seus órgãos, proferir uma decisão vinculante quanto à conformidade constitucional de uma decisão arbitral com a sua ordem constitucional. Neste conjunto de casos, e ainda que da previsão de competências especiais se não possa derivar uma inarbitrabilidade⁽⁴⁾, parece seguro afirmar que só o Tribunal ao qual o Estado confere poderes de decisão em matéria consti-

⁽³⁾ Sublinhando a repercussão que a alteração do texto legal (de *Aufhebungsklage* para *Aufhebungsantrag*) provocou na determinação da natureza do meio de impugnação, SCHWAB/WALTER, *Schiedsgerichtsbarkeit*. Komm⁶, 25.II.

⁽⁴⁾ SCHWAB/WALTER, *Schiedsgerichtsbarkeit*. Komm⁶, 4.II.2.Rd 6 e 4.II.4.Rd 11. Em sentido inverso, Zöller[GEIMER], *Zivilprozessordnung*^{26*}, §1030, Rd. 7.

tucional se possa pronunciar, em termos definitivos, sobre estas matérias.

Um segundo, quando o Estado coloca o seu *ius imperii* ao serviço do cumprimento de injunções providas de outras jurisdições.

Mas se este poder de controlo se pode ainda justificar quando há um contacto necessário entre a decisão arbitral e a esfera do Estado, dificilmente se pode encontrar uma razão última para a sua afirmação quando a decisão não requer semelhante intervenção. Se assim é, poderá sustentar-se que, se ainda se pode localizar um fundamento último que para uma reserva, em benefício do Estado, de um poder de controlo de decisões arbitrais quando estas são executadas através dos seus órgãos (e, mesmo neste conjunto de casos, talvez fosse necessário determinar se esse poder de controlo apenas se justifica quando haja responsabilidade do Estado por execução injusta), quando a decisão não é passível de execução — por não ter natureza condenatória, como sucede, *v.g.*, quando um tribunal arbitral anula um contrato ou o resolve — esse fundamento deixa de estar presente.

7. Voltamos ao nosso ponto de partida, com dados que, afinal, acabam por acentuar a dificuldade de encontrar o fundamento que leva a doutrina a considerar, como se se tratasse de conclusão inelutável ou decorrente da natureza das coisas, que a pretensão anulatória deve ser conhecida por tribunais estaduais. Por quanto conseguimos apurar, não encontramos registo de uma articulação entre os critérios de arbitrabilidade e as situações jurídicas processuais. E esta verificação causa-nos desconforto. Se é certo que, por regra, se têm em vista as pretensões materiais quando se discorre acerca dos critérios de arbitrabilidade, é também verdade que a generalidade das situações processuais pode ser exercida em contexto arbitral. Será a pretensão à anulação da decisão arbitral uma exceção?

8. A observação que antecede a interrogação põe-nos num trilho. Por que afirmamos que a maioria das situações processuais pode ser exercida em contexto arbitral?

Porque se trata de situações jurídicas inerentes à qualidade de parte processual formal, principal ou acessória. Supomos que nin-

guém defenderá que o direito de ação, o direito à prova, o direito ao contraditório, o direito ao recurso de decisão jurisdicional, não são situações jurídicas processuais compreensivas e funcionais e, por isso, verdadeiros direitos subjetivos. Ora, estas situações jurídicas são exercidas em contexto arbitral sempre que o conflito é submetido a tribunal arbitral, aderindo à qualidade — ou, para quem prefira uma visão institucional, integrando o estatuto — da parte. Quando um tribunal arbitral defere, *v.g.*, o exercício do contraditório *inter partes* ou na relação entre as partes e o tribunal, esse tribunal conhece da constituição de uma situação jurídica processual — o concreto direito ao contraditório ou, talvez em termos tecnicamente mais rigorosos porque todas as situações jurídicas são concretas, o direito ao contraditório — e decide sobre a respectiva exercibilidade.

Repete-se a pergunta: por que são todas estas situações suscetíveis de decisão arbitral, não o sendo o direito à anulação?

A resposta já começou a ser dada. Estas situações são e têm de ser exercidas em contexto arbitral quando o conflito é submetido a tribunal arbitral porque elas, enquanto emanções do direito de ação, se conectam com a posição de parte. Tais situações não poderiam ser exercidas em contexto não arbitral, tanto porque a sua constituição depende da concreta verificação de factos processuais, ocorridos no decurso de um concreto procedimento, como porque estão indissociavelmente ligadas ao exercício de influência decisiva ou de persuasão sobre o concreto decisor.

9. A ser verdade o que se afirmou, adquirimos um primeiro patamar de certeza: a generalidade das situações processuais é suscetível de ser conhecida por tribunal arbitral porquanto tais situações, sendo inerentes ao estatuto de parte, apenas emergem no contexto de um processo, na nossa hipótese, no contexto de um processo arbitral.

Este aspeto assume relevância na medida em que dele se infere que a generalidade das situações processuais é suscetível de ser arbitrada, não porque se trate de situações patrimoniais ou, recorrendo a outro critério típico e frequente, porque são suscetíveis de autorregulação, mas porque emergem e se exercem em

contexto processual. Elas são justificadas por factos processuais e não por títulos materiais.

Comportar-se-á o direito à anulação de modo diferente?

Esta é a questão crítica.

Mas, para ela, temos de partir de um pressuposto: a pretensão anulatória só se justifica e compreende se ligada à qualidade de parte processual. Neste aspeto, e porque se trata de situação jurídica processual, ela não revela qualquer ponto distintivo das demais situações com a mesma natureza. A pretensão anulatória pressupõe um título processual — a decisão arbitral —, estando ordenada à respetiva cassação.

Deverá esta situação jurídica processual passar pelo crivo dos critérios dispostos por lei para a arbitrabilidade de situações materiais? Ou deverá ela estar submetida a uma lógica diversa, como vimos suceder com as demais situações jurídicas processuais?

Como vimos acima, ao enunciarmos, no encontro da CIMA, uma posição favorável à arbitrabilidade da pretensão anulatória, fizemo-lo porque submetemos esta pretensão aos critérios previstos no art. 1.º da LAV. Mas agora compreendemos melhor a razão do desconforto que, logo naquele momento, sentimos: as situações jurídicas processuais adequam-se mal àqueles critérios. Percebemos que elas dependem de uma concreta posição num concreto procedimento, justificando-se a partir de uma grelha de princípios processuais fundamentais. A sua matriz não entronca na contraposição entre situações patrimoniais e situações pessoais. Quanto muito, elas são situações pessoais no sentido em que pressupõem genericamente a pessoa, com a sua qualidade de parte. Mas a interposição desta qualidade não é aquela que subjaz aos n.ºs 1 e 2 do art. 1.º da LAV quando aqui se distinguem situações patrimoniais e situações não patrimoniais. O que está em causa nesta regra, de tão complexa concretização na medida em que é difícil construir um critério seguro que nos permita recortar o campo da patrimonialidade perante a suscetibilidade — e a necessidade — de quantificação de certas situações pessoais —, é saber, quase que de um modo intuitivo e através da enunciação de exemplos ou de conjuntos de casos, se uma situação jurídica tange o estatuto da pessoa ou não.

10. Uma primeira linha de argumentação que deve ser afastada enquanto fundamento justificativo de uma peculiaridade da pretensão anulatória no conjunto das situações processuais prende-se com a atribuição de competência para a respetiva decisão aos tribunais estaduais, se nesta atribuição se quiser subentender a concessão de uma competência especial a esta instância de decisão.

Com efeito, não há cortes em razão da especialidade da matéria que determinem que, de entre as pretensões anulatórias, umas devam ser necessariamente decididas por tribunais estaduais e outras o possam ser por tribunais arbitrais. Consequentemente, a previsão de uma competência dos tribunais estaduais para o conhecimento da pretensão anulatória não é razão para se afastar a arbitrabilidade daquela pretensão com fundamento na existência de uma competência (estadual) especial, preclusiva de uma competência (arbitral) comum.

11. Mas será que deve ser este o plano de leitura do regime que foi gizado, afirmando uma competência dos tribunais estaduais?

A doutrina alemã — essencialmente os autores que, por um lado, afirmam que de uma competência especial se não pode retirar uma inarbitrabilidade das posições jurídicas, sendo, que por outro, sustentam a submissão da pretensão *anulatória* a jurisdição estadual — pôs-nos num novo trilho. Não será, que, afinal, a inarbitrabilidade da pretensão à anulação da decisão arbitral se inscreve no *Rechtsschutzmonopol* do Estado ali afirmado? É verdade que os critérios delimitadores deste monopólio de jurisdição estadual são difíceis de captar. Isto porque, na maioria das situações, são enunciados casos concretos de monopólio, decorrentes de regras de direito substantivo, mas não razões transversais que permitam a sua imediata extensão a outros conjuntos de casos. E, na sua maioria, os casos referidos são imputados a áreas do sistema em que o direito material visa tutelar uma parte que, por diferentes ordens de fatores, se encontra numa posição de fragilidade ou de uma desigualdade substancial. Aqui, e dando até relevância a uma causa de inarbitrabilidade que deixou de ter previsão expressa com a

reforma do direito da arbitragem — referimo-nos ao antigo § *** da ZPO —, a submissão a jurisdição estadual teria como fundamento a necessidade de garantir uma igualdade processual substancial. Saber porque não estarão os tribunais arbitrais em condições de a garantir, é aspeto para o qual não se encontra fundamento no direito positivo. Haveria que conhecer eventuais dados empíricos que demonstrassem a necessidade de, por razões de oportunidade, se prevenir, nestas hipóteses, a jurisdição arbitral.

Se nos reportarmos à pretensão anulatória, compreendemos, imediatamente, que não pode ser uma desigualdade entre as partes a explicar a necessária submissão deste contencioso aos tribunais estaduais.

Resta uma hipótese: ter o Estado querido reservar para si o controlo das decisões proferidas por outras jurisdições sempre que estas sofram de ilegalidades consideradas de tal modo graves que a lei para elas comina a anulabilidade. Seria o tipo de ilegalidade a justificar o monopólio estadual de jurisdição, não a natureza da pretensão em si, nem a posição relativa das partes entre elas. E este monopólio seria explicitado, não diretamente — não se afirma, em passo algum, que a pretensão anulatória não é suscetível de ser conhecida por tribunal arbitral —, mas de forma indireta: prevê-se um regime que, não só atribui o contencioso de anulação aos tribunais do Estado — neste sentido depõem as regras que atribuem a jurisdição ao Tribunal da Relação —, como pressupõe que esse contencioso não seja submetido a um tribunal arbitral. Este último argumento encontra razão na própria lei: quando esta impõe ao tribunal estadual o necessário reenvio do processo para nova decisão arbitral, se verificada uma causa de anulação, está implicitamente excluída a possibilidade de esse reenvio não ser necessário o que, supomos, sucederia caso a anulação/cassação fosse decretada por tribunal arbitral. Nesta hipótese, e porque se estaria perante uma instância arbitral, não seria violada a convenção que defere a competência para decidir o litígio a tribunal arbitral. Os poderes de substituição, não obstante o carácter estritamente cassatório da anulação, seriam justificados, não pelo tipo do meio de impugnação mas pela natureza do decisor. Ora, a não previsão desta hipótese, faz-nos pensar que a solução legal, porque ponderada e racional,

tem implícita uma opção: a da reserva dos poderes de anulação de decisões arbitrais aos tribunais estaduais.

Neste sentido se pode, aliás, encontrar registo na doutrina. GEIMER sustenta, de modo inequívoco, que as partes não podem transferir, por meio de convenção, a competência para o conhecimento da pretensão anulatória dos tribunais estaduais para tribunais arbitrais. E as razões justificativas são aquelas que fundam a ineficácia de uma convenção que exclua o direito à anulação/*Aufhebung*: em parte, estão em jogo interesses imediatos do Estado. Assim, continua GEIMER, o Estado não quer nem pode deixar de tomar para si o controlo de uma jurisdição privada⁽⁵⁾.

12. Mas, pergunta-se: por que razão quer o Estado reservar para si o controlo das decisões arbitrais que são alegadamente atingidas por causas de anulação? Se apenas em parte estão em jogo interesses imediatos do Estado, que razão justifica que, na presença da outra parte, não possam as partes deferir a competência para o contencioso de anulação a tribunais arbitrais? Ou será que se pretende afirmar que, em todos os casos de anulação, se há interesses das partes em jogo, estão também sempre e igualmente interesses do Estado em causa?

Na verdade, justificar a existência de um poder geral de controlo do modo de exercício da jurisdição por uma instância privada (na ótica dos autores acima citados) com a alegação de que estão sempre em jogo interesses do Estado é posição que dificilmente se pode sustentar atendendo à enorme incidência da disponibilidade privada e do dispositivo, tanto em sede de anulação, quanto em

(5) ZÖLLER[GEIMER], Zivilprozessordnung 26.^a, §1059, Rd. 79. Invoca em sentido idêntico ENGER HAUSMANN, *Die Aufhebung von Schiedssprüchen nach neuem deutschen Schiedsverfahrensrecht*, FS Stoll, Mohr, 2001, pp. 593-617 (594). Este Autor limita-se, porém, a afirmar, como comumente sucede, que a ação de anulação permite um controlo abrangente do procedimento arbitral pelos tribunais estaduais, não tomando posição expressa acerca da possibilidade de a pretensão anulatória ser conhecida por tribunal arbitral. Também GERHARD WAGNER, sustenta que há situações em que o Estado preserva para si um monopólio de jurisdição, entre elas se referindo a uma série de regras de direito material que inibem a arbitrabilidade de conflitos. O Autor não tem, porém, em vista situações jurídicas processuais. *Prozessverträge. Privatautonomie im Verfahrensrecht*, Mohr Siebeck, 1998, pp. 578 e ss.

sede de oposição à execução (não podemos perder do nosso horizonte que as causas de anulação podem ser deduzidas em oposição a execução). Se nas hipóteses de intervenção oficiosa — e já nem sequer ponderamos a posição extrema de um controlo difuso de legalidade de todo o contencioso arbitral pelos tribunais estaduais, uma vez que este está submetido ao princípio do impulso — ainda se pode vislumbrar um qualquer interesse do Estado — por ora, não discutiremos a proficuidade da razão última que permite recortar entre os fundamentos de anulação aqueles que podem ser conhecidos officiosamente e aqueles que só serão conhecidos se alegados pela parte —, naquelas em que tem de ser a parte a invocar o fundamento para que este seja objeto de cognição mal se compreende a alegada existência de um interesse do Estado, justificativo de um monopólio no contencioso de anulação. E o mesmo se dirá quanto à execução. Se, sem agora entrarmos neste debate, esta se mantém um monopólio do Estado, na medida em que pressupõe o exercício de poderes de autoridade, é certo que somente parte dos fundamentos de oposição são de conhecimento officioso. Poderá afirmar-se um interesse público quanto aos demais?

13. Mas talvez que a hipótese de trabalho mais plausível passe pela questão de se saber se, afinal, não estaremos perante uma hipótese — a da arbitrabilidade da pretensão anulatória — que escapou à previsão da lei. A não referência a esta situação e a construção de um regime que com ela não é diretamente compatível significa uma opção por uma de entre várias soluções possíveis? O legislador ponderou a hipótese da arbitrabilidade da pretensão anulatória e excluiu-a, reservando este contencioso para os tribunais estaduais? Terá a lei criado voluntariamente um monopólio estadual de jurisdição? Ou estaremos perante uma lacuna de previsão?

Percorrendo os diversos fundamentos de anulação enunciados na nossa lei, cremos que eles se reconduzem, *grosso modo*, à ultrapassagem de limites impostos à jurisdição arbitral por lei, por convenção ou por postulação, à violação da ordem pública internacional do Estado português, nestes se integrando tanto a violação de princípios substantivos, quanto a violação de princípios proces-

suais e, ainda, a circunstâncias patológicas na constituição do tribunal. Parte destes fundamentos são considerados absolutamente críticos na medida em que colidem com interesses de ordem pública, sendo de conhecimento oficioso.

Poderemos, então, operar um corte na exercibilidade, perante tribunais arbitrais, da pretensão anulatória, dependendo do tipo de interesses subjacentes à impugnação?

A resposta positiva a esta interrogação parece-nos a mais correta. Na verdade, o Estado apenas se terá reservado um monopólio de jurisdição quando a decisão colida com interesses seus, que não pode deixar de tutelar. Nos demais conjuntos de casos, e ainda que o regime esteja traçado para uma impugnação através de tribunais estaduais, não pode invocar-se este regime como conferindo uma zona de jurisdição necessariamente excludente de arbitrabilidade.

14. A posição que acabámos de enunciar pode acentuar o temor de quantos pretendem um incremento do controlo a exercer por tribunais estaduais sobre o exercício da jurisdição por tribunais arbitrais. Se agora até se admite uma arbitrabilidade da pretensão anulatória sempre que os fundamentos invocados não se inscrevam — porque são de conhecimento oficioso — na esfera de reserva do Estado, que controlo pode ser exercido? Ficam as partes processuais reféns de juízos arbitrais?

Sejam quais forem os fundamentos do temor, como dissemos, estes poderão justificar opções de política legislativa: o Estado legislador é o sujeito com competência para demarcar a sua esfera de intervenção e para, nesta, descortinar os casos em que quer exercer um controlo inderrogável quanto ao modo de produção de soluções heterovinculantes. E foi o Estado legislador quem, configurando um certo regime para os fundamentos de anulação, deixou margem ao intérprete para, em aplicação de princípios gerais, demarcar, a partir daquele regime, aquela zona de monopólio. Se o Estado fixou a irrenunciabilidade da pretensão anulatória, assim inviabilizando a não dedutibilidade de fundamentos de anulação em geral e abstratamente considerados (não pode, aqui, desconsiderar-se que a maioria da doutrina que se pronuncia no sentido da irrenunciabilidade ao exercício da pretensão anulatória, admite a

renúncia, ainda que antecipada, ao exercício dessa pretensão se estribada em certos fundamentos, entre eles, o da falta de fundamentação da decisão), foi esse mesmo Estado quem reservou para si apenas o conhecimento officioso de certos fundamentos de anulação. A renunciabilidade já não é critério de arbitrabilidade e, como vimos, serve mal à determinação da admissibilidade de sujeição a decisão arbitral de situações jurídicas processuais.

E duas notas mais poderão minimizar o desconforto que possa provocar a nossa posição.

Em primeiro lugar, não se pode esquecer que as partes optaram voluntariamente pela submissão da resolução de um conflito a tribunal arbitral. E serão essas mesmas partes que deverão pactuar a arbitrabilidade da pretensão anulatória. Aliás, e em rigor, a haver uma dúvida quanto à arbitrabilidade da pretensão anulatória, o princípio favor arbitratis deveria, inclusivamente, apontar no sentido da conclusão a que chegamos. Não iremos, porém, tão longe que invoquemos, para já, este princípio como índice crítico em benefício da arbitrabilidade da pretensão anulatória. Isto porque esta foi desde sempre associada ao exercício de um controlo a realizar por tribunais estaduais. O que significa que, no estado da arte, dificilmente se poderia, efetivamente, presumir, que as partes quiseram submeter a decisão arbitral a pretensão anulatória quando nada dispuseram sobre esta matéria. Poderá vir a ser assim se, por alguma razão, houver a criação de uma corrente que possa aceitar a posição que aqui deixamos enunciada. No entanto, por ora, seria prematura atribuir eficácia decisiva a este princípio.

Mas há, para além da necessidade de acordo das partes quanto à arbitrabilidade da pretensão anulatória, um outro aspeto que pode mitigar a estranheza ou a inconveniência que venham a encontrar-se na presente solução. Na verdade, não pode esquecer-se que a decisão arbitral que viesse a conhecer da pretensão anulatória, exatamente por ser uma decisão arbitral, não escaparia ao controlo estadual sempre que pudesse estar verificada uma causa de anulação. Em crítica dir-se-á que o procedimento não teria fim, que tudo se arrastaria. Mas, aqui, um argumento é decisivo: serão sempre as partes a optarem pelo regime que entendam mais adequado à tutela processual dos seus interesses. A anulação estadual de *segundo*

grau onera as partes, que vêm protelada a definitividade de uma resolução do conflito que as opõe. Mas foram elas quem pretendeu, sem violação, afinal, de regras injuntivas ou de princípios processuais fundamentais, que a anulação de *segundo grau* seria possível. O Estado apenas sobrecarrega o seu sistema de justiça com o controlo de uma decisão.

15. No final, temos uma conclusão: as situações processuais escapam ao critério geral de arbitrabilidade, disposto pelas diversas leis. Estas apenas se ocupam de situações materiais — ou de pretensões materiais —, operando cortes na jurisdição arbitral. Supomos não haver razão que nos leve a alterar a posição que desde sempre defendemos: seja este critério qual for, ele ligar-se-á, estritamente, a razões de oportunidade política. Quaisquer obstáculos pragmáticos referentes, por exemplo, à submissão de terceiros a uma jurisdição com base voluntária, à extensão do caso julgado, e por aí adiante, podem dificultar o exercício eficaz do direito de ação. Mas não são argumentos críticos que joguem contra a admissibilidade de uma equiparação da extensão da jurisdição arbitral face à jurisdição estadual.

As situações jurídicas processuais são suscetíveis de decisão arbitral por inerência: elas dependem da verificação de factos em contexto processual. Se o contexto processual for arbitral, as situações jurídicas processuais serão exercíveis nesse mesmo contexto.

A pretensão anulatória não difere, na sua natureza, das demais situações processuais. Fica aberta a via da sua dedutibilidade perante tribunal arbitral sempre que não sejam invocadas causas que colidem com interesses do próprio Estado. Nestes casos, mas provavelmente só neste conjunto de casos, reservou o Estado para si o controlo das decisões arbitrais, conferindo-se um monopólio de jurisdição.

Junho de 2015

TELEMEDICINA E FARMÁCIA *ONLINE*: ASPETOS JURÍDICOS DA *eHEALTH*(*)

*Pelo Prof. Doutor Alexandre Libório Dias Pereira(**)*

SUMÁRIO:

Introdução. § 1. O princípio do país de origem e a liberdade de prestação de serviços no mercado europeu. § 2. Informação e publicidade dos sítios de *eHealth*. § 3. Contratação pela via eletrónica. § 4. Reembolso. § 5. Farmácia na Internet. § 6. Tribunal competente e lei aplicável. § 7. Conclusão.

Introdução

A telemedicina é uma alternativa ou um complemento à prestação tradicional de cuidados médicos. Na União Europeia o documento estratégico «Uma agenda digital para a Europa» (COM (2010) 245 final) estabelece a utilização generalizada da telemedicina como meta em 2020. Existem projetos de telemedicina em vários países, nomeadamente a Noruega, que dispõe de um Centro especializado que colabora com a Organização Mundial de Saúde

(*) Este trabalho destina-se aos *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Guilherme de Oliveira*.

(**) Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

desde 2002 enquanto unidade de pesquisa na área da telemedicina e da saúde eletrónica (*e-Health*)(¹).

A telemedicina consiste na prestação de serviços de saúde por meio de tecnologias da informação e da comunicação, em que o profissional de saúde e o paciente não estão presentes fisicamente no mesmo local. Envolve a transmissão de dados e informação de saúde através de textos, sons, imagens ou outros que sejam necessários para a prevenção, diagnóstico, tratamento e acompanhamento de pacientes(²), e está presente em diversas especialidades da medicina, desde a teleradiologia à telecirurgia passando pela teleconsulta. O conceito de *eHealth* é mais amplo, abrangendo outros serviços como os portais de informação de saúde, as farmácias *online*, as bases de dados eletrónicas e a prescrição e transmissão eletrónica de receitas médicas.

Na União Europeia, a generalidade dos Estados-Membros não dispõe de regulação específica da telemedicina. Em alguns países, nomeadamente Portugal, foram adotadas regras deontológicas sobre a utilização da telemedicina. Todavia, há países, como a Polónia, nos quais a licitude do ato médico exige a presença física simultânea do paciente e do profissional de saúde no mesmo local(³). De igual modo, o quadro jurídico da farmácia *online* não está harmonizado a nível da União Europeia.

Este trabalho procura respostas para diversas questões relativas à *eHealth*, incluindo a telemedicina e a farmácia *online*, tais como a que lei está sujeita a prestação de cuidados de saúde a distância por via eletrónica, se é necessária autorização especial para exercer a atividade pela Internet, se os profissionais podem dirigir a sua atividade a pacientes de outros Estados-Membros, se os seus sítios da Internet devem cumprir alguns requisitos especiais, se podem anunciar os seus serviços na Internet, incluindo o envio de comunicações promocionais não solicitadas, se os contratos

(¹) <http://www.ehealthservices.eu/project_partners/nst>.

(²) *Vide*, da Comissão Europeia, *Commission Communication on telemedicine for the benefit of patients, healthcare systems and society*, COM(2008) 689 final.

(³) Cf. *Commission Staff Working document on the applicability of the existing EU legal framework to telemedicine services*, SWD(2012) 414 final, Brussels, 6.12.2012.

celebrados por via eletrónica são válidos e eficazes, se as despesas de serviços de saúde prestados por profissionais estabelecidos em outros Estados-Membros são reembolsáveis, e se é lícita a promoção e a venda de medicamentos pela Internet e em que condições⁽⁴⁾.

§ 1. O princípio do país de origem e a liberdade de prestação de serviços no mercado europeu

A telemedicina e a farmácia *online*, na medida que em envolvam serviços prestados normalmente contra remuneração, à distância, por via eletrónica e mediante pedido individual de um destinatário de serviços, são considerados serviços da sociedade da informação (SSI)⁽⁵⁾. Este conceito não abrange a atividade presencial da medicina ou da farmácia, como seja prestação de serviços como o aconselhamento médico que exija o exame físico do doente, nem a entrega de medicamentos enquanto mercadorias⁽⁶⁾.

Na medida em que constituam serviços da sociedade da informação, a telemedicina e a farmácia *online* ficam sujeitas ao regime

(4) Para uma primeira abordagem sobre a aplicação do quadro jurídico da União Europeia à telemedicina, vide SWD(2012) 414 final, e o nosso ‘Patient safety in e-health and telemedicina’, *Lex Medicinae — Revista Portuguesa de Direito da Medicina*, N.º Especial, 2014, pp. 95-106. Sobre o tema ver tb. PAULA M. F. DE LEMOS PEREIRA, ‘Patient safety in the digital age’, *Lex Medicinae*, N.º Especial, 2014, pp. 171-186.

(5) Artigo 1.º/2 e Anexo V da Diretiva n.º 98/48/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Julho, relativa aos procedimentos de informação no domínio das normas e regulamentações técnicas e às regras relativas aos serviços da sociedade da informação, transposta pelo Decreto-Lei n.º 58/2000, de 18 de abril (anexo I). Sobre a noção de serviços da sociedade da informação, vide o nosso *Comércio electrónico na sociedade da informação: da segurança técnica à confiança jurídica*. Coimbra: Almedina, 1999.

(6) Nos termos do acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 2 de dezembro de 2010 (C-108/09, *Ker-Optika*), “As regras nacionais relativas à comercialização de lentes de contacto estão abrangidas pelo âmbito de aplicação da Diretiva n.º 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho [...] na medida em que respeitam ao ato de venda dessas lentes através da Internet. Em contrapartida, as regras nacionais relativas à entrega das referidas lentes não estão abrangidas pelo âmbito de aplicação desta diretiva”.

jurídico do comércio eletrónico⁽⁷⁾. Rege neste domínio o país de origem, consagrado pela Diretiva n.º 2000/31 com vista a assegurar a liberdade de prestação de serviços da sociedade da informação no mercado interno⁽⁸⁾. O princípio do país de origem significa que o acesso à, e o exercício da profissão se regem pela lei do Estado-Membro (EM), no qual o prestador de serviços está estabelecido, i.e. o local onde o prestador exerce efetivamente uma atividade económica através de um estabelecimento estável por tempo indeterminado, ficando os outros EM impedidos de exigir nova autorização prévia ou qualquer outro requisito com efeito equivalente.

Assim, o controlo é feito no país do estabelecimento, não podendo os EM, por razões que relevem do domínio coordenado, restringir a livre circulação dos serviços da sociedade da informação provenientes de outro Estado-Membro. O controlo na origem dos serviços da sociedade da informação sofre diversas *derrogações*. Não se aplica a diversos domínios, como sejam a liberdade de as partes escolherem a legislação aplicável ao seu contrato e as

(7) Diretiva n.º 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2000, transposta pelo Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de janeiro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 62/2009, de 10 de março, e pela Lei n.º 46/2012, de 29 de agosto. Sobre o princípio do país de origem e a cláusula do mercado interno no domínio da proteção do consumidor no comércio eletrónico, cf. o nosso ‘A protecção jurídica do consumidor no quadro da diretiva sobre o comércio electrónico’, *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 2 (2000), pp. 43-140.

(8) A Diretiva n.º 2011/24/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de março de 2011, relativa ao exercício dos direitos dos doentes em matéria de cuidados de saúde transfronteiriço, contém duas referências expressas à telemedicina (arts. 3.º/d e 7.º/7), e estabelece que o EM de tratamento é o EM de estabelecimento do prestador de serviços (art. 4.º/1). Esta Diretiva consagra o direito ao reembolso de despesas de saúde efetuadas em outros EM (já antes reconhecido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia nomeadamente no acórdão de 27 de outubro de 2011, processo C-255-09, *Commission v. Portugal*), incluindo por meio de *eHealth* e telemedicina. O seu âmbito de aplicação abrange a prestação de serviços de saúde a pacientes, independentemente do seu modo de organização, prestação ou financiamento (art. 1.º/2). A Diretiva n.º 2011/24 foi transposta pela Lei n.º 52/2014 de 25 de agosto. A Portaria n.º 191/2014, de 25 de setembro, define os cuidados de saúde sujeitos a autorização prévia nos termos do art. 11.º/1 da Lei 52/2014, ou seja, os cuidados de saúde transfronteiriços cirúrgicos que exijam o internamento durante pelo menos uma noite e os cuidados de saúde transfronteiriços que exijam recursos a infraestruturas ou equipamentos médicos altamente onerosos e de elevada especialização.

obrigações contratuais relativas aos contratos celebrados pelos consumidores. Por outro lado, em certas condições, os outros EM podem adotar medidas restritivas (*controlo adicional*), se forem *necessárias*, nomeadamente por razões de *defesa dos consumidores* ou da *saúde pública* (a), dirigidas a determinado serviço de saúde *online* que lese ou possa séria e gravemente lesar tais objetivos (b), e *proporcionais* a esses objetivos (c).

A adoção destas medidas restritivas fica sujeita, exceto em casos de urgência, a um *procedimento especial de cooperação e notificação* entre os Estados-Membros. O EM de destino deverá primeiro solicitar ao EM de origem do serviço que tome medidas adequadas e, no caso de não o fazer, deverá notificar à Comissão e ao EM de origem a sua intenção de tomar tais medidas. Excecionalmente, em *caso de urgência*, os EM podem adotar logo medidas restritivas, embora devam notificá-las logo que possível à Comissão e ao EM de origem, justificando a urgência da situação⁽⁹⁾.

⁽⁹⁾ Cf. Diretiva n.º 2000/31, arts. 3.º e 4.º; DL n.º 7/2004, arts. 3.º a 7.º. Cf. o nosso ‘Comércio electrónico e consumidor’, *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 6 (2004), pp. 341-400. Tais medidas restritivas ficam sujeitas a um *procedimento de vigilância* ou controlo por parte da Comissão, a quem compete analisar, com a maior celeridade, a compatibilidade das medidas notificadas com o direito comunitário. Se a Comissão concluir que a medida é incompatível com o direito comunitário, então deverá solicitar ao Estado-Membro em causa que se abstenha de tomar quaisquer outras medidas previstas, ou ponha termo, com urgência, às medidas já tomadas. O procedimento de controlo vale também para as medidas restritivas das liberdades do mercado interno adotadas a nível nacional por razões de proteção de saúde pública, por ex. no que respeita à venda de medicamentos pela Internet. O Tribunal de Justiça da União Europeia, no acórdão de 11 de dezembro de 2003 (C-322/01, *DocMorris, Deutscher Apothekerverband eV*), sem por em causa a proibição de venda de medicamentos fora das farmácias, decidiu que a venda de medicamentos à distância não deve ser proibida relativamente a medicamentos que não carecem de receita médica, por força da liberdade de circulação de mercadorias no mercado interno. Sobre o tema, Éric Fouassier, ‘Le juge communautaire et la vente de médicaments sur Internet. Commentaire de l’arrêt CJCE «DocMorris» du 11 décembre 2003’, *Bull. Ordre phar.* N.º 382 (2004), pp. 109-123). V. tb. o nosso ‘Saúde pública e liberdade económica: aspectos jurídicos da regulação do mercado dos cosméticos, produtos homeopáticos e dispositivos médicos’, *Lex Medicinæ — Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, n.º 2, 2004, pp. 47-48, nota 24. Mais recentemente, no acórdão de 2 de dezembro de 2010 (C-108/09, *Ker-Optika*), o TJUE decidiu que “Os arts. 34.º TFUE e 36.º TFUE, bem como a Diretiva n.º 2000/31, devem ser interpretados no sentido de que se opõem a uma regulamentação nacional que apenas autoriza a comercialização de lentes de contacto em estabelecimentos especializados em dispositivos médicos”, sem prejuízo de reconhecer que “o Estado-Mem-

Em suma, os profissionais estabelecidos em Portugal devem estar devidamente autorizados pelas autoridades competentes para o exercício da atividade no nosso país e pautar a sua atuação segundo a lei portuguesa⁽¹⁰⁾. Nos termos do referido procedimento especial de cooperação e notificação a prestação *online* de serviços de saúde poderá ser objeto de medidas restritivas por parte de outros EM, ou mesmo valendo para os prestadores estabelecidos em outros EM que dirijam as suas atividades para pacientes situados em Portugal.

O Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) afirmou, por diversas vezes, que os serviços de saúde são abrangidos pela liberdade de prestação de serviços no mercado interno (art. 56.º, TFUE), e além disso que, nem a sua natureza especial nem o modo como são organizados ou financiados os exclui do âmbito de aplicação desta liberdade fundamental⁽¹¹⁾. Ao abrigo desta liberdade reconhece-se aos cidadãos o direito de procurar e de receber serviços de saúde em qualquer EM, independentemente de como o serviço é prestado⁽¹²⁾. Os EM podem manter ou introduzir restrições à livre prestação de serviços apenas na medida em que sejam justificadas por razões imperativas de interesse público (e.g. saúde pública), que não excedam o que é objetivamente necessário para esse fim e que o mesmo resultado não possa ser alcançado por medidas

bro pode impor aos operadores económicos interessados a obrigação de disponibilizar ao cliente um óptico qualificado que lhe forneça, à distância, informações e aconselhamento individualizados em matéria de utilização e de manutenção das lentes de contacto. A prestação dessas informações e desse aconselhamento à distância pode, de resto, apresentar vantagens uma vez que permite ao utilizador de lentes de contacto formular as suas questões de modo refletido, preciso e sem ter de se deslocar para o efeito” (par. 73).

⁽¹⁰⁾ Tendo em conta que, no caso da telemedicina, os serviços são prestados sem a deslocação territorial do prestador de serviços de saúde, a Diretiva 2005/36 sobre o reconhecimento das qualificações profissionais não abrangerá os prestadores de telemedicina transfronteiriça, uma vez que o seu âmbito de aplicação é limitado aos casos em que o prestador do serviço se desloca para o território do EM de destino para aí exercer a sua profissão regulamentada.

⁽¹¹⁾ Acórdãos do TJUE de 31 de janeiro de 1984 (C-286/82 e 26/83, *Luisi and Carbone*), de 28 de abril de 1998 (C-158/96, *Kohll*), de 12 de julho de 2001 (C-368/98, *Vanbraekel*); C-157/99, *Smits and Peerbooms*), de 13 de maio de 2003 (C-385/99, *Müller-Fauré and Van Riet*), e de 16 de maio de 2006 (C-372/04, *Watts*) — vide <curia.europa.eu>.

⁽¹²⁾ Acórdão do TJUE de 10 de maio de 1995 (C-384/93 *Alpine Investments*).

menos restritivas (princípio da proporcionalidade)⁽¹³⁾. A prestação à distância de cuidados de saúde por via eletrónica, enquanto serviço, está sujeita às regras do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), pelo que os EM só podem manter ou adotar restrições a essa atividade se respeitarem os termos da cláusula do mercado interno, incorporada pela Diretiva sobre comércio eletrónico. Em especial, parece-nos que, em princípio, os EM não podem pura e simplesmente proibir a prestação de serviços de saúde pela Internet.

Em Portugal, o Código Deontológico da Ordem dos Médicos⁽¹⁴⁾ contém um capítulo sobre telemedicina. De um modo geral, a telemedicina não é proibida, mas deve respeitar a relação médico-paciente. Em especial, quando o paciente solicita uma consulta de acompanhamento por via de telemedicina, tal não deve substituir a relação médico-paciente e pode apenas ser prestada na condição de o médico ter uma ideia clara e justificada da situação clínica do paciente (art. 94.º/2). Os médicos são livres de utilizarem a telemedicina (art. 95.º/1) e não têm qualquer obrigação de emitir opinião à distância no caso de não terem conhecimento ou informação suficiente do paciente (art. 95.º/3). No caso de praticarem a telemedicina têm que se assegurar de que a equipa de trabalho tem as competências necessárias e de que os sistemas de apoio, os controlos de qualidade e os procedimentos de avaliação são adequados para controlar a qualidade e a confidencialidade da informação recebida e transmitida (arts. 96.º e 97.º).

Em suma, o Código Deontológico permite a utilização da telemedicina, na medida em que o seu modo de prestação respeite a relação médico-paciente, e a segurança e confidencialidade do paciente. A telemedicina não é proibida enquanto tal, mas os seus requisitos justificam um possível efeito restritivo à liberdade de prestação de serviços de saúde no Mercado interno. Estes requisitos aplicam-se aos prestadores de telemedicina estabelecidos em

⁽¹³⁾ Acórdãos do TJUE de 2 de março de 2011 (C-108/91 *Ker-Optika*), de 4 de dezembro de 1986 (C-205/84, *Commission v Germany*), de 26 de fevereiro de 1991 (C-180/89, *Commission v Italy*), e de 20 de maio de 1992 (C-106/91, *Ramrath*).

⁽¹⁴⁾ Regulamento n.º 14/2009 de 13 de janeiro de 2009.

Portugal na medida em que o princípio do país de origem também se aplica às regras e orientações sobre qualidade e segurança estabelecidas pelo Estado-Membro de origem de acordo com o art. 4.º da Diretiva n.º 2011/24.

No que respeita aos serviços farmacêuticos *online*, o novo regime jurídico das farmácias⁽¹⁵⁾ consagrou a possibilidade de as farmácias e os locais de venda de medicamentos não sujeitos a receita médica dispensarem medicamentos não só através da tradicional forma presencial mas também ao domicílio e de aceitarem pedidos feitos através da Internet.

§ 2. Informação e publicidade dos sítios de *eHealth*

A telemedicina e a farmácia *online*, enquanto serviços da sociedade da informação, devem cumprir os certos requisitos⁽¹⁶⁾. Para começar, os prestadores de serviços devem disponibilizar permanentemente em linha, em condições que permitam um acesso fácil e direto, elementos completos de identificação que incluam, nomeadamente, nome ou denominação social (*a*), endereço geográfico em que se encontra estabelecido e endereço eletrónico que permita uma comunicação direta (*b*); inscrições do prestador em registos públicos e respetivos números de registo (*c*); número de identificação fiscal (*d*); informação relativa à entidade que concedeu a autorização para exercer a atividade (*e*); o título profissional e o EM em que foi concedido, a entidade profissional em que se encontra inscrito, bem como as regras profissionais que disciplinam o acesso e o exercício dessa profissão (*f*). Por outro lado, os profissionais de saúde devem prestar informação clara e prévia à utilização dos serviços sobre eventuais custos para os destinatários além dos custos dos serviços de telecomunicações, incluindo ónus

⁽¹⁵⁾ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 307/2007, de 31 de agosto, alterado pela Lei n.º 26/2011, de 16 de Junho, e pelo Decreto-Lei n.º 171/2012, de 1 de agosto.

⁽¹⁶⁾ Diretiva n.º 2000/31, art. 5.º; DL n.º 7/2004, art. 10.º.

fiscais ou despesas de entrega, implicados pela prestação dos seus serviços de saúde (DL n.º 7/2004, art. 10.º/4).

Por outro lado, enquanto membros de profissão regulamentada, os prestadores de telemedicina só podem efetuar publicidade *online* em conformidade com as regras deontológicas da profissão⁽¹⁷⁾. Determinadas informações são excluídas, nos termos da diretiva e da lei sobre comércio eletrónico, do conceito de comunicações comerciais⁽¹⁸⁾, a saber: as informações que permitam o acesso direto à atividade da sociedade, da organização ou da pessoa, nomeadamente um nome de área ou um endereço de correio eletrónico (1), e as comunicações relativas às mercadorias, aos serviços ou à imagem da sociedade, organização ou pessoa, compiladas de forma imparcial, em particular quando não existam implicações financeiras (2). Assim, não constituem publicidade os *sítios meramente passivos*, que não contêm mensagens de natureza promocional, i.e. que não incitam à aquisição de medicamentos pela Internet. Um sítio passivo de um médico ou de uma farmácia não é considerado publicidade, antes se equiparando às indicações inerentes ao exercício profissional, nomeadamente letreiros, impressos e outros documentos.

A publicidade *online* dos prestadores de serviços deve ser clara e inequivocamente identificada enquanto tal. É permitida a publicidade de profissões regulamentadas na Internet mediante sujeição ao cumprimento das regras profissionais em matéria de independência, dignidade e honra da profissão, bem como do sigilo profissional e da lealdade para com clientes e outros membros da profissão, devendo as associações e organizações profissionais ser incentivadas a elaborar códigos de conduta a nível comunitário, que permitam determinar os tipos de informações que podem ser prestadas para efeitos de comunicação comercial. Em

(17) São permitidas restrições a este princípio geral, mas uma proibição total das comunicações comerciais por parte destes profissionais é afastada não apenas pela Diretiva n.º 2000/31 mas também pela Diretiva n.º 2006/123/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro, relativa aos serviços no mercado interno (art. 24.º/1), transposta pelo Decreto-Lei n.º 92/2010, de 26 de julho.

(18) Diretiva n.º 2000/31, arts. 6.º a 8.º; DL n.º 7/2004, arts. 20.º, 21.º, 23.º.

vista disto, e tendo em conta o diploma do comércio eletrónico, os sítios de serviços de saúde *online* poderão incluir mensagens de natureza promocional segundo os parâmetros a definir por códigos de conduta.

A proteção dos dados pessoais e da privacidade é uma matéria sensível na saúde *online*. Pela sua natureza, a telemedicina envolve o tratamento de dados pessoais através da criação e/ou da transmissão de dados pessoais de saúde⁽¹⁹⁾. Em especial, suscita-se o pro-

(19) A proteção dos dados pessoais é prevista como direito fundamental no art. 8.º da Carta de Direitos Fundamentais da UE e desenvolvida pela Diretiva n.º 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. O tratamento de dados pessoais relacionados com a saúde é proibido a menos que certas condições estejam satisfeitas. De acordo com o TJUE, a noção de dados de saúde deve ser interpretada em termos amplos de modo a abranger informação sobre todos os aspetos, tanto físicos como psíquicos, da saúde de uma pessoa (acórdão de 6 de novembro de 2003, C-101/01, *Bodil Lindqvist*). O grupo de trabalho sobre proteção de dados, previsto no art. 29.º, desenvolveu a interpretação deste conceito recomendando que os dados de saúde deveriam abranger: quaisquer dados pessoais estritamente relacionados com o estado de saúde da pessoa, tais como dados genéticos ou dados sobre o consumo de medicamentos, álcool e drogas e quaisquer outros dados contidos nos ficheiros clínicos sobre o tratamento de um paciente, incluindo dados administrativos (número de segurança social, data de admissão no hospital, etc.), de modo a que qualquer dado que não seja relevante para o tratamento do paciente não seja inserido nos ficheiros médicos. Sobre as questões suscitadas pelo processo clínico eletrónico, regulado nos EUA pela *Health Insurance Portability and Accountability Act* de 1996 (Public Law 104-191), vide Article 29 Working Party Working Document on the processing of personal data relating to health in electronic health records (EHR), 2007; Vera Lúcia Raposo, ‘O Fim da “Letra De Médico”’: Problemas Suscitados pelo Processo Clínico Eletrónico em Sede de Responsabilidade Médica’, *Lex Medicinæ*, n.º 19 (2013), pp. 51-78. Sobre a proteção de dados pessoais, vide e.g. GARCIA MARQUES, LOURENÇO MARTINS, *Direito da Informática*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2006, pp. 129-313, 422-442, 330-391; MARIA EDUARDA GONÇALVES, *Direito da Informação — Novos Direitos e Formas de Regulação na Sociedade da Informação*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2003, pp. 82-111, 173-183; CATARINA SARMENTO E CASTRO, *Direito da informática, privacidade e dados pessoais — A propósito da legalização de tratamento de dados pessoais (incluindo tele vigilância, telecomunicações e Internet por entidades públicas e por entidades privadas, e da sua comunicação e acesso)*, Almedina, Coimbra, 2005. Para uma crítica à “bicefalia de regimes”, consoante a natureza pública ou privada do prestador de serviços, na nossa legislação (Lei n.º 67/98, de 26 de outubro, Lei n.º 12/2005 de 26 de janeiro, e Lei n.º 46/2007, de 24 de agosto), vide CARLA BARBOSA, ‘Aspectos Jurídicos do Acesso ao Processo Clínico’. *Lex Medicinæ*, n.º 7 (2010), pp. 107-140. ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, ‘Dever de documentação, acesso ao processo clínico e sua propriedade: uma perspectiva europeia’, *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, n.º 16 (2006), e, do mesmo

blema da utilização de dados pessoais, como o correio eletrônico, para fins de marketing direto. O envio de comunicações comerciais

Autor, *Direitos dos pacientes e responsabilidade médica*, Coimbra Editora, 2015 (caps. 3 e 4 da parte III, sobre o direito à documentação e ao acesso à informação pessoal de saúde e sobre o direito à reserva da intimidade da vida privada (os dados de saúde), com referência à problemática do processo clínico eletrônico). Com efeito, a lei dos dados pessoais qualifica os dados de saúde como dados sensíveis (art. 7.º/1) e permite o seu tratamento, incluindo os relativos à vida sexual e os dados genéticos, mesmo sem autorização do titular, quando for necessário para efeitos de *medicina preventiva, diagnóstico médico, prestação de cuidados ou tratamentos médicos*, ou *gestão de serviços de saúde*, desde que o tratamento desses dados seja efetuado por um *profissional de saúde* obrigado a *sigilo* ou por outra pessoa sujeita igualmente a *segredo profissional*, seja *notificado* à CNPD, nos termos do art. 27.º, e sejam garantidas *medidas adequadas de segurança da informação* (art. 7.º/4). O direito de acesso à informação relativa a dados da saúde, incluindo os dados genéticos, é exercido por *intermédio de médico* escolhido pelo titular dos dados (art. 11.º/5). Em França a hospedagem de dados de saúde só pode ser efetuada por prestadores devidamente acreditados por um organismo do Ministério da Saúde. A lei da informação pessoal de saúde (Lei n.º 12/2005) estabelece igualmente que o acesso à informação de saúde por parte do seu titular, ou de terceiros com o seu consentimento, é feito através de médico, com habilitação própria, escolhido pelo titular da informação (art. 3.º/3). Esta lei determina que a informação de saúde pertence à pessoa a que diz respeito, sendo as unidades do sistema de saúde seus depositários, e só pode ser utilizada *para fins de prestação de cuidados* e investigação em saúde e outros estabelecidos pela lei (art. 3.º/1). Quando aos fins de investigação, o acesso à informação de saúde pode ser facultado se for anonimizada (art. 4.º/3). O titular da informação tem direito ao conhecimento de todo o processo clínico que lhe diga respeito, salvo circunstâncias excecionais devidamente justificadas e em que seja inequivocamente demonstrado que isso lhe possa ser prejudicial, ou de o fazer comunicar a quem seja por si indicado (art. 3.º/2). O processo clínico abrange qualquer registo, informatizado ou não, que contenha informação de saúde sobre doentes ou seus familiares, devendo conter toda a informação médica disponível que diga respeito à pessoa (art. 5.º/2-3). Sendo que a consulta e a edição do processo clínico cabem apenas ao médico ou sob sua supervisão a outro profissional igualmente sujeito ao dever de sigilo (art. 5.º/4-5). O responsável da unidade de saúde pelo tratamento da informação de saúde está sujeito a determinados deveres, no que respeita à confidencialidade, à segurança das instalações e dos equipamentos, ao controlo do acesso à informação, tem ainda um dever reforçado de sigilo e de educação deontológica dos profissionais (art. 4.º/1). É proibido o acesso indevido de terceiros aos processos clínicos e aos sistemas informáticos que contenham informação de saúde, e são exigidos níveis de segurança que evitem nomeadamente a sua destruição, acidental ou ilícita, a alteração, difusão ou acesso não autorizado ou qualquer outra forma de tratamento ilícito da informação (art. 4.º/2). Além disso, a gestão dos sistemas de informação deve assegurar a realização regular e frequente de cópias de segurança da informação de saúde (art. 4.º/6; o Regulamento (UE) 611/2013 da Comissão de 24 de junho de 2013 impõe um dever de notificação em caso de violação de dados pessoais). Por seu turno, a Lei do Acesso aos Documentos da Administração (Lei n.º 46/2007) estabelece que o acesso a documentos nominativos que incluam dados de saúde pode ser efetuado

não solicitadas está agora regulado na Lei da proteção da privacidade nas comunicações eletrónicas⁽²⁰⁾, que exige consentimento prévio e expresso do assinante ou utilizador de serviços de comunicações eletrónicas, que seja pessoa singular (art. 13.º-A/1). Abrange a utilização de correio eletrónico, incluindo SMS, EMS, MMS e similares. De todo o modo, o envio já é lícito se o prestador já tiver obtido as coordenadas eletrónicas de contato do paciente no âmbito de um fornecimento de produtos ou serviços, nos termos da Lei dos Dados Pessoais⁽²¹⁾, desde que garanta aos clientes em causa, clara e explicitamente, a possibilidade de recusarem, de forma gratuita e fácil, a utilização de tais coordenadas, tanto no momento da respetiva recolha, como por ocasião de cada mensagem, quando o cliente não tenha recusado inicialmente essa utilização (art. 13.º-A/3). Em qualquer caso, a identidade da pessoa em nome de quem é efetuada a comunicação não pode ser ocultada ou dissimulada, por força do princípio da identificabilidade das comunicações comerciais estabelecido no art. 21.º do DL n.º 7/2004 e já antes no Código da Publicidade⁽²²⁾. Às pessoas coletivas é reconhecido o direito de recusarem o envio dessas mensagens, devendo para o efeito inscrever-se numa lista (art. 13.º-A/2).

pelo titular da informação ou por terceiro *autorizado por escrito* pelo titular ou por quem demonstre um *interesse direto, pessoal e legítimo*, suficientemente relevante segundo o princípio da proporcionalidade (arts. 2.º/3 e 6.º/5). Ao contrário da lei dos dados pessoais e da lei da informação pessoal de saúde, que exigem a mediação do médico no acesso aos dados, no âmbito da LADAR a comunicação de dados de saúde é feita por intermédio de médico apenas se o requerente o solicitar (art. 7.º). Em suma, ao abrigo desta lei, o acesso pode ser facultado a terceiro que pode dispensar a mediação do médico. Em todo o caso, o acesso não abrange notas pessoais, esboços, apontamentos e outros registos de natureza semelhante, que são excluídos da noção de documento administrativo (art. 3.º/2-a).

(20) Lei n.º 41/2004, de 18 de agosto (transpõe a Diretiva n.º 2002/58/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Julho, relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no sector das comunicações eletrónicas), alterada pela Lei n.º 46/2012, de 29 de agosto (transpõe a Diretiva n.º 2009/136/CE, na parte que altera a Diretiva n.º 2002/58/CE).

(21) Lei n.º 67/98, de 26 de outubro (transpõe a Diretiva n.º 95/46/CE).

(22) Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 330/90, de 23 de outubro, com a última alteração pela Lei n.º 8/2011, de 11 de abril.

§ 3. Contratação pela via eletrónica

O diploma do comércio eletrónico estabelece a idoneidade da via eletrónica como meio de declaração negocial, equipara o documento eletrónico ao documento escrito, e proíbe cláusulas contratuais gerais que imponham a celebração por via eletrónica dos contratos com consumidores⁽²³⁾.

A proteção do consumidor justifica, aliás, um regime especial de formação do contrato, por via de deveres específicos dos prestadores de SSI, nomeadamente a obrigação de disponibilizarem determinadas informações, mecanismos de identificação e correção de erros e deveres de aviso de receção e de confirmação da encomenda⁽²⁴⁾. Antes de ser dada a ordem de encomenda, o fornecedor deve disponibilizar ao consumidor dispositivos de identificação e correção de erros e disponibilizar-lhe certas informações prévias (que acrescem às previstas no art. 10.º) sobre o contrato, o seu processo de celebração, arquivamento, línguas de celebração, meios técnicos de identificação e correção de erros, termos contratuais e cláusulas contratuais gerais, e códigos de conduta de que o fornecedor seja subscritor. Uma vez recebida uma ordem de encomenda, o prestador deve enviar aviso de receção para o endereço eletrónico do consumidor contendo a informação fundamental do respetivo contrato, sendo que na sequência do aviso de receção o consumidor terá que confirmar a encomenda para ela se tornar definitiva (art. 29.º/5), parecendo assim que sem a confirmação o contrato não produz efeitos. De todo o modo, tanto o dever de aviso de receção como o de confirmação não são obrigatórios se houver imediata prestação em linha do serviço em cumprimento da encomenda ou se a negociação se efetuar por correio eletrónico ou meio equivalente⁽²⁵⁾.

De notar que o regime dos direitos dos consumidores nos contratos à distância⁽²⁶⁾ não se aplica a serviços de cuidados de saúde,

⁽²³⁾ DL n.º 7/2004, arts. 25.º e 26.º.

⁽²⁴⁾ DL n.º 7/2004, arts. 27.º a 29.º.

⁽²⁵⁾ Para desenvolvimentos, vide o nosso 'A via electrónica da negociação (alguns aspectos)', *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 8 (2006/2007), pp. 275-290.

⁽²⁶⁾ Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro (transpõe para a ordem jurídica

nem ao fornecimento de géneros alimentícios, bebidas ou outros bens destinados ao consumo corrente do agregado familiar, entregues fisicamente pelo fornecedor de bens em deslocações frequentes e regulares ao domicílio, residência ou local de trabalho do consumidor.

§ 4. Reembolso

A Diretiva n.º 2011/24 estabelece, no art. 7.º, as regras gerais de reembolso de despesas de saúde realizadas em outro EM, que correm em princípio por conta do EM do paciente.

Em princípio os pacientes não precisam de autorização prévia para receber serviços de saúde em outros EM. Frequentemente o paciente paga o serviço ao prestador e depois tem que pedir o reembolso no seu EM da quantia que receberiam se o tratamento aí tivesse lugar (art. 7.º/4 da Diretiva n.º 2011/24). Todavia, de modo a aliviar os encargos financeiros, os EM podem estabelecer um mecanismo de notificação prévia, de modo a que os pacientes possam saber antecipadamente e por escrito a quantia de reembolso a que terão direito (art. 9.º/5 Diretiva n.º 2011/24).

Contudo, estas soluções podem ser limitadas em certas circunstâncias legalmente definidas. Por exemplo, a Diretiva estabelece uma isenção exceção geral fundada em razões extraordinárias de interesse geral (art. 7.º/9 Dir. n.º 2011/24). Outra exceção está prevista no art. 8.º, permitindo um requerimento de autorização prévia para o reembolso de despesas médicas nomeadamente no caso de existirem sérias razões relativas à segurança e à qualidade dos serviços de saúde prestados, e que pode tornar-se uma situação habitual na telemedicina derivado aos riscos associados com este modo de prática médica. Para ultrapassar este obstáculo equaciona-se a adoção de um conjunto básico de regras comuns para a telemedicina, uma vez que a referida restrição se aplica a serviços de saúde que não foram objeto de harmonização.

nacional a Diretiva n.º 2011/83/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2011, relativa aos direitos dos consumidores).

O reembolso pode ser recusado se o EM de origem do paciente considerar que o tratamento em causa podia ter sido adequadamente prestado internamente, com fundamento na exceção de interesse geral, ou ainda pela falta de autorização prévia, quando exigida. Todavia, as referidas restrições ao direito de reembolso devem ser necessárias e proporcionais e nunca podem funcionar como mecanismo de discriminação ou como obstáculo às liberdades fundamentais do Mercado interno.

§ 5. Farmácia na Internet

O antigo regime jurídico da farmácia não previa a possibilidade de as farmácias oferecerem os seus produtos e aceitarem encomendas pela Internet. O conceito normativo de farmácia era limitado a instalações físicas com determinadas dimensões e características, vinculadas a determinada área geográfica⁽²⁷⁾. O novo regime jurídico das farmácias⁽²⁸⁾ permite a oferta e encomenda de medicamentos pela Internet. O art. 9.º/1 prevê a possibilidade de apresentação do pedido de medicamento por qualquer meio de comunicação, incluindo a página eletrónica na Internet de cada farmácia (oferta e encomenda *online*). Todavia, a dispensa e entrega de medicamentos ao público só pode ser efetuada pelo pessoal da farmácia nas instalações desta ou no domicílio do utente (dispensa e entrega presencial). O pessoal da farmácia compreende o diretor técnico e outro farmacêutico, e eventualmente técnico de farmácia ou outro pessoal devidamente habilitado — arts. 23.º e 24.º)⁽²⁹⁾.

⁽²⁷⁾ Lei n.º 2125, de 20 de março de 1965, e Decreto-Lei n.º 48 547, de 27 de agosto de 1968. Cf. o nosso ‘Farmácia electrónica: sobre a comercialização de medicamentos na Internet’. *Lex Medicinæ — Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, n.º 1, 2004, pp. 33-42.

⁽²⁸⁾ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 307/2007, de 31 de agosto, e alterado pela Lei n.º 26/2011, de 16 de junho, e pelo Decreto-Lei n.º 171/2012, de 1 de agosto.

⁽²⁹⁾ Os deveres de assistência na dispensa e entrega de medicamentos poderão ser válidos relativamente a outros produtos que podem ser vendidos nas farmácias, como sejam produtos homeopáticos e naturais, dispositivos médicos, suplementos alimentares e

A utilização de página eletrónica, bem como a atividade de entrega de medicamentos ao domicílio nos referidos termos, não depende de autorização, mas está sujeita a *comunicação prévia* ao INFARMED (art. 9.º/3). Sendo que “As condições e os requisitos da dispensa de medicamentos ao domicílio e através da Internet” são regulamentadas por portaria do membro do Governo responsável pela área da saúde (art. 57.º/-b; art. 9.º/6)⁽³⁰⁾. De todo o modo, a lei das farmácias estabelece algumas regras, como sejam a responsabilidade do diretor técnico da farmácia pela prestação da informação necessária à adequada utilização do medicamento, bem como o registo de cada pedido de entrega ao domicílio (art. 9.º/5); e a obrigação de as farmácias disporem nas suas instalações, nomeadamente, da Farmacopeia Portuguesa, em edição de papel, em formato eletrónico ou *online*, a partir de sítio da Internet reconhecido pelo INFARMED (art. 37.º). Esta norma integra o sítio da Internet reconhecido pelo INFARMED como parte das instalações da farmácia⁽³¹⁾.

A Portaria n.º 1427/2007 consagra a possibilidade aberta pela lei de o pedido de dispensa de medicamentos para entrega ao domicílio ser feito não apenas presencialmente (nas farmácias ou nos locais de venda de medicamentos não sujeitos a receita médica) mas também à distância através do sítio eletrónico da farmácia, de correio eletrónico, telefone ou telefax (art. 2.º/1).

A dispensa de medicamentos não está sujeita a autorização especial mas depende de comunicação prévia do sítio eletrónico ao INFARMED (art. 5.º/1), ao qual cabe disponibilizar em local adequado do seu sítio na Internet a lista dos endereços dos sítios da Internet que lhe forem comunicados (art. 6.º).

produtos de alimentação especial, produtos fitofarmacêuticos, cosméticos e de higiene corporal, artigos de puericultura e produtos de conforto (DL n.º 307/2007, art. 33.º). De todo o modo, a exigência de prestação presencial dessa informação será contrária à jurisprudência do TJUE firmada no acórdão *Ker-Optika* (C-108/09, 2/12/2010).

⁽³⁰⁾ Trata-se da Portaria n.º 1427/2007, de 2 de novembro.

⁽³¹⁾ Sobre o sítio eletrónico como valor empresarial, *vide* o nosso ‘Empresa, comércio eletrónico e propriedade intelectual’, *Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais, Homenagem aos Professores Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, coord. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, Volume I — Empresas e Sociedades, Coimbra Editora, 2007, pp. 439-478.

São estabelecidas algumas condições para a dispensa de medicamentos ao domicílio e através da Internet. Para começar, a entrega ao domicílio deve ser feita sob a supervisão de um farmacêutico, no caso de farmácia, ou de um farmacêutico ou técnico de farmácia, no caso de local de venda de medicamentos não sujeitos a receita médica, cabendo-lhes a responsabilidade pela informação necessária à adequada utilização do medicamento (art. 2.º/2-3). A entrega ao domicílio de medicamentos está limitada ao município onde se encontra instalada a farmácia e aos municípios limítrofe, só pode ser assegurada pela farmácia ou, no caso de medicamento não sujeito a receita médica pelo local autorizado à respetiva venda, onde o medicamento é solicitado⁽³²⁾, e, no que toca aos medicamentos sujeitos a receita médica, deve cumprir as regras de apresentação obrigatória de receita médica (art. 3.º). Quanto ao transporte, devem, ser observadas as regras de transporte previstas nas boas práticas de distribuição de medicamentos.

Por outro lado, a Portaria n.º 1427/2007 estabelece requisitos específicos dos sítios eletrónicos das farmácias. Dispõe o art. 4.º/1 que “As farmácias devem dispor de um sítio eletrónico, individualizado, propriedade da farmácia ou do local de venda de MNSRM, disponibilizando as seguintes informações: a) Preço dos serviços prestados relacionados com a dispensa de medicamentos e respetiva entrega ao domicílio; b) Formas aceites de pagamento; c) Área geográfica em que a farmácia assegura a dispensa ao domicílio; d) Tempo provável para a entrega dos medicamentos solicitados; e) Nome do director técnico da farmácia ou do responsável técnico do local de venda de medicamentos não sujeitos a receita médica.”

Os pedidos de dispensa de medicamentos para entrega ao domicílio efetuados nomeadamente pela Internet devem ser registados com referência à identificação do medicamento, à quantidade dispensada e ao município de entrega, devendo a referida informação ser disponibilizada ao INFARMED sempre que solicitado (art. 7.º).

⁽³²⁾ Todavia, a Portaria possibilita que as farmácias ou os locais de venda de MNSRM partilhem conjuntamente o referido sítio eletrónico detidas, geridas ou exploradas pela mesma pessoa singular ou sociedade comercial (art. 4.º/2).

Quanto a saber se os sítios das farmácias podem difundir informações relativas a medicamentos sujeitos a receita médica, a publicidade aos medicamentos de uso humano está sujeita ao regime jurídico previsto no Estatuto do Medicamento⁽³³⁾, e, subsidiariamente, no Código da Publicidade. Os titulares de Autorização de Introdução no Mercado devem remeter a publicidade ao INFARMED, competindo-lhe fiscalizá-la com vista à promoção do uso racional do medicamento e dos produtos de saúde. Em especial, é proibida a publicidade a medicamentos que não sejam objeto de uma autorização ou registo válidos para o mercado nacional e a publicidade junto do público em geral dos medicamentos sujeitos a receita médica (a) ou que contenham substâncias definidas como estupefacientes ou psicotrópicos, ao abrigo de convenções internacionais que vinculem o Estado português (b) ou sejam comparticipados pelo SNS (c), salvo campanhas de vacinação efetuadas pela indústria ou campanhas de promoção de medicamentos genéricos efetuadas pela indústria desde que aprovadas pelo INFARMED. Em qualquer caso, no patrocínio de iniciativas dirigidas ao público, é proibida a menção ao nome de um medicamento, salvo se realizada nos termos do Estatuto do Medicamento (art. 152.º/5).

Ora, a propósito da difusão em sítios das farmácias de informações relativas a medicamentos sujeitos a receita médica, o Tribunal de Justiça da União Europeia decidiu, no acórdão de 5 de maio de 2011⁽³⁴⁾, que o art. 88.º/1-a) da Diretiva n.º 2001/83

“não proíbe a difusão num sítio da Internet, por uma empresa farmacêutica, de informações relativas a medicamentos sujeitos a receita médica, quando estas informações se encontram acessíveis neste sítio apenas a quem as procura obter e quando essa difusão consista exclusivamente na reprodução fiel da embalagem do medicamento, nos ter-

⁽³³⁾ Decreto-Lei n.º 176/2006, de 30 de agosto, na redação que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 128/2013, de 5 de setembro, alterado pela Lei n.º 51/2014, de 25 de agosto. Por seu turno, a publicidade de dispositivos médicos regula-se pelo Decreto-Lei n.º 145/2009, de 17 de junho, e, subsidiariamente, pelo Código da Publicidade. A publicidade de produtos cosméticos é regulada pelo Regulamento (CE) N.º 1223/2009 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30/11/2009, pelo Regulamento (UE) N.º 655/2013 da Comissão, de 10/07/2013 e pelo Decreto-Lei n.º 189/2008, de 24 de setembro.

⁽³⁴⁾ Proc. C-316/09, *MSD Sharp & Dohme GmbH c. Merckle GmbH*.

mos do artigo 62.º da Diretiva n.º 2001/83, (...), bem como na reprodução literal e integral da bula ou do resumo das características do produto aprovados pela autoridade competente em matéria de medicamentos. É, pelo contrário, proibida a difusão nesse sítio de informações sobre um medicamento que tenham sido objeto, por parte do fabricante, de uma seleção ou de uma alteração que só se possam explicar em virtude de uma finalidade publicitária.”

§ 6. Tribunal competente e lei aplicável

6.1. Nos termos do Regulamento n.º 1215/2012⁽³⁵⁾, as partes são livres de designar, por acordo escrito, o tribunal competente para dirimir possíveis litígios entre si. Todavia, por razões de proteção do consumidor, a liberdade das partes é limitada quando estão em causa relações entre profissionais e consumidores. Se as partes não escolherem o foro competente, a regra geral é a da competência dos tribunais do EM de domicílio do réu. Todavia, em certas circunstâncias, um réu pode ser processado perante os tribunais de outro Estado-membro.

Em matérias de responsabilidade civil extracontratual, é competente o tribunal do local onde ocorreu ou possa ocorrer o facto danoso. Na telemedicina transfronteiriça, o local onde ocorre o facto danoso corresponde ao Estado-Membro no qual o prestador está situado quando presta o serviço (*a*) e o local onde o dano ocorre corresponde ao EM onde o paciente se encontra quando recebe a consulta médica ou o tratamento (*b*).

No domínio da responsabilidade contratual, distingue-se entre contratos apenas entre profissionais (B2B) e contratos entre profissionais e consumidores (B2C). Nos primeiros, são competentes os tribunais do EM onde, nos termos do contrato, os serviços foram prestados ou deviam ter sido prestados (art. 7.º/1). Nos segundos,

⁽³⁵⁾ Regulamento n.º 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2012, regula a competência judiciária, o reconhecimento e a execução de decisões em matéria civil e comercial. Revogou e substituiu o Regulamento n.º 44/2001, de 22 de Dezembro de 2000.

só pode ser intentada uma ação contra o consumidor nos tribunais do EM do seu domicílio quando a atividade do profissional seja dirigida a esse EM ou a vários EM incluindo esse (arts. 17.º/1-c e 18.º). Nos acórdãos *Alpenhof e Pammer*⁽³⁶⁾, o TJUE clarificou a noção de atividades dirigidas no contexto da Internet, no sentido de que para determinar se um sítio profissional dirige a sua atividade ao EM do domicílio do consumidor deve ter-se em conta se, antes da celebração de qualquer contrato, resultava desse sítio e da sua atividade em geral que procurava oportunidades de negócio nesse EM. O Tribunal de Justiça apresenta, para o efeito, uma lista não exaustiva de tópicos, tais como a natureza internacional da atividade, a referência a itinerários a partir de outros EM para ir ao local de estabelecimento do profissional, a utilização de línguas ou de moedas para além das que são geralmente aceites no seu EM de estabelecimento, a menção a números de telefone com código internacional, recurso a serviços pagos de indexação de resultados de pesquisa para facilitar acesso ao seu sítio por parte de consumidores domiciliados em outros EM, etc. Para o Tribunal de Justiça, a mera acessibilidade do profissional no EM de domicílio do consumidor é insuficiente para estabelecer a conexão, por ex. quando um consumidor português solicita serviços de telemedicina de um prestador sueco apenas disponíveis em sueco.

Se a atividade não é dirigida ao EM de domicílio do consumidor, são competentes os tribunais do EM onde, nos termos do contrato, os serviços foram prestados ou deviam ter sido prestados. Segundo a Diretiva n.º 2011/24, no caso da telemedicina, considera-se que os cuidados de saúde são prestados no EM de estabelecimento do prestador (art. 3.º/d).

6.2. Quanto à lei aplicável, o Regulamento Roma I⁽³⁷⁾ regula a lei aplicável a contratos civis e comerciais. Relativamente

⁽³⁶⁾ Proc. C-144/09 e C-585/08, de 7 de dezembro de 2010. Sobre o tema *vide*, com indicações, o nosso 'Os pactos atributivos de jurisdição nos contratos eletrónicos de consumo', *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 3 (2001), pp. 281-300.

⁽³⁷⁾ Regulamento (CE) n.º 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I).

a contratos entre profissionais (B2B), a regra geral é a da liberdade de escolha, no sentido de que a lei aplicável ao contrato será a que as partes expressamente escolherem. Na falta de escolha, vale a regra supletiva para os serviços, i.e. a lei do EM da residência habitual ou país de origem do prestador de serviços (art. 4.º/1-*b*).

Quanto a contratos entre profissionais e consumidores (B2C), as partes também são livres de escolher a lei aplicável mas o consumidor não pode ser privado da proteção que lhe é conferida pelas normas imperativas da lei do seu EM de domicílio. Na falta de escolha, a lei aplicável é ou a lei do país da residência habitual do consumidor no caso de o profissional dirigir as suas atividades para esse EM ou para vários EM incluindo esse, ou, caso contrário, a lei do EM onde o prestador tem a sua residência habitual (art. 6.º).

Em matéria de responsabilidade extracontratual, o Regulamento Roma II⁽³⁸⁾ estabelece a regra geral da aplicação da lei do país onde ocorre o facto danoso, i.e. a lei do EM onde o paciente recebe o tratamento. Esta lei aplica-se independentemente do país no qual o facto danoso ocorreu (i.e. o EM onde o profissional de saúde se encontrava no momento da consulta ou do tratamento) e do país ou países onde ocorram as consequências indiretas desse facto (art. 4.º/1). Todavia, em certas condições, as partes podem escolher outra lei por acordo após o facto danoso ter ocorrido (art. 14.º).

No que respeita à relação entre a lei aplicável e o princípio do país de origem, o artigo 4 da Diretiva n.º 2011/24 estabelece que a prestação de cuidados de saúde transfronteiriça deve respeitar a legislação do EM do tratamento e as normas e diretrizes sobre qualidade e segurança estabelecidas por esse Estado-Membro (art. 4.º), i.e. o tratamento deve ser realizado em conformidade com a lei do país de origem do prestador. Esta solução não contraria as regras estabelecidas nos Regulamentos Roma I e II sobre a lei aplicável (art. 2.º/*q* da Diretiva n.º 2011/24) uma vez que a lei aplicável à responsabilidade civil pode ser de um EM diferente da do prestador de serviços. O âmbito do art. 4.º da Diretiva n.º 2011/24 é limi-

⁽³⁸⁾ Regulamento (CE) n.º 864/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Julho de 2007, relativo à lei aplicável às obrigações extracontratuais («Roma II»).

tado a questões de direito público, e conjuga-se com o art. 17.º do Regulamento Roma II nos termos do qual na determinação da conduta da pessoa considerada responsável devem ter-se em conta as regras de segurança em vigor no local do facto danoso, i.e. o facto gerador de responsabilidade. Por exemplo, se o EM do tratamento é Portugal por ser o país de origem do prestador de telemedicina, mas as partes escolheram o direito espanhol, este só se aplica à questão da responsabilidade civil entre as partes, embora os padrões impostos pelo direito português sejam relevantes para determinar se o cirurgião cumpre os requisitos de qualidade e segurança aplicáveis à telemedicina.

§ 7. Conclusão

A utilização generalizada das tecnologias da informação e da comunicação em rede é uma realidade também no setor da saúde. A lei acompanha o desenvolvimento tecnológico e permite, dentro de certos limites, tanto a telemedicina como a farmácia *online*, em vista dos benefícios proporcionados pelas novas tecnologias.

Todavia, a migração para o ambiente digital, se por um lado é uma oportunidade com inegáveis vantagens, por outro é igualmente uma fonte de riscos acrescidos para direitos fundamentais dos pacientes, em especial no que respeita a matérias tão sensíveis como a proteção dos dados pessoais e da privacidade. Se o futuro da saúde passa também, em boa medida, pela Nuvem⁽³⁹⁾, a proteção dos

(39) Nos termos da Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, *Explorar plenamente o potencial da computação em nuvem na Europa*, COM(2012) 529 final, Bruxelas, 27.9.2012, “A «computação em nuvem» em termos simples pode ser entendida como o armazenamento, tratamento e utilização de dados em computadores remotos a que se acede através da Internet. Isto significa que os utilizadores podem controlar, mediante pedido, uma capacidade computacional quase ilimitada, que não têm de realizar grandes investimentos de capital para satisfazer as suas necessidades e que podem ter acesso aos seus dados em qualquer local através de ligação à Internet. A computação em nuvem permite reduzir substancialmente as despesas informáticas dos utilizadores e desenvolver uma grande quantidade de novos serviços. Recorrendo à computação em nuvem, as empresas, mesmo as de menor dimensão, podem penetrar

dados pessoais e da privacidade não deverá ser remetida para o estatuto de mero custo de transação do desenvolvimento da economia digital. Antes pelo contrário é fundamental assegurar o respeito por estes direitos fundamentais, tanto ao nível do controlo de acesso, da autenticidade e integridade, como da confidencialidade, da interoperabilidade e da segurança dos dados e das comunicações⁽⁴⁰⁾.

Tarefa que não se afigura fácil, num mundo sem fronteiras, marcado pelo avanço tecnológico sobre a legislação e em que se assiste à utilização em massa de dispositivos eletrónicos e aplicações de saúde, que permitem acompanhar em ‘tempo real’ o estado de saúde de cada um. Mas tarefa nem por isso impossível, para quem, como nós defende um ciberespaço subordinado à lei⁽⁴¹⁾.

em mercados cada vez maiores e as administrações públicas podem tornar os seus serviços mais atraentes e eficientes, contendo ao mesmo tempo as despesas.”

⁽⁴⁰⁾ Em ordem a responder aos desafios da Nuvem em matéria de tratamento de dados pessoais e de invasões à vida privada das pessoas nos domínios dos cuidados de saúde foram elaboradas determinadas recomendações. *Vide*, por ex., Article 29 Working Party Opinion 05/2012 on Cloud Computing, 2012; Cloud Standards Consumer Council, *Impact of Cloud Computing on Healthcare*, 2012. Entre os principais riscos da Nuvem apontam-se: as falhas de segurança de informação, como quebras de confidencialidade, integridade ou disponibilidade de dados pessoais, não detetadas pelo responsável pelo tratamento (a); a transferência de dados para países sem proteção adequada de dados pessoais (b); termos de serviços que permitem ao operador da nuvem tratar os dados em desconformidade com as instruções do responsável (c); a utilização dos dados por parte dos servidores de nuvem ou terceiros associados para os seus próprios fins sem o conhecimento ou a autorização do responsável (d); a responsabilidade evanescente dos subcontratados (e); perda de controlo dos dados e do seu tratamento e incapacidade de controlar as atividades do provedor de Nuvem (f); impossibilidade de fiscalização por parte das autoridades de proteção de dados relativamente ao tratamento dos dados pelo responsável ou pelo provedor de nuvem (g) — Berlin International Working Group on Data Protection in Telecommunications, *Working Paper on Cloud Computing — Privacy and data protection issues* (“Sopot Memorandum”), 2014. Alguns destes problemas encontram já resposta na lei interna (*vide supra* nota 19), pese embora o tratamento destas questões ser ainda algo embrionário entre nós, quando comparado com outros países, nomeadamente o sistema Kanta finlandês — *vide* Carolina Lindqvist, *Access management and control in eHealth systems*, University of Helsinki, 2013 — <<http://www.cs.helsinki.fi/u/carolili/ehealth/ehealth.pdf>>.

⁽⁴¹⁾ *Vide*, com referências, o nosso ‘Direito ciberespacial: «soft law» ou «hard law»?», *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Volume III — *Direitos e Interconstitucionalidade: Entre Dignidade e Cosmopolitismo*, org. FERNANDO ALVES CORREIA, JÓNATAS MACHADO, JOÃO CARLOS LOUREIRO, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 685-710.

SOBRE A DISTINÇÃO ENTRE POSSE E DETENÇÃO

Pelo Prof. Doutor Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas Ataíde()*

SUMÁRIO:

1. A delimitação do problema. 2. O conceito de *corpus*. Conteúdo e configuração. 3. Exercício direto e indireto do *corpus*. 4. O *animus*. Os diferentes significados. 5. A solução do Direito português. Respostas doutrinárias e apreciação crítica. 5.1. A teoria dos atos facultativos; 5.2. A teoria da intenção declarada; 5.3. A teoria da causa. As respostas atuais. 6. Orientação adotada. As situações de detenção. 6.1. O exercício do poder de facto sem intenção de agir como beneficiário do direito; 6.2. Os actos de mera tolerância; 6.3. O exercício da posse em nome alheio. 7. Conclusões. O *corpus* como critério de distinção entre a posse e a detenção.

1. A delimitação do problema

O problema central em torno do qual se ergueram as modernas teorias da posse consiste em apurar se a posse se basta com o controlo fáctico de uma coisa corpórea em termos correspondentes ao exercício de um direito real (ou de outra natureza, desde que tenha por objeto aquele tipo de coisas) e que se exprime pelo conceito de *corpus* ou se, além dessa atuação, é ainda necessário que o

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

exercente aja com uma determinada intencionalidade específica (*animus*).

A distinção entre posse e detenção representaria o normal corolário destes enunciados nucleares. De acordo com a primeira linha de orientação, havendo *corpus*, existe posse a não ser que a situação seja legalmente desqualificada para simples detenção, enquanto a segunda corrente de pensamento considera que não basta o *corpus* à existência de posse, exigindo, para a diferenciar da detenção, que a atuação material seja comandada por um certo propósito do agente.

Cumpra assim averiguar a estrutura da posse, examinando, primeiro, o significado, conteúdo e alcance do conceito de *corpus*; em seguida, avaliar o sentido da exigência de *animus*, para depois firmar a orientação adotada e extrair finalmente as conclusões que se afigurem pertinentes.

2. O conceito de *corpus*. Conteúdo e configuração

I. Os estudos históricos revelam ser extremamente duvidoso que, mesmo em tempos primitivos, a posse — que, nessa época, mereceria a proteção do Direito sobretudo por estritas razões de paz e ordem pública — tenha exigido uma situação de efetivo domínio físico sobre uma coisa⁽¹⁾.

De todo o modo, independentemente das dúvidas que ainda possam subsistir sobre a sua configuração histórica inicial, as novas necessidades jurídicas criadas pela expansão romana cedo terão ditado a espiritualização da posse, admitindo-se que pudesse ser adquirida com a percepção visual da coisa e a correspondente

⁽¹⁾ Como refere OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil — Reais*, 5.^a ed. (reimpressão), Coimbra Editora, 2000, pp. 62 e 83, é duvidoso que a posse tenha sido concebida, em tempo algum, como uma realidade meramente material ou que tivesse alguma vez pressuposto formas de conexão material da pessoa e da coisa. Admitindo que, originariamente, o *corpus* se pudesse traduzir na retenção material e efetiva da própria coisa, em virtude de a organização estatal não assegurar a suficiente tutela dos interesses particulares, JOSÉ DIAS MARQUES, *Prescrição aquisitiva*, Lisboa, 1960, p. 26.

intenção de apropriação (*oculis et affectu*), acompanhada do seu ingresso na esfera de controlo do agente. O processo de desmaterialização também se terá manifestado ao nível da *conservação* da situação possessória, sendo inquestionável que, por exemplo, o *dominus* mantinha a posse sobre os escravos fugitivos ou dos que estavam embarcados em navios⁽²⁾.

II. Atualmente, a espiritualização da base de facto que suporta a posse é veiculada pelo conceito pós-romano de *corpus*, que exprime a situação própria de quem, sendo *titular de um poder de controlo material* sobre uma coisa, pode conferir-lhe as afectações que, pela sua própria natureza, seja capaz de admitir, enquanto a noção de detenção designa a situação da pessoa que, tendo a coisa fisicamente em seu poder, se limita a exercer os correspondentes poderes de facto⁽³⁾.

Desta dissociação, resulta que a posse pode ou não coabitar com a detenção, alternativas que cabem na formulação do art. 1252.º, Código Civil⁽⁴⁾, ao prever a possibilidade de a posse ser exercida pessoalmente ou por intermédio de outrem. O vínculo entre comitente e comissário (art. 500.º), designadamente, na concretização paradigmática que lhe é dada pela relação laboral, constitui um campo exemplar de demonstração; é ao trabalhador que, enquanto comissário/detentor, compete velar pela conservação e boa utilização dos bens e equipamentos de trabalho que lhe forem confiados pelo

(2) Sobre a origem e a evolução histórica da posse, MANUEL RODRIGUES, *A posse: estudo de direito civil português*, Almedina, Coimbra, 1980, 3.ª ed., pp. 15, 47 e 71 ss, MENEZES CORDEIRO, *A Posse: perspectivas dogmáticas actuais*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2004 (reimpressão), pp. 15 ss e JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Direitos Reais*, Coimbra Editora, 2008, pp. 514 ss. ANTONIO ORTEGA C. DE ALBORNOZ, *Derecho Privado Romano*, Málaga, 1999, p. 140, exemplifica o processo de espiritualização da posse com o caçador que ao lançar o laço, adquiria a posse da peça, desde que esta fosse presa sem possibilidade de se escapar, não se exigindo portanto a presença física daquele. Saliendo também a progressiva desmaterialização da posse realizada pelo Direito romano, OLIVEIRA ASCENÇÃO, *Direito Civil — Reais*, p. 62.

(3) Como assinalava MARTIN WOLFF, *Das Sachenrecht*, (trad. Blas Pérez González, José Alguer), Volume I, 1936, Barcelona, Bosch, p. 28, o conceito de *corpus*, enquanto senhorio de facto sobre a coisa, não tem base legal direta, sendo obra da doutrina jurídica.

(4) Doravante, todos os preceitos legais citados sem indicação da respetiva fonte, reportam-se ao Código Civil português.

empregador (art. 128.º/1, alínea g), CT), o qual exerce a posse por seu intermédio, nos termos da segunda alternativa do art. 1252.º/1, visto ser ele (empregador) o titular do poder final de decisão sobre os exatos termos em que a coisa deve ser utilizada pelo trabalhador no cumprimento da prestação laboral.

No atual Código português, a desmaterialização do *corpus*, no sentido em que é independente do efetivo contato físico com a coisa, é ainda veiculada por diversas disposições, em especial, pelos arts. 1257.º/1 e 1264.º, que dispõem, respetivamente, sobre a conservação e aquisição da posse. A primeira disposição determina que a posse se mantém enquanto existir *a possibilidade* de a continuar e o segundo preceito permite a aquisição da posse nos contratos reais *quod effectum*, ainda que o transmitente do direito (e anterior possuidor) *mantenha a detenção da coisa*. Exprime-se assim a dimensão teleológica e funcional do *corpus*, que se basta com a pertença da coisa à esfera de domínio do possuidor, isto é, com um *status quo* que permita ao agente renovar, sempre que queira, a sua atuação material sobre a coisa⁽⁵⁾.

Além da espiritualização do *corpus*, também o próprio instituto possessório, globalmente considerado, se foi desmaterializando, havendo casos excecionais em que a lei, atendendo a interesses dignos de proteção jurídica, admite a existência de posse sem que haja sequer *corpus*, como sucede com os sucessores que continuam *ope legis* a posse do *de cuius*, independentemente da apreensão material da coisa (art. 1255.º) e com a posse concedida ao esbulhado pelo art. 1267.º/1, alínea d), no ano subsequente ao esbulho, de modo a permitir-lhe o recurso à acção de restituição⁽⁶⁾.

(5) Defendendo a configuração teleológica e funcional do *corpus*, já DIAS MARQUES, *Prescrição aquisitiva*, p. 29, apoiando-se nas pertinentes disposições do Código de Seabra. Acentuando igualmente a espiritualização do *corpus*, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil — Reais*, p. 83, JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Direitos Reais*, pp. 548 ss e MARTIN WOLFF, *Das Sachenrecht*, pp. 30 e 46, em face do disposto nos §§ 855 e 868, BGB, que dispõem, respetivamente, sobre a execução da posse pelos detentores e posse mediata, considerando que esta última se baseia numa inequívoca espiritualização do conceito de poder efetivo sobre a coisa.

(6) A razão de ser da solução prevista no art. 1255.º representa, segundo explicam PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Coimbra Editora, 2.ª ed., 2010 (reimpressão), Livro III, pp. 12-13 (nota 2 ao art. 1255.º) e Volume VI, 1998 (reimpres-

Para o estudo da posse enquanto realidade normativa e face a estes elementos fornecidos pelo Direito positivo português, pode assim sintetizar-se uma primeira conclusão sobre o seu processo de desmaterialização que se manifesta em dois planos distintos. Um, ao nível do *corpus* enquanto substrato de facto que suporta a posse, outro, ao nível da sua própria configuração institucional.

Em termos prototípicos, a posse radica na existência de *corpus*, conceito normativo construído pela dogmática jurídica, que exprime o senhorio fáctico sobre uma coisa corpórea, dispensando-se, porém, qualquer ligação física efetiva entre o sujeito e a coisa, uma vez que aquele poder de facto pode ser exercido por outrem sob a sua direção.

III. A concreta configuração do *corpus* é eminentemente variável, dependendo das circunstâncias do caso. O exato conteúdo dos respetivos poderes de controlo oscila em função de diversos factores, *v. g.*, o âmbito do direito a que a posse se reporta, como sucede, por exemplo, quando se constituem por negócio jurídico vários direitos sobre a mesma coisa a favor de diversos sujeitos. O conteúdo do *corpus* do possuidor que o exerce em termos de propriedade plena e que corresponde à situação possessória paradigmática, é forçosamente mais amplo do que aquele que o exerce por referência a uma propriedade onerada (*v. g.*, por um usufruto, servidão predial ou inclusive locação), assim como o *corpus* dos vários compossuidores se tem que delimitar mutuamente de modo a não privar nenhum do uso a que tem direito (art. 1406.º/1).

Em suma, como a posse se exerce por referência a um direito, seja real (ou pessoal de gozo), que tem por objeto uma coisa corpórea e por escopo o aproveitamento das utilidades que essa coisa

são), p. 5 (nota 6 ao art. 2024.º), um corolário do próprio conceito legal de sucessão (art. 2024.º), que exprimiria uma relação de verdadeira identidade entre as situações anteriormente encabeçadas pelo falecido e as de que os seus sucessores passam a ser titulares. Embora não seja possível desenvolver este assunto, sempre se adianta que a solução do art. 1255.º somente parece ter cabimento em relação aos herdeiros, uma vez que os legatários, enquanto credores da herança, apenas podem adquirir a posse com a entrega da coisa, ainda que os efeitos da aceitação se retrotraiam ao momento da abertura da sucessão por força do art. 2050.º, n.º 2.

possa proporcionar, o conteúdo do *corpus* vai inevitavelmente ajustar-se ao tipo de aproveitamento que caracteriza o direito em causa, seja o gozo da coisa, a sua afetação em garantia de cumprimento de uma obrigação ou a aquisição de outro direito, conforme se trate respetivamente de posse reportada a direitos reais (ou pessoais) de gozo, garantia (penhor, direito de retenção) ou aquisição (promessa com eficácia real, acompanhada da tradição da coisa).

A característica variabilidade do *corpus* manifesta-se dentro dos próprios direitos reais de gozo — que constituem o campo, por excelência, de manifestação do fenómeno possessório — porquanto também aí a extensão do *corpus* irá reflectir o tipo mais ou menos amplo de gozo facultado pelo concreto direito em causa. O *corpus* possessório ao alcance, por exemplo, do proprietário ou usufrutuário que cederam a coisa em locação, limitar-se-á basicamente à percepção das rendas devidas, uma vez que o uso da coisa pertence ao locatário, estando sob a sua detenção material, para viabilizar o exercício do respetivo direito. De igual modo, o conteúdo do *corpus* exercido em termos de um direito de usufruto, fica necessariamente aquém do *corpus* exercido por referência à propriedade plena, porquanto o integral poder de transformação que integra o gozo do proprietário não onerado⁽⁷⁾, está limitado no usufruto pelo dever do usufrutuário respeitar a forma e a substância da coisa (art. 1439.º), assim como, inversamente, o *corpus* que se exerça em termos de gozo da propriedade de raiz (onerada por um usufruto) circunscreve-se ao aproveitamento das utilidades residuais não atribuídas ao usufrutuário (réditos que não constituam frutos em sentido técnico), comprimido que está o gozo do nu proprietário pelo uso e fruição concedidos ao usufrutuário⁽⁸⁾.

Este estado de coisas apenas se alterará no sentido do *corpus* em termos de propriedade plena, caso, por hipótese, o locatário ou o usufrutuário procedam à inversão do título (arts. 1263.º, alínea *d*

(7) Sobre a pertença do poder de transformação ao gozo e não, como era tradicionalmente encarado, à faculdade de disposição, JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Direitos Reais*, p. 322.

(8) Sobre a diferente configuração que o *corpus* possessório pode assumir, MOTA PINTO, *Direitos Reais*, Coimbra, Almedina, 1975, pp. 181-183.

e 1265.º), opondo-se à posse do locador ou do nu proprietário e iniciando uma posse em termos de propriedade ou se, pelo contrário, o proprietário desapossar o locatário ou o usufrutuário, privando-o do controlo material sobre a coisa, através da chamada *usucapio libertatis* (art. 1574.º, aplicável por analogia aos outros direitos reais — e pessoais — de gozo menores, além das servidões prediais).

3. Exercício direto e indireto do *corpus*

À semelhança da generalidade das situações jurídicas activas, que admitem a normal dissociação entre titularidade e exercício, os poderes que compõem o *corpus* tanto podem ser exercidos direta e pessoalmente pelo próprio possuidor, como de forma indireta por terceiros que ele habilite, não se exigindo, portanto, que esses poderes configurem um contacto material efetivo com a coisa. É esse o sentido fundamental que decorre do já mencionado art. 1252.º, ao permitir que a posse seja exercida por intermédio de outrem, de que é exemplo típico a actuação do comissário ou do representante, cuja admissibilidade na posse, enquanto direito patrimonial, é inquestionável⁽⁹⁾.

I. Segundo alguma doutrina, o exercício da posse por intermediário compreenderia fundamentalmente dois grupos de casos, conforme os poderes de facto sejam exercidos em cumprimento de um dever jurídico — legal ou negocial — ou no âmbito de um direito próprio que conceda o domínio físico da coisa.

Os casos do primeiro grupo são exemplificados com relações dominadas pelos vetores autoridade *versus* subordinação, em que a obediência se afirma corresponsiva do poder de dar ordens (comissários, *maxime*, trabalhadores subordinados e serviços em geral, como caseiros, jardineiros ou empregados domésticos). Estão

⁽⁹⁾ Sobre o exercício de direitos (e da posse em especial) por intermédio de outrem, JOSÉ DIAS MARQUES, *Prescrição aquisitiva*, pp. 16 ss. Defendendo a admissibilidade da representação na posse, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil — Reais*, p. 82.

abrangidos aqui os casos de simples detenção, em que o detentor nada mais é do que a *longa manus* do possuidor, atuando sob a sua direcção.

Os casos do segundo grupo podem conhecer diferentes origens, derivando nomeadamente, do desmembramento de um direito real de gozo maior (v. g., propriedade onerada por um usufruto ou servidão predial ou um usufruto onerado por uma servidão ou direito de superfície)⁽¹⁰⁾, da constituição de direitos pessoais de gozo (locação, comodato, depósito, parceria pecuária) ou da própria compropriedade, como resulta do art. 1406.º/2, que trata o comproprietário como detentor em relação às quotas dos seus consortes. Diz-se então que os titulares, seja do direito real menor, seja do direito pessoal de gozo, possuem em nome do titular do direito de base ao abrigo do qual se constituiu a sua posição jurídica, sendo, nessa qualidade, detentores, sem prejuízo da sua condição de possuidores em nome próprio relativamente ao direito real (ou pessoal) de que são efetivos titulares.

A inexistência no Direito português de disposições congéneres dos §§ 855 e 868 BGB que dispõem, respetivamente, sobre o detentor e o possuidor mediato, explica provavelmente que parte da doutrina englobe de modo indiferenciado as duas esferas de situações no campo de aplicação do art. 1252.º/1. Porém, o segundo grupo de casos, que corresponde basicamente à chamada posse mediata, representa uma concretização do fenómeno da sobreposição de posses, com as consequentes interferências no conteúdo do *corpus* dos diferentes possuidores, apresentando, por isso, particularidades que não podem ser aqui examinadas. De facto, quando existe justaposição de posses, a coisa apenas está sob o domínio material de um dos possuidores que, em virtude de agir por referência a um direito próprio, não é propriamente um executor da posse de outrem⁽¹¹⁾, ao contrário dos que somente exercem o poder de facto

⁽¹⁰⁾ O usufrutuário pode onerar o seu direito nos termos do art. 1444.º/1, constituindo, por exemplo, outros direitos reais (ou pessoais) de gozo (ou de garantia), dispondo o art. 1460.º/1 expressamente nesse sentido quanto às servidões prediais.

⁽¹¹⁾ Salientando esta diferença fundamental entre o simples detentor e o possuidor imediato, MARTIN WOLFF, *Das Sachenrecht*, pp. 41 ss.

em cumprimento de um dever jurídico, únicos a que, em rigor, se deve aplicar a segunda alternativa do art. 1252.º/1⁽¹²⁾.

II. Por seu lado, o art. 1252.º/2 estabelece uma presunção de posse em nome próprio por parte de quem exerce o poder de facto (a não ser que não tenha iniciado a posse, ressalva que constitui o sentido da remissão para o art. 1257.º/2).

A razão de ser da presunção reside na quase impossibilidade prática de se fazer a prova da posse em nome próprio que não coincida com a prova do próprio direito, o qual pode inclusive não existir. Cabe portanto a quem se arroga a posse, provar que o detentor não é possuidor, podendo fazê-lo por qualquer meio, nomeadamente, pela exibição do título que exclua a posse do detentor, demonstrando que este apenas possui em nome alheio⁽¹³⁾.

Cumpra ainda ter em conta que, embora em regra, o sujeito que exerce o poder de facto seja também detentor, essa dupla qualidade não tem necessariamente que se reunir na mesma pessoa. O detentor, ou seja, a pessoa que detém a coisa em seu poder, pode não ser o sujeito que *exerce a posse em nome de outrem* a que se refere o art. 1252.º/1. Precisamente por este motivo, é que o art. 1252.º/1 apenas se refere ao exercício da posse por intermédio de outrem, sem acrescentar *e que tenha a detenção da coisa*, como fez a parte final do art. 1140.º do Código Civil italiano⁽¹⁴⁾; será o caso, por exemplo, do procurador que se serve de auxiliares na execução da procuração (art. 264.º/4), aos quais seja confiada a detenção da coisa, sendo todavia a posse exercida por intermédio do procurador.

⁽¹²⁾ Concorde-se por isso com PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Livro III, p. 7 (nota 1 ao art. 1252.º), quando apenas exemplificam o exercício da posse por intermediário com hipóteses que consideravam ser de mera detenção, embora a doutrina atual as englobe no âmbito da posse.

⁽¹³⁾ PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, p. 8 (nota 2 ao art. 1252.º).

⁽¹⁴⁾ Chamando a atenção para o significado que decorre da diferença de redação entre os dois diplomas, PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Livro III, p. 7 (nota 1 ao art. 1252.º), frisando que pode o terceiro, tal como o próprio titular, não ter de facto a detenção da coisa e, apesar disso, haver *posse*.

4. O *animus*. Os diferentes significados

Segundo os seus autores, o sistema possessório instituído pelo Código de 1966 obedece à concepção dita “subjetivista”. Ao elemento objectivo *corpus*, poder que se manifesta quando alguém atua de forma correspondente ao exercício do direito de propriedade ou de outro direito real (art. 1251.º), acresceria o elemento subjetivo *animus*, definido como a intenção de exercer, como titular, um direito real sobre a coisa (art. 1253.º, alínea *a*), *a contrario sensu*, assim se distinguindo da detenção, caracterizada pelo simples exercício daquele poder de facto, desprovido da referida intenção⁽¹⁵⁾.

Os modernos antecedentes históricos da solução acolhida no art. 1253.º, alínea *a*), recuam ao debate científico travado sobre o sentido que se devia extrair dos textos romanos sobre a posse e que precedeu a codificação alemã. Nesse quadro, foram erguidos os pilares fundamentais que ainda hoje sustentam as principais teorias sobre a posse e cujos enunciados têm sido, de resto, generosamente expostos e analisados pela doutrina portuguesa. De um lado, perfilaram-se as orientações subjetivistas, encabeçadas por SAVIGNY; de outro, as correntes objetivistas, encimadas por IHERING⁽¹⁶⁾.

I. As teses subjetivistas defendem que a posse é constituída por dois elementos autónomos, o *corpus* e o *animus*, cuja reunião é indispensável à sua existência. Sem o *corpus*, o *animus* constitui uma mera atitude interna de índole psicológica e sem o *animus*, o *corpus* reduz-se a uma situação material, desprovida de relevância

(15) PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, pp. 5 (nota 6 ao art. 1251.º) e 8-10 (notas 1 e 2 ao art. 1253.º). A exigência de *animus* pelo art. 1253.º, alínea *a*), inclinou a doutrina portuguesa maioritária no sentido do subjetivismo. Além dos autores adiante citados, refira-se ainda, sem quaisquer pretensões de exaustividade, ORLANDO DE CARVALHO, *Introdução à posse*, RLJ, n.ºs 3780 ss (1989-1990), HENRIQUE MESQUITA, *Direitos Reais*, Coimbra, 1967, p. 68, PAULA COSTA E SILVA *Posse ou posses?* pp. 26 ss, 32-33, MARGARIDA COSTA ANDRADE, *(Alguns) aspectos polémicos da posse de bens imóveis no Direito Português*, Cadernos do Centro de Estudos Notariais e Registais (CENOR), n.º 1, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 91 (considerando que o Código adotou uma orientação subjetivista mitigada).

(16) FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY, *Das Recht des Besitizes*, Gießen, 1803 e RUDOLF VON IHERING, *Der Besitzwille*, Jena, 1889.

jurídica. Porém, dentro do universo subjetivista formaram-se diferentes concepções de *animus* que importa conhecer.

Para SAVIGNY, tratar-se-ia do *animus domini*, isto é, a intenção de exercer em nome próprio o direito de propriedade. Atendendo contudo a que as legislações admitiam, ao lado da posse em termos de propriedade, a posse por referência a outros direitos reais, a restrição ao *animus domini* revelava-se insustentável, pelo que o subjetivismo posterior generalizou o conceito, sustentando o chamado *animus possidendi*, definido, por uns (num sentido tautológico) como a vontade de ter a coisa para si e, por outros, enquanto intenção do sujeito de exercer o direito real, como sendo o seu titular e que se traduziria na prática dos correspondentes actos materiais. Todavia, dado que a posse, tal como alguns a entendiam, podia também abranger direitos não reais, como a locação, acentuou-se a tendência generalizadora, definindo-se agora o *animus* como a intenção de exercer sobre as coisas um poder no próprio interesse (*animus sibi habendi*)⁽¹⁷⁾.

Embora divergindo no tocante ao conteúdo do *animus*, estas correntes subjetivistas estão unidas pelo denominador comum de se basearem na indagação da vontade concreta do possuidor. Atendendo contudo à dificuldade de se perscrutar caso a caso essa intenção específica, autonomizou-se uma variante do pensamento subjetivista, assegurada pela chamada teoria da causa, que desconsidera a realidade psicológica do agente, encarando o *animus* como realidade normativa, que seria determinável em função da natureza da situação ou do negócio jurídico que estivesse na origem da posse. Embora se situe, pela metodologia que preconiza, numa zona de fronteira entre o objetivismo e o subjetivismo possessório, a teoria da causa é, em regra, apresentada como uma orientação subjetivista, em virtude de não prescindir da autonomia do elemento *animus*⁽¹⁸⁾.

(17) Entre nós, encontram-se exposições desenvolvidas sobre o objetivismo e o subjetivismo possessório, em MANUEL RODRIGUES, *A posse*, pp. 69 ss., MENEZES CORDEIRO, *A Posse: perspectivas dogmáticas actuais*, pp. 21 ss., MENEZES LEITÃO, *Direitos Reais*, 4.^a ed., Almedina, 2013, pp. 109 ss., JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Direitos Reais*, pp. 529 ss.

(18) MANUEL RODRIGUES, *A posse*, p. 77, define-a como uma teoria de transição, embora a considere, de algum modo, mais objetiva do que subjetiva.

Segundo esta tese, haveria que distinguir dois grupos de casos, conforme a posse se fundasse, ou não, num título específico de investidura. O primeiro compreende as hipóteses mais simples, em que o *corpus* possessório se fundamenta na existência de um título, o qual, enquanto facto gerador da posse, modela o correspondente *animus*. Logo, independentemente da concreta intenção declarada com que aja o possuidor, existirá um *animus* de, por hipótese, proprietário ou usufrutuário, conforme a investidura na posse se baseie, por exemplo, em um negócio de alienação da propriedade ou de constituição de usufruto.

Quando, pelo contrário, se exerce o *corpus* sem que exista um título de investidura, a identificação do concreto direito a que a posse se reporta dependerá de se conseguir — ou não — inferir um preciso sentido da índole objetiva dos exatos actos praticados, não sendo agora possível recorrer ao *animus* normativo, precisamente por nestes casos faltar uma causa à posse. Deste modo, se alguém, por exemplo, circunscrever a utilização de um prédio alheio à simples circulação em determinados locais, esse *corpus* exprimirá um *animus* correspondente a um direito de servidão de passagem. Todavia, nas mais das vezes, o *corpus* consubstancia-se numa atuação indiscriminada, que se dispersa em múltiplas direções, aproveitando os diferentes tipos de vantagens que a coisa pode proporcionar, pelo que se torna inconcludente para exteriorizar o concreto direito a que a posse se reporta. Ora, não sendo o *corpus* unívoco, há que inferir o *animus* de propriedade, não só por ser o direito real paradigmático, em face do qual se demarcam todos os outros mas ainda por ser o único cujo conteúdo típico faculta precisamente ao exercente as múltiplas utilidades indiscriminadas que podem ser proporcionadas pelo aproveitamento das coisas corpóreas⁽¹⁹⁾.

II. Pelo contrário, o pensamento objetivista dispensa uma intencionalidade específica mas não destitui a posse de qualquer elemento voluntário, porquanto o *corpus* não poderia existir sem o *animus* nem este sem aquele. Ambos nascem em simultâneo pela

(19) Neste sentido, DIAS MARQUES, *Prescrição aquisitiva*, p. 35.

incorporação necessária da vontade no controlo da coisa, não resultando a posse da sua simples reunião, porque, a ser assim, cada elemento teria uma existência prévia separada. *Corpus* e *animus* relacionam-se tal como a palavra e o pensamento. Na palavra, incorpora-se o pensamento até então puramente interno; no *corpus*, incorpora-se a vontade até aí puramente interna. Logo, o *corpus* é um facto da vontade, no sentido em que exprime a intenção de controlo de uma coisa, não havendo portanto *corpus* quando alguém é obrigado, por hipótese, a conservar uma coisa em seu poder, pois nesse caso, falta-lhe o seu controlo material que reside precisamente no coator, assim como também não existe obviamente *corpus* quando nem sequer há consciência de que se tem uma coisa em seu poder. Em suma, o *corpus* possessório é sempre a materialização da consciência e vontade de controlo material da coisa⁽²⁰⁾.

5. A solução do Direito português. Respostas doutrinárias e apreciação crítica

I. A solução professada pelo art. 1253.º, alínea *a*) tem sido fonte de polémica inesgotável. De facto, como observa MENEZES CORDEIRO, a detenção tem sido historicamente identificada com a posse em nome alheio. Abrangida esta última pelo art. 1253.º, alínea *c*), que qualifica como detentores os representantes e mandatários do possuidor, e, de um modo geral, todos os que possuem em nome alheio, ter-se-ia esgotado o universo da detenção, inviabilizando um campo próprio de aplicação para a alínea *a*)⁽²¹⁾.

⁽²⁰⁾ Tornou-se célebre, a este propósito, o exemplo de ausência de *corpus* dado por RUDOLF VON JHERING, *Der Besitzwille: zugleich eine Kritik der herrschenden juristischen Methode*, Jena, 1889 (reimpressão: Scientia Verlag, Aalen, 1968), da pessoa a quem, durante o sono, alguém colocava uma coisa na mão.

Entre nós, o pensamento objetivista está exposto e analisado de forma desenvolvida em MANUEL RODRIGUES, *A posse*, pp. 77-81, MENEZES CORDEIRO, *A Posse: perspectivas dogmáticas actuais*, pp. 25-26 e 51 ss, JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Direitos Reais*, pp. 531 ss, MENEZES LEITÃO, *Direitos Reais*, pp. 111 ss (em JHERING, o *animus* é apenas o *animus possessionis*, o qual se reporta unicamente à mera consciência e vontade de controlo da coisa).

⁽²¹⁾ *A Posse: perspectivas dogmáticas actuais*, p. 64.

5.1. A teoria dos atos facultativos

De todo o modo, PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA preenchem a previsão constante do art. 1253.º, alínea *a*), com os atos facultativos (que supõem a inércia do titular do direito), exemplificando com o aproveitamento pelos proprietários dos prédios inferiores das águas que brotam naturalmente de qualquer fonte ou nascente situada nos prédios superiores (art. 1391.º); esse mero aproveitamento não representa posse de que possa resultar o direito à água, sendo indispensável que se crie um estado de coisas incompatível com o direito de livre disposição do proprietário do prédio sobre as nascentes que nele existam⁽²²⁾.

Este ponto de vista constitui uma verdadeira petição de princípio, dando-se por demonstrado aquilo que carece de demonstração. *Quid juris*, se os proprietários dos prédios inferiores aproveitarem as águas vertentes dos superiores com intenção de agir enquanto beneficiários do direito? Intenções, não há quem as possa impedir. Segundo o art. 1253.º, alínea *a*), interpretado *a contrario sensu*, haveria, então, posse. De resto, a ilação mais razoável que se pode extrair desse exercício aponta justamente no sentido oposto ao pretendido, visto que o aproveitamento é uma faculdade legal e não um dever jurídico; logo, a atuação, se denuncia algum intuito, é o de agir como beneficiário do direito correspondente, seja a título de propriedade ou de servidão. Assim sendo, na falta de uma qualquer norma jurídica que dispusesse em sentido diferente, o dito aproveitamento poderia materializar o direito à água.

Porém, a desqualificação daquele aproveitamento é de facto determinada por várias disposições legais, devidamente conjugadas. Intervém, em primeiro lugar, o art. 1389.º, que consigna o direito do dono do prédio onde haja alguma fonte ou nascente de água a servir-se dela e dispor do seu uso livremente, sem prejuízo dos direitos que *terceiro haja adquirido ao uso da água a título justo*, o qual, segundo o art. 1390.º/1, consiste em qualquer meio legítimo de adquirir a propriedade de imóveis ou constituir servi-

(22) *Código Civil Anotado*, pp. 9-10 (nota 2 ao art. 1253.º).

dões. Contudo, segundo o art. 1390.º/2, a usucapião só é atendível quando acompanhada da *construção de obras visíveis e permanentes* no prédio onde exista a fonte ou nascente, que revelem a captação e a posse da água nesse prédio, pelo que, apenas através deste comportamento, se poderá constituir uma posse reportada ao direito à água que nasce em prédio alheio, tanto podendo ter por conteúdo o seu uso pleno, sem qualquer limitação, como o de aproveitar noutro prédio, de forma circunscrita às necessidades deste último. No primeiro caso, constituiu-se uma propriedade, no segundo, uma servidão. Ora, como os próprios PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA reconhecem, a normal fruição pelos proprietários dos prédios inferiores de águas de fontes ou nascentes localizadas em terrenos superiores, poderia veicular a intenção de agir *uti dominus*, representando uma situação de posse equívoca que se quis evitar, impondo aos titulares dos prédios inferiores a obrigação de realizar obras nos prédios superiores nos termos exigidos pelo art. 1390.º/2⁽²³⁾.

Deste modo, a descaracterização do aproveitamento das águas é obra de puras determinações jurídicas que abstraem, por completo, das eventuais intenções com que atue o titular do prédio inferior. A razão pela qual o simples aproveitamento das águas que brotam dos prédios superiores não constitui uma atuação possessória, resulta por um lado do art. 1390.º/2, que exige, para haver usucapião, a *construção de obras visíveis e permanentes* no prédio onde exista a fonte ou nascente, que revelem a captação e a posse da água nesse prédio e, por outro, do art. 1391.º que, após autorizar o aproveitamento daquelas águas pelo dono do prédio inferior, determina que a *privação desse uso* por efeito de novo aproveitamento feito pelo proprietário da fonte ou da nascente, não constitui violação do direito do dono do prédio inferior.

Por consequência, nem sequer se pode concordar com os termos em que PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA enunciam a situação. Ao contrário do que defendem, não se trata de uma hipótese de *corpus* sem *animus* mas de um caso em que nem sequer há *corpus*;

(23) *Código Civil Anotado*, p. 306 (nota 4 ao art. 1390.º).

o simples aproveitamento das águas facultado pela primeira parte do art. 1391.º não exprime nenhum poder de controlo sobre a coisa por lhe faltar autonomia legal, uma vez que a lei permite que o proprietário do prédio superior lhe ponha livremente termo a todo o tempo, privando o dono do prédio inferior desse uso em virtude de outra afetação que lhe decida dar. Em conclusão, não há posse porque não há *corpus* e não há *corpus* porque as normas aplicáveis negam ao dono do prédio inferior qualquer poder de controlo sobre as águas que brotam do prédio superior, cujo proprietário é titular de um direito de livre disposição sobre as águas que haja no seu prédio, que se revela *incompatível* com o seu aproveitamento alheio em termos de *corpus* possessório.

Por conseguinte, esta compreensão do problema também diverge do comum pensamento objetivista, para o qual o caso seria um exemplo de falta de posse por descaracterização para detenção de uma situação de *corpus* possessório. Mas não: este é um exemplo de ausência de posse porque falta esse *corpus* ao simples aproveitamento das águas vertentes. Para que se forme *corpus*, é necessário que o dono do prédio inferior leve a cabo a atuação tipificada no art. 1390.º/2 que requer a *construção de obras visíveis e permanentes* no prédio onde exista a fonte ou nascente, que revelem a captação e a posse da água nesse prédio. A exigência é coerente, porque só assim se impede ao dono do prédio superior o exercício do direito de livre disposição sobre as águas existentes no seu prédio. O aproveitamento das águas vertentes ao abrigo da primeira parte do art. 1390.º, representa o *exercício* permitido de um simples poder de facto que não exterioriza a titularidade de qualquer *poder de controlo* sobre as águas, o qual se mantém no dono do prédio superior, a quem a segunda parte do art. 1390.º assegura o direito de livre disposição. O *corpus*, importa recordá-lo, não consiste no exercício de poderes de facto sobre a coisa, sendo antes um conceito normativo que exprime um *poder de controlo*, que tanto pode ser exercido pelo próprio, como por outrem.

5.2. A teoria da intenção declarada

I. Por seu lado, OLIVEIRA ASCENSÃO sustenta que a intenção a que se reporta o preceito teria que ser exteriorizada por uma declaração portadora de um sentido contrário ao resultante do próprio comportamento. Seria o caso do vizinho do emigrante que, apercebendo-se de bens deixados ao abandono, deles tomasse conta, embora declarando categoricamente que o fazia em nome do emigrante, a quem restituirá tudo logo que regresse ou daquele que cultivava terrenos alheios declarando que o faz para o dono da terra. A intenção exigida pelo art. 1253.º, alínea *a*) seria a “intenção declarada”, só essa podendo relevar, pois trata-se de um elemento objectivo facilmente reconhecível; assim como se pode adquirir a posse por inversão do título (art. 1265.º), bastaria, reciprocamente, a declaração, para desvalorizar a indicação fornecida pelo *corpus*⁽²⁴⁾.

PAULA COSTA E SILVA veio preconizar uma orientação próxima, situando-se o respectivo ponto de partida na diferença de comportamentos entre possuidor e detentor que se deparam ao observador externo, pois essa seria a única base de que seria possível extrair conclusões.

Essa destrição de comportamentos representaria a diferente projecção dos fins colocados pelo próprio agente. A intenção não seria, pois, um mero facto interno, a que ninguém tivesse acesso mas a que se pudesse apurar por via da interpretação dos respectivos comportamentos concludentes, que constituiriam, de resto, o

(24) *Direito Civil — Reais*, p. 88. A tese foi acolhida por JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Direitos Reais*, pp. 542-545 e CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direitos Reais*, 6.ª ed., Quid Juris, 2009, pp. 286-287, embora este último, com os exemplos que dá, extravase da orientação de OLIVEIRA ASCENSÃO para novos limites que ela já não comporta: o vizinho que habitualmente presta contas ao emigrante sobre a exploração do seu terreno ou deposita na sua conta bancária o respectivo rendimento líquido, exterioriza apenas em termos *tácitos* a intenção de não agir como beneficiário do direito. Não cremos que este comportamento indirecto baste para satisfazer a exigência de exteriorização imposta por OLIVEIRA ASCENSÃO, para quem, recorde-se, a declaração oposta ao comportamento tem que se revelar “facilmente reconhecível”; se bem o interpretamos, esta cognoscibilidade tem que se aferir em termos sociais e não apenas do ponto de vista do titular, como resulta dos exemplos dados por CARVALHO FERNANDES (para os empregados bancários que recebem os depósitos na conta do emigrante, não é minimamente perceptível a proveniência dos rendimentos).

único meio possível de a aferir, dado que os fins não exteriorizados são inalcançáveis.

A demonstração é dada por um Código Civil que um professor toma de empréstimo a um aluno. Caso se abstenha de rasurar ou dobrar folhas, corrigir gralhas de impressão, etc., conduzir-se-ia de uma forma que indiciava não ser titular do correspondente direito; decidindo-se a praticar esses mesmos actos, o observador concluiria a intenção de se comportar *uti dominus*, ou seja, como proprietário.

Em suma, tanto a qualificação da posse como da detenção atendem às finalidades de quem exerce poderes de facto sobre uma coisa, as quais se revelarão através da conduta adoptada, em concreto, pelo agente: considerando-se proprietário, agirá como tal; caso contrário, abster-se-á de praticar actos que apenas num contexto real se podem conceber⁽²⁵⁾.

Adiante, enfrenta as árduas dificuldades suscitadas pela *protestatio*, procurando definir a melhor solução no caso de o sentido veiculado pelo comportamento ser contraditado por uma declaração de sinal contrário. Trata-se, de facto, de uma questão-chave para testar o êxito da teoria, cujo enunciado aponta para a prevalência da declaração sobre um comportamento próprio de quem age como titular.

Para PAULA COSTA E SILVA, a declaração expressa só poderá sobrepor-se ao comportamento concludente, se o sentido deste último for equívoco, pois havendo dúvidas, deve vingar o sentido que resulta do meio directo de manifestação da vontade, que veicula pontos de apoio mais sólidos para o seu efectivo apuramento do que a declaração tácita. De nada valerá, portanto, ao ladrão surpreendido em flagrante delito a furtar uma carteira, alegar que apenas tinha a mão em bolso alheio sem intenção de se apoderar dela mas já a declaração expressa poderá servir para decidir qual a vontade real, caso do comportamento resulte que o agente tanto pode ter querido **a**, como **b** ou **c**; neste caso, a declaração directa que aponte para um destes sentidos, será definitiva para apurar o signi-

(25) PAULA COSTA E SILVA, *Posse ou posses?* Coimbra Editora, 2005, pp. 22-32.

ficado com que deve valer o comportamento. Em contrapartida, cessa a relevância da *protestatio* se apontar para o sentido **d**(²⁶).

II. Apesar de defender uma inequívoca concepção objectivista, ao sustentar que, havendo *corpus*, em princípio há posse, a não ser que a causa da situação a desvalorize para mera detenção(²⁷), a proposta apresentada por OLIVEIRA ASCENSÃO acaba por se abandonar ao mais extremo subjectivismo, ao admitir que uma vontade declarada, contrária ao sentido do comportamento, possa aniquilar o seu significado jurídico(²⁸).

Sempre que o controlo material da coisa se faça em termos correspondentes ao exercício de direitos reais, estão em causa direitos oponíveis a todos que, por isso, devem ser reconhecíveis por qualquer um. Em se tratando de bens móveis não sujeitos a registo, a função de publicidade desempenhada pela posse reveste-se de importância basilar, por neste caso ser esse justamente o único meio de prosseguir esse objectivo. É essa materialidade objectiva consubstanciada no domínio fáctico da coisa que torna a posse perceptível para terceiros(²⁹), criando na comunidade uma convicção fundada sobre a sua conformidade de fundo, que entraria em crise pela relevância de uma declaração contrária que apenas serviria para introduzir, sem vantagem alguma, um factor de insegurança injustificável, afetando a fluidez da vida jurídica, sobretudo, quando fosse produzida por quem viesse exercendo e mantivesse, após a declaração, aquele controlo material de forma duradoura, pública e pacífica. Só assim se compreende a excepcional relevância que a posse exercida em termos cognoscíveis pelos interessados (art. 1262.º) assume na conformação do respectivo regime legal, em especial, para efeitos de contagem dos prazos de perda da posse (art. 1267.º/2), caducidade das acções de manutenção e restituição (art. 1282.º) e usucapião (arts. 1297.º e 1300.º).

(²⁶) *Posse ou posses?* pp. 38-50.

(²⁷) *Direitos Reais*, p. 93.

(²⁸) A propósito da hipótese inversa de determinação do *animus*, perguntava retoricamente MANUEL RODRIGUES, *A posse*, p. 76, se ele se poderia provar pela declaração do detentor, concluindo que não seria sério.

(²⁹) Conforme sublinha CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direitos Reais*, p. 92.

Em suma, aceitar que uma declaração do próprio agente possa desqualificar uma situação possessória comprometeria não só a sua função de publicidade como surgiria totalmente ao arrepio das valorações e escopos legais que a comandam.

Em segundo lugar, a solução também é insólita por outras razões fundamentais.

Por um lado, porque quem não quer ser possuidor, não tem que o dizer, basta-lhe abandonar a coisa⁽³⁰⁾.

Por outro, porque faz depender uma valoração puramente jurídica de uma declaração do interveniente; ainda que alguém actuasse por forma correspondente ao exercício de um direito de propriedade ou outro direito real, não haveria posse, porque o agente assim o declarava. Para salvaguardar um qualquer campo de aplicação para o art. 1263.º, alínea *a*), inutiliza-se o enunciado central da posse (art. 1251.º), criando-se um conflito escusado entre normas e usurpando uma prerrogativa exclusiva do legislador, único que pode descaracterizar um determinado comportamento, desvalorizando-o para uma simples detenção a que, no ordenamento português, não corresponde qualquer estatuto jurídico específico.

Seja como for, há que enfrentar a questão: tal declaração, uma vez emitida, produzirá alguma relevância jurídica? Cremos que sim mas apenas no sentido em que consubstancia uma renúncia aos *commoda possessionis* que se encontram na sua livre disponibilidade, ou seja, que não se pretende prevalecer, designadamente, do direito aos frutos que assiste ao possuidor de boa-fé (art. 1270.º) nem do regime aplicável às benfeitorias estabelecido pelos arts. 1273.º e 1275.º nem do direito de usucapião (arts. 1287.º e seguintes), continuando, portanto, a responder pela perda e deterioração da coisa se tiver procedido com culpa (art. 1269.º), pelos respectivos encargos nos termos do art. 1272.º e, em geral, pelas demais situações jurídicas passivas que integram o estatuto do possuidor.

⁽³⁰⁾ Em termos lapidares, MENEZES CORDEIRO, *A Posse: perspectivas dogmáticas actuais*, p. 62. Curiosamente, JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Direitos Reais*, p. 542, também reconduz a declaração ao abandono, assim retirando autonomia àquela.

Por seu lado, também não se afiguram procedentes os exemplos do vizinho que toma conta dos bens do emigrante em estado de abandono ou de quem cultiva um terreno alheio, declarando que o faz em nome ou por conta do *dominus*, pois apenas servem para convocar a aplicação das regras da gestão de negócios; de resto, se o gestor declarar que age em nome do “principal”, o estado de coisas é descaracterizado para simples detenção por força do disposto no art. 1253.º, alínea *c*), como sucede com todos os que agem *contemptatio domini*⁽³¹⁾.

Em quarto lugar, a reciprocidade com a inversão do título da posse não vinga, pois esta não se basta nem com uma mera declaração nem com o simples comportamento; a oposição exigida pelo art. 1265.º postula a prática de actos materiais ou jurídicos que materializem a declaração, não sendo, por exemplo, suficiente que o inquilino declare ao senhorio que não lhe paga mais rendas por se considerar proprietário ou que se limite a não pagar rendas, bem como, findo o usufruto, que o usufrutuário declare ao nu proprietário que não entrega a coisa, alegando que a adquiriu a terceiro. Importa ainda que, além da declaração, tanto no primeiro como no segundo caso, se não pague rendas ou se recuse a entrega da coisa usufruída mas sempre em nome do direito que se arroga. Em suma, a inversão do título só se produz caso declaração e comportamento apontem, ambos, no mesmo sentido, ao passo que, agora, se pretende que declaração e comportamento desqualifiquem uma situação, ainda que veiculem conteúdos materiais opostos.

Em quinto, a irrelevância geral da *protestatio facta contraria nihil relevat* funda-se em razões decisivas na estruturação do jus-privatismo. Enquanto reverso da autodeterminação, a autoresponsabilidade impede que as pessoas se eximam das vinculações que inerem ao significado objectivo dos seus comportamentos voluntários, assim também se garantindo a indispensável protecção da segurança do tráfego. Conforme salientava BAPTISTA MACHADO, está em causa “o princípio ético-jurídico da responsabilidade da pessoa pelos seus actos, enquanto a mesma pessoa se integra numa

(31) MENEZES CORDEIRO, *A Posse: perspectivas dogmáticas actuais*, p. 63.

comunidade em que lhe é reconhecida a «credibilidade» própria de uma pessoa de juízo⁽³²⁾.

Neste contexto, também assume relevância o lugar paralelo fornecido pelo art. 236.º, que exprime igualmente o primado da autoresponsabilidade, ao impor a prevalência da aceção objectiva da declaração que um declaratório normal, colocado na posição do real declaratório, extraia do comportamento do declarante; não se exige, sequer, a inequivocidade dos factos concludentes, pois não se requer que a dedução seja forçosa, bastando que, conforme os usos sociais, o sentido prevalecente tenha cabimento com toda a probabilidade⁽³³⁾.

Ora, não se exigindo a consciência subjectiva pelo declarante desse significado implícito, é frontalmente contraditório que se admita a relevância de uma contradecaração ulterior, consubstanciada na *protestatio facta contraria*.

Dir-se-á, contudo, que esse relevo apenas foi defendido por um certo sector doutrinário se o comportamento comportasse vários sentidos possíveis e a *protestatio* se limitasse a fixar uma dessas aceções, assim se impedindo a aniquilação do princípio da autoresponsabilidade. Trata-se de uma concepção particularmente elaborada que requer um desenvolvimento separado.

III. A solução seria razoável caso fosse viável mas não é. A problemática da *protestatio* só se suscita quando exista *oposição* entre duas declarações, tácita e expressa, em termos de esta contradizer a primeira⁽³⁴⁾. Ora, uma conduta que comporte vários signifi-

⁽³²⁾ *Tutela da confiança e “venire contra factum proprium”*, RLJ, Ano 118.º, n.º 3735, p. 170. Sublinhando a importância do princípio que preside à recusa de relevância da *protestatio*, MENEZES CORDEIRO, *A Posse: perspectivas dogmáticas actuais*, p. 62. Igualmente, LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direitos Reais*, p. 125, realça a irrelevância da *protestatio*.

⁽³³⁾ Nestes exactos termos, CARLOS ALBERTO MOTA PINTO/ANTÓNIO PINTO MONTEIRO/PAULO MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, 4.ª ed., p. 423.

⁽³⁴⁾ Sobre os termos em que se equaciona a *protestatio*, JOÃO DE CASTRO MENDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, Volume II (edição revista), AAFDL, 1985, p. 83 e CARLOS ALBERTO MOTA PINTO/ANTÓNIO PINTO MONTEIRO/PAULO MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, pp. 427-428. Embora na linha de MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, 4.ª reimpressão, Coimbra, Almedina, 1974, Volume II, pp. 140-141,

cados possíveis, sem que um se consiga juridicamente superiorizar aos restantes, não é, por definição, concludente, mas inconclusiva, não constituindo, portanto, um comportamento com valor declarativo, pois apenas o é aquele cujo sentido se deixa apreender⁽³⁵⁾. Se existem vários sentidos possíveis, nenhum dos quais conseguindo prevalecer sobre os demais segundo o critério da impressão do destinatário, pura e simplesmente a declaração não produz efeitos por falta de inteligibilidade⁽³⁶⁾; logo, a declaração expressa posterior não representa a *protestatio*, porque não existe uma outra, anterior, a que ela venha opor-se. Em tais casos, a declaração expressa é a única.

A *protestatio* pressupõe, por definição, a ausência de dúvidas sobre o sentido da primeira declaração, só assim se justificando que o declarante se proponha anulá-lo. Não se “protesta” contra dúvidas, para evitar equívocos mas contra um determinado sentido com que a anterior declaração concludente vai valer e que o declarante quer remover; precisamente por não haver dúvidas, se compreende o interesse que comanda a *protestatio*. Daí, o próprio enunciado do aforismo, qual seja o de se protestar contra o significado de factos *contrários*; ora, de um facto só se pode dizer que é contrário a outro, quando este revista um sentido preciso, contra o qual se dirige o protesto e não quando sejam vários os sentidos possíveis que comporta.

Não se quer, obviamente, com isto dizer que um comportamento indirecto não pode consentir vários sentidos, quando até as

comecem por admitir que a *protestatio* tenha lugar quando haja receio sobre o sentido que possa ser imputado à declaração, todo o desenvolvimento posterior é feito na perspectiva do texto, ou seja, a que encara a *protestatio* como uma contradecaração. Ora, uma genuína *contradecaração* só o é caso se oponha ao sentido de uma outra que a antecedeu, já não caso se limite a esclarecer qual o significado com que deve valer.

⁽³⁵⁾ Sobre a declaração enquanto comportamento dotado de fim comunicativo, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil — Teoria Geral*, Coimbra Editora, 2.^a ed., 2003, Volume II, p. 43.

⁽³⁶⁾ Caso a dúvida a que se chegue no termo do labor interpretativo for insanável, mesmo face ao disposto no art. 237.^o, a declaração é ineficaz ou nula, segundo defendem, respectivamente, CARLOS ALBERTO MOTA PINTO/ANTÓNIO PINTO MONTEIRO/PAULO MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 447, por aplicação, ao menos, analógica, do art. 224.^o/3 e CASTRO MENDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 369.

próprias declarações expressas estão sujeitas a essa inevitabilidade, imposta pelos limites da comunicação humana, qualquer que seja o meio pelo qual se manifesta. Essa pluralidade de sentidos — que já, antes, admitimos — é não só claramente viável como está, inclusive, pressuposta na lei quando se admite que a declaração se deduza de factos que, *com toda a probabilidade*, a revelam. Porém, quando se der tal fenómeno de polissemia, uma de duas soluções se verifica: ou bem que, havendo dúvidas, apenas um daqueles significados vai prevalecer, por ser o que mais justificadamente se pode deprender dos factos subjacentes ou, então, nenhuma das possíveis acepções pode vingar, pois são vários os sentidos que, em pé de igualdade, objectivamente se podem extrair, uma vez que aqueles factos os consentem a todos. No primeiro caso, *sibi imputet*, isto é, à luz do princípio da autoresponsabilidade, a *protestatio* não releva, porque a declaração, uma vez emitida, desprende-se do seu autor e ingressou no círculo social a que se dirigia, submetendo-se ao seu significado objectivo mais plausível; no segundo, não existe, em rigor, *protestatio*, porque nenhum sentido prevaleceu sobre os demais, tudo se passando como se nunca tivesse havido uma declaração prévia, somente se devendo atender à segunda, que irá valer segundo a acepção apurada em consonância com os critérios adoptados pelo art. 236.^o(37).

IV. A transposição desta delicada problemática para a matéria da posse, defronta obstáculos consideráveis que ainda agravam a sua complexidade, porquanto a posse se concretiza no controlo material de uma coisa corpórea, exercido nos termos de um *direito subjectivo* cujo conteúdo faculte esse controlo.

(37) Para MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II, *Parte Geral* — *Negócio Jurídico*, 4.^a ed., 2014, a *protestatio* traduz, num complexo de atuações, a parcela que, por surgir em oposição ao conjunto mais significativo, não deve ser tida em conta. Importante, a este propósito, a solidez com que foi refutada a relevância da *protestatio* em RC 29-05-2007 (VIRGÍLIO MATEUS), <www.dgsi.pt>: a declaração contratual do réu surge como *protestatio facta contraria*, que como é sabido é irrelevante: a actuação voluntária de possuidor não é descaracterizada pelo facto de o agente produzir meras afirmações em contrário; o comportamento concludente (traduzido na actuação sobre a coisa) não é prejudicado pela declaração de sinal contrário, para efeitos contratuais ou de posse”.

Ora, a lei não diz, nem tem ou pode dizer, como esses direitos são exercitáveis. Limita-se a fixar o respectivo conteúdo típico, determinando — confinando-nos ao âmbito de alguns direitos reais de gozo — que o proprietário goza de modo pleno e exclusivo dos direitos de uso, fruição e disposição (art. 1305.º), que o usufrutuário goza temporária e plenamente uma coisa ou direito alheio, sem alterar a sua forma ou substância (art. 1439.º) ou que o superficiário pode construir ou manter uma obra ou plantações em terreno alheio (art. 1525.º) e assim sucessivamente, nada mais.

Com efeito, os direitos subjectivos são, por definição, espaços de liberdade jurídica individual, cujo concreto modo de desfrute não é passível de redução normativa, apenas se desvendando com o próprio exercício, que os vivifica permanentemente. Não representam, portanto, simples construções técnicas, antes revestindo, como tem vindo incansavelmente a salientar MENEZES CORDEIRO, um profundo nível significativo-ideológico, enquanto bastião de liberdade, ou seja, pilar e reduto de livre arbítrio, uma vez que as concretas virtualidades oferecidas por estas posições jus-privatísticas não são determináveis por regras objectivas mas apenas mediante a actuação voluntária dos titulares⁽³⁸⁾.

Consequentemente, a imposição de funções, ditas sociais ou económicas, cercearia essa liberdade, submetendo o exercício a bitolas prévias. Decerto que os direitos estão sujeitos a limites mas externos; de resto, não há códigos de conduta vinculativos dos titulares⁽³⁹⁾.

Esta afirmação dos direitos subjectivos como espaços, por excelência, de liberdade jurídica individual, não constitui uma grandiloquente, mas oca, proclamação de princípio, antes conhecendo implicações dogmáticas decisivas de valor transversal. A propósito da improficuidade da teoria do escopo da norma enquanto critério de imputação (na causalidade delimitadora da responsabilidade) dos danos resultantes da violação de direitos

⁽³⁸⁾ *Tratado de Direito Civil Português*, Tomo I, 2009, I — *Parte Geral*, 3.ª ed., 2007, pp. 325, 328 e 330.

⁽³⁹⁾ Fundamental, novamente, MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I — *Parte Geral*, Tomo IV — *Exercício Jurídico*, 2007, p. 355.

subjectivos, não mediada pela interposição de normas de protecção, já tivemos oportunidade de assinalar que a exacta determinação das concretas utilidades oferecidas pelos direitos subjectivos é necessariamente remetida ao alvedrio do próprio sujeito. O único escopo das normas que concedem e tutelam direitos subjectivos não pode ser senão o de garantir o correspondente campo de liberdade de actuação, não precisando a sua atribuição de quaisquer outras justificações que servissem, depois, entre outras possíveis finalidades, para delimitar os danos indemnizáveis ou controlar o respectivo exercício⁽⁴⁰⁾.

Daqui decorrem, entre outros corolários — que não vêm, agora, ao caso — que não existem exercícios típicos ou atípicos, uma vez que o desempenho dos sujeitos não se submete a padrões normalizados, objecto de prévia e heterónima definição. Não se pode por isso sustentar que haja um modo de agir próprio de proprietário ou usufrutuário, etc., que se deixe revelar através da conduta adoptada, sendo, portanto, inviável determinar que alguém age como possuidor e outrem como detentor, apenas porque certos comportamentos parecem mais “normais” que outros. De alguém que use um chapéu sempre preso ao cinto, não se pode dizer que não é proprietário, só porque nem uma única vez o coloca na cabeça; quando muito, poder-se-á concluir que se trata de um proprietário excêntrico, que dá uma utilização inabitual ao objecto, nada mais⁽⁴¹⁾.

Não existem, assim, condutas sociais típicas que individualizem o exercício de direitos, pois o feixe de comportamentos que comportam é de uma variedade de tal forma indiscriminada que não se deixa parafrasear por critérios normativos; paralelamente, o zelo e o cuidado individual também se manifestam em termos tão discrepantes que impedem a formação de padrões de desempenho,

(40) RUI ATAÍDE, *Causalidade e imputação objectiva na teoria da responsabilidade civil. A sobreposição das concepções normativas*, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, Volume III, pp. 181-237 (202-203).

(41) Vem isto a propósito do sugestivo exemplo trabalhado por PAULA COSTA E SILVA, *Posse ou posses?* pp. 37-37, sobre a troca de papéis sociais entre um motorista e o proprietário do automóvel.

que permitissem, depois, distinguir quem age ou não *uti dominus*. De uma pessoa que deteriora ou destrói um objecto, não se pode dizer que não é possuidor mas apenas detentor, porque se fosse possuidor procederia como um titular diligente, uma vez que, ao lado destes, também há os que não são diligentes. Logo, no plano do exercício de direitos, não se afigura praticável — ao menos, no comum dos casos — perscrutar intenções exteriorizadas através de comportamentos; nem ao nível da sua objectivação se pode, pois, reconhecer uma intervenção útil à intenção para afirmar ou afastar a posse⁽⁴²⁾.

A “importação” da categoria da concludência negocial para a determinação ou afastamento do *status* possessório revela-se, em suma, improdutivo. À partida, o exercício dos poderes de facto, *qualquer que seja a feição que assuma*, a ser concludente para algum efeito, é-o sempre para afirmar a posse e nunca para a negar; neste sentido, nunca pode suscitar dúvidas, dado faltar um “código” de apreciação de comportamentos à luz do qual se pudessem gerar equívocos. A indiscutível proficiência das declarações concludentes na formação do negócio jurídico — sobretudo, no domínio fundamental dos contactos sociais típicos — filia-se num factor que, aqui, está ausente: determinados comportamentos só conseguem valer como meios declarativos indiretos porque lhes está previamente associado um preciso significado social tabelado no concreto contexto em que são levados a cabo. Quem guarda a sua viatura num parque de estacionamento ou viaja num transporte público, exprime a intenção de auferir as respectivas utilidades típicas, não podendo, pois, desonerar-se das corresponsabilidades vincula-

(42) Como afirmava JOSÉ DIAS MARQUES, *Prescrição aquisitiva*, p. 33, os actos de exercício dos direitos, enquanto encarados na sua pura materialidade, nem sempre têm uma significação unívoca, raramente a tendo, até. No mesmo sentido, MANUEL RODRIGUES, *A posse*, p. 76, frisando que todos os factos que poderiam valer como sintomas reveladores, tanto podem ser praticados pelo possuidor como pelo detentor, assim como LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direitos Reais*, p. 137, observando que a posse se caracteriza pelo exercício de poderes correspondentes a um direito, independentemente da diligência com que são exercidos. Não por acaso, autores subjetivistas como MOTA PINTO, *Direitos Reais*, p. 185, reconhecendo a inviabilidade de se demonstrar o concreto *animus* do agente, recorriam ao seu título de investidura para solucionar as dúvidas, professando implicitamente a teoria da causa.

ções. Em contrapartida, os comportamentos que corporizam o exercício de direitos não têm carácter tabelado; pelo contrário, são livres, razão pela qual por mais “atípicos” que se revelem, podem ser sempre “concludentes”(43).

5.3. A teoria da causa. As respostas atuais

Inicialmente, MENEZES CORDEIRO também aderiu à tese dos actos facultativos(44), vindo mais tarde a abandoná-la. Hoje, entende que, para preencher o campo de aplicação do art. 1253.º, alínea *a*), apenas sobra o exercício do poder de facto sobre bens do domínio público (art. 1267.º/1, alínea *b*), bem como a sonegação de bens da herança nos termos do art. 2096.º/2; em qualquer dos casos, por via da teoria da causa, não haveria *animus* nem posse(45).

Por seu lado, LUÍS MENEZES LEITÃO considera que o art. 1253.º, alínea *a*), abarcaria as situações em que havendo poderes de facto sobre uma coisa, os mesmos correspondessem ao conteúdo de um direito ao qual a lei não reconhece a tutela possessória, como o hóspede no contrato de hospedagem ou o titular do direito real de habitação periódica(46).

Ambas as orientações podem ser inseridas na área de influência da teoria da causa, uma vez que recusam, por manifesta improficiência, a indagação do concreto *animus* do agente, transferindo a averiguação da posse para o plano normativo, pelo que não ultrapassam — nem em rigor, se propõem fazê-lo — o “nó górdio” representado pelo subjetivismo psicológico consagrado no art. 1253.º, alínea *a*). Com efeito, em qualquer das hipóteses legais indicadas, nada impede que o agente se conduza com o *animus* próprio do titular, embora em nenhum dos casos seja possuidor apenas e tão-

(43) Sobre a progressiva absorção desta modalidade das “relações contratuais de facto” pelas declarações concludentes, revitalizando a irrelevância da *protestatio*, MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II — Direito das Obrigações, Tomo II, 2010, pp. 639-640.

(44) *Direitos Reais*, Lex, Lisboa, 1993 (reimpressão), pp. 398-399.

(45) *A Posse: perspectivas dogmáticas actuais*, p. 65.

(46) MENEZES LEITÃO, *Direitos Reais*, p. 117.

-só porque intervêm normas legais que descaracterizam essa atuação. Não é, portanto, a falta de intenção do agente que desqualifica o seu comportamento mas a lei, pois ainda que tal intenção exista, continua a não haver posse por *mister legal*, qualquer que possa ser o concreto *animus* do agente⁽⁴⁷⁾.

6. Orientação adotada. As situações de detenção

I. A nosso ver, o espaço ocupado pela discussão em torno do *animus* nos estudos jurídicos portugueses sobre a posse, revela-se totalmente desproporcionado em relação à sua importância dogmática. A única intenção relevante para a aquisição da posse consiste em se querer obter o controlo material da coisa. Nesta medida, o *animus* é imanente ao *corpus*, nada lhe acrescentando, pois não cabe admitir que alguém possa constituir um poder de controlo sobre uma coisa sem o querer adquirir, ou seja, não se obtém automaticamente a posse de coisas que ingressem por mera casualidade na respetiva esfera de domínio físico.

Deste modo, nenhuma necessidade da vida jurídica exige, por exemplo, que se conceda a posse de coisas que sejam sorrateiramente introduzidas nos bolsos de alguém, nem sendo tão-pouco de lhe reconhecer qualquer pretensão de entrega contra o terceiro que as subtraiu, enquanto o sujeito permanecia sem sentidos. O passageiro do avião ou do comboio em cujo colo caia a mala de um terceiro que se encontrava mal arrumada na bagageira, também não obteve a sua posse, precisamente por o ingresso da coisa na sua esfera de domínio não ter obedecido a um acto de vontade. De igual modo, ninguém se torna possuidor dos frutos de uma árvore alheia que tombem na sua propriedade, pelo simples facto de eles terem tombado mas apenas pelo seu apossamento (art. 1263.º, alínea *a*), o qual veicula justamente a intenção de se adquirir o correspondente *corpus*, assim como também não é pelo facto de uma

⁽⁴⁷⁾ Exactamente neste sentido, PAULA COSTA E SILVA, *Posse ou posses?* p. 20, referindo-se especificamente à orientação sustentada por MENEZES CORDEIRO.

carta dirigida a terceiro, ter sido, por lapso, introduzida na nossa caixa de correio, que se obtém a sua posse, enquanto não houver igualmente apossamento. Exemplos do mesmo tipo podem repetir-se à exaustão, exprimindo todos a mesma ideia fundamental de só haver *corpus* quando existe controlo material da coisa obtido por acto de vontade⁽⁴⁸⁾.

Entendido o *animus* nestes termos, torna-se compreensível a solução legal que permite às pessoas privadas do uso da razão adquirirem a posse sobre as coisas passíveis de ocupação (art. 1266.º). Aqui somente se requer consciência e vontade natural de se obter o controlo material de uma coisa, sem qualquer outra intencionalidade que exija uma especial capacidade de avaliação jurídica que, por definição, não está obviamente ao alcance dos dementes. De outro modo, a exigir-se uma intenção específica do possuidor — *maxime*, a vontade de agir como proprietário (*animus domini*) — a aquisição da posse por pessoas privadas do uso da razão teria que ser indevidamente explicada como significando a abertura de uma exceção⁽⁴⁹⁾.

A impraticabilidade geral do subjetivismo psicológico é, enfim, confirmada pela própria prática judiciária. Confrontados com a exigência impossível de afirmar por via directa o *animus* do agente, os Tribunais portugueses recorrem à presunção estabelecida no art. 1252.º/2, segundo a qual, em caso de dúvida, se infere a posse naquele que exerce o poder de facto. A orientação foi finalmente consagrada em Assento do Supremo Tribunal de Justiça (hoje com o valor de jurisprudência uniformizada), que votou por unanimidade o entendimento de que “podem adquirir por usuca-

(48) Em MARTIN WOLFF, *Das Sachenrecht*, p. 53, encontram-se alguns exemplos particularmente ilustrativos de situações em que não se chega a constituir posse por falta de vontade na obtenção do poder de facto, apesar de as coisas estarem fisicamente na esfera do agente (v. g., uma pessoa desmaiada não obtém a posse de coisas que lhe sejam postas em cima).

(49) Como fazem PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, pp. 31-32 (nota 3 ao art. 1266.º), ao contrário de MARTIN WOLFF, *Das Sachenrecht*, p. 54, para quem a vontade de adquirir a posse não tem que ser juridicamente qualificada, podendo também um incapaz obtê-la, desde que a sua vontade seja suficientemente madura para instaurar o controlo material da coisa. No mesmo sentido, REINHARD GAIER, MK, 5.ª ed., 2009, Band 6: *Sachenrecht* §§ 854-1296, § 854, p. 22, exigindo apenas uma vontade natural de obter o controlo fáctico da coisa.

pião, se a presunção de posse não for ilidida, os que exercem o poder de facto sobre uma coisa”, revelando que o proclamado subjetivismo só se revela viável pela demonstração do exercício do poder de facto, que constitui ironicamente o elemento nuclear da orientação objetivista⁽⁵⁰⁾.

II. As tentativas empreendidas pelo nosso pensamento jurídico para preservar um campo útil de aplicação para o art. 1253.º, alínea *a*), têm sido vitimadas pelo exacerbado carácter doutrinário que inquinou a efetividade da disposição. Falta coerência interna ao sistema legal português que rege a posse, quando a pretende distinguir da detenção, sem que haja, sequer, interpretação sistemática que a salve, pois como assinala MENEZES CORDEIRO, a falta de *animus* deveria caracterizar, na lógica subjectivista, todos os casos de detenção⁽⁵¹⁾.

De facto, enquanto o art. 1253.º, alínea *a*) elege a ausência de intenção como factor de desqualificação da actuação correspondente ao exercício do direito de fundo, as alíneas *b*) e *c*) abstraem, por inteiro, da intenção para decidir sobre a valoração como detenção das situações subjacentes. Na primeira hipótese, é a inexistência de intenção que decide da qualificação; nas restantes, quer haja ou não intenção, a conduta é sempre desvalorizada para mera

⁽⁵⁰⁾ STJ 14-05-1996, Processo 085204 (AMÂNCIO FERREIRA), <www.dgsi.pt> (BMJ N.º 457, 1996, pp. 55 ss). A solução tem sido mantida, disso sendo exemplo STJ 04-12-2007, Processo 07A2464 (AZEVEDO RAMOS), <www.dgsi.pt> (“Embora não tivesse resultado provado que os réus praticassem tais actos *com ânimo de exercerem o direito de propriedade sobre o mesmo prédio*, como tinham invocado, sempre se poderá afirmar que subsiste uma *situação de dúvida*, por também não se ter apurado que tenham agido como simples detentores. Assim, é de *presumir* que os réus agiram como verdadeiros possuidores, nos termos do art. 1252.º, n.º 2, do C.C., pois, em caso de dúvida, presume-se a posse naquele que exerce o poder de facto”). No mesmo sentido, STJ 25-03-2010 Processo 1277/08.9TBCBR.C1.S1 (SOUSA LEITE), <www.dgsi.pt> (“por ser difícil, se não impossível, fazer a prova da posse em nome próprio, que não seja coincidente com a prova do direito aparente, o n.º 2 do art. 1252.º do CC, talqualmente o fazia o art. 481.º, § 1.º do Código de Seabra, dispõe que “*em caso de dúvida, presume-se a posse naquele que exerce o poder de facto*”). Escrevendo muito antes desta jurisprudência, já MOTA PINTO, *Direitos Reais*, p. 191, reconhecia que, sendo a prova do *animus* muito difícil, havia que recorrer à presunção legal fixada no art. 1252.º/2.

⁽⁵¹⁾ *A Posse: perspectivas dogmáticas actuais*, p. 64.

detenção, tornando patente a total quebra de unidade das soluções legais⁽⁵²⁾.

Com efeito, também aqueles que se aproveitam da tolerância do titular do direito (alínea *b*), bem como os representantes, mandatários e, de um modo geral, todos os que possuem em nome alheio (alínea *c*), podem desenvolver tais actividades com o mais intenso *animus*, sem que isso lhes valha para evitar a degradação do seu comportamento para simples detenção, além de a própria materialidade do comportamento realizado por quem pratica actos ao abrigo de simples tolerância ou pelo procurador que, v. g., recebeu poderes para vender um livro, em nada ser — ou ter que ser — diferente do que seria desenvolvido pelo próprio *dominus*. Também aqui, como sempre, o comportamento não consegue evidenciar qualquer motivação específica que denuncie a mera detenção. A não ser a desqualificação legal, as hipóteses previstas nas alíneas *b*) e *c*) do art. 1253.º poderiam aliás corresponder a actuações possessórias, por via da presunção de posse favorável a quem exerce o poder de facto quando, havendo dúvidas, a posse é exercida por intermédio de outrem (art. 1252.º/2).

Salvo melhor demonstração, o art. 1253.º, alínea *a*) está próximo de constituir uma norma “vazia” ou, pelo menos, redundante, representando, inclusive, um insofismável retrocesso jurídico face ao pensamento cristalino exposto pelo VISCONDE DE SEABRA no século anterior⁽⁵³⁾.

(52) Não é, portanto, possível concordar com PAULA COSTA E SILVA, *Posse ou poses?* pp. 32-33 e JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Direitos Reais*, p. 544, quando defendem que o sistema legal de posse mantém coerência interna.

(53) Como salientava com clareza lapidar o VISCONDE DE SEABRA, ninguém pode adivinhar o ânimo com que se detém uma coisa, o qual apenas se pode revelar pelos factos consequentes, visto se tratar de um facto psicológico que se não pode conhecer *a priori* mas apenas a simples detenção, acrescentando, em seguida, que as palavras *animus sibi habendi* não eram necessárias na definição, porquanto esse ânimo aparecerá, quando seja preciso, nos factos, sendo de resto indiferente, apenas servindo para dar lugar a disputas. Concluía, rematando que quase todos os autores gastavam muito tempo com a definição da posse, considerando como seu elemento essencial o *animus sibi habendi* mas que o Código se desprendera de todas essas ficções e subtilezas imaginadas, tomando-a no seu primeiro e característico elemento, o facto visível da detenção (JOSÉ DIAS FERREIRA, *Código Civil Portuguez Annotado*, Volume II, 1871, pp. 8-9).

Vazia, porque ninguém consegue invadir as representações psicológicas de terceiros para determinar as finalidades que se propõem subjectivamente atingir, além de o conteúdo declarativo dos comportamentos não valer segundo as motivações que determinaram os respectivos autores mas de acordo com o seu significado social, objectivamente apurado. Não existindo, contudo, modos “típicos” ou “atípicos” de exercer direitos porque, enquanto espaços de soberania, a sua concreta vivificação é fixada pelos respectivos titulares, a “concludência” dos respectivos comportamentos aponta de forma quase invariável para actuações correspondentes ao exercício de determinados direitos.

6.1. O exercício do poder de facto sem intenção de agir como beneficiário do direito

Mas ainda que não se entenda que o art. 1253.º, alínea *a*), constitui uma disposição vazia propriamente dita, a norma afigura-se redundante (o que constitui outra forma de vacuidade), porque as únicas situações jurídicas que lhe podem ser reconduzidas por não estarem abrangidas pelo disposto nas alíneas *b*) e *c*), são aquelas cuja *individualidade normativa* consiste precisamente no exercício de poderes de facto sobre uma coisa sem a intenção de se agir como beneficiário do direito. Trata-se, em suma, de aplicar o pensamento da *teoria da causa* para afastar a posse nas hipóteses em que a própria cobertura normativa já exclui a intenção de agir como titular. A inutilidade da norma torna-se assim patente, por se tratar de casos que seriam sempre de detenção, sem que o art. 1253.º, alínea *a*), apresente, por isso, qualquer mais-valia⁽⁵⁴⁾.

⁽⁵⁴⁾ Algumas demonstrações efetuadas pelos próprios PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, p. 8 (nota 2 ao art. 1252.º), apontam neste preciso sentido. A propósito do art. 1252.º/2, consideravam que cabe a quem se arroga a posse, provar que o detentor não é possuidor, podendo fazê-lo por qualquer meio, nomeadamente, pela exibição do *título* que exclua a posse do detentor, demonstrando que este apenas possui em nome alheio (o itálico é da nossa responsabilidade). As aplicações efetuadas por MENEZES CORDEIRO e MENEZES LEITÃO — acima reproduzidas — constituem outros exemplos possíveis de concretização da alínea *a*) do art. 1253.º, apurados à luz da teoria da causa que,

I. É o caso, entre outros, do mandato não representativo.

Nos termos do art. 1157.º, o mandatário com ou sem representação actua sempre *por conta do mandante*, devendo praticar os actos compreendidos no mandato segundo as instruções do mandante (art. 1161.º, alínea *a*). O elemento qualificador “agir por conta” exprime precisamente a ideia de os efeitos jurídicos do acto ou actos a praticar pelo mandatário se destinarem, mediata ou imediatamente, à esfera do mandante enquanto *dominus negotii*⁽⁵⁵⁾.

Relativamente ao mandato com representação, a problemática da posse é resolvida pela solução expressa oferecida pelo art. 1253.º, alínea *c*), que considera como detentores todos os que possuem em nome alheio, significando portanto que a posse se mantém na esfera do mandante/representado. No concernente ao mandato sem representação, a orientação doutrinal maioritária considera, pelo contrário, que o mandatário é o possuidor, porquanto nos termos do art. 1180.º adquire os direitos e as obrigações decorrentes dos actos que pratica⁽⁵⁶⁾.

Contudo, ser titular dos direitos e estar vinculado às obrigações emergentes dos actos praticados, não significa necessariamente que o mandatário se torne possuidor. Não existe para a posse qualquer norma que replique o art. 408.º/1, pelo que, ao contrário das consequências reais e obrigacionais que se radicam na sua esfera por força do art. 1180.º, a transmissão da posse para o mandatário não se verifica por mero efeito quer do próprio mandato outorgado pelo mandante, quer dos negócios que celebre com o terceiro contratante. A interposição real significa tão-só que se

para MENEZES CORDEIRO, *A Posse: perspectivas dogmáticas actuais*, p. 65, constitui a única saída possível para ressaltar o *animus* do art. 1253.º, alínea *a*).

⁽⁵⁵⁾ Sobre o significado do elemento qualificador “agir por conta”, JANUÁRIO GOMES, *Em tema de revogação do mandato civil*, Coimbra, Almedina, 1989, pp. 91-95, MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I, Parte Geral, Tomo IV — *Exercício Jurídico*, p. 63, MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Coimbra, Almedina, Volume III — *Contratos em Especial*, 9.ª ed., 2014, pp. 392-393, MARIA JOÃO TOMÉ, *Sobre o contrato de mandato sem representação e o trust*, ROA, Ano 67, Volume III — Dez. 2007, p. 61.

⁽⁵⁶⁾ Assim, MENEZES CORDEIRO, *A Posse: perspectivas dogmáticas actuais*, p. 61, com o apoio, entre outros, de MENEZES LEITÃO, *Direitos Reais*, p. 117 (e nota 298), e ALBUQUERQUE, PEDRO DE, *Direito das Obrigações — Contratos em especial*, I-1. Almedina, 2008, p. 127.

radicam na esfera do mandatário sem representação, enquanto parte dos negócios que celebre, os respetivos efeitos obrigacionais e reais, não tendo de *per si* qualquer projeção necessária sobre a posse da coisa transacionada. Este entendimento representa tão-somente a simples aplicação ao mandato sem representação do pensamento mais geral da teoria da posse, que consagra a sua dissociação da titularidade do direito a que se reporta, em termos de o titular não ter que ser o possuidor nem inversamente o possuidor ter que estar investido na titularidade.

Com efeito, enquanto situação jurídica abstracta, a posse é independente dos direitos a que se reporta, conhecendo factos aquisitivos próprios, que estão elencados no art. 1263.º. Será portanto indispensável à transmissão da posse para o mandatário — tanto no mandato para alienar, como no mandato para adquirir — que se produza a seu favor uma causa de aquisição derivada, seja a tradição, seja o constituto possessório (art. 1263.º, alíneas *b*) e *c*), respetivamente)⁽⁵⁷⁾.

No respeitante ao mandato sem representação para alienar, a solução é independente da opção entre as teses que sustentam a transferência direta *recta via* do mandante para o terceiro e as que preconizam a dupla transferência fiduciária, segundo a qual o mandatário adquiriria previamente ao mandante a propriedade dos bens, com a obrigação de a retransmitir ao terceiro com quem contratasse. Ainda assim, a prévia aquisição pelo mandatário dos direitos que deverá retransmitir ao terceiro, não implica obrigatoriamente que se torne possuidor, não só por a fisiologia do mandato para alienar não exigir que haja tradição, dado não ser indispensável à sua boa execução mas também por não se afigurar curial que o mandante se pretenda despojar da posse da coisa, privando-se dos respetivos meios de defesa mesmo se eventualmente a entregar ao mandatário para facilitar o cumprimento do mandato. Tudo dependerá das circunstâncias do caso mas nada impede que se constitua uma situação de posse mediata ou que o mandante conserve mesmo o exclusivo controlo material da coisa, ainda que

(57) Por razões óbvias, é falho de sentido equacionar neste caso as hipóteses de aquisição originária da posse (apossamento ou a inversão de título).

detida pelo mandatário segundo as instruções que lhe sejam confiadas (art. 1161.º, alínea *a*), o qual será então um mero detentor nos termos do art. 1253.º, alínea *a*), porque embora seja titular e aja como titular, actua contudo por definição (art. 1157.º) com *animus aliena negotia gerendi*, ou seja, sem a intenção de atribuir a si próprio os efeitos da respetiva atuação⁽⁵⁸⁾.

De igual modo se deve entender no concernente ao mandato sem representação para adquirir, em que se afigura incontroversa a tese da dupla transferência, em face do disposto no art. 1181.º/1, preceito que aliás se revela fundamental no sentido que se preconiza. Se recai sobre o mandatário, justamente porque age por conta do mandante, o dever de lhe retransmitir os direitos adquiridos em execução do mandato, bem como o de lhe entregar tudo o que por essa via recebeu (art. 1161.º, alínea *e*), falta-lhe o controlo material da coisa adquirida e que tipifica o *corpus* possessório, visto que os poderes que sobre ela exerça estão funcionalmente subordinados ao dever obrigacional de a entregar ao mandante, nem sendo sequer de excluir que a coisa adquirida nunca chegue a estar sob o domínio físico do mandatário, se este, em cumprimento das instruções transmitidas pelo mandante, acordar com o terceiro que este a coloque sob a esfera de controlo do *dominus* ou, inclusive, por via de *acordo prévio de constituto possessório*, querendo-se com isto dizer não que o efeito típico do constituto possessório se produz antecipadamente em relação ao momento da celebração do contrato real *quod effectum* entre o mandatário e o terceiro mas tão-só que a verificação desse efeito é imputável a um acordo prévio celebrado entre mandante e mandatário com esse conteúdo⁽⁵⁹⁾.

(58) REINHARD GAIER, MK, § 868, pp. 93-94, considera que, em função das circunstâncias do caso, o mandatário tanto pode ser *detentor* como *possuidor imediato* das coisas que lhe sejam entregues pelo mandante, assinalando que a existência de posse mediata, posse imediata ou de uma situação de simples detenção, depende dos factores relevantes na hipótese concreta, não sendo decisiva a qualificação jurídica da relação que lhe sirva de base. Também MARTIN WOLFF, *Das Sachenrecht*, pp. 43-44, entende que, entre os demais casos de posse imediata além dos explicitamente previstos no § 868, se encontra o mandato para alienar e a gestão de negócios sem mandato.

(59) REINHARD GAIER, MK, § 868, pp. 88 (enquanto *constituto possessório antecipado*, a posse mediata pode ser acordada antes da aquisição da posse imediata, nascendo simultaneamente com esta), 94 (se o mandatário, ao executar o mandato, receber uma

A não ser assim, a dogmática da posse estaria desarmada perante a hipótese contrária de o mandatário que recebeu a coisa do terceiro e, violando o mandato, se recusa a entregá-la ao mandante, ser considerado em *pé de igualdade* com o mandatário que simplesmente a conserva em seu poder para a entregar ao mandante em cumprimento do mandato. Ambos, então, seriam possuidores, apesar da radical oposição de significado que inere às respectivas atuações: no primeiro caso, o comportamento do mandatário que incumprir o mandato é idóneo ao preenchimento dos pressupostos da inversão de título, ao passo que no segundo o mandatário executa o mandato em conformidade com o dever legal que sobre si impende de receber e manter a coisa em seu poder para a entregar ao mandante.

II. Outra hipótese de ausência de posse pela sua própria caracterização legal, respeita à pessoa que, encontrando uma coisa perdida e não sabendo a quem pertence, anuncia o achado do modo mais conveniente (art. 1323.º). A conduta do achador não conforma obviamente uma situação de *corpus* possessório, pois o controlo da coisa tem que se concretizar num comportamento que, qualquer que seja o seu conteúdo, exteriorize o exercício de um direito; ora, o anúncio do achado representa, precisamente, a nega-

(coisa de um terceiro, então o mandante pode tornar-se possuidor mediato por constituto possessório antecipado), 95 e 96 (aplicação do entendimento defendido para o mandato à gestão de negócios, por ao nascimento da posse mediata não ser necessária uma vontade de aquisição da posse pelo possuidor mediato e ao contrato de comissão, respetivamente). Observam PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, p. 8 (nota 2 ao art. 1252.º), que, no caso de a detenção ser exercida pelo gestor, o *dominus* terá de provar o condicionalismo de facto próprio da gestão de negócios. Caracterizando a detenção no interesse de outrem (não qualificada) como aquela em que o poder de facto é exercido para cumprir uma obrigação, casos, designadamente, do depositário, mandatário e comissário, JOSÉ ANDRADE MESQUITA, *Direitos pessoais de gozo*, Coimbra, Almedina, 1999, pp. 206-207. Em sentido semelhante, já MANUEL RODRIGUES, *A posse*, p. 112, definindo a detenção como exercício de poderes materiais sobre uma coisa no interesse exclusivo de outrem. Todavia, não perfilhamos a referência ao “interesse exclusivo de outrem”, uma vez que, por exemplo, no caso do mandato, a actuação do detentor (mandatário) pode também veicular um interesse seu ou de terceiro, sem que esse eventual concurso de interesses tenha necessariamente que se projetar na alteração da sua qualidade de detentor. Considerando o conceito de interesse demasiado “desfocado” para decidir a distinção entre posse e detenção, REINHARD GAIER, MK, § 855, p. 33.

ção de um tal exercício, consistindo, pelo contrário, no cumprimento de um dever legal que exprime a ausência de intenção de agir como titular.

6.2. Os actos de mera tolerância

O art. 1253.º, alínea *b*), engloba também no universo da detenção os chamados actos de mera tolerância, ou seja, aqueles que são praticados com o consentimento expresso ou tácito do titular, seja por razões de obsequiosidade, de boa vizinhança ou outras, sem que exista a intenção de conceder qualquer direito ao agente, apenas se distinguindo dos actos facultativos por estes pressuporem uma inação do titular de que resultam vantagens reflexas para o terceiro, não havendo por isso razão para se lhes aplicar regime diferente do que está legalmente previsto para os actos de mera tolerância⁽⁶⁰⁾.

São situações relativamente comuns na vida social, em que o titular facilita a outrem a prática de determinados actos que se traduzem no aproveitamento de utilidades contidas no seu direito (*v. g.*, atravessar prédio alheio para encurtar distâncias, ocupações precárias de edifícios, sementeiras ou edificações autorizadas numa parcela do terreno vizinho) e que, por veicularem, em regra, um espírito desinteressado de colaboração, não podem ser penalizados com a aquisição da posse pelo exercente, mantendo-se no titular o direito de lhes pôr termo a todo o tempo⁽⁶¹⁾.

⁽⁶⁰⁾ Em MANUEL RODRIGUES, *A posse*, p. 196, encontram-se alguns exemplos sugestivos de actos facultativos: aproveitamento de águas que brotam do prédio superior por inércia do respetivo titular, não vedar o prédio rústico, não o demarcar, não adquirir meação na parede confinante, etc.

⁽⁶¹⁾ A concretização jurisprudencial auxilia a compreensão do tipo de situações envolvidas nos actos de mera tolerância. Em STJ 29-04-1992, Proc. N.º 081671 (MARTINS DA FONSECA), <www.dgsi.pt>, disse-se que “Todo o poder de facto sobre a coisa sem o “animus”, constitui simples detenção, como actos de mera tolerância, consentidos pelo titular do direito”; em STJ 23-09-1999, Proc. N.º 99B572 (PEIXE PELICA), <www.dgsi.pt>, considerou-se que configurava um acto de mera tolerância o consentimento pelo réu que o autor mantivesse abertas quatro janelas que deitavam directamente sobre o seu prédio. Como o A. reconheceu expressamente que com tal permissão não se visava constituir qualquer servidão de vistas e que o R. ficava com o direito de “justapor a sua parede” à parede

6.3. O exercício da posse em nome alheio

As situações de detenção que se encontram previstas no art. 1253.º, alínea *c*), compreendem dois grupos de casos.

O primeiro identifica-se com as hipóteses de simples detenção, em que se não afirma qualquer direito próprio sobre a coisa, como é, em regra, o caso dos comissários (em especial, dos trabalhadores subordinados), procuradores, gestores de negócios ou mandatários (com representação), os quais, por exercerem o poder de facto em cumprimento de um dever legal ou negocial, devem cumprir as ordens e as instruções vinculativas que lhes sejam dirigidas; além dos representantes em sentido técnico (arts. 258.º e seguintes), estão ainda incluídos os que agem materialmente ao serviço do dominus (*v. g.*, auxiliares), ainda que sem representação formal.

O segundo grupo de casos de posse em nome alheio concretiza o fenómeno da sobreposição de posses, em que vários sujeitos possuem a coisa em termos de direitos de âmbito distinto, por relação a direitos reais menores (*v. g.*, propriedade/usufruto, usufruto/serviidão predial) ou a outros direitos de gozo (proprietário ou usufrutuário *versus* locatário ou comodatário), cumulando essa qualidade com a de simples detentores da coisa por referência ao direito de base ao abrigo do qual se constituiu a sua posição jurídica.

Embora tecnicamente ambas as situações consubstanciem o que a lei designa por exercício da posse em nome alheio, estão todavia separadas por uma natureza jurídica irreduzivelmente diversa: no primeiro círculo de hipóteses, o exercente do poder de facto não tem *corpus*, ao invés do que se verifica no segundo grupo, em que existe uma pluralidade de possuidores⁽⁶²⁾.

do prédio do A. "tapando desse modo as referidas janelas", deu-se como assente que essa permissão configurava um acto de mera tolerância, entendendo-se em STJ 18-10-2012, Proc. N.º (ORLANDO AFONSO), <www.dgsi.pt>, que a permanência do réu na casa, após passagem à situação de reforma, configura uma simples detenção por acto de mera tolerância da autora, com o consentimento (ao menos tácito) desta, mas sem que assim tivesse aquela pretendido atribuir um direito aos réus, pelo que aquela conservou a faculdade de, a qualquer momento, pôr fim à actividade tolerada.

⁽⁶²⁾ Não decerto por acaso a exposição de PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Livro III, pp. 10-11 (nota 4 ao art. 1253.º), apenas é exemplificada

Logo, não é fiel à realidade das coisas, como acima se sublinhou (*supra* 3, I), afirmar que o possuidor que não conserva a coisa, exerce o seu poder de facto através do possuidor que a detém, como sucede no primeiro grupo de casos em que o detentor não é titular de um *corpus* próprio, limitando-se a exercer um *corpus* alheio. No segundo círculo de hipóteses, o possuidor imediato controla a coisa ao abrigo de um direito próprio, sem ter que obedecer a ordens ou instruções daquele, ao contrário do que acontece com o simples detentor. Logo, o *corpus* do possuidor mediato assume uma fisionomia *desmaterializada*, necessariamente diferente da que o caracteriza no âmbito da posse exclusiva, ainda que os poderes de facto sejam exercidos por intermédio do detentor.

7. Conclusões. O *corpus* como critério de distinção entre a posse e a detenção

A polémica entre objetivismo e subjetivismo baseou-se nas divergências de interpretação sobre o significado atribuído às fontes romanas, ao conferirem os meios de defesa da posse ao credor pignoratício, negando-os ao locatário, comodatário e depositário. Como o Direito em vigor reconhece a tutela possessória em todas essas hipóteses, aquelas aporias estão atualmente superadas, devendo por isso ser reconsiderados os termos em que tem sido travado o debate sobre a estrutura da posse⁽⁶³⁾.

A orientação que se perfilha sobre a estrutura da posse é decididamente objetivista, uma vez que, além do controlo voluntário da coisa, não é de exigir qualquer *animus* que, acrescendo ao *corpus*, qualifique a posse. De todo o modo, não se afigura exato dizer-se, sem mais, que a detenção seja uma situação possessória descaracterizada por uma norma legal, como revelam os casos quer de pura

com situações jurídicas que os autores reconduziam à simples detenção mas que a doutrina atual engloba também no âmbito da posse.

⁽⁶³⁾ Propondo também o reequacionamento do debate em virtude de estar supe-
rada a base da polémica, MENEZES LEITÃO, *Direitos Reais*, p. 115.

detenção, quer as hipóteses de sobreposição de posses, que reúnem na mesma pessoa a dupla qualidade de detentor em relação a um direito alheio e possuidor por referência a um direito próprio⁽⁶⁴⁾.

A detenção não é posse porque lhe falta o *corpus*, sendo esta a razão de o simples exercício dos poderes de facto ser desqualificado pelas pertinentes disposições legais. Dizer-se tão só que uma certa situação de facto não é posse por pura determinação legal, sugere puro arbítrio legislativo. A decisão legal é contudo fundada, porque se baseia na ausência de *corpus*, não se podendo portanto concordar com a tese que o *corpus* também está presente na detenção. Ao usufrutuário, enquanto detentor em termos de direito de propriedade, não assiste qualquer *corpus* por relação a esse direito, assim como também não o tem o locatário no tocante ao direito de propriedade ou de usufruto, ao abrigo do qual se celebrou o contrato de locação mas apenas em relação ao próprio direito pessoal de gozo de que é titular. Como logo de início se observou, a detenção limita-se a designar a situação de alguém que, tendo uma coisa fisicamente em seu poder, exerce poderes de facto sobre ela, sem que esse exercício signifique obviamente que o exercente seja titular de qualquer *poder de controlo* sobre a coisa, não o sendo decerto sempre que atua sob as ordens ou instruções de outrem. Não é demais insistir que o *corpus* não é o exercício de poderes de facto mas um conceito normativo que exprime um *poder de controlo* sobre a coisa, que tanto pode ser exercido pelo próprio, como por outrem sob a sua direção.

Os casos de simples detenção — ou seja, aqueles em que o detentor não reúne também a condição de possuidor por referência a outro direito — revelam-se ainda mais flagrantes, porquanto

⁽⁶⁴⁾ A opinião em crítica teria quiçá mais fundamento face a um ordenamento como o alemão que, por via do § 860, BGB, concede ao detentor (mero exercente dos poderes de facto segundo o § 855) os meios de tutela da posse atribuídos ao possuidor pelo § 859 (sem que o argumento seja minimamente decisivo, uma vez que sempre se poderá sustentar que o alargamento dessa proteção se destina a servir o direito do possuidor). Esta orientação é contudo intransponível para o Direito português, que desconhece uma disposição congénere. Segundo o entendimento defendido pela doutrina portuguesa, os meios de tutela da posse são atribuídos exclusivamente a possuidores, quer o sejam em termos de direitos reais (ou pessoais) de gozo, garantia ou aquisição e nunca aos simples detentores. Entre nós, só existe tutela possessória quando há posse, ao contrário do Direito alemão.

agora o agente não é titular de qualquer *corpus* próprio, limitando-se a exercer um *corpus* alheio, atuando para o *dominus* e sob a sua direção.

Em suma, aquilo que distingue a posse da detenção é a existência ou não de *corpus*, havendo que averiguar a correta qualificação da situação, em face do jogo concertado das várias normas aplicáveis ao caso. Tomando como paradigma a posição típica do trabalhador subordinado, afigura-se falho de sentido jurídico dizer que tem *corpus*, embora desqualificado para detenção por uma norma legal. O assalariado é *ab initio* um mero detentor dos bens e equipamentos de trabalho que lhe forem confiados pelo empregador, porque existe uma disposição legal segundo a qual ele cumpre a prestação laboral sob a *autoridade* do empregador (art. 11.º, CT); é esta a norma que nega o *corpus* possessório ao trabalhador subordinado relativamente às coisas que detenha para cumprimento da prestação⁽⁶⁵⁾, permitindo qualificá-lo como detentor. Caso queira agir como possuidor, terá que inverter o título, afetando as coisas do empregador aos seus próprios fins em oposição às vinculações laborais.

Este resultado corrobora a conclusão extraída acima da análise dos chamados atos facultativos que, segundo PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, preencheriam a previsão constante do art. 1253.º, alínea a). O simples aproveitamento das águas vertentes pelos donos dos prédios inferiores (art. 1391.º, primeira parte) não constitui um caso de *corpus* desqualificado para detenção por uma norma legal, constitui antes um caso de mera detenção por lhe faltar o *corpus*, visto que o dito aproveitamento se subordina ao direito de livre disposição daquelas águas pelos donos dos prédios de que brotem, os quais podem a todo o tempo privar os donos dos prédios inferiores do seu uso (art. 1391.º, segunda parte) que, para adquirirem posse reportada a um direito às águas, terão que levar a cabo as obras exigidas pelo art. 1390.º/2.

Lisboa, Abril de 2015

(65) Excluindo-se assim os casos em que a coisa lhe seja afeta não para cumprimento da prestação laboral mas para fins próprios, como, por exemplo, o automóvel que lhe é cedido pelo empregador para sua utilização pessoal.

PERSONALIDADE vs. CAPACIDADE JURÍDICA — UM REGRESSO AO *MONISMO CONCEPTUAL*?

Pelo Prof. Doutor Diogo Costa Gonçalves

SUMÁRIO:

1. Origem da distinção.
2. Revisão crítica: sobreposição conceptual.
3. Cont.: contaminação valorativa.
4. Cont.: o problema da relativização da personalidade e a universalidade sistemática dos conceitos.
5. Tautologia da distinção: ensaio de retorno ao monismo conceptual.
6. O destino da personalidade jurídica: perspetivas.

1. Origem da distinção

I — A distinção entre capacidade e personalidade jurídica é bastante recente na cultura jurídica europeia. Contrariamente ao que vimos suceder quanto a outros conceitos fundamentais da teoria geral do Direito civil, a escola da exegese e a pandectística não contribuíram para a distinção dos conceitos.

O séc. XIX viveu, na verdade, marcado por um *monismo conceptual*, expresso na utilização exclusiva de apenas uma das noções ou, em alguns casos, na utilização sinónima dos termos⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Com efeito, o conceito de *capacidade jurídica* foi introduzido na doutrina alemã por THIBAUT, na sua obra *System des Pandektenrecht*, 1803, §§ 188 e ss. (neste sentido, FRITZ FABRICIUS, *Relativität der Rechtsfähigkeit*, 1963, p. 37).

II — Nas fontes oitocentistas, o silêncio quanto aos conceitos é a nota.

O Código NAPOLEÃO desenvolveu com detalhe o gozo dos direitos civis e as situações de incapacidades, mas não ofereceu um conceito técnico de capacidade jurídica nem de personalidade. Do mesmo modo, também o *BGB* conheceu o conceito de capacidade, mas não o definiu⁽²⁾.

III — Em Portugal, no período da pré-codificação não é possível identificar uma utilização distinta dos conceitos e, em rigor,

Rapidamente, porém, se divulgou a sua identificação com o conceito de personalidade. Em PUCHTA, a personalidade jurídica surge como a “*possibilidade subjetiva de uma vontade jurídica, de um poder jurídico, a capacidade para direitos (Fähigkeit zu Rechten), a característica em virtude da qual o Homem é sujeito de relações jurídicas*” (*Pandekten*, 9.^a ed., 1863, §22, p. 37).

SAVIGNY apenas utiliza o conceito de capacidade, entendido como possibilidade de titular direitos e deste modo ser parte em certa relação jurídica: “*Quem pode ser titular ou sujeito de uma relação jurídica? Esta questão tem que ver com a possibilidade de ter direitos, ou capacidade jurídica (...)*” (*System des heutigen römischen Rechts*, II, 1840, § 60.^o, 1).

ARNDTS toma os conceitos por equivalentes — “*Pessoa em sentido jurídico é um indivíduo que é ou pode ser sujeito de direitos. Nos casos em que alguém é reconhecido como tal, existe personalidade, capacidade jurídica*” (L. ARNDTS R. VON ARNESBERG, *Lehrbuch der Pandekten*, 14.^a ed., 1889, § 24.^o, p. 32) — e mais sinteticamente VON GIERKE: “*chama-se personalidade à capacidade de ser sujeito de direito*” (*Deutsches Privatrecht*, I, cit., p. 265).

Esta orientação perdurou ao longo do séc. XX, podendo ser encontrada em autores como FRITZ RITTNER (*Die werdende juristische Person*, 1973, p. 251), KARSTEN SCHMIDT (por exemplo, *Verbandszweck und Rechtsfähigkeit im Vereinsrecht*, 1984, p. 10), HANS J. WOLFF (*Organschaft und juristische Person*, I, cit., p. 128), et alia.

Na escola da exegese, o cenário foi idêntico, pese embora o menor rigor conceptual. MARCADÉ, por exemplo, distingue entre *jouissance des droits civils* do *l'exercice de droits civils*, mas o desenvolvimento da distinção não permite a aproximação ao conceito de personalidade, antes à distinção hodierna entre capacidade de gozo e exercício (*Cours élémentaire*, I, 4.^a ed., 1850, pp. 82 e ss.).

De um modo geral, o conceito de capacidade encontra-se omnipresente mas os comentadores do Código NAPOLEÃO não o identificam claramente nem oferecem dele uma definição precisa. Em autores como ÉMILE ACOLLAS, por exemplo, a propósito das *personnes de pure création juridique*, surge também a utilização equivalente dos conceitos de personalidade e capacidade: “*Il y a des êtres de pure création juridique, que la loi, organe de la collectivité des citoyens, investit de la personnalité et qui sont considérés comme capables de droit et d'obligations*” (*Manuel de Droit Civil à l'usage des étudiants*, 1869, p. 16).

(²) Sublinhando este aspeto, cf. MATHIAS LEHMANN, “Der Begriff der Rechtsfähigkeit”, *AcP* 207 (2007), pp. 225-255 (226).

nem sequer uma utilização técnico-jurídica. O Código SEABRA viria a acolhê-los no art. 1.º, como sinónimos.

IV — Os primeiros comentadores do Direito codificado perpetuaram a confusão terminológica favorecida pelo Código.

BRUSCHY, por exemplo, definia *personalidade jurídica* como consistindo em haver *capacidade de direitos e obrigações*⁽³⁾. ABEL ANDRADE dotava o conceito de capacidade de uma conotação qualitativa, ao identificá-lo com a *natureza* do ente jurídico⁽⁴⁾. Do mesmo modo, DIAS FERREIRA, tratando de precisar o uso do termo pessoa em sentido jurídico, utilizava os termos capacidade e personalidade como sinónimos:

“(…) no actual estado do direito philosophico se emprega mais particularmente a palavra pessoa, quando se quer designar o homem pelo lado juridico, ou se faz referencia propriamente á sua capacidade juridica, comquanto não haja homens sem personalidade, isto é, sem possuírem direitos absolutos, e a faculdade juridica de adquirirem os hypotheticos”⁽⁵⁾.

V — Durante o séc. XX, enquanto em outras latitudes se mantinha a equiparação conceptual oitocentista⁽⁶⁾, no espaço jurídico alemão começou a formar-se uma progressiva distinção entre capacidade e personalidade.

O lugar dogmático da distinção nascente foi o *direito das corporações*. Em 1918, HAFF distinguia entre corporações com e sem personalidade jurídica, classificando a *Gesamthand* como *Persenvereinigung* à qual faltava *Rechtspersönlichkeit*⁽⁷⁾: na *Gesamt-*

⁽³⁾ BRUSCHY, *Manual do Direito Civil Portuguez segundo a novissima legislação*, I, 1868, p. 2.

⁽⁴⁾ ABEL DE ANDRADE, *Commentario ao Codigo Civil Portuguez (Arts. 395.º e ss.)*, 1895, pp. 3-4.

⁽⁵⁾ JOSÉ DIAS FERREIRA, *Codigo Civil Portuguez Annotado*, I, 1870, p. 7.

⁽⁶⁾ Assim, por exemplo, em França, *personnalité juridique* continua a significar a capacidade de direitos e obrigações (cf. GÉRARD CORNU, *Droit Civil. Introduction — Les personnes, les biens*, 11.ª ed., 2003, p. 209). O mesmo acontece Suíça: cf. PETER TUOR/BERNHARD SCHNYDER/JÖRG SCHMID, *Das schweizerische Zivilgesetzbuch*, 11.ª ed., 1995, pp. 69 e ss.

⁽⁷⁾ KARL HAFF, *Institutionen der Persönlichkeitslehre und des Körperschaftsrechts*, 1918, p. 61.

hand o sujeito de direito não era a comunidade em si mesma considerada mas sim a totalidade dos seus membros que, em mão comum, titulavam direitos e obrigações. A atuação da *Gesamthand* no comércio jurídico consistia assim numa *capacidade jurídica meramente formal*⁽⁸⁾.

A distinção assinalada introduziu um *dualismo conceptual* no discurso jurídico que se encontra presente em abundante literatura. Não poucas vezes, a exposição da disciplina da *juristische Person* é feita a partir do binómio *Persönlichkeit / Rechtsfähigkeit*⁽⁹⁾. Em outros autores, assume-se expressamente a conotação qualitativa do conceito *Rechtspersönlichkeit*⁽¹⁰⁾.

De modo geral, a distinção é conhecida ainda que não se aprofunde o conteúdo conceptual reservado a cada um dos conceitos.

VI — O desenvolvimento progressivo desta orientação deve ser articulado com a denominada *justificação tradicional da capacidade jurídica (traditionelle Begründung der Rechtsfähigkeit)*⁽¹¹⁾. A tese tradicional vê na capacidade a possibilidade jurídica de titulação de direitos subjetivos os quais, na orientação também ela tradicional, são entendidos como o poder da vontade juridicamente relevante.

Ora, o reconhecimento de uma vontade jurídica exige que, como condição prévia, se identifique um sujeito ou pessoa a quem tal vontade se impute. O conceito de *Rechtspersönlichkeit* indica justamente essa qualidade jurídica de pessoa, pressuposto da capacidade.

Em ENNECERUS/KIPP este entendimento encontra-se bem ilustrado:

“O conceito de direito (subjetivo), reconhecido pelo ordenamento como um poder relevante dirigido à satisfação de interesses humanos, requer um sujeito a quem o poder é conferido, um sujeito jurídico ou, como igualmente se diz no discurso jurídico, uma pessoa. A personali-

⁽⁸⁾ HAFF, *Institutionen*, cit., pp. 66-68.

⁽⁹⁾ Por exemplo, ERICH STEFFEN, *Das BGB Kommentar RGRK*, 1982, § 21.º.

⁽¹⁰⁾ HERMANN FAHSE, *Soergel Kommentar zum BGB*, I, 13.ª ed., 2000, § 1.º, 2 e ss.

⁽¹¹⁾ Por exemplo, ALEXANDER MESCHKOWSKI, *Zur Rechtsfähigkeit der BGB-Gesellschaft — Die Verpflichtungs- und Vermögensfähigkeit*, 2006, p. 34.

*dade não é um direito subjetivo mas sim uma qualidade jurídica, pres-
suposto de todos os direitos e obrigações, da capacidade jurídica”*⁽¹²⁾.

A personalidade jurídica surge, assim, como um conceito qualitativo, como uma qualidade jurídica (*rechtliche Eigenschaft*) em virtude da qual se é pessoa em Direito e que, do mesmo modo, expressa o denominador comum a todos os sujeitos jurídicos. É-se pessoa (seja qual for a natureza) porque se possuiu a qualidade da *Rechtspersönlichkeit*. A capacidade jurídica poderá ser imanente à personalidade⁽¹³⁾, não podendo existir separadamente desta, mas surge conceptualmente distinta.

VII — Paralelamente a esta evolução, a distinção que remonta a SAVIGNY entre *Rechtsfähigkeit* e *Handlungsfähigkeit*⁽¹⁴⁾ foi-se sedimentando. O leque conceptual alarga-se significativamente: termos como *Geschäfts-*, *Handlungs-* e *Deliktsfähigkeit*, coabitam agora com a utilização dos conceitos *Rechtspersönlichkeit* e *Rechtsfähigkeit*⁽¹⁵⁾, o que exige um progressivo esforço de *distinguere et definire*.

Neste processo o legislador viria a jogar, porém, um papel decisivo ao assumir em importantes diplomas normativos a distinção conceptual entre capacidade e personalidade jurídica.

Assim, por exemplo, na *AktG* 1937, a sociedade anónima surgiu definida no § 1.º como uma sociedade “*mit eigener Rechtspersönlichkeit*”⁽¹⁶⁾. A este contributo, some-se o que já dispunha o § 124 *HGB* acerca da capacidade das *oHG* e *KG*. Também no § 11.º *InsO* o legislador construiu a disposição normativa mediante o recurso conceptual aos conceitos *juristische Person*, *Rechtspersönlichkeit* e *Rechtsfähigkeit*.

(12) LUDWIG ENNECERUS/THEODOR KIPP/MARTIN WOLFF, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, 1926, § 76.º, p. 185.

(13) MESCHKOWSKI, *Zur Rechtsfähigkeit*, cit., p. 35.

(14) SAVIGNY, *System*, II, cit., § 60.

(15) Veja-se uma proposta de distinção dos conceitos in FABRICIUS, *Relativität der Rechtsfähigkeit*, cit., pp. 31 e ss.

(16) Com referências, cf. KARSTEN SCHMIDT, “Grundlagenungewissheit der Gesetzgebung oder der Rechtsfortbildung im Gesellschaftsrechts? — Rechtsfähigkeit und Rechtspersönlichkeit als Beispiele”, *Von der Sache zum Recht (FS Volker Beuthien 75. Geburtstag)*, 2009, pp. 211-233.

VIII — Temos, portanto, que uma distinção dogmática que não sem resistência foi sendo recebida na doutrina, impôs-se como um dado sistemático, por via normativa.

A conclusão não se fez esperar: se o legislador distingue, é mister reservar para os conceitos conteúdos próprios. As tentativas ficam porém aquém do esperado: sublinha-se o carácter teórico e tautológico da distinção e, em alguns casos como em MATHIAS LEHMANN, chega a assumir-se que em causa está o fim didático de ilustrar dois tipos de atribuição de capacidade⁽¹⁷⁾.

IX — A distinção alemã entre capacidade e personalidade jurídica comunicou-se, naturalmente, a outras ordens jurídicas.

Em Itália a influência napoleónica cedo foi temperada por uma progressiva receção do pensamento germânico e pela tradução dos seus melhores autores, entre eles DERNBURG. Também aqui é possível encontrar uma clara distinção entre personalidade e capacidade jurídica.

O nervo central da lição italiana sobre esta matéria assenta (i) na distinção entre *capacità giuridica* ou capacidade de gozo e *capacità di agire* (ou de exercício)⁽¹⁸⁾; (ii) acompanhada de uma identificação entre a capacidade de gozo e a personalidade jurídica.

Esta orientação surge defendida em RUGGIERO, cuja obra *Istituzioni di Diritto Civile*, conheceu tradução para português, em 1934. Para o autor, a capacidade jurídica (de gozo) é apresentada como a *idoneidade para ser sujeito de direito* e, neste sentido, identifica-se com o conceito de personalidade jurídica. A capacidade de agir, ou capacidade em sentido próprio, é tomada no sentido de exercício, pelo sujeito, de posições jurídicas⁽¹⁹⁾.

No mesmo sentido segue STOLFI, também citado em autores portugueses: a capacidade jurídica é a qualidade de ser sujeito de

⁽¹⁷⁾ MATHIAS LEHMANN, “Der Begriff der Rechtsfähigkeit”, cit., p. 245.

⁽¹⁸⁾ Para ilustração do ambiente juscientífico italiano em finais de oitocentos no que à capacidade jurídica diz respeito, ENRICO CIMBALI, *Della capacità di contrattare secondo il codice civile e di commercio*, 1887, pp. 127 e ss. As referências à doutrina alemã são constantes.

⁽¹⁹⁾ ROBERTO RUGGIERO, *Instituições de Direito Civil*, I, 1934, pp. 339-341.

direito, coincidindo assim com o conceito de personalidade. A *capacità di agire*, correspondente à *Geschäftsfähigkeit* ou *Handlungsfähigkeit* alemã, consubstancia uma medida do exercício da atividade jurídica⁽²⁰⁾.

Esta doutrina é comum, com cambiantes de intensidade, a COVIELLO⁽²¹⁾, MAZZONI⁽²²⁾, VENZI⁽²³⁾, *et alia*.

X — Em Portugal, a influência germano-italiana cedo se fez sentir. Logo em GUILHERME MOREIRA, os elementos essenciais da distinção personalidade e capacidade jurídica surgem já identificados, tal como viriam a sedimentar-se na escola. *Personalidade*, para o autor, corresponde à qualidade jurídica de ser pessoa, à suscetibilidade de direitos e obrigações (tal como referia o art. 1.º do Código SEABRA)⁽²⁴⁾. Já *capacidade* é entendida como a “*medida do poder jurídico*” ou a “*susceptibilidade do exercício pessoal dos poderes que por lei são atribuídos a uma pessoa*”⁽²⁵⁾.

CABRAL MONCADA viria a aperfeiçoar esta distinção, sustentando que a personalidade é a mesma para todos os sujeitos, enquanto suscetibilidade genérica. Já o conceito de capacidade expressa o *quantum* de direitos e obrigações que pode cada sujeito titular e exercer⁽²⁶⁾.

CUNHA GONÇALVES segue a mesma distinção, pondo a tónica, porém, não tanto na dimensão qualitativa/quantitativa dos conceitos, mas antes na dimensão estática/dinâmica da abordagem. A personalidade, enquanto suscetibilidade de direitos e obrigações, pressupõe uma compreensão estática da pessoa, separada do seu agir. *In actu*, a pessoa é exercício de direitos e obrigações.

(20) NICOLA STOLFI, *Diritto Civile*, I, II (*Parte Seconda*), 1931, pp. 19 e ss.

(21) NICOLA COVIELLO, *Manuale di Diritto Civile Italiano*, I (*Parte Geral*), 3.ª ed., 1924, pp. 143 e ss.

(22) EMIDIO PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di Diritto Civile Italiano*, II, 4.ª ed., 1904, pp. 34 e ss.

(23) GIULIO VENZI, *Manuale del Diritto Civile Italiano*, 1925, pp. 56 e ss.

(24) GUILHERME MOREIRA, *Instituições de Direito civil português*, I, 1907, p. 153.

(25) GUILHERME MOREIRA, *Instituições*, I, cit., pp. 170 e 171. O autor acusa a receção da distinção entre capacidade de gozo e de exercício, sem que no entanto lhe dedique maior atenção.

(26) CABRAL DE MONCADA, *Lições de Direito Civil (Parte Geral)*, 2.ª ed., 1954, p. 263.

Daqui decorre a seguinte sistematização: personalidade jurídica é apenas sinónimo de capacidade de gozo. Em ambos os conceitos subjaz a consideração estática do sujeito, a sua qualidade de pessoa. Neste sentido, *Rechtspersönlichkeit* e *Rechtsfähigkeit* são conceitos idênticos. A capacidade de agir ou de exercício é de outra grandeza: *Handlungsfähigkeit* é distinto de *Rechtspersönlichkeit*. Em causa está uma compreensão da realidade jurídica *in actu*⁽²⁷⁾.

A sistematização de CUNHA GONÇALVES é comum a JOSÉ TAVARES. Personalidade e pessoa são tomados como conceitos jurídicos sinónimos⁽²⁸⁾: capacidade de gozo e personalidade jurídica não se distinguem. Já capacidade de exercício surge entendida como a idoneidade do sujeito para praticar atos jurídicos⁽²⁹⁾. No mesmo sentido segue MANUEL DE ANDRADE, sublinhando que o conceito de personalidade e capacidade de gozo se implicam mutuamente⁽³⁰⁾.

A distinção entre os conceitos torna-se, assim, *communio opinio* na primeira metade do séc. XX.

XI — A situação dogmática então vivida favorecia a distinção normativa dos conceitos na nova codificação civil em preparação: foi o que sucedeu.

A MANUEL DE ANDRADE coube a elaboração de um projeto de articulado para o novo Código Civil, relativo à personalidade jurídica. Aí se distinguiu claramente entre *personalidade jurídica*, *capacidade de direitos* e *capacidade para atos jurídicos*⁽³¹⁾. Não se oferece qualquer definição dos conceitos.

(27) CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil*, I, 1929, pp. 168-170.

(28) JOSÉ TAVARES, *Os princípios fundamentais do Direito Civil*, II (1928), p. 5.

(29) JOSÉ TAVARES, *Os princípios fundamentais*, II, cit., pp. 25-26.

(30) MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, I (*Sujeitos e objecto*), por FERRER CORREIA e RUI DE ALARCÃO, 1960 (reimp. 1992), pp. 30 e ss.

(31) MANUEL DE ANDRADE, “Esboço de um anteprojecto de código das pessoas e da família na parte relativa ao começo e termo da personalidade jurídica, aos direitos de personalidade, ao domicílio”, *BMJ* 102 (1961), pp. 153-166.

*Artigo 1.º**(Começo da personalidade)*

§ 1.º — *A personalidade jurídica adquire-se pelo nascimento completo e com vida.*

§ 2.º — *Os direitos que a lei reconhece aos nascituros dependem do seu nascimento.*

§ 3.º — *Reputa-se já concebido o nascituro que vem a nascer nos trezentos dias subsequentes.*

*Artigo 2.º**(Capacidade de direitos)*

As pessoas podem ser sujeitos de quaisquer relações jurídicas, em igualdade de condições, sempre que a lei não determine outra coisa.

*Artigo 3.º**(Capacidade para actos jurídicos)*

Podem ser partes em contrato ou noutro acto jurídico, agindo por si ou por meio de procurador, todas as pessoas não exceptuadas por lei”.

O articulado de MANUEL DE ANDRADE transitou, com ligeiras alterações de redação, para o texto da *1.ª Revisão Ministerial* (arts. 44.º e ss).

XII — Na *2.ª Revisão Ministerial*, porém, a distinção entre *capacidade de direitos* e *capacidade para atos jurídicos* desaparece. Mantém-se apenas o articulado referente à capacidade de direitos, sob a designação *capacidade jurídica*, e com a seguinte redação:

*Artigo 67.º**(Capacidade jurídica)*

As pessoas podem ser sujeitos de quaisquer relações jurídicas, salvo disposição legal em contrário. Nisto consiste a sua capacidade jurídica.

O texto da 2.^a Revisão transitou para o *Projeto de 1966* e veio a conhecer força de lei. Nas últimas décadas, a distinção entre personalidade e capacidade e entre capacidade de gozo e de exercício tornou-se um lugar comum na cultura jurídica portuguesa, não conhecendo críticas de relevo⁽³²⁾.

O dualismo conceptual domina, assim, o discurso jurídico.

2. Revisão crítica: sobreposição conceptual

I — A distinção entre personalidade e capacidade jurídica, se consolidada, não é isenta de dificuldades. A primeira dificuldade está associada a uma sobreposição conceptual e linguística entre personalidade jurídica e capacidade de gozo.

Para este facto chamava a atenção, desde logo, MANUEL DE ANDRADE:

“A capacidade jurídica, enquanto capacidade de gozo de direitos, ou simplesmente de direitos (Rechtsfähigkeit), como hoje costuma dizer-se lá fora, é inerente à personalidade jurídica. São mesmo conceitos idênticos (art. 1.º do Cód. Civ.).

Não se pode ter personalidade e ser-se inteiramente desprovido de capacidade. Nem o contrário. O que pode é ser mais ou menos circunscrita a capacidade jurídica de uma pessoa; e quando se alude à possibilidade deste fenómeno e aos termos em que ele se verifica, usa falar-se antes de capacidade que de personalidade”⁽³³⁾.

⁽³²⁾ Por todos, cf. JOÃO DE CASTRO MENDES, *Teoria Geral do Direito Civil* (Lições 1978-1979), I, 1995, pp. 119 e ss.; CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.^a ed. (António Pinto Monteiro/Paulo Mota Pinto), 2005, pp. 193 e ss.; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil. Teoria Geral*, I (*Introdução. As pessoas. Os bens*), 2.^a ed., 2000, pp. 134 e ss. e 143 e ss.; MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, IV (*Parte Geral — Pessoas*), 3.^a ed., 2011, pp. 358 e ss.; PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 7.^a ed., 2012, pp. 33 e ss. e 80 e ss. e *Contratos Atípicos*, 2.^a ed., 2009, pp. 35-37; CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, I, 6.^a ed., 2012, pp. 195 e ss.; HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A parte geral do Código Civil Português — Teoria Geral do Direito Civil*, 1992, pp. 308 e ss.; PAULO CUNHA, *Teoria Geral do Direito Civil* (1971/1972), 6.^a aula 12-nov.-1971 e CAPELO DE SOUSA, *O direito geral de personalidade*, 1995, *passim*.

⁽³³⁾ MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, I, cit., pp. 30-31.

II — O que afirma o autor merece ser ponderado com cuidado.

O conceito de *capacidade*, enquanto medida concreta de uma suscetibilidade abstrata (de uma qualidade jurídica), não é inteligível no discurso jurídico se, no ato comunicativo em causa, não se pressupuser a existência dessa mesma suscetibilidade. É uma exigência *lógico-jurídica*: certo sujeito só é capaz de um direito ou obrigação se, em abstrato, for suscetível de direitos e obrigações.

É mister portanto concluir que se há capacidade jurídica é porque existe personalidade jurídica (observação, contudo, capaz de causar algum embaraço, como melhor veremos a propósito da relativização da personalidade).

Personalidade e a capacidade jurídica são independentes de uma concreta situação jurídica. *A* pode ser capaz do direito de propriedade e, contudo, nunca vir a ser proprietário. Tem a *potência* (personalidade e capacidade jurídica) para tal, mas isso não garante que receba em ato o que a potência permite.

III — O que fica dito não oferece especiais dúvidas. Já mais complexa é a afirmação de MANUEL DE ANDRADE segundo a qual “*não se pode ter personalidade e ser-se inteiramente desprovido de capacidade*”. Isto porque, no plano estritamente conceptual, é possível ao jurista conceber a personalidade jurídica, com um conteúdo útil, sem que o mesmo conceito exija a determinação concreta dos direitos e obrigações em causa (*i.e.*: a capacidade).

A afirmação é, contudo, verdadeira se atendermos no facto de que o que se está a afirmar é a impossibilidade de certo sujeito *ter* personalidade sem capacidade, e não a impossibilidade de *conceber* a personalidade sem capacidade.

No plano puramente abstrato, é possível conceber os dois conceitos separadamente. Porém, na concretização do processo aplicativo do Direito, *a capacidade consome a personalidade*.

IV — Com efeito, ser suscetível de direitos e obrigações é sempre ser suscetível de *certos* direitos e obrigações. A atribuição a determinado sujeito de personalidade jurídica é esvaziada de sentido se não for acompanhada de uma concretização dos direitos e

obrigações que, *in casu*, tal sujeito pode ser titular. É que *direitos e obrigações* não existem em estado puro. Não são enteléquias no ordenamento. Poderão ser tomados como conceitos técnico-jurídicos de natureza abstrata, mas são principalmente realidades sócio-culturais que convocam a aplicação de regimes normativos concretos, com uma função juseconómica e uma concreta dimensão valorativa.

Quando se afirma que alguém é suscetível de direitos e obrigações, não se está a querer dizer que é suscetível de uma abstração técnico-jurídica, mas sim que lhe pode ser aplicado certo regime normativo.

Podemos ir mais longe: a personalidade jurídica, enquanto suscetibilidade abstrata e conceito estritamente qualitativo, apenas «*existe*», por si e desligada da capacidade, quando independente de um sujeito. No momento em que a personalidade *inere* a um concreto sujeito (por reconhecimento ou atribuição normativa), ela confunde-se com a noção de capacidade de gozo e perde autonomia.

Compreende-se, portanto, que uma significativa orientação doutrinária presente em Itália e Portugal tenham tomado por *materialmente equivalentes* a personalidade e a capacidade de gozo, mesmo preconizando uma *distinção formal* dos conceitos.

3. Cont.: contaminação valorativa

I — O que fica dito não é tudo, se ignorarmos a acentuada dimensão valorativa subjacente à distinção entre personalidade e capacidade jurídica. Ela justifica, em última instância, o sucesso consagrado de uma distinção conceptual quase exclusivamente baseada na *insustentável leveza* de um critério qualitativo *vs.* quantitativo.

II — A técnica jurídica da *personificação* surge associada, por via de regra, à atribuição da personalidade jurídica que, deste modo, aparece como a qualidade de ser pessoa, em Direito.

Ora, o conhecimento de experiências histórico-jurídicas que negaram ao Homem a qualidade de pessoa, bem como a existência de *incapacidades*, eivaram o discurso de uma dimensão valorativa a que deveria ser alheia a crescente tecnicização dos conceitos. Sentiu-se a necessidade, no fundo, de enfatizar a qualidade jurídica de pessoa — a mesma para todos —, ainda que *in casu* se estivesse a lidar com situações de incapacidade⁽³⁴⁾.

Deste modo, o conceito técnico de personalidade jurídica sofreu uma *contaminação valorativa* do universo significativo-ideológico associado à própria noção de pessoa. Os ventos do *personalismo jurídico*, largamente difundidos no séc. XX, favoreceram, aliás, tal contaminação.

III — Este facto, porém, evidencia as limitações associadas à aplicação do conceito de personalidade jurídica a entes inumanos. É que estes não carecem de uma ponderação valorativa semelhante à que se faz quanto às pessoas físicas.

Se do ponto de vista axiológico, é reconhecido sentido na afirmação que a pessoa humana goza sempre de personalidade jurídica enquanto expressão da sua própria qualidade ontológica; quanto à pessoa coletiva tal não acontece: a personificação só se justifica em razão de uma medida concreta de capacidade.

Não há substrato ôntico que suporte, portanto, a dimensão valorativa associada ao conceito.

4. Cont.: o problema da relativização da personalidade e a universalidade sistemática dos conceitos

I — A última observação conduz-nos pela mão a uma segunda dificuldade associada à distinção entre personalidade e capacidade jurídica: a questão da *relatividade* dos conceitos, em particular da personalidade jurídica.

⁽³⁴⁾ Chamando a atenção para este facto, MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, cit., IV, p. 359.

O entendimento da *capacidade jurídica* como um conceito relativo foi especialmente divulgado por FABRICIUS, a quem se atribui a paternidade da *Theorie der relativen Rechtsfähigkeit*.

Segundo o autor, a capacidade não deveria ser entendida como abstração conceptual axiologicamente determinada (em especial pelo princípio da igualdade) mas antes conhecida a partir de um concreto regime normativo⁽³⁵⁾ e tendo em conta as naturais diferenças no plano da atuação dos diversos sujeitos de direito individualmente considerados⁽³⁶⁾.

Daqui resultava que a atribuição de capacidade jurídica nunca seria absoluta (mesmo para as pessoas físicas), estando sempre sujeita a *certa medida*. Dever-se-ia, portanto, falar em capacidade jurídica parcial (*Teil-Rechtsfähigkeit*) ou relativa (*relative Rechtsfähigkeit*).

A ordem jurídica — a manter-se a identificação entre *Rechtsfähigkeit* e *Person* — poderia operar assim personificações mitigadas, ou limitadas a certo âmbito de atividade jurídica, dando origem a uma graduação do conceito de pessoa (*Gradualisierung des Personkonzepts*)⁽³⁷⁾ e à criação de pessoas jurídicas parciais (*juristische Teil-Person*)⁽³⁸⁾.

⁽³⁵⁾ FABRICIUS, *Relativität der Rechtsfähigkeit*, cit., p. 235 e passim.

⁽³⁶⁾ FABRICIUS, *Relativität der Rechtsfähigkeit*, cit., p. 55, superando a mera distinção entre pessoas físicas e jurídicas.

⁽³⁷⁾ Com desenvolvimento, cf. REINHARD DAMM, “Personenrecht — Klassik und Moderne der Rechtsperson”, *AcP* 202 (2002), pp. 841-879, 866 e ss.

⁽³⁸⁾ A teoria de capacidade jurídica relativa ou parcial nasce, em primeiro lugar, das insuficiências do entendimento tradicional da capacidade jurídica. Na concepção clássica, os sujeitos de direito têm a exclusividade da capacidade jurídica: não há capacidade afora da personalidade jurídica, de onde apenas os sujeitos de direitos (a quem se reconhece a qualidade da *Persönlichkeit*) são juridicamente capazes.

FABRICIUS começa por proceder a uma análise dos dados normativos conhecidos para constatar que tal exclusividade não é exatamente correta. Em causa está, desde logo, a situação jurídica do nascituro, à luz do § 1923 *BGB*, e o reconhecimento de certa capacidade à *nicht rechtsfähige Verein*, tidas como *nicht juristische Person* (*Relativität der Rechtsfähigkeit*, cit., pp. 5 e ss.).

Desta observação conclui o autor que não apenas as pessoas (naturais ou jurídicas) são juridicamente capazes; a ordem jurídica reconhece também, para alguns efeitos, capacidades a realidades não personificadas.

A construção de FABRICIUS, para ser bem compreendida, exige que se sublinhe que o autor, se parte da distinção entre construções sociais (*soziale Gebilden*) com e sem capa-

II — A *Theorie der relativen Rechtsfähigkeit* esteve longe de conhecer uma recepção entusiasta no espaço germânico. De modo geral, reconhece-se-lhe o valor de apontar as insuficiências da construção tradicional e, sobretudo, de sublinhar a existência de capacidade para além dos casos admitidos de personificação⁽³⁹⁾.

Apontaram-se-lhe, porém, severas críticas. Desde logo, a confusão no plano da normatividade entre os factos e o discurso deontico. A par desta, surgia ainda a crítica de uma utilização terminológica incorreta: a capacidade devia ser entendida como uma qualidade *objetiva* e não *subjativa*. O sujeito de direito goza de capacidade jurídica (em geral) independentemente das posições jurídicas que, em concreto, logre titular. Daqui resultaria que a capacidade jurídica seria sempre uma qualidade geral e não gradual.

Neste sentido, sublinha ALEXANDER MESCHKOWSKI:

“A capacidade é uma atribuição objetiva, que existe quando pode ser atribuído um direito ou uma obrigação. Esta qualidade, porém, é vista como uma característica geral e não gradual do objeto reconhecido como sujeito de direito. Ela é sempre referente a uma concreta posição jurídica, resultante de previsão legal (Tatbestand), de onde é mais correto descrever como capacidade abstrata do que como capacidade concreta”⁽⁴⁰⁾.

cidade jurídica, não assume o dualismo conceptual marcado pela distinção entre personalidade e capacidade.

Com efeito, no autor, o conceito de capacidade jurídica está largamente associado ao substrato natural da vontade e à concreta possibilidade de atuação do sujeito. Na análise histórico-dogmática que sustenta, visa justificar, justamente, a presença, no conceito jurídico, de elementos associados à natural capacidade de atuação dos sujeitos (*Relativität der Rechtsfähigkeit*, cit., pp. 37 e ss., em especial, pp. 43 e ss.).

Valeu-lhe, tal opção, a crítica de ignorar a distinção entre *Sein* e *Sollen*, no plano da cientificidade do Direito: *“A compreensão de uma capacidade jurídica parcial faz desaparecer os limites entre a normatividade e ser, na medida em que de determinados factos tira conclusões sobre a capacidade jurídica”*. (LEHMANN, “Der Begriff der Rechtsfähigkeit”, cit., p. 235).

Não distinguindo os conceitos, e partindo do § 1.º *BGB*, a capacidade jurídica parcial surge como a mensuração da própria subjetividade jurídica: ser-se-á mais ou menos pessoa quanto maior ou menor a medida da capacidade.

⁽³⁹⁾ Neste sentido, MESCHKOWSKI, *Zur Rechtsfähigkeit*, cit., pp. 49-50.

⁽⁴⁰⁾ MESCHKOWSKI, *Zur Rechtsfähigkeit*, cit., p. 50.

E, noutro registo, LEHMANN:

“Se se define a capacidade jurídica como a capacidade de ser titular de direitos e obrigações, então não pode haver «um momento intermédio». Ou se é capaz de ter direitos ou se não é. Ambas as afirmações relacionam-se entre si como as afirmações «a» e «não a»: tertium non datur.

Isto parece ser também reconhecido por alguns representantes da Teilrechtsfähigkeit. Apenas assim se pode explicar que coloquem o atributo «Teil» em parêntesis à frente do conceito Rechtsfähigkeit. Na verdade, a «(Teil-)Rechtsfähigkeit» é já ela plena Rechtsfähigkeit porque se existe a capacidade jurídica mesmo apenas quanto a uma parte do Direito, então isso implica afirmar simultaneamente que a pessoa é considerada capaz para a atribuição de direitos e obrigações”⁽⁴¹⁾.

Tudo ponderado, estar-se-ia perante uma construção sugestiva, porém, dogmaticamente incorreta e, em parte, tautológica.

III — O interesse pela *Theorie der relativen Rechtsfähigkeit* foi, contudo, reavivado em inícios do século com a decisão do BGH de 29-jan.-2001 e com os ricos desenvolvimentos doutrinários e jurisprudenciais que se lhe seguiram⁽⁴²⁾.

IV — Em Portugal, o problema da relativização dos conceitos é também ele abordado mas com um enquadramento distinto, determinado por dois fatores:

- (i) Mercê do dualismo conceptual dominante, ao conceito de *capacidade* preside já uma ideia de quantidade ou medida, de onde a relatividade da capacidade jurídica é de fácil aceitação sem que os autores tenham porque alterar os padrões dogmáticos gerais em que vêm argumentando;
- (ii) Enquanto que no § 1.º *BGB* permanece a atribuição da *capacidade* com o nascimento, a opção do legislador

⁽⁴¹⁾ LEHMANN, “Der Begriff der Rechtsfähigkeit”, cit., p. 235.

⁽⁴²⁾ Com referências, cf. o nosso *Pessoa coletiva e sociedades comerciais — Dimensão problemática e coordenadas sistemáticas da personificação jurídico-privada*, 2015, pp. 566 e ss.

português de 1966 foi (conceptualmente) distinta: com nascimento completo e com vida adquire-se a *personalidade jurídica*, que se extinguirá com a morte natural (arts. 66.º e 68.º CC).

V — Daqui decorre que os núcleos problemáticos subjacentes à *Theorie der relativen Rechtsfähigkeit*, com base nos quais FABRICIUS procede à sustentação juspositiva da sua tese, viriam a ser equacionados, em Portugal, sob a égide da personalidade jurídica.

Assim, o problema da situação jurídica do nascituro foi entre nós reconduzido à questão de saber se a pessoa concebida e não nascida goza de personalidade jurídica (não obstante o regime disposto no art. 66.º CC)⁽⁴³⁾. Do mesmo modo, a atribuição normativa de capacidade (mormente capacidade judiciária) a realidades não personalizadas colocou a questão de saber se, afinal, a atribuição da personalidade jurídica não podia ser gradual ou relativa, conduzindo ao reconhecimento de *juristische Teil-Personen* ou, na terminologia de PAULO CUNHA, *pessoas coletivas rudimentares*.

VI — Com efeito, à semelhança da doutrina tradicional alemã, também em Portugal domina a construção segundo a qual, para haver capacidade jurídica, basta a suscetibilidade da titularidade concreta de um único direito ou obrigação. Se a certa realidade se reconhece a titularidade de um único direito ou obrigação que seja, então tal significa que estamos perante um caso de capacidade jurídica e, logo, de personalidade jurídica (caso contrário não haveria capacidade), de onde se deve afirmar que tal realidade se encontra juridicamente personificada.

Exemplo paradigmático deste entendimento pode ser encontrado em OLIVEIRA ASCENSÃO:

(43) Para um enquadramento geral, MÁRIO BIGOTTE CHORÃO, “O problema da natureza e tutela jurídica do embrião humano à luz de uma concepção realista e personalista do direito”, in *O Direito*, n.º 123 (1991), ano IV, pp. 571-598; GABRIEL ÓRFÃO GONÇALVES, “Da personalidade jurídica do nascituro”, in *FDUL*, Vol. XLI (2000), n.º I, pp. 525-539; DIOGO LEITE DE CAMPOS/STELA BARBAS, “O início da pessoa humana e da pessoa jurídica”, in *ROA*, ano 61 (2001), n.º III, pp. 1257-1268; OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil — Teoria Geral*, I, 2.ª ed., 2000, pp. 50 e ss.; MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, cit., T. IV, pp. 364-365.

“Quem tiver capacidade tem necessariamente personalidade, pois este conceito é prévio (...). É-se mais ou menos capaz mas não se é mais ou menos pessoa”.

E antes afirma:

“(...) desde que uma entidade seja titular de situações jurídicas, é pessoa, seja qual for o número dessas situações. No limite, podemos dizer que quem tem tiver uma única situação é já pessoa. Se a tem é porque tem a suscetibilidade de ser titular. Isto é muito importante para o esclarecimento dos casos duvidosos, pois basta a determinação de um direito para ter de se concluir que há personalidade jurídica”⁽⁴⁴⁾.

VII — O problema coloca-se quando a atribuição de capacidade é feita quanto a realidades que «resistem» à personificação, quer por razões histórico-dogmáticas, quer porque o âmbito concreto da suscetibilidade de direitos e obrigações é tão circunscrito e instrumental que desdiz da dimensão significativo-ideológica da personificação e da sua real utilidade heurística.

Um exemplo paradigmático desta hipótese é o condomínio, ao qual a lei, não reconhecendo personalidade jurídica, atribui capacidade de representação (art. 1436.º, al. *i*) capacidade judiciária (arts. 1433.º, n.º 6 e 1437.º CC e art. 12.º, al. *e*) CPC) e uma estrutura organizativa.

Para estes casos, há duas hipóteses: ou (*i*) não se retiram todas as consequências da atribuição de capacidade em nome de outras dimensões axiológicas e dogmáticas convocadas no processo aplicativo do Direito (como sejam, no caso do condomínio, a sua ligação congénita a formas jurídicas de propriedade)⁽⁴⁵⁾; ou (*ii*) se obe-

⁽⁴⁴⁾ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil*, cit., pp. 145 e 135, respetivamente.

⁽⁴⁵⁾ É, no fundo, o denominador comum das diversas orientações dogmáticas que vêem na propriedade horizontal uma forma de propriedade ou, pelo menos, um direito real. Com desenvolvimento e referências, cf., por exemplo, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil. Reais*, 5.ª ed., 1993 (reimp. 2000), pp. 463 e ss.; MENEZES LEITÃO, *Direitos Reais*, 3.ª ed., 2012, 2009, pp. 312 e ss.; MENEZES CORDEIRO, *Direitos Reais*, 1979, reimp. 1993, pp. 639 e ss.; JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Direitos Reais*, 2008, pp. 738 e ss.; A. SANTOS JUSTO, *Direitos Reais*, 4.ª ed., 2012, pp. 329 e ss. e CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direitos Reais*, 6.ª ed., 2009, pp. 399 e ss.

dece à estrita lógica jurídica e reconhece que, havendo capacidade, há personalidade jurídica.

Nesta última hipótese, a noção de personalidade parcial ou rudimentar ajudará a explicar que a ordem jurídica pode reconhecer uma suscetibilidade de direito e obrigações circunscrita a certo universo de titularidade⁽⁴⁶⁾.

VIII — Temos, portanto, que os termos em que a questão da *Teilrechtsfähigkeit* foi colocada em Portugal determinou a sua circunscrição problemática à personalidade coletiva, e, deste modo, uma igual circunscrição da dimensão valorativa da personalidade ao caso das pessoas físicas.

Vimos já como o conceito de personalidade jurídica surge axiologicamente mesclado com a tradução da juridicidade da realidade pessoal. Com este enquadramento, teria sido impensável uma relativização da personalidade das pessoas físicas: o humano ou é ou não é pessoa, não o pode ser em certa medida. Daí que os termos da discussão em torno da personalidade jurídica do nascituro sejam sempre saber se goza ou não de personalidade (se é ou não pessoa) e nunca a relativização da sua personalidade jurídica. A dimensão ético-jurídica da discussão impede tal argumentação.

Ao contrário, no caso das pessoas coletivas, não existe uma pessoa humana como substrato real do conceito técnico. A personalidade jurídica podia assim ser discutida separadamente da dimensão valorativa identificada.

Por esta razão se compreende que, na doutrina portuguesa, a personalidade jurídica parcial ou limitada seja sempre *personalidade coletiva limitada*, como dizia MANUEL DE ANDRADE, por oposição a uma *personalidade coletiva plena*⁽⁴⁷⁾. Do mesmo modo, fala-se em pessoas coletivas rudimentares e não em pessoas rudimentares.

A relativização da personalidade é sempre um problema de personificação coletiva.

⁽⁴⁶⁾ É a posição de RUI PINTO DUARTE quanto ao condomínio, vendo nele uma pessoa coletiva rudimentar. Cf. *Curso de Direitos Reais*, 2.ª ed., 2007, p. 125.

⁽⁴⁷⁾ MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, I, cit., pp. 52-53.

IX — A relatividade da personalidade coletiva coloca dificuldades sérias à distinção e articulação entre os conceitos personalidade e capacidade.

Se personalidade coletiva é personalidade jurídica, então as pessoas coletivas rudimentares são uma quantificação de um conceito qualitativo (que, enquanto expressão da qualidade de pessoa é inquantificável) e a manutenção da distinção entre capacidade e personalidade torna-se cada vez mais insustentável: na medida em que a personalidade é quantificada, confunde-se com a própria noção de capacidade (também ela suscetibilidade abstrata).

Do mesmo modo, uma *personificação relativa* de realidades supra-individuais, em oposição ao carácter absoluto da personalidade das pessoas físicas, parece comprometer a unicidade conceptual em que nos movemos.

Poder-se-á falar ainda em personalidade jurídica como conceito universal no discurso jurídico?

5. Tautologia da distinção: ensaio de retorno ao *monismo conceptual*

I — A distinção entre personalidade e capacidade jurídica íntegra, no presente, o património comum da cultura jurídica portuguesa. É um pilar do *de jure personarum* no sistema jurídico nacional. Mas nem por isso se furta ao crivo da crítica.

As insuficiências apontadas à distinção foram já ilustradas. Retenhamos os seus traços fundamentais:

- (i) A distinção entre a natureza *qualitativa* do conceito personalidade, por oposição à natureza *quantitativa* da capacidade, não conhece relevância no plano da resolução de casos concretos e apenas se justifica pela dimensão valorativa que lhe subjaz.

Não fora em causa estar a qualidade de pessoa — e o universo significativo que a mesma convoca — a conceptualização de uma suscetibilidade qualitativa de

direitos e obrigações não teria sido possível ou, pelo menos, sustentável.

- (ii) A distinção entre personalidade e capacidade apenas é concebível no puro plano abstrato. A personalidade jurídica, enquanto suscetibilidade abstrata e conceito estritamente qualitativo, apenas «*existe*» por si e desligada da capacidade quando pensada independentemente de um sujeito. No momento em que, no discurso jurídico, a personalidade é predicada quanto a um concreto titular — *i. e.*: quando o conceito é utilizado no processo aplicativo do Direito — ela confunde-se com a noção de capacidade e perde autonomia⁽⁴⁸⁾.
- (iii) Por fim, a relativização da personalidade jurídica na dogmática portuguesa (*maxime* na doutrina das pessoas rudimentares) traz duas grandes dificuldades de sustentabilidade do tradicional quadro conceptual.

⁽⁴⁸⁾ Tal é verdade quanto às pessoas singulares: ser suscetível de direitos e obrigações é sempre — no homem individualmente considerado — ser suscetível de *certos* direitos e obrigações. O *hominum*, em concreto, nunca recebe a personalidade jurídica em estado puro, como mera suscetibilidade abstrata, mas sempre por referência a concretos direitos e obrigações, desde logo os emergentes da sua própria estrutura ontológica.

Por maioria de razão, o mesmo se diga quanto às pessoas coletivas. Na ordem jurídica, apenas se reconhece uma realidade inumana como *persona*, porque ela titula, ou para que ela titule, uma medida concreta de suscetibilidade de direitos e obrigações. A personificação coletiva serve sempre a capacidade jurídica. Mais: a medida da personificação (a admitir a sua relativização, como no caso das pessoas rudimentares ou da *juristische Teil-Person*) decorre de uma medida concreta de capacidade.

Uma vez que, quanto às pessoas coletivas, a dimensão valorativa do conceito de *personalidade* carece de sentido, a atribuição de personalidade jurídica é sempre feita em função da capacidade, e em bom rigor, como sustenta BEUTHIEN, confunde-se com ela: “*Ter personalidade jurídica não significa outra coisa que ser pessoa, titular de direitos e obrigações. A personalidade jurídica da pessoa coletiva confunde-se portanto com a capacidade.*” [cf. VOLKER BEUTHIEN, “Zur Begriffsverwirrung im deutschen Gesellschaftsrecht”, *JZ* (2003) 14, pp. 715-722 (718)].

Veja-se ainda, a este propósito, a distinção de PAIS DE VASCONCELOS entre personalidade jurídica enquanto conceito *geral concreto* e *geral abstrato in Contratos Atípicos*, 2.^a ed., cit., pp. 35-36.

Em primeiro lugar, conduz à quantificação de um conceito qualitativo. Se a distinção entre personalidade e capacidade é feita exclusivamente a partir da afirmação qualitativa da primeira e quantitativa da segunda, tratar a personalidade com certa medida é quantificar um conceito qualitativo e comprometer a própria possibilidade de distinção: se, afinal, o conceito de personalidade é quantitativo (podendo-se ser mais ou menos pessoa), nada o distingue da capacidade.

Em segundo lugar, na medida em que a relativização da personalidade jurídica apenas se coloca quanto às pessoas coletivas (a pessoa singular nunca é *Teil-Person*) fica comprometida a unicidade e universalidade dos conceitos.

Na verdade, o problema da relativização da personalidade jurídica apenas foi colocado entre nós a propósito das pessoas coletivas, pelas razões já apontadas, e apartado da dimensão axiológico-valorativa que o conceito importa no caso da personalidade singular. Daqui decorre uma *personalidade jurídica singular absoluta*, por oposição a uma *personalidade jurídica coletiva relativa*, que dá origem a vários graus de personificação.

Uma tal distinção, inevitável, compromete irremediavelmente a unicidade do conceito.

II — Das insuficiências apontadas cumpre retirar consequências.

Todo o labor juscientífico dirige-se, em primeiro lugar, à obtenção de uma *dimensão explicativa* do Direito vigente, facultando ao intérprete-aplicador um quadro compreensivo que o ajude a apreender a decisão, a recolocar a *quaestio juris* e a construir um padrão de fundamentação na decisão de casos concretos.

À dimensão explicativa deve somar-se uma *dimensão heurística*, a partir da qual se desenvolvem os próprios dados do sistema e se apontam renovadas soluções normativas.

Do mesmo modo, deve ainda reter-se que estando subjacente ao discurso jurídico uma *intenção problemática*, é em função da capacidade de resposta ao universo problemático em causa que o sucesso de uma distinção conceptual deve ser apreciado.

III — Ora, o universo jus-problemático que surge como o *locus naturalis* da distinção entre personalidade e capacidade é o da *atuação jurídica*. Com efeito, o conceito de capacidade jurídica começa por estar, na pandectística, intimamente relacionado com a noção de relação jurídica ou atuação jurídica em sentido lato. Assim surge em SAVIGNY: ser juridicamente capaz era poder estar em relação⁽⁴⁹⁾.

O desenvolvimento posterior do *direito subjetivo* ditaria a aproximação de capacidade ao conceito de direito. Como o conceito de direito é tendencialmente estático, esta evolução conferiu naturalmente alguma estaticidade ao próprio conceito de capacidade, favorecida aliás pela distinção entre *Rechtsfähigkeit* e *Handlungsfähigkeit*.

Mas o núcleo jus-problemático permanece intangível: em causa está, fundamentalmente, uma questão de *actio juris*: que direitos podem ser titulados e acionados na ordem jurídica⁽⁵⁰⁾.

IV — Esta observação permite-nos uma importante *delimitação negativa*: o universo jus-problemático subjacente à distinção entre personalidade e capacidade é absolutamente alheio à preocupação pela tradução valorativa, no plano da juridicidade, da realidade pessoal.

Daqui decorre que a distinção entre personalidade e capacidade jurídica não deve estar condicionada pela dimensão axiológico-valorativa a que já fizemos referência. Esta surge como um *corpo estranho* na distinção, quando atendemos à unidade de sentido jus-problemática em resposta. Um *corpo* cuja presença se compreende pelos circunstancialismos históricos já conhecidos,

⁽⁴⁹⁾ Com desenvolvimento, cf. o nosso *Pessoa coletiva e sociedades comerciais*, cit., pp. 253 e ss.

⁽⁵⁰⁾ Neste sentido, é significativo que UWE JOHN, por exemplo, considere como primeiro elemento do próprio conceito de pessoa (*Rechtsperson*), singular ou coletiva, a *unidade de ação autónoma* (*selbständige Handlungseinheit*). Cf., do autor, *Die organisierte Rechtsperson*, 1977, p. 74 e *passim*. Ser pessoa em sentido técnico-jurídico é, para UWE JOHN, agir, *atuar*. Não será de estranhar, portanto, que o núcleo jus-problemático subjacente à personalidade e capacidade seja a *actio juris*, a atividade jurídica. É que essa é precisamente, como sublinha o autor, a nota essencial ao conceito de *Rechtsperson*.

mas ainda assim *estranho* e cuja presença está na origem de muitas das tensões assinaladas.

V — Procuremos, portanto, delinear uma distinção entre capacidade e personalidade jurídica a que seja alheia a dimensão valorativa reconhecida a este último conceito... Tal distinção, porém, não se afigura possível. Se se excluir a dimensão valorativa, a distinção entre uma suscetibilidade qualitativa de direitos e obrigações, enquanto conceito destinado a indicar a qualidade de ser pessoa, e uma medida concreta de suscetibilidade torna-se tautológica.

O conceito-medida de capacidade comporta, por si, a suscetibilidade abstrata, suscetibilidade essa que, como vimos, sem dimensão valorativa, não existe em estado puro no processo aplicativo do Direito.

Temos portanto que, em atenção ao núcleo problemático em que nos movemos, os conceitos de personalidade e capacidade jurídica obtêm, *in solidum*, a mesma eficácia dogmática: falha a possibilidade de distinção.

VI — Basta-nos, assim, um único conceito para operar o processo aplicativo do Direito: o conceito de *capacidade jurídica*.

A capacidade consiste na suscetibilidade da titularidade de direitos e obrigações. É um conceito *qualitativo* (como sublinhava BEUTHIEN)⁽⁵¹⁾ na medida em que expressa uma aptidão ou faculdade, inerente a certo sujeito.

Mas é igualmente um conceito *quantitativo*, já que qualidade e quantidade não se excluem: a qualidade da capacidade jurídica é atribuída ao sujeito em certa medida de direitos e obrigações (capacidade de gozo)⁽⁵²⁾.

(51) VOLKER BEUTHIEN, “Zur Begriffsverwirrung ...”, cit., p. 718 (35): “O conceito de Rechtsfähigkeit deve ser entendido como qualitativo e não quantitativo”. Esta nota surge na exposição do autor como uma justificação da rejeição da *Teilrechtsfähigkeit*.

(52) Neste sentido, poder-se-á entender a capacidade como um *Ordnungsbegriff* e, como tal, suscetível de gradação. Cf. HEMPEL/OPPENHEIM, *Der Typusbegriff im Licht der Neuen Logik*, 1936, pp. 21 e ss.

VII — O retorno a um *monismo conceptual* não é uma opção isolada na dogmática continental; antes segue acompanhada, em especial na Alemanha, por autores como RITTNER⁽⁵³⁾, KARSTEN SCHMIDT⁽⁵⁴⁾ e WOLFF⁽⁵⁵⁾, por exemplo⁽⁵⁶⁾.

A argumentação em sistema monista evita muitos dos óbices apontados à distinção dos conceitos. Em particular, evita-se a relativização da personalidade jurídica e a graduação do conceito de pessoa, inevitável tendo em conta o direito positivo vigente; e garante-se a unicidade e universalidade de um conceito com o lugar sistemático que este está destinado a ocupar.

6. O destino da personalidade jurídica: perspetivas

I — Que fazer, então, do conceito de personalidade jurídica?

⁽⁵³⁾ FRITZ RITTNER, *Die werdende juristische Person*, cit., p. 251.

⁽⁵⁴⁾ Por exemplo, in KARSTEN SCHMIDT, *Verbandszweck*, cit., p. 10.

⁽⁵⁵⁾ HANS J. WOLFF, *Organschaft und juristische Person*, I, cit., p. 128.

⁽⁵⁶⁾ Porque ilustrativa, retenha-se a lição LEHMANN: “Rechtspersönlichkeit e Rechtsfähigkeit não são mais idênticas nos termos da lei. Isto deve ser lamentado, por várias razões. Por um lado, a identificação do conceito de Rechtsperson com o de Rechtsfähigkeit tem longa tradição. (...) Pese embora um termo linguístico não ser para sempre imutável, devem considerar-se pelo menos as raízes histórico-espirituais das tradições, com as quais se quebra.

Por outro lado, a diferença entre personalidade jurídica e capacidade jurídica é contrária à terminologia estrangeira. Em outros Estados, ambas são, simplesmente, equiparadas. Assim, o conceito alemão de personalidade jurídica é usado pelos nossos vizinhos suíços, tal como antes, no sentido de capacidade jurídica. Em Inglaterra e França designa-se com os conceitos “legal personality” ou “personnalité juridique” a característica de poder ter direitos e obrigações, ou seja, a capacidade jurídica no sentido alemão. Esta utilização linguística internacional tem, de facto, consequências para o nosso discurso jurídico. Escreve-se, por exemplo, na literatura jurídica alemã acerca da personalidade jurídica da União Europeia, quando se está a referir a sua capacidade jurídica. A nova distinção entre personalidade e capacidade jurídica introduzida no Direito das sociedades terá dificuldade em impor-se face à terminologia internacional utilizada. Existe aqui, de facto, uma nova confusão conceptual [por referência a BEUTHEN]. Isto é nomeadamente lamentável no contexto da unificação dos ordenamentos jurídicos europeus”. Cf. MATHIAS LEHMANN, “Der Begriff der Rechtsfähigkeit”, cit., pp. 241-242.

O retorno a um *monismo conceptual* pode determinar um de três resultados:

- (i) A manutenção do conceito de personalidade jurídica, com um uso semântico equivalente a capacidade, tal qual acontecia em vigência do Código SEABRA;
- (ii) O abandono do conceito, porque despiciendo e sem valia dogmática apreciável; ou
- (iii) A recondução do conceito a um novo padrão argumentativo-dogmático o que implicará a sua realocização sistémica.

II — Não é possível o labor juscientífico sem o respeito pela natureza cultural do Direito e pelo trilho histórico próprio de cada instituto. *Personalidade jurídica* é um conceito difundido, que integrou o património comum do discurso jurídico. Qualquer proposta de alteração semântica ou de abandono deve ser especialmente ponderada.

O regresso a um monismo conceptual que importe um uso indiferenciado dos termos personalidade e capacidade é atualmente, na cultura jurídica portuguesa, um retrocesso inaceitável: *legítimo*, do ponto de vista técnico, mas *inaceitável* tendo em conta a evolução histórico-cultural do sistema.

Com efeito, o esforço por fixar uma distinção entre personalidade e capacidade ocupou a fina flor da civilística portuguesa ao longo do séc. XX. Tornou-se uma *distinção de escola*, nela foram formados centenas de juristas e a sua existência doutrinal teve reflexos no esforço codificador de 1966.

Sustentar atualmente que não existe distinção entre os conceitos e que por isso se devem utilizar em sentido equivalente, como sinónimos, é ignorar um século de pensamento jurídico que permitiu a formação de um quadro mental aplicativo do Direito que não pode ser ignorado.

Uma coisa é afastar um conceito, porque esgotada a sua utilidade, condenando-o à museologia dogmática; outra, distinta, dizer que é o mesmo que a capacidade jurídica e, deste modo, negar-lhe identidade.

Esta última hipótese parece-nos de rejeitar.

III — Resta, portanto, ou o abandono do conceito entendendo que, uma vez superada a distinção, a personalidade jurídica é hoje um instituto do séc. XX jurídico e que nesse século deve ser deixado; ou a sua manutenção, com uma nova recondução dogmática.

IV — As preocupações axiológico-valorativas associadas à distinção dos conceitos de personalidade e de capacidade são nevrálgicas para o sistema. A afirmação de uma mesma qualidade jurídica de pessoa, reconhecida pelo ordenamento a todos, mesmo diante das situações de variação ou mitigação da concreta capacidade de direitos e obrigações, é uma ponderação jurídica nuclear que não pode ser desprezada.

Ora, é justamente esta função axiológico-valorativa que é servida pelo conceito de personalidade jurídica. Recorde-se o que ensina CARLOS MOTA PINTO:

*“São pessoas para o direito todos os homens ou só alguns?
E quais?”*

A estas perguntas dá o nosso atual direito a resposta contida no princípio humanista que, com vários fundamentos filosóficos (racionalistas, religiosos, etc.), corresponde ao ideal de justiça (a um princípio de direito natural «hoc sensu») vigente no espaço cultural onde nos situamos e no tempo em que vivemos. Reconhece-se personalidade jurídica a todo o ser humano a partir do nascimento completo e com vida (art. 66.º, n.º 1).

Dá-se, assim, expressão a uma exigência da natureza e da dignidade do homem que, de vários quadrantes, se afirma dever ser reconhecida pelo direito objetivo”⁽⁵⁷⁾.

Tal dimensão jusvalorativa, já o dissemos, é exclusiva da personalidade singular. Mas é também própria da *tutela da personalidade*, onde a tradução para o plano jurídico da concreta dimensão da realidade pessoal se torna o exercício central dessa disciplina⁽⁵⁸⁾.

O conceito de *personalidade jurídica* pode e deve, portanto, manter-se; mas a sua elaboração dogmática desloca-se agora para o

⁽⁵⁷⁾ CARLOS MOTA PINTO, *Teoria Geral*, 4.ª ed., cit., p. 99.

⁽⁵⁸⁾ Cf. o nosso, *Pessoa e Direitos de Personalidade*, cit.

universo normativo do art. 70.º CC e para os padrões juscientíficos da tutela geral da personalidade⁽⁵⁹⁾.

V — A deslocação dogmática da personalidade jurídica para a tutela geral da personalidade permite identificar no conceito um *bem de personalidade* e, conseqüentemente, um direito de personalidade: o *direito à personalidade jurídica*⁽⁶⁰⁾.

⁽⁵⁹⁾ Trata-se, no fundo, de rejeitar um *conceito geral abstrato* de personalidade jurídica, mantendo, todavia, a possibilidade do seu manuseamento enquanto *conceito geral concreto* (PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, 2.ª ed., cit., p. 35).

⁽⁶⁰⁾ O que ora fica dito carece, naturalmente, de um especial desenvolvimento que excede o âmbito do presente estudo. Para um enquadramento mais completo do substrato (jusfilosófico em que nos movemos, remetemos para o nosso *Pessoa e Direitos de Personalidade — Fundamentação ontológica da tutela*, 2008 e “Pessoa e Ontologia: uma questão prévia da ordem jurídica”, in *Estudos de Direito da Bioética* (OLIVEIRA ASCENSÃO), II, 2008, pp. 125-182.

Algumas precisões, ainda que sumárias, não poderão deixar de ser feitas.

Só o Homem é ontologicamente capaz de direitos e obrigações. Tal decorre da sua própria estrutura ôntica. Com efeito, a dimensão ontológica mais primária da pessoa humana corresponde a uma experiência de auto-posseção: para o Homem, “*viver é possuir-se*” (XAVIER ZUBIRI, *Estrutura dinamica de la realidad*, 1995, p. 247). Esta dimensão ôntica de auto-posseção — *ipseidade* —, que permite definir o *ato de ser* como *peçoal*, quando afirmada em razão do outro (alteralidade), torna-se uma realidade jurídica.

À *ipseidade* ontológica corresponde, no plano da juridicidade, ser seu de direito (*sui juris*), no sentido que atribuímos in *Pessoa e Direitos de Personalidade*, cit., p. 86).

Daqui decorre que a primeira e mais basilar tradução jurídica da realidade pessoal é o reconhecimento de que toda a pessoa pode ser titular de direitos e obrigações e é-o, desde logo, em relação à sua própria realidade ontológica. Só esta observação bastava para ver na personalidade jurídica um *bem de personalidade*.

Mas há mais. A pessoa humana não é uma realidade estática: o Homem é um ser em realização. Se para a pessoa humana “*viver é possuir-se*” também é verdade que a vida é experimentada por cada sujeito como tarefa (com desenvolvimento, cf. o nosso *Pessoa e Direitos de Personalidade*, cit., pp. 50 e ss.). De algum modo, «*viver é realizar-se*»: ser homem é fazer-se homem.

A realidade pessoal é sempre percecionada sob esta dupla perspetiva: saber que se é e sentir a tensão existencial de *ser mais*.

O Direito tutela, portanto, aquilo a que chamámos *realidade potencial da personalidade* (por oposição a uma realidade atual — *Pessoa e Direitos de Personalidade*, cit., p. 95). A própria CRP inscreve no catálogo dos direitos fundamentais o *direito ao desenvolvimento da personalidade* (art. 26.º, n.º 1), apontando para uma natureza dinâmica da tutela (por todos, JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, I, 2.ª ed., 2010, art. 26.º, pp. 611 e ss.).

Esta capacidade de ser, inscrita na estrutura ontológica da pessoa, atualiza-se (torna-se ato) mediante *exercício pessoal da liberdade* (axiologicamente orientada, como

A personalidade jurídica, enquanto bem de personalidade, corresponde à juridicidade da realidade pessoal e do seu desenvolvimento, enquanto expressão, no plano jurídico, da realidade ontológica da pessoa humana.

Gozar de um *direito à personalidade jurídica* é ser destinatário de uma permissão normativa específica, retirada do art. 70.º CC, dirigida ao aproveitamento de um bem concreto: a juridicidade da realidade pessoal.

Sublinhe-se, por fim, que o art. 26.º, n.º 1 da CRP refere expressamente um “*direito à capacidade civil*”, a par de outros direitos de personalidade⁽⁶¹⁾. Em causa está, fundamentalmente, o que identificamos como *direito à personalidade jurídica*.

VI — O mote que lançado carece, naturalmente, de maiores desenvolvimentos que poderão conduzir ao cinzelamento dos seus termos.

A argumentação em sistema monista facilita, intui-se, a interpretação dos arts. 66.º a 69.º CC. Recorde-se que a distinção entre capacidade e personalidade foi acentuada na 2.ª *Revisão Ministerial* — como tantas outras “originalidades” que a tal intervenção se

procurámos demonstrar no nosso *Pessoa e Direitos de Personalidade*, cit., *passim*). Ora, não oferece dúvidas reconhecer que, entre as diversas formas de atuação possíveis no processo de desenvolvimento da personalidade, está a possibilidade de assumir vínculos jurídicos. Tais vínculos ou situações jurídicas são mais do que a concretização de previsões normativas; antes correspondem à expressão jurídica da própria realidade pessoal.

O ordenamento não pode, portanto, deixar de reconhecer a juridicidade daqueles atos através dos quais se desenvolve e realiza a personalidade humana. Negar em absoluto a juridicidade do casamento, por exemplo, transformando-o em pura realidade *de facto*, corresponderia a uma violação dos direitos de personalidade dos cônjuges os quais, mais do que a co-habitar maritalmente, têm direito efetivamente a casar-se e a ver reconhecida na juridicidade do casamento (*matrimonium ipsum*) uma manifestação do desenvolvimento da sua personalidade.

Esta dimensão da tutela da personalidade é, no contexto atual, especialmente premente. Com efeito, há, na pós-modernidade, uma tendência acentuada para neo-totalitarismos, ainda que de índole democrática, que a pretexto de uma ideia difusa de igualdade e tolerância, acabam por subtrair a *libertas privata* dos sujeitos. Um direito à juridicidade da realidade pessoal torna-se assim um meio expedito de tutela da própria liberdade individual.

⁽⁶¹⁾ Com referências, JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Anotada*, I, 2.ª ed., cit., art. 26.º, pp. 626-627.

deve⁽⁶²⁾. O recurso aos trabalhos preparatórios e distinção preponderante entre capacidade de gozo (*Rechtsfähigkeit*) e a capacidade de exercício (*Handlungsfähigkeit*), que presidia ao espírito de MANUEL DE ANDRADE⁽⁶³⁾, pode ser revisitada com novos olhos.

Os aspetos valorativos associados ao começo da personalidade, muito historicamente condicionados, são agora deslocados para o âmbito do art. 70.º: a condição legal do nascituro — pese embora a necessidade de sublimação de alguns aspetos técnicos que se mantêm a nível de sistema externo — é fundamentalmente um problema de tradução, no plano da juridicidade, de realidade ontológica da pessoa concebida e não nascida.

Outros desenvolvimentos poderão ser oferecidos: um trilho de investigação que está ainda por percorrer.

⁽⁶²⁾ Sobre a origem dos preceitos, veja-se MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, T. IV, 3.ª ed., cit., pp. 360-361.

⁽⁶³⁾ MANUEL DE ANDRADE, “Esboço de um anteprojecto ...”, cit., pp. 153-166. Cf. ainda *Teoria Geral da Relação Jurídica*, I, cit., pp. 30 e ss.

A FORMULAÇÃO DE JUÍZOS DE VALOR DESONROSOS COM SUPORTE FACTUAL, PERANTE A INCRIMINAÇÃO DA DIFAMAÇÃO

Pelo Mestre Renato Lopes Militão()*

SUMÁRIO:

1. Introdução. 2. A liberdade de expressão. 3. A liberdade de expressão e as leis gerais. 4. O direito constitucional de conflitos. 5. A incriminação da difamação. 5.1. O bem jurídico protegido. 5.2. O tipo objetivo. 5.3. O tipo subjetivo. 6. O tratamento da formulação de juízos de valor desonrosos com suporte factual. 7. Conclusão.

1. Introdução

Quer na doutrina, quer na jurisprudência, é pacífico que nem sempre a formulação de juízos de valor lesivos da honra ou consideração de outrem representa o *tipo objetivo* do crime de difamação. Neste texto, propomo-nos refletir sobre se, perante a *fundamentalização* do direito à liberdade de expressão do pensamento, a

(*) Mestre pelas Faculdades de Ciências Sociais e Humanas e de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Doutorando na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Advogado.

formulação de juízos valorativos com base factual que agridam ou ponham em perigo aquele bem jurídico integra o *tipo objetivo* do referido crime comunicacional.

2. A liberdade de expressão

a) O art. 37.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa (CRP) reconhece a todos quer o direito a exprimir e divulgar livremente o seu pensamento, quer o direito de informação, este com uma tridimensionalidade: direito de informar, de se informar e de ser informado. Porém, aqui, em face do tema que definimos, apenas nos interessa aprofundar a liberdade de expressão e divulgação do respetivo pensamento, comumente designada por *liberdade de expressão*.

b) No quadro da CRP, a liberdade de expressão, enquanto espaço para se exprimir e divulgar livremente o pensamento próprio, é inerente à dignidade da pessoa humana, destinando-se à concretização desta⁽¹⁾. Coartada tal liberdade, ofende-se, pois, imediatamente a dignidade da pessoa humana⁽²⁾. Assim, na ordem jus-constitucional portuguesa, a liberdade em apreço possui desde logo uma *função subjetiva*.

Contudo, a liberdade de expressão apresenta-se também como um elemento essencial para a realização do princípio democrático⁽³⁾

(¹) A dignidade da pessoa humana, na qual, de acordo com o art. 1.º da CRP, se baseia a República Portuguesa, impõe o respeito pelo indivíduo conformador de si mesmo e da sua vida segundo o seu próprio projeto espiritual (cf. CANOTILHO, J. J. GOMES, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Coimbra, Almedina, 2003, p. 225).

(²) Na verdade, como nota MELO ALEXANDRINO, sem a liberdade de expressão do pensamento atinge-se não apenas o pensamento, mas também e imediatamente a dignidade da pessoa humana, a autonomia individual e o desenvolvimento da personalidade, suprimindo-se, afinal, o próprio homem (cf. ALEXANDRINO, JOSÉ ALBERTO DE MELO, *O Âmbito Constitucionalmente Protegido da Liberdade de Expressão*, in *Media, Direito e Democracia*, coordenação de Carlos Blanco de Moraes, Maria Luísa Duarte e Raquel Alexandra Brízida Castro, Coimbra, Almedina, 2014, p. 50).

(³) Como sublinha GOMES CANOTILHO, o princípio democrático é conformado pela CRP como *forma de racionalização do processo político*, como *forma de legitimação do*

e do princípio do pluralismo de expressão⁽⁴⁾. Com efeito, só a manifestação livre, aberta, descomplexada, desinibida e exaustiva do pensamento de cada um relativamente a todos os assuntos suscetíveis de assumirem algum interesse ou repercussão para a comunidade permite a efetivação e o aprofundamento da democracia política, da democracia participativa, da democracia económica, social e cultural. Mais: essa realidade é essencial à germinação de novas abordagens, perspetivas, ideias e valores, mostrando-se decisiva para a transformação da ideologia dominante e, enfim, para a evolução do pensamento social e da sociedade. Deste modo, no âmbito da CRP, a liberdade em referência encerra também uma *função democrática e social* decisiva.

c) Em rigor, o art. 37.º, n.º 1, da CRP consagra dois direitos de comunicação do pensamento:

- o direito de se *exprimir* livremente o respetivo pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, sem impedimentos nem discriminações; e
- o direito de se *divulgar* livremente o respetivo pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, sem impedimentos nem discriminações.

O primeiro traduz-se na faculdade de se revelar o pensamento próprio a uma ou mais pessoas determinadas ou determináveis. Já o segundo consiste na faculdade de se fazer chegar o pensamento próprio a um universo indeterminado de pessoas, isto é, a um *público*. Em ambos os casos, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio e sem impedimentos nem discriminações.

Todavia, a generalidade da doutrina não tem procedido à distinção entre estes dois direitos, aludindo apenas à *liberdade de*

poder e como *forma de vida*, tendendo a assumir-se como *impulso dirigente* de uma sociedade (cf. CANOTILHO, J. J. GOMES, *Direito Constitucional e Teoria...*, cit., p. 288).

⁽⁴⁾ De acordo com o art. 2.º da CRP, o Estado de direito democrático baseia-se no pluralismo de expressão, o qual representa fundamentalmente um corolário do princípio democrático.

expressão. E, efetivamente, atento o seu objeto e a respetiva conexão, tais direitos não só requerem o mesmo tratamento, como não devem ser cindidos.

Deste modo, no domínio da CRP, pode dizer-se que a *liberdade de expressão* consiste na *faculdade de se revelar ou propagar o pensamento próprio pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, sem impedimentos nem discriminações*.

d) A liberdade de expressão é antes de mais um direito *negativo*. Trata-se, pois, fundamentalmente, de um espaço de autonomia e imunidade.

De todo o modo, tanto mais que se está perante um *valor comunitário* central, o Estado não deve apenas abster-se de impedir o seu exercício. Cabe-lhe igualmente, *no desempenho de todas as suas funções* (legislativa, administrativa e jurisdicional), maximizar tanto quanto possível a proteção desta liberdade.

Acresce que, no quadro jus-constitucional português, a liberdade de expressão compreende manifestações *positivas*, ou seja, direitos à expressão, a aceder a meios de expressão. Do que são principais exemplos o direito de resposta e de retificação (art. 37.º, n.º 4, da CRP) e os direitos de antena, de resposta e de réplica política (art. 40.º da CRP).

e) 1. Na sua *dimensão substantiva*, a liberdade de expressão abarca convicções, ideias, opiniões, perspetivas, apreciações de factos, juízos de valor, enfim, o pensamento⁽⁵⁾.

Acresce que a tutela ancorada a esta liberdade não depende de quaisquer requisitos do pensamento exteriorizado. Não pressupõe, designadamente, a inteligibilidade, a racionalidade, o interesse social ou a veracidade deste⁽⁶⁾.

⁽⁵⁾ Doravante, utilizaremos a expressão *juízos de valor* com um significado abrangente.

⁽⁶⁾ Deve notar-se que, para além de as avaliações subjetivas não serem suscetíveis de comprovação, a CRP assume em grande medida a perspetiva iluminista-liberal segundo a qual a *liberdade inata* dos destinatários da comunicação compreende a independência destes em relação ao arbítrio compulsivo de quem divulga o seu pensamento (cf. KANT, IMMANUEL, *A Metafísica dos Costumes*, tradução, apresentação e notas de José Lamego, Lisboa, Gulbenkian, 2005, pp. 56-57).

Do mesmo passo, a proteção conferida pela liberdade em referência não é condicionada pelo assunto objeto do pensamento manifestado. E tampouco está dependente dos fins visados pelo agente. Com efeito, encontra-se assegurada pela liberdade de expressão a manifestação de juízos de valor relativamente a todas as matérias e quaisquer que sejam as finalidades(7).

Ademais, a liberdade em apreço não tutela apenas a manifestação de juízos valorativos inócuos relativamente a direitos fundamentais de outrem ou a interesses objetivos constitucionalmente protegidos. Inclusive comunicações com conteúdos chocantes, ofensivos e mesmo danosos estão cobertas por esta liberdade(8).

De igual modo, a tutela da liberdade de expressão não impõe a utilização do *meio menos gravoso* para o visado. O exagero, a agressividade e a provocação encontram-se sem dúvida defendidos por tal liberdade.

e) 2. Já na respetiva *dimensão instrumental*, a liberdade de expressão admite a utilização de *todas e quaisquer formas ou meios* que facultem a exteriorização do pensamento. Assim, protege a manifestação deste não só pela palavra (oral ou escrita) e pela imagem, como exemplificativamente enuncia o art. 37.º, n.º 1, da CRP, mas também através de quaisquer outros meios que o permitam, designadamente o gesto, o *grafitti* ou a colagem de cartazes(9).

(7) Deste modo, a *propaganda* compreende-se sem dúvida no direito à liberdade de expressão e, aduza-se, no direito de informação. Neste sentido, *vd.*, *v. g.*, o acórdão (ac.) do Tribunal Constitucional (TC) n.º 258/2006, de 18/04/2006, disponível na internet, no sítio desse Tribunal. Já a *publicidade*, a nosso ver, dado ser complemento das liberdades económicas e ter, por definição, fins lucrativos, é em grande medida subtraída pela própria CRP (art. 60.º, n.º 2) à tutela da liberdade de expressão e do direito de informação, sobretudo em vista da defesa dos consumidores. Neste sentido, *vd.*, *v. g.*, o ac. do TC n.º 348/2003, de 08/07/2003, disponível na internet, no sítio do referido Tribunal.

(8) Assim, *v. g.*, CANOTILHO, J. J. GOMES, e MACHADO, JÓNATAS, “*Reality Shows*” e *Liberdade de Programação*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 5-16. Importa ter-se presente que a História tem ensinado à sociedade que a exteriorização de juízos de valor tidos em determinando momento por chocantes, provocatórios, ofensivos ou danosos poderá mais tarde vir a mostrar-se de enorme relevância.

(9) Neste sentido, *vd.*, *v. g.*, na doutrina, ALEXANDRINO, JOSÉ ALBERTO DE MELO, *Estatuto Constitucional da Atividade de Televisão*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998, p. 87, e, na jurisprudência, o ac. do TC n.º 258/2006, de 18/04/2006, *cit.*

e) 3. Porém, a liberdade de expressão alberga igualmente o direito a não se manifestar o pensamento. Ou seja, compreende o *direito ao silêncio*.

e) 4. Em *sentido negativo*, o direito à liberdade de expressão encerra a proibição de quaisquer impedimentos ou discriminações à manifestação do pensamento⁽¹⁰⁾. Assim, veda quer a imposição do silêncio ou de obstáculos à manifestação do pensamento, quer a diferenciação de pessoas em situações iguais. Devendo, no entanto, sublinhar-se que a circunstância de o n.º 1 do art. 37.º da CRP não se referir às demais vertentes do princípio da igualdade⁽¹¹⁾ de modo algum significa que as mesmas não se aplicam relativamente à liberdade de expressão. Com efeito, todas elas vigoram nesta sede.

f) No domínio da CRP, a liberdade de expressão possui tão só dois limites. Apenas se estes forem ultrapassados se estará já fora do seu âmbito de proteção.

Assim, por um lado, o pensamento manifestado tem de ser, de alguma forma, atribuível ao agente. É o que resulta, desde logo, da letra do art. 37.º, n.º 1, da CRP: «expressar e divulgar livremente o seu pensamento»⁽¹²⁾.

Por outro lado, o pensamento manifestado não pode ser *subjetivamente falso*. No entanto, tal apenas ocorrerá quando existir divergência entre o conteúdo da mensagem comunicada e o pensamento do agente⁽¹³⁾.

⁽¹⁰⁾ Segundo alguns autores, o segmento normativo do n.º 1 do art. 37.º da CRP «sem impedimentos nem discriminações» não se reporta à liberdade de expressão, mas apenas ao direito de informação, desde logo por ser desnecessário afirmar que a referida liberdade não pode ser submetida a impedimentos ou discriminações (cf., v. g., ALEXANDRINO, JOSÉ ALBERTO DE MELO, *Estatuto...*, cit., p. 92). Não nos parece, no entanto, que este ou os demais argumentos aduzidos nesse sentido sejam suficientemente robustos.

⁽¹¹⁾ É entendimento generalizado que, na CRP, o princípio da igualdade compreende três vertentes: *proibição de discriminações*; *proibição do arbítrio*; *obrigação de diferenciação*.

⁽¹²⁾ Itálico nosso.

⁽¹³⁾ Como nota MELO ALEXANDRINO, o *objetivamente erróneo* resulta exercício legítimo da liberdade de expressão, só podendo ser combatido ou por manifestações contrárias ou pelo exercício do direito de retificação (cf. ALEXANDRINO, JOSÉ ALBERTO DE MELO, *Estatuto...*, cit., p. 88).

3. A liberdade de expressão e as *leis gerais*

a) Como advoga a doutrina hodierna mais avisada, perante *leis gerais*⁽¹⁴⁾, ou seja, leis dirigidas à tutela de outros bens ou à disciplina de diferentes matérias, que contendam com a liberdade de expressão ou, aduza-se, com outros direitos fundamentais da comunicação, antes de mais devem ter-se em conta os princípios (i) do *efeito recíproco* ou *mútuo condicionamento* e (ii) do *efeito irradiação*.

a) 1. Segundo o princípio do *efeito recíproco* ou *mútuo condicionamento*, entre as *leis gerais* e os direitos fundamentais da comunicação estabelece-se um *efeito recíproco*, no sentido em que, se, por um lado, essas leis restringem *incidentalmente* estes direitos, por outro lado, têm de ser interpretadas de acordo com o significado axiológico dos direitos fundamentais da comunicação num Estado democrático, devendo, por isso, ser limitadas nos seus efeitos limitadores dos mesmos.

a) 2. Já de acordo com o princípio do *efeito irradiação*, do significado primordial dos direitos fundamentais da comunicação num Estado democrático resulta que o alcance objetivo dos mesmos não pode ser deixado à relativização através das *leis gerais* e, por via destas, das decisões dos tribunais que as interpretam e aplicam, devendo tais leis, no que tange aos seus efeitos limitadores dos referidos direitos, ser interpretadas por forma a garantir-se que fique sempre protegido o *conteúdo axiológico* destes, impondo-se numa democracia livre uma *presunção de princípio dos direitos fundamentais da comunicação*⁽¹⁵⁾.

(14) Sobre as chamadas *leis gerais*, *vd.*, *v. g.*, MACHADO, JÓNATAS E. M., *Liberdade de Expressão, Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 714.

(15) Sobre os princípios referidos no texto, *cf.*, por todos, BRITO, IOLANDA A. S. RODRIGUES DE, *Liberdade de Expressão e Honra das Figuras Públicas*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 248-249. Na jurisprudência portuguesa, *vd.*, *v. g.*, o ac. da Relação do Porto de 04/05/2005, proc. n.º 0445068, disponível na internet, no sítio da DGSJ.

4. O direito constitucional de conflitos

a) De todo o modo, como aliás sai precípua do que já dissemos, a CRP consagra direitos e tutela interesses objetivos (da comunidade e do Estado) antagónicos entre si. É, por isso, inevitável a *colisão* dos mesmos.

b) Verifica-se uma *colisão* ou *conflito* de direitos fundamentais quando, *numa situação concreta*, o exercício de um direito fundamental dificulta ou impede (i) o exercício do mesmo ou de outro direito fundamental por parte de diferente titular ou (ii) a realização de um interesse objetivo constitucionalmente tutelado⁽¹⁶⁾.

c) Importa, no entanto, sublinhar que, por vezes, apenas *aparentemente* se está perante uma colisão de direitos fundamentais.

c) 1. Por isso, *indiciando-se* uma colisão de direitos desta natureza, deve antes de mais determinar-se o âmbito de tutela das normas constitucionais que consagram os direitos em questão. Isto é, deve começar por se identificar os bens jurídicos protegidos e a extensão da sua proteção por essas normas, de modo a poder concluir-se se os factos em causa se subsumem efetivamente às mesmas.

c) 2. Todavia, perante o disposto nos n.ºs 2 e 3 do art. 18.º da CRP, na referida tarefa deve assumir-se o *Tatbestand alargado* dos direitos em referência. Ou seja, devem considerar-se cobertas pelo âmbito normativo desses direitos todas as dimensões que, de alguma forma, sejam suscetíveis de se integrarem nos pressupostos das normas que os consagram, não sendo admissível estabelecer-lhes limites *a priori* e em abstrato.

Deve, pois, rejeitar-se, em qualquer das suas formulações, a tese dos chamados *limites imanes* dos direitos fundamentais,

⁽¹⁶⁾ Alguma doutrina fala de *colisão autêntica* no primeiro caso e de *colisão em sentido impróprio* no segundo (cf., v. g., CANOTILHO, J. J. GOMES, *Direito Constitucional e Teoria...*, cit., p. 1270). Contudo, utilizaremos a expressão colisão de direitos fundamentais para designar ambos os casos, uma vez que o seu regime é o mesmo.

entre nós sustentada, nomeadamente, por VIEIRA DE ANDRADE⁽¹⁷⁾ e seguida, expressa ou implicitamente, por alguma jurisprudência do TC⁽¹⁸⁾, designadamente por recurso à norma do n.º 2, do art. 29.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), *ex vi* do art. 16.º, n.º 2, da CRP. Na verdade, a simples evocação da existência de um pretenso *limite imanente* de um direito fundamental, que pode ser sempre alegada atenta a generalidade e indeterminação do conceito, oculta o conflito e nega ou disfarça a existência de uma restrição cuja constitucionalidade se impõe controlar⁽¹⁹⁾. Em suma, por mais atraente que se apresente, desde logo porque *facilitista*, deve afastar-se a tentação de se “descobrir” ou “inventar” *limites imanes* dos direitos fundamentais⁽²⁰⁾.

c) 3. Porém, não basta concluir que os factos em causa são subsumíveis às normas constitucionais consagradoras dos direitos fundamentais em tema. Importa ainda averiguar se existe alguma *restrição* a esses direitos imposta diretamente pela Constituição⁽²¹⁾ ou estabelecida pela lei ordinária nos termos constitucionais⁽²²⁾

⁽¹⁷⁾ Cf. ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2007, pp. 292 e ss.

⁽¹⁸⁾ Cf., v. g., acs. do TC n.º 113/97, de 05/02/1997, n.º 254/99, de 04/05/1999, e n.º 292/2008, de 29/05/2008, todos disponíveis na internet, no sítio desse Tribunal.

⁽¹⁹⁾ Cf. NOVAIS, JORGE REIS, *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 82. De resto, como diz GOMES CANOTILHO, a aceitar-se a tese criticada no texto, os direitos fundamentais ficariam novamente na disposição limitativa do legislador ordinário, como sucedia na vigência do art. 8.º, § 1, da Constituição de 1933 (cf. CANOTILHO, J. J. GOMES, *Direito Constitucional e Teoria...*, cit., p. 1280).

⁽²⁰⁾ No mesmo sentido, relativamente à liberdade de expressão, *vd.* MACHADO, JÓNATAS E. M., *Liberdade de Expressão...*, cit., p. 710, e ALEXANDRINO, JOSÉ ALBERTO DE MELO, *Comentário ao artigo 37.º da Constituição da República Portuguesa*, in *Constituição Portuguesa Anotada*, coordenação de Jorge Miranda e Rui Medeiros, I, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 850.

⁽²¹⁾ Com efeito, nalguns casos, embora reduzidos, a própria Constituição estabelece restrições a direitos fundamentais. São as chamadas «restrições imediatas» (cf. MIRANDA, JORGE, *Manual de Direito Constitucional, IV, Direitos Fundamentais*, 3.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2000, p. 331) ou «limites constitucionalmente expressos» (cf. MACHADO, JÓNATAS E. M., *Liberdade de Expressão...*, cit., p. 709).

⁽²²⁾ Efetivamente, a CRP autoriza o legislador ordinário a restringir direitos fundamentais, pese embora apenas no respeito pelos chamados *limites dos limites*, estabelecidos nos n.ºs 2 e 3 do art. 18.º desse Diploma Básico.

que evite o conflito. Com efeito, apenas na negativa se estará perante uma *colisão efetiva* de direitos fundamentais.

d) As *colisões efetivas* de direitos fundamentais podem apresentar-se desde logo ao legislador ordinário, pese embora, claro está, *hipoteticamente*⁽²³⁾. Podendo (devendo) o mesmo estabelecer soluções para o efeito.

No entanto, por um lado, nem sempre tal sucede. E, por outro lado, as próprias leis ordinárias tendentes a solucionar colisões de direitos fundamentais, ao menos as mais das vezes, utilizam *cláusulas gerais e conceitos indeterminados*. Assim, a resolução dessas colisões raramente não se imporá ao aplicador do direito, nomeadamente ao julgador⁽²⁴⁾.

e) Em face de uma colisão de direitos fundamentais, cumpre antes de mais ter-se presente que, segundo o *princípio da unidade da Constituição* ou *princípio da unidade hierárquico-normativa da Constituição*, resumidamente e para o que aqui mais importa, todas as normas constitucionais possuem igual valor. Assim, deve rejeitar-se a existência de uma ordem de valores na Constituição, desde logo no domínio dos direitos fundamentais. Deste modo, perante uma colisão de direitos fundamentais, há que afastar qualquer ideia de supra ou infravaloração abstrata dos bens em confronto⁽²⁵⁾.

⁽²³⁾ Como nota VIEIRA DE ANDRADE, as *situações concretas* em que se verificam colisões de direitos fundamentais podem ser *hipotéticas* (cf. ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE, *Os Direitos...*, cit., pp. 320-321).

⁽²⁴⁾ Importa notar que os direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis nas situações da vida e vinculam as entidades públicas e privadas (art. 18.º, n.º 1, da CRP).

⁽²⁵⁾ Alguma jurisprudência portuguesa tem sustentado que, em virtude de o n.º 3 do art. 37.º da CRP submeter as infrações cometidas no exercício da liberdade de expressão e do direito de informação aos *princípios gerais de direito criminal ou do ilícito de mera ordenação social* e atribuir competência para a sua apreciação, respetivamente, aos tribunais judiciais ou a uma entidade administrativa independente, nos termos da lei, perante conflitos desses direitos com direitos fundamentais de outros titulares não sujeitos a *reserva de lei restritiva*, os primeiros devem ser considerados de menor valor e, por isso, ceder em favor dos segundos (neste sentido, veja-se, v. g., o ac. do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) de 14/02/2012, proc. n.º 5817/07.2TBOER.L1.S1, disponível na internet, no sítio da DGSJ). Desde logo, o juízo sobre a validade da afirmação de que os direitos fundamentais da comunicação e os direitos de personalidade colidentes, nomeadamente o direito à honra, têm igual valência normativa beneficia na doutrina constitucional de uma tão forte

f) A par, atento o disposto nos n.ºs 2 e 3 do art. 18.º da CRP, deve assumir-se que as normas constitucionais, designadamente as normas consagradoras de direitos fundamentais, ao menos na sua maioria, não são *regras* mas *princípios*. Não se caracterizam, pois, pela lógica do “tudo ou nada”, não tendo que ser sempre cumpridas. São, antes, *mandados de otimização*, que impõem a realização de algo até onde for possível, tendo em conta as concretas possibilidades fácticas e jurídicas⁽²⁶⁾. Podendo, portanto, ser cumpridos em graus diferenciados. Assim, os *princípios*, que, como adiantámos supra, devem ser encarados com um *âmbito alargado*, consagram tão só *direitos prima facie*. Os quais somente se tornarão *direitos definitivos* se e na medida em que as condições fácticas e jurídicas dos casos concretos o permitirem⁽²⁷⁾.

base de concordância que quase se diria tocar a unanimidade, pelo que esta orientação não poderia, sob pena de inconstitucionalidade, ser desrespeitada no domínio do direito ordinário (cf. COSTA, JOSÉ FRANCISCO DE FARIA, *Direito Penal da Comunicação (Alguns Escritos)*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998, p. 57). Acresce que nem sequer teria sentido proceder-se à referida hierarquização com base naquele pretense critério, já que, no quadro jus-constitucional português, também os direitos fundamentais *sem reserva de lei restritiva* podem (e devem) ser objeto de *restrições* para tutela de outros direitos dessa natureza sujeitos a *reserva de lei restritiva* (cf., v. g., CANOTILHO, J. J. GOMES, *Direito Constitucional de Conflitos e Protecção de Direitos Fundamentais*, in Revista de Legislação e de Jurisprudência, ano 125.º, n.ºs 3815, 3821, 3822 e 3823, Coimbra, Coimbra Editora, 1992/1993, p. 294). Deste modo, da norma do n.º 3 do art. 37.º da CRP não se retira uma hierarquização de direitos, que coloque em primeiro lugar os direitos *sem reserva de lei restritiva* e depois os sobreditos direitos comunicacionais (cf. PINTO, RICARDO LEITE, *Liberdade de Imprensa e Vida Privada*, in Revista da Ordem dos Advogados, ano 54, I, abril 1994, Lisboa, Ordem dos Advogados, 1994, pp. 123 e ss.). De resto, na vida real nunca é um direito como um todo que conflita com outro direito ou interesse na sua totalidade; na prática, aquilo que ocorre são colisões de aspetos parcelares dos direitos, cuja prevalência, portanto, não é possível determinar *em abstrato* (cf. NOVAIS, JORGE REIS, *Direitos...*, cit., p. 75).

⁽²⁶⁾ Cf. ALEXY, ROBERT, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, 2.ª ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2014, sobretudo pp. 79 e ss. Como nota ROBERT ALEXY, todos os subprincípios do princípio da proporcionalidade em sentido amplo expressam a ideia de *otimização* (cf. ALEXY, ROBERT, *Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad*, in Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, n.º 11, enero-junio 2009, Mexico, Porrúa, 2009, p. 6). Recorde-se que o princípio da proporcionalidade *lato sensu*, consagrado no art. 18.º, n.º 2, da CRP, compreende os subprincípios (i) da adequação, (ii) da necessidade e (iii) da proporcionalidade em sentido restrito.

⁽²⁷⁾ Para uma crítica a esta orientação, *vd.*, v. g., NOVAIS, JORGE REIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2010, *passim*.

g) Neste quadro, perante uma colisão de direitos fundamentais, cumpre começar por se tentar a *harmonização* dos bens em conflito. A qual deve alcançar-se fundamentalmente pela *concordância prática* desses bens *no caso concreto*. Ou seja, os direitos ou direito e interesse objetivo em confronto devem ser mútua e proporcionalmente restringidos nesse caso, de modo a que se encontre aí uma solução ótima, que garanta a convivência equilibrada e harmónica dos mesmos até onde for possível.

Tal *concordância* tem de procurar-se fundamentalmente por via da *ponderação dos bens em conflito, perante as circunstâncias do caso concreto*. Efetivamente, é sobretudo através de um *adequado balanceamento desses bens, em face das especificidades do caso concreto*, que cumpre determinar a medida da progressão / / recuo dos mesmos, com vista a garantir a sua convivência equilibrada e harmónica até onde for possível⁽²⁸⁾. Devendo, nesse processo, respeitar-se os princípios da proporcionalidade em sentido amplo ⁽²⁹⁾ e da salvaguarda do núcleo essencial dos preceitos constitucionais em causa, bem como outros princípios constitucionais que relevem no caso concreto⁽³⁰⁾.

h) Sucede, no entanto, que nem sempre é possível concretizar-se a *harmonização* dos bens em conflito. Aliás, porventura as mais das vezes não se logra alcançar tal objetivo. Assim, nestes casos, cumpre estabelecer-se uma *relação de prevalência* entre esses bens.

(28) Também para VIEIRA DE ANDRADE, que igualmente não acolhe a orientação segundo a qual as normas constitucionais são princípios, a *concordância prática* é «um método e um processo de legitimação das soluções que impõe a *ponderação* — ou, para utilizar uma terminologia anglosaxónica, um *weighing* ou *balancing ad hoc* — de todos os valores constitucionais aplicáveis, de modo que se não ignore nenhum deles, para que a Constituição (essa, sim) seja otimizada ou preservada na maior medida possível» (ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE, *Os Direitos...*, cit., p. 325).

(29) Como dissemos, o princípio da proporcionalidade em sentido amplo integra os subprincípios (i) da adequação, (ii) da necessidade e (iii) da proporcionalidade *stricto sensu*.

(30) Para ROBERT ALEXY, no entanto, a ponderação parece corresponder ao subprincípio da proporcionalidade, *stricto sensu*. Segundo o referido autor, este subprincípio «[é] idêntico a uma regra que podemos denominar “lei da ponderação”, de acordo com a qual: Quanto maior é o grau de não realização ou de compressão de um princípio, tanto maior tem que ser a importância da satisfação do outro» (cf. ALEXY, ROBERT, *Derechos...*, cit., pp. 8-9).

Ora, como sai precípuo do que já dissemos, esta relação de prevalência apenas pode ser determinada casuisticamente, em função das circunstâncias do caso concreto. Devendo, por isso, assumir-se a seguinte «lei da colisão», proposta por ROBERT ALEXY: «[a]s condições nas quais um princípio tem precedência sobre outro constituem o pressuposto de facto de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio precedente»⁽³¹⁾.

Nesta linha, GOMES CANOTILHO fornece o seguinte esquema demonstrativo da determinação da *relação de prevalência* entre os direitos ou direito e interesse objetivo em conflito:

(D1 P D2) C

Ou seja, um direito ou interesse objetivo (D1) prefere (P) a outro direito ou interesse objetivo (D2) perante as circunstâncias do caso concreto (C)⁽³²⁾.

Assim, a determinação da *relação de prevalência* de bens em colisão importa necessariamente não só o recurso à metódica da *ponderação de bens perante o caso concreto*, como o aprofundamento desta metódica⁽³³⁾. Resumidamente, identificam-se quer os direitos ou direito e interesse objetivo em conflito, quer os demais valores constitucionais que concorram com cada um daqueles, bem como todos os factos relevantes do caso concreto. Em seguida, avalia-se o peso dos bens em presença no específico contexto em apreço, respeitando-se os princípios da proporcionalidade em sentido amplo⁽³⁴⁾ e da salvaguarda do núcleo essencial dos preceitos

(31) Cf. ALEXY, ROBERT, *Teoría...*, cit., p. 75. Ainda de acordo com este autor, a referida «lei da colisão» «reflecte o carácter dos princípios como mandados de optimização entre os quais, primeiro, não existem relações absolutas de precedência e que, segundo, referem-se a acções e situações que não são quantificáveis». (cf. ALEXY, ROBERT, *Teoría...*, cit., p. 76).

(32) Cf. CANOTILHO, J. J. GOMES, *Direito Constitucional e Teoria...*, cit., p. 1274.

(33) A maioria dos autores considera que, pese embora a *ponderação de bens* esteja presente na *harmonização*, trata-se de uma metódica autónoma, dirigida à determinação da relação de prevalência entre os bens em conflito (cf., v. g., CANOTILHO, J. J. GOMES, *Direito Constitucional e Teoria...*, cit., p. 1241).

(34) REIS NOVAIS, porém, sustenta a necessidade de se separar a ponderação, que se realizaria numa primeira fase, da proporcionalidade, *lato sensu*, que apenas se testaria numa segunda fase (cf. NOVAIS, JORGE REIS, *Direitos...*, cit., pp. 126 e ss.).

constitucionais e tendo-se em conta outros princípios constitucionais que relevem para o caso concreto⁽³⁵⁾. Em face do resultado dessa pesagem, decide-se a qual dos bens em conflito deve ser concedida preferência *no caso*^(36/37).

Na verdade, a *ponderação de bens à luz das circunstâncias do caso concreto* não é uma atividade hermenêutica. Trata-se, antes, de uma metódica de pesagem e ordenação de bens *em concreto*, dirigida à obtenção de *soluções justas* para os conflitos de direitos fundamentais.

Mister é que as decisões fundadas em ponderação de bens não sejam arbitrárias. Efetivamente, esta metódica não é uma via aberta para uma justiça “casuística”, “impressionística” ou de “sentimentos”. É, sim, reitere-se, um modelo de *verificação e hierarquização de bens em concreto*⁽³⁸⁾.

Por isso, tais decisões devem ser fundamentadas racionalmente e legitimar-se na Constituição, globalmente considerada⁽³⁹⁾. Como propõe REIS NOVAIS, devem sustentar-se na formulação de uma norma, por um lado, construída a partir da decisão do caso concreto e capaz de fundamentar racionalmente essa decisão de forma coerente e consistente no sistema de normas constitucionais vigentes⁽⁴⁰⁾ e, por outro lado, intrinsecamente suscetível de generalização e aplicação a todas as situações que repliquem as mesmas ou análogas circunstâncias de facto⁽⁴¹⁾.

(35) Cf., v. g., CANOTILHO, J. J. GOMES, *Direito Constitucional e Teoria...*, cit., p. 1240.

(36) Um aprofundamento desta metódica pode ver-se em BRANCO, PAULO GUSTAVO GONET, *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2009, pp. 145 e ss.

(37) Seguindo este caminho, na jurisprudência portuguesa, *vd.* os acs. da Relação de Lisboa de 12/10/2000, proc. n.º 0039719, e da Relação do Porto de 20/06/2012, proc. n.º 7132/09.8TAVNG-A.P1, ambos disponíveis na internet, no sítio da DGSI.

(38) Cf. CANOTILHO, J. J. GOMES, *Direito Constitucional e Teoria...*, cit., p. 1238.

(39) Também ROBERT ALEXY assume que a sua referida «lei da ponderação» não fornece critérios para a resolução dos conflitos de direitos fundamentais, antes impõe que estes sejam resolvidos por via da argumentação jurídico-racional (cf. ALEXY, ROBERT, *Teoria...*, cit., pp. 160 e ss.).

(40) GOMES CANOTILHO fala de «uma norma de decisão situativa, isto é, uma norma de decisão adaptada às circunstâncias do caso» (cf. CANOTILHO, J. J. GOMES, *Direito Constitucional e Teoria...*, cit., p. 1237).

(41) Cf. NOVAIS, JORGE REIS, *Direitos...*, cit., p. 83.

Ademais, essas decisões devem ser precedidas de um amplo e aprofundado debate. Concretamente se tomadas num processo jurisdicional, não só devem ser antecedidas de uma discussão profusa pelos sujeitos processuais, como deve ampliar-se a publicidade do procedimento⁽⁴²⁾.

i) Pelo que deixámos dito, perante um conflito de direitos fundamentais, ainda que existam *leis gerais*, designadamente criminais e/ou civis, que tutelem um dos bens em presença, ou mesmo leis tendentes a resolver esse conflito, o intérprete, nomeadamente o julgador, não está dispensado de tentar a *harmonização* dos bens colidentes e, não logrando alcançá-la, determinar qual deles deve *prevalecer*, através da *ponderação dos mesmos, perante as circunstâncias do caso concreto*⁽⁴³⁾. Devendo afastar-se das soluções abstratas daquelas leis *se as especificidades do caso o justificarem*⁽⁴⁴⁾.

(42) Alertando para a necessidade de as decisões fundadas em ponderação de bens serem amplamente discutidas, *vd.* BRANCO, PAULO GUSTAVO GONET, *Juízo...*, *cit.*, p. 119.

(43) Na construção desta orientação revelou-se particularmente importante a referencial decisão do TC germânico de 15/01/1958, proferida no caso Lüth-Urteil. Resumidamente, estava aí em causa a condenação civil de alguns cidadãos de ascendência judaica, por terem boicotado a passagem de um filme *exclusivamente em virtude do passado nazi do respetivo realizador*. Ora, de acordo com o referido Tribunal, «[t]ambém o juiz cível tem sempre que ponderar o significado do direito fundamental em face do valor do bem jurídico protegido pela lei geral para o seu titular supostamente lesado. A decisão só pode brotar da visão completa do caso concreto, observando-se todos os factores substanciais. Uma ponderação incorrecta pode violar o direito fundamental (...)». Precisamente nesta linha, sublinha GOMES CANOTILHO que «[é] necessária sempre a *ponderação a posteriori*, tendo em consideração o caso concreto, pois só assim a solução de conflitos será também uma solução justa em termos definitivos» (cf. CANOTILHO, J. J. GOMES, *Direito Constitucional de Conflitos...*, *cit.*, p. 294).

(44) É certo que, como nota GOMES CANOTILHO, a metódica constitucional continua a debater-se com aquilo que já se chamou *epigonismo positivista*. Por mais que se faça fê numa *metodologia pós-positivista* que vá para além dos textos, os atores judiciais mostram-se relapsos em ultrapassar os postulados positivistas, a saber: (i) as soluções dos casos concretos encontram-se nos textos das normas jurídicas; (ii) a interpretação / aplicação destas é a aplicação da regra geral e condicional precisa e suficientemente definida nos “códigos”. Todavia, prossegue esse autor, «[q]uem assim proceder não sabe nada de direito constitucional» (cf. CANOTILHO, J. J. GOMES, *Direito Constitucional e Teoria...*, *cit.*, p. 1119).

5. A incriminação da difamação

Abrindo o Capítulo VI (Dos crimes contra a honra) do Título I (Dos crimes contra as pessoas) do Livro II (Parte especial) do Código Penal (CP), o art. 180.º, n.º 1, deste diploma pune com pena de prisão até seis meses ou com pena de multa até 240 dias quem, dirigindo-se a terceiro, imputar a outra pessoa, mesmo sob a forma de suspeita, um facto, ou formular sobre ela um juízo, ofensivo da sua honra ou consideração, ou reproduzir uma tal imputação ou juízo.

Acresce que o art. 182.º do mesmo Código amplia as margens de punibilidade daquele preceito, equiparando à difamação verbal a feita por escrito, gestos, imagens ou qualquer outro meio de expressão⁽⁴⁵⁾.

5.1. O bem jurídico protegido

A norma incriminadora do art. 180.º, n.º 1, do CP tutela o bem jurídico *honra* ^(46/47).

⁽⁴⁵⁾ O art. 182.º do CP contém uma norma de equiparação, uma norma sobre norma, que não pode ser concebida como específica e típica norma incriminadora (cf. COSTA, JOSÉ FRANCISCO DE FARIA, *Comentário ao artigo 182.º do Código Penal*, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, I, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 639).

⁽⁴⁶⁾ Importa sublinhar que a CRP *fundamentaliza* o direito à honra. Com efeito, a nossa Lei Básica consagra, em sede de direitos, liberdades e garantias, quer o direito à integridade moral das pessoas (art. 25.º, n.º 1), quer o direito ao bom nome e reputação (art. 26.º, n.º 1), considerando a generalidade da doutrina jus-constitucional que este último consiste no direito a não se sofrer ofensas na sua honra, dignidade ou consideração social, bem como no direito a defender-se dessas ofensas e a obter a competente reparação (cf., v. g., CANOTILHO, J. J. GOMES, e MOREIRA, VITAL, *CRP, Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, 4.ª ed. revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 466).

⁽⁴⁷⁾ Deve, porém, notar-se que a CRP aponta para que, perante atentados à honra, seja dada preferência quer aos direitos de resposta e de retificação, quer à tutela civil reparatória. Acresce que, no plano internacional, surpreende-se uma forte corrente no sentido da despenalização das ofensas à honra, *maxime* da difamação. A começar pelo Comité dos Direitos do Homem das Nações Unidas, o qual, no seu Comentário Geral n.º 34, de 12/09/2011, refere que «[o]s Estados partes devem considerar a possibilidade de descriminalizar a difamação e, em qualquer caso, as normas penais apenas devem ser aplicadas

Bem ou mal, ao referir-se à «honra ou consideração», o art. 180.º, n.º 1, do CP acolhe uma conceção dual, compromissória, fáctico-normativa, de honra. Nesta perspetiva, a honra apresenta-se como um *bem jurídico complexo*, que compreende quer uma *dimensão subjetiva*, quer uma *vertente objetiva*. Inclui, assim, a *honra interior*, que se consubstancia na autoestima ou valor pessoal do respetivo portador, sendo inerente à dignidade humana deste. E integra ainda a *honra exterior*, isto é, a ideia que os outros fazem do portador de tal bem⁽⁴⁸⁾.

No entanto, mesmo compreendido nestes termos, o certo é que o bem honra apenas se exprime, realiza e atualiza em sociedade, na relação com os outros⁽⁴⁹⁾. É, por isso, assumido pela doutrina mais avisada que se trata de um *bem jurídico socialmente vinculado*⁽⁵⁰⁾.

Acresce que, ao menos tendencialmente, a proteção da honra tem de ser realizada à custa do direito à liberdade de expressão, bem como, aduza-se, do direito de informação. Logo, portanto, à custa dos relevantíssimos interesses constitucionais subjetivos e objetivos

nos casos mais graves, nunca sendo adequada a pena de prisão». Como notou a Relação de Évora, no seu aresto de 28/05/2013, proc. n.º 552/09.0GCSTB.E1, disponível na internet, no sítio da DGSI, a «tendência para a extinção do tipo penal “difamação”» visa «evitar os efeitos nefastos da existência de um vasto tipo penal de “difamação” que provoque o conhecido efeito de arrefecimento de condutas (“chilling effect”), surgindo as ameaças de prossecução por difamação como uma “particularmente insidiosa forma de intimidação” [Resolução CE 1577 (2007)], que tem sido utilizada na sociedade portuguesa de forma abundante, seja por pessoas, seja por empresas e organismos públicos ou privados, como forma de calar a oposição, impedir o exercício de direitos e impor formas mais ou menos subtis de censura ou de dominância». Não é, pois, aceitável que no nosso país a grande maioria dos processos por atentados à honra seja constituída por processos criminais (cf. ARAÚJO, CLÁUDIA, *Os Crimes dos Jornalistas, Uma Análise dos Processos Judiciais Contra a Imprensa Portuguesa*, Coimbra, Almedina, 2010, p. 158).

⁽⁴⁸⁾ Sobre a matéria, por todos, vd. BRITO, IOLANDA A. S. RODRIGUES DE, *Liberdade...*, cit., pp. 35-43.

⁽⁴⁹⁾ Sobre a «estrutura bipolar» da personalidade humana, a qual coenvolve quer uma particular unidade somático-psíquica, quer uma singular unidade funcional «eu»-mundo, vd. SOUSA, RABINDRANATH V. A. CAPELO DE, *O Direito Geral de Personalidade*, 1.ª ed. (reimpressão), Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pp. 198 e ss.

⁽⁵⁰⁾ Cf., v. g., ANDRADE, MANUEL DA COSTA, *Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal, Uma Perspetiva Jurídico-Criminal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1996, *passim*.

que andam associados a estes direitos fundamentais da comunicação⁽⁵¹⁾. O que reforça a *vinculação social* daquele bem⁽⁵²⁾.

Deste modo, impõe-se que a tutela penal da honra seja acen-tuadamente *fragmentária*⁽⁵³⁾. E tanto em sede legislativa como no domínio da aplicação do direito⁽⁵⁴⁾.

5.2. O tipo objetivo

a) Como resulta do que dissemos anteriormente, o *tipo objetivo* do crime de difamação compreende:

- a imputação a outrem, mesmo sob a forma de suspeita, de um facto;
- a formulação sobre outra pessoa de um juízo de valor;
- a reprodução de uma tal imputação ou juízo.

(51) Como bem surpreendeu a Relação do Porto, no seu ac. de 31/10/2007, proc. n.º 0644685, disponível na internet, no sítio da DGSI, nas colisões da liberdade de expressão com o direito à honra, por princípio, «em contraponto ao direito do ofendido não está apenas o direito de expressão de um cidadão individual, está isso e algo mais: (...) a discussão, aberta e desinibida, na esfera pública dos assuntos de interesse geral». Sendo certo que a existência de uma esfera pública de conhecimento e discussão de todas as questões que assumam alguma expressão ou dimensão social, *só por si*, é decisiva para a concretização de princípios constitucionais estruturantes, desde logo o princípio democrático.

(52) A este propósito, importa notar que se mostra no mínimo muito débil a frequente convocação do princípio da dignidade da pessoa humana como referencial da honra para se justificar a valorização deste bem face à liberdade de expressão, já que, como vimos, também esta liberdade decorre da dignidade da pessoa humana e se destina à sua concretização (cf. MACHADO, JÓNATAS E. M., *Liberdade...*, cit., p. 361). Acresce que a dignidade da pessoa humana do Estado social e democrático de direito não é já a do indivíduo isolado e egoísta concebido pelo pensamento iluminista-liberal, mas antes a de um ser social e socialmente vinculado (cf., v. g., NOVAIS, JORGE REIS, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 34).

(53) Referimo-nos, claro está, à chamada *fragmentariedade de segundo grau*, ou seja, a explicitação do *modus aedificandi criminis*.

(54) Chamando a atenção para a necessidade de a incriminação da difamação não servir *na prática* para atentar contra a liberdade de expressão, *vd.* o Comentário Geral n.º 34, de 12/09/2011, do Comité dos Direitos do Homem das Nações Unidas, ponto 13.

Desde que, claro está, o facto ou juízo sejam *desonrosos* para os visados. Pese embora tão só *potencialmente* desonrosos⁽⁵⁵⁾.

Ademais, o *tipo objetivo* do crime em apreço exige que o agente se dirija a terceiro⁽⁵⁶⁾.

b) Em face do tema que definimos, importa salientar antes de mais que o *tipo objetivo* do crime de difamação procede à clássica distinção entre *juízos de valor e factos*.

b) 1. Abstrata e resumidamente, pode dizer-se que os *juízos de valor* representam *convicções subjetivas*, ao passo que os *factos* constituem *realidades objetivas*⁽⁵⁷⁾. Ou seja, os primeiros consubstanciam *apreciações pessoais*, sendo portanto *indemonstráveis*, enquanto os segundos são elementos da realidade, mostrando-se por isso *incontestáveis*⁽⁵⁸⁾.

⁽⁵⁵⁾ A nosso ver, o crime de difamação integra-se na constelação dos chamados crimes de *perigo abstrato-concreto*, pois, como foi referido no ac. da Relação do Porto de 16/05/2007, proc. n.º 0710027, disponível na internet, no sítio da DGSI, trata-se de «um crime em que basta a possibilidade de ofensa à honra e consideração, sem necessidade de realização concreta do perigo, mas em que tal perigo terá de ser, concretamente, possível». Sobre os crimes de perigo *abstrato-concreto* ou, na linguagem da doutrina penal austríaca, crimes de perigo *potencial* ou ainda, na terminologia da doutrina penal espanhola, crimes de perigo *hipotético*, *vd.*, *v. g.*, COSTA, JOSÉ FRANCISCO DE FARIA, *O Perigo em Direito Penal (Contributo para a sua Fundamentação e Compreensão Dogmáticas)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, pp. 568-569, nota 1. Em todo o caso, não falta quem considere que o crime de difamação é um crime de dano. Assim, veja-se, na doutrina, ALBUQUERQUE, PAULO PINTO DE, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2.ª ed., atualizada, Lisboa, Universidade Católica, 2010, p. 569, e, na jurisprudência, o ac. da Relação de Lisboa de 28/04/2004, proc. n.º 10007/2004-3, disponível na internet, no sítio da DGSI.

⁽⁵⁶⁾ No ordenamento jurídico-penal português, é essencialmente esta exigência que distingue o crime de difamação do crime de injúria. Com efeito, o *tipo objetivo* do crime de injúria requer que o agente se dirija diretamente à vítima. Para uma distinção entre os crimes de difamação e de injúria, veja-se, por todos, BRITO, IOLANDA A. S. RODRIGUES DE, *Liberdade...*, *cit.*, pp. 238-241.

⁽⁵⁷⁾ Sobre a distinção entre factos e juízos de valor, *vd.*, *v. g.*, COSTA, JOSÉ FRANCISCO DE FARIA, *Comentário ao artigo 180.º...*, *cit.*, pp. 609-610. Na jurisprudência, veja-se, por todos, o ac. do TC n.º 201/2004, de 24/03/2004, disponível na internet, no sítio deste Tribunal.

⁽⁵⁸⁾ O que vai referido no texto não vale por dizer que as convicções subjetivas não possam encontrar-se subjacentes realidades demonstráveis. Todavia, isso não lhes retira o carácter de juízos de valor.

b) 2. Todavia, apenas a manifestação de *juízos de valor próprios* se encontra coberta pela liberdade de expressão. A comunicação de *factos*, nestes se incluindo os juízos valorativos formulados por outrem, é tutelada pelo direito de informar, requerendo por isso diferente tratamento. Assim, aqui somente interessa sublinhar e considerar que o *tipo objetivo* do art. 180.º, n.º 1, do CP é representado se o agente, dirigindo-se a terceiro, formular uma *apreciação* desonrosa sobre outra pessoa.

b) 3. Importa, no entanto, notar que a comunicação de factos pressupõe sempre juízos de valor, ainda que implícitos, nomeadamente na seleção do que se afirma⁽⁵⁹⁾. Ademais, como sublinha a generalidade da doutrina, não é possível estabelecer-se uma delimitação clara e segura entre juízos de valor e factos⁽⁶⁰⁾.

Deste modo, a doutrina hodierna vem sustentando que, sendo duvidoso se um conteúdo expressivo se traduz num juízo valorativo ou num facto, cumpre considerar-se que se trata de um *juízo de valor*⁽⁶¹⁾.

Acresce que, quando na mesma conduta comunicacional, ainda que se trate de uma conduta prolongada (v. g., um discurso, uma entrevista ou um debate), o agente formule juízos de valor e afirme factos, por princípio, deve entender-se que se está *apenas perante a formulação de juízos valorativos*⁽⁶²⁾. Somente devendo afastar-se este princípio quando, (i) à luz de um critério objetivo, deva considerar-se que a conduta em causa tem carácter fundamentalmente informativo ou (ii) os factos afirmados não tenham conexão com as apreciações críticas formuladas e hajam sido imputados ao visado com o único e refletido propósito de o rebaixar, humilhar ou caluniar, exage-

(59) Cf., v. g., CARVALHO, ALBERTO ARONS DE/CARDOSO, ANTÓNIO MONTEIRO/FIGUEIREDO, JOÃO PEDRO, *Direito da Comunicação Social*, Alfragide, Texto, 2012, p. 136, nota 7, acompanhando Nuno Sousa.

(60) Evidenciando as dificuldades na distinção entre factos, ou melhor, declarações de factos e juízos de valor, bem como alinhando diversos critérios para se proceder a tal distinção, veja-se, por todos, MATOS, FILIPE MIGUEL CRUZ DE ALBUQUERQUE, *Responsabilidade Civil por Ofensa ao Crédito e ao Bom Nome*, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 267 e ss.

(61) Cf., v. g., MACHADO, JÓNATAS E. M., *Liberdade...*, cit., p. 768.

(62) Cf., v. g., MATOS, FILIPE MIGUEL CRUZ DE ALBUQUERQUE, *Responsabilidade Civil...*, cit., p. 285.

rada, inútil e desnecessariamente. Aliás, outra abordagem poderia gerar um efeito inibitório (*chilling effect*) do exercício da liberdade de expressão, inadmissível num Estado social e democrático de direito.

c) Numa leitura superficial, a letra do art. 180.º, n.º 1, do CP aparenta abranger a formulação de quaisquer juízos de valor que ofendam ou ponham em perigo a honra dos visados.

Porém, tanto a doutrina como a jurisprudência jus-penalistas têm considerado que o *tipo objetivo* do crime de difamação não abarca todos os juízos de valor atentatórios da honra. Ou seja, têm assumido que esse tipo não protege integralmente este bem, tratando-se, portanto, de um *tipo incongruente*.

As mais das vezes, afirma-se que a *tipicidade* da formulação de juízos valorativos desonrosos para os visados «está fortemente dependente do lugar, do modo, do meio, da pessoa que pratica o acto ou daquela a quem é dirigido, do grau de educação e instrução, dos hábitos de linguagem, do relacionamento antecedente entre as pessoas, da disposição, das finalidades prosseguidas, enfim do contexto em que ocorre a prática dos factos»^(63/64). Se bem alcançamos, assume-se que a chamada *adequação social do facto* não só constitui uma “*causa de justificação da tipicidade*”⁽⁶⁵⁾ do crime de difamação, como deve ser particularmente aprofundada neste domínio.

⁽⁶³⁾ Cf. o ac. da Relação de Coimbra de 28/10/2008, proc. n.º 1376/06.1TACVL.C1, disponível na internet, no sítio da DGSI.

⁽⁶⁴⁾ Seja como for, a nosso ver, é de rejeitar que a *contextualização* sirva para se considerar *típica* uma conduta comunicacional que, *por si só*, não preenche o *tipo objetivo do crime* de difamação. Como bem surpreendeu o Conselheiro SANTOS CABRAL, no voto de vencido que formulou no ac. do STJ de 26/01/2011, proc. n.º 417/09.5YRPTR.S2, disponível na internet, no sítio da DGSI, se é certo que o art. 180.º do CP exige «*um horizonte de contextualização para que se afirme a sua integração (...), já não é admissível que seja o elemento externo a corporizar a outorga da ilicitude à conduta concreta, ou seja, que a tipicidade criminal do acto seja concedida por algo que lhe é exógeno e sem correspondência no acto ilícito. A conduta típica vale pelo que vale e não em função de outros elementos que não os que nela estão recensados*». Em sentido contrário, segundo nos parece, veja-se COSTA, JOSÉ FRANCISCO DE FÁRIA, *Comentário ao artigo 180.º...*, cit., p. 612.

⁽⁶⁵⁾ Sobre a *adequação social do facto* como “*justificativa do tipo*”, vd., v. g., SILVA, GERMANO MARQUES DA, *Direito Penal Português*, II, 2.ª ed., Lisboa/São Paulo, Verbo, 2005, pp. 83-85.

Todavia, nesta sede, igualmente se tem recorrido a outras “*justificativas da tipicidade*”. E, mais do que isso, as margens destas têm sido grandemente ampliadas. Com efeito, é frequente quer a invocação, quer a maximização da *redução teleológica do tipo*, do *risco permitido ao agente*, da *prosecução de interesses legítimos pelo agente* e até do *princípio vitimológico*, para se subtrair a formulação de juízos de valor lesivos da honra dos visados ao *tipo objetivo* do crime de difamação⁽⁶⁶⁾.

A nosso ver, desde logo por imperativo constitucional, devem recusar-se compreensões unidimensionais e reducionistas do *tipo*, que o imunizam à conflitualidade. Devendo, ao invés, assumir-se a sua estrutura intrinsecamente complexa e pluridimensional, enquanto expressão positivada de uma decisão do legislador ordinário, atenta tanto ao peso do bem jurídico protegido como dos interesses subjetivos e objetivos colidentes. E se assim é em geral, por maioria de razão terá de sê-lo no que concerne aos crimes comunicacionais, nomeadamente ao crime de difamação⁽⁶⁷⁾.

Como bem surpreendeu a Relação de Coimbra, no seu esclarecido aresto de 28/10/2008, «dentro do próprio tipo [da difamação], conflituam bens jurídicos fundamentais com assento na Lei Fundamental: de um lado o direito de todos os cidadãos à sua integridade moral, ao bom-nome e à reputação — art. 26.º da CRP. E de outro o direito de cada um exprimir e divulgar livremente o seu pensamento através da palavra, da imagem ou qualquer outro meio — cf. art. 37.º n.º 1 da CRP. Direitos que têm que ser compatibilizados entre si, num equilíbrio nem sempre fácil de encontrar, tanto mais numa sociedade democrática, aberta e plural que reconhece e aceita a diferença»⁽⁶⁸⁾.

Deste modo, perante a incriminação da difamação, impõe-se que logo em sede de averiguação da *tipicidade* da formulação de juízos de valor que lesem ou ponham em perigo a honra dos visados se tente resolver a colisão dos direitos fundamentais em pre-

(66) Cf., v. g., ANDRADE, MANUEL DA COSTA, *Liberdade...*, *cit.*, *passim*.

(67) Assim, v. g., ANDRADE, MANUEL DA COSTA, *Liberdade...*, *cit.*, pp. 219-220.

(68) Cf. o ac. da Relação de Coimbra de 28/10/2008, proc. n.º 1376/06.1TACVL.C1, disponível na internet, no sítio da DGSJ.

sença, ou seja, o direito à liberdade de expressão e o direito à honra⁽⁶⁹⁾. O que tem de fazer-se à luz do sobredito regime do direito constitucional de conflitos português^(70/71). Sem prejuízo de

⁽⁶⁹⁾ Por razões de diversas naturezas, designadamente históricas, ideológicas e, porventura, corporativas, as quais não cabe aqui aprofundar, quer o legislador ordinário, quer a jurisprudência, quer também a doutrina, têm tendido a relegar o tratamento das colisões de direitos fundamentais para o campo da *ilicitude*, isto é, para o domínio do apuramento da antijuridicidade das condutas típicas face à ordem jurídica no seu todo. CLAUS ROXIN afirma mesmo que, ao contrário dos tipos, os quais «servem (...) a realização do princípio *nullum crimen*», a ilicitude «é o sector das soluções dos conflitos sociais, o campo onde se confrontam os interesses individuais antagónicos ou as exigências sociais com as necessidades do indivíduo» (cf. ROXIN, CLAUS, *Política criminal y sistema del derecho penal*, 2.^a ed., 1.^a reimpressão, Buenos Aires, Hammurabi, 2002, pp. 58-59). Todavia, como sai precípuo do que deixámos dito no texto, não nos parece que esta orientação seja compatível com o direito constitucional português.

⁽⁷⁰⁾ Aliás, esta orientação confere maior sentido à já citada norma do n.º 3 do art. 37.º da CRP, segundo a qual *as infrações cometidas no exercício da liberdade de expressão e do direito de informação ficam submetidas aos princípios gerais de direito criminal ou do ilícito de mera ordenação social*. Na verdade, esta norma é das menos claras e mais criticáveis da nossa Lei Fundamental, sendo inclusive suscetível de justificar que se coloque a questão da sua própria inconstitucionalidade. Efetivamente, admitir-se a prática de infrações no exercício de direitos aparenta representar uma subversão radical de princípios constitucionais estruturantes, desde logo o princípio do Estado de direito. Por isso, a nosso ver, a mencionada norma constitucional deve interpretar-se antes de mais no sentido de pressupor que a determinação dos delitos de comunicação depende da aplicação do regime do direito constitucional de conflitos referido no texto. Com efeito, na nossa leitura, essa norma apenas prevê a possibilidade de serem cometidas infrações no exercício daqueles direitos básicos da comunicação e submete tais infrações aos princípios gerais de direito criminal ou do ilícito de mera ordenação social por pressupor que, perante colisões entre o exercício dos referidos direitos e o exercício de direitos fundamentais de outros titulares ou a necessidade de defesa de interesses objetivos constitucionalmente tutelados, os primeiros poderão ter que ceder nos sobreditos termos do direito constitucional de conflitos.

⁽⁷¹⁾ Deve, pois, recusar-se a tendência para a formulação de catálogos de juízos de valor criminosos. Efetivamente, perante o que se disse em texto, o mesmo conteúdo expressivo pode perder a proteção da liberdade de expressão em determinados casos e já não noutros. PINTO ALBUQUERQUE, no entanto, elenca múltiplas expressões, aliás colhidas na jurisprudência, pretensamente difamatórias (cf. ALBUQUERQUE, PAULO PINTO DE, *Comentário...*, cit., p. 571). Também assim, veja-se o ac. da Relação de Lisboa de 20/01/2009, proc. n.º 1712/2008-5, disponível na internet, no sítio da DGSJ. Contudo, a nosso ver, para além do que dissemos antes, alguns dos exemplos enumerados por aquele autor e por este aresto não devem sequer ser havidos como atos *típicos* seja qual for o seu enquadramento, uma vez que, servindo-nos da terminologia de BINDING (*apud* JAKOBS, GÜNTHER, *La Misión de la Protección Jurídico-Penal del Honor*, in *Estudios de Derecho Penal*, Civitas, Madrid, 1997, p. 436), integram a constelação das «pseudo-injúrias».

dever prosseguir-se e, aliás, intensificar-se essa tarefa aquando da determinação da *ilicitude* dos comportamentos *típicos*(⁷²).

5.3. O tipo subjetivo

Apesar de, atento o tema que definimos, não se justificar que aprofundemos aqui o *tipo subjetivo* do crime de difamação, sempre diremos que, pese embora se esteja perante um crime doloso, o mesmo não impõe um *dolo específico* — o chamado *animus difamandi* —, bastando-se com o *dolo genérico*, em qualquer das modalidades deste (art. 14.º do CP). De todo o modo, mantém-se a exigência da presença quer do *elemento intelectual*, quer do *elemento volitivo* do dolo (art. 13.º do CP). É, pois, necessário que se verifique a representação do facto ilícito e a vontade de o realizar. Neste quadro, se à luz de padrões de normalidade a conduta do agente for suscetível de lesar a honra do visado, deve considerar-se preenchido o *tipo subjetivo* do crime de difamação(⁷³).

(⁷²) Na verdade, os crimes contra a honra, bem como, aduzar-se, os crimes contra os demais bens da personalidade moral, integram «uma área problemática em que as dificuldades de demarcação clara e segura entre a tipicidade e a ilicitude ganham uma dimensão pouco comum» (cf. ANDRADE, MANUEL DA COSTA, *Liberdade...*, cit., p. 219). Com efeito, em virtude do que já dissemos, estando em causa o tratamento de condutas comunicacionais, da Constituição provém inequivocamente um mandamento, dirigido tanto ao legislador ordinário como ao julgador, que determina que a metódica da ponderação de bens perante as circunstâncias do caso concreto se aprofunde desde logo *em sede de determinação da tipicidade dos atos*, devendo, todavia, no caso de esta não ser afastada, prosseguir aquando do apuramento da desconformidade dos atos (*típicos*) com a ordem jurídica na sua globalidade, ou, se se quiser, da deteção de justificativas de tais atos. Relevando em grande medida os mesmos fatores em ambas as instâncias.

(⁷³) Sobre a matéria, cf., por todos, DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, *Direito de Informação e Tutela da Honra no Direito Penal da Imprensa Português*, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 115.º, n.ºs 3697 a 3699, Coimbra, Coimbra Editora, 1982, pp. 133 e ss., e, na jurisprudência, o ac. da Relação de Coimbra de 17/12/2008, proc. n.º 377/07.7TACNT.C1, disponível na internet, no sítio da DGSJ.

6. O tratamento da formulação de juízos de valor desonrosos com suporte factual

a) Como vimos, o *tipo objetivo* do crime de difamação abrange, resumidamente, quer (i) a imputação a terceiro de um facto lesivo da sua honra, quer (ii) a formulação sobre outrem de um juízo de valor igualmente ofensivo da honra do visado, quer ainda (iii) a reprodução de uma tal imputação ou juízo.

b) Pese embora, atento o tema do presente texto, não caiba aqui o aprofundamento da matéria, importa notar que o espaço para a agressão à honra deve ser mais amplo no caso da formulação de juízos de valor do que no da imputação de factos.

Desde logo, a tutela ancorada à liberdade de expressão é mais vasta do que a inerente ao direito de informação, designadamente na vertente de direito de informar. Com efeito, enquanto aquela liberdade, como vimos, tem por objeto o pensamento próprio, o objeto do referido direito é a informação, ou seja, *realidades objetivas e, portanto, demonstráveis*. Donde que, ao invés da liberdade de expressão, o direito de informação tem como *limites intrínsecos*, nomeadamente, a inteligibilidade, a utilidade e a verdade do que se transmite⁽⁷⁴⁾.

Acresce que a formulação de um juízo de valor envolve um potencial ofensivo para a honra manifestamente inferior ao que decorre da imputação de um facto. Efetivamente, ao contrário de um facto, um juízo valorativo caracteriza-se pela *subjetividade*, impondo a sua *relativização*.

c) Porém, igualmente nos parece irrefutável que a formulação de juízos de valor desonrosos com *suporte factual* não pode ter o mesmo tratamento que a formulação de juízos valorativos atentatórios da honra que não possuam qualquer fundamento fáctico. Com efeito, enquanto os primeiros são juízos *sérios*, os segundos são *levianos*.

Deste modo, a formulação de juízos de valor desonrosos que possuam um mínimo de apoio factual em caso algum deverá perder

(74) Cf., v. g., ALEXANDRINO, JOSÉ ALBERTO DE MELO, *Estatuto...*, cit., pp. 118 e ss.

a proteção da liberdade de expressão. O que vale por dizer que apenas a formulação de juízos de valor lesivos da honra destituídos de qualquer base fáctica imporá a determinação da *relação de prevalência* entre os direitos colidentes, por via da metódica da ponderação de bens.

Também o STJ, em alguns arestos, tem sustentado que apenas os juízos de valor totalmente desprovidos de base factual poderão ser considerados «excessivos», devendo por isso ser submetidos a um «critério de proporcionalidade»⁽⁷⁵⁾.

Aliás, esta posição do STJ foi claramente influenciada pela jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH). Com efeito, não obstante à luz da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH)⁽⁷⁶⁾, o TEDH tem acolhido inequivocamente a orientação segundo a qual, ainda que se esteja perante a manifestação de juízos de valor ofensivos da honra dos visados, o direito à liberdade de expressão deve prevalecer no caso de tais juízos possuírem alguma sustentação factual. Segundo afirmou este Tribunal no seu aresto de 15/02/2005, proferido no caso *Steel e Morris c. Reino Unido*, «[a]o longo da sua jurisprudência, (...) vem distinguindo entre afirmações de facto e juízos de opinião; se a verificação dos factos é susceptível de ser provada, já a verdade dos juízos de opinião é insusceptível de ser demonstrada; quando uma determinada afirmação corresponde à manifestação de uma opinião, a proporcionalidade da ingerência

⁽⁷⁵⁾ Cf. os acs. do STJ de 13/01/2005, proc. n.º 04B3924, disponível na internet, no sítio da DGSI, e de 14/02/2012, *cit.* De acordo com o segundo destes arestos, «a prova da exactidão dos juízos de valor é impossível de realizar e seria atentatória da liberdade de expressão, importando, tão-só, que os mesmos não se encontrem, totalmente, desprovidos de base factual, sob pena de poderem ser considerados excessivos, devendo, então, ser sujeitos a apreciação, de acordo com um critério de proporcionalidade».

⁽⁷⁶⁾ Dizemos «não obstante» porquanto, sendo a CEDH um instrumento de direito internacional, pese embora consagre a liberdade de expressão, *lato sensu*, dispensa a este direito um nível de densificação e um grau de tutela manifestamente inferiores aos que lhe são concedidos pela CRP. No entanto, paradoxalmente, a verdade é que a jurisprudência do TEDH tem-se revelado bem mais amiga da liberdade de expressão do que a jurisprudência portuguesa, incluindo, como nota MELO ALEXANDRINO, a do TC (cf. ALEXANDRINO, JOSÉ ALBERTO DE MELO, *Comentário...*, *cit.*, p. 857).

dependerá da existência ou não de factos suficientes que a sustentem, já que mesmo a emissão de uma opinião, quando não tenha qualquer base factual que a fundamente, pode ser excessiva»⁽⁷⁷⁾.

⁽⁷⁷⁾ Resumindo a jurisprudência do TEDH sobre esta questão, *vd.* o ac. desse Tribunal de 23/07/2013, proferido no caso Sampaio e Paiva *c.* Portugal.

A título exemplificativo, recorde-se o ac. do citado Tribunal de 29/11/2007, proferido no caso Urbino Rodrigues *c.* Portugal, no qual estava em causa a condenação interna do requerente pela prática de um crime de difamação, por haver escrito, num artigo de opinião publicado num periódico, que determinados métodos eram «típicos de mafiosos» e que a pessoa visada nesse artigo — um jornalista — omitira deliberadamente factos. Ora, segundo o TEDH, tais juízos possuíam alguma base factual, pelo que se encontravam protegidos pela liberdade de expressão. O que levou esse Tribunal a condenar o Estado português por violação do art. 10.º da CEDH.

Não menos relevante se mostrou o ac. do mesmo Tribunal de 19/01/2010, proferido no caso Laranjeira Marques da Silva *c.* Portugal. Neste caso, as instâncias portuguesas haviam condenado um jornalista pela prática de dois crimes de difamação agravada, por terem considerado, resumidamente, que, não obstante o arguido haver tido fundamento sério para, em boa fé, crer na verdade dos factos que relatou, fora «para além do mundo nu e cru dos factos», enveredando por uma «narrativa colorida» que ofendeu a honra do visado. Porém, o TEDH, apesar de ter assumido que «o requerente terá posto de lado o registo factual quando apelou a que «novas testemunhas e dados convincentes venham à luz do dia a fim de fortalecer ainda mais as selecções»» da redação do jornal e de haver reconhecido ser «verdade que esta frase, que se assemelha mais a um juízo de valor do que a uma declaração factual, contem algum grau de crítica em relação ao arguido», concluiu «que tal frase (...) fundava-se ainda numa base factual suficiente». Assim, também neste aresto considerou o referido Tribunal que o Estado português violara o direito à liberdade de expressão do requerente.

Destaque-se igualmente o ac. do TEDH de 12/04/2011, proferido no caso Conceição Letria *c.* Portugal. Neste aresto considerou o citado Tribunal que, se «a utilização da expressão *aldrabão* [num artigo de opinião, relativamente a um Governador Civil,] poderia revelar-se polémica», o certo foi que a requerente a utilizou para «salientar o que considerou serem as contradições do depoimento do visado perante a Comissão Parlamentar de inquérito encarregue de averiguar as causas de um acidente trágico que provocou um número importante de vítimas», não se revelando excessiva, «já que se fundou numa base factual suficiente», concretamente «em relatos feitos pela imprensa a respeito da audição do [visado] pela Comissão Parlamentar de inquérito», os quais «denotaram certas contradições nas respostas às perguntas dos membros do Parlamento». Em consequência, uma vez mais o Estado português saiu condenado por infração ao art. 10.º da CEDH. É de notar ainda que, neste caso, o TC não considerou inconstitucional a norma do art. 180.º, n.º 2, do CP, com a interpretação que lhe havia sido conferida pelas instâncias (*cf.* o ac. do TC n.º 407/07, de 11/07/2007, disponível na internet, no sítio desse Tribunal).

d) Importa ainda referir que, mesmo no âmbito do direito de informação, a exigência da verdade dos factos não deve ser rigorosa, sob pena de se inviabilizar o exercício desse direito⁽⁷⁸⁾. Assim, inclusive nessa sede, apenas se exige que o agente atue de boa fé no que concerne à verdade dos factos que transmite. Consistindo essa boa fé na convicção do agente na verdade de tais factos, decorrente de diligências investigatórias adequadas às circunstâncias do caso por si desenvolvidas⁽⁷⁹⁾.

Ora, também para se considerar que um juízo de valor dispõe de sustentação factual, esta não tem de ser real. Basta que o agente atue de boa fé. Ou seja, é suficiente que o mesmo tenha adquirido a convicção da realidade de tal suporte fáctico com base em diligências adequadas às circunstâncias do caso por si efetuadas.

e) Pelo que vimos dizendo, não nos parece de acolher a orientação, preconizada por boa parte da jurisprudência portuguesa, menos amiga da liberdade de expressão e, porventura pior, resistente à concretização do direito constitucional, segundo a qual a sustentação fáctica de um juízo de valor desonroso apenas

Também paradigmático no que concerne a esta matéria foi o ac. do TEDH de 23/07/2013, proferido no caso Sampaio e Paiva de Melo c. Portugal, segundo o qual, a qualificação de um cidadão como «campeão nacional dos arguidos do futebol português» exprimiu um julgamento que, apesar de pejorativo, estava protegido pelo direito à liberdade de expressão, uma vez que, à data, era público que o visado estava envolvido em alguns processos criminais. Razão pela qual igualmente neste aresto o Estado português foi condenado por violação do direito à liberdade de expressão.

(78) Mesmo em Espanha, cuja Constituição (art. 20.º, n.º 1, al. d) estabelece *expressis verbis* a verdade da informação como requisito de tutela do direito de informação, é pacífico que o conceito de verdade não impõe a exatidão das informações transmitidas / recebidas (cf. SERRA, LLUÍS DE CARRERAS, *Derecho español de la información*, Barcelona, Editorial UOC, 2003, p. 65), correspondendo apenas ao resultado de uma razoável diligência do agente, em face das circunstâncias do caso concreto, com vista à comprovação dessas informações (cf. LÓPEZ, SONIA CALASSA, *Delimitación de la Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad y a la Propria Imagen*, in Revista de Derecho UNED, n.º 9, 2011, p. 52).

(79) Importa notar que o dever de comprovação é mais forte no caso de o agente ser jornalista (cf., v. g., ROXIN, CLAUDIUS, *Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, Madrid, Civitas, 1997, p. 786). De todo o modo, mesmo relativamente aos jornalistas, esse dever tem que ser interpretado restritivamente (cf., v. g., o ac. da Relação de Lisboa de 11/09/2012, proc. n.º 1361/09.10TJLSB.L1-1, disponível da internet, no sítio da DGSJ).

poderá, eventualmente, dirimir a ilicitude do ato, *ex vi* do art. 31.º, n.º 2, al. *b*), do CP^(80/81).

Porém, importa notar ainda que esta orientação faz recair sobre o arguido, para lograr a exclusão da ilicitude da sua conduta comunicacional, o “ónus da prova” da verdade dos factos com base nos quais formulou o juízo de valor objeto da acusação⁽⁸²⁾. Ora, se a imposição ao arguido do “ónus da prova” da verdade da imputação de um facto desonroso, decorrente da previsão da *exceptio veritatis* como *excludente especial* da ilicitude deste ato (art. 180.º, n.º 2, al. *b*) do CP)⁽⁸³⁾, ainda poderá justificar-se por o direito de informar, em virtude do seu objeto — a informação —, ter como *limite intrínseco* a verdade do que se transmite⁽⁸⁴⁾, tal não sucede no caso de se sobrecarregar o arguido com o “ónus da prova” da verdade dos factos com base nos quais formulou um juízo de valor

⁽⁸⁰⁾ Desde logo o próprio TC, nos seus acs. n.º 201/2004, de 24/03/2004, e n.º 407/2007, de 11/07/2007, todos disponíveis na internet, no sítio do referido Tribunal, parece considerar que a perspetiva criticada no texto é a mais ajustada, o que aliás não espanta, dada a parca solidariedade que este Tribunal tem mostrado para com a liberdade de expressão. Também a Relação de Coimbra, no respetivo ac. de 25/01/2012, proc. n.º 412/10.1TACVL.C1, disponível na internet, no sítio da DGSI, admite que «a imputação de juízos poderá sempre integrar a causa de exclusão da ilicitude ao abrigo do ao art. 31.º, n.º 2, al. *b*), do Código Penal, quando fiquem demonstrados factos concretos que sustentem os juízos ou que com base nos mesmos o agente tinha fundamento sério para, em boa fé, os reputar verdadeiros». Igualmente o STJ, desta feita no seu aresto de 03/06/2009, proc. n.º 08P0828, disponível na internet, no sítio da DGSI, já se inclinou para esta orientação.

⁽⁸¹⁾ Também alguma doutrina acolhe este entendimento (cf., v.g., BRITO, IOLANDA A. S. RODRIGUES DE, *Liberdade...*, cit., pp. 315-316).

⁽⁸²⁾ Em rigor, no processo penal inexistente o chamado ónus da prova formal (cf., v. g., DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, *Direito Processual Penal*, 1.º, Coimbra, Coimbra Editora, 1981, pp. 211 e ss.). Todavia, mesmo aí pode falar-se de um *ónus da prova material* (cf., v. g., BRITO, IOLANDA A. S. RODRIGUES DE, *Liberdade...*, cit., pp. 337-338, nota 657).

⁽⁸³⁾ É pacífico, quer na doutrina, quer na jurisprudência, que a norma do art. 180.º, n.º 2, al. *b*), do CP apenas se aplica à imputação de factos e não também à formulação de juízos de valor (cf., v. g., o ac. do TRP de 20/06/2012, proc. n.º 7132/09.8TAVNG-A.P1, disponível na internet, no sítio da DGSI). Igualmente tem sido entendido que, «se o arguido não lograr fazer a prova da verdade da imputação, não pode vir a considerar-se verificada a causa de justificação ali prevista» (cf., v. g., o ac. da Relação de Coimbra de 10/12/2008, proc. n.º 0846092, disponível na internet, no sítio da DGSI).

⁽⁸⁴⁾ De todo o modo, a solvabilidade constitucional da norma do n.º 2, al. *b*) do art. 180.º do CP é muito duvidosa (cf., v. g., MACHADO, JÓNATAS E. M., *Liberdade...*, cit., pp. 770-771).

desonroso, uma vez que, como vimos, a liberdade de expressão não possui o referido limite intrínseco. Ao que acresce que quem realmente sabe em definitivo se os factos com base nos quais o arguido formulou um juízo valorativo desonroso são verdadeiros ou falsos e tem maior facilidade em prová-lo não é ele mas o ofendido. Deste modo, a orientação sobredita lesa desproporcionadamente a liberdade de expressão.

Ademais, tal orientação assume uma *presunção de falsidade* dos factos com base nos quais o arguido formulou o juízo de valor objecto da acusação. Pelo que atenta igualmente contra o princípio da *presunção de inocência*, consagrado no art. 32.º, n.º 2, da CRP.

f) Pelo que fica dito, a nosso ver, a formulação de um juízo de valor lesivo da honra da pessoa visada que possua uma *base factual mínima*, real ou em cuja veracidade o agente tenha tido fundamento para, em boa fé, acreditar, não preenche o *tipo objetivo* do crime de difamação, independentemente das demais circunstâncias do caso concreto. Apenas a formulação de juízos de valor desonrosos para os visados destituídos de qualquer base factual poderá representar uma conduta *típica*, com referência ao crime de difamação. Sem prejuízo, aduza-se, de poder vir a ser afastada a respectiva ilicitude, nos termos do art. 31.º do CP.

g) Em consequência, deve tomar-se com algum cuidado a afirmação de que apenas os *factos*, ou seja, as realidades objetivas, e não já os *juízos de valor*, isto é, as apreciações subjetivas, admitem a prova da sua verdade.

Sem dúvida, reitera-se, que os juízos de valor não são suscetíveis de prova. Aliás, reafirme-se, se fosse exigida a prova da verdade dos juízos valorativos estar-se-ia a violar o direito à liberdade de expressão. Como sublinhou o STJ, no seu já citado aresto de 14/02/2012, «a prova da exactidão dos juízos de valor é impossível de realizar e seria atentatória da liberdade de expressão»⁽⁸⁵⁾.

⁽⁸⁵⁾ Aliás, trata-se uma vez mais de uma posição influenciada pela jurisprudência do TEDH. Veja-se, por todos, o matricial aresto deste Tribunal de 08/07/1986, proferido no caso *Lingens c. Áustria*, segundo o qual a exigência de prova «não pode cumprir-se nos juízos de valor e afecta a liberdade de opinião intrinsecamente».

Contudo, como sai precípua do que vimos sustentando, para se considerar que um juízo de valor desonroso para o visado representa o *tipo objetivo* do crime de difamação, impõe-se concluir que esse juízo não possui *fundamento factual*⁽⁸⁶⁾.

7. Conclusão

A formulação de um juízo de valor lesivo da honra da pessoa visada dotado de uma *base factual mínima*, real ou em cuja veracidade o agente tenha tido fundamento para, em boa fé, acreditar, não representa o *tipo objetivo* do crime de difamação.

⁽⁸⁶⁾ Deve, aliás, recordar-se que o TEDH, no seu ac. de 23/01/2007, proferido no caso Almeida Azevedo *c.* Portugal, considerou que as instâncias nacionais deviam ter apurado os factos subjacentes aos juízos de valor que haviam sido formulados pelo requerente.

DO DANO BIOLÓGICO

Pela D.^{ra} Luísa Monteiro de Queiroz()*

SUMÁRIO:

1. Introdução. 2. O dano biológico no sistema jurídico italiano. 3. O dano biológico enquanto dano não patrimonial. 3.1. O dano biológico enquanto subtipo do dano corporal. 4. O dano biológico na jurisprudência portuguesa. 5. Conclusão.

A história universal é a de um só homem

JORGE LUÍS BORGES

1. Introdução

Neste artigo⁽¹⁾ pretendemos tratar o tema do dano biológico e as questões em torno da sua aplicação. Num primeiro momento, procuraremos expor o percurso dessa figura no ordenamento jurídico italiano, desde meados dos anos 70 do século passado até às

(*) Advogada-estagiária e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Escola do Porto.

(¹) Agradeço ao Prof. Doutor José Carlos Brandão Proença todos os ensinamentos que fizeram com que este artigo fosse possível. Agradeço também ao Prof. Doutor Manuel Carneiro da Frada o tempo que disponibilizou para comigo o debater.

mais recentes considerações jurisprudenciais e doutrinárias. Na segunda parte trataremos do seu enquadramento na categoria dos danos não patrimoniais, como subtipo do dano corporal, identificado com o direito à saúde, e ainda da sua delimitação, distinguindo-o dos danos morais e do dano existencial. A terceira parte será dedicada ao enquadramento do dano biológico na nossa realidade, ou seja, tentaremos encontrar as razões pelas quais foi “importado” para o ordenamento jurídico português e verificar o tratamento que a jurisprudência lhe tem dado, na tentativa de averiguar se é válida a sua autonomização entre nós.

Antes ainda de iniciarmos o artigo propriamente dito, convém fazer alguns esclarecimentos terminológicos. O dano biológico aparece inúmeras vezes associado ao dano corporal e ao dano na saúde. Há autores, como mencionaremos na devida altura, que usam estas designações com o mesmo sentido. Note-se, no entanto, que sendo certo que há relação entre eles, dano biológico, dano corporal e dano na saúde, em bom rigor, não são exatamente a mesma coisa. Mais correto será afirmar que o dano biológico, ou lesão da integridade psicofísica da pessoa, é um subtipo do dano corporal (figura mais abrangente, como tentaremos esclarecer no desenvolvimento deste trabalho), que está relacionado com o direito à saúde. Este direito é, de facto, uma figura mais abrangente, na medida em que, além do bem-estar psicofísico (cuja lesão configurará um dano biológico), contempla também o bem-estar mental e social, englobando outros danos como o dano moral e o dano existencial⁽²⁾.

(2) A Organização Mundial de Saúde entende por saúde, “um estado completo de bem estar físico, mental e social, que consiste somente numa ausência de mal estar ou de enfermidade” (WHO — *Official Records of the World Health Organization*, n.º 2, Geneve, United Nations, World Health Organization, Interim Commission, 1948, p. 1).

2. O dano biológico no ordenamento jurídico italiano

Para que se possa compreender a figura que aqui tentaremos tratar, o primeiro passo a dar será certamente perceber a sua génese, isto é, como nasceu e, essencialmente, para quem foi pensado. Tendo origem na ciência médico-legal, a figura do dano biológico, na sua moderna formulação, teve como “pai” Cesare Gerin, em 1952⁽³⁾ e não é mais do que a “diminuição somático-psíquica do indivíduo⁽⁴⁾, ou seja, a lesão da integridade psicofísica da pessoa, provocada por um facto gerador de responsabilidade.

Esta criação essencialmente jurisprudencial⁽⁵⁾ surge com um primeiro e grande objetivo: o de proteger alguns lesados que até então viam ameaçado o direito fundamental à saúde sem que houvesse uma resposta adequada à tutela dos seus interesses no campo da responsabilidade civil.

Nas palavras de Angelo Bianchi, a saúde trata de “um leque, necessariamente complexo, de capacidades humanas fundamentais sem as quais nenhuma vida pode ser definida como boa”⁽⁶⁾. Nota-se no Código Civil italiano de 1942 a marca da conceção do homem enquanto produtor de riqueza e, conseqüentemente, um sistema ressarcitório de danos não patrimoniais muito fechado. No art. 2059.º, prevê-se a reparação dos danos não patrimoniais, admitindo-a apenas nos casos previstos na lei⁽⁷⁾, construção altamente limitadora, uma vez que não se trata de uma mera cláusula de remissão mas antes de associação ao *reato*, ou seja, ao ilícito criminal (art. 185.º do Código Penal italiano), exigindo-se assim um

⁽³⁾ *Vd.* BISOGNI K., DE ROSA C., RICCI P., “A Tabela Italiana de Avaliação do Dano Corporal — Percurso Histórico”, in *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, ano XV, n.º 16, novembro de 2006, p. 113.

⁽⁴⁾ *Cf.* JOÃO ANTÓNIO ÁLVARO DIAS, *Dano Corporal — Quadro Epistemológico e Aspectos Ressarcitórios*, Coimbra, Almedina, 2001, p. 99.

⁽⁵⁾ Sem que se ignore a contribuição da doutrina que iremos abordar, dada a interdisciplinaridade que tal instituto convoca.

⁽⁶⁾ ANGELO BIANCHI, “Il valore dell’ uomo”, in *Danno e responsabilità*, n.º 2, 2010, p. 119.

⁽⁷⁾ “Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge”.

comportamento especialmente censurável do lesante para que sejam ressarcidos os danos não patrimoniais do lesado.

Do panorama que aqui se apresenta, resulta que aquelas pessoas que (em virtude de um facto ilícito gerador de responsabilidade civil, sem que houvesse uma *fattispecie* penal) sofressem danos não patrimoniais viam a sua tutela impossibilitada.

A primeira manifestação no ordenamento jurídico italiano sobre o dano biológico surge com a sentença do Tribunal de Génova, de 25 de maio de 1974⁽⁸⁾. O dano biológico aparece nesta sentença, pela primeira vez, totalmente desvinculado da patrimonialidade. Na tentativa de ultrapassarem as vicissitudes ressarcitórias que expusemos no parágrafo anterior, os juízes deste tribunal apresentaram uma audaz e inovadora construção jurídica, partindo da cláusula geral do art. 2043.º do Código Civil italiano (regra base da responsabilidade civil delitual), associada até então ao ressarcimento de danos patrimoniais, que prevê como única condição de ressarcibilidade a “injustiça”.

Entenderam os magistrados do Tribunal de Génova que o que nessa norma se prevê é que todos os danos injustos são ressarcíveis, sejam eles de carácter patrimonial ou não patrimonial. Assim sendo, a partir do momento em que se encontrasse uma norma no ordenamento jurídico que protegesse o direito à saúde, a lesão do mesmo teria sempre a característica indispensável à ressarcibilidade prevista na cláusula geral do art. 2043.º, isto é, a “injustiça”.

O art. 32.º da Constituição italiana tutela diretamente o direito à saúde. Assim, quando um facto ilícito viola um direito constitucionalmente consagrado, da lesão resultará sempre um dano injusto. Em suma: Se houver lesão da integridade psicofísica devem ser tidos em conta o dano patrimonial sofrido pelo lesado e, de uma forma totalmente autónoma, o dano não patrimonial substanciado no dano biológico. Assim, o dano biológico, enquanto lesão da integridade psicofísica da pessoa resultante de facto ilícito, será ressarcível com a conjugação do art. 2043.º do Código Civil italiano e do art. 32.º da Constituição desse país.

(8) Tribunal de Génova, 25/5/1974, in *Giurisprudenza Italiana*, 1975, I, 2, p. 54.

Não ficou por aqui a construção jurídica dos juízes do Tribunal de Génova: conscientes das dificuldades apresentadas pelo art. 2059.º, onde estão consagrados os danos não patrimoniais e os casos em que estes são ressarcíveis, sempre reconduzidos aos casos em que o ilícito além de cível apresenta cariz criminal, propuseram uma interpretação restritiva deste artigo, segundo a qual apenas serão danos não patrimoniais os danos morais subjetivos, como por exemplo a perda de ânimo ou o sofrimento moral⁽⁹⁾. Assim sendo, o dano biológico não entraria na categoria de dano não patrimonial e seria ressarcido à luz da cláusula geral do art. 2043.º do Código Civil italiano conjugado com o art. 32.º da Constituição.

Numa das primeiras manifestações sobre a figura do dano biológico, a Corte Costituzionale, na sentença n.º 88, de 1979⁽¹⁰⁾, afirmou que o direito à saúde, previsto no art. 32.º da Constituição Italiana, é um direito primário e absoluto, plenamente operante nas relações entre privados, sendo a sua lesão enquadrável no art. 2059.º do Código Civil italiano. Considerou ainda que nele estão contemplados quaisquer prejuízos que se contraponham àqueles considerados patrimoniais. Não removeu, no entanto, o obstáculo do art. 185.º do Código Penal italiano, o que significou que mais uma vez estaria a tutela deste dano condicionada pela exigência de existir, a par do ilícito civil, um ilícito criminal, sob pena de não ser ressarcido o dano.

De grande importância é a sentença n.º 184, de 14 de julho de 1986⁽¹¹⁾. Nesta decisão, a Corte Costituzionale apreciou e negou a eventual inconstitucionalidade do art. 2059.º do Código Civil italiano, reiterando que neste artigo apenas estão consagrados os danos morais subjetivos. Reconheceu ainda a ressarcibilidade do dano biológico à luz do art. 2043.º do mesmo código, configurado como um *tertium genus* cuja característica fundamental é a lesão da integridade psicofísica da pessoa em si e por si conside-

⁽⁹⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁰⁾ Corte Costituzionale, 26/7/1979, n.º 88, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 1979, p. 698.

⁽¹¹⁾ Corte Costituzionale, 14/7/1986, n.º 184, in *Il Foro Italiano*, 1986, Vol. CIX, p. 2054.

rada. Ou seja: como dano-evento que deve ser autonomamente ressarcido dos eventuais “danos-consequências” que dele advenham. Mencionou ainda a Corte Costituzionale, na dita sentença, a necessidade de o dano biológico ser valorado mediante critérios tabelares uniformes, de modo a que se atribuísse um valor económico *standard* ao corpo humano, trazendo mais segurança à avaliação dos danos e assegurando ao juiz a possibilidade de apreciação subjetiva ou a personalização do dano⁽¹²⁾. Esta questão, porém, só veio a ser efetivada já depois da década de 90, com a adoção de tabelas para avaliação do dano biológico⁽¹³⁾.

A orientação da Corte Costituzionale de 1986 foi ultrapassada com novas sentenças: não só do mesmo tribunal (n.º 233 de 11 de julho de 2003) mas também da Corte de Cassazione, pelas sentenças n.ºs 8827 e 8828 de 31 de maio de 2003. Nestas decisões, fixou-se uma interpretação constitucional do art. 2059.º do Código Civil italiano, considerando-se inaplicável o limite ressarcitório imposto pela norma, sempre que o dano se traduza na lesão de um bem jurídico protegido constitucionalmente, como será o caso da lesão da saúde, traduzível no dano biológico.

Não foi pacífica a introdução desta conceção do dano biológico no ordenamento jurídico italiano: jurisprudência e doutrina afirmavam que na responsabilidade civil o legislador ter-se-ia inspirado no critério da patrimonialidade dos danos, enquanto critério de distinção entre os danos verdadeiros e próprios (danos patrimoniais) e aqueles considerados impróprios (danos não patrimoniais), cujo ressarcimento deve ser excecional, isto é, nas hipóteses em que esteja também presente um ilícito penal⁽¹⁴⁾, posição que não veio a prevalecer como abaixo veremos.

Depois de vários anos de discussão jurisprudencial e doutrinária em torno do enquadramento do dano biológico, a orientação mais

(12) Cf. ANGELO RICCIO, “La nuova tabella unica nazionale sul danno biologico e la lesione dei diritti dell’uomo”, in *Contratto e Impresa*, 1, 2012, p. 35.

(13) O primeiro deferimento da lei sobre a avaliação do dano biológico vem publicado com o Decreto Ministerial de 12 de julho de 2000; limitava-se, no entanto, aos acidentes de trabalho.

(14) Cf. ENRICO PASQUINELLI, “Il danno biologico”, in *Persona e Danno*, a cura di Paolo Cendon, Vol. I, Milano, Giuffrè Editore, p. 16.

recente é aquela que o qualifica como dano não patrimonial⁽¹⁵⁾. À semelhança do que a Corte Costituzionale tinha feito em 1994, a Cassazione Civile, em 2008, adotou uma leitura constitucional do art. 2059.º do Código Civil italiano, que passa a integrar, além do dano moral subjetivo, todos os prejuízos não patrimoniais consequentes da lesão de um interesse da pessoa com relevo constitucional. Veja-se o seguinte excerto da sentença n.º 5514, de 29 de fevereiro de 2008: “Ai fini del risarcimento del danno non patrimoniale conseguente alla ingiusta lesione di un bene costituzionalmente garantito, qual ela salute, non è necessario che il fatto illecito sia qualificabile come reato, in quanto le disposizioni costituzionali che riconoscono e sanciscono linviolabilità dei diritti inerenti alla persona, non aventi natura económica, configurano esse stesse ipotesi ex lege di riparazione del danno non patrimoniale”⁽¹⁶⁾.

No mesmo ano, a Corte Cassazione, pela sentença n.º 26973, de 11 de novembro, fixou o seguinte: “La risarcibilità del danno non patrimoniale è ammessa, oltre che nelle ipotesi espressamente previste da una norma di legge, nei casi in cui il fatto illecito vulneri diritti inviolabili della persona costituzionalmente protetti”⁽¹⁷⁾. Reafirmou assim a aplicação do art. 2059.º do Código Civil italiano nos casos em que direitos constitucionalmente protegidos (como a saúde) sejam lesados, ainda que não haja ilícito criminal.

No plano legislativo, o dano biológico aparece pela primeira vez no Decreto Legislativo n.º 38 de 2000, de 23 de fevereiro, referente a acidentes de trabalho e doenças profissionais, com respetivas tabelas de avaliação do dano. De igual modo, a Lei 57 de 2001, de 5 de março, introduz o dano biológico na matéria de circulação rodoviária⁽¹⁸⁾. Segundo Francesco Donato Busnelli, nesta “pri-

⁽¹⁵⁾ Cf. ANGELO RICCIO, “La nuova tabella unica nazionale sul danno biologico e la lesione dei diritti dell’uomo”, *ob. cit.*, p. 37.

⁽¹⁶⁾ Cassazione Civile, III Sezione, 29/2/2008, n. 5514, *cit.*, in *Giurisprudenza Italiana*, agosto/setembro 2008, p. 1912.

⁽¹⁷⁾ Corte di Cassazione, Sezioni unite civili, sentenza 11/11/2008, n. 26973, *cit.*, in *Il Foro Italiano*, anno CXXXIV, n.º 1, janeiro de 2009, p. 122.

⁽¹⁸⁾ Define o dano biológico como lesão da integridade psicofísica da pessoa, susceptível de avaliação médico-legal, independentemente da sua incidência na capacidade de produção de rendimentos do lesado.

meira fase” legislativa, em matéria de dano biológico, nota-se uma “tentativa do legislador de assumir o papel principal”, na medida em que até então toda a discussão em volta da figura nunca tinha saído da jurisprudência e da doutrina⁽¹⁹⁾.

Uma outra importante fase legislativa surge em 2005, com o novo Código dos Seguros italiano, consagrado no Decreto Legislativo, de 7 de novembro de 2005, n.º 209, que vem confirmar o uso de tabelas para a avaliação do dano e reafirmar o conceito de dano biológico, nos arts. 138.º e 139.º, acrescentando-se à definição que já existia a exigência (para as lesões mais graves, previstas no art. 138.º) de que deve tratar-se de um dano que expresse uma incidência negativa sobre a atividade quotidiana e sobre aspectos dinâmico-relacionais da vida do lesado; prevê-se ainda que, quando isto aconteça, o juiz possa aumentar até 30% a “quantidade” do dano determinado de acordo com a tabela única nacional⁽²⁰⁾. Em caso de lesões menos graves, previstas no art. 139.º, de acordo com o n.º 3 desse artigo, o montante a liquidar pelo dano biológico pode ser aumentado pelo juiz em medida não superior a um quinto, com apreciação justa e fundamentada das condições subjectivas do lesado.

Como já referimos anteriormente, na sentença n.º 184 de 14 de julho de 1986, a Corte Costituzionale referiu a necessidade de tabelas para a avaliação do dano biológico, que, na verdade, vieram a ser introduzidas no ordenamento jurídico italiano com vista a uma aplicação mais certa e equitativa das indemnizações. De uma forma simples, pode dizer-se que as referidas tabelas, tendo fixado um valor *standard* de mercado à saúde, atribuem uma quantificação ao dano. Esta quantificação varia em função da parte do corpo lesada, da idade da pessoa e da gravidade da lesão. O juiz pode ainda, tendo em conta outras circunstâncias do lesado, “personalizar” o dano⁽²¹⁾. Nota-se, parece-nos, que a ideia de introdução de tabelas para avaliação do dano biológico tem por base uma conceção patrimonial do mesmo; no entanto, apesar de ter mudado

(19) FRANCESCO DONATO BUSNELLI, “Il Danno alla Persona: un dialogo incompiuto tra giudici e legislatori”, in *Danno e Responsabilità*, n.º 6, 2008, p. 610.

(20) Surge aqui a questão de saber se não estaremos já perante um dano existencial.

(21) Cf. ANGELO RICCIO, in *Contratto e Impresa*, 1, 2012, p. 35.

a qualificação do dano biológico (de uma aceção patrimonial passou a considerar-se dano não patrimonial), a jurisprudência mantém o critério de liquidação do dano biológico baseado em tabelas⁽²²⁾, que actualmente é liquidado em conjunto (nas tabelas) com outros danos não patrimoniais consequentes da lesão⁽²³⁾.

Se do exposto pode resultar que afinal o que se procura é a mínima discricionariedade na atribuição das indemnizações, ou, em melhor terminologia, das compensações devidas pelo dano, também é verdade que podem surgir injustiças. De facto, o dano biológico foi concebido como sendo um dano igual para todos mas nem todos somos exatamente iguais⁽²⁴⁾; e apesar da permanência de “pedra e cal” no ordenamento jurídico italiano, o sistema tabelar de avaliação deste dano começa a entrar em declínio, falando-se já na necessidade de adopção do “principio da personalização” dos danos não patrimoniais⁽²⁵⁾. Aquando da introdução do sistema de tabelas para avaliação do dano biológico, esta questão, tinha sido já levantada por alguma doutrina que criticava o prevalecimento das exigências de funciona-

(22) Cf. ANGELO RICCIO, *in ob. cit.*, p. 38.

(23) Está neste momento em vigor a tabela única do Tribunal de Milão, actualizada em 6 de março de 2013, que prevê a liquidação conjunta dos seguintes danos: “danno non patrimoniale conseguente a ‘lesione permanente dell’integrità psicofisica della persona suscettibile di accertamento medico-legale’, sia nei suoi risvolti anatomo-funzionali e relazionali medi ovvero peculiari; danno non patrimoniale conseguente alle medesime lesioni in termini di ‘dolore’, ‘sofferenza soggettiva’, in via di presunzione in riferimento ad un dato tipo di lesione” (<<http://www.altalex.com/index.php?idnot=62208>>).

(24) A propósito do dano da morte, segundo SOUSA DINIS, “há quem pense (ac. RE de 16/2/83, CJ, 1893, T 1, p. 308) que, embora a vida seja um bem igual para todos, a indemnização pela perda do direito à vida deve ser aferida em relação a três realidades: a) a vida que se perde, com função normal que desempenha na família e na sociedade (...); b) a vida que se perde, com função excepcional que desempenha na sociedade (sábio, cientista, etc.); c) a vida que se perde com função específica na sociedade (criança, doente, inválido, etc.). *Vd. JOAQUIM JOSÉ DE SOUSA DINIS, “Dano corporal em acidentes de viação”, in Colectânea de Jurisprudência — Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça*, ano V, Tomo II, 1997.

(25) “Ne può per terminare sottacersi che una diffusione del ‘principio della personalizzazione’ del danno non patrimoniale, e in primo luogo del danno morale soggettivo, per presupporre un’attenta valutazione delle modalità delle singole situazioni esistenziali in cui versa il danneggiato, inducono ad aprire qualche varco per il superamento di indirizzi giurisprudenziali e dottrinari che meritano di essere rivisitati in ragione di specifici e ulteriori interessi meritevoli di una maggiore tutela in ragione di un’accesa sensibilità sociale” (GUIDO VIDIRI, “La liquidazione del Danno Non Patrimoniale: Declinio Delle Tabelle e Necessaria Personalizzazione del Danno”, *in Giustizia Civile*, Vol. LXI, março 2011, p. 152).

lidade do sistema sobre questões mais importantes, tais como as que visavam evitar a mercantilização da pessoa ou do “valor da pessoa”, bem como o retorno à patrimonialidade do dano⁽²⁶⁾.

3. O dano biológico enquanto dano não patrimonial

Como se compreenderá, em quase 40 anos de estudos sobre o assunto muita coisa foi debatida, surgindo posições distintas sobre a matéria de qualificação jurídica do dano biológico. Deve salientar-se que houve quem o configurasse como dano patrimonial, essencialmente por a sua liquidação ser feita com base em critérios tabelares⁽²⁷⁾, centrando-se mais nas consequências do dano do que na lesão em si. Segundo Maria Manuel Veloso, os autores que assim configuraram o dano basearam-se “numa noção alargada de património”⁽²⁸⁾.

Quanto a nós, seguimos a opinião e o caminho daqueles que enquadram a figura do dano biológico nos danos não patrimoniais, enquanto dano base, ou primário⁽²⁹⁾. De facto, a lesão da integridade psicofísica, ou lesão do bem jurídico saúde, não nos parece ser suscetível de avaliação pecuniária, já que, como indica Antunes Varela, os bens atingidos pela lesão “não integram o património do lesado”⁽³⁰⁾. No mesmo sentido, Maria Manuel Veloso também afirma que “a insusceptibilidade de avaliação pecuniária em bom

(26) Cf. ANGELO RICCIO, *ob. cit.*, p. 38.

(27) Cf. ANGELO RICCIO, *ob. cit.*, p. 34.

(28) MARIA MANUEL VELOSO, “Danos não patrimoniais”, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Vol. III, *Direito das Obrigações*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 517.

(29) Uma das principais distinções que se podem fazer entre o dano biológico e o dano patrimonial consequente de lesão física, ou biopsíquica, é precisamente esta: enquanto o dano biológico se apresenta como dano base, ou dano-evento, sempre presente em caso de lesão, o dano patrimonial consequente de uma lesão física apresentar-se-á sempre como dano-consequência que só eventualmente estará presente. Será, pois, segundo ÁLVARO DIAS “um dano sucessivo ou ulterior” (JOÃO ANTÓNIO ÁLVARO DIAS, *Dano Corporal, Quadro Epistemológico e Aspectos Ressarcitórios*, Coimbra, Almedina, 2001, p. 273).

(30) JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10.^a ed., Coimbra, Almedina, 2000, p. 601.

rigor diz já respeito aos bens atingidos, bens pessoais aos quais não pode ser atribuído qualquer valor de mercado ou troca”⁽³¹⁾.

Temos, pois, que o dano biológico se preenche na lesão *em se e per se* considerada (dano-evento). Isto porque se trata da lesão de bens pessoais ou até, se quisermos, pessoalíssimos (como a saúde). E ainda que a sua liquidação possa ser feita com base em critérios *standard* definidos em tabelas, não deixam de ser valores que “não têm preço”, tendo em conta que tal situação empobrece a existência humana, diminuindo o valor e a dignidade da pessoa. Segundo Angelo Bianchi, a lesão da integridade psicofísica da pessoa é, acima de tudo, o “comprometimento de algumas capacidades fundamentais da pessoa que representa um autónomo perfil de prejuízo não patrimonial enquanto impeditivo da pessoa realizar o seu próprio fim porque não a deixa ser feliz”⁽³²⁾.

Reconhecemos, no entanto, que a lesão da integridade psicofísica pode também gerar prejuízos de ordem patrimonial⁽³³⁾, o que não transforma o dano biológico em dano patrimonial. Pensamos ainda que poderão ser enquadrados no dano biológico os danos emergentes da lesão mas porventura não poderão ser valorados os lucros cessantes⁽³⁴⁾; estes devem ser valorados autonomamente como dano patrimonial e ressarcidos em sede própria⁽³⁵⁾.

(31) MARIA MANUEL VELOSO, “Danos não patrimoniais”, *ob. cit.*, p. 499. Ainda que se entenda o contrário, pode sempre seguir-se a doutrina de PINTO MONTEIRO que afirma: “o que conta, no que diz respeito à indemnização dos danos não patrimoniais, é a natureza (não patrimonial) do próprio dano — não a natureza do bem ou interesse lesado.” (ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “Sobre a reparação dos danos morais”, *in Revista Portuguesa do Dano Corporal*, ano I, n.º 1, setembro de 1992, p. 18).

(32) ANGELO BIANCHI, “Il Valore dell’uomo”, *in Danno e Responsabilità*, anno XV, 2, 2010, p. 119.

(33) Nomeadamente aqueles casos em que alguém, que ainda não trabalha, sofre uma lesão na sua integridade psicofísica e, em virtude de tal lesão, vem a ter dificuldades (senão mesmo total impossibilidade) em conseguir um emprego.

(34) ÁLVARO DIAS autonomiza o dano à saúde do dano por lucros cessantes, afirmando que “o dano corporal ou dano à saúde é uma constante dos danos sofridos pela pessoa, o dano por lucros cessantes é puramente eventual, podendo ser mesmo inexistente” (JOÃO ANTÓNIO ÁLVARO DIAS, *ob. cit.*, p.127).

(35) Como referimos acima, parece-nos de atender na valoração do dano biológico à maior dificuldade de alguém (que sofreu tal lesão) conseguir um emprego; não caberão, porém, neste dano as perdas salariais que a pessoa sofreu em virtude da mesma.

Estamos, pois, perante uma situação em que tem de ser superada uma lógica economicista da vida e posta em grande plano uma tutela jurídica humanística capaz de garantir a inteireza da existência humana e o ressarcimento dos danos que, de algum modo, a afectem. Segundo Álvaro Dias, é “no reconhecimento de uma intrínseca dignidade e de uma essencialidade ontológica da pessoa que está muito para além (antes, durante e depois) do chamado *homo faber*⁽³⁶⁾, radicando em sólidos princípios civilizacionais, que os ordenamentos normativos foram erigindo a categoria de direitos fundamentais de personalidade”⁽³⁷⁾.

3.1. O dano biológico enquanto subtipo do dano corporal

Passemos agora à delimitação do dano biológico dentro da vasta categoria dos danos não patrimoniais. De acordo com a orientação que seguimos, este dano, no ordenamento jurídico português, está contemplado na “generosa”⁽³⁸⁾ cláusula do art. 496.º, n.º 1 do nosso Código Civil, exigindo-se apenas a gravidade do dano como condição de ressarcibilidade⁽³⁹⁾.

O dano biológico, como já foi dito, pode configurar-se como subtipo de dano corporal, figura que, nas palavras de Joaquim de Sousa Dinis, “pode surgir na sua expressão máxima, ofendendo o

⁽³⁶⁾ Na ciência médico-legal, o “valor do homem” foi dos primeiros problemas a surgir. Coube a MELCHIORRE GIOIA propor a primeira regra, conhecida pela “regra do sapateiro”, onde se afirma o seguinte: “*um sapateiro (...) executava dois sapatos e um quarto por dia, imaginemos que a sua mão tinha enfraquecido de modo a que não conseguisse fazer mais do que um sapato, então ser-lhe-ia devido o valor da factura de um sapato e um quarto, multiplicado pelo número de dias que lhe restariam de vida, menos os dias festivos*” (cit. in BISOGNI K., DE ROSA C., RICCI, P., “A Tabela Italiana de Avaliação do Dano Corporal — Percurso Histórico”, in *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, ano XV, n.º 16, novembro de 2006, p. 114).

⁽³⁷⁾ JOÃO ANTÓNIO ÁLVARO DIAS, *ob. cit.*, p. 100.

⁽³⁸⁾ Neste sentido, *vd.* FERNANDO PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade Civil*, Coimbra, Almedina, 1995 (reimpressão), p. 376, e MARIA MANUEL VELOSO, “Danos não patrimoniais”, *ob. cit.*, p. 501.

⁽³⁹⁾ Danos que em rigor não são susceptíveis de uma verdadeira indemnização mas antes de uma compensação, dada a impossibilidade de remoção do dano, tentando-se apenas uma satisfação do lesado.

bem jurídico ‘vida’ ou, mais atenuadamente, ofendendo tão só a ‘integridade física’”(40).

Como já fomos adiantando *supra*, quando falamos de dano biológico referimo-nos à lesão da integridade psicofísica da pessoa, não cabendo na figura, por exemplo, o dano da morte. Parece-nos, pois, em sentido diverso de Armando Braga(41) e de Maria da Graça Trigo(42), que dano biológico e dano corporal não serão sempre uma e a mesma coisa(43). Reconhecemos, porém, que caso se acolha uma noção ampla de dano corporal esta poderá convergir com a de dano biológico; basta que se diga, como Lisete Rego, que “o dano corporal corresponde a toda a lesão física ou psíquica causada ao ser humano e suscetível de avaliação e indemnização”(44).

Também o dano biológico corresponde à lesão da integridade psicofísica da pessoa, suscetível de avaliação médico-legal e de compensação. No entanto, as duas figuras tiveram nascimentos diferentes. Segundo Maria Manuel Veloso, “a figura do dano corporal, como categoria independente, coincidiu com a sua qualificação como dano suscetível de avaliação pecuniária(45). Nas palavras da mesma autora, tem como componentes “a dor (também o sofrimento), o prejuízo de afirmação pessoal, o prejuízo estético, o pre-

(40) JOAQUIM JOSÉ DE SOUSA DINIS, “A Avaliação e Reparação do Dano não patrimonial (no domínio do Direito Civil)”, in *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, ano XVIII, n.º 19, novembro de 2009, p. 52.

(41) ARMANDO BRAGA, *A Reparação do Dano Corporal na Responsabilidade Civil Extracontratual*, Coimbra, Almedina, 2005, p. 20.

(42) MARIA DA GRAÇA TRIGO, “Adopção do Conceito de ‘Dano Biológico’ pelo Direito Português”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 72, Vol. I, janeiro-março, 2012, p. 147, nota (1).

(43) Há quem distinga os danos corporais dos danos materiais, correspondendo os primeiros em danos nas pessoas e os segundos a danos nas coisas (cf. FILIPE MIGUEL DE ALBUQUERQUE MATOS, “Alterações legislativas no binómio danos corporais/danos materiais”, in *Cadernos de Direito Privado, II Seminário dos Cadernos de Direito Privado, “Responsabilidade Civil”*, número especial, dezembro de 2012, p. 123).

(44) LISETE MARINA MOREIRA REGO, *A Ressarcibilidade do Dano Corporal em Direito Civil, em especial a Reparação do Dano Corporal ao abrigo da Portaria n.º 377/2008, de 26 de Maio*, Mestrado em Ciências Jurídico-Privatísticas, sob a orientação do Professor Jorge Sinde Monteiro, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 17 de setembro de 2010.

(45) MARIA MANUEL VELOSO, “Danos não patrimoniais”, *ob. cit.*, p. 513.

juízo sexual e o dano corporal em sentido estrito ou seja, a incapacidade gerada, a afetação anátomo-funcional”⁽⁴⁶⁾.

Por seu turno, o dano biológico “surgiu inicialmente não como um novo tipo de dano, mas como um critério de liquidação do mesmo”⁽⁴⁷⁾, afastando-se muitas vezes da ideia de patrimonialidade ou, pelo menos, das repercussões patrimoniais da lesão na esfera da pessoa⁽⁴⁸⁾.

Se há questões que nos parecem relevantes para distinguir estas duas categorias de dano, outras há que nos levam à sua aproximação. Como já referimos anteriormente, alguns autores admitem a morte como expressão máxima do dano corporal⁽⁴⁹⁾.

No ordenamento jurídico português, como já anteriormente afirmamos, não aparece associado ao dano biológico o dano da morte. No entanto, se observarmos atentamente o ordenamento jurídico italiano, doutrina e jurisprudência falam do “danno biológico da morte”⁽⁵⁰⁾; querem, porém, referir-se apenas ao dano da morte (ou da perda da vida) tal como o conhecemos⁽⁵¹⁾. Há também que ver que o dano corporal, entendido de uma forma ampla, abrange (como se disse) outros danos: por exemplo, o dano estético, o dano na esfera sexual, as lesões pré-natais, etc. Por seu turno

(46) MARIA MANUEL VELOSO, “Danos não patrimoniais”, *ob. cit.*, p. 522.

(47) MARIA MANUEL VELOSO, “Danos não patrimoniais”, *ob. cit.*, p. 517.

(48) Como aponta ÁLVARO DIAS, em Itália, em 1983, com intervenção do Instituto de Medicina Legal, fez-se um estudo em que se verificou que 40,25% dos casos (num total de 631) reportavam-se a pessoas não profissionalmente activas, nomeadamente estudantes, desempregados e pensionistas (vd. JOÃO ANTÓNIO ÁLVARO DIAS, *ob. cit.*, p. 127, nota 265).

(49) JOAQUIM JOSÉ DE SOUSA DINIS, “Dano Corporal em Acidentes de Viação, Cálculo da indemnização em situação de morte, incapacidade total e incapacidade parcial, Perspectivas futuras”, in *Colectânea de Jurisprudência — Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça*, ano IX, tomo I, 2001, Coimbra, Palácio da Justiça, p. 5.

(50) Sentença da Corte Costituzionale, de 27/10/1994, n.º 372 (ENRICO PASQUINELLI, “Il danno biológico”, *ob. cit.*, p.54).

(51) Foi afastada pela Corte de Cassazione a ressarcibilidade do dano da morte como subespécie do dano biológico, por se considerar que, em caso de morte instantânea, o período de sofrimento da vítima é temporalmente curto e não chega a degenerar em patologia, dando lugar ao dano biológico. Deve, pois, ser ressarcido unicamente como dano não patrimonial (cf. ALESSANDRA ANGIULI, “La riduzione dele poste risarcitorie come dela configurazione del ‘nuovo’ danno non patrimoniale”, in *Giurisprudenza Italiana*, outubro 2009, p. 2198).

o dano biológico prender-se-á exclusivamente com a lesão da integridade psicofísica em si considerada. Segundo Álvaro Dias, “uno na dualidade (dano físico e dano psíquico), o dano corporal poderá assim exercer a sua função gregária e aglutinadora cerce a pulverização de danos que, sob diferentes designações e desígnios, aqui e além se vão empertigando em frustradas tentativas de inconsequente autonomização”⁽⁵²⁾.

Não podemos ignorar a terminologia adotada pelo legislador em matéria de avaliação do dano corporal, regulamentada na Tabela Nacional para Avaliação das Incapacidades Permanentes em Direito Civil, consagrada no Decreto-Lei n.º 352/2007, de 23 de outubro, e concretizada na Portaria n.º 377/2008, de 26 de maio, alterada pela Portaria 679/2009, de 25 de junho. Aí se “fixam os critérios orientadores para efeitos de apresentação aos lesados por acidente automóvel, de proposta razoável para indemnização do dano corporal”. O dano biológico surge logo no preâmbulo, onde se prevê que “ainda que não tenha direito à indemnização por dano patrimonial futuro, em situação de incapacidade permanente parcial, o lesado terá direito à indemnização pelo seu dano biológico, entendido este como ofensa à integridade física e psíquica”.

Note-se que com essa portaria o legislador reservou para o conceito de dano patrimonial futuro aquelas situações em que o lesado fique incapacitado para “prosseguir a sua profissão habitual ou qualquer outra”. Mais adiante, volta a surgir uma referência ao dano biológico na alínea *b*) do art. 3.º, como um subtipo de dano corporal. A sua compensação está prevista no Anexo IV, sendo o seu valor indicado por pontos e variando unicamente em função da idade do lesado e da intensidade da lesão, diminuindo o ponto atribuído com o aumento da idade e aumentando com o aumento da intensidade da lesão.

Verifica-se, pois, de certo modo, o acolhimento da formulação italiana, já que é um dano igual para todos, independentemente de quaisquer incidências patrimoniais da lesão, tendo em conta apenas a idade da pessoa e a intensidade da própria lesão como crité-

(52) JOÃO ANTÓNIO ÁLVARO DIAS, *ob. cit.*, p. 15.

rios diferenciadores. No entanto, pode dizer-se que falta alguma concretização do legislador quanto ao conceito de dano biológico. De facto, embora autonomizado, parece um pouco “diluído” entre os vários conceitos que a portaria refere; desde logo pela sua inserção no art. 3.º, na medida em que o legislador nele quis contemplar os danos patrimoniais, prevendo os danos não patrimoniais indemnizáveis no art. 4.º. Terá querido o legislador atribuir alguma “patrimonialidade” a este dano? Fica por esclarecer o que é que na portaria é abrangido concretamente no dano biológico.

Partindo da premissa que o dano biológico é um dano não patrimonial, é importante tentar separá-lo de outros danos com a mesma característica da “não patrimonialidade”, cujas fronteiras, muitas vezes, são ténues. O nosso legislador, no art. 496.º, n.º 1, do Código Civil, acolheu uma conceção ampla de danos não patrimoniais, cabendo nela o sofrimento físico, o dano estético, o dano existencial, etc. e ainda os danos morais propriamente ditos.

Apesar desta cobertura ampla quanto aos danos não patrimoniais, uma vez que se optou por autonomizar (pelo menos conceptualmente) alguns deles, é necessário tentar delimitá-los, sob pena de haver uma duplicação das indemnizações ou, pelo contrário, uma possível falta de valoração.

É de sofrimento que aqui tratamos, isso é certo, do sofrimento que a lesão de determinados bens jurídicos provoca nas pessoas. No conceito de dano biológico cabem as dores físicas e as mazelas provocadas pela lesão e ainda o sofrimento psíquico quando associado a uma patologia, também chamado de dano psíquico ou dano biológico de natureza psíquica⁽⁵³⁾; isto é: não cabem no dano biológico as tristezas, os desgostos e o sofrimento moral⁽⁵⁴⁾, se não

(53) Segundo ÁLVARO DIAS, a avaliação deste dano terá de se pautar por uma metodologia específica, dada a sua singularidade, já que “desde os aspectos da vida pessoal e familiar, a episódios da vida ou fragmentos de experiências vividas, passando pela expressão visual e corporal, até ao tom de voz há todo um conjunto de sinais ou de índices que o perito clínico, digno desse nome, está ou deve estar em condições de descodificar” (JOÃO ANTÓNIO ÁLVARO DIAS, *ob. cit.*, p. 144).

(54) O dano moral em sentido estrito, derivado de lesões à intimidade, à honra, à imagem, ou a outros direitos pessoais é diferente do sofrimento psíquico e portanto devem ser autonomizados para efeitos de compensação.

estiverem associados a uma doença do foro psíquico suscetível de avaliação médica. Segundo Guido Alpa, “é recorrente o assunto de que o sofrimento moral é muitas vezes mais doloroso que o sofrimento físico”⁽⁵⁵⁾, devendo o dano moral, que a Corte de Cassazione definiu como “lesão da dignidade humana”⁽⁵⁶⁾, ser ressarcido autonomamente.

Veja-se como exemplo de distinção duas situações muito idênticas com soluções diferentes: se alguém, na sequência de um acidente de viação em que perde um familiar, fica triste e perde o ânimo, esta situação deve ser reconduzida aos danos morais ou, eventualmente, ao dano existencial (que a seguir trataremos); caso diferente é se uma pessoa, também na sequência de um acidente de viação, perde um familiar e com esta perda desenvolve uma doença psíquica, caso em que podemos estar perante um dano biológico, já que se verifica um dano psíquico suscetível de avaliação médica⁽⁵⁷⁾.

Reconhecemos que nem sempre é fácil distinguir as duas situações e que o mesmo evento terá consequências psicológicas e psíquicas diferentes de pessoa para pessoa. Este facto dificulta extremamente a atribuição de compensação por danos morais; daí, por vezes, a existência de montantes compensatórios tão díspares. Pode, pois, ser convocada a ideia de que o julgador terá a duríssima missão de transformar o sofrimento em dinheiro. Realmente, é difícil enquadrar na mesma categoria a tristeza sofrida por uma pessoa, provocada por uma lesão física própria, ou a dor que um pai ou uma mãe sofrem por verem um filho inválido ou morto.

Como vimos, o dano biológico, ao contrário do dano moral⁽⁵⁸⁾, convoca sempre uma patologia, uma doença física ou psíquica pro-

⁽⁵⁵⁾ GUIDO ALPA, *Il Danno Biologico, percorso di un'idea*, Terça edição, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 2003, p. 97.

⁽⁵⁶⁾ Corte de Cassazione, 18/1/2001, *cit.*, in ARMANDO BRAGA, *ob. cit.*, p. 50.

⁽⁵⁷⁾ A Corte Costituzionale, na sentença n.º 372, de 27/10/1994, considerou que “o sistema de responsabilidade civil permite a ressarcibilidade do dano biológico sofrido pelo cônjuge jure próprio, mas apenas quando se consubstancie num trauma psíquico de consequências permanentes” (*cit.*, in JOÃO ANTÓNIO ÁLVARO DIAS, *ob. cit.*, p. 354, nota 790).

⁽⁵⁸⁾ Segundo MARIA GABRIELA PÁRIS FERNANDES, “a análise das noções de dano moral dadas pela doutrina revela que o critério apresentado para a delimitação deste conceito é distinto, consoante se defina o dano moral por contraposição ao dano material ou por contraposição ao dano patrimonial. Na primeira hipótese, o dano moral distingue-se

vocada pela lesão; por isso é que se torna indispensável a perícia médica.

Deve ainda fazer-se um pequeno reparo quanto ao dano estético, que corresponderá à afetação ou lesão do aspeto exterior da pessoa. Numa sociedade em que a imagem é tão valorizada, como aquela em que vivemos, não há dúvida que as deformações e lesões do corpo devem ser tuteladas. Este dano pode surgir com uma simples cicatriz, situação em que não há afetação funcional do corpo ou, noutro exemplo, com uma amputação, em que haverá a tal afetação funcional. Se o primeiro exemplo (o da cicatriz) não nos levanta grandes dúvidas quanto à sua qualificação como dano estético, já o segundo exemplo (caso de amputação) pode revelar-se mais difícil, na medida em que também pode ser configurado um dano biológico, pois existe uma lesão da integridade física da pessoa com afetação funcional⁽⁵⁹⁾.

Questão mais complexa é a da distinção entre o dano biológico e o dano existencial⁽⁶⁰⁾, figura construída no ordenamento jurídico italiano com o mesmo intuito da do dano biológico. Dada a já referida interpretação restritiva, seguida em tempos, do art. 2059.º do Código Civil italiano, a finalidade foi alargar a tutela ressarcitória, de forma a abranger situações que, de outro modo, só seriam ressar-

do dano material em razão da natureza do bem ou interesse lesado. O dano moral resultaria de uma ofensa aos bens espirituais do lesado e consistiria nos sofrimentos por este padecidos. Será a aceção restrita de dano moral. Numa aceção ampla, o dano moral foi definido por oposição ao dano patrimonial, abrangendo todos os danos insusceptíveis de avaliação pecuniária” (MARIA GABRIELA PÁRIS FERNANDES, “Sobre a Reparação do Dano Moral no Domínio do Código Civil de 1867 e a Titularidade do Direito à sua Indemnização”, Dissertação de Mestrado no âmbito do Curso de Mestrado em Direito Orientado para a Investigação da Escola de Lisboa da Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, dezembro de 2011, p. 21).

⁽⁵⁹⁾ Repare-se ainda que de um dano estético pode surgir um dano existencial; neste sentido, a Corte de Cassazione, na sentença n.º 755, de 1995, decidiu que a “alteração morfológica do rosto vem incidir sobre a personalidade da vítima e sobre a sua atividade relacional com o mundo externo” (*cit.*, in JOÃO ANTÓNIO ÁLVARO DIAS, *ob. cit.*, p. 40, nota 67).

⁽⁶⁰⁾ O dano existencial foi reconhecido pela primeira vez, no ordenamento jurídico italiano, na sentença do Tribunal de Milão de 21/10/1999 (*vd.* ALESSANDRA ANGIULI, “La riduzione dele poste risarcitorie come dela configurazione del ‘nuovo’ danno non patrimoniale”, *ob. cit.*, p. 2196, nota 2). Na jurisprudência portuguesa, aparece já tratado no Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 18 de março de 2003.

cidas caso houvesse, além do ilícito civil, ilícito criminal⁽⁶¹⁾. Por um lado há situações em que a fronteira entre os dois danos é clara⁽⁶²⁾, uma vez que o dano existencial se apresenta mais abrangente que o dano biológico⁽⁶³⁾, contemplando todo o comprometimento da dimensão existencial da pessoa, englobando até meros inconvenientes⁽⁶⁴⁾. Por outro lado, há situações em que é muito difícil distingui-los. É o caso, como refere Manuel Carneiro da Frada, das “restrições que o sujeito tem de suportar na qualidade da sua vida em virtude de lesões no seu substrato biológico, como quando fica a não poder andar mais, não ver mais, não ouvir mais ou não sentir mais”⁽⁶⁵⁾.

Se é certo que uma lesão física ou psíquica afeta por si só a pessoa numa dimensão biológica, a mesma lesão terá também repercussões na esfera dinâmica da vida e aqui dano biológico e dano existencial confluem. Não duvidamos de que para uma adequada tutela da personalidade não bastará, perante uma lesão da integridade psicofísica, uma avaliação médica e a atribuição de uma compensação sem que se atenda à unidade da pessoa. Para isso é necessário, ainda nas palavras de Manuel Carneiro da Frada, que o Direito “se decida a descer totalmente à realidade da pessoa concreta, a incarnar plenamente naquilo que a identifica e que permite por isso também distingui-la das demais; que, em suma, não deixe de fora nada de decisivo que pertença à sua esfera ‘existencial’ e que é por natureza diferente de pessoa para pessoa”⁽⁶⁶⁾.

(61) Cf. ALESSANDRA ANGIULI, “La riduzione dele poste risarcitorie come dela configurazione del ‘nuovo’ danno non patrimoniale”, *ob. cit.*, p. 2197.

(62) Veja-se o exemplo académico do cão de um cego: se alguém mata o cão de uma pessoa cega não haverá dano biológico mas poderá existir um dano existencial.

(63) Vejam-se os exemplos dados por CARNEIRO DA FRADA como configurando danos existenciais: “necessidades de pessoas vulneráveis ou débeis, como os doentes, os moribundos, os velhos (...); a criação ou indução de dependências que influem no exercício da liberdade pessoal, à cabeça das quais a da droga, mas também a do tabaco ou do álcool; quando fica lesada a capacidade procriativa (...); etc.” (MANUEL CARNEIRO DA FRADA, “Nos 40 anos do Código Civil Português Tutela da Personalidade e Dano Existencial”, Separata de *THEMIS, Revista da Faculdade de Direito da UNL, Código Civil Português — Evolução e Perspectivas Actuais, Edição Especial*, 2008, p. 52).

(64) Cf. ALESSANDRA ANGIULI, “La riduzione dele poste risarcitorie come dela configurazione del ‘nuovo’ danno non patrimoniale”, *ob. cit.*, p. 2196.

(65) MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *ob. cit.*, p. 51.

(66) MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *ob. cit.*, p. 50.

Assim, o dano existencial poderá compreender a frustração, total ou parcial, de um projeto de vida individual do lesado ou até, simplesmente, do comprometimento de atividades que durante determinado período, maior ou menor, fizeram parte da sua vida. Segundo Eugenia Serrao, tal não se confundirá com o dano biológico, que se “reporta ao homem na sua dimensão corporal e, conseqüentemente, às repercussões da lesão da integridade psicofísica no desenvolvimento de atividades comuns a todos os indivíduos”, ao passo que o dano existencial diz respeito à afetação das “singularidades” de cada pessoa⁽⁶⁷⁾.

Do exposto, nada impede, que no mesmo caso sejam ressarcíveis o dano biológico e o dano existencial⁽⁶⁸⁾; o que, acima de tudo, nos parece essencial é que na determinação da compensação não haja duplicação e para isso é necessário ter a certeza que na determinação do dano biológico não esteja já considerada a afetação dos aspectos “dinâmico-relacionais” da vida do lesado⁽⁶⁹⁾.

Sem querer tomar posições precipitadas, parece-nos que, naquelas situações em que haja um dano biológico, caso o juiz use da equidade, valorando também a “diminuição existencial” da pessoa, provocada pela lesão da integridade física ou psíquica, será desnecessário chamar a figura do dano existencial sob pena de se estar a duplicar a compensação⁽⁷⁰⁾.

(67) EUGENIA SERRAO, “Il Danno Esistenziale come Categoria Autonoma Rispetto al Danno Biologico”, in *Persona e Danno*, Trattati a cura di Paolo Cendon, Vol. II, *Lo Statuto del Danno Biologico Diritto e Follia La Disciplina del Danno Esistenziale*, Giuffrè Editore, Milano, 2004, p. 1819.

(68) O tribunal de Roma, na sentença n.º 12233, de 8/4/2003, reconheceu a autonomia ressarcitória do dano existencial em relação à do dano biológico (vd. EUGENIA SERRAO, *ob. cit.*, p. 1821).

(69) Veja-se, por exemplo, o art. 38.º do *Codice Delle Assicurazioni Private*, onde está regulado o “Danno biologico per lesioni di non lieve entità”. Aí se prevê a possibilidade do juiz aumentar o montante da indemnização quando a lesão incida de forma relevante sobre aspectos dinâmico-relacionais pessoais. Neste caso, parece-nos que já está previsto na indemnização pelo dano biológico aquilo que se pretende tutelar quando se fala em dano existencial.

(70) Em 2008, em Itália, surgiram sentenças muito importantes sobre esta matéria, no sentido da unificação da figura do dano não patrimonial e conseqüente negação da ressarcibilidade autónoma do dano existencial, considerando que o dano biológico e o dano moral, em casos de lesão na pessoa, são prejuízos exatamente do mesmo tipo, devendo,

4. O dano biológico na jurisprudência portuguesa

Antes de partirmos para a análise da jurisprudência que trata do dano biológico, procuraremos fazer um apanhado de alguns acórdãos anteriores à data do seu surgimento na jurisprudência portuguesa. Focar-nos-emos apenas nos montantes compensatórios atribuídos pelos danos não patrimoniais provocados pela lesão da integridade psicofísica, sendo certo que uma esmagadora maioria das situações que aparecem tratadas na jurisprudência dizem respeito a lesões provocadas por acidentes de viação. A nossa opção pela análise unicamente dos montantes atribuídos a título de dano não patrimonial prende-se com o facto de pensarmos que é nesta categoria que o dano biológico deve (mais certo será dizer-se deveria, porque na realidade não é assim que ocorre) ser incluído.

Vejam-se então os seguintes Acórdãos:

Ac. de 9 de janeiro de 1986, do Supremo Tribunal de Justiça (STJ)⁽⁷¹⁾: na sequência de um acidente de viação, do qual resultou grave traumatismo craniano, tendo o lesado ficado incapacitado permanentemente e com desvio do olho esquerdo, foi atribuído o montante compensatório de 200.000\$00 por danos não patrimoniais;

pois, ser ressarcidos unitariamente. Veja-se por exemplo uma passagem da sentença n.º 26972, de 11/11/2008 da Cassazione Civile: “Non è ammissibile nel nostro ordinamento la concepibilità d’un danno definito “esistenziale”, inteso qual ela perdita del fare reddituale della persona. Una simile perdita, ove causata da un fatto illecito lesivo di un diritto della persona costituzionalmente garantito, costituisce né più né meno che un ordinario danno non patrimoniale, di per sé resarcibile ex art. 2059 c.c., e che non può essere liquidato separatamente sol perché diversamente denominato. Per quanto attiene la liquidazione del danno il danno non patrimoniale va risarcito integralmente, ma senza duplicazioni: deve, pertanto, ritenersi sbagliata la prassi di liquidare in caso di lesioni della persona sia il danno morale sia quello biológico; come puré quella diliquidare nel caso di morte di un familiare sia il danno morale, sia quello da perdita del rapporto parentale: gli uni e gli altri, per quanto detto, costituiscono infatti pregiudizi del medesimo tipo” (*cit.*, in *Danno e Responsabilità*, n.º 1, 2009, p. 19).

⁽⁷¹⁾ STJ, 9/1/86, relatado por Lima Cluny, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 353, pp. 411 ss.

Ac. de 5 de fevereiro de 1987 (STJ)⁽⁷²⁾: tratou da compensação por danos não patrimoniais atribuída a dois lesados vítimas do mesmo acidente de viação, associando-a “aos desgastes, incômodos, sofrimentos e clausuras hospitalares” suportados pelos mesmos. Um dos lesados (homem de 58 anos) sofreu, em consequência do acidente, fratura de uma vértebra lombar e fratura de uma perna, esteve internando no hospital durante sete meses, sendo submetido mais que uma vez a intervenções cirúrgicas, sofreu intensas dores físicas e ficou com uma incapacidade de locomoção de 58%. Foi-lhe atribuída a compensação, a título de danos não patrimoniais, no montante global de 400.000\$00. O segundo lesado (homem de 46 anos), em virtude do mesmo acidente, sofreu fratura na perna e ferimento no nariz; esteve internado sete meses e foi submetido a duas intervenções cirúrgicas. Do ferimento na perna resultou uma incapacidade de locomoção de 25%. Foi-lhe atribuída a compensação por danos não patrimoniais, no montante global de 500.000\$00;

Ac. de 31 de março de 1987, do Tribunal da Relação de Coimbra (TRC)⁽⁷³⁾: o montante atribuído pela 1.^a instância, no valor de 300.000\$00, foi atualizado para 636.000\$00, a título de compensação pelos danos não patrimoniais sofridos pela lesada na sequência da explosão de um barril de cerveja que lhe provocou várias fraturas, deformidade na face e perda do grau de visão do olho direito;

Ac. de 5 de maio de 1988 (STJ)⁽⁷⁴⁾: num caso de acidente de viação, na sequência do qual o lesado (homem de 36 anos) sofreu fratura da perna e amputação da mesma pelo terço superior, foi concedido ao lesado 400.000\$00 como montante global arbitrado pelos danos não patrimoniais sofridos;

⁽⁷²⁾ STJ, 5/2/87, relatado por GOMES PINHEIRO, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 364, pp. 819 ss.

⁽⁷³⁾ TRC, 31/3/87, relatado por VÍTOR MANUEL FERREIRA DA ROCHA, in *Colectânea de Jurisprudência*, ano XII, 1987, Tomo II, pp. 85 ss.

⁽⁷⁴⁾ STJ, 5/5/1988, relatado por ELISEU FIGUEIRA, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 377, pp. 471 ss.

Ac. de 24 de outubro de 1989 (TRC)⁽⁷⁵⁾: atribuiu a compensação de 600.000\$00 por danos não patrimoniais sofridos pelo lesado em consequência do disparo de um atirador de pombo que lhe provocou falta de visão de um olho e lesões no tórax;

Ac. de 20 de dezembro de 1990 (STJ)⁽⁷⁶⁾: arbitrou uma compensação pelos danos não patrimoniais de 2.500.000\$00 (montante global). A lesada era uma jovem de 21 anos, que, em consequência do acidente, sofreu traumatismo craniano com perda de conhecimento transitório, paraplegia que durou 3 meses, internamento hospitalar de um mês e internamento de recuperação em clínica privada, passando a poder deslocar-se apenas de muletas;

Ac. de 26 de fevereiro de 1991 (STJ)⁽⁷⁷⁾: foram concedidas a dois lesados as compensações por danos não patrimoniais de 800.000\$00 e 200.00\$00, respetivamente. O primeiro lesado, em consequência do referido acidente, sofrera traumatismo craniano com perda do conhecimento e permanência em estado de coma durante 15 dias, fratura de ambas as pernas e do braço que levaram a que fosse submetido a quatro intervenções cirúrgicas; o segundo lesado, em virtude de fratura de ambas as pernas e internamento hospitalar durante mais de dois meses;

Ac. de 16 de abril (STJ)⁽⁷⁸⁾: arbitrou a um lesado em acidente de viação (homem de 53 anos), como compensação dos danos não patrimoniais sofridos pelo traumatismo craniano, paraplegia e baixa visão do globo ocular direito, o montante global de 3.000.000\$00;

⁽⁷⁵⁾ TRC, 24/10/1989, relatado por JOSÉ NUNES DA CRUZ, in *Colectânea de Jurisprudência*, ano XIV, 1989, Tomo IV, pp. 75 ss.

⁽⁷⁶⁾ STJ, 20/12/1990, relatado por MANUEL PEREIRA DA SILVA, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 402, pp. 558 ss.

⁽⁷⁷⁾ STJ, 26/2/1991, relatado por JOAQUIM DE CARVALHO, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 404, pp. 424 ss.

⁽⁷⁸⁾ STJ, 16/4/1991, relatado por CURA MARIANO, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 406, pp. 618 ss.

Ac. de 13 de outubro de 1992 (STJ)⁽⁷⁹⁾: foi arbitrada a compensação por danos não patrimoniais de 750.000\$00 a um lesado (homem de 40 anos) que na sequência de um acidente de viação fraturou a perna direita, situação que motivou intervenção cirúrgica e internamento por um mês, ficando o lesado a coxear;

Ac. de 31 de março de 1993 (STJ)⁽⁸⁰⁾: fixou o montante indemnizatório de 5.000.000\$00 a título de compensação por danos não patrimoniais sofridos por uma criança de 13 anos (em acidente de viação) tendo o menor ficado em coma e com paralisia total, vendo-se obrigado a passar o resto da sua vida numa cama ou cadeira de rodas;

Ac. de 8 junho de 1993 (STJ)⁽⁸¹⁾: aparece pela primeira vez autonomizado o “*quantum doloris*” tendo sido fixada a quantia de 200.000\$00 pelas dores físicas e morais pelo encurtamento do membro inferior esquerdo e a quantia de 1.500.000\$00 pelas cicatrizes sofridas pelo lesado em acidente de viação;

Ac. de 15 de junho de 1993 (STJ)⁽⁸²⁾: fixou o montante de 600.000\$00 como compensação por danos não patrimoniais, na sequência com um acidente com bombas de carnaval de que resultou esfacelamento da mão e conseqüente amputação de dois dedos, que implicaram o internamente hospitalar de um mês ao lesado;

Ac. de 18 de outubro de 1994, o Tribunal da Relação de Évora (TRE)⁽⁸³⁾: atribuiu a quantia de 150.000\$00 como compensação por danos não patrimoniais provocados por duas

(79) STJ, 13/10/1992, relatado por RAMIRO VIDIGAL, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 420, pp. 506 ss.

(80) STJ, 31/3/1993, relatado por RAÚL MATEUS, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 425, pp. 544 ss.

(81) STJ, 8/6/1993, relatado por FERNANDO FABIÃO, in *Colectânea de Jurisprudência — Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça*, ano I, 1993, Tomo II, pp. 130 ss.

(82) STJ, 15/6/1993, relatado por OLÍMPIO DA FONSECA, in *Colectânea de Jurisprudência — Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça*, ano I, 1993, Tomo II, pp. 147 ss.

(83) TRE, 18/10/1994, relatado por FRANCISCO LOURENÇO, in *Colectânea de Jurisprudência*, ano XIX, Tomo IV, pp. 38 ss.

bofetadas, de que resultaram lesões na bochecha, nariz e braços;

Ac. de 28 de maio 1995 (STJ)⁽⁸⁴⁾: atribuiu a compensação de 300.000\$00 pelos danos não patrimoniais, na sequência de um acidente de viação do qual resultou para o lesado um traumatismo da coluna lombar, não podendo o mesmo ficar muito tempo de pé, nem conduzir veículos pesados.

Aqui termina a “era pré-dano biológico”. A primeira decisão jurisprudencial em que encontramos referido o dano biológico corresponde ao Acórdão de 12 de dezembro de 1995 do Tribunal da Relação do Porto⁽⁸⁵⁾, onde se diz: “Não corresponde à necessidade de justa indemnização o enquadramento, como não patrimonial, do prejuízo decorrente da desvalorização física do lesado, resultante de sequelas permanentes das lesões sofridas (dano biológico). Há aí uma perda da efectiva utilidade que proporciona o bem que é um corpo são, nisso consistindo o prejuízo a indemnizar. Porque há um verdadeiro prejuízo (ao contrário do que se passa com a categoria do dano não patrimonial) esse dano deve ser qualificado como dano patrimonial, sendo injusta a sua sujeição à limitação do art. 496.º, n.º 3 do Código Civil”. Apesar de só termos tido acesso ao sumário que acabamos de citar, parece-nos que o dano biológico foi enquadrado na categoria dos danos patrimoniais, numa ideia “utilitária”, se assim podemos dizer, do corpo e da saúde. Esta categorização merece algumas críticas, que adiante concretizaremos, pese embora ter acabado por ser a visão maioritária da jurisprudência sobre o assunto.

Porém, a primeira vez que o dano biológico aparece tratado de forma mais densa foi no Acórdão da Relação do Porto, de 7 de abril de 1997⁽⁸⁶⁾. Este Acórdão associa-o a uma “alteração morfológica do lesado, limitativa da sua capacidade de viver a vida como a

⁽⁸⁴⁾ STJ, 28/5/1995, relatado por SÁ COUTO, in *Colectânea de Jurisprudência — Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça*, ano III, Tomo II, pp. 97 ss.

⁽⁸⁵⁾ TRP, 12/12/1995, relatado por GONÇALVES VILAR, in <<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/94f534059d4274178025686b0066bfe6>>.

⁽⁸⁶⁾ In *Colectânea de Jurisprudência*, ano XXII, Tomo II, 1997, p. 204.

vivia antes do mesmo acidente, por violação da sua personalidade humana”. Acrescenta ainda que tal dano traduz-se “num prejuízo concreto, consistente na privação ou diminuição do gozo de bens espirituais, insuscetíveis de avaliação pecuniária, como a saúde, a inteligência, os sentimentos, a vontade, a capacidade afectiva e criadora, a liberdade, a reserva da privacidade individual e o prazer proporcionado pela vida e pelos bens materiais, e integra-se na categoria dos danos não patrimoniais”⁽⁸⁷⁾.

Começando pelo final da passagem que transcrevemos, é de salientar que o Tribunal da Relação enquadrou o dano biológico (bem, a nosso ver) na categoria dos danos não patrimoniais, questão que veio a sofrer alterações por parte da nossa jurisprudência como veremos posteriormente. É certo que o caso a que se reporta esta decisão foi gravíssimo, ficando o lesado, em consequência do acidente de viação, como “um morto-vivo”. Assim o definiram os desembargadores; daí perceber-se a vastíssima qualificação que apresentaram para o dano biológico, não se centrando naquilo que realmente a figura convoca: a lesão da integridade física em *se e per se* considerada. Trouxeram os desembargadores do Tribunal da Relação do Porto, para a categoria do dano biológico, toda a dimensão sentimental e existencial da vida, talvez porque quem lê ou ouve a expressão “dano biológico” pense imediatamente numa dimensão maior daquela que porventura parecerá a de “dano corporal”.

Quanto à atribuição da compensação, pode ler-se no sumário do Acórdão: “Esse dano biológico é merecedor de condigna compensação, ao lado da que é reclamada pelas dores físicas e sofrimento psíquico (*pretium doloris*), a fixar num quantitativo unitário, no âmbito dos danos não patrimoniais”⁽⁸⁸⁾. Não questionamos o resultado final; no entanto, podem ser levantadas algumas dúvidas sobre a forma como o Tribunal lá chegou. Já acima referimos que dano biológico, dano moral e dano existencial partilham a mesma característica da não patrimonialidade; porém, se optarmos por individualizar os danos dentro da vasta categoria dos danos não

⁽⁸⁷⁾ *In Colectânea de Jurisprudência*, ano XXII, Tomo II, 1997, p. 205.

⁽⁸⁸⁾ *Ibidem*.

patrimoniais, é importante que se delimitem o mais claramente possível as fronteiras entre eles. Daqui resulta que as dores físicas e psíquicas (pois no caso verificou-se uma patologia psíquica grave) já estão, ou devem estar, contempladas no dano biológico. As “dores” que podem ser ressarcidas autonomamente são aquelas que cabem no dano moral (tristeza, desânimo, etc.). Não se deve cair no erro de multiplicação de danos, como quer parecer neste Acórdão, para no fim se concluir que tudo é ressarcido numa categoria unitária.

Parece-nos, no entanto, que quanto ao montante compensatório total, por danos não patrimoniais, atribuído ao lesado (10.000.000\$00), ultrapassando os montantes que na altura eram atribuídos pela perda da vida, não foi excessivo. Concordamos, assim, com a ideia que pode ler-se no acórdão: “pior do que a verdadeira morte física é ir-se morrendo todos os dias”⁽⁸⁹⁾. Nota-se pois uma tendência, que hoje existe ainda mais acentuadamente, de atribuição de compensações mais elevadas por lesões físicas do que aquelas que são arbitradas pelo dano da morte ou, se se preferir, pelo dano da perda de vida. Mereceu-nos este acórdão análise isolada por ser o primeiro, no ordenamento jurídico português sobre o dano biológico. Tentaremos expor de seguida o restante percurso da figura no nosso ordenamento jurídico.

A partir daqui, essencialmente depois de 2005, a jurisprudência portuguesa passou a aplicar com muita frequência este dano; no entanto, tornou a temática em seu redor muito difícil, na medida em que, como veremos, não há consenso sobre em que categoria de danos deverá o dano biológico ser ressarcido.

É muito vasta a jurisprudência sobre o tema que aqui tratamos e, assim sendo, não nos é possível uma análise de pormenor, como seria desejável. A jurisprudência maioritária enquadra o dano biológico na categoria dos danos patrimoniais, frequentemente reconduzido aos danos patrimoniais futuros. Por outras palavras: quando não há perdas económicas imediatas provocadas pela lesão, o dano biológico é valorado nos lucros que eventualmente o lesado irá ter

⁽⁸⁹⁾ *In Colectânea de Jurisprudência*, ano XXII, Tomo II, 1997, p. 207.

no futuro (aqui reconduzido aos lucros cessantes) e, nos casos em que essas perdas não sejam previsíveis admite-se que o dano biológico se configura no esforço acrescido que o lesado tem de suportar em todas as atividades da vida. Isto porque o dano biológico poderá constituir perda de capacidades físicas e intelectuais nos campos laboral, recreativo, social, sexual ou sentimental, devendo, pois, ser ressarcido enquanto dano patrimonial e por isso não podendo ser reduzido à categoria dos danos não patrimoniais.

Assim entendeu o Supremo Tribunal de Justiça, por exemplo, nos seguintes Acórdãos:

Ac. de 6 de Maio de 1999⁽⁹⁰⁾ (o montante indemnizatório arbitrado, incluindo o dano biológico, foi de 18.412.202\$00);

Ac. de 22 de setembro de 2005⁽⁹¹⁾ (foi arbitrado o montante de 35.000 euros pelo dano biológico individualizado dos restantes danos patrimoniais);

Ac. de 19 de Maio de 2009⁽⁹²⁾ (foi arbitrada a indemnização de 40.000 euros pelos danos patrimoniais futuros, incluindo o dano biológico);

Ac. de 1 de outubro de 2009⁽⁹³⁾ (foi arbitrada, a título de dano patrimonial futuro, incluindo o dano biológico, a indemnização no montante de 35.000 euros);

⁽⁹⁰⁾ STJ, 6/5/1999, relatado por FERREIRA DE ALMEIDA, *in* <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/6679a1b31951552680256bdc005b09b5>>.

⁽⁹¹⁾ STJ, 22/9/2005, relatado por SALVADOR DA COSTA, *in* <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/b299f1cb9cd0c43380257098003a5186>>.

⁽⁹²⁾ STJ, 19/5/2009, relatado por FONSECA RAMOS, *in* <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/290b765883488632802575bb003ba0af>>.

⁽⁹³⁾ STJ, 1/10/2009, relatado por SOUSA FONTE, *in* <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/e1c512e7749eded08025764a0051035d>>. Veja-se a seguinte passagem do Acórdão que traduz a linha de pensamento seguida pela grande maioria das decisões que qualificam o dano biológico como dano patrimonial futuro: “No caso em que a incapacidade não determina perda salarial, o que há a considerar como dano futuro é o dano biológico, porquanto aquela incapacidade determina necessariamente “uma irreversível perda das capacidades físicas e intelectuais que a idade agravará. (...) Trata-se de um dano patrimonial futuro que não se reduz à categoria dos danos não patrimoniais (...)”.

Ac. de 7 de junho de 2011⁽⁹⁴⁾ (foi arbitrada a indemnização de 23.000 euros a título de danos patrimoniais, incluindo o dano biológico, enquanto dano patrimonial futuro);

Ac. de 15 de março de 2012⁽⁹⁵⁾ (o montante indemnizatório atribuído por danos patrimoniais futuros, incluído o dano biológico, foi de 30.000 euros).

Ainda seguindo o entendimento dos Acórdãos anteriormente citados, o Tribunal da Relação do Porto, em algumas decisões enquadrou também o dano biológico na figura dos danos patrimoniais futuros, por exemplo nos seguintes Acórdãos:

Ac. de 21 de abril de 2005⁽⁹⁶⁾ (fixou-se, a título de danos patrimoniais um montante indemnizatório de 200.000 euros);

Ac. de 17 de setembro de 2009⁽⁹⁷⁾ (a título de perda de ganhos futuros, englobando o dano biológico, foi arbitrado o montante de 7.200 euros).

O mesmo entendimento foi seguido pelo Tribunal da Relação de Lisboa, que afirmou no Acórdão de 6 de dezembro de 2012⁽⁹⁸⁾: “Ao arbitrar-se indemnização pelo dano patrimonial futuro deve ter-se em consideração, não apenas a parcela de rendimentos salariais directa e imediatamente perdidos em função do nível de incapacidade laboral do lesado (...) mas também o dano biológico sofrido pelo lesado, com relevantes limitações funcionais, implicando um esforço acrescido no exercício da atividade e gerando uma irremediável perda de oportunidade na evolução previsível da

⁽⁹⁴⁾ STJ, 7/6/2011, relatado por GRANJA DA FONSECA, *in* <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/cd205a6b3360bfla802578b100475490>>.

⁽⁹⁵⁾ STJ, 15/3/2012, relatado por JOÃO TRINDADE, *in* <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/7f93477d638b3703802579c70030f24b>>.

⁽⁹⁶⁾ TRP, 21/4/2005, relatado por FERNANDO BAPTISTA, *in* <<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/404776c978bfc78980256ff80049728b>>.

⁽⁹⁷⁾ TRP, 17/9/2009, relatado por JOSÉ FERRAZ, *in* <<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/ea60e375c0a145218025764a003bf993>>.

⁽⁹⁸⁾ TRL, 6/12/2012, relatado por FÁTIMA GALANTE, *in* <<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/099fca7906c23d0880257b2b00536ba6>>.

respectiva carreira profissional, alicerçada em curriculum profissional sólido e capacidades pessoais já amplamente reveladas”.

Não podemos deixar de fazer algumas observações a propósito do entendimento dos Tribunais nos Acórdãos que acima referimos. Antes de mais, causa-nos alguma estranheza o enquadramento da lesão da integridade psicofísica da pessoa na categoria dos danos patrimoniais. Tratando-se a saúde de um valor imaterial, a sua lesão, no nosso entendimento, só poderá configurar um dano não patrimonial. Além disso, admitir-se que o maior dispêndio de energia e de esforço do lesado, ainda que não haja reflexos na sua capacidade de auferir rendimentos, deverá ser ressarcido como dano patrimonial futuro, é algo que nos provoca algumas questões e algumas perplexidades. De facto, como transformar a dor em dinheiro? Dizer-se que o maior dispêndio de força e energia é um dano patrimonial, é admitir que pode colocar-se a saúde do lesado *indemne*. Situação diferente (à qual aderimos) seria aceitar que este “maior esforço” do lesado deve ser avaliado em sede não patrimonial, com recurso a critérios de equidade, tentando, de alguma forma, compensar o *onus* que terá de suportar quem viu a sua saúde prejudicada. Note-se que não ignoramos eventuais danos patrimoniais sucessivos ao dano biológico; no entanto, devem ser ressarcidos no devido lugar, ou seja, em sede patrimonial, nunca interferindo na qualificação do dano base⁽⁹⁹⁾.

Outra construção jurisprudencial em torno do dano biológico admite que o mesmo seja ressarcido como dano patrimonial ou não patrimonial, conforme as repercussões do mesmo na vida do lesado. Admite assim a jurisprudência em alguns Acórdãos que as perdas económicas derivadas da lesão configuram o dano biológico patrimonial enquanto o maior desgaste do lesado e a afetação da sua saúde (quando não se traduzam de forma negativa sobre o seu património) configuram o dano biológico de natureza não patrimonial. Neste sentido decidiu o Supremo Tribunal de Justiça nos seguintes Acórdãos:

⁽⁹⁹⁾ Cf. JOSÉ ALBERTO GONZÁLEZ, *Responsabilidade Civil*, 3.^a ed. (revista e aumentada), Lisboa, Quid Juris, 2013, p. 46.

Ac. de 27 de outubro de 2009⁽¹⁰⁰⁾, admitindo de forma clara a dualidade indemnizatória/compensatória que pode ser feita quando está presente um dano biológico: “o chamado dano biológico tanto pode ser ressarcido como dano patrimonial, como compensado a título de dano moral (...) A situação terá de ser apreciada casuisticamente, verificando se a lesão originou, no futuro, durante o período activo do lesado ou da sua vida e, só por si, uma perda de capacidade de ganho ou se traduz, apenas, numa afectação da sua potencialidade física, psíquica ou intelectual, para além do agravamento natural resultante da idade.” (Neste caso foi arbitrada uma indemnização de 10.000 euros pelo dano biológico patrimonial, tendo sido a sua componente não patrimonial ressarcida conjuntamente com os restantes danos morais, ou não patrimoniais);

Ac. de 23 de novembro de 2010⁽¹⁰¹⁾, que merece uma chamada de atenção, já que foi a primeira vez (tanto quanto conseguimos perceber) que se afirmou o seguinte: “Da configuração do dano biológico como lesão da saúde, ou seja, da sua qualificação como dano evento, objectivamente antijurídico, violador de direitos fundamentais, constitucionalmente protegidos, resulta, como consequência, a atribuição da sua natureza não patrimonial”. No entanto, logo a seguir, acaba por concluir que “o dano biológico pode ser ressarcido como dano patrimonial, ou compensado, a título de dano moral, mas não nas duas vertentes, simultaneamente, devendo a situação ser apreciada casuisticamente”. Significa isto que o Acórdão começa o enquadramento do dano de forma irrepreensível. Termina, porém, dizendo aquilo que já havia sido dito noutras decisões, deixando em aberto a natureza do dano. Acrescenta apenas ao entendimento do Supremo Tribunal, referido na decisão anterior, que havendo nexo de causalidade entre o dano biológico e quaisquer reflexos negativos na esfera patrimonial do lesado

(100) STJ, 27/10/2009, relatado por SEBASTIÃO PÓVOAS, *in* <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/cad09260e79c8c3a8025765c0044d4a5>>.

(101) STJ, 23/11/2010, relatado por HÉLDER ROQUE, *in* <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/21bdc1551bdbf8db802577ea0056943b>>.

este dano pode ser ressarcido enquanto dano patrimonial. No entanto, caso assim seja, não poderá ser valorado em sede não patrimonial para assim se evitar duplicações das indemnizações (foi arbitrada, neste Acórdão, a quantia de 2.500 euros pelo dano biológico na sua vertente não patrimonial);

Ac. de 24 de abril de 2012⁽¹⁰²⁾ (foi arbitrada a título de danos não patrimoniais a quantia de 115.000 euros, incluindo a valoração do dano biológico enquanto “afecção da potencialidade física, psíquica ou intelectual em termos vindouros para os atos da vida corrente”);

No mesmo sentido vai também o *Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 9 de Maio de 2011*⁽¹⁰³⁾ (neste caso, foi arbitrada uma indemnização de 3.000 euros pelo dano biológico enquanto dano patrimonial);

Por fim, o *Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 3 de março de 2010*⁽¹⁰⁴⁾ (foi arbitrada a compensação de 10.000 euros pelos danos patrimoniais sofridos, incluindo o dano biológico).

Também este entendimento jurisprudencial, dos Acórdão acabados de citar, nos merece algumas observações. Causa-nos estranheza, como de resto já referimos a propósito dos Acórdãos que qualificam o dano biológico como dano patrimonial futuro, que se possa admitir que havendo nexos de causalidade entre as consequências patrimoniais negativas supervenientes à lesão e o dano biológico (ou seja, a própria lesão) este passe a ser enquadrado nos danos patrimoniais. Há, no entanto, uma evolução positiva dos tribunais relativamente à qualificação do maior esforço de vida do lesado como dano não patrimonial; com um senão, porém: não faz sentido, na nossa opinião, que a lesão da integridade psicofísica só seja qualificada como não patrimonial nos casos em que não haja

⁽¹⁰²⁾ STJ, 24/4/2012, relatado por GARCIA CALEJO, *in* <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/e736d5ed8f6fcd29802579f300454b6c>>.

⁽¹⁰³⁾ TRG, 9/5/2011, relatado por FERNANDO MONTERROSO, *in* <<http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/96ed1a2a7b4c6860802578bd004b418a>>.

⁽¹⁰⁴⁾ TRP, 3/3/2010, relatado por OLGA MAURÍCIO, *in* <<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/2a2d168404e49228802576e3005170b2>>.

prejuízos de ordem patrimonial, ou seja, não nos parece que a não patrimonialidade do dano biológico possa estar dependente da não existência de eventuais danos patrimoniais que possam surgir. Mais uma vez afirmamos que não se afigura correcto partir de danos sucessivos para alterar a natureza jurídica do dano-evento, neste caso do dano biológico.

Há ainda uma parte da jurisprudência que afirma a valoração autónoma do dano biológico. Sendo certo que a autonomia a que se refere, se olharmos com atenção, mais não é do que a atribuição de um montante indemnizatório autónomo, porque acaba por se admitir, como por exemplo no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17 de Maio de 2011⁽¹⁰⁵⁾, em que se diz: “o seu cariz poderá oscilar entre dano patrimonial ou dano moral, verificando-se se a lesão originou, no futuro, durante o período activo do lesado ou da sua vida, só por si, uma perda da capacidade de ganho, ou se se traduz, apenas, numa afectação da sua potencialidade física, psíquica ou intelectual” (o dano biológico foi valorado em 31.500 euros).

Seguindo o entendimento do Acórdão anterior, aparecem ainda na jurisprudência os seguintes:

Ac. de 20 de Maio de 2010 do Supremo Tribunal de Justiça⁽¹⁰⁶⁾, em que se afirma: “o dano biológico, perspetivado como diminuição somático-psíquica e funcional do lesado, com substancial e notória repercussão na vida pessoal e profissional de quem o sofre, é sempre ressarcível, como dano autónomo, independentemente do seu específico e concreto enquadramento nas categorias normativas do dano patrimonial ou do dano não patrimonial.” (Neste caso foi arbitrado o montante de 15.000 euros como ressarcimento do dano biológico);

Ac. de 11 de novembro de 2010 do Supremo Tribunal de Justiça, em que se transcreve o que foi dito no Acórdão de 20 de

⁽¹⁰⁵⁾ STJ, 17/5/2011, relatado por GREGÓRIO SILVA JESUS, in <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/3110de6636bc3ab18025789a0045eeb3>>.

⁽¹⁰⁶⁾ STJ, 20/5/2010, relatado por LOPES DO REGO, in <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/71f3ecd51c347b1f8025772d002fba78>>.

Maio de 2010, acima citado. (Neste caso foi arbitrada a quantia de 30.000 euros pelo dano biológico, incluída na quantia global de 60.000 euros, a título de danos patrimoniais futuros);

Ac. de 27 de fevereiro de 2012 do Tribunal da Relação de Guimarães⁽¹⁰⁷⁾: nesta decisão, depois de serem expostas as posições que a jurisprudência adotou sobre o dano biológico, acaba por ser arbitrada uma parcela indemnizatória autónoma. Diz-se apenas que “a demandante em consequência das lesões, concretamente limitação na marcha acelerada e ao subir e descer escadas, a correr, a ajoelhar-se, ao acocorar-se, às dificuldades acrescidas na vida diária, bem como ao síndrome de insuficiência venosa”, motivos que justificam a indemnização pelo dano biológico no valor de 12.000 euros;

Ac. de 20 de março de 2012 do Tribunal da Relação do Porto⁽¹⁰⁸⁾: nesta decisão, afirma-se que o dano biológico, desde que não seja valorado em sede não patrimonial ou patrimonial, pode ser autonomizado. Diz-se ainda que, caso se verifique a sua autonomização, os critérios de apuramento do dano deverão ser os mesmos utilizados para os danos não patrimoniais, isto é, com recurso à equidade. (Foi arbitrado o montante de 8.000 euros pelo dano biológico).

Quanto a este entendimento do dano biológico, temos também algumas reservas, já que nos parece que aqui a jurisprudência se demite da tarefa de o delimitar enquanto dano patrimonial ou não patrimonial.

Parece-nos ainda que a jurisprudência ao entender que a partir do momento em que se diz que o dano biológico é um “dano-evento” pretende afirmar a sua ressarcibilidade autónoma. Neste sentido, por exemplo, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça

⁽¹⁰⁷⁾ TRG, 27/2/2012, relatado por LUÍSA ARANTES, *in* <<http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/1f81c0c1601ae2b5802579b80043e939>>.

⁽¹⁰⁸⁾ TRP, 20/3/2012, relatado por M. PINTO DOS SANTOS, *in* <<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/eb424f9effb7603a802579d0003dce78>>.

de 21 de março de 2013⁽¹⁰⁹⁾ refere que “a perda de capacidade profissional é consequência normal de um sinistro que implique lesões físicas ou psíquicas e, por isso, compreende-se que tal perda seja configurada como dano biológico e não vista como o dano consequência do dano base que é o dano biológico”.

Não é este o entendimento que temos: pensamos antes que o que a doutrina e a jurisprudência italianas (que se debruçam muito sobre a questão do “dano-evento” e do “dano-consequência”), ao definirem o dano biológico enquanto “dano-evento”, quiseram apenas acentuar que o dano biológico se verifica na lesão em si e por si considerada, o que não muda a natureza da mesma, isto é, não deixa de ser uma violação da saúde, ou da integridade psicofísica, valores de ordem não patrimonial.

Contra a autonomização do dano biológico aparecem dois Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça: o de 17 de dezembro de 2012⁽¹¹⁰⁾, que expressamente o inclui na “perda de ganhos”⁽¹¹¹⁾, e o de 26 de janeiro de 2012⁽¹¹²⁾, que começa por admitir que “o dano biológico merece, logo porque tem lugar, tutela indemnizatória, compensatória ou ambas”; no entanto, a seguir faz referência à grande amplitude do conceito de incapacidade para o trabalho e à facilidade das indemnizações dele decorrentes. Refere-se ainda à vasta cláusula de ressarcimento de danos não patrimoniais que existe no nosso sistema, razão pela qual conclui que, assim sendo, “a conceptualização do dano biológico não veio ‘tirar nem pôr’ ao que, em termos práticos, já vinha sendo decidido pelos danos patrimoniais de carácter pessoal ou compensação pelos danos não patrimoniais”. Quanto à nossa opinião, tendemos a concordar que um

⁽¹⁰⁹⁾ STJ, 21/3/2013, relatado por SALAZAR CASANOVA, *in* <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/07a0afdf080150a480257b3b004be95b>>.

⁽¹¹⁰⁾ STJ, 17/12/2009, relatado por CUSTÓDIO MONTES, *in* <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/3d4916593dc740428025768f005b6a41>>.

⁽¹¹¹⁾ Aí pode ler-se que “ninguém defende que o dano biológico seja indemnizado autonomamente, para além da indemnização da perda de ganho, porque isso seria uma duplicação indemnizatória, como acima se demonstra, violadora da lei e dos princípios de equidade que presidem à fixação do montante indemnizatório em causa”.

⁽¹¹²⁾ STJ, 26/1/2012, relatado por JOÃO BERNARDO, *in* <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/9238d4b62acd13b880257995004236fc>>.

“novo” dano só faz sentido se a sua existência se refletir nos montantes indemnizatórios.

Merece-nos ainda algumas palavras o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 10 de dezembro de 2012⁽¹¹³⁾. Nele, o dano biológico é associado (e bem, a nosso ver) ao maior dispêndio de energia enquanto dano não patrimonial, como decorre da seguinte passagem: “se a lesão resultante de acidente de viação apenas determina um maior dispêndio de esforço e energia na realização das tarefas diárias, este dano deve ser ressarcido como dano biológico que é, segundo os parâmetros da avaliação do dano não patrimonial”. O mesmo Acórdão refere ainda que este dano deve ser ressarcido, essencialmente com recurso à equidade⁽¹¹⁴⁾. No entanto, apesar de afirmar que, no caso, releva o dano biológico enquanto dano não patrimonial, acaba por separar o montante arbitrado pelo dano biológico (13.000 euros) mais numa perspetiva indemnizatória do que propriamente compensatória⁽¹¹⁵⁾.

⁽¹¹³⁾ TRP, 10/12/2012, relatado por MARIA ADELAIDE DOMINGOS, *in* <<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/f0f8d106d953b06580257afd0035ef7d>>.

⁽¹¹⁴⁾ Veja-se a seguinte passagem do Acórdão: “estando provado que o défice funcional permanente da integridade físico-psíquica que afecta a autora não se repercute ao nível da capacidade profissional e capacidade de ganho (exercício da actividade habitual), mas ao nível da sua capacidade funcional por exigir esforço suplementar, reflecte-se, por conseguinte, nas actividades da vida diária, familiares, sociais e de lazer, é inequívoco que estão preenchidos os pressupostos da obrigação de indemnizar a que alude o art. 562.º do Código Civil e que o dano em causa terá de ser ressarcido, como dano biológico que é, com recurso, essencialmente, à equidade (arts. 564.º, n.º 2 e 566.º, n.º 3, do Código Civil)”.

⁽¹¹⁵⁾ Neste Acórdão pode ler-se: “Considerando que a culpa na produção do acidente foi imputada, na totalidade, ao condutor do veículo segurado, que o referido défice funcional físico-psíquico foi fixado num valor relativamente baixo, sem reflexos na sua actividade habitual, embora envolva esforços suplementares proporcionais ao coeficiente atribuído, que à data do acidente a autora tinha 29 anos, presumindo-se que o desenrolar da sua vida profissional activa [15] se prolongará até aos 65-70 anos, como a generalidade das pessoas que exercem uma actividade (sendo que a esperança média de vida para as mulheres é superior a 80 anos [16]), que o seu estatuto remuneratório correspondia na data do acidente a um salário médio mensal de €506,09, acrescido de €3,60x22 dias de subsídio de refeição, à luz do referido critério de equidade, que pressupõe meros juízos de verosimilhança e de probabilidade, não se olvidando que se ignora o devir das coisas, entende-se que a indemnização a título de dano patrimonial deve fixar-se em €13.000,00, valor este atualizado à data da sentença”. Ficamos sem perceber se foi gralha, quando se diz “dano patrimonial” (assinalado a negrito), na medida em que estes 13.000 euros foram arbitrados

Por último, uma outra decisão jurisprudencial que pensamos ser importante mencionar é o Acórdão do mesmo Tribunal da Relação do Porto, de 8 de novembro de 2012⁽¹¹⁶⁾, que liga o dano biológico à perturbação da vida de relação. Isto leva-nos à questão que já referimos noutra capítulo deste trabalho relativa à eventual “confusão” entre o dano biológico e o dano existencial, decorrente desta passagem do referido Acórdão, em que se diz: “tratando-se de um dano biológico sem reflexo na capacidade de ganho, mas que perturba a vida de relação e o bem-estar do lesado, o cálculo da respetiva indemnização deve ser feito com recurso a juízos de equidade, tendo em consideração, designadamente, a esperança de vida, o grau de incapacidade, o tipo de ocupação e o salário por ele auferido”.

Sem que nada tenhamos a apontar quanto à determinação da “indemnização” (que numa formulação mais correta devia escrever-se compensação), parece-nos que estaremos mais próximos do chamado “dano existencial” do que, propriamente, do dano biológico. Reconhecemos, porém, que muitas vezes a fronteira entre estes dois danos é ténue, e ainda que, no caso de serem valorados simultaneamente, corre-se o risco de duplicação da compensação.

5. Conclusão

Não foi tarefa fácil acompanhar o “caminho” do dano biológico, desde o seu aparecimento na jurisprudência italiana, na década de setenta do século XX, até aos dias de hoje, passando pela sua “importação” para o ordenamento jurídico português.

Como afirmámos na parte primeira deste trabalho, o dano biológico surgiu em Itália no contexto de uma situação específica daquele ordenamento em que o sistema ressarcitório de danos não patrimoniais era muito fechado. Ainda assim, apesar de todas as vicissitudes

pelo dano biológico, separado dos valores arbitrados pelos danos não patrimoniais (15.000 euros) e pelos danos patrimoniais (1.691, 45 euros).

⁽¹¹⁶⁾ TRP, 8/11/2012, relatado por LEONEL SERÓDIO, *in* <<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/089ff7734d90150680257abb004fa759>>.

do sistema não foi pacífico o acolhimento do dano biológico. Apesar de durante muito tempo se levantarem vozes contrárias na doutrina e na jurisprudência relativamente ao seu acolhimento enquanto dano não patrimonial, hoje já se lhe reconhece maioritariamente (em Itália) a característica da não patrimonialidade.

Importa também mencionar que, de uma fase de liquidação deste dano com base em critérios tabelares objetivamente definidos, com a finalidade do seu ressarcimento ser o mais igualitário possível, começa a entrar-se numa outra fase de questionamento desses mesmos critérios e de alerta para a necessidade de recurso ao “princípio da personalização” dos danos, atendendo-se às características individuais dos lesados para que com maior justiça sejam compensados.

Quanto a nós, entendemos que o dano biológico é um subtipo do chamado dano corporal e, embora com fronteiras ténues, diferente dos dano moral e do dano existencial. Enquanto no dano moral são enquadráveis sofrimentos morais, tais como a angústia, a tristeza e outros estados de alma, no dano biológico a lesão psíquica terá de estar associada a uma patologia medicamente determinada. O dano existencial, por sua vez, é mais amplo do que o dano biológico, abrangendo quaisquer comprometimentos da vida do lesado.

Em Portugal, esta figura surge na jurisprudência, tanto quanto nos foi dado averiguar, em 1995, num Acórdão do Tribunal da Relação do Porto. No entanto, só em 1997, também num Acórdão do mesmo Tribunal, é que o dano biológico foi cabalmente tratado.

No intuito de apurarmos se a “importação” do dano biológico para o ordenamento jurídico português trouxe consigo alguma “novidade”, fizemos uma análise sintética de alguns montantes compensatórios arbitrados, a título de dano não patrimonial, pelo dano corporal, de 1986 a 1995. Neste período, em média, os tribunais atribuíam 5.000 euros (à data, ainda atribuídos em escudos) pelos referidos danos não patrimoniais. A partir do momento em que se começou a ressarcir também o dano biológico⁽¹¹⁷⁾ a jurisprudência seguiu sempre caminhos diferentes: ora o valorou entre

⁽¹¹⁷⁾ A maior parte das decisões que analisamos foram proferidas entre 2005 e 2013, porque de 1995 a 2005, embora a figura estivesse já entre nós, era pouco utilizada.

os danos patrimoniais (maioritariamente) ou não patrimoniais, sem individualizar as quantias indemnizatórias devidas pelo dano biológico concretamente (e aqui a média dos montantes que analisamos ronda os 74.000 euros), ora o valorou como dano autónomo, separando-o dos danos patrimoniais e dos danos não patrimoniais, situação em que em média do montante atribuído pelo dano perfaz os 15.000 euros.

A ideia com que ficamos é que, por tendência, os danos não patrimoniais, atendendo a toda a conceção da vida e da dignidade da mesma, são atualmente mais valorizados do que em tempos passados. Já não se põe a questão dos valores atribuídos pelo dano da morte serem o limite máximo ao ressarcimento dos danos na pessoa. Daí pensarmos que o significativo aumento dos montantes compensatórios atribuídos pelos danos não patrimoniais radica justamente no facto de ser hoje aceite que uma vida vivida de forma menos digna ou em situações de grande precariedade pode ser mais onerosa de suportar do que uma vida que simplesmente deixa de existir. Isto para dizermos que não nos parece que o surgimento do dano biológico tenha trazido alterações a este nível. Não é que não pudesse ser diferente, caso a figura fosse devidamente “arrumada”; no entanto, a jurisprudência não tem conseguido um consenso quanto à sua categorização.

Como referimos no último capítulo deste artigo, não há um entendimento único sobre a categoria em que deve ser inserido e, consequentemente, ressarcido, o dano biológico: uma parte da jurisprudência (maioritária) configura-o como dano patrimonial, muitas vezes reconduzido ao dano patrimonial futuro; outra parte admite que pode ser indemnizado como dano patrimonial ou compensado como dano não patrimonial, devendo ser analisado casuisticamente. Conforme variem as consequências da lesão (entre patrimoniais e não patrimoniais) assim variará também o próprio dano biológico. Há ainda quem admita que, por se tratar de um dano base ou dano-evento, deve ser ressarcido autonomamente; porém, a única autonomia que se encontra nesta construção é a atribuição de uma quantia monetária à parte.

Relativamente ao acolhimento do dano biológico na Portaria 377/2008, de 26 de Maio, sobre a proposta razoável de indem-

nização pelo dano corporal aos lesados em acidente de viação, reafirmamos a pequena crítica que fizemos, no sentido de o dano biológico aparecer um pouco “diluído”, sendo difícil de perceber se o legislador lhe quis atribuir, de alguma forma, carácter patrimonial, ou se, pelo contrário, a sua inserção sistemática no art. 3.º (onde de facto, só vêm referidos danos patrimoniais) foi um acaso.

Será, pois, que o dano biológico faz sentido no nosso ordenamento jurídico? Os motivos que o fizeram surgir (em Itália) não foram os mesmos que o trouxeram até ao ordenamento português. Assim sendo, dada a amplitude do ressarcimento dos danos não patrimoniais no nosso Código Civil, fará sentido “criar um novo dano” sem que isso se reflita concretamente nos montantes indemnizatórios? Ou terá antes correspondido a uma “moda jurisprudencial”?

O dano biológico, enquanto lesão da integridade psicofísica, suscetível de avaliação médico-legal, é, no nosso entendimento, um dano igual para todos, não relevando para a sua determinação os eventuais reflexos negativos que podem ocorrer no património do lesado mas, unicamente, a idade da pessoa lesada. Assim, pensamos que se trata de um dano não patrimonial, enquanto lesão do bem jurídico saúde ou integridade psicofísica, valor imaterial, devidamente reconhecido na Constituição da República Portuguesa, onde, no art. 24.º, n.º 1, se pode ler: “A integridade moral e física das pessoas é inviolável”, e ainda inserido na tutela geral da personalidade, no art. 70.º, n.º 1 do Código Civil, que diz: “A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral”.

UM RETRATO DO REGIME PORTUGUÊS DOS SEGREDOS DE NEGÓCIO(*)

*Pelo Mestre Nuno Sousa e Silva(**)*

SUMÁRIO:

1. A relevância actual dos segredos de negócio. 2. Justificação da tutela. 2.1. Argumentos de natureza categórica. **2.2.** Argumentos de natureza pragmática. **2.3.** Síntese. **3. O contexto internacional. 4. A violação de segredos de negócio. 4.1.** Noção de segredos de negócio. **4.1.1.** Informações secretas. **4.1.2.** Valor comercial derivado do secretismo. **4.1.3.** Objecto de diligências consideráveis. **4.1.4.** Síntese. **4.2.** Medidas de protecção. **4.3.** Actos ilícitos. **4.4.** Comparação com direitos de propriedade intelectual. **5. Medidas de tutela. 5.1.** No domínio da concorrência desleal. **5.2.** Noutros domínios. **5.3.** Limites temporais (prescrição). **6. A Proposta de Directiva (menção). 7. Um exemplo jurisprudencial. 8. Conclusão.**

Em maior ou menor medida, as comunidades organizadas foram reconhecendo as vantagens de consagrar alguma protecção jurídica ao segredo. No entanto, antes de existir tutela legal a sua protecção era simplesmente factual: o segredo, porque o era, estava

(*) Este texto constitui um desenvolvimento (com maior enquadramento teórico) da exposição oral feita no Seminário "A Protecção Legal de Segredos de Negócio" que leccionei na UCP (Porto) em Julho de 2014. O autor gostaria de agradecer a Janete Fernandes, Pedro Sousa e Silva e Pedro Cerqueira Gomes pelos comentários e sugestões. Os erros permanecem meus.

(**) Mestre em Direito. LLM. IP (MIPLC). Assistente da Universidade Católica Portuguesa (Porto). Advogado (PTCS & Associados). E-mail: <nsousaesilva@gmail.com>.

protegido. Como refere MARK SUCHMAN⁽¹⁾ a ideia de tabu serviu como forma de controlo de informação e de apropriação do valor de intangíveis desde as sociedades pré-históricas. Em bom rigor, as normas sociais desempenham ainda hoje um papel fundamental na determinação de comportamentos (também) em relação a intangíveis⁽²⁾.

Há quem veja na *actio servi corrupti* um antecedente no direito romano de protecção de segredos de negócio⁽³⁾. Este entendimento é seguido por muitos mas contestado por outros⁽⁴⁾. Porém, não há dúvidas que, no âmbito das corporações, os segredos de negócio desempenhavam um papel relevante, gozando então de concreta tutela jurídica⁽⁵⁾.

Em Portugal, a protecção do segredo industrial constava já do art. 201.º, n.º 8 do Decreto de 15 de Dezembro de 1894, incluindo nos casos de concorrência desleal *aqueles em que o industrial, por suborno, espionagem, compra de empregados ou operários, ou por qualquer outro meio criminoso, consegue a divulgação de um segredo de fábrica e o utiliza*⁽⁶⁾.

Hoje em dia a disciplina protecção de segredos de negócio na Europa e no Mundo é de grande heterogeneidade, combinando frequentemente vários ramos de direito público e privado⁽⁷⁾. Este

⁽¹⁾ *Invention and Ritual: Notes on the Interrelation of Magic and Intellectual Property in Preliterary Societies*, Columbia Law Review 89 (1989), pp. 1264-1294.

⁽²⁾ Um exemplo encontra-se no papel das normas sociais no domínio da prestidigitação. Vide JACOB LOSHIN, *Secrets Revealed: How Magicians Protect Intellectual Property Without Law* in: AAVV, *Law and Magic: A Collection of Essays* (Carolina Academic Press 2010), pp. 123 e ss.

⁽³⁾ É famoso o artigo de ARTUR SCHILLER, *Trade Secrets and the Roman Law; the Actio Servi Corrupti*, Columbia Law Review 30 (1930), pp. 837 e ss.

⁽⁴⁾ Contestando a posição de SCHILLER e fazendo uma recensão das posições na doutrina norte-americana, cf. ALAN WATSON, *Trade Secrets and Roman Law: The Myth Exploded*, Tulane European & Civil Law Forum 11 (1996), pp. 19 e ss.

⁽⁵⁾ S. R. EPSTEIN, *Craft Guilds, Apprenticeship, and Technological Change in Preindustrial Europe*, The Journal of Economic History, Vol. 58, n.º 3 (1998), pp. 702-705.

⁽⁶⁾ *Apud* OLIVEIRA ASCENSÃO, *Concorrência Desleal* (Almedina, 2002), p. 461.

⁽⁷⁾ Para uma perspectiva comparativa ampla veja-se a obra editada por MELVIN JAGER, *Trade Secrets Throughout the World* (Clark Boardman Callaghan, 2013) e o estudo da Baker & McKenzie de Abril de 2013, disponível em <http://ec.europa.eu/internal_market/iprenforcement/docs/trade-secrets/130711_final-study_en.pdf>.

carácter sincrético das leis que protegem segredos de negócio leva mesmo autores como ROBERT BONE a afirmar que a lei sobre segredos de negócio não passa de uma colecção de outras normas legais⁽⁸⁾. E, de facto, a sua natureza é enigmática e a sua unicidade contestável⁽⁹⁾. Na verdade, há muitos meios de tutela dos segredos de negócio, e esta envolve, frequentes vezes, normas de direito do trabalho, direitos de autor, o direito *sui generis* relativo a bases de dados⁽¹⁰⁾, direito dos contratos⁽¹¹⁾, direito de propriedade (v.g. nos documentos que contem informação confidencial), direito penal (em especial regras de criminalidade informática)⁽¹²⁾, direitos humanos/fundamentais⁽¹³⁾ ou o regime do enriquecimento sem causa. No entanto, em Portugal, a protecção dos segredos de negócio tem a sua raiz mais funda no regime da concorrência desleal⁽¹⁴⁾. Assim, sem prejuízo da referência pontual aos outros complexos normativos, será esse o ponto central da nossa análise.

⁽⁸⁾ *A New Look at Trade Secret Law: Doctrine in Search of Justification*, California Law Review, (1998), p.245. Menos radical DAN L. BURK, *Misappropriation of Trade Secrets in Biotechnology Licensing*, 4 Albany Law Journal of Science & Technology (1994), p. 125 ("...an assemblage of principles drawn from tort, contract, agency, and unfair competition law").

⁽⁹⁾ MARK A. LEMLEY, *The Surprising Virtues of Treating Trade Secrets as IP Rights*, in: AAVV, *The Law and Theory of Trade Secrecy: A Handbook of Contemporary Research* (EE 2011), p. 109 "...the puzzle is a theoretical one: no one can seem to agree where trade secret law comes from or how to fit it into the broader framework of legal doctrine".

⁽¹⁰⁾ Previsto no Decreto-Lei n.º 122/2000, por transposição da Directiva 96/9/CE relativa à protecção jurídica das bases de dados. Para uma análise sumária, cf. MATTHIAS LEISTNER, 'The protection of databases' in: ESTELLE DERCLAYE (ed.), *Research handbook on the Future of EU Copyright* (Edward Elgar 2009), pp. 427 e ss.

⁽¹¹⁾ Há ordenamentos jurídicos (v.g. Malta) em que a protecção dos segredos de negócio se faz apenas por esta via. Defende-o *de iure constituendo* ROBERT BONE, *A new look...*, cit., p. 297.

⁽¹²⁾ Sobre a intersecção entre a protecção de segredos e a criminalidade informática no quadro da legislação europeia, cf. MARCO ALEXANDRE SAIAS, *Unlawful acquisition of trade secrets by cyber theft: between the Proposed Directive on Trade Secrets and the Directive on Cyber Attacks*, JIPLP [2014], pp. 721-729.

⁽¹³⁾ Cf. a exposição em NUNO SOUSA E SILVA, *Quando o segredo é a "alma do negócio"*, Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, n.º 126 (2013), pp. 14-15.

⁽¹⁴⁾ LOBO D'ÁVILA, *Concorrência Desleal* (Coimbra 1910), pp. 252-258. Sobre a discussão acerca da natureza da protecção (propriedade ou não), veja-se S. J. SOLTYSINSKI,

Entre a jurisprudência e a doutrina mais desenvolvidas neste domínio encontra-se a relativa ao direito norte-americano⁽¹⁵⁾. Por isso, parte da nossa exposição será feita com recurso a direito comparado, privilegiando este ordenamento⁽¹⁶⁾. Até porque, apesar da capital importância dos segredos de negócio, em Portugal, conhecem-se poucas decisões de tribunais superiores que se refiram directamente à sua tutela.

Este artigo começa por apresentar algumas razões para a crescente importância dos segredos de negócio **(1)** e discutir as principais justificações para a sua tutela **(2)**, traçando um retrato do regime nacional de segredos de negócio, após uma contextualização normativa a nível supranacional **(3)**. O regime nacional é caracterizado **(4)**, analisando-se a noção de segredo de negócios, os meios factuais e jurídicos para a sua protecção e os requisitos para que ocorra uma violação. Efectua-se ainda uma comparação entre o regime dos segredos de negócio e a tutela através de direitos de propriedade intelectual. Seguidamente, os meios de tutela ao dispor do titular de um segredo de negócio são brevemente descritos **(5)**. Antes de concluir, o texto faz um relato sumário da proposta de directiva sobre a matéria **(6)** e apresenta um exemplo jurisprudencial que serve como síntese **(7)**.

1. A relevância actual dos segredos de negócio

O assunto dos segredos de negócio e da sua tutela jurídica tem crescido em importância. Gradualmente os segredos de negócio vão

Are Trade Secrets Property?, in: IIC 17(3) (1986), pp. 331-356 (com uma perspectiva de direito civil/continental, defendendo o carácter de propriedade) e LIONEL BENTLY, *Trade secrets — Intellectual Property but not 'property'?*, in: HELENA HOWE & JONATHAN GRIFFITHS (eds.), *Concepts of Property in Intellectual Property* (Cambridge University Press, 2013), pp. 60-93.

⁽¹⁵⁾ Que também é, em grande medida, o modelo da protecção adoptada no acordo TRIPS e, assim, fonte indirecta das soluções da lei portuguesa.

⁽¹⁶⁾ Para uma panorâmica da lei americana neste domínio *vide* SHARON K. SANDEN & ELIZABETH A. ROWE, *Trade Secret Law in a Nutshell*, West, 2013.

passando de um tópico obscuro⁽¹⁷⁾, "patinho feio"⁽¹⁸⁾, "enteado" da propriedade intelectual⁽¹⁹⁾, "órfão negligenciado da análise económica"⁽²⁰⁾, a um tema relevante no estudo da propriedade intelectual e concorrência desleal⁽²¹⁾.

Para isto contribui também o aumento da percepção do valor dos intangíveis por parte das empresas, que recorrem de forma frequente a segredos de negócio, preterindo outros mecanismos de protecção, como as patentes ou os modelos de utilidade⁽²²⁾. Mesmo quando não ocorra uma preterição, existem determinados mercados em que o pioneirismo (*first mover advantage*) é o factor determinante para o sucesso⁽²³⁾ e em que a utilização de mecanismos clássicos de propriedade intelectual, com as correspondentes demoras, não é satisfatória, suficiente ou sequer possível⁽²⁴⁾.

Em contrapartida, regista-se um considerável aumento das ameaças à privacidade das empresas e, conseqüentemente, um

(17) NEIL WILKOFF, *Trade secrets: a perfect storm of unavoidable neglect?* JIPLP [2012], p. 837 (sublinhando a dificuldade de um estudo sistemático e robusto do tema).

(18) ROBERT BONE, *Trade secrecy, innovation and the requirements of reasonable secrecy precautions*, in: AAVV, *The Law and Theory...*, cit., p. 46.

(19) CHRISTOPH ANN, *Know-how — Stiefkind des Geistigen Eigentums?* [2007], GRUR, p. 39.

(20) DAVID FRIEDMAN, WILLIAM LANDES & RICHARD A. POSNER, *Some Economics of Trade Secret Law*, *Journal of Economic Perspectives* [1991], p. 61.

(21) Serve de exemplo a circunstância de o curso do MIPLC (instituição académica gerida pelo Max Planck Institut, em Munique) ter incluído pela primeira vez no seu programa de estudos uma disciplina autónoma sobre segredos de negócio em 2013.

(22) A preferência empresarial por segredos de negócio tem sido assinalada em vários estudos. Destacamos a síntese de NICOLA SEARLE, *The Economics of Trade Secrets: Evidence from the Economic Espionage Act (2010)*, pp. 56 e ss. disponível em <<http://research-repository.st-andrews.ac.uk/bitstream/10023/1632/7/NicolaSearlePhDThesis.pdf>>.

(23) NEIL WILKOFF, *Is first mover advantage still a relevant trade secret strategy?*, in: <<http://ipfinance.blogspot.pt/2014/06/is-first-mover-advantage-still-relevant.html>> (13 de Junho 2014).

(24) EUGENIO HOSS, *Delays in Patent Examination and Their Implications under the TRIPS Agreement* (2011) MIPLC Master Thesis Series <<http://ssrn.com/abstract=2166853>>, p. 19 ("...if delays in patent offices make patents less attractive, they also reduce the incentive for innovators to disclose, and might push innovators to move away from the patent system and to rely on other methods of protection, such as trade secrets, which would in the end imply a lack of dissemination of knowledge"). No mesmo sentido, MARK LEMLEY, *The surprising virtues...*, cit., p. 331.

maior risco de apropriação indevida dos seus segredos de negócio. Para isto contribui a revolução digital⁽²⁵⁾, o aumento de mobilidade de trabalhadores⁽²⁶⁾ e a crescente concorrência transnacional, de tal forma que, em muitos domínios, não é exagerado falar num mercado mundial⁽²⁷⁾.

2. Justificação da tutela

Quando analisamos a fundamentação ou justificação de tutela de um dado bem imaterial (ou, de um modo mais geral, de uma acção), os seus fundamentos podem ser divididos em ontológicos/ /categóricos, olhando para o valor da protecção em si, e consequencialistas/pragmáticos, valorando a medida adoptada em função dos seus resultados⁽²⁸⁾. Para justificar a protecção de segredos de negócio, são ensaiados argumentos de ambas as procedências⁽²⁹⁾.

(25) DAVID S. ALMELING, *Seven Reasons Why Trade Secrets are Increasingly Important*, Berkeley Technology Law Journal 27 (2012), pp. 1098-1101. Também VICTORIA CUNDIFF, *Reasonable Measures to Protect Trade Secrets in a Digital Environment*, 49 IDEA (2009), p. 361 ("The digital world is no friend to trade secrets"). Há ainda a realçar a diluição entre a esfera pública e privada operada por muitas redes sociais.

(26) DAVID S. ALMELING, *Seven Reasons...*, *cit.*, pp. 1101-1104 (com relevantes dados estatísticos).

(27) Vide <https://en.wikipedia.org/wiki/Global_marketing> (consultado a 29 de Agosto de 2014).

(28) Esta divisão deve muito a MICHAEL SANDEL, *Justice: what's the right thing to do?* (Penguin 2009). Grande parte da doutrina divide estas duas categorias de justificações em justificações económicas e justificações morais ou filosóficas (v.g. MICHAEL RISCH, *Why do we have trade secrets?* Marquette Intellectual Property Law Review [2007], pp. 26 e ss). Essa denominação parece-nos criticável visto que as justificações ditas económicas continuam a ser filosóficas. No fundo todas as justificações são filosóficas. Para uma panorâmica sobre justificações em matéria de Propriedade Intelectual, cf. JUSTIN HUGHES, *The Philosophy of Intellectual Property*, 77 Georgetown Law Journal (1989), pp. 287-366.

(29) Um argumento (de difícil classificação) referido com alguma frequência advém da noção de véu de ignorância de JOHN RAWLS (dito *contractarian*): as regras adoptadas seriam o resultado de um consenso colectivo entre agentes que desconheciam as condições concretas em que estariam quando se levantasse o véu. Para uma exposição, cf. MICHAEL RISCH, *Why...*, *cit.*, pp. 33 e ss.

2.1. Argumentos de natureza categórica

Há quem aponte como fundamento para a protecção dos segredos a **ética comercial**: a garantia da concorrência honesta⁽³⁰⁾. Este conceito, importante, é criticado pela sua generalidade e imprecisão. Como escreveu o juiz inglês JACOBS "What one man calls "unfair" another calls "fair""⁽³¹⁾. No entanto, esse é um problema geral da concorrência desleal e, mais amplamente, de qualquer conceito indeterminado⁽³²⁾. Outra crítica que lhe pode ser feita é a sua falta de justificação económica e os efeitos nefastos da protecção em excesso⁽³³⁾. Claro que isto constitui uma contestação com base em argumentos pragmáticos e é sempre possível contrapor que o Direito é mais do que um mecanismo de promoção da eficiência económica⁽³⁴⁾. ROBERT BONE⁽³⁵⁾ assinala ainda que este argumento não tem fundamento empírico, não sendo claro se empresas concorrentes, na ausência da lei, consagrariam uma protecção de segredos de negócio⁽³⁶⁾.

Um argumento de carácter mais jurídico prende-se com a protecção de **direitos fundamentais**/direitos humanos/direitos de personalidade⁽³⁷⁾. A protecção legal de segredos de negócio seria

⁽³⁰⁾ MICHAEL RISCH, *Why...*, *cit.*, p. 36 ("The more likely explanation is simply that people do not like bad acts").

⁽³¹⁾ JACOB LJ, *in*: L'Oréal SA v. Bellure NV, [2007] EWCA Civ 968 (Court of Appeal) [139].

⁽³²⁾ Cf. RAÚL GUICHARD, *Tópicos sobre técnicas legislativas* [inicialmente publicado na Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas, n.º 17 (substancialmente revisto e ampliado, disponível em <<https://sites.google.com/site/textosderaulguichard/>>)], pp. 61 e ss.

⁽³³⁾ MARK LEMLEY, *Property, Intellectual Property, and Free Riding*, 83 Texas Law Review (2005), pp. 1058 e ss.

⁽³⁴⁾ Para uma crítica contundente da análise económica do Direito em relação à Propriedade Intelectual veja-se o texto de ANDREAS RAHMATIAN, *A Fundamental Critique of the Law-and-economics Analysis of Intellectual Property Rights*, 17 Marquette Intellectual Property Law Review (2013), pp. 191-229.

⁽³⁵⁾ *The (still)...*, *cit.*, p. 12.

⁽³⁶⁾ MICHAEL RISCH, *Why...*, *cit.*, p. 37 refere que esta crítica carece de fundamento: "when commercial decency is an outgrowth of populism. (...) In the end, as with any other populist theory, whether one accepts populism as a justification of trade secrets will primarily depend on whether one accepts majority rule as a justification, in general, and whether "legitimacy" imparts any sort of moral force".

⁽³⁷⁾ Como explica JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, IV (4.ª ed.,

um imperativo resultante, para uns, da privacidade das empresas⁽³⁸⁾, e, para outros, do seu direito de propriedade⁽³⁹⁾. Neste último aspecto parece confluir a ideia de **protecção do investimento**⁽⁴⁰⁾ e da concorrência pela prestação (*Leistungswettberbs*)⁽⁴¹⁾. Também quanto a esta justificação são apontadas críticas sobretudo de carácter económico, especialmente o risco de protecção em excesso⁽⁴²⁾.

2.2. Argumentos de natureza pragmática

O argumento de **poupança de custos** pode ser ilustrado com recurso ao conhecido caso norte-americano *E.I. duPont de Nemours*

Coimbra Editora, 2008), p. 69, "não obstante largas zonas de coincidência, não são, contudo, assimiláveis direitos fundamentais e direitos de personalidade (...). Os direitos fundamentais pressupõem relações de poder, os direitos de personalidade relações de igualdade (...). Os direitos fundamentais pertencem ao domínio do Direito Constitucional, os direitos de personalidade ao do Direito Civil". Além disso, "nem a todos os direitos de personalidade (...) correspondem direitos fundamentais" [CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade* (Coimbra Editora, 1995), p. 584]. No entanto, para este efeito, nada há de problemático em equiparar os dois conceitos.

⁽³⁸⁾ ROBERT BONE, *The (still)...*, *cit.*, p. 11, nega que as pessoas colectivas possam gozar de um direito de privacidade. Partilha dessa opinião em face do direito inglês TANY APLIN, *A Right of Privacy for Corporations?*, in: PAUL TORREMANS (ed.), *Intellectual Property and Human Rights*, pp. 475-505. No entanto essa possibilidade é pacificamente aceite em Portugal (cf. NUNO SOUSA E SILVA, *Quando o segredo...*, *cit.*, p. 14), gozando aliás de consagração constitucional (art. 12.º/2 CRP).

⁽³⁹⁾ MARCO BRONCKERS & NATALIE MCNELIS, *Is the EU obliged to improve the protection of trade secrets? An inquiry into TRIPS, the European Convention on Human Rights and the EU Charter of Fundamental Rights*, 34(10) EIPR (2012), pp. 673-688.

⁽⁴⁰⁾ Próximo do fundamento Lockeano de justificação de propriedade. Em apoio desta justificação a doutrina norte-americana cita frequentemente a passagem do caso *Peabody v. Norfolk*, 98 Mass. 452, 457 (1868): "It is the policy of the law, for the advantage of the public, to encourage and protect invention and commercial enterprise. If a man establishes a business and makes it valuable by his skill and attention, the good will of that business is recognized by the law as property".

⁽⁴¹⁾ OLIVEIRA ASCENSÃO, *O princípio da prestação: Um novo fundamento para a Concorrência Desleal?*, ROA [1996], pp. 5-40.

⁽⁴²⁾ MICHAEL RISCH, *Why...*, *cit.*, p. 30. Também ROBERT BONE, *The (still)...*, *cit.*, pp. 26 e ss.

& Co. v. Rolfe Christopher⁽⁴³⁾. Dois fotografos haviam sobrevoado e fotografado uma fábrica em construção da empresa norte-americana duPont com vista a descobrir o método secreto de produção de metanol desenvolvido por esta. O Tribunal do 5.º Circuito julgou que este comportamento constituía um meio impróprio de obtenção da informação e, por isso, violação do segredo de negócio da duPont. A tutela legal deste segredo de negócio dispensa a empresa de investir noutros meios de protecção como a construção de um tecto provisório⁽⁴⁴⁾. Assim, a tutela legal permite gerar confiança na protecção dos segredos e dispensar investimentos adicionais na sua protecção factual, servirá assim como um método de repartição de esforços com a tutela do segredo. No entanto, esta doutrina é criticada pela falta de dados empíricos que a justifiquem⁽⁴⁵⁾.

A justificação da tutela de segredos pela promoção da **partilha (selectiva) de informação** assenta na ideia de que a tutela legal gerará confiança suficiente para que os titulares de segredos de negócio possam revelar (alguma) informação. Segundo esta teoria, na ausência de tutela legal um titular nunca partilharia o seu segredo pois não existiriam consequências (pelo menos a nível jurídico) para a sua violação. ROBERT BONE⁽⁴⁶⁾ critica este fundamento frisando que a divulgação em causa não é coincidente com a divulgação pública que a Propriedade Intelectual visa promover, visto que, no caso dos segredos de negócio, a divulgação não permite a utilização livre ou inovadora da informação divulgada.

Há também quem avance a justificação do **estímulo à inovação e à produção de informação**⁽⁴⁷⁾. No entanto, como apontam MICHAEL ABRAMOWICZ e JOHN F. DUFFY⁽⁴⁸⁾, grande parte da infor-

⁽⁴³⁾ 431 F.2d 1012 (5.th Cir. 1970)

⁽⁴⁴⁾ Neste sentido e com este exemplo, cf. DAVID FRIEDMAN, WILLIAM LANDES & RICHARD A. POSNER, *Some economics...*, cit., p. 62.

⁽⁴⁵⁾ MICHAEL ABRAMOWICZ & JOHN F. DUFFY, *Intellectual Property for market experimentation*, New York Law Review 83 (2008), p. 390.

⁽⁴⁶⁾ *The (still)...*, cit., p. 22.

⁽⁴⁷⁾ Para uma análise aprofundada da validade desta justificação, cf. MICHAEL RISCH, *Trade Secret Law and Information Development Incentives*, in: AAVV, *The law and theory...*, cit., pp. 152-182.

⁽⁴⁸⁾ *Intellectual Property for...*, cit., pp. 389-391.

mação protegida por segredos de negócio não poderia gozar de direitos de exclusivo e seria produzida em qualquer caso no decorrer da normal operação de uma empresa. Para estes autores, o que está em causa é um estímulo ao teste de mercados (*market experimentation*): a protecção de segredos de negócio criará um subsídio para a entrada nos mercados ao estabelecer barreiras à entrada suficientes para a encorajar⁽⁴⁹⁾. Outra crítica a esta justificação prende-se com a duplicação de esforços de inovação⁽⁵⁰⁾. Uma vez que, ao contrário do direito de patentes, o acesso à protecção de segredos de negócio não implica divulgação, os concorrentes continuarão a investir para obter soluções que poderão já estar inventadas, o que diminui o ritmo de inovação. Além disso, a protecção de segredos de negócio tem potencial para desviar investimento em tecnologia patenteável⁽⁵¹⁾.

Há quem aponte que o regime de tutela legal dos segredos de negócio constituiu uma possível **resolução do paradoxo de Arrow**⁽⁵²⁾. Num conhecido artigo de 1962 o economista KENNETH ARROW⁽⁵³⁾ identificou a dificuldade que há em comercializar informação: para que um "comprador" possa avaliar o seu valor tem que a inspeccionar primeiro, no entanto, após a inspecção, o "comprador" já possui a informação e não tem razão para pagar por ela⁽⁵⁴⁾. Para evitar que, após a revelação confidencial de informação, outrem pudesse utilizá-la livremente, a protecção de segredos de negócio (de forma análoga à Propriedade Intelectual) limita esse uso, criando assim condições necessárias para a comercialização e exploração de informação⁽⁵⁵⁾.

(49) *Ibid*, p. 390.

(50) Assim ROBERT BONE, *The (still)...*, *cit.*, p. 8

(51) ROBERT BONE, *The (still)...*, *cit.*, p. 15.

(52) SHARON K. SANDEEN & ELIZABETH A. ROWE, *Trade Secret...*, *cit.*, p.5.

(53) *Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention*, in: AAVV, *The Rate and Direction of Inventive Activity: Economic and Social Factors* (National Bureau of Economic Research 1962), pp. 609 e ss.

(54) *Economic Welfare...*, *cit.*, p. 615. Para uma análise das possíveis soluções legais além da Propriedade Intelectual para o paradoxo, cf. MICHAEL BURNSTEIN, *Exchanging Information Without Intellectual Property*, *Texas Law Review* 91 (2012), pp. 227-282. Sobre o lugar da informação no sistema da propriedade intelectual, cf. DÁRIO MOURA VICENTE, *A informação como objecto de direitos*, *Revista de Direito Intelectual*, 1 (2014), pp. 115-129.

(55) MARK LEMLEY, *The surprising virtues...*, *cit.*, p. 127.

2.3. Síntese

Como vimos, as justificações para o regime legal são múltiplas e nenhuma é isenta de críticas⁽⁵⁶⁾. Parte destes argumentos, sobretudo os de natureza económica, fazem depender a sua validade de dados empíricos que são, na sua maior parte, desconhecidos. Poderá pensar-se numa conclusão próxima daquela a que chegou o economista norte-americano FRITZ MACHLUP num estudo aprofundado sobre o sistema de patentes⁽⁵⁷⁾: com base no que se sabe, seria irresponsável consagrar um sistema de protecção mas, uma vez que este existe, seria também irresponsável abolir esse sistema. Os actores no mercado contam com a protecção em matéria de segredos de negócio e, muitas vezes, estruturam a sua actividade com base na protecção desses bens intangíveis.

Os argumentos de natureza categórica sofrem sobretudo problemas de coerência em face do sistema legal existente e são questionáveis numa perspectiva de equilíbrio de interesses e valores conflituantes.

3. O contexto internacional

O acervo internacional em matéria de segredos de negócio é escasso. Anteriormente a 1994 era discutido se respectiva protecção estava ou não incluída no art. 10.^o*bis* da Convenção de União de Paris⁽⁵⁸⁾. Segundo esse artigo:

⁽⁵⁶⁾ Assim, TANYA APLIN, *et al.*, *Gurry on the Breach of Confidence* (2.^a ed, OUP, 2012), p.93.

⁽⁵⁷⁾ *An Economic Review of the Patent System*, Study N.º 15 of Committee on Judiciary, Subcommittee on Patents, Trademarks, and Copyrights, 85.th Cong., 2.nd Sess. (Comm. Print 1958).

⁽⁵⁸⁾ Para uma decisão recente de um tribunal norte-americano que afirmou “...the Lanham Act, even in conjunction with the Paris Convention, does not provide a federal cause of action for trade secret misappropriation”. Cf. *BP Chemicals Ltd. vs. Jiangsu Sopo Corporation (Group) Ltd.*, 429 F.Supp.2d 1179. Sobre a discussão que teve lugar aquando das negociações do acordo TRIPS veja-se, em detalhe, NUNO PIRES DE CARVALHO, *The TRIPS Regime of Patent Rights* (3.^a ed., Kluwer Law International 2010), pp. 546 e ss. e

- 1) *Os países da União obrigam-se a assegurar aos nacionais dos países da União protecção efectiva contra a concorrência desleal.*
- 2) *Constitui acto de concorrência desleal qualquer acto de concorrência contrário aos usos honestos em matéria industrial ou comercial.*
- 3) ...

O número 3 contem uma enumeração exemplificativa de actos em que relevam a confusão e a indução em erro. Por isso mesmo, a discussão fazia-se acerca da relação (*ejusdem generis* ou não) entre a cláusula geral do número 2 e a enumeração exemplificativa do número 3⁽⁵⁹⁾.

Com a adopção do Acordo TRIPS, parte integrante do Tratado que institui a OMC, esta questão pode, em certa medida, considerar-se ultrapassada. O art. 39.º, único da secção VII relativa a informações não divulgadas⁽⁶⁰⁾, consagrou uma dupla protecção: segredos de negócio (n.º 2) e informações relacionada com produtos químicos farmacêuticos ou para agricultura, na medida em que utilizem novos elementos químicos, cuja obtenção resulte de esforço considerável (no seu n.º 3)⁽⁶¹⁾. No seu n.º 1 o art. 39.º do TRIPS esclareceu ainda que estes meios de protecção se incluem no art. 10.º *bis* da Convenção da União de Paris⁽⁶²⁾. Na expressão de

SHARON K. SANDEEN, *The limits of trade secret law: Article 39 of the TRIPS Agreement and the Uniform Trade Secrets Act on which it is based*, in: AAVV, *The Law and Theory...*, cit., pp. 537 e ss.

⁽⁵⁹⁾ Para mais indicações, cf. FRAUKE HENNING-BODEWIG, *Internationale Standards gegen unlauteren Wettbewerb*, GRUR-Int [2013], pp. 1-12.

⁽⁶⁰⁾ A escolha desta designação (*informações não divulgadas*) explica-se pela preocupação em adoptar um termo neutro, isto é, que não fizesse referência a uma tradição normativa. Temia-se que a utilização da designação tradicional “segredos de negócio” (*trade secrets*) representasse uma concessão à visão americana, baseada na ideia de propriedade, que havia sido vigorosamente rejeitada pela delegação indiana. Mas, como é geralmente sublinhado, não se trata de informações não divulgadas mas sim de informações divulgadas selectivamente e sob confidencialidade.

⁽⁶¹⁾ Não tratarei desta protecção complexa e que tem igualmente um conteúdo positivo. Para mais indicações *vide* CARLOS CORREA, *Test data protection*, in: AAVV, *The law and theory...*, cit., pp. 568 e ss.

⁽⁶²⁾ Note-se que a remissão para a Convenção da União de Paris operada pelo art. 2.º, n.º 1 TRIPS tem alcance limitado, daí o conteúdo normativo desta expressão.

PIRES DE CARVALHO⁽⁶³⁾ trata-se de “uma interpretação operativa e declarativa do art. 10.º *bis*, vinculativa para os membros da OMC”. No entanto, e apesar da referência expressa à concorrência desleal, continua a vigorar a liberdade de transposição⁽⁶⁴⁾.

Da conjugação dos n.ºs 1 e 2 do art. 39.º TRIPS, resulta o poder — por parte de quem tiver legalmente o controlo (o titular) da informação relevante — de impedir a divulgação, aquisição ou utilização desta informação por terceiros de uma **forma contrária às práticas comerciais leais**. Em nota ao artigo densifica-se o conceito “forma contrária às práticas comerciais leais”, através de uma enumeração exemplificativa⁽⁶⁵⁾. Em bom rigor, não se protegem segredos de negócio de forma absoluta; apenas se protegem segredos de negócio contra a aquisição, utilização ou divulgação **indevidas**. É necessário que a acção em causa seja contrária às práticas comerciais honestas, constituindo um acto de concorrência desleal, para que se afirme violação de segredos de negócio e, dessa forma, haja lugar a tutela.

4. A violação de segredos de negócio

A análise de um caso de segredos de negócio deve, a nosso ver, ser feita em três etapas: avaliar se existe um segredo de negócio (1), determinar se este foi adquirido por meios ilícitos/reprováveis (2) e considerar os meios de tutela disponíveis (3).

⁽⁶³⁾ *The TRIPS Regime of Antitrust and Undisclosed Information* (Kluwer Law International, 2008), p. 202.

⁽⁶⁴⁾ NUNO SOUSA E SILVA, *Quando o segredo...*, *cit.*, p. 6. Expressamente nesse sentido dispõe o art. 1.º, n.º 1 TRIPS. Em sentido contrário pronuncia-se INGO MEITINGER, *in*: Cottier/Verón, *Concise International and European IP Law* (2.ª ed., Wolters Kluwer, 2011), p. 115 e, em Portugal, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Concorrência Desleal...*, *cit.*, pp. 470-471.

⁽⁶⁵⁾ É curioso notar que alguns dos casos enumerados são casos típicos do problema da eficácia externa das obrigações (como a indução à quebra de contrato). Já FERRER CORREIA & VASCO LOBO XAVIER, “Efeito externo das obrigações; abuso do direito; concorrência desleal”, RDE, Vol. V, n.º 1, 1979, pp. 3-19, tratavam desta hipótese. Sobre o tema, cf. SANTOS JÚNIOR, *Da Responsabilidade Civil de Terceiro por Lesão do Direito de Crédito* (Almedina, 2003).

4.1. Noção de segredos de negócio

O art. 318.º do CPI⁽⁶⁶⁾, cujo texto reproduz fielmente o art. 39.º(2) do Acordo TRIPS, define segredos de negócio como:

"(...) informações [que]:

- a) Sejam secretas, no sentido de não serem geralmente conhecidas ou facilmente acessíveis, na sua globalidade ou na configuração e ligação exactas dos seus elementos constitutivos, para pessoas dos círculos que lidam normalmente com o tipo de informações em questão;
- b) Tenham valor comercial pelo facto de serem secretas;
- c) Tenham sido objecto de diligências consideráveis, atendendo às circunstâncias, por parte da pessoa que detém legalmente o controlo das informações, no sentido de as manter secretas."

PATRÍCIO PAUL⁽⁶⁷⁾ decompõe os requisitos de protecção em três elementos: um elemento objectivo (o segredo), um elemento subjectivo (a vontade de o manter secreto) e um elemento normativo (existir interesse legítimo nessa reserva). Pelo nosso lado, preferimos seguir a sistematização utilizada pela jurisprudência alemã decompondo a análise em quatro pressupostos: tratar-se de (1) informação, (2) secreta, (3) com valor comercial derivado do secretismo e (4) objecto de diligências consideráveis no sentido de a manter secreta⁽⁶⁸⁾.

Antes da análise destes requisitos é conveniente proceder a algumas escolhas **terminológicas**. 'Informações não divulgadas' e 'segredos de negócio' são expressões sinónimas neste contexto. Atendendo à noção jurídica de comércio deve preferir-se 'segredos de negócio' a 'segredos de comércio'. 'Know-how' é uma noção por um lado mais ampla que 'segredos de negócio', incluindo também informação não secreta, e por outro lado, mais restrita, excluindo informação sem carácter técnico ou de aplicação técnica⁽⁶⁹⁾.

⁽⁶⁶⁾ Sobre os antecedentes normativos desta disposição em Portugal, cf. NUNO SOUSA E SILVA, *Quando o segredo...*, cit., p. 12.

⁽⁶⁷⁾ *Concorrência desleal e segredos de negócio*, in: AAVV, *Direito Industrial*, Vol. II, (Almedina, 2002), p. 148.

⁽⁶⁸⁾ Cf. NUNO SOUSA E SILVA, *What exactly is a trade secret under the proposed directive?* JIPLP [2014], pp. 925 e ss.

⁽⁶⁹⁾ *Ibid*, p. 926.

4.1.1. Informações secretas

Para que algo seja um segredo de negócio é necessário que constitua **informação**⁽⁷⁰⁾, a qual pode ser definida como um conjunto de dados organizados/estruturados⁽⁷¹⁾. Uma questão debatida é se a informação tem que ser **verdadeira** para ser protegida. Entendemos que sim com base no requisito de valor comercial (se a informação não é verdadeira, não terá valor comercial)⁽⁷²⁾. Por seu lado FRANÇOIS DESSEMONTET⁽⁷³⁾ considera que também a informação falsa ou enganadora poderá gozar de protecção.

Esta exigência (de que se trate de informação) não tem um efeito delimitador relevante. Os Tribunais norte-americanos já consideraram que informação genética contida numa espécie de ananás⁽⁷⁴⁾ ou os textos sagrados de Cientologia⁽⁷⁵⁾ eram susceptíveis de protecção como segredos de negócio.

Exige-se igualmente que a informação seja **secreta**. Algo secreto é algo segregado, que não é do conhecimento geral. Trata-se de informação cujo conhecimento é apartado, que não está facilmente disponível para qualquer um, que integra uma esfera reservada de conhecimento⁽⁷⁶⁾. A partir do momento em que a informação seja publicada, o segredo perde-se. Isto é ilustrado no âmbito de um processo relativo a direitos de autor e *software* (*Apple v. Pystar*)⁽⁷⁷⁾ em

⁽⁷⁰⁾ NUNO PIRES DE CARVALHO, *The TRIPS Regime of Antitrust...*, cit., p. 225 ("Trade secrets are 'information'").

⁽⁷¹⁾ JOANNE ROBERTS, *From Know-how to Show-how? Questioning the Role of Information and Communication Technologies in Knowledge Transfer*, *Technology Analysis & Strategic Management* 12 (2000), p. 430 ("Information is defined as data that has been arranged into a meaningful pattern"). LUCIANO FLORIDI, *Information — A very short introduction* (OUP, 2010), p. 88 (structured, semantic, and factual data).

⁽⁷²⁾ NUNO SOUSA E SILVA, *What exactly...*, cit., p. 927.

⁽⁷³⁾ *Protection of Trade Secrets and Confidential Information*, in: CARLOS CORREA & ABDULQAWI A. YUSUF (eds.), *Intellectual Property and International Trade: The TRIPS Agreement* (2.nd ed., Wolters Kluwer, 2008), p. 281.

⁽⁷⁴⁾ *Del Monte Fresh Produce Co. v. Dole Food Co.*, 136 F. Supp. 2d. 1271 (S.D. Fla. 2001).

⁽⁷⁵⁾ *Religious Technology Center v. Netcom On-Line Com.*, 923 F. Supp. 1231 (N.D. Cal. 1995).

⁽⁷⁶⁾ NUNO SOUSA E SILVA, *Quando o segredo...*, cit., p. 8.

⁽⁷⁷⁾ Disponível em <<http://tinyurl.com/pd7bpl4>>.

que a Apple tentou que determinados documentos fossem selados visto, na sua opinião, estarem em causa segredos de negócio. Numa decisão curta o juiz ALSUP explicou que "não há razão para selar documentos quando a informação já está disponível ao público (...) A Apple não pode obter tal pretensão meramente para evitar a confirmação de que as fontes públicas estão correctas".

Só se protege informação de carácter secreto, mas admitem-se combinações secretas de elementos conhecidos, melhoramentos de processos conhecidos e o chamado *know-how* complementar. É claro que a protecção só abrange os elementos secretos da informação⁽⁷⁸⁾. No caso *Hutchison v. KFC*⁽⁷⁹⁾, Louis Hutchinson havia apresentado à empresa norte-americana um método para produzir galinha frita sem pele, sendo que esta recusou a sua utilização. Na sequência da recusa Louis Hutchinson processou a KFC alegando violação de segredos de negócio, mas sem sucesso, visto que, como bem concluiu o tribunal, o processo que havia apresentado não passava de um método tradicional e conhecido de preparar a galinha, logo no domínio público⁽⁸⁰⁾.

Não se exige secretismo absoluto, definido como os casos em que o segredo se mantém numa empresa não podendo ser partilhado⁽⁸¹⁾. Pelo contrário admitem-se as impropriamente chamadas

(78) Este é um raciocínio semelhante ao que é feito em relação à originalidade das obras em Direito do Autor. Como afirmado no Caso C-5/08 *Infopaq*, §§ 47-48 só a reprodução do excerto original, ou seja, protegido por direitos de autor é que representa violação do direito de reprodução.

(79) 51 F.3d 280 (1995).

(80) GRAEME CLARKE, *Confidential Information & trade secrets: When is a trade secret in the public domain?* 83 Australian Law Journal (2009), pp. 242 e ss., explica que um segredo de negócio relativo a um produto fica no domínio público em três situações: quando seja publicado num pedido de patente; através de publicação em qualquer forma de um documento contendo o segredo de negócio, desde que um número suficientemente relevante de pessoas experientes tenha ou seja provável que tenha accedido ao documento; e através de venda ou exibição pública, sem qualquer restrição contratual relevante, de um produto que incorpore o segredo de negócio ou que tenha sido feito usando o segredo de negócio, se essa informação for de fácil apreensão para as pessoas experientes sem necessidade de realizarem qualquer trabalho, análise ou cálculo. No entanto, como sublinha VICTORIA CUNDIFF, *Reasonable measures...*, cit., p. 362: "...if the trade secret owner moves quickly, even the posting of a trade secret on the Internet does not necessarily destroy the status of the information as a trade secret as a matter of law".

(81) NUNO SOUSA E SILVA, *What exactly...*, cit., p. 928.

licenças, isto é, a partilha selectiva e confidencial de segredos de negócio. Daí que se diga que apenas se exige **secretismo relativo**⁽⁸²⁾.

Discute-se se existe um **limiar** objectivo (uma quota) de divulgação a partir do qual deixe de se considerar existir segredo. Esta posição é defendida por INGO MEITINGER⁽⁸³⁾. Outros autores, como NUNO PIRES DE CARVALHO entendem que ainda que a informação seja do conhecimento de muitos, enquanto não for disponibilizado para conhecimento geral, o segredo permanece⁽⁸⁴⁾. O que caracteriza o segredo, neste âmbito, não é a quantidade de pessoas que o conhecem mas sim a dificuldade que haja em aceder-lhe.

4.1.2. Valor comercial derivado do secretismo

A designação 'valor comercial' é passível de críticas, devendo preferir-se a expressão **valor económico**⁽⁸⁵⁾. Este requisito exige não só um valor económico mas também a existência de um nexo entre o valor e o secretismo.

A primeira conclusão a extrair é que não se protegerá o segredo que não tenha qualquer valor económico. Este valor deverá ser aferido objectivamente (na perspectiva de um concorrente-tipo)⁽⁸⁶⁾, mas o limiar quantitativo não é muito exigente⁽⁸⁷⁾.

(82) *Hoechst Diafoil Company v. Nan Ya Plastics Corporation* 174 F.3d 411 (1999): "Still, most courts and commentators have not treated the secrecy requirement as an absolute, but as a relative concept."

(83) *Ob. cit.*, p. 115. Defende-o em razão da necessidade de segurança jurídica e para impedir que a classificação seja arbitrária. No entanto, essas mesmas críticas poderão ser dispensadas à fixação de um limite.

(84) *The TRIPS Regime of Antitrust...*, *cit.*, p. 233: "Até ao último concorrente (...). Se dez empresas concorrem num mercado e nove delas conhecem (secretamente) uma informação e a décima desconhece-a e não tem acesso a ela, então no que lhe diz respeito trata-se de um segredo de negócio".

(85) NUNO SOUSA E SILVA, *Quando o segredo...*, *cit.*, p. 8.

(86) *Ibid.*

(87) FRANÇOIS DESSEMONTET, *Protection of Trade...*, *cit.*, p. 280 ("o requisito de valor comercial não passa de um limiar abaixo do qual não se concederá protecção"); GÓMEZ SEGADE, *El secreto industrial (know-how) — concepto y protection* (Editorial Tecnos, 1974), p. 116 (não se exige um valor acima do normal).

Uma forma de medir este valor é atender ao investimento colocado na sua criação (custo histórico)⁽⁸⁸⁾, outra forma é utilizar a procura de mercado fictícia (*fictitious market demand*) ou atender à vantagem competitiva que o titular extrai do segredo⁽⁸⁹⁾. A prova de diligências consideráveis poderá facilitar o estabelecimento do valor comercial do segredo⁽⁹⁰⁾. Adicionalmente, entende-se que a circunstância de alguém litigar um segredo de negócio constitui indício da existência de segredos de negócio⁽⁹¹⁾.

Exige-se ainda **causalidade**: o valor terá que resultar da circunstância de a informação ser secreta. Tendo em conta que grande parte do valor da informação resulta da sua escassez⁽⁹²⁾, esse aspecto não gerará grandes dificuldades⁽⁹³⁾.

As opiniões dividem-se quanto à necessidade de o valor ser actual. Há quem afirme que *valor potencial é valor*⁽⁹⁴⁾ e quem exija a **actualidade do valor**⁽⁹⁵⁾. Nós seguimos esta última orientação⁽⁹⁶⁾.

⁽⁸⁸⁾ Se se tratar de custos do próprio. Claro que a perspectiva a adoptar pode ser a dos custos em que um concorrente teria que incorrer para produzir essa informação (assim SHARON K. SANDEEN & ELIZABETH A. ROWE, *Trade Secret...*, cit., p. 69).

⁽⁸⁹⁾ Sobre a avaliação económica de segredos de negócio, cf. R HALLIGAN & R. WEYAND, *The economic valuation of trade secret assets*, in W. ANSON & D. SUCHY, *Fundamentals of Intellectual Property Valuation: A Primer for Identifying and Determining Value* (American Bar Association 2005), pp. 84 e ss.

⁽⁹⁰⁾ V.g. a decisão *Rockwell Graphic Systems*, 925 F.2d 174 (7.th Cir. 1991). Nas palavras de MICHAEL RISCH, *Why...*, cit., p. 52. "...“improper means” is a signal to the fact-finder regarding both the value of the trade secret and the reasonable efforts of the trade secret owner."

⁽⁹¹⁾ NUNO SOUSA E SILVA, *What exactly...*, cit., p. 930.

⁽⁹²⁾ FRANÇOIS DESSEMONTET, *Protection of Trade...*, cit., p. 281.

⁽⁹³⁾ NUNO SOUSA E SILVA, *Quando o segredo...*, cit., p. 8.

⁽⁹⁴⁾ PIRES DE CARVALHO, *The TRIPS regime of Antitrust...*, cit., p. 22.

⁽⁹⁵⁾ Assim, CARLOS M. CORREA, *TRIPS — A Commentary* (OUP, 2007), p. 373.

⁽⁹⁶⁾ NUNO SOUSA E SILVA, *What exactly...*, cit., p. 929. O artigo citado foi escrito antes da modificação da proposta de directiva pelo Conselho. O novo considerando 8 adopta a posição contrária, admitindo valor potencial. Como já escrevemos, entendemos que valor potencial não tem real significado; tudo o que existe tem valor potencial.

4.1.3. Objecto de diligências consideráveis

Grassa alguma controvérsia sobre o sentido desta exigência. Em face do requisito norte-americano equivalente⁽⁹⁷⁾ há quem sugira, como MARK LEMLEY⁽⁹⁸⁾, que este resulta de uma ideia de culpa do lesado: aquele que não tome medidas adequadas à protecção do seu segredo tem responsabilidade pela sua perda⁽⁹⁹⁾. Outra interpretação defende que se trata de um requisito relativo à prova do segredo⁽¹⁰⁰⁾. Há ainda quem entenda que este requisito serve uma função de aviso. Havendo diligências razoáveis, dificilmente poderá ser invocada uma violação negligente — portanto irrelevante⁽¹⁰¹⁾ — do segredo.

Quanto a estas duas últimas justificações (facilidade de prova e função de aviso), ROBERT BONE⁽¹⁰²⁾ contrapõe que um aviso pode ser conseguido de forma bastante com a distribuição de um papel e ninguém entenderá isso como uma diligência considerável e a prova poderá ser obtida de outras formas. Logo, conclui este autor, o requisito não será totalmente justificado⁽¹⁰³⁾.

Tem-se entendido que este requisito implica um **mínimo de exigência**, apoiando-se numa noção de voluntariedade de protecção e impondo (apenas) um cuidado razoável⁽¹⁰⁴⁾, concretizando uma ideia de **proporcionalidade** e funcionando

⁽⁹⁷⁾ Ressalve-se que o entendimento deste requisito tem variado consoante o instrumento normativo que a jurisprudência norte-americana é chamada a interpretar. A sua orientação “probatória” tem sido sustentada maioritariamente em relação ao Restatement (third) of Unfair Competition de 1995. A sua expressão semântica é variada: “reasonable precautions”, “reasonable efforts”, “efforts reasonable under the circumstances” e “manageability”. Cf. ROBERT BONE, *Trade secrecy, innovation and...*, cit., pp. 46-76.

⁽⁹⁸⁾ *The surprising virtues...*, cit., p. 136.

⁽⁹⁹⁾ Sobre este instituto, cf. BRANDÃO PROENÇA, *A Conduta do Lesado Como Pressuposto e Critério de Impugnação do Dano Extracontratual* (Almedina, 2008) *passim*, esp., pp. 335 e ss.

⁽¹⁰⁰⁾ Cf. supra nota 90.

⁽¹⁰¹⁾ Apesar da tendência para a objectivação da Concorrência Desleal, segundo a lei portuguesa não há lugar a tutela no caso de comportamento negligente.

⁽¹⁰²⁾ *Trade secrecy, innovation...*, cit., pp. 59 e 60.

⁽¹⁰³⁾ *Ibid.*

⁽¹⁰⁴⁾ VICTORIA CUNDIFF, *Reasonable Measures...*, cit., p. 359 (“the law does not require the trade secret owner to build an impenetrable fortress around the secret”).

como um critério de repartição entre a tutela privada e a tutela pública⁽¹⁰⁵⁾.

4.1.4. Síntese

A avaliação da existência ou não de um segredo de negócio deve ser feita holística e casuisticamente. Um exemplo ilustrativo desta abordagem encontra-se na jurisprudência norte-americana que considera seis elementos, conhecidos como os *Restament Factors*⁽¹⁰⁶⁾. Segundo este teste, para determinar se estamos ou não perante um segredo de negócio devemos olhar para o grau de conhecimento do segredo fora da empresa, o grau de conhecimento por empregados e outros envolvidos na empresa, a extensão das medidas de protecção adoptadas, o valor da informação para a empresa e para os seus concorrentes, a quantidade de dinheiro e esforço colocado no desenvolvimento da informação e a facilidade ou dificuldade de aquisição ou duplicação da informação por terceiros⁽¹⁰⁷⁾.

Como vimos, trata-se de uma **definição ampla**, compreendendo listas de clientes⁽¹⁰⁸⁾, cadeia de distribuição, preço e datas de lançamento de produtos, estruturas de custos, receitas, fórmulas, procedimentos, código-fonte de *software* e algoritmos, planos, fac-

⁽¹⁰⁵⁾ NUNO SOUSA E SILVA, *Quando o segredo...*, cit., p. 9.

⁽¹⁰⁶⁾ Baseados no § 757 com. b Restatement (first) of Torts.

⁽¹⁰⁷⁾ Para um exemplo da sua aplicação, cf. *Learning Curve Toys Incorporated v. Playwood Toys Incorporated* 342 F. 3d 714 (7.th Circuit 2003).

⁽¹⁰⁸⁾ A este respeito tem havido alguma jurisprudência relativa a contas em redes sociais e respectivos contactos. Uma decisão alemã do tribunal de trabalho de Hamburgo de 24 de Janeiro de 2013 (29 Ga 2/13) negou o pedido de uma ordem de proibição (ao abrigo do § 17 UWG) de utilização dos contactos adquiridos (durante o trabalho) por uma ex-trabalhadora através de uma conta na rede social Xing. Em contrapartida o Tribunal do Distrito de Colorado no caso *Christou v. Beatport, LLC* [N.º 2010-02912 (D. Colo. Mar. 14, 2012)] considerou que uma conta de Myspace poderia constituir um segredo de negócio. No mesmo sentido decidiu o Tribunal para o Distrito Norte da Califórnia no caso *PhoneDog v. Kravitz* [N.º 11-03474 (N.D. Cal. Nov. 8, 2011)] relativo a uma conta de Twitter.

tos, descobertas, ideias e conceitos abstractos e até a chamada informação negativa (v.g. os erros mais frequentes).

Exclui-se informação pessoal⁽¹⁰⁹⁾, informação caída no **domínio público**⁽¹¹⁰⁾, informações demasiado **óbvias** ou sem valor, o chamado **“tool kit” de um trabalhador**, isto é, o conjunto de informações e competências adquiridas no desempenho normal das suas funções, na medida em que estas informações não estejam especificamente abrangidas por uma obrigação determinada (dirigida àquelas informações concretas e identificadas)⁽¹¹¹⁾ de confidencialidade⁽¹¹²⁾.

Parece-nos que também a **informação esquecida** está excluída de protecção por já integrar o domínio público. Uma coisa diferente será a utilização nova de dados conhecidos que representa, por si só, nova informação.

Um outro aspecto discutido prende-se com a protecção de **segredos ilegais**. Autores como STEFAN RÜTZEL⁽¹¹³⁾ consideram que tais segredos não devem ser protegidos, a fim de evitar contradição do sistema legal. Parece-nos que deve ser feita uma distinção entre segredos de negócio cujo conteúdo é ilegal (v.g. a adulteração do produto aquando do seu fabrico) e aqueles em que terá havido preterição de algumas regras legais (nomeadamente protecção de dados) na sua obtenção mas cujo conteúdo nada tem de ilegal (v.g. uma lista de clientes). Enquanto os primeiros não deverão gozar de tutela, já os segundos sim⁽¹¹⁴⁾.

⁽¹⁰⁹⁾ NUNO SOUSA E SILVA, *Quando o segredo...*, cit., p. 7. Isto é particularmente claro no âmbito da jurisprudência alemã que exige expressamente que a informação se insira no âmbito da actividade da empresa ("im Rahmen der geschäftlichen Tätigkeit"). Vide a decisão do BGH *Kundendatenprogramm* GRUR [2006], p. 1045.

⁽¹¹⁰⁾ Cf. supra nota 80.

⁽¹¹¹⁾ Este aspecto foi recentemente sublinhado pelo Supremo Tribunal do Reino Unido no caso: *Vestergaard* [2013] UKSC 31. Sobre as relações entre segredos de negócio e Direito do trabalho veja-se NUNO SOUSA E SILVA, *Trabalho e segredos de negócio — Pode um (ex-)trabalhador ser proibido de trabalhar?* in *Questões Laborais*, n.º 47 (2015) (no prelo).

⁽¹¹²⁾ SOFIA SILVA E SOUSA, *Obrigações de não concorrência com efeitos "post contractum finitum"* (UCP Editora, 2012), p. 49.

⁽¹¹³⁾ *Illegale Unternehmensgeheimnisse?*, [1995] GRUR, pp. 557 e ss.

⁽¹¹⁴⁾ NUNO SOUSA E SILVA, *What exactly...*, cit., p. 928. Outro aspecto que pode excluir a protecção de segredos ilegais é a falta de valor objectivo derivado do secretismo.

4.2. Medidas de protecção

Um elemento importante para a tutela dos segredos de negócio são as medidas de protecção adoptadas. O essencial da tutela legal só está disponível enquanto continuar a existir segredo e esta pressupõe que sejam adoptadas medidas adequadas para proteger o segredo. As medidas podem ser factuais ou jurídicas.

Entre as medidas **factuais**, destacam-se: instituir acesso restrito (colocando passwords, cadeados, guardando os suportes do segredo em cofres, etc.), classificação de documentos, avisos, formação dos trabalhadores e de outros colaboradores, instituir medidas de controlo (p. ex. em termos digitais)⁽¹¹⁵⁾, tratar o lixo e procurar a destruição controlada de documentos contendo informação sensível⁽¹¹⁶⁾.

As medidas **jurídicas** são sobretudo contratuais. É normal no início de uma negociação ou relação comercial assinar acordos de confidencialidade [também chamados *non-disclosure agreements* (NDAs)]. Os pactos de não concorrência (previstos no art. 136.º do Código do Trabalho)⁽¹¹⁷⁾ ajudam a densificar a protecção, assim como, em menor medida, os pactos de permanência (art. 137.º do Código do Trabalho)⁽¹¹⁸⁾. Frise-se, no entanto, que, decorrido o termo deste contrato, o trabalhador não fica livre de utilizar o segredo de negócio⁽¹¹⁹⁾. A consagração de obrigações contratuais de não utilização e/ou divulgação de determinada informação (especificadas) também é importante neste contexto.

⁽¹¹⁵⁾ Alguns destes aspectos tem que ser analisados em face de outros quadros normativos, nomeadamente a protecção de dados e a privacidade.

⁽¹¹⁶⁾ Para mais sugestões práticas, cf. DARIN SNYDER & DAVID ALMELING, *Keeping Secrets* (OUP 2012) e INGO WESTERMANN, *Handbuch Know-how-Schutz* (C. H. Beck, 2007).

⁽¹¹⁷⁾ E igualmente no art. 9.º do DL n.º 178/86, de Julho relativo ao contrato de agência (aí limitado a dois anos).

⁽¹¹⁸⁾ Sobre o regime destas figuras contratuais em detalhe, cf. JÚLIO GOMES, *As cláusulas de não concorrência no direito do trabalho (algumas questões)*, in: AAVV, *Juris et de Jure — Nos Vinte Anos da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa — Porto* (Coimbra Editora, 1998), pp. 933-968; JOANA VASCONCELOS, *Pacto de permanência, liberdade de trabalho e desvinculação do trabalhador*, in: *Revista de Direito e Estudos Sociais* (2014), pp. 23 e ss.

⁽¹¹⁹⁾ SOFIA SILVA E SOUSA, *Obrigações...*, *cit.*, p. 49.

Especialmente recomendável para uma empresa que queira optar pela utilização intensiva de segredos de negócio é a elaboração de um **plano de protecção** de segredos de negócio⁽¹²⁰⁾. Deverá proceder-se a um levantamento e avaliação dos intangíveis de que a empresa dispõe e a uma classificação daqueles que vale a pena proteger por via do segredo⁽¹²¹⁾. Após esta recolha é essencial investir em formação dos trabalhadores e outros colaboradores, instituindo uma política de publicações⁽¹²²⁾, medidas reforçadas de segurança informática (v.g. utilização de criptografia) e restringindo o acesso. O plano de protecção deve incluir auditorias e análises periódicas⁽¹²³⁾.

4.3. Actos ilícitos

A tutela dos segredos de negócio pressupõe, como já se disse, que a aquisição, utilização ou divulgação do segredo de negócio seja feita de forma desleal⁽¹²⁴⁾. Podem ser vários os aspectos em que a **deslealdade** se manifesta. O mais comum será a violação de contratos ou acordos (ainda que implícitos) de confidencialidade⁽¹²⁵⁾. O art. 128.º, n.º 1, al. f) do Código do Trabalho impõe o dever de "guardar lealdade ao empregador, nomeadamente não negociando por conta própria ou alheia em concorrência com ele, nem divulgando informações referentes à sua organização, métodos de produ-

⁽¹²⁰⁾ DARIN SNYDER & DAVID ALMELING, *Keeping...*, cit., pp. 35 e ss.

⁽¹²¹⁾ *Ibid*, pp. 52-53.

⁽¹²²⁾ Isto é particularmente relevante quando o segredo de negócio surja no âmbito de actividade científica com ligações ao mundo académico, onde há um grande interesse em publicar com celeridade os resultados obtidos.

⁽¹²³⁾ DARIN SNYDER & DAVID ALMELING, *Keeping...*, cit., pp. 104-105.

⁽¹²⁴⁾ Nas palavras ilustrativas de ROBERT BONE, *The (still) shaky foundations...*, cit., pp. 1-2, "a responsabilidade pela violação de segredos de negócio resulta da forma de apropriação ao contrário de outras regras de Propriedade Intelectual, cuja responsabilidade nasce da apropriação propriamente dita".

⁽¹²⁵⁾ Parece-nos que, mesmo na ausência de um pacto, isto é, de um encontro de vontades com relevância jurídica, no caso dos chamados "acordos de cavalheiros" poderá haver fundamento para "deslealdade".

ção ou negócios" aos trabalhadores⁽¹²⁶⁾. Releva, igualmente, o dever geral de boa-fé (com assento normativo no art. 762.º, CC, art. 126.º do CT). Também a violação de propriedade ou privacidade, e outros actos perpetrados no sentido de contornar medidas de protecção, constituem formas "típicas" de violação de segredos de negócio. É ainda de referir o desvio sistemático de colaboradores como forma possível de aquisição ilícita de segredos de negócio⁽¹²⁷⁾. A nota 10 ao Acordo TRIPS apresenta os seguintes exemplos de "formas contrárias às práticas comerciais leais": ruptura de contrato, abuso de confiança e incitação à infracção, incluindo aquisição de segredos de negócio por parte de terceiros que conheciam ou ignoravam por negligência grave que a aquisição envolvia tais práticas.

Em contraste existem **formas lícitas de aquisição** de informação que constitua segredo de negócio. Por definição, todas as formas honestas serão lícitas. Aquelas tipicamente apontadas são a **engenharia inversa** e a **descoberta independente**⁽¹²⁸⁾.

Em relação à engenharia inversa, ANSGAR OHLY⁽¹²⁹⁾ refere três motivos para que esta tenha lugar: como parte do processo criativo (estudar soluções existentes no mercado para produzir algo novo), para imitar um produto na totalidade (*copycat*) ou para determinar se há violação de DPI. Em princípio a primeira e a última são livres, existindo excepções para o efeito⁽¹³⁰⁾. A enge-

⁽¹²⁶⁾ O art. 8.º do Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de Julho relativo ao contrato agência, consagra igualmente uma obrigação de segredo.

⁽¹²⁷⁾ Para um exemplo vide *Sunbelt Rentals, Inc. v. Head & Engquist Equipment, LLC* 174 N.C. App. 49 (2005). Ressalve-se que este desvio pode, em si, constituir Concorrência Desleal (cf. PEDRO SOUSA E SILVA, *Direito Industrial* (Coimbra Editora, 2011), p. 336).

⁽¹²⁸⁾ *Chicago Lock Co. V. Fanberg*, 676 F.2d 400 (9.ª Cir. 1982): "It is well recognized that a trade secret does not offer protection against discovery by fair and honest means such as by independent invention, accidental disclosure or by so-called reverse engineering, that is, starting with the known product and working backward to divine the process". Para uma análise aprofundada veja-se TANYA APLIN, *Reverse Engineering and Commercial Secrets*, Current Legal Problems, Vol. 66 (2013), pp. 341-377.

⁽¹²⁹⁾ *Reverse Engineering: Unfair Competition or Catalyst for Innovation?*, in: WOLRAD PRINZ ZU WALDECK, et. al., *Patents and Technological Progress in a Globalized World* (Springer 2009), pp. 535-552.

⁽¹³⁰⁾ V.g. art. 102.º, al. c) CPI. Refira-se que o *software* tem um tratamento especial e mais restritivo da engenharia inversa. A Directiva 2009/24 /CE relativa à protecção jurí-

nharia inversa para imitação de um produto na totalidade não coloca problemas de segredos de negócio mas poderá relevar em sede de imitação servil/concorrência parasitária⁽¹³¹⁾.

Outras vezes há em que o que está em causa não é a aquisição mas a **utilização** ou **divulgação** de segredo de negócio. O princípio é que segredos ilicitamente adquiridos não poderão ser licitamente utilizados ou divulgados e vice-versa: segredos licitamente adquiridos serão livremente utilizáveis e divulgáveis. No entanto, há situações em que o segredo foi fortuitamente adquirido (logo de forma lícita) mas que, após notificação por parte do titular do segredo de negócio, será ilícito divulgá-lo ou utilizá-lo⁽¹³²⁾.

Há ainda situações em que um segredo ilicitamente adquirido pode ser licitamente divulgado ou utilizado⁽¹³³⁾ com fundamento em **defesas** como liberdade de expressão⁽¹³⁴⁾ ou conflito de deveres⁽¹³⁵⁾. A maior parte destes casos será resolvido com apelo a considerações de proporcionalidade.

Um aspecto importante a realçar é que os **consumidores finais**, ainda que beneficiem de um segredo de negócio ilicitamente adquirido, não são responsáveis pela sua violação. Utilizando a imagem do juiz RUSHING no caso *Silvaco v. Intel*⁽¹³⁶⁾: "Aquele que

dica dos programas de computador. Prevê no seu art. 5.º, n.º 3 uma excepção (estudo) e no art. 6.º condições restritivas para admitir engenharia inversa (descompilação para efeitos de interoperabilidade). Estas excepções têm um âmbito bastante limitado. O TJUE já confirmou no caso *SAS Institute* (C-406/10) §§ 58 e 59: que a análise (engenharia inversa) não pode ser proibida por contrato.

⁽¹³¹⁾ Sobre o assunto veja-se ANA AMORIM, *Parasitismo Económico e Direito* (Almedina, 2009) e ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Imitação servil, concorrência parasitária e concorrência desleal*, in: AAVV, *Direito Industrial*, Vol. I (Almedina, 2001), pp. 119-155.

⁽¹³²⁾ Assim PATRÍCIO PAUL, *Concorrência desleal e segredos...*, cit., pp. 149-150 (apresentando o exemplo de uma divulgação no âmbito de negociações goradas).

⁽¹³³⁾ Discordamos, por isso, de PATRÍCIO PAUL, *Concorrência desleal e segredos...*, cit., p. 149, que defende que "Se a apropriação for ilícita, não pode haver utilização nem divulgação lícitas".

⁽¹³⁴⁾ Sobre o estado da lei norte-americana quanto a este aspecto, cf. PAMELA SAMUELSON, *First Amendment defences in trade secrecy cases*, in: AAVV, *The law and theory...*, cit., pp. 269-298.

⁽¹³⁵⁾ Vide OLINDO GERALDES, *Conflito de deveres*, O Direito, n.º 141, ano II (2009), pp. 411-428.

⁽¹³⁶⁾ 84 Cal.App.4.ª 210.

faça uma tarte a partir de uma receita certamente que a "utiliza"; mas aquele que come a tarte não "utiliza" a receita em virtude apenas desse facto, e isto é verdade mesmo que o cozinheiro seja acusado de ter roubado a receita de um concorrente e o comensal esteja ciente dessa acusação. Esta é substancialmente a mesma situação quando alguém utilize *software* que seja compilado de código-fonte alegadamente roubado. O código-fonte é receita a partir da qual a tarte (programa executável) é cozinhado (compilado)".

4.4. Comparação com direitos de propriedade intelectual

A relação dos segredos de negócio com os direitos de propriedade intelectual (DPI) pode ser vista de três formas: como antecâmara, como complemento ou como alternativo a estes direitos.

O segredo de negócios como **antecâmara** de DPI⁽¹³⁷⁾.

Grande parte dos DPI — mais especificamente aqueles relativos à tutela da inovação — consagram a novidade como requisito de concessão. Isto traduz-se na importância da arte prévia/estado da técnica, isto é, do conjunto de informação tornada acessível ao público antes da data do pedido de patente ou registo⁽¹³⁸⁾. Nalguns casos (v.g., desenhos ou modelos) o efeito desta exigência é mitigado por um período de graça, de tal forma que a exploração pública de um desenho ou modelo pelo seu titular não destrói a novidade durante um ano⁽¹³⁹⁾. Em contraste, a noção de novidade acolhida pelo direito europeu de patentes é absoluta, sendo que uma divulgação pública em qualquer lugar do mundo pelo inventor (ou outra pessoa) destrói a novidade do pedido de patente, ainda que este seja feito no dia seguinte a essa divulgação⁽¹⁴⁰⁾. Assim,

⁽¹³⁷⁾ LIONEL BENTLY, *Patents and trade secrets*, in: AAVV, *Overlapping Intellectual Property Rights* (OUP 2012), pp. 74 e ss.

⁽¹³⁸⁾ V.g. art. 56.º, CPI (relativo a patentes).

⁽¹³⁹⁾ Art. 180.º, CPI.

⁽¹⁴⁰⁾ CORNISH, LLEWELYN & APLIN, *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights* (7.ª ed., Sweet & Maxwell, 2010), pp. 191 e ss.

para que alguém possa obter uma patente é necessário que mantenha a sua invenção em segredo até à data do pedido⁽¹⁴¹⁾.

O segredo de negócio como **complemento** de DPI.

A escolha estratégica mais habitual reside na utilização conjunta de patentes e segredos de negócio, nomeadamente através de um pedido de patente para a tecnologia fundamental e a reserva confidencial do chamado *know-how* complementar⁽¹⁴²⁾. Aqui os segredos de negócio e os DPI funcionam em relação de simbiose, protegendo aspectos diferentes de um processo de produção.

O segredo de negócio como **alternativa** aos DPI.

Tendo em conta o seu carácter transversal⁽¹⁴³⁾ e dinâmico⁽¹⁴⁴⁾ a protecção de segredos de negócio é vista como alternativa (caso o objecto do segredo seja elegível para protecção através de DPI) ou como substituto (no caso de informação valiosa mas insusceptível de apropriação por direitos de exclusivo) de DPI⁽¹⁴⁵⁾. Um aspecto relevante na escolha é a consideração dos custos de obtenção e manutenção de um DPI⁽¹⁴⁶⁾. Muitas vezes trata-se de um procedimento complexo, envolvendo formalidades e taxas consideráveis, que requer acompanhamento por profissionais especializados (agentes oficiais)⁽¹⁴⁷⁾.

⁽¹⁴¹⁾ GILL GRASSIE, *Trade secrets: the new enforcement regime*, JIPLP [2014], p. 678. A solução consagrada no art. 57.º, n.º 1, al. b) CPI pode mitigar os efeitos destruidores da novidade resultantes da violação de segredos de negócio.

⁽¹⁴²⁾ LIONEL BENTLY, *Patents and trade...*, cit., p. 81. Para modelos dessa decisão de gestão, cf. JAMES ANTON & DENNIS YAO, *Little Patents and Big Secrets: Managing Intellectual Property*, The RAND Journal of Economics, Vol. 35, n.º 1 (2004), pp. 1-22.

⁽¹⁴³⁾ Abrangendo informação dos mais diversos tipos.

⁽¹⁴⁴⁾ Ao contrário de uma patente cujo conteúdo é definido pelas reivindicações (art. 97.º CPI), um segredo de negócio (v.g. uma fórmula ou um método de fabrico) pode ir sendo melhorado e ajustado sem perder a protecção de que goza.

⁽¹⁴⁵⁾ Cf. DAVID S. ALMELING, *Seven Reasons...*, cit., pp. 1107-1109 (realçando a natureza flexível dos segredos de negócio).

⁽¹⁴⁶⁾ LIONEL BENTLY, *Patents and trade...*, cit., p.62.

⁽¹⁴⁷⁾ Este aspecto é óbvio no caso das patentes mas já não em relação a direitos de autor. Sobre a susceptibilidade de sobreposições de protecção, cf. NUNO SOUSA E SILVA, *What exactly...*, cit., p. 929.

É claro que o tipo de tecnologia em causa desempenha um papel fundamental na opção a fazer. Quando se trate de tecnologia de fácil compreensão e imitação, a alternativa de segredos de negócio não se apresenta viável. Por outro lado, quando o objecto do segredo de negócio seja de difícil análise (como é o caso na indústria alimentar ou química) a sua duração é potencialmente eterna⁽¹⁴⁸⁾. Também devem ser tidas em consideração as dificuldades de garantir o respeito pela patente (v.g. um sistema judicial caro e/ou lento) ou do segredo de negócio (dificuldades de prova e a exigência de culpa).

A existência de um título formal facilmente transaccionável⁽¹⁴⁹⁾, no caso dos DPI, representa uma vantagem importante na comparação dos segredos de negócio com, i.a. os direitos de patente, sintetizada neste quadro:

Patentes	Segredos de negócio
Limitações de objecto	Objecto muito amplo
Máximo 20 anos de vigência	Duração potencialmente eterna
Elevados custos de obtenção (e manutenção)	Acesso imediato e gratuito à protecção
Carácter objectivo da violação (poucas dificuldades de prova)	Carácter subjectivo da violação (maiores dificuldades de prova)
Poucas excepções (utilizações lícitas)	Várias excepções (utilizações lícitas): <ul style="list-style-type: none"> • Desenvolvimento independente • Engenharia inversa
Fácil de transaccionar	Difícil de transaccionar

⁽¹⁴⁸⁾ JEANNE FROMMER, *Trade secrecy in Willy Wonka's Chocolate Factory*, in: AAVV, *The Law and Theory...*, cit., p. 13 ("...so long as a secret remains unrevealed, its cloak is everlasting").

⁽¹⁴⁹⁾ Ou até, passível de ser dado em garantia para efeitos de financiamento.

5. Medidas de tutela

5.1. No domínio da concorrência desleal

O instituto da concorrência desleal, de acordo com o direito português (art. 317.º CPI), pressupõe a existência de um acto de concorrência⁽¹⁵⁰⁾, que seja contrário às normas e usos honestos de qualquer ramo de actividade (desleal)⁽¹⁵¹⁾.

O titular de segredos de negócio, tendo conseguido afirmar a existência de um segredo de negócio e a sua aquisição, utilização ou divulgação de forma desleal, poderá lançar mão de medidas de tutela de natureza repressiva/conservatória e de natureza sancionatória/compensatória. As primeiras pressupõem que o segredo ainda mantenha a sua qualidade, as segundas já não.

De entre as medidas de natureza conservatória destaca-se a **providência cautelar**, prevista no art. 338.º-I, CPI, aplicável *ex vi* art. 317.º, n.º 2, CPI. Uma vez decretada a providência, poderá ser adequado lançar mão da inversão do contencioso (art. 369.º, CPC), uma vez que o efeito que se pretende obter (a final) coincide frequentemente com a tutela cautelar⁽¹⁵²⁾.

As medidas de natureza sancionatória e compensatória compreendem **coimas e indemnização**. Com o CPI de 2003 a Concorrência Desleal deixou de constituir crime⁽¹⁵³⁾. Continua, no entanto, a ser exigido dolo para se verificar contra-ordenação de Concorrência Desleal (art. 331.º, CPI)⁽¹⁵⁴⁾. A indemnização devida por

⁽¹⁵⁰⁾ Cuja amplitude é debatida. Cf. PEDRO SOUSA E SILVA, *Direito Industrial...*, cit., pp. 324-327.

⁽¹⁵¹⁾ As sistematizações são várias. PEDRO SOUSA E SILVA (*ibid*, pp. 324-332) propõe: a existência de um acto de concorrência, a deslealdade do acto e a censurabilidade da conduta. A estes requisitos PATRÍCIO PAUL, *Concorrência desleal e segredos...*, cit., p. 140, acrescenta "de qualquer ramo de actividade", que não parece ser um requisito, mas sim uma expressão determinante do âmbito de aplicação do instituto (assim PEDRO SOUSA E SILVA, *ibid*, p. 329).

⁽¹⁵²⁾ Sobre a figura veja-se MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *As providências cautelares e a inversão do contencioso*, disponível em <<http://tinyurl.com/nt6u3ng>>.

⁽¹⁵³⁾ Sobre as alterações verificadas nesta matéria veja-se v.g. PATRÍCIO PAUL, *Breve análise do regime da concorrência desleal no novo CPI*, ROA [2003], pp. 329-343.

⁽¹⁵⁴⁾ PEDRO SOUSA E SILVA, *Direito Industrial...*, cit., pp. 337-342.

actos de concorrência desleal funda-se no art. 483.º do Código Civil, não prescindido da demonstração de culpa⁽¹⁵⁵⁾.

5.2. Noutros domínios

Frequentemente a violação de segredos de negócio implica simultaneamente **responsabilidade contratual** (v.g. por violação de um pacto de confidencialidade) e responsabilidade extracontratual (ilicitude fundada no art. 317.º CPI)⁽¹⁵⁶⁾. No âmbito da responsabilidade contratual por vezes recorre-se a cláusulas penais, que facilitam a obtenção de indemnização em caso de violação⁽¹⁵⁷⁾. Além disso, no âmbito de contratos de trabalho pode haver lugar a **responsabilidade disciplinar**⁽¹⁵⁸⁾.

Existem também normas **penais** que tutelam situações de violação de segredos de negócio⁽¹⁵⁹⁾. O art. 195.º do Código Penal prevê uma pena de prisão até 1 ano ou até 240 dias de multa para aquele que, "sem consentimento, **revelar** segredo alheio de que tenha tomado conhecimento em razão do seu estado, ofício, emprego, profissão ou arte". O art. 196.º do Código Penal prevê igual pena para aquele que, "sem consentimento, se **aproveitar** de segredo relativo à actividade comercial, industrial, profissional ou artística alheia, de que tenha tomado conhecimento em razão do seu estado, ofício,

⁽¹⁵⁵⁾ Sobre a interacção entre concorrência desleal e responsabilidade civil veja-se ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Estudo de Direito Privado Sobre a Cláusula Geral da Concorrência Desleal* (Almedina, 2000).

⁽¹⁵⁶⁾ Sobre as situações de concurso de pretensões em responsabilidade civil e a sua resolução, cf. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *O Concurso de Títulos de Aquisição da Prestação* (Almedina, 1988) e o acórdão particularmente claro do Tribunal da Relação de Lisboa de 27 de Setembro de 2012 (rel. Teresa Albuquerque) (disponível em <www.dgsi.pt>).

⁽¹⁵⁷⁾ Sobre a figura e as suas vantagens veja-se PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização* (Almedina, 1999).

⁽¹⁵⁸⁾ Sobre o poder disciplinar laboral cf., *inter alia*, MARIA PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho*, Parte II (4.ª ed., Almedina, 2012), pp. 629-678. Analisando a hipótese de condenar um ex-trabalhador a não trabalhar para concorrentes, cf. NUNO SOUSA E SILVA, *Trabalho e segredos de negócio — Pode um (ex-)trabalhador ser proibido de trabalhar?*, *cit.*

⁽¹⁵⁹⁾ Para uma análise mais detalhada, cf. NUNO SOUSA E SILVA, *Quando o segredo...*, *cit.*, pp. 13-14.

emprego, profissão ou arte, e provocar deste modo prejuízo a outra pessoa ou ao Estado".

Quando a violação de segredos de negócio implique também a violação de outras normas (v.g. direitos de autor, direito societário⁽¹⁶⁰⁾. ou direito de propriedade) haverá ainda que tomar em conta as formas de tutela respectivas e o seu efeito de normas de protecção⁽¹⁶¹⁾.

Frequentemente, a utilização de segredos de negócio constitui igualmente **enriquecimento sem causa**, havendo lugar à restituição do indevido, na falta de outra resposta do sistema legal (arts. 473.º e ss., CC)⁽¹⁶²⁾.

5.3. Limites temporais (prescrição)

Apesar da duração da protecção ser a duração do segredo — enquanto este não integrar o domínio público estará protegido — há limites temporais para a reacção legal do seu titular.

Assim, a **responsabilidade civil** prescreve no prazo de 20 anos, caso seja de natureza contratual (art. 309.º CC), ou no prazo de 3 ou 5 anos (art. 498.º CC), caso seja extra-contratual, dependendo da existência de responsabilidade criminal.

Em sede de **tutela penal** o direito de queixa prescreve no prazo de 6 meses (art. 115.º CP)⁽¹⁶³⁾ e a pena (em relação aos crimes p.e.p nos arts. 195.º e 196.º do CP) no prazo de 5 anos (art. 118.º, n.º 1, al. c), CP).

A acção fundada em **enriquecimento sem causa** terá que ser proposta no prazo de 3 anos (art. 482.º CC).

⁽¹⁶⁰⁾ Sobre algumas destas normas, cf. PATRÍCIO PAUL, *Concorrência desleal e segredos...*, cit., pp. 161-162. Acerca do regime da informação no direito das sociedades veja-se CARLOS MARIA PINHEIRO TORRES, *O Direito à Informação nas Sociedades Comerciais* (Almedina, 1998).

⁽¹⁶¹⁾ Sobre o tema, cf. ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Normas de protecção e danos puramente patrimoniais* (Almedina, 2009).

⁽¹⁶²⁾ Acerca do regime, em detalhe, veja-se JÚLIO GOMES, *O Conceito de Enriquecimento, o Enriquecimento Forçado e os Vários Paradigmas do Enriquecimento Sem Causa* (UCP Editora, 1998).

⁽¹⁶³⁾ Os crimes de violação e aproveitamento de segredo de negócio são ambos dependentes de queixa (art. 198.º, Código Penal).

6. A Proposta de Directiva (menção)⁽¹⁶⁴⁾

Está pendente a *Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à protecção de know-how e informações comerciais confidenciais (segredos comerciais) contra a sua aquisição, utilização e divulgação ilegais*, apresentada pela Comissão a 28 de Novembro de 2013⁽¹⁶⁵⁾ e algo modificada pela posição comum (documento 9870/14) do Conselho da União Europeia publicada em Maio de 2014⁽¹⁶⁶⁾.

A proposta está organizada em 4 capítulos. O primeiro versa sobre o objecto e âmbito de aplicação, definindo noções essenciais como 'segredo comercial', 'titular do segredo', 'infractor' e 'mercadoria em infracção'. O segundo capítulo determina o que constitui infracção, ou seja, em que condições é que a aquisição, utilização e divulgação de segredos de negócio será ou não ilegal. O terceiro capítulo refere-se às “medidas, procedimentos e recursos (sic)”⁽¹⁶⁷⁾, isto é, os meios de tutela que o titular de um segredo de negócio terá ao seu dispor. O quarto e último capítulo contem normas relativas à transposição e avaliação da directiva.

Os principais pontos em discussão são a extensão da harmonização (em especial a sua relação com a tutela penal)⁽¹⁶⁸⁾, o carácter

⁽¹⁶⁴⁾ Para mais desenvolvimentos, cf. NUNO SOUSA E SILVA, *A Proposta de Directiva em matéria de Segredos de Negócio — Estado e Perspectivas*, in *Revista de Direito Intelectual*, n.º II/2014, pp. 285-319.

⁽¹⁶⁵⁾ COM/2013/0813 final. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52013PC0813&from=EN>> consultado a 03 de Agosto de 2014.

⁽¹⁶⁶⁾ Disponível em <<http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&f=ST%209870%202014%20INIT>> consultado a 03 de Agosto de 2014.

⁽¹⁶⁷⁾ Parece-me desajustada a tradução de “remedies” (versão inglesa) ou “Rechtsbehelfe” (versão alemã) para recursos em português. Mais correcto seria **meios de tutela**. Igual crítica merece a tradução da Directiva 2004/48/CE relativa ao respeito dos direitos de propriedade intelectual, no seu capítulo II.

⁽¹⁶⁸⁾ O Conselho defende uma harmonização mínima, deixando aos Estados-Membros liberdade para adoptar regras mais severas. Por seu lado o Max Planck Institut (MPI) (opinião disponível em: <http://www.ip.mpg.de/files/pdf3/Stellungnahme-Geschaeftsgeheimnisse_2014-05-12_final_7.pdf>) defende que a harmonização deverá ser total.

objectivo ou subjectivo da violação⁽¹⁶⁹⁾, a duração do prazo de prescrição⁽¹⁷⁰⁾ e o tratamento das relações de trabalho⁽¹⁷¹⁾.

Em face do actual quadro normativo português, a principal novidade será a extensão da tutela dos segredos de negócio via concorrência desleal mesmo contra não concorrentes⁽¹⁷²⁾. Outra alteração radical poderá ser a objectivação dos requisitos de tutela, prescindindo da exigência de dolo ou negligência grave.

7. Um exemplo jurisprudencial⁽¹⁷³⁾

A, empresário, explora há muitos anos vários negócios de bares e discotecas. No decurso da sua actividade criou uma base de dados com nomes e moradas de pessoas com interesse na área (potenciais clientes). Esta informação está organizada, armazenada num computador, protegida por uma *password* de acesso e, para efeitos de controlo, o seu titular criou dois nomes falsos, atribuindo-lhes o seu endereço e o da sua sogra.

Esta informação é explorada comercialmente através daquilo que é designado por "aluguer de *mailing*": alguém interessado em promover um evento fornece os materiais de promoção e, mediante o pagamento de um preço, esses materiais (normalmente convites) são enviados para as pessoas da lista. Certo dia, A é surpreendido com convites no correio relativos à abertura de uma nova discoteca, um em seu nome e outro no nome falso que constava da base de dados. Entretanto, confirma que também a sua sogra recebeu em casa um convite endereçado ao outro nome falso.

⁽¹⁶⁹⁾ O Conselho e o MPI defendem o carácter objectivo. A proposta inicial da Comissão sublinhava o carácter subjectivo, apelando à noção de dolo ou negligência grave.

⁽¹⁷⁰⁾ A proposta da Comissão estabelecia 1 a 2 anos, a actual versão do Conselho prevê 6 anos, sendo que o MPI sugere 3 anos.

⁽¹⁷¹⁾ A proposta inicial era totalmente omissa. A versão do Conselho propõe uma limitação de danos nos casos de negligência (art. 13.º).

⁽¹⁷²⁾ Este aspecto (ao abrigo da lei antiga) foi alvo de alguma controvérsia (cf. PATRÍCIO PAUL, *Concorrência desleal e segredos...*, cit., p. 150).

⁽¹⁷³⁾ Este exemplo é adaptado de uma sentença não publicada de um tribunal de primeira instância português.

Na sequência do sucedido A processa a discoteca em causa, com um pedido indemnizatório fundado em violação do direito de bases de dados, em concorrência desleal (violação de segredos de negócio) e, subsidiariamente, enriquecimento sem causa. A este pedido alia uma ordem de proibição de utilização futura do segredo.

O Tribunal considerou que, apesar de existir segredo de negócio, não havia sido demonstrada culpa por parte da discoteca, logo não haveria lugar a indemnização, tendo-a condenado apenas a abster-se de voltar a utilizar a bases de dados. A análise careceu de rigor e profundidade, mas a decisão parece acertada em face dos factos provados.

Esta decisão ilustra o papel crucial da culpa para efeitos indemnizatórios⁽¹⁷⁴⁾. Não tendo identificado a origem da "fuga de informação", A viu-se com maior dificuldade em estabelecer a cadeia de transmissão dos dados e, assim, provar a culpa (ainda que negligente) da discoteca. Numa grande parte dos casos, esse será um ponto problemático. Por isso mesmo, faria sentido estabelecer (*de iure constituendo*) uma inversão do ónus da prova, semelhante à que existe para as patentes de processo⁽¹⁷⁵⁾. Aqui, como nesses casos, seria muito menos oneroso para a ré provar a origem lícita da informação do que para o autor provar a sua culpa.

Um outro aspecto a realçar é o do tribunal competente. Apesar de esta matéria ter largas afinidades com a propriedade intelectual, o certo é que não a integra⁽¹⁷⁶⁾. Assim, em matéria de segredos de negócio, o tribunal competente será o tribunal comum segundo os critérios gerais de competência territorial (arts. 70.º e ss. CPC).

⁽¹⁷⁴⁾ O outro aspecto central é a noção de segredos de negócio: afirmar ou não a sua existência.

⁽¹⁷⁵⁾ Art. 98.º, CPI. Sobre a disposição veja-se OEHEN MENDES, *A inversão do ónus da prova na violação das patentes de processo*, in: AAVV, *Iuris et de Jure* (UCP Editora, 1998), pp. 1087-1115.

⁽¹⁷⁶⁾ Se isto é discutível noutros ordenamentos jurídicos, não o é em Portugal. Trata-se de concorrência desleal. Assim, i.a., REMÉDIO MARQUES, *Biotecnologia(s) e Propriedade Intelectual*, Vol. I (Almedina, 2007), p. 41.

8. Conclusão

Procuramos apresentar em traços largos o regime português da tutela de segredos de negócio que, em virtude da directiva proposta, pode vir a sofrer modificações e, sobretudo, um tratamento legal mais explícito. Esperamos poder contribuir para um aumento da percepção desta forma de apropriação do valor de intangíveis, com repercussões ao nível da estratégia e gestão empresarial, informadas, como devem ser, pelo conhecimento do quadro legal aplicável.

Espera-se que o assunto dos segredos de negócio seja alvo de mais decisões jurisprudenciais e discussões ao nível prático, académico e legislativo num futuro próximo. Em todos estes patamares as decisões querem-se racionais e, sobretudo, fundamentadas.

OS DIREITOS SOCIAIS NUM CONTEXTO DE AUSTERIDADE: UM ELOGIO FÚNEBRE AO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL?

Pela Prof.^a Doutora Catarina Santos Botelho⁽¹⁾

SUMÁRIO:

1. Considerações introdutórias — o papel da Constituição nos nossos dias. 2. A natureza jurídica dos direitos sociais. 2.1. O Estado-providência e o Estado de direito social; 2.2. O conteúdo prescritivo dos direitos sociais: direitos de defesa versus direitos de prestação; 2.3. A (alegada) especial onerosidade dos direitos sociais; 2.4. A aplicabilidade dos direitos sociais; 2.5. Os direitos sociais como categoria constitucional; 2.6. Os direitos sociais na jurisprudência do Tribunal Constitucional. 3. A força jurídica dos direitos sociais na Constituição portuguesa. 4. O Estado social no século XXI: morte ou metamorfose? 5. Da admissibilidade da proibição do retrocesso social. 6. Considerações finais: o papel do Tribunal Constitucional como guardião dos direitos fundamentais sociais.

⁽¹⁾ Doutora em ciências jurídico-políticas; docente da Escola de Direito do Porto da Universidade Católica Portuguesa. Email: <cbotelho@porto.ucp.pt>.

1. Considerações introdutórias — o papel da Constituição nos nossos dias

A reivindicação crescente de direitos sociais, que esteve tão em voga em democracias mais jovens, alicerçou-se numa lógica de solidariedade cívica e numa ética de responsabilidade comunitária. Ora, um tal caminho, que foi rapidamente trilhado, relançou para a arena a controvérsia sobre se será economicamente sustentável e politicamente admissível uma intervenção tão estreita do Estado na sociedade. Tanto mais que, atualmente, em vários Estados da Europa Ocidental atingidos pela crise financeira internacional, se assiste a uma estagnação na força expansiva dos direitos sociais e não faltam vozes que alertam para os elevados custos sociais de um eventual retrocesso político-legislativo nesta matéria. Estamos, sem dúvida, perante uma matéria complexa, na fronteira do político e do mundivisional, e que assenta em pilares movediços, não se compaginando com argumentos extremistas, porquanto a quase totalidade deles acabam por ser reversíveis⁽²⁾.

Em maio de 2011, a situação das finanças públicas portuguesas impeliu o Estado a aceitar um “programa de assistência económica e financeira”, que se corporizou no *Memorando de Entendimento* acordado com a tríade Comissão Europeia, Banco Central Europeu e Fundo Monetário Internacional (conhecida por *Troika*) e que implicou a adoção de fortes medidas de austeridade, mormente cortes na despesa pública e o aumento de impostos⁽³⁾. Nesta conjuntura, não é de surpreender que tenham reacendido os seguintes debates constitucionais: (i) até que ponto (ou se é de todo admissível) um retrocesso ou uma *reformatio in pejus* dos direitos a prestações derivados da lei; (ii) qual o papel do Tribunal Constitucional perante as polémicas medidas anticrise.

⁽²⁾ CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise — Ou Revisitar as Normas Programáticas*, Almedina, Coimbra, 2015, p. 36.

⁽³⁾ Cf. TIAGO ANTUNES, “Reflexões constitucionais em tempos de crise económico-financeira”, in AAVV, *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda* (coord. Paulo Otero, Fausto de Quadros e Marcelo Rebelo de Sousa), Vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 727-759, p. 727.

Todo este ambiente de incerteza convida, pois, a que tomemos posição quanto à proliferação legislativa que diminui (*downsizing*), em maior ou menor medida, prestações sociais tidas por fundamentais para o bem-estar social, em domínios como os da previdência, dos salários, da segurança ou da saúde⁽⁴⁾. Torna-se, por conseguinte, necessária uma “caraterização concetual” dos direitos sociais⁽⁵⁾.

Não obstante, se os tempos mudam, se as necessidades sociais e económicas estão dependentes de prioridades governativas e da sustentabilidade económica dos Estados, existe algo que permanece ou que almeja permanecer. Neste renovado cenário, verifica-se que “a lei divide; a Constituição agrega, *constitui*”, no sentido de desempenhar uma relevante função de integração política e de estabilização do cosmos normativo⁽⁶⁾. Com efeito, o porto seguro que confere sentido e continuidade — a chamada “vontade da Constituição” — é consistente e procura manter-se no tempo, não sendo apenas o espelho de um momento histórico determinado⁽⁷⁾.

Na procura dessa “vontade”, todas as atenções se deverão voltar para o inestimável papel da *interpretação* constitucional⁽⁸⁾. Desta forma, o constitucionalismo dos nossos dias assenta na “primazia da constituição”, a que se associa, como etapa lógica necessária, a existência de uma tutela e de proteção das normas constitucionais⁽⁹⁾.

(4) CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise...*, cit., p. 37.

(5) JUAN ANTONIO CRUS PARCERO, “Los derechos sociales y sus garantías: Un esquema para repensar la justiciabilidad”, in AAVV, *Los Derechos Sociales en el Estado Constitucional* (coord. Javier Espinoza de los Monteros e Jorge Ordóñez), Tirant lo Blanch, Valença, 2013, pp. 61-89, p. 76.

(6) RAVI AFONSO PEREIRA, “Interpretação constitucional e justiça constitucional”, in AAVV, *Tribunal Constitucional — 35.º Aniversário da Constituição de 1976*, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 43-81, p. 74.

(7) KONRAD HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20.ª ed., C. F. Müller, Heidelberg, 1999, p. 17.

(8) CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise... cit.*, p. 37. Para PETER HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß — Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Schriften zum öffentlichen Recht, Vol. 353, 2.ª ed., Duncker & Humblot, Berlim, 1996, p. 123, esta tarefa interpretativa deverá entender-se amplamente.

(9) FRIEDERIKE VATERIE LANGE, *Grundrechtsbindung des Gesetzgebers — Eine rechtsvergleichende Studie zu Deutschland, Frankreich und den USA*, Grundlagen der Rechtswissenschaft, Vol. 16, Mohr Siebeck, Tübinga, 2010, pp. 89-90.

Antes de mais, a Constituição é uma norma jurídico-pública, mas é algo mais do que isso. Não se equipara a uma norma jurídica ordinária e, por isso, “merece uma tipificação própria”⁽¹⁰⁾. Como vimos, a implicação é óbvia: a Constituição tem uma *pretensão de permanência* e consagra um projeto para o futuro⁽¹¹⁾.

Dependendo da perspetiva, uma disposição constitucional manifesta-se como uma regra de conduta para o Estado e/ou como uma garantia para os cidadãos. É de salientar aquilo a que PETER BADURA designou de “*Leitbildfunktion der Verfassung*”. De facto, segundo o Autor, a Constituição assume uma dupla função: (i) vincula os seus cidadãos através de um corpo normativo que consagra as vivências sociais e históricas de uma determinada comunidade política; (ii) por outro lado, procura influenciar o futuro da comunidade política mediante “ideias condutoras e diretrizes”⁽¹²⁾.

Desenhados estilizadamente os seus traços basilares, o que fica a faltar ao texto constitucional? Deverá ser o mais lacónico possível ou, ao invés, conter normas e programas de ação? Seja qual for a decisão constituinte, importa frisar que a Constituição não é um documento impermeável, nem pretende ser uma prisão normativa para as gerações presentes e vindouras. Pelo contrário, ela significa *libertação*, possibilidade de maturação das opções constitucionais em múltiplos sentidos⁽¹³⁾. Com efeito, e na esteira de MANUEL AFONSO VAZ, parece-nos que a ideia de Constituição como “*open texture*” vem precisamente contrariar a tendência de perspetivar a Constituição como catálogo exaustivo (e, por conseguinte, exclusivo) de normas reguladoras da vida do Estado e da sociedade⁽¹⁴⁾.

(10) ALEJANDRO NIETO, “Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional”, *RAP*, 100-102, 1983, pp. 371-415, p. 395.

(11) CATARINA SANTOS BOTELHO, “A História faz a Constituição ou a Constituição faz a História? — Reflexões sobre a História Constitucional portuguesa”, *RIDB*, 2 (1), 2013, pp. 229-247, pp. 240-242, e MANUEL AFONSO VAZ, *Teoria da Constituição — O que é a Constituição, hoje?*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 67, e p. 72.

(12) “Verfassung und Verfassungsgesetz”, in AAVV, *Festschrift für Ulrich Scheuner zum 70. Geburtstag* (org. Horts Ehmke e outros), Duncker & Humblot, Berlim, 1973, pp. 19-39, pp. 33-34.

(13) CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise...*, cit., p. 64.

(14) *Teoria da Constituição...*, cit., pp. 59-60, e 67-75. Cf. igualmente, entre outros, CATARINA SANTOS BOTELHO, “A História faz a Constituição...”, cit., p. 241, GIUSEPPE UGO

Além disso, importa *desmistificar* o texto constitucional, uma vez que a Constituição não é “um arquipélago de ilhas de Direito positivo”, pelo que tanto releva a componente jurídica como a componente política⁽¹⁵⁾. Dizendo por outras palavras, podemos atestar que “a Constituição não é neutra”⁽¹⁶⁾. À célebre frase de HUGHES “vivemos sob uma Constituição; mas a Constituição é o que o juiz diz que é”, ALEJANDRO NIETO contrapõe, em discórdia, uma nova máxima: a Constituição é, afinal, “o que fazem as forças políticas que ocupam os órgãos do Estado em sentido mais amplo”⁽¹⁷⁾. Em voz concordante, também PAULO CASTRO RANGEL é de opinião que “todos os dias se redesenha a constituição e toda a política — pelo menos até um certo nível — se oferece como política constitucional-constituente”⁽¹⁸⁾.

2. A natureza jurídica dos direitos sociais

2.1. O Estado-providência e o Estado de direito social

Em geral, pode dizer-se que o período que se seguiu à Segunda Guerra assinala o marco histórico da *conversão qualitativa* do antigo Estado liberal num Estado social. Assistiu-se, em boa verdade, a uma *mudança de paradigma* constitucional⁽¹⁹⁾. Os dois elementos centrais desta mudança são: (i) o elemento *antropo-*

RESCIGNO, “Interpretazione costituzionale e positivismo giuridico”, *QDR*, 2005, pp. 19-48, p. 29, PAULO CASTRO RANGEL, *O Estado do Estado — Ensaio de Política Constitucional sobre Justiça e Democracia*, Dom Quixote, Alfragide, 2009, p. 29, PETER HÄBERLE, “Verfassungstheorie ohne Naturrecht”, *AöR*, 99, 1974, pp. 437-463, RAFFAELE DE GIORGI, “Modelos jurídicos de la igualdad y de la equidad”, in AAVV, *Los Derechos Sociales en el Estado Constitucional... cit.*, pp. 11-27, p. 14, e ROBERTO BIN, “La costituzione tra testo...”, *cit.*, p. 112.

⁽¹⁵⁾ ALEJANDRO NIETO, *op. cit.*, p. 374.

⁽¹⁶⁾ UDO DI FABIO, “Grundrechte als Werteordnung”, *JZ*, 1 (59), 2004, pp. 1-8, p. 1.

⁽¹⁷⁾ *Idem*, *op. cit.*, p. 406.

⁽¹⁸⁾ *O Estado do Estado...*, *cit.*, p. 16.

⁽¹⁹⁾ Nas palavras de MIGUEL CARBONELL, “Los Derechos Sociales: Elementos para una lectura en clave normativa”, in AAVV, *Los Derechos Sociales en el Estado Constitucional...*, *cit.*, pp. 199-231, p. 209.

cêntrico, que eleva a dignidade da pessoa humana a princípio fundamental; (ii) e o elemento *social*, através do qual o princípio do Estado social é elevado a princípio constitucional⁽²⁰⁾.

É a HERMANN HELLER que se deve a expressão “Estado social de direito”⁽²¹⁾. Importa, nesta sede e desde logo, distinguir os conceitos de *Welfare State* (*Wohlfahrtsstaat*; *État-Providence*) e *social State* (*Sozialstaat*; *État social*), que se têm vindo a confundir⁽²²⁾. Assim sendo, enquanto o conceito de *Welfare State* se associa a considerações histórico-políticas (tais como o *New Deal*, nos EUA, ou o Estado-providência europeu que sucedeu à II Guerra Mundial), e o *Wohlfahrtsstaat* a uma abordagem de cariz económico ou sociológico⁽²³⁾, já o *Estado social* é um conceito de índole normativa, que constitucionaliza as obrigações do Estado em causa em matéria de política social e económica, criando, assim, um “*integrated welfare State*”⁽²⁴⁾. Em termos concetuais e para alguma doutrina, o Estado Providência é, inclusivamente, uma forma de “patologia” do Estado social⁽²⁵⁾.

⁽²⁰⁾ GEORG KASSIMATIS, “Entstehung- und Entwicklungsgeschichte des Sozialstaates”, in AAVV, *Soziale Grundrechte in Europa nach Lissabon — Eine rechtsvergleichende Untersuchung der nationalen Rechtsordnungen und des europäischen Rechts* (org. Julia Lliopoulos-Strangas), Human Rights — Menschenrechte — Droits de l’Homme, Vol. 9, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2010, pp. 19-38, pp. 31-37.

⁽²¹⁾ *Staatslehre*, J. C. B. Mohr, Tübinga, 1983 (1.^a ed. data de 1934), 6.^a ed., p. 258.

⁽²²⁾ CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise...*, cit., pp. 97-98. Mais desenvolvadamente, HANS MICHAEL HEINIG, *Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit — Zur Formel vom “sozialen” Staat in Art. 20 Abs. 1 GG*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2008, pp. 50-75.

⁽²³⁾ HANS-PETER BULL, “Sozialstaat — Krise oder Dissens? Schwierigkeiten bei der Verständigung über einen verfassungsrechtlichen Kernbegriff”, in AAVV, *Der Staat des Grundgesetzes — Kontinuität und Wandel — Festschrift für Peter Badura zum siebenzigsten Geburtstag* (org. Michael Brenner, Peter M. Huber e Markus Möstl), Mohr Siebeck, Tübinga, 2004, pp. 57-76, em especial, pp. 65-66 e pp. 73-75.

⁽²⁴⁾ Neste preciso sentido, CRISTINA QUEIROZ, *O Tribunal Constitucional e os Direitos Sociais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 9, GEORGE S. KATROUGALOS, “Human Rights in the Welfare State”, *JöR*, 44, 1996, pp. 137-154, p. 137, e JOÃO CARLOS LOUREIRO, “Adeus ao Estado Social? O insustentável peso do não-ter”, in João Carlos Loureiro, *Adeus ao Estado Social? — A segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos “direitos adquiridos”*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 44-138, p. 72.

⁽²⁵⁾ JOÃO CARLOS LOUREIRO, “Explicitações preliminares: sobre o nome e a substância”, in João Carlos Loureiro, *Adeus ao Estado Social?...*, cit., pp. 7-43, p. 10.

De um ponto de vista político, o importante a reter é que o conceito de Estado social *não deve ser refém* de nenhuma concepção ideológica ou política⁽²⁶⁾. No essencial, o Estado social surge como resultado da verificação de que o Estado tem responsabilidades ao nível da garantia de um mínimo de bem-estar, a partir do momento em que intervém na sociedade. A este respeito, refira-se que é da própria existência e legitimação do Estado que se retira esse dever de promoção do bem-estar dos seus cidadãos⁽²⁷⁾.

Os direitos económicos, sociais e culturais distinguem-se dos tradicionais direitos fundamentais de primeira geração. Enquanto estes últimos atribuem tendencialmente ao indivíduo um espaço de liberdade imune à intervenção dos poderes públicos, os direitos sociais, ainda que o seu exercício pertença ao indivíduo, impõem aos poderes públicos um dever de ação. Por este motivo, e como atrás vimos, a inserção de direitos sociais implicou, desde logo, um cisma na tradição liberal de firme separação entre as esferas política e económica, mediante a implementação de mecanismos de intervenção política num processo socioeconómico que se pretendia asséptico⁽²⁸⁾.

Na maioria das Constituições, verifica-se que estes direitos sociais possuem, amiúde, *contornos imprecisos*, não estando plas-

⁽²⁶⁾ Para um desenvolvimento da ideia, cf., entre outros, ÁNGEL GARRORENA MORALES, *Derecho Constitucional — Teoría de la Constitución y sistema de fuentes*, CEPyC, Madrid, 2011, pp. 66-68, ERNST BENDA, “Der soziale Rechtsstaat”, in AAVV, *Handbuch des Verfassungsrechts* (Ernst Benda et al.), Walter de Gruyter, Berlim, 1984, pp. 477-544, FRANCISCO JOSÉ CONTRERAS PELÁEZ, “Neoliberalismo y Estado social”, *RFS*, 215, 1999, pp. 309-341, GEGÓRIO PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 58, KARL ALBRECHT SCHACHTSCHNEIDER, *Verfassungsrecht der Europäischen Union*, Vol. II — Wirtschaftsverfassung mit Welthandelsordnung, Duncker & Humblot, Berlim, 2010, pp. 28-29, HANS MICHAEL HEINIG, “The Political and the Basic Law’s Sozialstaat Principle — Perspectives from Constitutional Law and Theory”, *GLJ*, 12, 2011, pp. 1887-1900, JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais — Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Wolters Kluwer Portugal/Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 22, SERGIO FOIS, “Analisi delle problematiche fondamentali dello «Stato sociale»”, *DS*, 2, 1999, pp. 163-191, pp. 165-166, e VITAL MOREIRA, *Administração Autónoma e Associações Públicas*, Coimbra Editora, Coimbra, 1997, p. 234, nt. 349.

⁽²⁷⁾ CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise...*, cit., p. 99, e MIGUEL CARBONELL, “Eficacia de la Constitución y Derechos Sociales: Esbozo de Algunos Problemas”, *EC*, 6 (2), 2008, pp. 43-71, p. 46.

⁽²⁸⁾ GEORGE S. KATROUGALOS, “Human Rights in the Welfare State”, cit., p. 141.

mados em normas diretamente aplicáveis⁽²⁹⁾. Por conseguinte, em larga medida, a sua aplicabilidade direta carecerá de prévia intervenção legislativa. Por tais razões, é comum afirmar-se que os direitos sociais não valem contra a lei, mas, ao invés, carecem da lei para serem plenamente exequíveis.

2.2. O conteúdo prescritivo dos direitos sociais: direitos de defesa *versus* direitos de prestação

Das considerações feitas até aqui, deduz-se que é precisamente o facto de os direitos sociais possuírem um conteúdo manifestamente *heterogéneo* que alimenta as dificuldades doutrinárias de classificação e a complexa questão da sua efetiva proteção, quer a nível nacional, quer a nível europeu e internacional⁽³⁰⁾. Talvez não tenha sido sem razão que alguma doutrina tenha sugestivamente caracterizado a dificuldade terminológica no seio dos direitos sociais como “a irritação normativa do «social»”⁽³¹⁾.

Se bem vemos as coisas, sob a designação “direitos sociais” podemos encontrar um conglomerado das mais variadas figuras jurídicas⁽³²⁾. Quando pensamos, por exemplo, no conteúdo do direito à saúde, as questões que se levantam são várias: qual o objeto e o âmbito de aplicação? Em que medida e com que extensão incumbe ao Estado garanti-lo? Na ausência de uma proteção adequada deste direito, estaremos perante que tipo de incumprimento constitucional?⁽³³⁾.

(29) ERNST FORSTHOFF, “Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates”, in Ernst Forsthoff, *Rechtsstaat im Wandel: Verfassungsrechtliche Abhandlungen 1950-1964*, W. Kohlhammer, Estugarda, 1964, pp. 27-56, pp. 27-56.

(30) CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise...*, cit., p. 117, e JEAN-PAUL COSTA, “Vers une protection juridictionnelle des droits économiques et sociaux en Europe?”, in AAVV, *Les droits de l’homme au seuil du troisième millénaire — Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruylant, Bruxelas, 2000, pp. 141-154, p. 143.

(31) HANS F. SACHER, “Der Sozialstaat an der Wende...”, cit., pp. 204-206.

(32) JOHANNES DIETLEIN, *Die Grundrechte in den Verfassungen der neuen Bundesländer: zugleich ein Beitrag zur Auslegung des Art. 31 und 142 GG*, Vahlen, Munique, 1993, p. 124.

(33) CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise...*, cit., p. 117.

No entanto, e como tem salientado a doutrina, estas dificuldades não são exclusivas dos direitos sociais e verificam-se, amiúde, nos próprios direitos de liberdade, tal como, por exemplo, a liberdade de expressão e os seus limites e obrigações positivas a cargo do Estado. Em consonância com esta linha de pensamento, a doutrina mais recente tem-se mostrado hesitante quanto a admitir uma bipartição “direitos demo-liberais — direitos sociais”, uma vez que todos os direitos fundamentais são “*individuais*” — por serem direitos do ser humano — e são igualmente “*sociais*”, na medida em que regulam a vida coletiva⁽³⁴⁾. Um tal modelo, logo se adivinhará, assenta no “caráter transversal das funções dos direitos fundamentais”⁽³⁵⁾. A importância desta observação salta à vista: as fronteiras entre os direitos de liberdade como direitos de abstenção e direitos sociais como direitos de prestação estão cada vez mais *diluídas*⁽³⁶⁾.

Sem medo das palavras, a doutrina tem considerado que as distinções entre direitos negativos/positivos e entre conduta do Estado como passiva/ativa assentam em “falsas dicotomias”⁽³⁷⁾. Urge, pois, e numa perspetiva mais abrangente, relativizar as conceções biunívocas que assentam na seguinte consequência lógica: *direitos de liberdade* → geram obrigações de *non facere* → não custosos, em contraposição com *direitos sociais* → geram obrigações de *facere* → custosos⁽³⁸⁾.

Persiste (e persistirá, certamente) a tendência imediata de associar direitos positivos aos direitos sociais, porém, apesar de

⁽³⁴⁾ Defendendo esta “igual natureza” entre os direitos, MANLIO MAZZIOTTI DI CELSO, “Diritti sociali”, in AAVV, *Enciclopedia del diritto*, vol. XII, Giuffrè, Milão, 1988, pp. 802-810, pp. 804-805, e, ainda que mais moderadamente, ALEXANDRE BERENSTEIN, “Economic and social rights: Their inclusion in the European Convention on Human Rights — Problems of formulation and interpretation”, *HRLJ*, 3-4, 1981, pp. 257-280.

⁽³⁵⁾ HANS D. JARASS, “Bausteine einer umfassenden Grundrechtsdogmatik”, *AöR*, 3, 1995, pp. 345-381, p. 353.

⁽³⁶⁾ CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise...*, cit., p. 119.

⁽³⁷⁾ Expressão de LORDE BROWN, no caso *R v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Limbuela*, Reino Unido, 2005, 66 (920).

⁽³⁸⁾ CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise...*, cit., p. 497.

estes representarem uma ampla fatia dos direitos positivos, não a esgotam. Nos nossos dias, tanto podemos encontrar constituições que consagram catálogos de direitos constitucionais negativos, como versões combinadas de direitos negativos e positivos.

Se atendermos ao conteúdo prescritivo dos direitos sociais, verificamos que tanto pode articular-se como direito de defesa (v.g., a proibição de trabalho infantil) ou como direito de prestação (atribuição de subsídios sociais)⁽³⁹⁾. Em bom rigor, os direitos sociais também implicam obrigações negativas⁽⁴⁰⁾. Senão veja-se: o direito à saúde pressupõe o dever estatal de não privar os cidadãos do acesso à saúde, e o direito à educação, o dever de a não anular. Assim, uma grande parte dos direitos sociais consagrados na nossa Constituição comporta uma dimensão de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias (art. 17.º da CRP). Por exemplo, o direito social à educação, previsto no art. 73.º, pressupõe uma liberdade de educação, plasmada no seu n.º 1.

Em contrapartida, os direitos, liberdades e garantias possuem uma vertente de prestação estadual, ainda que de natureza diversa das prestações estaduais nos direitos sociais. Daí a capital importância dos *deveres estaduais de proteção ou de organização e procedimento* associados a direitos de defesa. Se atentarmos, por exemplo, ao direito ao voto (art. 49.º), verificamos que este não pode ser entendido meramente em sentido negativo, mas gera igualmente obrigações positivas para o Estado, ao ter de garantir as condições procedimentais, materiais e logísticas para a sua plena efetivação. Do mesmo modo, a liberdade de expressão (art. 37.º) implica obrigações positivas a cargo do Estado, de cariz regulatório, por forma a tutelar o pluralismo informativo. Outro exemplo é o do órgão administrativo independente Provedor de Justiça

⁽³⁹⁾ Cf. MARC BOSSUYT, “La distinction juridique entre les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels”, *RDH*, 8, 1975, pp. 785-820, e PETER SZCZEKALLA, *Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht — Inhalt und Reichweite einer gemeineuropäischen Grundrechtsfunktion*, Schriften zum Europäischen Recht, 87, Duncker & Humblot, Berlim, 2002, p. 435.

⁽⁴⁰⁾ CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise...*, cit., p. 120.

(art. 23.º), cujo funcionamento envolve, como não pode deixar de ser, custos administrativos⁽⁴¹⁾.

2.3. A (alegada) especial onerosidade dos direitos sociais

Não se estranhe ou se tome por bizarra a afirmação de que os direitos sociais são direitos especialmente *onerosos* e, nessa medida, a sua proteção varia consoante as possibilidades económicas, financeiras e culturais de um determinado Estado. Pois bem, dentro do perímetro constitucional, este é um denominador comum em várias obras doutrinárias. Mas será mesmo assim? Julgamos que a hesitação é permitida.

Obviamente que é inegável a constatação de que a eficácia dos direitos sociais está dependente das condições da própria realidade — tais como os recursos disponíveis e a organização e funcionamento administrativos — no entanto, *todos* os direitos fundamentais, no seu conjunto, implicam custos para um Estado, verdadeiramente empenhado na sua proteção e promoção⁽⁴²⁾.

Em boa verdade, os direitos fundamentais, quer os direitos, liberdades e garantias, quer os direitos sociais possuem custos financeiros públicos, pelo que não existem “direitos fundamentais gratuitos, direitos fundamentais de borla”⁽⁴³⁾. Nesta esteira, os custos são transversais, uma vez que *todos* os direitos fundamentais constitucionalmente garantidos têm “implicações orçamentais”, pelo que só em termos comparativos e de grau poderemos colocar esta questão da onerosidade mais evidente dos direitos sociais⁽⁴⁴⁾.

(41) CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Curso de Direito Constitucional — Teoria da Constituição em Tempo de Crise do Estado Social*, Tomo II, Volume 2, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 570, e CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise...*, *cit.*, p. 120.

(42) CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise... cit.*, p. 498.

(43) JOSÉ CASALTA NABAIS, “Reflexões sobre quem paga a conta do estado social”, *RFDUP*, 7, 2010, pp. 51-83, pp. 51-52.

(44) Cf. ISABEL M. GÍMENEZ SÁNCHEZ, “Límites económicos de los derechos sociales”, in AAVV, *Derechos Sociales y Principios Rectores — Actas del IX Congreso de la*

A menor relevância atribuída aos custos dos direitos de liberdade poderá explicar-se pelo facto de estes direitos, que historicamente antecedem à geração dos direitos sociais, serem encarados com mais *naturalidade*, porquanto os cidadãos conviveram com as estruturas administrativas, judiciais e policiais que lhes subjazem, que se foram sedimentando e ganhando consistência⁽⁴⁵⁾.

2.4. A aplicabilidade dos direitos sociais

Chegados a este ponto, importa frisar que o facto de muitos direitos sociais não gozarem de aplicabilidade direta e possuírem uma formulação semanticamente aberta, não significa que não produzam *efeitos jurídicos vinculativos*⁽⁴⁶⁾. A bem dizer, a fundamentalidade de uma norma e a proteção que a mesma confere não são conceitos análogos ou sobreponíveis.

Com efeito e segundo nos parece, a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais poderá ser entendida em duas perspetivas: (i) a aplicabilidade *stricto sensu*, que se relaciona com a sindicabilidade e justiciabilidade plenas, mormente pela suscetibilidade de invocação autónoma; (ii) e a aplicabilidade *lato sensu*, que se prenderá já com a capacidade de derrogar normas contrárias. Nesta última aceção, poderemos afirmar que todas as normas de direitos fundamentais serão diretamente aplicáveis, porquanto são vincula-

Asociación de Constitucionalistas de España (coord. José Luis Cascajo Castro, Manuel Terol Becerra, António Domínguez Vila e Vicente Navarro Marchante), Tirant lo Blanch, Valença, 2012, pp. 301-303, p. 304, RAYMOND PLANT, “Social Rights and the Reconstruction of Welfare”, in AAVV, *Citizenship* (ed. Geoff Andrews), Lawrence & Wishart, Londres, 1991, pp. 54 ss., p. 56, ROBERTO GARGARELLA, “Justicia dialógica y derechos sociales”, *Los Derechos Sociales en el Estado Constitucional...*, cit., pp. 109-141, p. 111, nt. 3, STEPHEN HOLMES e CASS R. SUNSTEIN, *The Cost of Rights — Why Liberty Depends on Taxes*, W. W. Norton & Company, Nova Iorque, 1999, pp. 43-48, e VOLKER NEUMANN, “Sozialstaatsprinzip und Grundrechtsdogmatik”, *DVBl*, 1997, pp. 92-100, p. 97.

⁽⁴⁵⁾ CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise...* cit., p. 124.

⁽⁴⁶⁾ MIRJA A. TRILSCH, *Die Justiziabilität wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte im innerstaatlichen Recht*, Springer, Heidelberg, 2012, pp. 47-48.

tivas e operantes⁽⁴⁷⁾. A destriça estará já, pois, na sua plena judiciabilidade e/ou suscetibilidade de invocação autónoma. Ora, o *quid specificum* de uma boa parte dos direitos sociais está na falta de determinabilidade do seu conteúdo, que impede uma aplicabilidade direta *stricto sensu*, nos termos do art 18.º da Constituição.

2.5. Os direitos sociais como categoria constitucional

São poucos os direitos sociais que conseguem, numa tão breve disposição normativa, espelhar o conteúdo do direito em causa⁽⁴⁸⁾. Veja-se, por exemplo, os casos do direito à saúde e do direito à educação. É muito claro que estes direitos exigem toda uma logística e um estabelecimento de regras que serão cruciais para a sua profícua interpretação e aplicação. Talvez por esta razão WOLFGANG MARTENS tenha designado os direitos sociais, mais simplesmente, como “*leges imperfectae*” (leis imperfeitas)⁽⁴⁹⁾.

Como atrás foi mencionado, o complexo conceito de “direitos sociais” é polissémico, indeterminado e, sem dúvida, impreciso. Do esforço concetual de classificação conclui-se que os direitos sociais não redundam em utopia ou em meras quimeras pseudo-jurídicas. Com tal intuito, algumas Constituições optaram por consagrar os direitos sociais como “direitos fundamentais sociais” (*soziale Grundrechte*), outras como “princípios orientadores” (*Prinzipienerklärungen*), na forma de garantias institucionais, ou como “determinações dos fins do Estado” (*Staatszielbestimmungen*), que é o caso de Espanha (arts. 39.º a 41.º) e de muitos dos preceitos consagradores de direitos sociais da Constituição portuguesa (arts. 1.º, 9.º al. a), e 63.º).

(47) CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise... cit.*, p. 132 e p. 499. Também JORGE MIRANDA, *Direitos Fundamentais: Introdução Geral — Apontamentos das Aulas*, Petrony, Lisboa, 1999, p. 184, admite aquilo a que designa como “uma certa forma de aplicabilidade imediata” dos direitos sociais.

(48) THEODOR TOMANDL, *Der Einbau sozialer Grundrechte in das positive Recht*, J. C. B. Mohr, Tübinga, 1967, p. 33.

(49) “Grundrechte im Leistungsstaat”, *VVDStRL*, 30, 1972, pp. 7-38, pp. 30-31.

Em tais contingências concetuais, podemos verificar que não existe uma identidade absoluta entre os direitos fundamentais e os direitos subjetivos *stricto sensu*, isto é, na aceção do Direito Civil⁽⁵⁰⁾. A confirmá-lo, tanto podemos encontrar direitos subjetivos que não são direitos fundamentais (v.g., em matéria cível) como direitos fundamentais que não são direitos subjetivos públicos (tais como alguns direitos sociais a prestações, ou os direitos dos cônjuges plasmados no n.º 3 do art. 36.º).

Daqui deriva, a nosso ver, que o conceito de direito subjetivo tipicamente privatista não possa ser transferido *ad nutum* para o mundo do Direito Público⁽⁵¹⁾. Por isso, não é de espantar que seja igualmente bem conhecida a resistência de uma grande parte da doutrina em classificar os direitos fundamentais sociais como direitos subjetivos públicos⁽⁵²⁾. Se alguns admitem que existe uma relação jurídica entre o Estado e o particular, sendo que o particular é o titular de um direito — diretamente aplicável — contra o Estado⁽⁵³⁾, outros, como JÖRG PAUL MÜLLER, entendem que uma tal classificação não é possível (nem desejável) e que os direitos fundamentais sociais são, outrossim, “disposições definidoras de

(50) Cf. FILIPA URBANO CALVÃO, MANUEL FONTAINE CAMPOS e CATARINA SANTOS BOTELHO, *Introdução ao Direito Público*, Coleção: Manuais Universitários, Almedina, Coimbra, 2014, p. 140, e, no Brasil, JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES, “Direitos subjetivos e direitos sociais”, in AAVV, *Direitos humanos, direitos sociais e justiça* (org. José Eduardo Faria), Malheiros, São Paulo, 1992, pp. 113-143.

(51) CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise...*, cit., p. 144, JOSÉ MELO ALEXANDRINO, *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa*, Vol. II, (A construção dogmática), Almedina, Coimbra, 2006, p. 52, e MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Direito Administrativo*, I, Almedina, Coimbra, 1980, p. 343.

(52) V.g., KARL-PETER SOMMERMANN, *Staatsziele und Staatszielbestimmungen*, Mohr Siebeck, Tübinga, 1997, p. 482. Contra esta avaliação, no entanto, DANIEL FELIPE RIVEROS PARDO, “Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos subjetivos: una visión estructural”, *RDE*, 24, 2010, pp. 29-43, p. 33, que classifica os direitos sociais como direitos subjetivos.

(53) Cf., por exemplo, ANTONIO PEREZ LUÑO, *Los Derechos Fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2004, p. 213, MARTIN SCHEININ, “Economic and Social Rights as Legal Rights”, in AAVV, *Economic, social and cultural rights — A textbook*, cit., pp. 41-62, e THEODOR TOMANDL, *Der Einbau sozialer Grundrechte in das positive Recht*, J. C. B. Mohr, Tübinga, 1967, p. 30.

objetivos para o desenvolvimento da comunidade num determinado sentido”⁽⁵⁴⁾.

Seja como for, existe uma tendência uniforme na doutrina portuguesa quanto à verificação de que os direitos sociais são *genuínos* direitos fundamentais, não podendo ser reconduzidos a meras declarações de direitos, destituídas de eficácia jurídica⁽⁵⁵⁾. Em consonância com esta linha de pensamento e numa argumentação literal, está o postulado no Título I da Constituição, que se refere a “Direitos e Deveres Fundamentais”. Os tempos estão, hoje, amadurecidos e são favoráveis a uma revisitação da classificação dos direitos sociais. Por este motivo, não será nunca admissível uma “política de falta de cumprimento” dos direitos sociais fundamentais⁽⁵⁶⁾.

Em Portugal, uma grande parte das normas consagradoras de direitos sociais eram — e deverão continuar a ser — classificadas como *programáticas*. Estas normas não atribuem direitos subjetivos diretamente acionáveis, mas são *vinculativas* em termos de funcionarem como padrão interpretativo para a jurisprudência e para o exercício político-legislativo dos órgãos constitucionais competentes⁽⁵⁷⁾.

Ultrapassada que está a *fase crepuscular* da experiência da Constituição da República de Weimar (1919), as normas programáticas não são declarações vazias, destituídas de normatividade, mas contêm um programa de ação vinculativo⁽⁵⁸⁾. Não negamos que a expressão “norma programática” resulte, por vezes, *historicamente gasta e crismada*. Vislumbramos mesmo, quanto a esta

⁽⁵⁴⁾ *Sozialer Grundrechte in der Verfassung?*, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel/Frankfurt am Main, 2.^a ed., 1981, p. 191.

⁽⁵⁵⁾ Cf., entre tantos outros, CATARINA SANTOS BOTELHO, “A intimação para a protecção de direitos, liberdades e garantias: *quid novum?*”, *O Direito*, n.º 143, I, 2011, pp. 33-55, pp. 45-46, JORGE MIRANDA, *Manual...*, IV, *cit.*, p. 101 e p. 351, e JOÃO CAUPERS, “Os direitos dos trabalhadores em geral e direito de contratação coletiva em especial”, in AAVV, *Nos dez anos da Constituição* (coord. Jorge Miranda), Imprensa Nacional-Casa da Moeda, Lisboa, 1986, pp. 39-54, p. 41.

⁽⁵⁶⁾ EVA M. K. HÄUBLING, *op. cit.*, p. 84.

⁽⁵⁷⁾ CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise...*, *cit.*, p. 500.

⁽⁵⁸⁾ Sobre a experiência weimariense, cf. *idem*, *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise...*, *cit.*, pp. 135-136 e pp. 211-216.

temática, um certo *cansaço doutrinal e jurisprudencial*, cuja aversão tem, como vimos, uma associação político-constitucional profundamente negativa, e que acaba por ter como efeito secundário arrastar para os dias de hoje uma concepção historicamente datada. No entanto, somos de opinião que a deturpação de um conceito não o deverá esgotar e fulminar⁽⁵⁹⁾.

Depois do relativo desencanto das normas programáticas haverá lugar a um renascer e a um olhar despido de uma conjuntura passada? Ainda que respondamos afirmativamente, julgamos ser necessário dar-lhes uma *nova roupagem*, sob pena de efetivamente se lhes ter passado uma certidão de óbito. Neste ensejo, vemos *duas possíveis saídas*: (a) ou se insiste na correta interpretação do conceito de norma programática, como verdadeira norma jurídica vinculativa, abstraindo-nos da sua desfiguração weimariana e salvaguardando o seu caráter normativo; (b) ou opta-se por o rebatizar, v.g., de “normas condicionadas”, “normas sob reserva do possível”, “normas de otimização”, de forma a deixar de as associar a normas não vinculativas⁽⁶⁰⁾.

Seja como for, o que releva é sempre o conteúdo e não a nomenclatura utilizada, razão pela qual não nos devemos apegar em demasia a ela. Dito de outro modo, não aderimos a uma tipologia fechada e entendemos não ser prudente uma rigidez concetual neste domínio. Com efeito, e como sustenta HENRY SHUE, as tipologias são “escadas (*ladders*) para serem subidas e deixadas para trás, e não monumentos para serem tratados ou polidos”⁽⁶¹⁾.

2.6. Os direitos sociais na jurisprudência do Tribunal Constitucional

A nossa jurisdição constitucional não se pronunciou de forma unívoca quanto à categorização dos direitos sociais. Na maioria

⁽⁵⁹⁾ *Idem*, *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise...*, cit., p. 500.

⁽⁶⁰⁾ *Idem*, *ibidem*.

⁽⁶¹⁾ *Idem*, *ibidem*.

dos arestos, os direitos sociais são considerados “direitos a prestações”, dispondo o legislador de uma ampla margem de liberdade na sua concretização⁽⁶²⁾. O Tribunal entende, pois, que os direitos sociais não conferem “direito[s] imediato[s] a uma prestação efetiva”, não possuindo aplicabilidade direta nem exequibilidade⁽⁶³⁾. Numa categorização de cariz intermédio, outros Acórdãos vieram reconhecer a “dupla natureza” negativa e positiva que subjaz a grande parte dos direitos sociais⁽⁶⁴⁾. Muito episodicamente, porém, a jurisdição vislumbrou os direitos sociais como “autênticos direitos subjetivos inerentes ao espaço existencial do cidadão, independentemente da sua justiciabilidade e exequibilidade imediata”⁽⁶⁵⁾.

Independentemente desta aparente divergência de julgados, uma linha de continuidade na jurisprudência pode entender-se ser a de que os direitos sociais possuem um “certo grau de vinculatividade normativa”, vivendo em “normas jurídicas vinculantes que impõem positivamente ao legislador a realização de determinadas tarefas através das quais se pode concretizar o exercício desses direitos”⁽⁶⁶⁾. Consensual parece ser também que estes direitos sociais se tratam de direitos “sob reserva do possível, não sendo directamente determináv[eis] no seu *quantum* e no seu modo de realização a nível da Constituição”⁽⁶⁷⁾.

⁽⁶²⁾ Acórdãos do TC n.º 130/92, processo n.º 104/90, de 01.04.92, relator: Cons. Alves Correia; n.º 131/92, processo n.º 122/90, de 01.04.1992, relator: Cons. Alves Correia; n.º 32/97, processo n.º 61/96, de 15.01.1997, relator: Cons. Alves Correia; n.º 465/2001, processo n.º 77/00, de 24.10.2001, relator: Cons. Paulo Mota Pinto; e n.º 570/2001, processo n.º 286/00, de 12.12.2001, relator: Cons. Paulo Mota Pinto.

⁽⁶³⁾ Acórdão do TC n.º 346/93, processo n.º 237/91, de 12.05.1993, relator: Cons. Ribeiro Mendes, na esteira do Acórdão n.º 130/92, processo n.º 104/90, de 24.07.1992, relator: Cons. Alves Correia.

⁽⁶⁴⁾ Acórdão n.º 101/92, processo n.º 223/90, de 18.08.1992, relator: Cons. Monteiro Diniz.

⁽⁶⁵⁾ Acórdão n.º 92/85, processo n.º 143/84, de 18.06.1985, relator: Cons. Mário de Brito. Em sentido contrário, argumentando que um direito a prestação não pode atribuir um “direito subjetivo *prima facie*”, cf. o Acórdão n.º 309/09, processo n.º 215/09, de 22.06.2009, relator: Cons. Carlos Fernandes Cadilha, ponto 4.

⁽⁶⁶⁾ Acórdão n.º 221/09, processo n.º 775/08, de 05.05.2009, relator: Cons. Carlos Fernandes Cadilha, ponto 3.

⁽⁶⁷⁾ Acórdão n.º 400/2011, processo n.º 194/11, de 22.09.2001, relator: Cons. Vítor Gomes.

Desde logo, a consagração de direitos sociais na forma de direitos de prestação plenamente exequíveis pressuporia que o Estado pudesse *ordenar livremente* sobre o objeto da prestação. Ora, um tal “poder de disposição” não se verifica facilmente no domínio dos direitos sociais. A título de exemplo, quanto ao direito a um posto de trabalho, numa economia de mercado, o Estado não possui o monopólio desta decisão, nem se poderia comprometer a atribuir um posto de trabalho a cada um dos seus cidadãos⁽⁶⁸⁾.

De facto, a efetividade dos direitos sociais é *condicionada pelas limitações da disponibilidade financeira* do Estado e das demais entidades públicas⁽⁶⁹⁾. Este condicionamento deriva da necessidade de equilibrar o grau de satisfação de alguns direitos com os recursos disponíveis. Nestes termos, a doutrina tende a salientar a “escassez” do objeto da prestação, que se agudiza numa situação de crise financeira interna e/ou internacional, e que acaba por funcionar como um “limite fático” à implementação dos direitos sociais⁽⁷⁰⁾.

(68) GEORG BRUNNER, “Die Problematik der sozialen Grundrechte”, *Recht und Staat*, Mohr Siebeck, Tübinga, 1971, pp. 3-37, p. 14. Na doutrina portuguesa, cf. RUI MEDEIROS, “Anotação ao artigo 58.º”, in Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 1136-1143, p. 1140.

(69) CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise...*, *cit.*, p. 145.

(70) Cf., sobre o assunto, EVA M. K. HÄUBLING, *op. cit.*, p. 65. Em sintonia, DIETRICH MURSWIEK, “Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte”, in AAVV, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland — Allgemeine Grundrechtslehren* (org. Josef Isensee e Paul Kirchhof), Vol. 5, Müller, Jr. Verlag, Heidelberg, 1992, pp. 243-289, p. 267, e JÖRG PAUL MÜLLER, “Soziale Grundrechte in der schweizerischen Rechtsordnung, in der europäischen Sozialcharta und den UNO-Menschenrechtspakten”, in AAVV, *Soziale Grundrechte* (org. Ernts-Wolfgang Böckenförde, Jürgen Jekewitz e Thilo Ramm), Müller, Heidelberg, 1981, pp. 61-74, p. 63.

3. A força jurídica dos direitos sociais na Constituição portuguesa

Uma leitura atenta da nossa Constituição deixa claro que o legislador constituinte não especificou qual a força jurídica a atribuir às normas relativas aos direitos sociais, ao invés do que está previsto para os direitos, liberdades e garantias e para os direitos fundamentais de natureza análoga, nos arts. 17.º e 18.º da CRP. No entanto, deste aparente silêncio não podemos retirar, pura e simplesmente e num raciocínio *a contrario sensu*, que os direitos sociais não são diretamente aplicáveis, não vinculam entidades públicas e privadas e que as suas restrições não estão sujeitas a apertados requisitos constitucionais⁽⁷¹⁾.

Quanto a nós, haverá sempre um certo “grau” — limitado — de aplicabilidade direta das normas relativas a direitos sociais. No entanto, esta asserção resulta de uma interpretação relacional dos direitos fundamentais e do princípio da unidade da Constituição, e não propriamente da aplicação automática do art. 18.º aos direitos sociais. Obviamente que o facto de a Constituição ter deixado de fora deste regime os direitos sociais não pode ser escamoteado. Tanto mais que, como vimos atrás, esta foi uma opção *convicta* do legislador constituinte. O importante, então, será procurar entender, dentro do sistema global de direitos fundamentais, qual o papel acometido aos direitos sociais e de que forma vinculam a comunidade política⁽⁷²⁾. Com efeito:

- (a) Desde logo, as normas de direitos sociais não são um mero “aleluia jurídico”, mas vinculam na exata medida em que constituem genuínas *normas jurídicas* que estabelecem determinados objetivos sociais e políticos para o bem-estar da sociedade⁽⁷³⁾.

(71) CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise...*, cit., p. 302.

(72) *Idem*, *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise...*, cit., pp. 302-303.

(73) Expressão de J. J. GOMES CANOTILHO, “Tomemos en serio los derechos económicos, sociales y culturales”, *RCEC*, 1, 1988, pp. 239-260, p. 260.

- (b) Por este motivo, as normas de direitos sociais são um importante auxílio para a *interpretação* sistemática e, eventualmente, para a integração de lacunas.
- (c) Em especial, a maioria dos direitos sociais comporta dimensões *negativas*, de abstenção, que são obviamente tuteladas — ainda que a sua dimensão prevalecente seja a positiva, de prestação. A comprová-lo, se atentarmos ao elenco de direitos fundamentais constitucionalmente consagrado verificamos que ao direito fundamental ao trabalho (art. 58.º) antecede uma liberdade de trabalho, assim como ao direito fundamental social à educação (art. 73.º) antecede a liberdade de educação⁽⁷⁴⁾.
- (d) Por outro lado, podem ser invocados como *fundamento de restrição* ou de limitação de direitos, liberdades e garantias, nos termos do n.º 2 do art. 18.º, mormente quando o texto constitucional estabelecer *deveres especiais de proteção*⁽⁷⁵⁾. Aquando da ponderação de direitos fundamentais diretamente aplicáveis em situações de colisão/conflito, o intérprete-aplicador não deve optar por um direito fundamental em detrimento de outro direito fundamental, devendo outrossim harmonizá-los. Nesta esteira, parece-nos um contrassenso lógico advogar que o direito à greve dos profissionais de saúde, apenas pelo facto de estar catalogado no elenco dos direitos, liberdades e garantias — art. 57.º, n.º 1, da CRP — deva prevalecer sempre sobre o direito à saúde dos utentes do serviço nacional de saúde — art. 64.º, n.º 1, da CRP, pertencente ao elenco dos direitos sociais⁽⁷⁶⁾.

(74) MIGUEL CARBONELL, “Los Derechos Sociales...”, *cit.*, pp. 217-218.

(75) Para um exemplo de situações em que a Constituição estabelece direitos especiais à proteção estadual, *vide*, entre outros, os direitos dos consumidores (art. 60.º), das crianças (art. 69.º), dos jovens (art. 70.º), dos cidadãos portadores de deficiência (art. 71.º), da terceira idade (art. 72.º).

(76) CATARINA SANTOS BOTELHO, “A intimação...”, *cit.*, p. 48, e JORGE REIS NOVAIS, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 299. Ver também o acórdão do TC n.º 423/08, processo n.º 592/08,

- (e) Se possuírem natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, os direitos sociais beneficiarão do seu regime.
- (f) São igualmente aplicáveis os princípios da *universalidade* e da *igualdade*, plasmados nos arts. 12.º e 13.º da Constituição.
- (g) Serão *inconstitucionais* as normas legais concretizadoras que realizem um direito social desrespeitando os mandatos constitucionais, v.g., em termos hipotéticos, uma alteração legislativa que venha a retirar o caráter gratuito do ensino básico.
- (h) Para alguma doutrina é possível aplicar-se o mecanismo da inconstitucionalidade por *omissão* à inércia do Estado em cumprir as obrigações constitucionais em matéria de direitos sociais.
- (i) Os direitos a prestações derivados da lei — isto é, os direitos plasmados na legislação ordinária que foram atribuídos no cumprimento dos objetivos sociais traçados nos direitos constitucionais sociais — estão salvaguardados, em maior ou menor medida, pelo *princípio da igualdade*, pelo *princípio da proteção da confiança* e pelo *princípio da proporcionalidade*.
- (j) A terminar, refira-se ainda que, por construção doutrinária e jurisprudencial, o *princípio da dignidade da pessoa humana* tem assumido uma relevância crescente. Nos direitos sociais constitucionais, a vinculação estadual assume um caráter marcadamente objetivo, uma vez que não atribuem direitos diretamente invocáveis em tribunal. Contudo e como adiante veremos, tem-se admitido a existência de um direito subjetivo mínimo a prestações por parte do Estado, quando em causa esteja uma *existência*

de 04.08.2008, relator: Cons. Ana Guerra Martins, que considerou que a legislação “sobre a exposição dos indivíduos (...) ao fumo do tabaco (...) é suscetível de afetar a vertente negativa do direito à proteção da saúde na parte em que ela se sobrepõe ao direito à integridade física” (par. 9).

condigna. Neste reduto último do direito, descortina-se uma vertente subjetiva e diretamente oponível em juízo⁽⁷⁷⁾.

4. O Estado social no século XXI: morte ou metamorfose?

Se, perto dos meados do século XX, se falava do auge do “Estado-Prestador”, a par de notáveis progressos económicos, sociais e tecnológicos, o último quartel do século XX testemunhou uma eclosão da “crise do Estado social”, que se caracterizou pela incapacidade de o Estado promover, no todo ou em parte, o bem-estar social⁽⁷⁸⁾. Muito provavelmente, o excesso de intervencionismo público, acoplado a conjunturas financeiras e económicas negativas, desembocaram naquilo a que, num jogo de palavras, se tem apelidado de “Estado de mal-estar”⁽⁷⁹⁾. Para usar a imagem proposta por WILLIAM H. BEVERIDGE, o Estado é perspetivado como um genuíno “Estado Pai Natal”, do qual se espera que responda a todas as pretensões sociais⁽⁸⁰⁾. Com efeito, numa tal “ver-

⁽⁷⁷⁾ CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise...*, cit., pp. 303-305.

⁽⁷⁸⁾ Cf. ANTÓNIO DE CABO DE LA VEGA, “La Crisis del Estado Social”, in AAVV, *Lecciones Sobre Estado Social y Derechos Sociales* (dir. Albert Noguera Fernández e Adoración Guamán Hernández), Tirant lo Blanch, Valença, 2014, pp. 59-79, ANTÓNIO LEITÃO AMARO, “O princípio constitucional da sustentabilidade”, in AAVV, *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 405-432, p. 407, CHRISTOPH LUMER, “Principles of generational justice”, in AAVV, *Handbook of Intergenerational Justice* (ed. J. C. Tremmel), Edward Elgar Publishing, Northampton, 2006, pp. 53-71, p. 59, JORGE MIRANDA, “Os novos paradigmas do Estado social”, *RFDUP*, 9, 2012, pp. 181-197, pp. 187-188, MARGARIDA SALEMA, “O Estado social no contexto internacional e europeu”, *Polis*, 17, 2008, pp. 27-38, PAULO OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais*, I, Almedina, Coimbra, 2009, p. 459, e VASCO PEREIRA DA SILVA, *Para um Contencioso Administrativo dos Particulares? Esboço de uma Teoria Subjetivista do Recurso Directo de Anulação*, Almedina, Coimbra, 1989 (1.ª reimpressão 1997), 1996, pp. 56-61.

⁽⁷⁹⁾ V.g. entre outros, RAMÓN COTARELO, *Del Estado del Bienestar al Estado del Malestar*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2.ª ed., 1990, pp. 34-35.

⁽⁸⁰⁾ *Social Insurance and Allied Services*, 1942, Londres.

tigem prestadora”, o “perímetro e responsabilidades” do Estado-prestador alargou-se de tal modo que passou a ser responsável pela satisfação de todas as necessidades coletivas de bem-estar, independentemente de serem ou não estritamente necessárias⁽⁸¹⁾.

Em tais contingências económico-financeiras, a pergunta que se tem feito prende-se com o papel reservado à Constituição: deverá esta consagrar normas de intervenção nas opções económicas dos Estados (v.g., consagrando uma cláusula de limitação constitucional ao défice) ou deverá, pelo contrário, ser economicamente neutra?

Na nossa perspetiva, espera-se demais da Constituição, vendo-se nela paradoxalmente tudo e nada: *tudo*, no sentido de que o bem-estar social depende da configuração que a mesma atribuiu ao Estado social; e *nada*, visto que, quando as políticas públicas não logram o resultado pretendido, não tardam a surgir vozes alarmistas que, com palavras de ordem sonantes, defendem a Constituição como um documento descartável, apelando à sua constante revisão⁽⁸²⁾. Esta visão assenta na ilusão de que a mera alteração do texto constitucional operará, por artes mágicas, uma transfiguração súbita da realidade socioeconómica de um Estado⁽⁸³⁾.

Em Portugal, assim como noutros Estados europeus, a crise bancária, iniciada em 2007, veio a desembocar, desde 2009, numa “crise das dívidas soberanas”⁽⁸⁴⁾. Neste cenário, é superlativamente visível que os *anos dourados* chegaram ao fim, que as políticas de austeridade parecem ter vindo para ficar, pelo menos por uns bons anos, e que se torna imperioso analisar a realidade das coisas tal como elas são, procurando dar-lhes respostas cabazes e não saídas airoas. Concomitantemente torna-se cada vez mais

(81) ANTÓNIO LEITÃO AMARO, *op. cit.*, p. 407, e RUI MEDEIROS, *A Constituição Portuguesa num Contexto Global*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015, pp. 107-111.

(82) CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise... cit.*, p. 419.

(83) No mesmo sentido, JORGE MIRANDA, “Acabar com o Frenesim Constitucional”, in AAVV, *Nos 25 Anos da Constituição da República Portuguesa de 1976 — Evolução constitucional e perspectivas futuras*, AAFDL, Lisboa, 2001, pp. 653-662, p. 655.

(84) MANUEL FONTAINE CAMPOS, “A crise e a regulação internacional e europeia...”, *cit.*, p. 81.

notório que o Estado não pode ser perspetivado como o único agente responsável pelo progresso social, justificando-se, portanto, uma lógica de subsidiariedade social.

A *gestão normativa* deste equilíbrio entre a austeridade e o bem-estar social revela-se complexa. Num Estado social ameaçado e que já apresentava sérias debilidades, não surpreende que se coloque em causa agora a própria força normativa da Constituição, mormente quanto aos direitos sociais⁽⁸⁵⁾. No entanto, cumpre salvaguardar que, como resulta óbvio, todos os direitos fundamentais, sejam de liberdade, sejam sociais, sentem os efeitos da crise, posto que esta tem implicações transversais a todo o ordenamento jus-fundamental.

Nesta esteira, alguma doutrina considera que a falência do Estado-Providência pôs em causa “o próprio paradigma da intervenção estadual” e o substituiu pelo Estado “*regulador, garantidor e incentivador*”, que admite e promove a colaboração de privados na execução de tarefas de interesse público⁽⁸⁶⁾. Transitou-se, por conseguinte, de um Estado prestador, apelidado de “Estado herói” (*heroischen Staates*), que assumia a execução e promoção de tarefas hercúleas, para um “Estado pós-herói” menos interventivo, mas não menos empenhado⁽⁸⁷⁾. Quiçá o problema seja agora a falta de meios financeiros ao dispor do Estado e não um menor empenhamento na causa social e na promoção de uma igualdade real entre as pessoas.

Atentos a estes contratempos que sacodem o *acquis* jurídico, cumpre perguntar: “terá o Estado social chegado ao fim?”⁽⁸⁸⁾. NIKLAS LUHMANN entende que o Estado social tal como o conhecíamos

(85) CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise...*, cit., p. 420.

(86) Sobre esta complexa temática, cf. uma ampla listagem bibliográfica citada em CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise...*, cit., p. 421, nt. 2021.

(87) Fórmula de HELMUT WILLKE, *Supervision des Staates*, Suhrkamp, Frankfurt, 1997, p. 347. A propósito, cf., igualmente, J. J. GOMES CANOTILHO, “*Brançosos’ e inter-constitucionalidade — Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*”, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 146-148, e MANUEL FONTAINE CAMPOS, “A crise e a regulação internacional e europeia...”, cit., p. 130.

(88) Respetivamente, HANS F. SACHER, “Der Sozialstaat an der Wende...”, cit., pp. 65-69, e NIELS PLOUG, “L’État providence en liquidation?”, *RISS*, 48 (2), 1995, pp. 65-77.

encontra-se num “processo de auto-dissolução”⁽⁸⁹⁾. Outros alertam para um estado de “desmontagem controlada do Estado social”, que atinge com maior intensidade as áreas da educação e da cultura⁽⁹⁰⁾. Mais moderadamente, alguns economistas advertem que, quanto ao específico caso português, não estamos propriamente a empobrecer. O que sucede é que o Estado viveu durante umas décadas intoxicado pela ilusão de riqueza e de promoção irrealista de um determinado nível elevado de bem-estar⁽⁹¹⁾.

Isto posto, resta então averiguar qual o papel do Estado social no século XXI e o que se poderá, honesta e realisticamente, esperar dele. JOÃO CARLOS LOUREIRO, numa linguagem sugestiva, entende que a “falência de uma compreensão obesa do Estado social — o Estado providência” — não deve ser entendida como um “*requiem* pelo Estado social”, porquanto este “não é uma categoria, empírica ou normativamente, morta ou moribunda: nem do lado do substantivo (Estado), nem do adjetivo (social)”⁽⁹²⁾. Numa linha de continuidade, CARLA AMADO GOMES defende que, se a “história curta do Estado-providência pode ter terminado”, já “a do Estado Social continua”, uma vez que “não existe um retrocesso” ao patamar mínimo de justiça social oferecido pelo Estado liberal, nem “um avanço para um novo modelo de Estado que supere, substitua, anule, os pressupostos do Estado Social”⁽⁹³⁾. Parece-nos que esta é uma visão equilibrada do atual estágio de evolução do Estado social e aderimos a ela⁽⁹⁴⁾.

Com efeito, a questão não se deverá colocar em moldes de um fim do Estado social ou sequer colocando em causa a sua existên-

⁽⁸⁹⁾ *Teoría Política en el Estado del Bienestar*, Alianza, Madrid, 1993, p. 31.

⁽⁹⁰⁾ GREGORIO CÁMARA VILLAR *et al.*, *Manual de Derecho Constitucional* (coord. Francisco Balaguer Callejón), Vol. II, Tecnos, Madrid, 8.ª ed. atualizada, 2013, p. 311.

⁽⁹¹⁾ CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise...*, *cit.*, p. 422.

⁽⁹²⁾ “Adeus ao Estado Social?...” *cit.*, pp. 107-108. Como etapas do mesmo discurso, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Repensar a relação entre o Estado e a Sociedade”, *Nova Cidadania*, 8 (31), 2007, pp. 36-38.

⁽⁹³⁾ “Estado social e concretização de direitos fundamentais na era tecnológica: algumas verdades inconvenientes”, *RFDUP*, 7, 2010, pp. 19-34, p. 24.

⁽⁹⁴⁾ CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise...*, *cit.*, p. 423.

cia, não se tratando, por conseguinte, de “desmantelar, mas de transformar o Estado social”⁽⁹⁵⁾. Assim, o que está em causa é saber se se pretende/ é viável um Estado social “melhor ou pior”, “ideal ou não ideal” ou “funcional ou disfuncional”⁽⁹⁶⁾.

A concluir, não se nos afigura que estejamos perante uma morte do Estado social, mas uma *metamorfose* de contornos ainda muito imprevisíveis. Não são, por conseguinte, de menosprezar as propriedades *camaleónicas* do Estado social, que comprovam a riqueza do seu conteúdo⁽⁹⁷⁾.

5. Da admissibilidade da proibição do retrocesso social

Como vimos, de um Estado “concretizador” dos direitos sociais transitou-se para um Estado “desconcretizador”, que se vê confrontado com a necessidade de retroceder nos níveis de proteção social anteriormente garantidos⁽⁹⁸⁾. O cenário de crise económica e financeira reacendeu a discussão em torno da admissibilidade de uma “proibição do retrocesso social”, ou da “teoria da irreversibilidade”, que data das décadas de sessenta e setenta do século passado e que tem perdurado até hoje⁽⁹⁹⁾. Uma tal “tese de

⁽⁹⁵⁾ HANS KÜNG, *Weltethos für Weltpolitik und Weltwirtschaft*, Munique, 1997, p. 234, *apud* JOÃO CARLOS LOUREIRO, “Explicitações preliminares...”, *cit.*, p. 18.

⁽⁹⁶⁾ HANS F. SACHER, “Der Sozialstaat an der Wende...”, *cit.*, p. 186.

⁽⁹⁷⁾ CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise...*, *cit.*, pp. 435-436.

⁽⁹⁸⁾ CARLA AMADO GOMES, “Estado social e concretização de direitos fundamentais...”, *cit.*, p. 23.

⁽⁹⁹⁾ FRIEDERIKE VALERIE LANGE, *op. cit.*, pp. 468-470, OLIVIER DE SCHUTTER, “Article 52 — Scope of guaranteed rights”, in AAVV, *Commentary of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, *cit.*, pp. 397-408, p. 406, RAINER GEESMANN, *Soziale Grundrechte im deutschen und französischen Verfassungsrecht und der Charta der Grundrechte der Europäischen Union — Eine rechtsvergleichende Untersuchung zu den Wirkdimensionen sozialer Grundrechte*, Europäische Hochschulschriften, Vol. 4207, Peter Lang — Europäischer Verlag der Wissenschaften, Frankfurt am Main, 2005, pp. 118-120, e WAGDI SABETE, “Note”, *Recueil Dalloz Sirey (Jurisprudence)*, 1999, pp. 271 ss., p. 272. Em Portugal, sobre esta discussão e apresentando as várias posições doutrinárias, cf. LUÍS

congelamento dos direitos sociais” feriria de inconstitucionalidade diversas propostas ou medidas legislativas adotadas em vários Estados europeus, num contexto de austeridade⁽¹⁰⁰⁾. Estamos a referir-nos, *v.g.*, à redução dos vencimentos da função pública e ao congelamento dos concursos e das progressões, ao aumento da idade da reforma, ou ao aumento das propinas e das taxas moderadoras.

Em Portugal, o princípio da proibição do retrocesso social, que nunca foi dogmaticamente apresentado com suficiente precisão, assentaria em vários princípios ínsitos ao Estado de Direito: (i) o princípio da proteção da confiança (art. 2.º CRP); (ii) o princípio da igualdade, em especial na vertente da proibição da discriminação (art. 13.º da CRP); (iii) e o princípio da proporcionalidade (n.º 2 do art. 18.º da CRP)⁽¹⁰¹⁾.

Quanto à jurisprudência constitucional portuguesa sobre o retrocesso social, se o Tribunal, quiçá com alguma precipitação, começou por admiti-lo — no sobejamente conhecido Acórdão n.º 39/84⁽¹⁰²⁾ — acabou por matizar a sua posição⁽¹⁰³⁾, em especial admitindo que a proibição do retrocesso apenas poderá funcionar “em casos-limite”, em homenagem ao “princípio da alternância democrática”⁽¹⁰⁴⁾.

VERDE DE SOUSA, “Acerca do princípio da proibição do retrocesso social”, *BDFC*, 83, 2007, pp. 747-803.

⁽¹⁰⁰⁾ GREGORIO CÁMARA VILLAR *et al.*, *op. cit.*, p. 325.

⁽¹⁰¹⁾ CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise... cit.*, pp. 435-436.

⁽¹⁰²⁾ Processo n.º 6/83, de 11.04.1984, relator: Cons. Vital Moreira. Este Acórdão foi objeto de uma declaração de voto (Cons. Joaquim Costa Aroso) e de dois votos de vencido (Cons. Cardoso da Costa e Messias Bento). Para um comentário, cf. VASCO PEREIRA DA SILVA, “Comentário ao Acórdão n.º 39/84”, *O Direito*, ano 106-119, 1974/1987, pp. 397-433.

⁽¹⁰³⁾ Veja-se, a propósito, os Acórdãos do TC n.º 186/88, processo n.º 344/88, de 11.08.1988, relator: Cons. Cardoso da Costa, n.º 731/95, processo n.º 259/95, de 27.06.1995, relator: Cons. Ribeiro Mendes, n.º 101/92, processo n.º 223/90, de 17.03.1992, relator: Cons. Monteiro Diniz, n.º 148/94, n.º 530/92, de 08.02.1994, relator: Cons. Guilherme da Fonseca, n.º 509/2002, processo n.º 768/02, de 19.12.2002, relator: Cons. Luís Nunes de Almeida, e n.º 590/2004, processo n.º 944/03, de 06.10.2004, relator: Cons. Artur Maurício.

⁽¹⁰⁴⁾ Par. 9, do Acórdão n.º 509/2002, *cit.*

Veja-se como este Acórdão n.º 39/84 está completamente desfasado dos nossos dias e da atual conjuntura económica e financeira. O Tribunal Constitucional afirmou que “(a) partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixa de consistir apenas) numa obrigação *positiva*, para se transformar (ou passar também a ser) numa obrigação *negativa*. O Estado, que estava obrigado a *atuar* para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a *abster-se* de atentar contra a realização dada ao direito social”⁽¹⁰⁵⁾.

Ora, e como ‘para bom entendedor meia palavra basta’, o Tribunal estava a preparar terreno para admitir uma progressão contínua de prestações sociais que se cristalizariam *in perpetuum* na nossa ordem jurídica⁽¹⁰⁶⁾. Por esta razão, esta leitura constitucional terá de cingir-se às hipóteses em que o direito em causa consagra uma *ordem de legislar*⁽¹⁰⁷⁾. No Acórdão n.º 352/91, o TC sublinhou que “o legislador não está, em regra, obrigado a manter as soluções jurídicas que alguma vez adotou. Notas constitutivas da função legislativa são justamente, entre outras, a *liberdade constitutiva* e a *auto-revisibilidade*”⁽¹⁰⁸⁾. Como viemos de afirmar, o próprio Tribunal não parece entender que o princípio da proibição do retrocesso tenha fundamento autónomo⁽¹⁰⁹⁾, optando por associá-lo, como fez no Acórdão n.º 101/92, à violação do princípio da proteção da confiança⁽¹¹⁰⁾, ou ao mínimo de existência condigna⁽¹¹¹⁾.

⁽¹⁰⁵⁾ Ponto 2.3.3. Ver também o Acórdão do TC, n.º 509/2002, processo n.º 768/02, de 19.12.2002, relator: Cons. Luís Nunes de Almeida, ponto 8.

⁽¹⁰⁶⁾ CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise...*, cit., p. 443.

⁽¹⁰⁷⁾ Acórdão do TC, n.º 474/02, processo n.º 489/94, de 19.11.2002, relator: Cons. Bravo Serra. Para esta leitura, cf. FERNANDO ALVES CORREIA, “A concretização dos direitos sociais pelo Tribunal Constitucional”, *RLJ*, 137, 2008, pp. 355-359, pp. 356-357.

⁽¹⁰⁸⁾ Processo n.º 99/90, de 04.07.1991, relator: Cons. Messias Bento, par. 13.

⁽¹⁰⁹⁾ Esta orientação foi muito transparentemente seguida no Acórdão do TC n.º 465/2001, cit.

⁽¹¹⁰⁾ Processo n.º 223/90, de 17.03.1992, relator: Cons. Monteiro Diniz, ponto 5, que se deixa transcrito: “não se pode, em bom rigor, falar em *retrocesso social* pois que a recorrente não viu diminuído ou afetado, com a edição do Decreto-Lei n.º 328/81, qual-

Mais explicitamente, no Acórdão n.º 509/2002, o Tribunal deixou claro que adere a uma *leitura restritiva* na matéria e que o apelo à proibição do retrocesso social “apenas pode funcionar em casos-limite, uma vez que, desde logo, o *princípio da alternância democrática* (...) inculca a revisibilidade das opções político-legislativas, ainda quando estas assumam o carácter de opções legislativas fundamentais”⁽¹¹²⁾.

Quanto a nós, o ponto fulcral da argumentação em torno do princípio da proibição do retrocesso social, ainda que parta de um raciocínio intelectualmente elegante e que cria empatia social, olvida o funcionamento saudável de uma democracia⁽¹¹³⁾. Neste domínio e como bem adverte RUI MEDEIROS, é extremamente relevante que se invista e que se valorize a “participação dos cidadãos na formação da vontade eletiva”, nomeadamente através de eleições⁽¹¹⁴⁾. A confirmá-lo, o poder legislativo pode decidir, v.g., reformar os sistemas de ensino ou de saúde, em feição mais ou menos descentralizada ou mais ou menos socializante, desde que não deixe de prever e organizar os tais serviços⁽¹¹⁵⁾.

Quanto a nós, os principais argumentos contra a proibição (absoluta) do retrocesso social são os seguintes⁽¹¹⁶⁾:

- (i) Há que atender, desde logo, ao facto de a proibição do retrocesso social apenas poder ser encarada como um mote de luta política, ao jeito de um expressivo e

quer *direito adquirido*, em termos de se gerar violação do *princípio da proteção da confiança e de segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural*”.

⁽¹¹¹⁾ CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise...*, cit., p. 444.

⁽¹¹²⁾ Processo n.º 768/02, de 19.12.2002, relator: Luís Nunes de Almeida, ponto 9. Esta argumentação foi seguida pelo Acórdão n.º 3/2010, cit., ponto 3.

⁽¹¹³⁾ CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise...*, cit., p. 445.

⁽¹¹⁴⁾ RUI MEDEIROS, “Direitos, liberdades e garantias e direitos sociais: entre a unidade e a diversidade”, in AAVV, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia* (coord. Jorge Miranda), Vol. IV, FDUL, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 657-683, p. 678.

⁽¹¹⁵⁾ JORGE MIRANDA, *Manual...*, IV, cit., p. 494.

⁽¹¹⁶⁾ CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise...*, cit., pp. 437-440.

ecoante “nem um passo atrás”⁽¹¹⁷⁾, mas não constituir um princípio jurídico-constitucional⁽¹¹⁸⁾.

- (ii) O “princípio da auto-revisibilidade” é uma marca distintiva do poder legislativo, num Estado democrático, no qual vigoram os princípios da maioria e da periodicidade⁽¹¹⁹⁾. Nesta sede, é importante salientar a “*liberdade constitutiva e a autorrevisibilidade*” como características endógenas à função legislativa, sendo imperativo existir uma abertura a todas as opções políticas que se movam dentro do marco constitucional⁽¹²⁰⁾.
- (iii) Entende-se igualmente que esta admissibilidade conduz a uma “confusão na hierarquia normativa”, promovendo uma “*quasi-constitucionalização*” da legislação ordinária⁽¹²¹⁾. A Constituição seria uma espécie de novo *totem*, que tudo regularia, até à exaustão, em desrespeito pelo *princípio da essencialidade* — ou seja, a ideia de que o texto da constituição deverá ser seletivo e não exaustivo — que resulta umbilicalmente conexionado com a vocação de permanência e de normatividade da Constituição.
- (iv) Ironicamente, a aplicação da proibição do retrocesso social teria um *efeito perverso*, porquanto acabaria por tornar os direitos sociais “mais imunes ao legislador” do que os próprios direitos, liberdades e garantias, visto

⁽¹¹⁷⁾ Veja-se o título da obra colectiva *Ni un paso atrás — La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales* (org. Christian Courtis), Editores del puerto, Buenos Aires, 2006.

⁽¹¹⁸⁾ JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais...*, cit., p. 245.

⁽¹¹⁹⁾ JÖRG POLAKIEWICZ, “Soziale Grundrechte and Staatszielbestimmungen in der Verfassungsordnung Italiens, Portugals und Spaniens”, *ZaöRV*, 1994, pp. 340-391, p. 372, e WERNER WEBER, “Die verfassungsrechtlichen Grenzen sozialstaatlicher Forderungen”, *Der Staat*, 4, 1965, pp. 409-439, p. 433.

⁽¹²⁰⁾ Cf. a listagem bibliográfica citada *apud* CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise...*, cit., p. 438, nt. 2109.

⁽¹²¹⁾ MATTHIAS CORNILS, *Die Ausgestaltung der Grundrechte — Untersuchung zur normativen Ausgestaltung der Freiheitsrechte*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2005, p. 541.

que estes últimos podem ser restringidos, nos termos dos n.ºs 2 e 3 do art. 18.º⁽¹²²⁾.

- (v) Poderia *cercear a atividade legislativa* de promoção dos direitos sociais, perante uma eventual impossibilidade de assumir futuramente esses compromissos⁽¹²³⁾.
- (vi) A proibição do retrocesso social “nada pode fazer contra as recessões e crises económicas (*reversibilidade fáctica*)”⁽¹²⁴⁾.
- (vii) Por último, a invocação do princípio da proibição do retrocesso social parece ter constituído uma daquelas situações menos felizes de importação de uma teoria jus-fundamental estrangeira — neste caso, germânica — sem a devida correspondência, uma vez que, no nosso ordenamento jurídico-constitucional, os direitos sociais beneficiam de uma consagração constitucional expressa⁽¹²⁵⁾.

Elencadas as razões da nossa discordância em considerar a proibição do retrocesso social como um princípio jurídico-constitucional autónomo, parece-nos que a doutrina e a jurisprudência portuguesas deverão *repensar o apelo ou a referência* que fazem a este princípio, aquando das discussões dogmáticas e práticas dos direitos fundamentais. Permita-se-nos um comentário no sentido de que, porventura, a razão das *referências jurisprudenciais descafeinadas* — mas sempre presentes — a este princípio se deverem ao facto de este ter sido aplicado num Acórdão (n.º 39/84), ao que sucedeu, em jeito de, e seja-nos permitido um lugar-comum, ‘mar-

⁽¹²²⁾ Como bem observaram JOÃO CAUPERS, *Os Direitos Fundamentais dos Trabalhadores... cit.*, p. 133, JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais... cit.*, p. 244, MANUEL AFONSO VAZ, *Lei e Reserva da Lei — A Causa da Lei na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra Editora, Coimbra, 2.ª ed., 2013, p. 384, e TIAGO ANTUNES, *op. cit.*, p. 734.

⁽¹²³⁾ Assim, JORGE PEREIRA DA SILVA, *Dever de Legislar e Protecção Jurisdicional Contra Omissões Legislativas — Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade por Omissão*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2003, p. 281.

⁽¹²⁴⁾ ERIKA DE WET, “The positive aspects of certain negative rights in the interim bill of rights: identifying certain parallels with *Teihaberechte* in German constitutional law”, *SAPR/PL*, 10, 1995, pp. 73-106, p. 90.

⁽¹²⁵⁾ JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais... cit.*, pp. 240-250.

car o ponto’, tendo assim permanecido essa obrigação jurisprudencial e doutrinária de o *revisitar ao de leve*, dando a impressão de que a jurisprudência o continua a aplicar, mas acabando sempre por o afastar⁽¹²⁶⁾.

A nosso ver, não se compreende a necessidade de se estar reiteradamente a falar sobre um princípio que não só está morto como também nunca existiu enquanto princípio jurídico-constitucional, pois não é compaginável com uma Constituição consagradora de direitos fundamentais sociais. Como escreveu THOMAS MANN: “há doutrinas que são como casas abandonadas; estão de pé, ficam de pé, mas ninguém nelas habita”⁽¹²⁷⁾.

É, quanto a nós, tempo de direcionar esforços jurisprudenciais e doutrinários na análise de outros princípios jurídico-constitucionais que — esses sim — resultam vertidos na nossa Constituição ou dela se retiram por interpretação: a proteção da confiança, a igualdade, a reserva do possível, o mínimo para uma existência condigna, e a justiça intergeracional.

6. Considerações finais: o papel do Tribunal Constitucional como guardião dos direitos fundamentais sociais

É um facto que, no pós-Guerra, os textos constitucionais se tornaram crescentemente mais politizados, pelo que se fala frequentemente em “expetativas constitucionais”, que podem abrir fragilidades ao nível da constância e estabilidade constitucionais⁽¹²⁸⁾. Destarte, acaba por ser incontornável um certo grau de

⁽¹²⁶⁾ CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise...*, cit., p. 446.

⁽¹²⁷⁾ *Idem*, *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise...*, cit., p. 513.

⁽¹²⁸⁾ RUPERT SCHOLZ, “Konstitutionalisierte Politik oder politisierte Konstitution?”, in AAVV, *Realitätsprägung durch Verfassungsrecht — Kolloquium aus Anlass des 80. Geburtstages von Peter Lerche*, Wissenschaftliche Abhandlungen und Reden zur Philosophie, Politik und Geistesgeschichte, 50, Duncker & Humblot, Berlin, 2008, pp. 9-16, p. 12.

“decisão política” na decisão constitucional, porém, esta não se traduz numa opção partidária, mas sim numa resolução de algum pendor político *lato sensu*⁽¹²⁹⁾.

Nos nossos dias, torna-se complexo efetuar uma distinção rígida entre o momento de *aplicação* do direito e o momento da *criação* do direito, importando outrossim reconhecer, com MARIA LÚCIA AMARAL, que a cultura jurídica do Estado constitucional assume movimentos circulares, uma vez que tanto o momento de criação do direito pode assumir uma vertente de aplicação como o momento de aplicação do direito pode ter uma vertente criadora⁽¹³⁰⁾. De facto, a designação “liberdade de conformação política do legislador” — adotada pela jurisprudência constitucional germânica no segundo quinquénio do século passado — pretende designar os “espaços de atuação *livre*, não constitucionalmente vinculada, da função legislativa”⁽¹³¹⁾.

Em tempos conturbados, como os que vivemos, de expressiva crise económica e financeira, alguma doutrina entende que os juízes constitucionais não deverão apenas se “ater ao direito positivo estrito”, desconsiderando o princípio da necessidade⁽¹³²⁾. A título exemplificativo, para MARIA BENEDITA URBANO, com o objetivo de evitar uma politização do Tribunal Constitucional dever-se-ia extrair um “novo princípio: *in dubio pro medidas anti-crise*”⁽¹³³⁾.

Quanto a nós, temos sérias dúvidas quanto à pertinência de um tal princípio, porquanto se estaria a inverter a lógica subjacente ao *princípio da constitucionalidade* plasmado no n.º 3 do art. 3.º da Constituição: são as medidas que têm que demonstrar a sua compatibilização (ou maior compatibilização possível) com a Constitui-

(129) ANDRÉS ROSSETTI, “¿Los Derechos Sociales como derechos «de segunda»? Sobre las generaciones de derechos y las diferencias con los derechos «de primera»”, in AAVV, *Los Derechos Sociales en el Estado Constitucional...*, cit., pp. 309-328, p. 324.

(130) “Justiça constitucional, protecção dos direitos fundamentais e segurança jurídica’ ou ‘Que modelo de justiça constitucional melhor protege os direitos fundamentais?’”, in AAVV, *Anuário Português de Direito Constitucional*, vol. II/2002, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 11-22, p. 16.

(131) MARIA LÚCIA AMARAL, *Responsabilidade do Estado...*, cit., p. 382, nt. 196.

(132) MARIA BENEDITA URBANO, *loc. cit.*, p. 23.

(133) *Idem*, *loc. cit.*, p. 25.

ção, e não o contrário⁽¹³⁴⁾. Numa abordagem diferente da acima proposta, não deixa de ser interessante, com as devidas matizações, o apelo ao princípio de hermenêutica jurídica *in dubio pro justitia socialis*, que tem sido invocado pela jurisdição suprema argentina⁽¹³⁵⁾. Nas palavras certeiras de FRANCISCO BALLAGUER CALLEJÓN, uma interpretação utilitarista da democracia desemboca na “*interpretación económica da Constitución*”, que se sobrepõe — indevida e erroneamente — àquela que deveria justamente ser a “*interpretación constitucional da crise*” (sublinhado nosso)⁽¹³⁶⁾. Seguindo o mesmo caminho, CHRISTIAN COURTIS apela à noção estadunidense de “escrutínio estrito” (*strict scrutiny*) por parte do julgador, que deverá inclinar-se pela inconstitucionalidade⁽¹³⁷⁾.

Para terminar e quanto à jurisprudência constitucional portuguesa da crise, somos de opinião que se pode desenhar, muito claramente, uma linha evolutiva⁽¹³⁸⁾:

- (i) adesão à retórica da crise como fundamento de um certo *favor legislatoris* — Acórdãos n.º 399/2010 (viabilização medidas de contenção orçamental)⁽¹³⁹⁾ e

⁽¹³⁴⁾ CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise...*, cit., p. 489.

⁽¹³⁵⁾ *Caso Berçaitz, Miguel Ángel s/ jubilación*, de 13.09.1974, apud CHRISTIAN COURTIS, “La prohibición de regresividad...”, cit., p. 41.

⁽¹³⁶⁾ “Crise económica y crisis constitucional en Europa”, *REDC*, 98, 2013, pp. 91-107, pp. 106-107. Também RUI MEDEIROS, “Jurisprudência Constitucional Portuguesa sobre a Crise: Entre a Ilusão de um Problema Conjuntural e a Tentação de um Novo Dirigismo Constitucional”, in AAVV, *O Tribunal Constitucional e a Crise — Ensaio Crítico* (org. Gonçalo de Almeida Ribeiro e Luís Pereira Coutinho), Almedina, Coimbra, 2014, pp. 263-288, p. 284, entende que é de rejeitar a ideia de que o Direito Constitucional “esteja condenado a ceder perante a inevitabilidade económica, devendo curvar-se perante a economia”.

⁽¹³⁷⁾ “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”, in AAVV, *Ni un paso atrás — La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, pp. 3-52, p. 33.

⁽¹³⁸⁾ CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise...*, cit., p. 490. Como etapas do mesmo discurso, cf., entre outros, CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Curso de Direito Constitucional...*, cit., pp. 711-732, MARIA BENEDITA URBANO, *op. cit.*, pp. 13-42, PAULO MOTA PINTO, “A Proteção da Confiança na «Jurisprudência da Crise»”, in AAVV, *O Tribunal Constitucional e a Crise...*, cit., pp. 133-181, p. 143, RUI MEDEIROS, “A Jurisprudência Constitucional...”, cit., pp. 265-273, e *idem*, *A Constituição Portuguesa num Contexto Global...*, cit., pp. 64-73.

⁽¹³⁹⁾ De 27.10.2010.

- n.º 396/2011 (viabilização primeiros cortes salariais)⁽¹⁴⁰⁾;
- (ii) *matização desta posição*, através (diretas) indiretas ao legislador, no sentido de que, com o avançar do tempo, a tolerância da jurisdição constitucional ao argumento da crise seria menor — Acórdãos n.º 353/2012 (restrição de efeitos da declaração de inconstitucionalidade da suspensão parcial/total dos subsídios de férias e de Natal dos funcionários públicos e pensionistas)⁽¹⁴¹⁾; n.º 187/2013 (viabilização do corte nas horas extraordinárias dos funcionários públicos e a CES — Contribuição Extraordinária de Solidariedade —, mas acaba por invalidar, entre outras disposições, a suspensão do subsídio de férias a pensionistas, funcionários e docentes de investigação)⁽¹⁴²⁾; n.º 794/2013 (viabilização do aumento do horário de trabalho dos funcionários públicos de 35 para 40 horas semanais)⁽¹⁴³⁾; e o n.º 572/2014 (viabilização da CES, somente por entender que se trata de uma medida excecional e transitória);
- (iii) formulação do juízo de constitucionalidade segundo uma *lógica de normalidade*, dando como superado o argumento da conjuntura económico-financeira excecional — Acórdãos n.º 862/2013 (chumbo da convergência das pensões da CGA)⁽¹⁴⁴⁾; n.º 413/2014 (inviabilização de três de quatro normas do Orçamento de Estado, por violação do princípio da igualdade e da proporcionalidade)⁽¹⁴⁵⁾; n.º 575/2014 (chumbo da Contribuição de Sustentabilidade que seria de aplicar sobre as pensões a partir de 2015, com fundamento na violação do princípio da proteção da confiança)⁽¹⁴⁶⁾.

⁽¹⁴⁰⁾ De 21.11.2011.

⁽¹⁴¹⁾ De 05.07.2012.

⁽¹⁴²⁾ De 05.04.2013.

⁽¹⁴³⁾ De 21.11.2013.

⁽¹⁴⁴⁾ De 19.12.2013.

⁽¹⁴⁵⁾ De 30.05.2014.

⁽¹⁴⁶⁾ De 14.08.2014.

O INQUÉRITO JUDICIAL ENQUANTO MEIO DE TUTELA DO DIREITO À INFORMAÇÃO NAS SOCIEDADES POR QUOTAS

Pelo Dr. Diogo Lemos e Cunha()*

SUMÁRIO:

1. Introdução. **2. O direito à informação.** **2.1.** Qualificação. **2.2.** Natureza jurídica. **2.3.** Conceito e objeto. **2.4.** Titulares do direito à informação. **2.5.** Modo de exercício. **2.6.** Modo de prestação da informação pela sociedade. **2.7.** Limites ao exercício do direito à informação. **3. O inquérito judicial.** **3.1.** Considerações gerais. **3.2.** O processo de jurisdição voluntária: princípios gerais. **3.3.** A tramitação processual da ação de inquérito judicial. **3.3.1.** Causa de pedir e pedido(s). **3.3.2.** Legitimidade ativa e passiva. **3.3.3.** Ónus da prova. **3.3.4.** Foro Competente. **3.3.5.** Valor da causa e regime das custas processuais. **3.4.** O inquérito judicial previsto no art. 67.º do CSC. **4. Reflexões conclusivas.**

1. Introdução

I. Uma sociedade comercial, que não seja obviamente uni-pessoal, envolve um potencial de conflitualidade entre os diversos titulares de participações sociais, pois a visão quanto à melhor forma de prosseguir os interesses da sociedade nem sempre se apresenta

(*) Advogado.

uniforme, havendo que contar com a existência de diversos pontos de vista — aliás, tantos quanto o número de sócios que compõem a sociedade. Este potencial de conflitualidade ganha relevo quando o membro do órgão de gestão não faculta, quando lhe solicitado pelo sócio, as informações pertinentes sobre a vida e os atos de gestão da sociedade ou, então, presta, mas a informação é presumivelmente falsa, incompleta ou não elucidativa.

Para aceder à informação que lhe foi indevidamente sonogada pela sociedade, o sócio tem a possibilidade de lançar mão de diversos mecanismos que a lei expressamente consagra para o efeito, nomeadamente através da interposição de inquérito judicial à sociedade e aos seus órgãos sociais a quem sejam imputadas irregularidades no exercício das suas funções.

É fácil de antever que o âmbito da exposição subsequente centrar-se-á na análise de dois regimes jurídicos, que se complementam: de um lado, o regime do *direito à informação* nas sociedades por quotas; do outro, o regime do *inquérito*, enquanto instrumento de tutela judicial, no caso em que o sócio vê o exercício do seu direito social ilicitamente recusado pela sociedade.

Ainda no que respeita ao âmbito desta exposição, não enjeitaremos a abordagem da controvérsia em torno da questão da legitimidade do sócio gerente no exercício do direito à informação, questão que continua a dividir a doutrina, mas sobretudo a jurisprudência dos nossos tribunais superiores.

II. O tema objeto do presente artigo possui evidente interesse prático, e prova disso mesmo são as inúmeras decisões proferidas pelos tribunais analisadas neste texto, fruto da crescente litigiosidade que se vive a nível societário, especialmente nas sociedades por quotas, que são em (muito) maior número do que em relação às suas congêneres anónimas.

Com efeito, atento o mencionado âmbito de análise, impõe-se fazer uma advertência para que não haja deceções. Este não é um artigo doutrinariamente denso, não iremos fazer profundas incursões doutrinárias, nem tampouco pretendemos descobrir novas posições, muitas delas já foram, de resto, trilhadas por quem tem a autoridade para o fazer.

Sendo assim, a virtualidade que este estudo possa eventualmente ter reside tão-só no facto de ele possuir uma matriz *eminente prática*, razão pela qual os seus principais destinatários são todos aqueles que lidam, ou irão lidar, com esta matéria típica do denominado “contencioso societário”, daí a importância que será conferida a todos os aspetos do processo especial de inquérito judicial, com especial enfoque na sua tramitação processual, sem perder de vista que este processo se encontra inserido no âmbito da jurisdição voluntária e, como tal, possui as suas especificidades face aos processos ditos comuns.

2. O direito à informação

2.1. Qualificação

A importância que a informação assume, enquanto elemento nuclear em todos os setores da vida social e económica, é de tal forma evidente, que bastaria apenas ressaltar que ela tem consagração constitucional no art. 37.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa, integrando o núcleo de «Direito, Liberdades e Garantias». Em tal norma legal estabelece-se que «todos têm o direito (...) de informar, de se informar e de ser informados, sem impedimentos nem discriminações».

Ora, no âmbito das sociedades comerciais, este direito assume igualmente a sua relevância, que não é, diga-se, diminuta, antes pelo contrário: o direito potestativo à informação dos sócios constitui um dos *princípios básicos* em que assenta o Código das Sociedades Comerciais⁽¹⁾, sendo considerado como «elemento estrutural do status do sócio»⁽²⁾, daí que a sua violação acarreta, de resto,

(1) Todas as disposições legais citadas neste texto sem outra indicação pertencem ao Código das Sociedades Comerciais (“CSC”), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 262/86, de 2 de setembro, com alterações subsequentes.

(2) ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Código das Sociedades Comerciais anotado*, Almedina, Coimbra, 2.ª ed., 2011, p. 144.

sanções criminais para o infrator (arts. 518.º e 519.º), ao que acresce a possibilidade de ele também responder civilmente por todos os prejuízos que causar.

A espinha dorsal do direito à informação no âmbito societário encontra-se naquela que é a norma «estruturante e programática»⁽³⁾ plasmada no art. 21.º, n.º 1, al. c), norma essa que prescreve — em termos gerais e independentemente do tipo societário em causa — que «todo o sócio tem direito a obter informações sobre a vida da sociedade, nos termos da lei e do contrato», disciplinando tal direito, no que às sociedades por quotas diz respeito, nos arts. 214.º a 216.º.

Não é inútil ressaltar a relevância que tal direito de obter informações assume, pois só com essa concretização pode o sócio ter conhecimento da situação económica e financeira da empresa e da plena realização dos objetivos societários, votar conscientemente nas assembleias gerais e propor medidas que repute necessárias para o bom desempenho da sociedade. Também não é errado afirmar que o direito à informação visa não só proteger os interesses dos demais sócios, em primeira linha, mas também o dos trabalhadores da sociedade e os seus credores.

Na verdade, pretendendo-se assegurar uma real transparência no funcionamento das sociedades comerciais, considera-se *indispensável* que no exercício dos demais direitos sociais exista uma situação de liberdade e esclarecimento a obter, desde logo, pelo *exercício à informação pelo sócio*.

É esta a importância que o direito à informação assume no contexto societário, não devendo ser, por isso, encarado, como um direito menor face a outros direitos sociais considerados mais relevantes, como seja o direito aos lucros, devendo antes ser perspetivado como um *importante instrumento* ao alcance do sócio para o exercício de outros tantos direitos.

⁽³⁾ JOÃO LABAREDA, “Direito à informação”, in *Problemas do Direito das Sociedades*, Almedina, Coimbra, 2002, p. 141.

2.2. Natureza jurídica

I. O direito à informação tem, antes de mais, a natureza de *direito subjetivo*⁽⁴⁾, de que é *credor* o sócio, e que constitui da sua faculdade de obter informações sobre a vida da sociedade, nos termos da lei e do contrato de sociedade. Exercida tal faculdade pelo sócio, a sociedade torna-se *devedora* a fornecer a informação pedida, sem prejuízo dos fundamentos legais para a sua recusa.

De resto, foi esta a configuração transposta para o Código das Sociedades Comerciais: o art. 214.º, n.º 1 reconhece, por um lado, como sujeito a quem é devida a *prestação devedora* de ser inteirado dos esclarecimentos e indagações devidas a «qualquer sócio»; por outro, como sujeito vinculado a *realizar essa mesma prestação*, transmitindo todos os esclarecimentos, o *gerente da sociedade*, isto é, aquele a quem incumbe prosseguir a atividade societária, administrando-a e representando-a, nos termos previstos no n.º 1 do art. 252.º⁽⁵⁾.

II. Ademais, é maioritário o entendimento segundo o qual o direito à informação do sócio reveste-se de *natureza instrumental*⁽⁶⁾,

⁽⁴⁾ Assim, Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 21.9.2006, proc. n.º 6067/2006-6, disponível in <www.dgsi.pt>. Para maiores desenvolvimentos sobre o conceito de direito subjetivo, vide ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, T. I, 4.ª Ed. Reformulada e Atualizada, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 871-905, *maxime* pp. 892 e ss. E EDUARDO SANTOS JÚNIOR, *Da responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito de crédito*, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 37-74.

⁽⁵⁾ Em rigor, e como vem sublinhando por parte da doutrina, o sujeito passivo da obrigação de informar é a própria sociedade, embora representada pelos administradores, no caso das sociedades por quotas, pelos gerentes, a quem vinculam concretamente o dever funcional de prestar a informação solicitada (cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades*, Vol. I — *Das Sociedades em Geral*, 3.ª ed. Ampliada e Atualizada, Almedina, Coimbra, 2011, p. 732 e HÉLDER QUINTAS, *Regime jurídico das sociedades por quotas anotado (arts. 197.º a 270.º-G, do CSC)*, Almedina, Coimbra, 2010, p. 125).

⁽⁶⁾ Vide RAÚL VENTURA, *Sociedade por quotas*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2008, p. 282; CARLOS MARIA PINHEIRO TORRES, *O direito à informação nas sociedades comerciais*, Almedina, Coimbra, 1998, p. 101; ARMANDO TRIUNFANTE, *A tutela das minorias nas sociedades anónimas: direitos individuais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 113; JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, “O direito à informação nas sociedades de capitais”, in *Colóquio “Os quinze anos de vigência do Código das Sociedades Comerciais: Experiência e Perspectiva”*, Fundação Bissaya Barreto, Coimbra, 2003, p. 48; e LUÍS BRITO CORREIA, *Direito*

erigido na perspectiva da sua essencialidade para garantir o exercício de outros direitos sociais, nomeadamente o direito aos lucros, voto, impugnação de deliberações sociais, eleger os membros dos órgãos sociais, sindicar os negócios sociais, ação de responsabilidade contra os gerentes, *etc.*

Sendo assim, o direito à informação é, além do mais, reconhecido ao sócio para melhor tutela dos direitos essenciais que derivam da lei e do contrato de sociedade, sendo certo que ele garante a exigência mínima de funcionamento da sociedade.

A reforçar esta ideia de instrumentalidade, joga ainda a seu favor o facto de o direito à informação constituir um mecanismo de *controlo ou fiscalização a posteriori dos atos* praticados pelos gerentes da sociedade. Mas não se pense que a vida e os atos de gestão da sociedade se esgotam unicamente na sua fiscalização, porquanto, após o exercício desta função, decorre, não raras vezes, um *poder (dever) de atuação* por parte do sócio em conformidade com a informação que foi entretanto obtida.

Face à natureza instrumental do direito à informação, ele também é tido como um direito geralmente qualificado como um *direito extra-patrimonial*⁽⁷⁾ do sócio para o exercício de outros direitos, patrimoniais ou extrapatrimoniais, a exercer junto do órgão habilitado a prestá-los, que é o membro do órgão de gestão

Comercial — Sociedades Comerciais, 2.º Vol., AAFDL, Lisboa, 1987, p. 317. Na jurisprudência, cf. Acórdãos do Tribunal da Relação do Porto, de 17.12.2001, proc. n.º 0151616 e de 7.4.2005, proc. n.º 0531171; Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, de 8.7.2003, proc. n.º 03B1995 e de 29.10.2013, proc. n.º 3829/11.0TBVCT.G1.S1; Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 12.4.2011, proc. n.º 1207/10.8TBSCR.L1-7 e Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 25.11.2013, proc. n.º 287/12.6TBAMR.G1, todos disponíveis in <www.dgsi.pt>. Contra a natureza instrumental de tal direito social, considerando-o como autónomo, veja-se ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades*, Vol. I, p. 735 e MARGARIDA COSTA ANDRADE, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário* (coord. de JORGE M. COUTINHO DE ABREU), Vol. I (arts. 1.º a 84.º), reimpressão, Almedina, Coimbra, 2013, p. 360.

(7) RAÚL VENTURA, *Sociedade por quotas*, *cit.*, p. 282. Na jurisprudência, *vide* Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, de 31.3.1998, proc. n.º 97A791, disponível in <www.dgsi.pt>; de 28.11.2000, in Boletim do Ministério da Justiça (“BMJ”), n.º 501, 2000, p. 305; de 17.4.2007, proc. n.º 07A869; e Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa, de 12.4.2011, proc. n.º 1207/10.8TBSCR.L1-7 e de 25.6.2015, proc. n.º 100/07.6YLSB.L1-8, estes últimos arrestos disponíveis in <www.dgsi.pt>.

da sociedade. Por conseguinte, o direito do sócio não é um direito real, mas antes um conjunto de *direitos corporativos* — direito dos membros da corporação — ou de *socialidade* — inerente à qualidade de sócio⁽⁸⁾ — cuja natureza é *individual e universal* por pertencer a cada sócio e por ser dirigido a uma generalidade de sócios independentemente do montante da sua participação social⁽⁹⁾.

III. Para concluirmos esta breve incursão sobre a natureza jurídica do direito à informação, é importante notarmos que a doutrina maioritária considera-o como um *direito inderrogável e irrenunciável*⁽¹⁰⁾, embora admitindo a existência de limitações ao seu conteúdo e exercício. Concretizando:

⁽⁸⁾ ANTÓNIO DE ARRUDA FERRER CORREIA sintetizando este pensamento assevera o seguinte: «o direito dos sócios não recai, portanto, nos bens sociais, mas só pode constituir-se como um direito em face da corporação: direito ou, antes, posição jurídica complexa (conjunto de direitos e deveres), que exprime justamente a qualidade de ser membro do corpo social» (*in Scientia Juridica*, Janeiro/Dezembro 1986, T. XXXV, n.º 199-204, p. 341).

⁽⁹⁾ Cf. JOÃO LABAREDA, “Direito à informação”, *cit.*, pp. 133-134. A jurisprudência também se pronunciou no sentido de incomunicabilidade da qualidade de sócio, só a havendo quanto ao quinhão social: Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 28.10.2000, *in BMJ*, n.º 501, 2000, pp. 303-304; Acórdãos da Relação de Lisboa, de 6.10.1987, *in Coletânea de Jurisprudência (“CJ”)*, ano XII, T. IV, p. 139; de 11.6.1989, *in CJ*, ano XIV, T. IV, p. 121; de 26.4.1990, *in CJ*, ano XV, T. II, p. 166; e Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 8.10.1992, *in BMJ*, n.º 420, 1992, p. 674.

⁽¹⁰⁾ Assim, JOÃO LABAREDA, “Direito à informação”, *cit.*, p. 133; CARLOS MARIA PINHEIRO TORRES, *O direito à informação nas sociedades comerciais*, *cit.*, pp. 294-295; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades*, Vol. I, *cit.*, p. 732; ARMANDO TRIUNFANTE, *A tutela das minorias nas sociedades anónimas: direitos individuais*, *cit.*, p. 131; ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, *Sociedades comerciais, valores mobiliários, instrumentos financeiros e mercados*, Vol. I, 7.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2013, p. 144; e ANTÓNIO DE ARRUDA FERRER CORREIA, “A representação dos menores sujeitos ao pátrio poder na assembleia geral das sociedades comerciais”, *in Estudos de direito civil, comercial e criminal*, Almedina, Coimbra, 1985, p. 103. Também parece ser esta a posição defendida por DANIEL ANDRADE, “O direito à informação nas sociedades por quotas e nas sociedades anónimas. O inquérito judicial”, *in Separata do Boletim do Conselho Distrital de Coimbra da Ordem dos Advogados*, n.º 12 de Dezembro de 2001, n.º 1, p. 17. Contra: RAÚL VENTURA, *Sociedade por quotas*, *cit.*, pp. 287-288 e Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 8.7.2003, proc. n.º 03B1955, disponível *in* <www.dgsi.pt>. Em tal arresto decidiu-se, além do mais, que «num contrato promessa de cessão de quotas o sócio promitente cedente pode-se obrigar a não exercer determinados direitos sociais. Sendo essa auto-limitação de exercício de direitos incompatível com o direito à informação, o sócio não

É, por um lado, *inderrogável*, pois a sociedade não pode, sem mais, eliminá-lo, dado que se trata de um direito que assegura a intervenção do sócio na administração da sociedade, correspondente às exigências mínimas fundamentais para o bom exercício da organização e vida societária.

É, por outro, *irrenunciável*, porque nos termos do disposto no art. 988.º do Código Civil (“CC”), o direito à informação não pode ser excluído, nem sequer com o acordo do seu titular. Ora, se esse princípio se aplica às sociedades civis onde a necessidade do direito à informação é menor, por maioria de razão também deve ser assim quanto às sociedades comerciais⁽¹¹⁾.

Como dissemos antes, isto não determina, porém, que o direito à informação não possa ser *objeto de regulamentação* por via do contrato de sociedade⁽¹²⁾, mas, segundo o nosso entendimento, somente quanto a determinados *aspetos procedimentais* (como sejam a previsão de prazo para as respostas da gerência ou a desnecessidade do sócio alegar qualquer motivo para obter a informação solicitada, *etc.*), até porque o mencionado direito social não pode ser impedido o seu exercício efetivo ou restringido injustificadamente o seu âmbito, assim dispõe o art. 214.º, n.º 2⁽¹³⁾.

Concretiza-se em tal norma legal que não pode ser coartada a informação quando se verifique uma de três situações: seja invocada a suspeita de práticas suscetíveis de fazerem incorrer o seu

pode requerer informações ou inquérito judicial que vão contra tal limitação». TERESA ANSELMO VAZ, em anotação a este acórdão, tem sérias dúvidas se tal renunciabilidade é eficaz à sociedade, se esta não for parte no contrato-promessa (*in Contencioso Societário*, Livraria Petrony, Lisboa, 2006, p. 146).

⁽¹¹⁾ Neste sentido, *vide* CARLOS MARIA PINHEIRO TORRES, *O direito à informação nas sociedades comerciais*, *cit.*, pp. 294-295 e DANIEL ANDRADE, “O direito à informação nas sociedades por quotas e nas sociedades anónimas. O inquérito judicial”, *cit.*, p. 17.

⁽¹²⁾ Para ver exemplos de regulamentação do direito à informação nos estatutos, cf. JOÃO BOTELHO, *Formulários de sociedades por quotas*, Livraria Petrony, Lisboa, pp. 199-201; DIOGO DRAGO, *O poder de informação dos sócios nas sociedades comerciais*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 173, nr. 244; assim como PAULO OLAVO CUNHA, embora este autor dê exemplos extraídos de contratos de sociedade anónima (*in Direito das Sociedades Comerciais*, Almedina, Coimbra, 5.ª ed., 2012, pp. 360-362).

⁽¹³⁾ Cf. JOÃO LABAREDA, “Direito à informação”, *cit.*, 134. Em sentido oposto, veja-se J. M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial, Das Sociedades Comerciais*, Vol. II, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2009, p. 261.

autor em responsabilidade; a consulta vise julgar a exatidão dos documentos de prestação de contas; ou vise habilitar o sócio a votar em assembleia geral entretanto convocada⁽¹⁴⁾.

A prática revela-nos, porém, que são poucos os casos em que o direito à informação vem regulamentado nos estatutos das sociedades por quotas — o que é pena, já que por via dessa regulamentação solucionar-se-iam diversas questões sobre o presente tema, omissas na lei e, por isso, fonte de litígios, apesar de muitas dessas questões se encontrarem “resolvidas” pela doutrina e jurisprudência, como veremos adiante.

2.3. Conceito e objeto

I. Na falta de uma definição de *informação* no Código das Sociedades Comerciais, temos de, necessariamente, recorrer aos conceitos fornecidos pela doutrina. Neste contexto, ANA GABRIELA FERREIRA ROCHA, após confrontar diversas definições facultadas pela doutrina, avança com o conceito que consideramos como o mais completo e assertivo, dispensando-nos de proceder a ulteriores indagações sobre o mesmo.

Escreve a autora: «podemos definir informação como a possibilidade de acesso a quaisquer dados, de facto ou de direito, relacionados com o andamento dos negócios sociais ou a gestão da sociedade, obtidos de modo directo ou indirecto, independentemente dos meios ou instrumentos utilizados para o seu conhecimento, assim como o conteúdo ou substrato que deriva daquela possibilidade de acesso»⁽¹⁵⁾.

⁽¹⁴⁾ ALEXANDRE SOVERAL MARTINS entende que é nula qualquer cláusula do contrato de sociedade que exclua o direito à informação para qualquer uma das três situações elencadas (*in Código das Sociedades Comerciais em comentário* (coord. de J. M. COUTINHO DE ABREU), Vol. III (arts. 175.º a 245.º), Almedina, Coimbra, 2012, pp. 297-298).

⁽¹⁵⁾ “O direito à informação do sócio gerente nas sociedades por quotas”, *in Revista de Direito das Sociedades*, Ano II, 2011, 4, p. 1033.

II. No tocante ao conteúdo da informação, ele desdobra-se, segundo o disposto no art. 214.º, n.º 1, em *duas variantes*, a saber:

- A primeira respeita à *informação em sentido estrito*, constituída pelos esclarecimentos concernentes à «gestão da sociedade» de índole «verdadeira, completa e elucidativa»⁽¹⁶⁾. Ou seja, ela deve remover e esclarecer as dúvidas ou o desconhecimento acerca de factos de *conteúdo concreto*, e não vago ou impreciso. São, pois, todos os procedimentos e as atuações de gestão, de execução e desenvolvimento da vida social, aqueles que especificamente estão em causa, nomeadamente, os factos relacionados com a gestão comercial, gestão financeira, gestão de recursos humanos, gestão de produção, *etc.*, abrangendo também os particulares eventos que compõem a sociedade, sejam estes atos dos gerentes, ou até alguns atos de terceiros, desde que tenham evidentemente repercussões na esfera da própria sociedade e na sua dinâmica empresarial⁽¹⁷⁾.
- A segunda respeita a um *sentido mais amplo* de informação, abrangendo a consulta da escrituração, livros e documentos da sociedade.

Em complemento ao exposto, acresce referir que o direito à informação pode ainda manifestar-se em *quatro vertentes* distintas,

⁽¹⁶⁾ CARLOS MARIA PINHEIRO TORRES considera por informação completa aquela que contém todos os elementos necessários para corresponder a toda a plenitude da solicitação do sócio, pelo que o critério para se distinguir a completude da incompletude da informação será fornecido pelo teor do requerimento que desencadeie a respetiva prestação. Por outro lado, por informação elucidativa, o autor entende que é aquela que remove e esclarece as dúvidas ou o desconhecimento acerca dos factos, razões ou justificações para a sua prática, tal como se contém na solicitação do sócio (*in O direito à informação nas sociedades comerciais, cit.*, pp. 208-209).

⁽¹⁷⁾ Na verdade, trata-se do direito do sócio de acompanhar o que faz a sociedade, sendo portanto o desenrolar da atividade societária o que importa, os assuntos da vida da sociedade que interfiram com os negócios em que ela se envolva (cf. RAÚL VENTURA, *Sociedades por quotas, cit.*, p. 288 e HÉLDER QUINTAS, *Regime jurídico das sociedades por quotas anotado, cit.*, p. 125).

podendo nele considerarem-se compreendidos: um *direito à informação stricto sensu*, que permite ao sócio formular, *a todo o tempo*, questões sobre a vida da sociedade e desta exigir resposta verdadeira, completa e elucidativa; um *direito de consulta de livros e documentos* em poder da sociedade, por cujo exercício o sócio pode solicitar que a sociedade exhiba, para exame, os livros de escrituração e outros documentos descritivos da atividade social; um *direito de inspeção*, de modo a que o sócio possa vistoriar os bens pertencentes à sociedade; e, finalmente, um *direito de requerer inquérito judicial* à sociedade⁽¹⁸⁾.

JORGE PINTO FURTADO vai mais longe na concretização deste direito social, mas numa outra perspetiva igualmente relevante para melhor compreender o seu alcance e amplitude: o direito à informação ocorre em *três níveis* ou *momentos distintos*, ou seja, a *informação permanente*, que é prestada a cada momento; a *informação intercalar*, que é prestada como preparatória de cada reunião da assembleia; e a *informação em assembleia*, que é prestada, na própria reunião, como elemento instrutório do debate⁽¹⁹⁾.

Ainda a este respeito, impõe-se notar, por um lado, que é sempre ao interessado que caberá definir a *matéria específica*, isto é, a concreta atuação societária ou o assunto da vida ou da gestão da sociedade sobre a qual deseja ser informado pela gerência da sociedade⁽²⁰⁾; por outro, cada uma das modalidades que o direito à informação pode revestir é *autónoma* em relação às outras, mesmo que estejam em causa os mesmos factos⁽²¹⁾.

⁽¹⁸⁾ J. P. REMÉDIO MARQUES, *Código das Sociedades Comerciais em comentário* (coord. de J. M. COUTINHO DE ABREU), Vol. III (arts. 175.º a 245.º), Almedina, Coimbra, 2012, pp. 312-313. No mesmo sentido, vide CARLOS MARIA PINHEIRO TORRES, *O direito à informação nas sociedades comerciais*, cit., pp. 121-122, nr. 67 e 68.

⁽¹⁹⁾ *Curso de Direito das Sociedades*, Almedina, Coimbra, 4.ª ed., 2001, p. 230. Parece-nos também ser este o entendimento de ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, *Sociedades comerciais e valores mobiliários*, cit., p. 144.

⁽²⁰⁾ Assim, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades*, Vol. I, cit., p. 732.

⁽²¹⁾ Vide HÉLDER QUINTAS, *Regime jurídico das sociedades por quotas anotado*, cit., p. 126.

2.4. Titulares do direito à informação

I. Não nos oferece dúvidas de maior considerarmos como principais titulares do direito à informação os *sócios*, enquanto detentores de uma participação na sociedade, independentemente do montante da sua quota. Evidentemente que assim que estes deixem de ser titulares de qualquer participação social, seja por alienação da sua quota, seja por exclusão ou mesmo por exoneração, não podem mais aceder a qualquer informação sobre a vida e os atos de gestão da sociedade.

Para além disso, se nos parece inequívoco que o direito à informação estende-se, nos mesmos termos, às sociedades comerciais⁽²²⁾, sendo certo que o exercício deste direito social será realizado, neste caso, pelo *representante legal* da (sociedade) sócia⁽²³⁾, o mesmo já não podemos dizer quanto às *associações*, direito esse que está, conseqüentemente, vedado a esse tipo de pessoas coletivas de direito privado⁽²⁴⁾.

II. Questão, bem diferente, que se tem controversa, desde há muito, é a de saber se o gerente da sociedade, que seja simultaneamente sócio, pode exercer o direito à informação e, se no caso de a informação lhe ser indevidamente recusada, ele pode recorrer à ação especial de inquérito judicial prevista no art. 216.º.

A questão jurídica em causa tem sido objeto de celeuma tanto na doutrina, mas, sobretudo, na jurisprudência, dando lugar a decisões divergentes, até porque, como veremos adiante, o próprio

(22) Sobre o exercício do direito de informação por parte de uma sociedade, sócia de outra, *vide* o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 4.5.2000, proc. n.º 0030512, disponível apenas o sumário *in* <www.dgsi.pt>.

(23) Como observa o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 13.12.2000, *in* CJ STJ, Ano III, p. 159 «uma sociedade comercial por quotas, sócia de uma outra sociedade, não pode exercer o seu direito de informação por intermédio de um representante por si designado, devendo fazê-lo através de um dos seus gerentes».

(24) Veja-se, a este propósito, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 26.6.2008, proc. n.º 08B1761, disponível *in* <www.dgsi.pt>. Em tal arresto decidiu-se, em síntese, que a tutela judicial efetiva do direito à informação dos associados, uma vez preenchidos os pressupostos a que alude o art. 573.º do CC, é assegurada através de ação declarativa com processo comum, e não por via da ação especial de inquérito judicial.

Código das Sociedades Comerciais não resolve expressamente esta questão. Seja como for, é possível apontar a existência de *duas correntes*, a saber:

- A primeira é no sentido do direito à informação ser do *sócio, sem qualquer discriminação*, nomeadamente em relação a quem tem a *qualidade de gerente*⁽²⁵⁾;

(25) Na jurisprudência, vejam-se os Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa, de 26.11.1992, *in* CJ, Ano XVII, 1992, T. V, pp. 129-131; de 12.10.2000, proc. n.º 0031306; de 18.11.2008, proc. n.º 8185/2008-1; de 20.11.2009, proc. n.º 130/08.0TYLSB.L1; de 12.4.2011, proc. n.º 1207/10.8TBSCR.L1-7; de 28.2.2012, proc. n.º 311/03.3TYLSB.L1-7, de 5.6.2014, proc. n.º 2096/13.6TYLSB.L1-2, disponíveis *in* <www.dgsi.pt>; Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, de 10.7.1997, *in* CJ STJ, Ano V, 1997, T. II, p. 166; 16.11.2004, proc. n.º 04A3002; de 10.10.2006, proc. n.º 06A1738, disponível *in* <www.dgsi.pt> e de 13.9.2007, proc. n.º 07B2555, disponível *in* <www.dgsi.pt>; Acórdãos da Relação do Porto, de 27.1.1998, proc. n.º 9420791, disponível apenas o sumário *in* <www.dgsi.pt>; de 2.12.2002, *in* CJ, ano XXVII, T. V, 2002, p. 188; de 19.10.2004, proc. n.º 0424278, disponível *in* <www.dgsi.pt>; e Acórdão do Tribunal de Coimbra, de 28.3.2007, proc. n.º 1300/06.1TBAGD.C1, disponível *in* <www.dgsi.pt>. Na doutrina, ARMANDO MANUEL TRIUNFANTE, *A tutela das minorias das sociedades anónimas*, *cit.*, pp. 216-223; ANTÓNIO CAEIRO, “As sociedades de pessoas no Código das Sociedades Comerciais”, *in* *Número Especial do Boletim da Faculdade de Direito — Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, Coimbra, 1988, p. 47; J. P. REMÉDIO MARQUES, *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, *cit.*, p. 317; ABÍLIO NETO, *Código Comercial e das Sociedades Comerciais*, 14.ª ed., Ediforum, Lisboa, 2003, p. 469; LUÍS BRITO CORREIA, *Direito Comercial*, *cit.*, p. 317; PAULO DUARTE PEREIRA DE ALMEIDA, *O direito do accionista à informação no código das sociedades comerciais*, Dissertação de mestrado em ciências jurídicas, Vol. I, FDUL, Lisboa, 1992, pp. 88-89; ALEXANDRE SOVERAL MARTINS e MARIA ELISABETE RAMOS, “As participações sociais”, *in* *Estudo de Direito das Sociedades* (coord. de J. M. COUTINHO DE ABREU), 9.ª ed., Almedina, Coimbra, 2008, p. 149; TERESA ANSELMO VAZ, *Contencioso Societário*, *cit.*, pp. 133--134; DANIEL ANDRADE, “O direito à informação nas sociedades por quotas e nas sociedades anónimas. O inquérito judicial”, *cit.*, p. 18; DIOGO DRAGO, *O poder de informação dos sócios nas sociedades por comerciais*, *cit.*, pp. 265-269; PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *A participação social nas sociedades comerciais*, Almedina, Coimbra, 2.ª ed., 2006, p. 208; e SOFIA RIBEIRO BRANCO, *O direito dos accionistas à informação*, Almedina, Coimbra, 2008, p. 318. ANA GABRIELA FERREIRA ROCHA dedica o seu estudo a esta questão (*in* “O direito à informação do sócio gerente nas sociedades por quotas”, *cit.*, *maxime* pp. 1036-1062), não fugindo, porém, a dar a sua posição quanto a esta querela. A autora defende o alargamento da legitimidade no exercício do direito à informação ao sócio que é simultaneamente gerente (*idem*, pp. 1062-1070). ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO afirma claramente que o sócio gerente tem também legitimidade, desde que se trate de elementos a que não tenha tido acesso (*in* *Código das Sociedades Comerciais anotado*, *cit.*, p. 633).

- A segunda corrente pronuncia-se no sentido de atribuir o direito à informação *apenas ao sócio*, que não assume simultaneamente o cargo de gerente na sociedade⁽²⁶⁾.

Perante a divergência exposta e assumida de forma clara e transparente pela doutrina e jurisprudência — embora seja claramente maioritária a adesão à primeira das mencionadas correntes — que posição temos como a mais correta?

Afigura-se-nos, porém, útil que devemos, primeiro, passar em revista os principais argumentos de cada uma das mencionadas correntes, ponderando-os, até mesmo confrontando-os, para testar a sua solidez e tomar a posição que consideramos como a mais consentânea com o espírito do legislador.

A corrente segundo a qual qualquer sócio tem direito à informação fundamenta a sua posição, desde logo, na própria letra da lei: «Todo o sócio tem direito a obter informações sobre a vida da sociedade, nos termos da lei e do contrato de sociedade» — assim estabelece o art. 21.º, n.º 1, al. c).

Ora, sendo o direito à informação de «todo o sócio», dificilmente se pode admitir que, dada a importância que a lei lhe confere

(26) Na jurisprudência, cf. Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, 23.5.1996, *in* CJ STJ, 1996, Ano IV, T. II, p. 87; de 1.7.1997, *in* BMJ, n.º 469, 1997, p. 570; de 10.7.1997, *in* CJ STJ, Ano V, T. II, p. 166; Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 13.4.1999, *in* BMJ, n.º 486, 1999, p. 369; Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 18.10.2005, *in* CJ, 2005, T. V, p. 174; Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa, de 7.2.2002, *in* CJ, ano XXVII, T. I, 2002, pp. 103-104; 25.5.2004, proc. n.º 3859/2004-7; de 21.9.2006, proc. n.º 6067/2006-6; de 18.11.2008, proc. n.º 8185/2008-1; e de 17.7.2009, proc. n.º 1258/08.2.TYLSB-7, estes disponíveis *in* <www.dgsi.pt>. Na doutrina, RAÚL VENTURA, CARLOS PINHEIRO TORRES, J. M. COUTINHO DE ABREU e ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA são, tanto quanto sabemos, os únicos autores que vão contra a opinião dominante (respetivamente, *Sociedades por quotas*, *cit.*, pp. 290; *O direito à Informação nas sociedades comerciais*, *cit.*, pp. 176 e ss.; *Curso de Direito Comercial*, *cit.*, pp. 262-263; e *Sociedades comerciais e valores mobiliários*, *cit.*, pp. 149-150). Aliás, este último autor refere que a maioria da doutrina e da jurisprudência tem vindo a negar esse direito aos sócios gerentes — o que salvo o devido respeito, está errado, sendo suficiente atentar para a doutrina e jurisprudência atrás exposta. Para este autor, tal como para os demais, no caso de impedimento de aceder à informação ou de exercer convenientemente as suas funções de gestão, o meio processual adequado é o de investidura em cargo social, previsto nos arts. 1070.º e 1071.º do CPC, e não o inquérito judicial à sociedade (*in Sociedades comerciais e valores mobiliários*, *cit.*, pp. 149-150).

na própria estrutura societária, não se referisse especificadamente aos casos em que não lho consente.

Partindo da previsão genérica ínsita no citado art. 21.º e passando para as regras relativas às sociedades por quotas, o certo é que o legislador consagrou, quanto a estas, que «os gerentes devem prestar a qualquer sócio que o requeira informação (...)» (art. 214.º, n.º 1).

É, assim, inequívoco que o Código das Sociedades Comerciais não faz qualquer *distinção ou discriminação*, nomeadamente quanto ao sócio gerente. Estas circunstâncias têm de ser devidamente valoradas, até por uma outra razão: os trabalhos preparatórios do mencionado diploma legal faziam alusão expressa ao «sócio não gerente»⁽²⁷⁾.

Entende-se que a letra da lei refletida sobretudo no art. 214.º («qualquer sócio») — mas também nos arts. 21.º («todo o sócio»), 216.º («o sócio») e 67.º («qualquer sócio») — e a unidade e lógica do sistema apontam claramente no sentido de que caso tivesse estado subjacente ao pensamento legislativo a restrição daquele direito, a mesma teria de estar exposta nos respetivos normativos.

Concretizando: a falta de distinção na lei é, desde logo, argumento suficiente, mesmo que no anteprojeto do Código tenha inicialmente constado a restrição aos sócios que não fossem gerentes. Ou seja, tendo o legislador alterado os termos da norma, desprezando a expressão «sócio não gerente», utilizada por VAZ SERRA e RAÚL VENTURA, e adotando antes os termos usados no anteprojeto de FERRER CORREIA («qualquer sócio»), não podemos deixar de atribuir ao legislador uma opção claramente diferenciada daquela que é utilizada nos trabalhos preparatórios, pois, de outro modo, teria utilizado os termos dos projetos daqueles autores.

O intérprete, na determinação desse sentido e alcance, partindo da respetiva letra e fim, em quadro de integração sistemática, deve presumir que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados (art. 9.º do CC). E onde a lei não distingue, também ao intérprete

(27) Como descreve RAÚL VENTURA, *Sociedade por quotas, cit.*, pp. 276-278.

não é legítimo distinguir, salvo se houver ponderosas razões de sistema que a imponham, que não é o caso em apreço.

Sendo assim, fazer alusão a «qualquer sócio» permite-nos concluir, sem margens para dúvidas, que a intenção do legislador foi a de alargar o âmbito do direito à informação a qualquer sócio (gerente ou não), e não para excluir de tal direito o sócio que é simultaneamente gerente da sociedade.

Acresce ainda realçar outro aspeto: não só é mais consentâneo com a letra e espírito da lei, mas também com a própria *realidade* que as sociedades evidenciam, como teremos oportunidade de explicitar adiante.

Por sua vez, a corrente segundo a qual defende que o *sócio gerente não tem direito à informação*, parte da ideia de que este posicionamento assenta na necessidade de existir uma tutela própria para o acesso à informação do gerente, seja ele sócio ou não da sociedade, com natureza e incidência diversa do direito do sócio à informação, porquanto a sua função dentro da sociedade envolve o poder-dever direto de conhecer a sua gestão.

Os defensores desta tese apoiam-se sobretudo na seguinte passagem de RAÚL VENTURA: «o sócio gerente não necessita deste direito porque a sua função dentro da sociedade envolve o poder de conhecer diretamente todos os factos sociais e tem pessoalmente ao seu alcance aquilo que o sócio não gerente necessita de obter por meio daquele direito». O citado autor reconhece que «algum conflito entre gerentes resolve-se por outros processos e nada tem a ver com este direito à informação. Nem faria sentido que a lei instituisse o dever de os gerentes prestarem informação a outros sócios e, por outro lado, forçasse o gerente a dirigir-se a um colega quando aquele pretendesse, para si próprio, uma informação»⁽²⁸⁾.

A este respeito, podemos afirmar, com segurança, que é indiscutível que o sistema está pensado e preparado para situações normais e perfeitas, onde o sócio gerente, pelas suas funções, tem ao seu alcance todos os elementos da sociedade e, nessa medida, é quem está em melhores condições de prestar todo o tipo de informa-

⁽²⁸⁾ *Sociedade por quotas*, cit., p. 290. No mesmo sentido, vide CARLOS MARIA PINHEIRO TORRES, *O direito à informação nas sociedades comerciais*, cit., pp. 177-178.

ção, não fazendo sentido que exija informações que ele próprio deva prestar. Daí que o comentário inicial de RAÚL VENTURA, segundo o qual o «sócio gerente não necessita deste tipo de direito», embora tenha algum fundo de razão, acaba no entanto por desprezar o facto de que ele pode, na realidade, necessitar, mormente quando as coisas correm mal, até porque, como é sobejamente sabido, a vida societária não é, de todo, perfeita.

A verdade é que não é difícil imaginar determinadas situações em que um determinado sócio, não obstante ser gerente, esteja na prática impedido ou impossibilitado de aceder à informação sobre a vida da sociedade. Este impedimento pode derivar do facto de o sócio em causa ser apenas um gerente de direito (e, por isso, sem qualquer ligação com o exercício da gerência) ou assentar numa situação de conflito com outro ou outros gerentes.

Existem situações anormais e para elas só pode haver uma solução: a de que o sócio que é simultaneamente gerente mantém intato o direito à informação e ao pedido de inquérito judicial para o tornar efetivo, quando as circunstâncias assim o justifiquem.

Aliás, como assevera — e bem — ABÍLIO NETO: «são numerosos os casos de gerentes que só são de nome ou que são impedidos pelos outros gerentes do acesso às informações e aos livros e documentos da sociedade»⁽²⁹⁾. De nada serve afirmar que é sócio gerente e, por isso, tem acesso a informação sobre a vida e os atos de gestão da sociedade, se na prática a não tem, daí que se aplique o *princípio geral da primazia da realidade* — o que o mesmo é dizer que a realidade virtual deve *ceder* perante a *realidade dos factos*⁽³⁰⁾.

⁽²⁹⁾ ABÍLIO NETO, *Código Comercial e das Sociedades Comerciais*, cit., p. 629. Neste sentido, foi decidido pelo Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 10.7.1997, in CJ STJ, Ano V, 1997, T. II, pp. 166-167: «é para nós claro que (...) aos próprios sócios gerentes está reconhecido o exercício do direito à informação, o que bem se justifica, sabidos como são numerosos os casos de gerentes que só o são de nome ou que são impedidos pelos outros gerentes de acesso às informações e aos livros e documentos da sociedade».

⁽³⁰⁾ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 2.10.2002, in CJ STJ, Ano VII, T. III, pp. 248-251; Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 28.3.2007, proc. n.º 1300/06.1TBAGD.C1; e Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa, de 25.6.2008, proc. n.º 3668/2008-4; de 18.11.2008, proc. n.º 8185/2008-1 e de 28.2.2012, proc. n.º 311/03.3TYLSB.L1-7, todos disponíveis in <www.dgsi.pt>. No mesmo sentido,

Por outro lado, para aqueles que defendem que, no caso de o sócio ser simultaneamente gerente da sociedade, o requerente não deve recorrer ao inquérito judicial, mas antes ao *processo de investidura de cargo social* regulado nos arts. 1070.º e 1071.º do Código de Processo Civil (“CPC”), tal argumento não merece o nosso acolhimento.

O processo de investidura do cargo de gerente revela-se, as mais das vezes, manifestamente insuficiente para determinadas situações, na medida em que a simples investidura pode não ser bastante para a informação integral dos negócios da sociedade durante o período da sua gerência, para a qual foi impedida de exercer o poder de facto; além de que importa não perder de vista que pode suceder que o requerente pretenda a suspensão e/ou destituição dos demais sócios gerentes, algo que o processo de investidura, por si só, não comporta, mas que o processo de inquérito judicial já concede que o juiz adote tal medida, desde que pedida pelo requerente.

Este argumento também não procede, por uma outra razão que deve ser, quanto a nós, devidamente valorada: o sócio que seja simultaneamente gerente, mas que esteja de facto afastado da gerência poderá ter compreensíveis razões para não requerer a investidura do seu cargo, nomeadamente face à situação de conflito existente entre ele e o gerente em efetivo exercício de facto. O sócio gerente poder-se-á bastar, num primeiro momento, com a apresentação da documentação solicitada, por temer as consequências, seguramente mais nefastas, do confronto direto com o outro gerente, se pedisse a investidura judicial no cargo de gerente⁽³¹⁾.

A circunstância de um sócio ser gerente e de, por força de tal qualidade, dispor de uma via alternativa para obter informações sobre a vida e os atos de gestão da sociedade (a investidura do cargo de gerente), não lhe vedaria a utilização do meio que está ao alcance do sócio para lograr idênticos objetivos: o processo de inquérito judicial.

vide JÚLIO GOMES, *Direito do Trabalho, Vol. I, Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 172.

⁽³¹⁾ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 13.9.2007, proc. n.º 07B2555, disponível in <www.dgsi.pt>.

A verdade, porém, é que o sócio gerente *acumula* os direitos correspondentes aos de um simples *sócio* com os *direitos e deveres dos sócios gerentes*, encontrando-se na sua inteira disponibilidade a escolha do meio processual que tenha por mais adequado ao quadro de facto existente. Está-se, pois, perante posicionamento que, para além de assumir cabimento numa perspectiva estritamente legal, não afeta o conceito teórico e a tutela própria para o acesso amplo à informação por parte do gerente, ao que acresce a virtualidade de atender às realidades de vivência empresarial que as sociedades cada vez mais evidenciam num mundo globalizado.

À face do exposto, podemos concluir, de um lado, que a informação devida ao sócio (gerente ou não) corresponde a uma necessidade que, por efeito da transparência desejada, não lhe pode ser negada.

Além disso, o sócio que é simultaneamente gerente, se é certo que não perdeu a qualidade de sócio por via da titularidade da sua participação na sociedade, também é verdade que ele não perdeu igualmente o acesso ao direito à informação por via do cargo de gerente. Significa isto dizer, portanto, que o sócio continua a ter (sempre) acesso ao direito à informação, pelo que haverá que distinguir dois direitos distintos na mesma esfera jurídica: o direito à informação inerente à qualidade de sócio e o direito à informação enquanto membro do órgão de gestão.

Com efeito, no caso de não se conceder legitimidade ao sócio gerente, este veria os seus direitos legais reduzidos, ficando em clara situação de desvantagem em relação a outros sócios que não possuam tal qualidade (a de gerente), mas que, ainda assim, não lhes seria restringido o seu direito à informação.

Pelas razões apontadas, e para dissipar quaisquer dúvidas a este respeito, apesar de a posição dominante, tanto na doutrina, como na jurisprudência, ir claramente no sentido que propugnamos, conviria, de todo o modo, solução legislativa, quanto mais não seja para afastar de vez esta questão jurídica que perdura há muito.

III. Devemos fazer também, uma ainda que breve referência, ao *usufrutuário*, ao *credor pignoratício* e ao *representante comum dos obrigacionistas*, como sujeitos que gozam da possibili-

dade de beneficiarem do direito à informação nos mesmos moldes em que este direito é prestado aos sócios⁽³²⁾.

No que respeita ao *usufrutuário de participações sociais*, o seu direito à informação radica expressamente do disposto no n.º 8 do art. 214.º, no pressuposto de que a este, por lei ou contrato, lhe caiba o exercício do direito de voto.

Em relação ao direito à informação do *credor pignoratício de quotas*, apesar de este direito não se encontrar previsto no regime das sociedades por quotas, deverá ser-lhe aplicado, por analogia, o regime que o prevê referente às sociedades anónimas (art. 293.º), na medida em que se o mesmo tiver *direito de voto*, não fará qualquer sentido um regime diferente, atendendo a que o direito à informação tem precisamente o intuito de contribuir para a formação de uma vontade esclarecida nos assuntos objeto de deliberação social.

Por fim, o *representante comum de obrigacionistas* tem igualmente direito à informação nos mesmos termos que os demais, conforme preceitua o disposto no art. 293.º. A verdade é que há ainda que salientar, a este propósito, que o art. 359.º, als. *c)* e *d)* prevê expressamente o direito do representante de assistir às assembleias gerais (dos acionistas), assim como receber e examinar toda a documentação da sociedade, enviada ou tornada patente aos acionistas nas mesmas condições estabelecidas para estes.

IV. Numa *delimitação negativa*, não podem exercer o direito à informação o *gerente que não possui a qualidade de sócio*, por este ser concebido como um *direito exclusivamente dos sócios*. Neste caso, o meio adequado para o gerente obter a informação necessária para o exercício do seu cargo será, aí sim, o *processo especial de investidura de cargos sociais*, previsto nos arts. 1070.º e 1071.º do CPC.

Também carece de legitimidade para aceder a informação da sociedade o *pretenso cessionário de quota social* que viu o consen-

(32) Neste sentido, vide HENRIQUE SOUSA ANTUNES, “Algumas considerações sobre a informação nas sociedades anónimas (em especial, os arts. 288.º a 293.º do Código das Sociedades Comerciais) — em conclusão”, in *Revista Direito e Justiça*, Vol. X, 1996, T. I, pp. 287-290.

timento para tal cessão recusado por deliberação social, nos termos conjugados dos arts. 228.º, n.º 2 e 246.º, n.º 1, al. b).

Além destes, o *cônjuge de um sócio*, ainda que casado em regime de comunhão geral ou comunhão de adquiridos, *não é igualmente titular do direito à informação*⁽³³⁾, sendo certo que a explicação reside no facto de a comunicabilidade se reportar unicamente à quota social, isto é, ao seu *valor económico*, e não aos direitos pessoais do sócio, que são indissociáveis do titular da respetiva participação social.

Na verdade, é o próprio art. 8.º, n.º 2 que não consente quaisquer dúvidas a este respeito: «quando uma participação social for, por força do regime matrimonial de bens, comum aos dois cônjuges, será considerado como sócio, nas relações com a sociedade, aquele que tenha celebrado o contrato de sociedade ou, no caso de aquisição posterior ao contrato, aquele por quem a participação tenha vindo ao casal».

A terminar, encontra-se também excluído o *herdeiro do sócio falecido*, que não o cabeça de casal, cuja herança ainda não foi objeto de partilha, já que aquele apenas é contitular da quota que ao *de cujus* pertencia, constando no Código das Sociedades Comerciais o regime jurídico aplicável à contitularidade da quota.

Dito isto, e em termos gerais, os contitulares de quota devem exercer os direitos a ela inerentes através de *representante comum* (art. 222.º, n.º 1)⁽³⁴⁾. Assim, «o representante comum, quando for designado por lei ou disposição testamentária», diz-nos o art. 223.º, n.º 1, «é nomeado e pode ser destituído pelos contitulares, sendo a deliberação dos contitulares tomada por maioria, nos termos do art. 1407.º, n.º 1, do Código Civil, salvo se outra regra se convenicionar e for comunicada à sociedade».

⁽³³⁾ Assim, Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 20.3.1997, *in* CJ, XXII, 1997, T. II, p. 86; Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, de 31.3.1998, proc. n.º 97A791, disponível *in* <www.dgsi.pt> e de 28.11.2000, *in* CJ STJ, III, p. 142 e Acórdãos do Tribunal da Relação do Porto, de 13.3.2000, *in* CJ, T. III, p. 98; e de 26.10.2006, proc. n.º 0634458, disponível *in* <www.dgsi.pt>.

⁽³⁴⁾ Veja-se DIOGO DRAGO, *O poder de informação dos sócios nas sociedades comerciais*, *cit.*, pp. 284-285.

À face das citadas normas legais, podemos assim concluir que o direito à informação não pode ser exercido por cada um dos titulares individualmente, cabendo esse exercício a um representante comum, sendo de admitir que esse representante possa ser o *cabeça-de-casal*⁽³⁵⁾.

2.5. Modo de exercício

I. Pode suceder que um qualquer titular do direito à informação veja o seu direito preterido pelo membro do órgão de gestão. Mas tal só se verificará se exercido esse direito mediante *pedido de informação* formulado, por exemplo, pelo sócio e dirigido à gerência, discriminando as pretensões (informativas) que pretenda concretizar, esta lhe recuse resposta⁽³⁶⁾, ou, então, preste um esclarecimento que seja de presumir falso, incompleto ou não elucidativo⁽³⁷⁾.

(35) Segundo foi decidido pelo Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 21.6.2011, proc. n.º 1215/10.9TJCBR.C1, disponível *in* <www.dgsi.pt>, o recorrente não sendo representante comum dos restantes titulares, nem tem a qualidade de cabeça de casal, não pode, assim, exercer o direito à informação singularmente, como pretendeu nos autos, sendo por isso destituído de legitimidade ativa para o exercício desse direito. Em consequência, a ilegitimidade ativa singular é insanável e verificada após o termo dos articulados determina que o tribunal se abstenha de conhecer do mérito e absolva as requeridas da instância. No mesmo sentido, *vide* Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 19.6.2014, proc. n.º 785/09.9TYLSB.L1-6, disponível *in* <www.dgsi.pt>.

(36) Contudo, já não ocorre violação do direito à informação: «a falta de resposta ao pedido de marcação de uma reunião não pode considerar-se que configure uma recusa de prestação de informações, uma vez que o sócio nem sequer tem que pedir que seja marcado um dia, mas tão só de comunicar que se vai deslocar à sede da sociedade, num determinado dia, acompanhado ou não de um técnico, para consultar a documentação que terá de identificar. Pedir que fosse marcado um dia não é pedir informação e que a falta de resposta à carta não configura uma recusa de informação» (Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 29.6.2006, proc. n.º 4657/2006-6, disponível *in* <www.dgsi.pt>). Com efeito, apenas revelaria como denegação do direito à informação caso o sócio se tenha deslocado à sede social da sociedade, no pressuposto de que tenha informado previamente a gerência, e esta tenha restringido o acesso às suas instalações para aí consultar documentação pertinente à vida da sociedade.

(37) Do mesmo modo que exibir os documentos pedidos, sem se facultar o tempo indispensável à sua consulta, traduz-se na omissão do direito do sócio à informação

Note-se, no entanto, que isto não significa — até porque o Código das Sociedades Comerciais nem sequer o exige — que o sócio esteja obrigado a apresentar qualquer *justificação ou motivação do pedido de informação* à sociedade⁽³⁸⁾, muito embora, como adverte RAÚL VENTURA, «para certos efeitos lhe convenha fazê-lo»⁽³⁹⁾. Consequência que imediatamente decorre é o facto de que não é lícito à sociedade subordinar a obrigatoriedade da prestação da informação ao sócio à indicação, por parte deste, dos motivos porque deseja obtê-la, sendo certo que, caso esta matéria seja objeto de regulamentação nos estatutos, a mesma será passível de anulação, ao abrigo do disposto no art. 58.º, n.º 1, al. a), por violação das regras previstas nos arts. 214.º e 215.º.

Mas como é bom de ver, a dispensa de motivar o pedido de informação não se confunde com o facto de o sócio ter de discriminar, com *rigor*, as pretensões informativas que deseja que a gerência concretize; são, pois, duas realidades distintas: essencial é a satisfação do ónus de explicitar claramente e com transparência o esclarecimento que se pretende, e que, embora validamente pedido, não tenha sido veiculado, sendo certo que *não se pode ter como válidos pedidos de informação vagos, confusos ou indeterminados*⁽⁴⁰⁾, sob pena de interposto processo de inquérito judicial, o mesmo seja considerado improcedente por o tribunal não lograr saber a realidade e a matéria que se pretende, com a sua intervenção, poder suprir⁽⁴¹⁾.

(cf., neste exato sentido, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 4.3.2004, proc. n.º 165/2004-6, disponível in <www.dgsi.pt>).

⁽³⁸⁾ Neste sentido, vide Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, de 13.4.1994, in CJ, 1994, T. II, p. 27 e de 16.3.2011, proc. n.º 1560/08.3TBOAZ.P1.S1 e Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 23.1.2014, proc. n.º 114/12.4TBPTL.G1, estes últimos arrestos disponíveis in <www.dgsi.pt>. ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA é, a este respeito, contundente ao afirmar que o direito à informação é, nas sociedades por quotas, um direito pleno, que não depende no seu exercício de qualquer fundamentação ou justificação (in *Sociedades comerciais e valores mobiliários*, cit., p. 144).

⁽³⁹⁾ *Sociedade por quotas*, cit., p. 291. No mesmo sentido, ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, *Sociedades comerciais e valores mobiliários*, cit., p. 145 e HÉLDER QUINTAS, *Regime jurídico das sociedades por quotas anotado*, cit., p. 126. Na jurisprudência, cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 13.4.1994, in CJ, Ano II, T. II, p. 27.

⁽⁴⁰⁾ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades*, Vol. I, cit., p. 732.

⁽⁴¹⁾ Vide Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 20.9.2011, proc. n.º 554/10.3TYLSB.L1-7, disponível in <www.dgsi.pt>.

Não resultam dúvidas de que esta apreciação pela gerência lhe confere, inevitavelmente, uma margem de *livre apreciação* sobre o facto de a prestação da informação solicitada pelo sócio dever ou não ser concedida — o que determina o recurso a *critérios de razoabilidade* e às *regras da experiência comum*, assente nos usos e o costume na atividade comercial, sem esquecer aqueloutro critério, tantas vezes subtraído em situações em que estejam em causa interesses conflituantes, mas que constitui uma útil “bitola”: o *bom senso*.

II. Salva a hipótese do lícito impedimento ao exercício do direito do sócio, regulado no art. 215.º, n.º 1, a preterição do direito à informação desencadeia na esfera do sócio a faculdade de poder requerer judicialmente inquérito à sociedade (art. 216.º). Quer isto dizer, portanto, que *constitui requisito para a procedência do inquérito judicial* — para além da indiscutida titularidade do direito à informação e formulação do pedido de informação — *o apuramento de uma ilícita recusa de informação ou um desvirtuamento da que foi prestada*.

Tal regra admite, no entanto, uma importante *exceção*: o inquérito pode ser solicitado, *sem procedência de pedido de informação* à sociedade, se as *circunstâncias permitirem presumir que a informação*, ainda que solicitada pelo sócio, *lhe não seja prestada* (art. 292.º, n.º 6, aplicável por força do n.º 2 do citado art. 216.º)⁽⁴²⁾.

⁽⁴²⁾ Cf. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 7.3.1989, *in* BMJ, n.º 385, 1989, p. 613; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 21.9.2006, proc. n.º 6067/2006-6, disponível *in* <www.dgsi.pt>; e Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa, de 29.6.2006, proc. n.º 4657/2006-6 e de 20.9.2011, proc. n.º 554/10.3TYLSB.L1-7, disponíveis *in* <www.dgsi.pt>. Aliás, de acordo com o que foi decidido no primeiro dos arrestos do Tribunal da Relação de Lisboa: não integra esta exceção o simples facto de na petição estar apenas alegado que a sociedade não respondeu à carta, a qual foi remetida por mandatária do sócio, com a agravante que tal representação nem sequer foi provada, em que se solicitava a marcação de data para o exame à escrita. Mas já constitui exemplo quando o teor da resposta da sociedade indica que esta entidade recusa fornecer a informação solicitada pelo sócio através do envio de documentação, e ainda que o respetivo direito venha a ser exercido no local legalmente destinado para esse efeito: a sede social (assim, Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 19.1.2006, proc. n.º 0536276, disponível *in* <www.dgsi.pt>).

III. O pedido de informação, consulta e inspeção formulado por um sócio à sociedade exprime o exercício de um direito, sendo considerado como um *ato jurídico quase negocial*, que se traduz na *manifestação exterior de uma vontade*⁽⁴³⁾. Por conseguinte, atento o disposto no art. 295.º do CC, são-lhe aplicáveis as *regras dos negócios jurídicos* previstas nos arts. 217.º e ss. do mesmo diploma legal.

À face do exposto, e por aplicação das mencionadas regras relativas aos negócios jurídicos, podemos extrair, além do mais, *duas relevantes conclusões* para a matéria objeto do nosso estudo, a saber:

- A primeira é a de que o pedido de informação formulado pelo interessado à gerência *não está sujeito a forma especial* — o que o mesmo é dizer que o pedido do sócio pode ser formulado *verbalmente* (art. 219.º do CC).

No entanto, por razões de certeza, segurança jurídica e prova, parece-nos aconselhável que o pedido de informação formulado pelo sócio revista sempre a *forma escrita*, nomeadamente, através de carta registada com aviso de receção, fax, protocolo ou até mensagem de correio eletrónico⁽⁴⁴⁾; só não será assim quando o pedido de informação sobre a vida e os atos de gestão da sociedade ocorra em sede de assembleia geral, devendo tal pedido ficar, de qualquer forma, exarado em ata.

Mas aqui merece a pena destacar que até mesmo o sócio quando solicita, por via de carta, protocolo ou fax, informação à sociedade, tem de subscrever essa comunicação apondo nela assinatura legível para garantir a esta entidade que a informação solicitada, e que lhe vai ser prestada, é ao sócio e não a outra pessoa exterior à sociedade⁽⁴⁵⁾.

⁽⁴³⁾ CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, pp. 356 e ss. No mesmo sentido, vide J. P. REMÉDIO MARQUES, *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, cit., p. 313, nr. 7.

⁽⁴⁴⁾ A este propósito, é importante chamar à colação as regras sobre interpretação e integração de declarações (arts. 236.º a 239.º do CC), nomeadamente o critério de impressão do destinatário (art. 236.º, n.º 1, do CC).

⁽⁴⁵⁾ Isto mesmo foi realçado pelo Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 31.3.1998, proc. n.º 97A791 e Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 29.6.2006,

Este elemento, quanto à forma escrita do pedido de informação, ganha especial relevância se atentarmos ao facto de que constitui *requisito indispensável* para a procedência do inquérito judicial a prova de que foi efetivamente formulado um pedido de informação pelo sócio à gerência.

- A segunda e última conclusão que podemos extrair é a de que, situando-se o pedido de informação no âmbito dos negócios jurídicos, a aceitação do pedido com aditamentos, limitações ou outras modificações importa a sua *rejeição, exceto se a modificação for suficientemente precisa*, o que equivale a *nova proposta*, nos termos do art. 233.º do CC. Quanto a esta conclusão, a jurisprudência dá-nos, a título de exemplo, o caso em que a gerência aceita prestar as informações, mas noutra data da que foi sugerida pelo sócio, não podendo extrair dessa conduta por parte do órgão de gestão uma recusa de informação ao sócio⁽⁴⁶⁾.

IV. O local da prestação da informação é na *sede social*, como preceitua o n.º 1 do art. 214.º, não podendo o sócio *exigir a consulta noutra local* que não aquele⁽⁴⁷⁾.

proc. n.º 4657/2006-6, ambos disponíveis in <www.dgsi.pt>. No mesmo sentido, foi a decisão proferida pelo Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 27.4.1993, in CJ STJ, 1993, T. II, p. 72, nos termos da qual «I — Dirigida por sócio carta à Sociedade pedindo uma informação, não vindo assinada por sócio e contendo antes um P' seguida de assinatura ilegível, não está a Sociedade obrigada a prestá-la. II — A Sociedade nada tinha que alegar sobre o facto do subscritor da carta representar ou não o sócio uma vez que a petição inicial era omissa acerca dessa representatividade». No sentido de que o sócio deve estar devidamente identificado, veja-se igualmente o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 25.11.1999, in CJ STJ, Ano VII, 1999, T. 3, pp. 120-122.

⁽⁴⁶⁾ Assim, Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 18.6.2009, proc. n.º 1065/07.OTBOLH-A.E1, disponível in <www.dgsi.pt>. Em tal arresto, os requeridos alegaram e justificaram a impossibilidade de aceitação da data sugerida pelo sócio, com pouca antecedência, devido à ausência do gerente em Londres, do procurador da sociedade em Lisboa, ao que acresceram ainda as férias da funcionária, a dispersão da escrituração, documentação e livros, e a necessidade de tempo para a reunir e o encerramento do escritório durante o período de agosto. Mas os requeridos fizeram mais: dada a patente indisponibilidade sugeriram a marcação de nova data.

⁽⁴⁷⁾ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 16.11.1995, proc. n.º 0092402, disponível apenas o sumário in <www.dgsi.pt> e Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça,

A explicação é, na verdade, simples: se, por exemplo, o sócio pretende consultar determinados documentos da sociedade, deve fazê-lo na sede desta entidade, não tendo cabimento que o sócio se desloque a outro local para aí aceder à respetiva documentação, sendo certo que só assim é garantido o bom e regular funcionamento da instituição societária. Ou seja: com o exercício do direito à informação na sede social assegura-se, por um lado, a confidencialidade da documentação relativa à sociedade e, por outro, que a documentação da sociedade esteja sempre disponível para consulta na sua sede, evitando-se um eventual extravio ou perda⁽⁴⁸⁾.

Para além disso, esta consulta à escrituração, livros ou documentos da sociedade deve ser efetuada *pessoalmente pelo sócio*, e não por terceiro — o que não obsta a que aquele faça-se acompanhar por um revisor oficial de contas ou de outro perito: advogado ou jurista, economista, técnico oficial de contas, ou outro especialista na matéria objeto da consulta (art. 214.º, n.º 4)⁽⁴⁹⁾. No entanto, se o sócio for uma sociedade, o exercício do direito à informação será efetuado pelo seu gerente ou administrador, consoante se trate respetivamente de uma sociedade por quotas ou anónima — os tipos societários mais utilizados.

No âmbito desta consulta, *não pode o sócio exigir* da gerência que lhe *entregue cópias dos documentos* de que a sociedade dispõe⁽⁵⁰⁾ — poderá sim tirar cópias ou, por qualquer outro meio, obter a reprodução do documento em causa (v.g. através de fotografia), atenta a faculdade que lhe é conferida pelo disposto no

de 10.7.1997, in CJ STJ, Ano V, T. II, p. 166. Na doutrina, vide CARLOS MARIA PINHEIRO TORRES, *O direito à informação nas sociedades comerciais*, cit., p. 211.

⁽⁴⁸⁾ HÉLDER QUINTAS, in *Regime jurídico das sociedades por quotas anotado*, cit., p. 127.

⁽⁴⁹⁾ Com a assistência de um revisor oficial de contas ou de outro perito visa-se garantir a obtenção de uma informação mais completa, adequada, satisfatória e qualificada ao titular do direito à informação. Note-se, porém, que «não encontra fundamento legal a exigência, feita pela sociedade, de subscrição de declaração de responsabilização por parte dos peritos, como condição de acesso à consulta solicitada» (neste sentido, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 25.11.1999, in CJ STJ, III, 1999, T. 3, p. 120).

⁽⁵⁰⁾ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 19.1.2006, proc. n.º 0536276 e Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 2.10.2008, proc. n.º 4451/2008/2, ambos disponíveis in <www.dgsi.pt>.

art. 576.º do CC, aplicável *ex vi* do citado n.º 4 do art. 214.º⁽⁵¹⁾, com a precisão, porém, de que esta «faculdade é condicionada a mostrar-se necessária a reprodução e o gerente não alegar motivo grave para se lhe opor»⁽⁵²⁾.

O sócio tem igualmente direito a *inspeccionar os bens sociais* (art. 214.º, n.º 5), verificando, entre outros, os *stocks*, a frota automóvel, os imóveis pertencentes à sociedade, *etc.*, podendo também, neste caso, fazer-se acompanhar de um profissional com capacidade técnica para o assessorar na mencionada inspeção aos bens pertencentes à sociedade.

Mas duas coisas parecem-nos, no entanto, certas: quer num caso, quer noutra, tais terceiros devem estar adstritos a *segredo profissional*⁽⁵³⁾, pois os mesmos irão aceder a informação pertinente sobre a vida e gestão da sociedade (nalguns casos considerada mesmo “confidencial” sobre os seus segredos comerciais e/ou industriais), e, por outro, estes terceiros devem estar devidamente *identificados* para acompanhar o sócio⁽⁵⁴⁾, ao ponto de a sociedade poder recusar a prestação de informação ao sócio e ao seu perito, se este último não se quiser identificar, não se podendo, neste caso, falar de recusa de informação por parte da sociedade⁽⁵⁵⁾.

Merece a pena destacar, ainda a este propósito, que os direitos em causa *não podem ser objeto de representação ou delegação noutra pessoa*, mesmo tratando-se de sócio da sociedade visada⁽⁵⁶⁾.

⁽⁵¹⁾ PAULO OLAVO CUNHA considera que o direito à consulta inclui, além da faculdade de requerer fotocópias dos elementos consultados, a possibilidade de «solicitar os esclarecimentos que [o sócio] considerar devidos» (*in Direito das Sociedades Comerciais, cit.*, p. 359).

⁽⁵²⁾ RAÚL VENTURA, *Sociedade por quotas, cit.*, p. 296. No mesmo sentido, *vide* PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades Comerciais, cit.*, p. 360.

⁽⁵³⁾ DANIEL ANDRADE, “O direito à informação nas sociedades por quotas e nas sociedades anónimas. O inquérito judicial”, *cit.*, p. 19.

⁽⁵⁴⁾ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 25.11.1999, *in* CJ STJ, VII, 1999, T. 3, pp. 120-122. Na doutrina, *vide* ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Código das Sociedades Comerciais anotado, cit.*, p. 633 e RAÚL VENTURA, *Sociedade por quotas, cit.*, p. 296.

⁽⁵⁵⁾ *Vide*, neste sentido, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 25.11.1999, *in* CJ STJ, VII, 1999, T. 3, p. 120.

⁽⁵⁶⁾ Assim, RAÚL VENTURA, *Sociedade por quotas, cit.*, p. 295 e CARLOS MARIA PINHEIRO TORRES, *O direito à informação nas sociedades comerciais, cit.*, pp. 185-186.

Contudo, alguns autores admitem a possibilidade de esta matéria ser *regulada* no contrato de sociedade, permitindo, só deste modo, a consulta da escrituração, livros ou documentos através de representante⁽⁵⁷⁾; posição com a qual somos forçados a *discordar*, porquanto o direito à informação assume, como dissemos anteriormente, natureza *intuitu personae*, devendo tal direito social ser «pessoalmente» exercido pelo sócio (como preceitua expressamente o n.º 4 do art. 214.º) — o que faz tanto ou mais sentido se tivermos em conta que nas sociedades por quotas o *intuitu personae* é mais intenso e, nessa medida, o exercício deste direito social deve estar vedado a estranhos à sociedade.

V. A terminar, importa sublinhar um postulado que poderá parecer óbvio. Referimo-nos ao *momento do exercício do direito à informação*: o direito é atribuído ao sócio para que este possa conhecer *a posteriori* o destino que foi dado ao seu investimento na sociedade por aqueles a quem é incumbida a gestão da sociedade⁽⁵⁸⁾. Numa frase: o momento do seu exercício é *posterior aos atos de gestão*, e não antes, *a menos* que tais atos, cuja *prática seja esperada*, façam *incorrer* o seu autor em *responsabilidade criminal ou civil* (art. 214.º, n.º 3, *in fine*).

Perante a formulação dada pelo legislador quanto ao exercício do direito à informação, relativamente a *atos cuja prática seja esperada*, suscita-nos, no entanto, a dúvida de saber se é legítimo à sociedade informar o titular do mencionado direito, quando por ele solicitado, sobre *negociações em curso* que envolvam a sociedade e terceiros.

(57) Neste sentido, RAÚL VENTURA, *Sociedade por quotas*, cit., p. 295; CARLOS MARIA PINHEIRO TORRES, *O direito à informação nas sociedades comerciais*, cit., pp. 185-186; ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, cit., pp. 298-299; DIOGO DRAGO, *O poder de informação dos sócios nas sociedades comerciais*, cit., p. 273 e J. M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, cit., p. 258.

(58) Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 21.9.2006, proc. n.º 6067/2006-6 e Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 5.7.2011, proc. n.º 299/09.7TBTND.C1, ambos disponíveis in <www.dgsi.pt>. Na doutrina, vide CARLOS PINHEIRO TORRES, *O direito à informação nas sociedades comerciais*, cit., p. 122; e HÉLDER QUINTAS, *Regime jurídico das sociedades por quotas anotado*, cit., p. 130.

A resposta deve ser, quanto a nós, afirmativa, dado que “negociações em curso” são atos de gestão cuja concretização é expectável que venham a ocorrer através da celebração de um contrato. Mas existe, todavia, uma restrição potencialmente limitadora a este nosso entendimento: a segunda parte do n.º 3 do art. 214.º faz depender que tais atos «sejam susceptíveis de fazerem incorrer o seu autor em responsabilidade, nos termos da lei».

A este propósito, é importante notar, antes de mais, que alguma doutrina entende esta última parte da citada norma legal como «excessivamente restritiva», enquanto outros consideram que há necessidade de manter essa «interpretação restritiva»⁽⁵⁹⁾.

Não fugindo a exprimir o nosso próprio pensamento, somos da opinião de que a citada norma legal é, de facto, excessivamente restritiva, do mesmo modo que concordamos que não devem ser dadas a conhecer todas e quaisquer negociações em curso aos titulares ao direito à informação.

À face do exposto, parece-nos necessário recorrer às regras da *experiência comum* para assim encontrarmos uma solução.

Dito isto, parece-nos que não são todas as negociações em curso que devem ser dadas a conhecer ao sócio, mas apenas aquelas que tenham um *impacto significativo na vida societária*, nomeadamente a nível económico-financeiro. Ilustremos a nossa afirmação com alguns exemplos: a negociação relativa à alienação de determinado património imobiliário pertencente à sociedade, ou que esta pretende adquirir, ou as negociações para a abertura do capital social a mais um sócio, ou então a possível contratação de uma equipa de gestão. Todas estas negociações, que não constituem atos de gestão corrente, mas antes atos preparatórios, e cuja prática se espera que seja concretizada podem, a nosso ver, ser solicitados pelo sócio e dados a conhecer ao mesmo por estes atos serem relevantes para o bom funcionamento da sociedade, ainda que de tais atos não decorra, necessariamente, responsabilidade para o seu autor.

(59) A observação é de ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, cit., p. 298, que indica os autores para cada um dos entendimentos (respetivamente, nr. 16 e 17).

2.6. Modo de prestação da informação pela sociedade

I. No que respeita ao modo em que a prestação da informação deve ser fornecida ao titular do direito, a *regra* é a de que a informação, precedida naturalmente de pedido de informação, pode ser dada por *escrito*, mas *apenas* se assim for solicitado pelo sócio (art. 214.º, n.º 1, *in fine*) — o que reforça a ideia enraizada, entre nós, de que as sociedades por quotas são, sobretudo, “sociedade de pessoas” e em que as formalidades são menores.

Apesar de tudo, é igualmente aconselhável que a prestação da informação ao sócio revista a *forma escrita*, seja através do envio de carta registada com aviso de receção, fax, protocolo ou mensagem de correio eletrónico. O que importa é que a informação seja efetivamente prestada ao sócio ou então a sua recusa devidamente legitimada e esclarecida, e a melhor forma de garantir a fiabilidade de tal prestação, é, sem dúvida, pela via da forma escrita.

Com efeito, ao invés do que sucede no pedido de informação formulado pelo sócio ao órgão de gestão em que não é necessário justificar tal pedido, o mesmo já não sucede no caso em que o mencionado órgão recuse legitimamente a informação ao sócio, incumbindo àquele órgão *mencionar, com rigor, os fundamentos* para que tal recusa de informação opere.

II. Às informações solicitadas em assembleia-geral aplica-se, em geral, o disposto no art. 290.º, quanto a sociedades anónimas. No caso de recusa de informação ou a prestação de informação presumivelmente falsa, incompleta ou não elucidativa, o sócio pode, ainda, pedir a *convocação da assembleia geral* (art. 215.º, n.º 2) «para que provavelmente pela persuasão ou pela confirmação da legitimidade do pedido»⁽⁶⁰⁾, a informação seja efetivamente prestada ou então seja corrigida.

Mas se o resultado da convocação da assembleia geral for infrutífero, pode o sócio requerer inquérito judicial à sociedade, visando, justamente, a obtenção de informação adequada, de modo

⁽⁶⁰⁾ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Código das Sociedades Comerciais anotado*, cit., p. 634.

a garantir um exercício esclarecido dos seus direitos sociais — e, deste modo, votar nas assembleias de forma consciente sobre os assuntos sujeitos a deliberação.

2.7. Limites ao exercício do direito à informação

I. O direito à informação é um direito *limitado*, quer no seu exercício, quer ainda na sua extensão e conteúdo⁽⁶¹⁾ e, nessa medida, o pedido de prestação de informações pelo sócio estará também sujeito a essas mesmas limitações, mormente quando for de recear que o sócio utilize a informação para fins estranhos à sociedade e com prejuízo desta (art. 215.º, n.º 1).

Sendo assim, e apesar de aquele ser um direito com grande amplitude, permite a lei que, em determinadas circunstâncias, ele possa ser restringido, ou no próprio contrato de sociedade, ou por se recear utilização abusiva da informação (art. 214.º, n.º 2).

E ainda bem que assim é: não nos parece razoável admitir que os sócios tenham um direito ilimitado à informação societária, especialmente naqueles casos em que eles podem prejudicar a sociedade. Com efeito, essa recusa fundamenta-se, em termos gerais, numa espécie de *cláusula de salvaguarda ou de proteção* assente na *tutela do interesse da sociedade*, segundo a qual é permitido ao órgão de gestão recusar a informação quando haja *receio* de que a sua prestação possa atentar contra qualquer daquele, ou seja, quando *seja suscetível de causar um prejuízo relevante*.

II. Como acabámos de observar, segundo o disposto no art. 215.º, n.º 1, o membro do órgão de gestão, não só pode, como, aliás, tem o dever de recusar a prestação das informações solicitadas pelo sócio: (i) quando o impedimento derivar do contrato de sociedade, quando lícitas; (ii) existir receio de que o sócio as uti-

(61) Cf. JOÃO LABAREDA, «Direito à informação», *cit.*, p. 138 e JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial, Sociedades Comerciais — Parte Geral*, Vol. IV, Dislivro, Lisboa, 2000, p. 320.

lize para fins estranhos à sociedade e com prejuízo desta; (iii) ou quando determine violação de segredo imposto por lei.

Para além destas três situações de recusa em prestar informação, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO assevera que tais situações não impedem o funcionamento do instituto do *abuso de direito* (art. 334.º do CC) ao exercício manifestamente excessivo do direito à informação em que o sócio utiliza as informações obtidas, de modo a prejudicar injustamente a própria sociedade ou outros sócios⁽⁶²⁾, ao que acresce, ainda, que por razões de *praticabilidade* possa existir recusa quando o gerente esteja impossibilitado de a prestar, temporária ou definitivamente, quando seja manifestamente inútil ou quando implique um conflito de deveres, sobre o qual deva ceder⁽⁶³⁾.

Centremos agora a nossa análise nas causas de recusa previstas no citado n.º 1 do art. 215.º.

Ora, quanto à última hipótese, encontra a sua justificação no facto de o *segredo imposto por lei* ser estabelecido, não no interesse da sociedade, mas no *interesse de terceiros*⁽⁶⁴⁾. Contudo, poderá suceder que a obrigação de segredo encontre a sua fonte, não numa disposição legal — como é o caso do segredo de estado, segredo militar, sigilo profissional, segredo bancário e o segredo de intermediários financeiros⁽⁶⁵⁾ —, mas numa *obrigação contratualmente assumida* pela sociedade em obediência ao princípio da liberdade contratual vertido no art. 405.º do CC (por exemplo, a sociedade celebrou um determinado contrato do qual consta uma cláusula de confidencialidade).

Nestas situações, poder-se-á argumentar que a prestação da informação deverá ser recusada sob pena da sociedade violar uma obrigação assumida contratualmente e cujo incumprimento a poderá fazer incorrer em responsabilidade contratual. Não pode-

⁽⁶²⁾ No mesmo sentido, vide ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, *Sociedades comerciais e valores mobiliários*, cit., p. 145 e DIOGO DRAGO, *O poder de informação dos sócios nas sociedades comerciais*, cit., pp. 212 e ss.

⁽⁶³⁾ *Código das Sociedades Comerciais anotado*, cit., p. 635.

⁽⁶⁴⁾ Com críticas ao regime estabelecido, veja-se JOÃO LABAREDA, «Direito à informação», cit., p. 146.

⁽⁶⁵⁾ CARLOS PINHEIRO TORRES, *O direito à informação nas sociedades comerciais*, cit., pp. 222-223 e RAÚL VENTURA, *Sociedade por quotas*, cit., pp. 314-315.

mos, porém, admitir a existência de obrigações contratuais que impeçam o direito à informação, porquanto devem ser apenas abrangidas as obrigações de segredo *impostas por lei*, e não as obrigações de segredo voluntariamente assumidas pela sociedade face a terceiros, até porque se assim não fosse, poderia haver uma exagerada tendência para alargar os compromissos de segredo da sociedade para com terceiros com a consequente redução da amplitude do dever de informação.

Note-se, por outro lado, que a mera invocação do segredo do negócio e do sigilo de terceiros voluntariamente assumidos pela sociedade não é motivo, sem mais, para a recusa de informação⁽⁶⁶⁾. Sob pena de, caso se aceitasse tal prática, reduzir-se-ia de forma exagerada a amplitude do direito à informação de um sócio, já que, como dissemos, a sociedade podia aumentar desmesuradamente as áreas em que considerava haver segredo, com evidente prejuízo para o exercício do direito à informação que é legalmente atribuído aos sócios.

No que respeita à recusa com fundamento na utilização da informação para «fins estranhos à sociedade», parece ser necessário, em primeiro lugar, atender às circunstâncias do *caso concreto*, tais como a informação que foi especificamente solicitada e o sócio em causa e, de seguida, com base num *receio* que carece de ser sustentado em *factos objetivos*⁽⁶⁷⁾ — embora não tenha de se tratar de uma certeza⁽⁶⁸⁾ —, fazer um juízo de probabilidade quanto à possibili-

(66) Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 16.3.2011, proc. n.º 560/08.3TBOAZ.P1.S1, disponível in <www.dgsi.pt>.

(67) Para a jurisprudência tal receio deve ser apreciado em termos objetivos e de acordo com as regras da experiência comum: Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 3.3.1994, proc. n.º 0061506, disponível apenas o sumário in <www.dgsi.pt>; Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, de 13.4.1994, in CJ, Ano II, T. II, p. 27 e de 16.3.2011, proc. n.º 1560/08.3TBOAZ.P1.S1, disponível in <www.dgsi.pt>; Acórdãos do Tribunal da Relação do Porto, de 5.1.1999, in CJ XXIV, 1999, T. I, p. 179; de 17.12.2001, proc. n.º 0151616; e de 19.1.2006, proc. n.º 0536276, disponíveis in <www.dgsi.pt>; e Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 25.11.2013, proc. n.º 287/12.6TBAMR.G1, disponível in <www.dgsi.pt>.

(68) Cf. RAÚL VENTURA, *Novos Estudos sobre Sociedades Anónimas e Sociedades em Nome Colectivo, Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*, Almedina, Coimbra, 2003, p. 150.

dade dessa informação ser utilizada para *fins estranhos* aos que são normal e licitamente prosseguidos pela sociedade e que dessa utilização resulte um *prejuízo* para a sociedade e/ou demais sócios⁽⁶⁹⁾.

A verdade é que tudo pode ser sempre receado e o exagero do receio inutilizaria o direito à informação, razão pela qual essa apreciação deve, necessariamente, assentar em *elementos suficientemente consistentes* que permitam constatar tal receio, não sendo de aceitar, para este efeito, meras *suspeições subjetivas*⁽⁷⁰⁾, nem sequer *convicções* ou *predisposições dos gerentes*⁽⁷¹⁾.

Para JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, bastará que exista uma *forte probabilidade* quanto à verificação do prejuízo, sendo assim lícita a recusa de informação quando «(...) num juízo empresarial razoável, se conclua que a comunicação da informação é apta ou idónea para causar prejuízos»⁽⁷²⁾. O juízo valorativo caberá, pois, aos gerentes da sociedade que, perante a situação concreta, terão que indagar da probabilidade de verificação de um prejuízo.

O critério razoável para apreciar esse “receio” será, então e em síntese, o seguinte: a recusa deve ter-se como legítima quando as circunstâncias do caso indicam razoável probabilidade de utilização incorreta da informação, como resultado de uma apreciação objetiva. Sendo que este receio se deve cumular ao prejuízo da sociedade.

⁽⁶⁹⁾ Neste sentido, J. M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, cit., p. 265; CARLOS PINHEIRO TORRES, *O direito à informação nas sociedades comerciais*, cit., p. 221 e ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, cit., p. 306. Na mesma linha de pensamento, segundo RAÚL VENTURA a expressão «fins estranhos à sociedade» deve ser entendida também como fins que «sejam estranhos à própria qualidade de sócio» (in *Sociedade por quotas*, cit., p. 301). Na jurisprudência, cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 16.3.2011, proc. n.º 560/08.3TBOAZ.P1.S1, disponível in <www.dgsi.pt>.

⁽⁷⁰⁾ Acórdãos do Tribunal da Relação do Porto, de 5.1.1999, in CJ, XXIV, 1999, T. I, p. 177 e de 19.1.2006, proc. n.º 0536276, disponível in <www.dgsi.pt>.

⁽⁷¹⁾ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 1.7.1999, proc. n.º 99B478, disponível apenas o sumário in <www.dgsi.pt> e Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 17.12.2001, proc. n.º 0151616, disponível na íntegra in <www.dgsi.pt>. Também neste sentido, vide RAÚL VENTURA, *Sociedade por quotas*, cit., p. 132.

⁽⁷²⁾ J. M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, cit., p. 264. Cf. ainda CARLOS PINHEIRO TORRES, *O direito à informação nas sociedades comerciais*, cit., p. 221 e RAÚL VENTURA, *Sociedade por quotas*, cit., p. 312.

A jurisprudência dá-nos, a este respeito, um relevante contributo para delimitar os contornos em que a recusa é ou não lícita e assim compreendermos o seu alcance. Vejamos então:

- É lícita a recusa em prestar informações ao sócio quando seja de recear que aquela utilização cause prejuízo à sociedade por *o sócio ter uma sociedade concorrente*, existindo *justo receio de que ele faça seus os clientes e receitas da sociedade* visada pelo inquérito judicial⁽⁷³⁾. Porém, já não constitui fundamento de recusa legítima de informação solicitada pelo sócio o facto de ele ser gerente de sociedades que concorrem no mercado com outras sociedades administradas pelo administrador da requerida, todas clientes desta sociedade, *mas não concorrentes com ela*, sem que se prove que do *benefício* que o requerente possa tirar da informação *resulte prejuízo* ou *seja suscetível de poder prejudicar* expressivamente a sociedade requerida⁽⁷⁴⁾;
- Não é igualmente lícita a recusa em aceder a informação e a entrega de documentos de que o requerente necessite, a fim de apurar a *existência, titularidade e valores dos suprimentos efetuados pelo progenitor*, a quem *sucedeu na qualidade de sócio*, designadamente, com vista à sua utilização em processo de inventário instaurado, por falecimento do mesmo. Neste caso, inexistente qualquer impedimento ao direito à informação, dado que a mencionada finalidade não é suscetível de constituir um prejuízo para a sociedade em termos potencialmente atentatório do seu património e da sua credibilidade no mercado em que se insere⁽⁷⁵⁾.

⁽⁷³⁾ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 25.11.1999, *in* CJ, Ano VII, T. III, p. 12.

⁽⁷⁴⁾ Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 25.11.2013, proc. n.º 287/12.6TBAMR.G1, disponível *in* <www.dgsi.pt>.

⁽⁷⁵⁾ Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 25.11.2013, proc. n.º 287/12.6TBAMR.G1, que foi posteriormente confirmado pelo Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 20.4.2014, com o mesmo n.º de proc., ambos disponíveis *in* <www.dgsi.pt>.

Todavia, sublinhamos novamente que o pedido de informação do sócio à gerência não poderá contrariar os limites impostos por lei — por exemplo, não poderá incidir sobre informação sobre a qual exista um dever de segredo imposto por lei. De igual modo, também não pode ser *inútil* ou mesmo *abusiva* por violar o dever de lealdade do sócio perante a sociedade — v.g., o sócio que “inunda” a sociedade com pedidos de informação sob o pretexto de transmitir a sua participação quando, na verdade, o que pretende é forçar a sociedade a comprar a sua participação social por um valor superior: o chamado «sócio corsário»⁽⁷⁶⁾.

III. Caso seja prestada informação ao sócio e este a utilize com o intuito de «prejudicar a sociedade ou outros sócios», não só configura uma situação de abuso de direito (art. 334.º do CC), como aquele será *responsável pelos prejuízos* que lhes efetivamente causar, ficando, ainda, sujeito a *exclusão da sociedade* (art. 214.º, n.º 6), com a precisão de que para que esta ocorra tem que se verificar uma «quebra grave do pacto social»⁽⁷⁷⁾.

3. O inquérito judicial

3.1. Considerações gerais

I. Começamos por notar que o direito de requerer inquérito judicial, por denegação do direito à informação, atento o seu tão acentuado caráter intrusivo na vida da sociedade visada, é ou mostra-se suscetível de ser tão grave e perturbador, que *não deve ser utilizado* em situações de *impasse ou desconfiança*, atendendo a

⁽⁷⁶⁾ A expressão é de PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *A participação social nas sociedades comerciais*, cit., p. 213, que considera estas práticas como abuso do poder de informação. Cf., ainda neste sentido, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades*, Vol. I, cit., p. 734, que considera como exemplo de deslealdade o pedido abusivo de informações do sócio à sociedade.

⁽⁷⁷⁾ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades*, Vol. II, cit., p. 310.

que a sua utilização tende, não raras vezes, a agravar estas situações, colocando os tribunais como “polícias das sociedades”, tendo, nessa medida, um efeito mais negativo que positivo. Se assim é, o inquérito também não deve ser tomado como mecanismo para a obtenção de meios de prova relativos a outros processos em curso⁽⁷⁸⁾, como tantas vezes ocorre no âmbito de conflitos societários.

Estes aspetos são particularmente importantes e merecem ser retidos: o inquérito judicial deve ser encarado como um instrumento subsidiário do direito à informação e tem, como dissemos, uma inequívoca *natureza sancionatória*, pois representa forçosamente uma intromissão do tribunal, ou seja, uma intervenção autoritária externa na vida da sociedade, devendo ser reservado para os casos em que o direito à informação é violado, sem possibilidade de auto-composição interna dos interesses no âmbito societário, e em que os vícios da informação prestada (falsidade, incompletude ou falta de clareza) sejam o *resultado* de uma atuação *deliberada* do membro órgão de gestão que faça presumir os apontados vícios⁽⁷⁹⁾.

II. Neste contexto, a verdade é que a prática dos tribunais tem-se revelado — e bem — bastante exigente quanto à possibilidade de conceder provimento ao processo de inquérito judicial, pelas razões já apontadas anteriormente, só o admitindo em casos que verdadeiramente o justifiquem, designadamente quando o grau de conflitualidade impõe, inevitavelmente, a intervenção do tribunal para dirimir o litígio, esgotadas que estão todas as possibilidades da sua resolução, nomeadamente pela via extrajudicial, ou

(78) Assim foi decidido pelo Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 12.4.2011, proc. n.º 1207/10.8TBSCR.L1-7, disponível *in* <www.dgsi.pt>.

(79) Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 18.6.2009, proc. n.º 1065/07.0TBILH-A.E1, disponível *in* <www.dgsi.pt>. Sobre o carácter excecional do inquérito judicial, ensina ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO que este surge como um procedimento complicado e pesado, a usar apenas quando necessário, para logo concluir que «o inquérito judicial é, efectivamente, um esquema destinado a enfrentar problemas bem mais graves do que a não prestação de informação ou a informação inexacta» (*in Direito das Sociedades*, Vol. I, *cit.*, p. 737). No mesmo sentido, *vide* DIOGO DRAGO, *O poder de informação dos sócios nas sociedades comerciais*, *cit.*, p. 326.

então no caso em que a informação possa ser obtida por outra via, que não através de inquérito⁽⁸⁰⁾.

Sendo assim, o recurso ao inquérito *não deve ser imotivado*, nem tão-pouco se pode basear em «mera suspeita de irregularidades na administração da sociedade»⁽⁸¹⁾, devendo antes basear-se em *factos concretos* cuja alegação e, conseqüente, prova compete, naturalmente, a quem requer o inquérito judicial à sociedade visada por tal procedimento judicial.

Não obstante do até aqui exposto, é importante atentar que o não cumprimento ou o cumprimento deficiente do dever de informação permite ao sócio *lançar mão de outros instrumentos*, para além do próprio inquérito. São eles:

- a *anulação das deliberações* que tenham sido *precedidas de recusa injustificada de informação* ou do não fornecimento ao sócio de *elementos mínimos de informação* (arts. 290.º, n.º 3, 214.º, n.º 7 e 58.º, n.ºs 1, al. c) e 4)⁽⁸²⁾;

⁽⁸⁰⁾ Como observa, a este respeito, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Jurisprudência crítica: sociedades por quotas — direito à informação — inquérito judicial”, in *Revista de Direito das Sociedades*, Ano I, 2009, 2, p. 441. No mesmo sentido: cf. o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 5.12.1991, proc. n.º 003342, disponível apenas o sumário in <www.dgsi.pt>. Este arresto decidiu que «o inquérito judicial só pode ser requerido nos casos em que a lei o permite, para evitar a devassa pública e indiscriminada da atividade das empresas à boa condução da qual um certo sigilo é necessário». No mesmo sentido, vejam-se os Acórdãos do Tribunal da Relação do Porto, de 19.10.2004, proc. n.º 0424278; de 7.4.2005, proc. n.º 0531171; de 26.10.2006, proc. n.º 0634458; e de 19.1.2006, proc. n.º 0536276; e Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 18.6.2009, proc. n.º 1065/07.0TBOLH-A.E1, todos disponíveis in <www.dgsi.pt>.

⁽⁸¹⁾ Cf., nestes exatos termos, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 10.7.1997, in CJ STJ, 1997, T. II, p. 166 e o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 7.4.2005, proc. n.º 0531171, disponível in <www.dgsi.pt>.

⁽⁸²⁾ Cf. Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, de 1.7.1999, proc. n.º 99B478; de 17.4.2007, proc. n.º 07A869; e de 16.3.2011, proc. n.º 1560/08.3TBOAZ.P1.S1, disponíveis in <www.dgsi.pt>. Na verdade, este último arresto cita CARLOS MARIA PINHEIRO TORRES para determinar qual o critério com base no qual se pode atribuir à falta de informações o efeito de produzir a anulabilidade de uma deliberação social. Para o citado autor: «só quando a falta de informação tenha efectivamente viciado a manifestação de vontade do sócio sobre o assunto sujeito a deliberação é que deverá admitir-se a solução da anulabilidade: é necessário que a não prestação da informação tenha influído directa e decisivamente no sentido da deliberação, por ter impedido que a vontade do sócio votante se manifestasse de forma completamente esclarecida» (in *O direito à informação nas sociedades*

- a *convocação de assembleia geral* de modo a que a informação seja prestada ou corrigida (art. 215.º, n.º 2)⁽⁸³⁾;
- permite que o titular do direito à informação peticione *indenização* por todos os danos incorridos (arts. 798.º e 483.º, n.º 1, do CC e 72.º)⁽⁸⁴⁾;
- gera *responsabilidade penal* para quem recuse a informação ou a preste de forma deficiente (arts. 518.º e 519.º)⁽⁸⁵⁾.

A este respeito, cabe-nos perguntar se é possível, por exemplo, promover a referida deliberação geral dos sócios em *simultâneo* ou em momento posterior à interposição de ação de inquérito judicial?

A resposta deve ser, quanto a nós, *negativa* e o seu fundamento resulta do facto de a ação de inquérito poder vir a revelar-se inútil se a deliberação entretanto tomada for no sentido de a informação ser prestada ou corrigida, determinando, por conseguinte, a extinção da instância por inutilidade superveniente da lide: art. 277.º, al. e), do

comerciais, cit., p. 283). Por outro lado, note-se que o art. 58.º, n.º 4, als. a) e b) esclarece que constituem elementos mínimos de informação os documentos para exame dos sócios e os elementos que devem constar do anúncio convocatório, sendo certo que, como assinala MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, esta enumeração não é taxativa, mas apenas exemplificativa (in “Deliberações sociais inválidas no novo Código das Sociedades Comerciais”, in *Novas Perspectivas do Direito Comercial*, Almedina, Coimbra, 1988, pp. 324 e ss.).

⁽⁸³⁾ Ensina RAÚL VENTURA que estamos perante «um direito e não um dever ou ónus do sócio, o qual poderá exercê-lo ou passar, sem mais, ao inquérito judicial facultado pelo art. 216.º» (in *Sociedade por quotas, cit.*, p. 314).

⁽⁸⁴⁾ Segundo ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO há presunção de culpa (art. 799.º do CC), devendo ser considerados todos os danos como indemnizáveis: danos emergentes, lucros cessantes, maiores despesas e danos não patrimoniais. No que respeita a estes últimos danos, o citado autor concretiza que «a recusa injustificada de informações legitimamente pedidas é, antes de mais, uma afronta pessoal. Pode afectar a integridade moral e o bom nome e reputação do visado. Deve ser indemnizada neste plano não-patrimonial, até como modo de prevenir novas prevaricações» (in *Código das Sociedades Comerciais anotado cit.*, p. 636).

⁽⁸⁵⁾ Para maiores desenvolvimentos sobre esta matéria, vide MIGUEL PEDROSA MACHADO, “Sobre a tutela penal da informação nas sociedades anónimas: problemas da reforma legislativa”, in *O Direito*, Anos 106.º-109.º, 1974-1987, pp. 271-338 e HENRIQUE SOUSA ANTUNES, “Algumas considerações sobre a informação nas sociedades anónimas (em especial, os arts. 288.º a 293.º do Código das Sociedades Comerciais) — conclusão”, in *Direito e Justiça*, Vol. X, 1996, T. 1, pp. 291-298.

CPC. Neste caso, tendo sido convocada deliberação social com vista a que a informação sonegada seja prestada ou corrigida em simultâneo com o inquérito judicial, deve o juiz, ao abrigo do disposto no n.º 1 do art. 272.º do CPC, *suspender* o processo de inquérito, alegando «motivo justificado» para o efeito.

A favor deste entendimento joga ainda o facto de o inquérito à sociedade dever ser utilizado quando os outros mecanismos de acesso ao direito à informação — *in casu* a convocação de assembleia geral — resultarem infrutíferos porque aquele processo judicial impõe, inevitavelmente, a intervenção (autoritária) do tribunal, com os efeitos negativos daí decorrentes: «(...) devassa pública e indiscriminada da atividade das empresas à boa condução da qual um certo sigilo é necessário»⁽⁸⁶⁾.

Além disso, a ação especial de inquérito pode, nalguns casos, aumentar (ainda mais) o nível de animosidade entre a sociedade, representada e gerida pela sua gerência, e o sócio, sendo também por esse motivo de evitar.

Da mesma forma que não nos parece exequível ao sócio intentar ação de indemnização por eventuais danos sofridos por sonegação do direito à informação, estando ainda a decorrer inquérito judicial à sociedade, sendo certo que a sorte daquela ação está “dependente” da procedência do inquérito, sob pena de estar, por razões que nos parecem óbvias, votada ao insucesso: se, porventura, a recusa da sociedade em prestar informação ao sócio for legítima, a ação de indemnização improcede. Estas considerações valem, nos mesmos termos, para a interposição de ação de responsabilização em sede criminal para quem negue o exercício do direito à informação ou então a preste de forma deficiente.

Noutro plano, mas com igual relevância para o presente estudo, coloca-se a questão de saber se intentadas ação de anulação da deliberação social sobre a amortização de quota de sócio gerente, e ação de destituição do seu cargo social, pode tal órgão do membro de gestão deduzir ação de inquérito judicial à sociedade, estando ainda aquelas duas instâncias a correr termos?

⁽⁸⁶⁾ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 5.12.1991, proc. n.º 003342, disponível apenas o sumário *in* <www.dgsi.pt>.

A resposta foi-nos dada, com toda a perfeição, pelo Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 12.4.2011⁽⁸⁷⁾, que decidiu que se se confirmar a exclusão do requerente como sócio da sociedade requerida, sem prejuízo da sua possível destituição do cargo de gerente, não haverá motivos para que o inquérito avance nos termos pretendidos.

A decisão de tais questões revela-se, assim, *prejudicial* em relação ao inquérito (art. 272.º, n.º 1, proémio), porquanto pode suceder que o requerente não mantenha intata a qualidade de sócio e/ou a de gerente⁽⁸⁸⁾.

Mas mesmo que nenhuma das referidas ações fosse considerada “causa prejudicial” em relação ao inquérito judicial (art. 272.º, n.º 1, proémio), que não concedemos, sempre haveria fundamento para *suspender a instância*, ao abrigo do disposto no art. 272.º, n.º 1, *in fine*, do CPC, onde se alude à faculdade de o juiz ordenar a suspensão por «motivo justificado».

3.2. O processo de jurisdição voluntária: princípios fundamentais

I. Antes de centrarmos a nossa análise no regime jurídico do processo de inquérito judicial, importa assinalar, antes de mais, que ele corresponde a um *processo especial de jurisdição voluntária* para o «exercício de direitos sociais», encontrando-se regulado na lei processual civil nos arts. 1048.º a 1052.º.

Esta demarcação é, na prática, relevante, pois este tipo de processos, por não seguirem a tramitação dos processos de jurisdição contenciosa ou comum, têm uma tramitação específica, mais simplificada, à qual lhes são aplicáveis as *disposições genéricas* relativas aos *processos de jurisdição voluntária* constantes nos arts. 986.º

⁽⁸⁷⁾ Proc. n.º 1207/10.TBSCR.L1-7, disponível in <www.dgsi.pt>.

⁽⁸⁸⁾ Entendimento diverso tiveram os Acórdãos do Tribunal da Relação do Porto, de 29.4.1999, proc. n.º 9930428 e de 6.5.2002, proc. n.º 0151773, disponíveis apenas os sumários in <www.dgsi.pt>.

a 988.º do Código de Processo Civil, assim como as *regras* relativas aos *incidentes de instância* (arts. 292.º a 295.º para as quais remete o n.º 1 do art. 986.º, todos do CPC).

Em segundo lugar, outra nota digna de relevo é a de que este processo especial implica a *complementaridade* das regras previstas no Código das Sociedades Comerciais (arts. 214.º a 216.º e 292.º) — as quais já fomos ao longo do presente texto fazendo referência — com as normas previstas na lei processual civil.

II. Feito este enquadramento do processo de inquérito judicial no âmbito da lei processual civil, ainda que em termos muito genéricos, a primeira observação que merece a pena reter é a de que, ao invés dos processos comuns, que são a regra, aplicando-se a todos os casos não submetidos a processo especial, os *processos de jurisdição voluntária* constituem a *exceção*.

Neste sentido, e como lapidarmente escreveu ALBERTO DOS REIS: o processo de jurisdição especial «é um processo-exceção que só pode aplicar-se aos casos para que foi expressamente criado; o processo comum é um processo-regra, que se aplica a todos os casos não submetidos a processo especial»⁽⁸⁹⁾, razão pela qual «cada processo especial só pode ser aplicado aos casos designados na lei que o estabeleceu»⁽⁹⁰⁾, não sendo, conseqüentemente, «lícito lançar mão do argumento de analogia, e nem mesmo do argumento de maioria de razão, para o efeito de aplicar um processo especial a caso diferente daquele a que a lei expressamente o destinou»⁽⁹¹⁾.

Para além disso, ao contrário do que sucede nos processos de jurisdição contenciosa, na jurisdição voluntária «não existe um conflito de interesses a dirimir, mas apenas um interesse fundamental, que o juiz procura regular da forma mais conveniente e oportuna»⁽⁹²⁾. Mas desengane-se quem pense que nestes processos

⁽⁸⁹⁾ *Código de Processo Civil anotado*, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 286.

⁽⁹⁰⁾ *Processos Especiais*, Vol. II, Reimpressão — Obra Póstuma — Coimbra Editora, Coimbra, 1982, p. 24.

⁽⁹¹⁾ *Idem, ibidem*.

⁽⁹²⁾ JORGE AUGUSTO PAIS DE AMARAL, *Direito Processual Civil*, Almedina, Coimbra, 2001, p. 50.

especiais não ocorre um conflito de opiniões sobre o mesmo interesse a dirimir⁽⁹³⁾.

Seja como for, a ausência de conflito de interesses nos processos de jurisdição voluntária tem reflexos nas *regras do próprio processo*. Pois, se nos processos comuns o tribunal é chamado a decidir de acordo com a lei substantiva aplicável, nos processos de jurisdição voluntária a função do juiz não é tanto interpretar e aplicar a lei, mas antes *avaliar os interesses em jogo* enquanto decisor chamado a intervir no interesse a regular⁽⁹⁴⁾.

Por essa razão, tais processos regem-se por *princípios singulares*, que não encontramos nos processos de jurisdição contenciosa. São eles, em síntese, os seguintes:

- *Prevalência do princípio do inquisitório sobre o princípio da atividade dispositiva das partes*: o juiz pode investigar livremente os factos carreados para os autos, como também *quaisquer outros não alegados pelas partes*, desde que os mesmos sejam obviamente relevantes para a resolução da *vexata quaestio* submetida à sua apreciação, podendo para esse efeito ordenar inquéritos e recolher as informações que julgue pertinentes, ao que acresce ainda a faculdade de o juiz só admitir as provas que julgue

(93) MANUEL DE ANDRADE, *Noções Elementares de Processo Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 1993, p. 71.

(94) É, porém, questionável a bondade da solução de inclusão dos processos especiais referentes a «exercícios sociais» no âmbito dos processos de jurisdição voluntária, designadamente, para além da sua possível complexidade, pela carga de litigiosidade/conflictualidade que eles podem, de facto, comportar. Aliás, notando isso mesmo, segundo JOSÉ LEBRE DE FREITAS alguns processos classificados pela lei processual civil como de jurisdição voluntária são, na verdade, processos de jurisdição contenciosa — entre eles, o processo de inquérito judicial — e vice-versa: há processos classificados como de jurisdição contenciosa que, em bom rigor, são indiscutíveis processos de jurisdição voluntária, como o processo de interdição e de inabilitação (*in Introdução ao processo civil – conceitos e princípios gerais, à luz do novo código*, 3.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2013, p. 61, nr 20). Concordando com o autor podemos, pois, afirmar que, apesar da sua sistematização no Código de Processo Civil, o processo de inquérito judicial tem inequivocamente na sua gênese um *conflito de interesses*. No mesmo sentido, vide J. P. REMÉDIO MARQUES, *Acção declarativa à luz do código revisto*, 3.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 118. Já na jurisprudência, cf. o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 4.7.2013, proc. n.º 7513/11.7TBCSC.L1-6, disponível in <www.dgsi.pt>.

necessárias para a decisão da causa (art. 986.º, n.º 2, do CPC).

- *Prevalência dos juízos de equidade*: ao contrário dos processos de jurisdição contenciosa em que o tribunal está sujeito a critérios de legalidade estrita (arts. 8.º, n.º 2, do CC e 607.º, n.º 3, do CPC), nos processos de jurisdição voluntária o juiz deve adotar a solução que, no *caso concreto*⁽⁹⁵⁾, julgue mais conveniente e oportuna, ou seja, mais justa (arts. 4.º, al. *a*), do CC e 987.º do CPC)⁽⁹⁶⁾. Mas isso não determina que o recurso aos princípios da equidade dispense uma apreciação dos pressupostos da ação com base em critérios de legalidade: só depois, e desde que verificada a existência de tais pressupostos (como sejam, no caso do inquérito judicial: a qualidade do titular do direito, a formulação do pedido de informação e a recusa indevida do acesso à mesma), é que se poderá fazer apelo à intervenção do critério da equidade⁽⁹⁷⁾.
- *Prazo da decisão final*: ela é proferida no prazo de 15 dias (art. 986.º, n.º 3, do CPC);

⁽⁹⁵⁾ A expressão «em cada caso» foi inserida intencionalmente pelo legislador para significar que, em vez de se orientar por qualquer conceito abstrato de legalidade ou de justiça pura, o julgador deve olhar para o caso concreto e procurar descobrir a solução que melhor serve os interesses em causa, que dá a esses interesses a solução mais conveniente e oportuna (neste sentido, ALBERTO DOS REIS, *Processos Especiais*, cit., p. 401).

⁽⁹⁶⁾ Secundando as palavras de ALBERTO DOS REIS: «o julgador não está vinculado à observância rigorosa do direito aplicável à espécie vertente; tem liberdade de se subtrair a esse enquadramento rígido e de proferir a decisão que lhe pareça mais equitativa». (*in Processos Especiais*, cit., p. 400). Se assim é, também não é menos verdade que «o recurso à equidade deve corresponder a necessidades precisas, mas não tem de ser usado — nem deve ser usado — quando não haja necessidade que o justifique» (assim, JOÃO LABAREDA, “Exercício de direito sociais”, cit., p. 60). Em sentido crítico ao predomínio da equidade sobre a legalidade, o Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 11.12.1975, *in* BMJ, n.º 254, 1975, p. 256, decidiu que «o julgador só deve utilizar os poderes, concedidos pelo art. 1410.º [atual art. 987.º], quando as circunstâncias o justificarem plenamente, já que, na ausência delas, não poderá deixar de ter em atenção os princípios gerais consagrados no sistema jurídico».

⁽⁹⁷⁾ Cf., neste sentido, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 31.3.1998, proc. n.º 97A791, disponível *in* <www.dgsi.pt> e o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 1.2.2000, *in* CJ, 2000, 1.º, p. 16.

- *Inadmissibilidade de recurso para o Supremo Tribunal de Justiça* (“STJ”): estando em causa decisões que foram proferidas segundo a equidade e não segundo critérios de legalidade estrita, justifica-se que estes processos não admitam recurso para o STJ, atento o disposto no art. 988.º, n.º 2, do CPC. O mesmo é dizer, portanto, que só será admissível recurso para o Supremo quando, por exemplo, a questão objeto de recurso questiona a aplicabilidade de pressupostos processuais do processo de inquérito, ou então pressupostos substantivos previstos no CSC. Pelo contrário, nos processos de jurisdição contenciosa, a regra é sempre a admissibilidade de recurso para o STJ, desde que o valor da ação assim o permita.
- *Livre modificabilidade das decisões*: nos processos de jurisdição voluntária, as decisões tomadas não esgotam, contrariamente aos processos de jurisdição contenciosa (art. 613.º, n.º 1, do CPC), o poder jurisdicional do juiz. As decisões adotadas podem ser *posteriormente alteradas* pelo juiz que as determinou, mesmo que já tenham transitado em julgado. Não se quer com isto dizer que esta alteração superveniente é arbitrária: será sempre necessário que tenham *modificado as circunstâncias* que determinaram a decisão, nos termos do art. 988.º, n.º 1, do CPC. Trata-se duma espécie de caso julgado, sujeita a uma cláusula “*rebus sic stantibus*”, ou seja, um caso julgado com *efeitos temporalmente limitados* — o que não significa que desta especificidade decorra um menor valor, uma menor força, ou até mesmo uma menor eficácia da decisão⁽⁹⁸⁾.
- *Patrocínio judiciário*: os processos de jurisdição voluntária não impõem a constituição de advogado, salvo na fase de recurso (arts. 986.º, n.º 4 e 40.º, n.º 1, al. a), do CPC).

⁽⁹⁸⁾ Vide Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 16.3.2006, proc. n.º 150/06.3, disponível in <www.dgsi.pt>.

Nesta incursão pela lei processual civil, importa ainda atentar, e como já fizemos (breve) referência anterior, para o facto de que a estes processos de jurisdição voluntária aplicar-se-ão também, por via da remissão do art. 986.º, n.º 1, do CPC, as regras relativas aos *incidentes de instância* — o que determina que:

- A *indicação dos meios de prova* — incluindo o rol de testemunhas, que não pode exceder mais de 5 testemunhas, sem qualquer limitação quanto ao número de testemunhas a inquirir por facto alegado — deverá ser, desde logo, apresentada quer no requerimento inicial, quer na oposição que venha a ser deduzida (arts. 293.º, n.º 1 e 294.º, n.º 1, do CPC);
- O prazo para a dedução de *oposição* é de *10 dias* (art. 293.º, n.º 2, do CPC);
- As partes podem requerer a *gravação da prova* (art. 294.º, n.º 2, do CPC), atendendo a que neste tipo de processos se admite recurso ordinário, sem esquecer as limitações decorrentes do citado art. 988.º, n.º 2, do CPC.

Munidos dos princípios gerais relativos aos processos de jurisdição voluntária, os quais são aplicáveis à ação especial de inquérito judicial, estamos agora em condições de concretizar a tramitação ou marcha processual desta ação, que tem as suas especificidades face aos processos de jurisdição contenciosa — os ditos comuns.

3.3. A tramitação processual da ação de inquérito judicial

I. Antes de descrever a tramitação processual deste processo especial, notar-se-á que o *inquérito judicial* à sociedade tem lugar apenas «nos casos em que a lei o permita», como preceitua o art. 1048.º, n.º 1, do CPC, e pode ser requerido, *entre outras situações*⁽⁹⁹⁾, quando o sócio vê preterido o seu direito à informação

(99) Como observa JOÃO LABAREDA, “Notícia sobre os processos destinados ao

sobre a vida e os atos de gestão da sociedade: é, aliás, o que determina expressamente o disposto no art. 216.º, n.º 1 quando prescreve que «o sócio a quem tenha sido recusada a informação ou que tenha recebido informação falsa, incompleta ou não elucidativa pode requerer inquérito à sociedade».

II. Dito isto, e analisando o regime do inquérito judicial no âmbito da lei processual civil (arts. 1048.º a 1052.º), parece-nos não restar quaisquer dúvidas que ele se subdivide, em síntese, em *duas fases*⁽¹⁰⁰⁾. São elas:

- Na primeira, *o juiz aprecia os fundamentos invocados pelo requerente e, haja ou não resposta dos requeridos, decide se há motivos para proceder ao inquérito* (art. 1049.º, n.º 1, do CPC);
- Na segunda fase, *se for ordenada a realização do inquérito, o juiz fixa os pontos que a diligência deve abranger, nomeando, caso seja necessário, perito ou peritos que*

exercício de direitos sociais”, *in Direito e Justiça*, Ano XIII, 1999, I, pp. 64 e ss., o processo de inquérito judicial é suscetível de aplicação em situações distintas, com fundamentos diferentes e até com processos diferentes para os quais convém chamar a atenção. Mas a possibilidade de inquérito judicial não se esgota na efetivação do direito à informação (arts. 181.º, n.º 6, para as sociedades em nome coletivo; 216.º, para as sociedades por quotas; 292.º, n.ºs 2 e 6; para as sociedades anónimas; 450.º, no caso de abuso de informação). Várias situações existem em que a lei faculta ao sócio o procedimento de inquérito judicial, como é o caso da deliberação ilícita de distribuição de bens aos sócios (art. 31.º, n.º 3); da falta de apresentação das contas do exercício (art. 67.º) ou recusa da sua aprovação (art. 68.º, n.º 2); da redução da remuneração dos gerentes (art. 255.º, n.º 2) e ainda em caso de abuso de informação (art. 450.º). No mesmo sentido de que o inquérito judicial tem inúmeras aplicações, *vide também* TERESA ANSELMO VAZ, *Contencioso Societário*, *cit.*, pp. 138-139 e na jurisprudência, cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 21.9.2006, proc. n.º 6067/2006-6 e Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 25.11.2013, proc. n.º 287/12.6TBAMR.G1, ambos disponíveis *in* <www.dgsi.pt>.

⁽¹⁰⁰⁾ No mesmo sentido, TERESA ANSELMO VAZ assevera que há que distinguir dois momentos, em que são proferidas duas decisões judiciais de conteúdo distinto: num primeiro momento, no qual o juiz, face à prova produzida, ordenará ou não, o inquérito aos pontos de facto requeridos, e no caso de o ordenar deve o juiz ainda decidir sobre medidas cautelares que lhe tenham sido requeridas; num segundo, em que, após a decisão de realização de inquérito, o juiz decide sobre a exatidão ou suficiência do inquérito e determinar as providências que lhe tenham sido requeridas (*in Contencioso Societário*, *cit.*, p. 142).

deverão realizar a investigação, aplicando-se o disposto quanto à prova pericial e, depois de concluído, *fixa a matéria de facto e decide sobre as providências requeridas* (arts. 1049.º, n.º 2 e 1051.º, n.º 1, do CPC).

Vamos passar em revista cada uma das mencionadas fases, sendo uma coisa, porém, certa: este processo possui uma *tramitação simplificada* e (desejavelmente) *célere*, sendo reduzido ao mínimo indispensável de atos e formalidades, não comportando audiência prévia, tentativa de conciliação ou despacho saneador — e apenas são processualmente admissíveis dois articulados: o requerimento inicial e a oposição.

No que respeita a estas peças processuais, e atenta, repete-se, a tramitação simplificada deste processo especial, há a salientar que a *clareza* e a *síntese* devem marcar tais peças, sem perder de vista o dever de cooperação que se manifesta quando as partes facilitam ao tribunal e à contraparte a perceção do objeto da sua pretensão; isto sai inviabilizado se as partes optam — como não raras vezes sucede, mormente em sede de contencioso societário — por apresentar articulados complexos e prolixos, acompanhados de inúmeros documentos, alguns deles irrelevantes para a boa decisão da causa, tornando difícil para a parte contrária, e sobretudo para o juiz, distinguir o que é essencial do acessório⁽¹⁰¹⁾.

III. O processo inicia-se com a *entrada do requerimento inicial* em juízo, no qual o requerente deverá expor os factos que servem de fundamento ao pedido, indicará, desde logo, os aspetos que interessa averiguar e todas as provas que deseja produzir, terminando, facultativamente, com a solicitação das providências que entenda necessárias (art. 1048.º, n.º 1, do CPC).

Ou seja, nos termos da lei processual civil em articulação com o Código das Sociedades Comerciais, constituem *pressupostos ou*

⁽¹⁰¹⁾ Este aspeto vem, de resto, abordado e devidamente salientado no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 12.4.2011, proc. n.º 1207/10.8TBSCR.L1-7, disponível in <www.dgsi.pt>, que reprovou, entre outras, a estratégia do requerente ao apresentar um «extensíssimo articulado».

requisitos imprescindíveis para a procedência do inquérito que o requerido *alegue* (e prove) no requerimento inicial o seguinte:

- de um lado, «os fundamentos do pedido de inquérito»: a identificação da sociedade; a qualidade do titular do direito à informação; e o impedimento ou desvirtuamento em aceder à informação *previamente* solicitada à gerência da sociedade⁽¹⁰²⁾;
- do outro, «os pontos de facto que interessa averiguar»: o próprio conteúdo da informação obstaculizada; as realidades da vida societária que se pretenderam, e pretendem, conhecer⁽¹⁰³⁾.

Esta demarcação é realmente importante, na medida em que se o requerente incumprir o disposto na citada disposição legal, o juiz não pode «fixar os pontos que a diligência deve abranger», nos termos do art. 1049.º, n.º 2, do CPC, sendo forçado a julgar, logo nessa fase ainda preliminar, *improcedente o pedido de inquérito*, com as consequências daí decorrentes: *extinção da instância*⁽¹⁰⁴⁾.

(102) Sobre o pedido de informação válido e a falta de informação ou a informação deficiente como pressupostos de que depende a realização do inquérito judicial, *vide infra* o ponto 3.3.3.

(103) Assim, Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa, de 14.12.1995, proc. n.º 0086432, disponível apenas o sumário *in* <www.dgsi.pt>; e de 20.9.2011, proc. n.º 554/10.3TYLSB.L1-7, disponível *in* <www.dgsi.pt>; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 10.7.1997, *in* CJ, Ano V, T. II, p. 166 e Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 30.9.2009, proc. n.º 2936/08.1TBFAR.E1, disponível *in* <www.dgsi.pt>.

(104) Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 30.9.2009, proc. n.º 2936/08.1TBFAR.E1; Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 5.7.2011, proc. n.º 299/09.7TBTND.C1 e Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 23.1.2014, proc. n.º 114/12.4TBPTL.G1, todos disponíveis *in* <www.dgsi.pt>. Este último arresto assevera, porém, que o juiz tem sempre a faculdade de convidar o requerente a aperfeiçoar o seu requerimento inicial, melhor delimitando os pontos concretos que pretende ver esclarecidos. Na mesma linha de raciocínio deste último arresto, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 11.7.2012, proc. n.º 503/11.1TJVNF.P1, disponível *in* <www.dgsi.pt>, decidiu que face à natureza dos processos de jurisdição voluntária, nomeadamente tendendo à prevalência do princípio do inquisitório sobre o dispositivo, pode o juiz, apesar de parcos, pouco ou deficientemente concretizados os “fundamentos do pedido de inquérito”, ou os “pontos de facto que interessa averiguar”, e que o requerente está obrigado a indicar no seu requerimento inicial, investigar, mesmo assim, autonomamente os factos procurando a justiça do caso, sem os critérios rígidos das normas gerais e abstratas.

Mas para que tal suceda é necessário, *v.g.*, que o requerente *invoque genericamente* que não lhe é prestada “qualquer informação”, mesmo tendo presente que em processo de jurisdição voluntária o juiz tem, como dissemos, ampla liberdade de investigar livremente os factos, pese embora aquele não esteja dispensado do *ónus de trazer uma configuração fáctica mínima*, suficiente rigorosa para sustentar a viabilidade do processo de inquérito judicial⁽¹⁰⁵⁾.

Distribuída a ação, compete à secretaria judicial controlar os elementos essenciais do requerimento inicial, elementos esses previstos no art. 558.º do CPC, podendo recusá-lo no caso de omissão de algum(ns) do(s) seu(s) elemento(s).

Posteriormente, a sociedade e os «titulares de órgãos sociais a quem sejam imputadas irregularidades no exercício das suas funções» são citados para, querendo, *contestar*, no prazo de 10 dias, a ação especial de inquérito (art. 303.º, n.º 2, aplicável *ex vi* dos arts. 986.º, n.º 1 e 1048.º, n.º 2, todos do CPC).

Tenha ou não sido deduzida oposição ao requerimento inicial⁽¹⁰⁶⁾, passa-se diretamente para a *fase da produção da prova*, prova essa já previamente indicada pelas partes nas suas peças processuais, não havendo lugar a mais nenhum articulado, após o que o juiz *decide se há motivos para proceder ao inquérito*, optando pela sua negação ou pela ordem da sua realização, nos termos do n.º 1 do art. 1049.º do CPC.

Diga-se, a este propósito, que, em qualquer das peças processuais apresentadas em juízo, importa que os factos alegados nelas devam ser obrigatoriamente deduzidos por artigos, atento o disposto no n.º 2 do art. 147.º do CPC. Esta nota assume relevância se tivermos em linha de conta que os processos de jurisdição voluntária

⁽¹⁰⁵⁾ Por força da aplicação conjunta dos arts. 5.º, 552.º, n.º 1, al. *d*) e 986.º, n.º 2, do CPC. Neste sentido, cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 20.9.2011, proc. n.º 554/10.3TYLSB.L1-7, disponível *in* <www.dgsi.pt>.

⁽¹⁰⁶⁾ Note-se que a falta de contestação pela sociedade e/ou titulares da gerência não determina a cominação plena consignada no art. 567.º, n.º 1, do CPC: os factos articulados pelo interessado não se consideram confessados. A explicação reside no facto de estarmos perante processos de jurisdição voluntária, e não processos de jurisdição contenciosa e, nessa medida, prevalece o princípio do inquisitório sobre o dispositivo.

ria não impõem, como vimos anteriormente, a constituição de advogado, salvo na fase de recurso.

Nesta primeira fase, parecem não subsistir dúvidas de que o inquérito judicial assenta, essencialmente, numa *investigação* a levar a cabo pelo juiz à sociedade⁽¹⁰⁷⁾, com a precisão de que tal investigação tem por *objeto algo ocorrido no passado e existente no presente* ou, pelo menos, com vestígios ou memória no presente⁽¹⁰⁸⁾.

Se se considerar que *existem motivos para proceder ao inquérito judicial*, pode o juiz ordenar, imediatamente, a prestação das informações pretendidas pelo requerente ou determinar a efetiva realização do inquérito, para o que designará o perito ou peritos⁽¹⁰⁹⁾, e fixará os *pontos que a investigação deve abranger*, podendo o investigador nomeado realizar os atos previstos no n.º 3 do art. 1049.º do CPC⁽¹¹⁰⁾.

(107) Como facilmente se influi da leitura dos arts. 1048.º, n.º 1 e 1049.º, n.ºs 2 e 3, do CPC. Neste mesmo sentido, *vide* Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 5.7.2011, proc. n.º 299/09.7TBTND.C1 e Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 23.1.2014, proc. n.º 114/12.4TBPTL.G1, ambos disponíveis *in* <www.dgsi.pt>. Importa atentar, em sentido contrário, para as palavras de J. P. REMÉDIO MARQUES, segundo as quais «o inquérito judicial não se esgota numa pura investigação da sociedade», pois o art. 216.º, n.º 2 ao remeter a sua regulamentação para o art. 292.º, concede a possibilidade de o juiz ordenar alguma (ou algumas) da(s) medida(s) prevista(s) neste último normativo, nomeadamente a destituição de pessoas com responsabilidade por atos praticados no exercício das suas funções; a nomeação de um gerente; a dissolução da sociedade (*in Código das Sociedades Comerciais em comentário, cit.*, p. 315).

(108) Segundo o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 5.7.2011, proc. n.º 299/09.7TBTND.C1, disponível *in* <www.dgsi.pt>: «a pretensão do autor, de que “a actual gerência lhe envie por correio registado mensalmente até ao fim do mês a que respeitam informação contabilística, constituída por mapa resumo de resultados mensais, balancete analítico e mapa de facturação detalhado com indicação dos respectivos clientes”, não cabe no âmbito deste tipo de processo, porque o inquérito judicial assenta essencialmente numa investigação e esta não tem por objecto o futuro».

(109) Aplica-se o disposto quanto à prova pericial (arts. 467.º a 489.º *ex vi* art. 1049.º, n.º 2, do CPC). Para maiores desenvolvimentos sobre este meio de prova, *vide*, entre muitos outros, FERNANDO PEREIRA RODRIGUES, *A prova em direito civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 115-127.

(110) O perito deverá, além de outros que lhe sejam especialmente cometidos, realizar os seguintes atos: *a*) inspecionar os bens, livros e documentos da sociedade, ainda que estejam na posse de terceiros; *b*) recolher, por escrito, as informações prestadas por titulares de órgãos da sociedade, pessoas ao serviço desta ou quaisquer outras entidades ou pessoas; *c*) solicitar ao juiz que, em tribunal, prestem depoimento as pessoas que se recusem a

Mas para que tal suceda, é necessário — repete-se — que o requerente tenha concretizado na petição inicial com um mínimo de clareza e rigor, os elementos informativos que pretende e que com base neles o juiz tenha fixado os pontos que a diligência deve abranger.

Pode acontecer que se no decurso do processo houver conhecimentos de factos alegados que justifiquem a *ampliação do objeto do inquérito*, pode o juiz determinar que a investigação em curso os abranja, a menos que da ampliação *resultem inconvenientes graves* (art. 1050.º, n.º 4, do CPC)⁽¹¹¹⁾.

Como ensina CARLOS LOPES DO REGO, a definição do objeto do processo é meramente provisória, «sendo mutável consoante a evolução do processo e o resultado de diligências realizadas, assistindo ao juiz (n.º 4) a possibilidade de ampliar os pontos a investigar, completando deste modo, em função de dados supervenientes, o despacho que inicialmente proferiu»⁽¹¹²⁾.

A ampliação pelo objeto do inquérito é determinada por iniciativa do juiz, e não pelo requerente, sem embargo de consideramos que este a pode *sugerir* através da apresentação em juízo de requerimento para o efeito, mas não por via de articulado superveniente que é legalmente inadmissível no âmbito do processo de jurisdição voluntária.

fornecer os elementos pedidos, ou que sejam requisitados documentos em poder de terceiros. Ilustremos com um exemplo para melhor compreender o âmbito da investigação por parte do investigador: ele pode recolher informações por escrito junto de determinada entidade administrativa (Junta de Freguesia) que outorgou o contrato de exploração de pedreira e ainda solicitar que o tribunal requisite outros documentos em poder de tal entidade (assim, Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 23.1.2014, proc. n.º 114/12.4TBPTL.G1, disponível *in* <www.dgsi.pt>).

⁽¹¹¹⁾ JOÃO LABAREDA assevera que, embora a lei não esclareça o que deva entender-se por inconvenientes graves justificativos da não ampliação do inquérito, o autor considera que se «trata de desvantagens que ponham em causa a necessária tutela dos interesses da sociedade, dos sócios ou de terceiros, frustrando assim, ao menos parcialmente, os fins visados com o inquérito (*in* “Exercícios de direitos sociais”, *cit.*, p. 69, nr. 2.). Também DANIEL ANDRADE concretiza que inconvenientes graves são, para além do mencionado anteriormente, aqueles que provoquem o arrastamento do inquérito de forma a tornar inexequível o seu resultado (*in* “O direito à informação nas sociedades por quotas e nas sociedades anónimas. O inquérito judicial”, *cit.*, p. 24).

⁽¹¹²⁾ *Comentários ao Código de Processo Civil*, Vol. II, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2004, p. 331.

Seja como for, uma coisa parece-nos, porém, certa: não deve ser ordenada a ampliação quando a mesma nada tem a ver com as questões de facto inicialmente suscitadas pelo requerente⁽¹¹³⁾, pois tem de ocorrer uma *coerência lógica* entre umas e outras. Ou seja, a ampliação tem de possuir o mesmo pressuposto do objeto inicial: recusa, falsidade ou insuficiência da informação.

Nesta fase, isto é, durante a realização do inquérito, sendo esse previamente deferido pelo juiz, poderá também o mesmo ordenar as *medidas cautelares* que julgue adequadas para garantir os interesses da sociedade, dos sócios, dos trabalhadores ou dos credores, no pressuposto de que «se indície a existência de irregularidades ou a prática de quaisquer actos susceptíveis de entravar a investigação em curso», aplicando-se, nesse caso, e com as necessárias adaptações, as regras relativas às *providências cautelares* (art. 1050.º do CPC)⁽¹¹⁴⁾. Tais medidas podem ser oficiosamente determinadas pelo tribunal ou ser requeridas por qualquer uma das partes que manifeste interesse no seu decretamento.

Com efeito, *concluído o inquérito*, o relatório do investigador é notificado às partes⁽¹¹⁵⁾ e realizadas as demais diligências probatórias que o juiz entenda necessárias, após o que o juiz profere *deci-*

⁽¹¹³⁾ Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 20.12.2012, proc. n.º 320/03.2TBARL-A.E1 e Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 23.1.2014, proc. n.º 114/12.4TBPTL.G1, disponíveis in <www.dgsi.pt>.

⁽¹¹⁴⁾ TERESA ANSELMO VAZ nota que a estas medidas é aplicável o disposto para os procedimentos cautelares comum ou, se for o caso, algum especificado, como, por exemplo, o arrolamento de documentos (*in Contencioso Societário, cit.*, p. 142). Neste mesmo sentido, veja-se o Acórdão do Tribunal do Porto, de 9.2.1982, proc. n.º 0020121, disponível apenas o sumário in <www.dgsi.pt>. Note-se ainda que mesmo no caso de suspensão da instância, o art. 275.º, n.º 1, do CPC prevê que podem ser, mesmo assim, praticados atos urgentes destinados a evitar dano irreparável.

⁽¹¹⁵⁾ DANIEL ANDRADE afirma que as partes podem reclamar do relatório pericial perante a existência de deficiências, obscuridades ou contradições. Caso a reclamação seja atendida ou mesmo na falta de qualquer reclamação, pode o juiz ordenar que o perito complete o relatório apresentado ou preste os esclarecimentos necessários (art. 485.º do CPC). A parte que não se conforme com a perícia poderá, nos termos dos arts. 487.º e ss., requerer a realização de segunda perícia que tem por objeto a averiguação dos mesmos factos sobre que incidiu a primeira, e destina-se a corrigir a eventual inexatidão dos resultados desta, com perito diferente, apreciando o juiz livremente o relatório de cada uma delas (*in* “O direito à informação nas sociedades por quotas e nas sociedades anónimas. O inquérito judicial”, *cit.*, p. 24).

são, no prazo de 15 dias, apreciando os pontos de facto que constituíram fundamento do inquérito (art. 1051.º, n.ºs 1 e 2, do CPC). Caso a decisão confirme os factos, então o juiz ordenará o que for adequado à situação concreta, face ao fim prosseguido com o processo.

De qualquer forma, após a notificação às partes da decisão, estas terão ainda o prazo de 15 dias contados a partir desta notificação para, querendo, requerer as «providências que caibam no âmbito da jurisdição voluntária», designadamente:

- a destituição de pessoas cuja responsabilidade por atos praticados no exercício de cargos sociais tenha sido apurada (arts. 1051.º, n.º 2, do CPC e 292.º, n.º 2, al. *a*) aplicável *ex vi* art. 216.º, n.º 2);
- a nomeação judicial de um gerente (arts. 1051.º, n.º 2, do CPC e 292.º, n.º 2, al. *b*) aplicável *ex vi* art. 216.º, n.º 2);
- a dissolução da sociedade, se forem apurados factos que constituam causa de dissolução, nos termos da lei ou do contrato, e ela tenha sido requerida (arts. 1051.º, n.º 2, do CPC e 292.º, n.º 2, al. *c*) aplicáveis *ex vi* art. 216.º, n.º 2)⁽¹¹⁶⁾;
- a suspensão dos restantes gerentes ou proibição destes interferirem nas funções do gerente judicialmente nomeado (arts. 1051.º, n.º 2, do CPC e 292.º, n.º 4 aplicáveis *ex vi* art. 216.º, n.º 2);
- outras providências que caibam no âmbito dos processos de jurisdição voluntária, como por exemplo: a investidura judicial do cargo de gerente⁽¹¹⁷⁾.

⁽¹¹⁶⁾ Ao contrário das outras medidas que seguem a forma de processo de jurisdição voluntária, a dissolução da sociedade segue os termos do processo comum declarativo, atento o disposto no art. 1051.º, n.º 3, do CPC. Não obstante o estabelecido no n.º 1 do art. 37.º do CPC, entendemos que a ação de dissolução da sociedade é suscetível de ser cumulada no próprio inquérito, por força do art. 1051.º, n.º 3, do CPC, posição igualmente sufragada por TERESA ANSELMO VAZ, *in Contencioso Societário*, cit., p. 143.

⁽¹¹⁷⁾ Como observa J. P. REMÉDIO MARQUES, *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, cit., p. 319.

Note-se que a *remissão* para este elenco de providências permite concluir, com segurança, que é possível *cumular com o inquérito judicial tais providências*, deixando o inquérito, neste contexto, de ser uma «pura investigação à sociedade»⁽¹¹⁸⁾, passando a ter um campo de aplicação mais amplo.

Mas a par destas providências, cujo elenco *não é taxativo* — atenta a utilização do advérbio «designadamente» insito no n.º 2 do art. 1051.º do CPC — pode também ser requerida por *qualquer sócio*, em sede de inquérito judicial, a *redução das remunerações dos gerentes*, desde que as mesmas sejam gravemente desproporcionadas, quer ao trabalho desenvolvido, quer à situação da sociedade (art. 255.º, n.º 2)⁽¹¹⁹⁾.

IV. Para concluir, sempre se dirá que os *resultados do inquérito* podem ser tornados *públicos* quando a decisão proferida não confirmar a existência dos factos alegados como fundamento do inquérito judicial e o membro do órgão de gestão e a sociedade visada pelo processo exijam a *publicação* no jornal que, para o efeito, indicarem, dando nota do relatório e conclusões, ou só das conclusões dos peritos (art. 1051.º, n.º 4, do CPC). Trata-se, portanto, de uma faculdade concedida à sociedade e ao seu órgão de gestão para minimizar os efeitos nefastos provocados pelo inquérito judicial, que implica sempre uma intromissão externa na vida da sociedade e que pode, eventualmente, ter repercussões junto de terceiros, já que dá conta de um litígio no seio da sociedade.

⁽¹¹⁸⁾ Neste sentido, cf. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 19.10.2004, proc. n.º 0424278, disponível *in* <www.dgsi.pt>.

⁽¹¹⁹⁾ Nos termos do Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 11.7.2012, proc. n.º 503/11.1TJVNFP1, disponível *in* <www.dgsi.pt> foi decidido que «no inquérito judicial à sociedade destinado a reduzir a remuneração de algum dos gerentes pela eliminação de gratificações atribuídas em assembleia geral, com devolução do respectivo valor à sociedade, para procedência da ação importa a prova de que a remuneração esporádica dos gerentes foi abusiva, por gravemente desproporcionada quer ao trabalho prestado quer à situação da sociedade».

3.3.1. Causa de pedir e pedido(s)

Integrando o conteúdo do requerimento inicial, constituem, além do mais, elementos fundamentais do mesmo, a causa de pedir e o(s) pedido(s) formulado(s) pelo titular do direito à informação, nos termos do art. 552.º, n.º 1, als. *d*) e *e*), do CPC.

Em relação à *causa de pedir*, ela consistirá nos *factos que justificam o recurso ao inquérito judicial*, factos esses que poderão abranger uma de três situações, a saber:

- o pedido de informação efetuado nos termos legais e a recusa injustificada da prestação dessa informação (art. 216.º, n.º 1, proémio) ou;
- a prestação de informação presumivelmente falsa, incompleta ou não elucidativa (art. 216.º, n.º 1, *in fine*) ou;
- os factos que justificam que as circunstâncias do caso façam prever que a informação não será prestada, se for pedida, situação em que se dispensa o pedido prévio de informação à sociedade (art. 292.º, n.º 2 aplicável *ex vi* art. 216.º, n.º 2).

No que respeita ao(s) *pedido(s)* indicado(s) no requerimento inicial, ele(s) consubstancia(m)-se nos *pontos de facto que se pretendem averiguar*, que estarão, no entanto, sujeitos aos limites do âmbito do direito à informação que se pretende exercer.

Em tais pedidos formulados pelo titular do direito à informação, ele pode, e como já fizemos referência anterior, requerer as providências que entender conviventes, designadamente as enunciadas no art. 292.º, n.º 2, aplicável às sociedades por quotas por força do disposto no art. 216.º, n.º 2.

3.3.2. Legitimidade ativa e passiva

I. A *legitimidade processual ativa* cabe ao «interessado que pretenda a realização de inquérito judicial à sociedade» (art. 1048.º,

n.º 1, do CPC), com a precisão de que para determinar o «interessado», somos forçados a recorrer às situações em que a lei substantiva confere o direito a requerer tal instituto. Desta feita, todo aquele que for *titular do direito à informação*, tem necessariamente *legitimidade ativa* para promover o inquérito judicial à sociedade.

Mas aqui importa fazer uma observação: o direito à informação e, conseqüente, recurso ao inquérito judicial, é atribuído aos *sócios em relação à sociedade* e não a esta em relação àqueles. Ou seja, uma sociedade comercial não pode intentar inquérito judicial contra um dos seus sócios gerentes para exercer um pretensão direito à informação (v.g. consulta de extratos bancários), sendo, neste caso, lícito absolver o membro do órgão de gestão «com base na exceção dilatória inominada de falta de interesse processual»⁽¹²⁰⁾.

II. Noutro plano, a *legitimidade passiva*, traduzida pelo interesse direto na demanda, determinado em função do prejuízo que pode decorrer da procedência da ação (art. 30.º, n.ºs 1 *in fine* e 2, do CPC), pertence não apenas à *sociedade*, mas também aos *titulares dos órgãos sociais*, no pressuposto que a estes últimos lhes sejam apontadas «irregularidades no exercício das suas funções» (art. 1048.º, n.º 2, do CPC), irregularidades essas que poderão consistir tanto na recusa ilícita de informação, como na prestação de informação presumivelmente falsa, incompleta ou não elucidativa, ou nas circunstâncias do caso que façam prever que a informação não será prestada, se for pedida.

III. No caso de ilegitimidade (ativa ou passiva), a mesma constitui uma *exceção dilatória insanável* de conhecimento oficioso,

⁽¹²⁰⁾ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 16.10.2001, proc. n.º 0121302, disponível in <www.dgsi.pt>. Da mesma forma que uma sociedade comercial não pode requerer inquérito a si própria, cabendo tal direito apenas aos sócios (cf. Acórdão da Relação de Lisboa, de 5.12.1991, proc. n.º 003342, disponível apenas o sumário in <www.dgsi.pt>). Nesse caso, a deliberação social de requerer inquérito a si própria será anulável, nos termos do art. 58.º, n.º 1, *al. a*).

e verificada após o termos dos articulados, determina que o tribunal se *abstenha de conhecer o mérito da causa e absolva* a sociedade e os membros dos órgãos de gestão da instância (arts. 30.º, n.º 1, 278.º, n.º 1, al. *d*), 576.º, n.º 2, 577.º, al. *e*) e 578.º do CPC).

3.3.3. Ónus da prova

I. Como já tivemos oportunidade de referir anteriormente, no processo de inquérito judicial à sociedade devem ser alegados motivos, *situações de facto concretas* que, uma vez provados, mesmo que por *simples verosimilhança* não sendo indispensável que essas situações constituam *graves irregularidades*⁽¹²¹⁾, justifiquem deste modo o recurso a este processo especial. Não quer isto dizer, portanto, que são admissíveis as simples dúvidas da veracidade ou falsidade da informação, mera suspeita de que essa situação ocorreu ou de que existem, pura e simplesmente, irregularidades na gestão da sociedade.

II. Assente tal pressuposto, e atentas as regras sobre o ónus da prova previstas no art. 342.º, n.ºs 1 e 2, do CC, cabe ao *requerente* do inquérito judicial, por um lado, a *prova da sua qualidade de sócio*⁽¹²²⁾ e, por outro, *o impedimento ou desvirtuamento de aceder a informação previamente solicitada* à gerência da sociedade⁽¹²³⁾. Ao invés, à *sociedade* recai o ónus de provar a factuali-

⁽¹²¹⁾ Neste sentido, Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 30.10.1984, in CJ, ano IV, p. 126.

⁽¹²²⁾ A prova realiza-se através da junção de certidão do registo comercial da sociedade. Note-se que têm igualmente legitimidade ativa para intentar inquérito judicial, para além do sócio, o usufrutuário, o credor pignoratício de participações sociais e o representante comum de obrigacionistas, sendo que a prova de tal qualidade será através do documento contratual inerente.

⁽¹²³⁾ Para prova desse facto é fundamental juntar documentos que consubstanciam os pedidos de informação efetuados, designadamente cópias das cartas registadas com aviso de receção enviadas à sociedade e/ou atas de assembleias gerais em que tenham sido requeridos pedidos de informação, e cujo resultado tenha sido a recusa de prestação de informação, ou então preste informação que seja de presumir falsa, incompleta ou não elu-

dade de que se possa retirar ou inferir a licitude da recusa, que se traduz em facto impeditivo do direito do requerente⁽¹²⁴⁾.

Dito o mesmo, mas por outras palavras: enquanto ao sócio basta provar factos que justifiquem o seu direito à informação e que o mesmo, uma vez solicitado, lhe foi injustificadamente negado, à sociedade impõe-se a prova de que a recusa em prestá-la tem fundamento legal, ou seja, é considerada legítima à luz do disposto no art. 215.º.

Não demonstrando a parte o facto que lhe aproveita (art. 342.º, n.º 1, do CC), o tribunal não pode deixar de o considerar como não existente. Este ónus probatório traduz-se para a parte a quem compete, no encargo de fornecer a prova do facto indispensável à sua pretensão, incorrendo nas desvantajosas consequências de se ter como líquido o facto contrário, quando omitiu ou não logrou realizar essa prova ou, na necessidade de, em todo o caso, sofrer tais consequências se os autos não contiverem prova bastante desse facto⁽¹²⁵⁾.

cidativa. Sobre o pedido de informação válido e a falta de informação, ou a informação deficiente como pressupostos de que depende a realização do inquérito judicial, *vide* o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 22.1.2001, proc. n.º 0050849; Acórdãos da Relação de Lisboa, de 29.6.2006, proc. n.º 4657/2006-6; de 21.9.2006, proc. n.º 6067/2006-6; de 2.10.2008, proc. n.º 4451/2008-2 e de 20.9.2011, proc. n.º 554/10.3 TYLSB.L1-7; e ainda Acórdãos do Tribunal da Relação de Coimbra, de 21.6.2005, *in* CJ XXV, 2005, 3, pp. 32-35 e de 5.7.2011, proc. n.º 299/09.7TBTND.C1, todos disponíveis *in* <www.dgsi.pt>.

⁽¹²⁴⁾ Cf., neste sentido, Acórdãos da Relação do Porto de 22.1.2001, proc. n.º 0050849; de 17.11.2001, proc. n.º 0151616; Acórdão da Relação de Lisboa, de 2.10.2008, proc. n.º 4451/2008-2, disponíveis *in* <www.dgsi.pt>; Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, de 10.7.1997, *in* CJ STJ, 1997, T. 2, p. 167; de 29.10.2013, proc. n.º 3829/11.0TBVCT.G1.S1 e Acórdãos da Relação de Guimarães, de 25.11.2013, proc. n.º 287/12.6TBAMR.G1 e de 23.1.2014, proc. n.º 114/12.4TBPTL.G1, disponíveis *in* <www.dgsi.pt>. Para maiores desenvolvimentos, veja-se CARLOS LOPES DO REGO, *Comentários ao Código de Processo Civil*, *cit.*, pp. 329 e ss.

⁽¹²⁵⁾ Assim, FERNANDO PEREIRA RODRIGUES, *A prova em direito civil*, *cit.*, pp. 22-23; e ANTUNES VARELA, J. MIGUEL BEZERRA e SAMPAIO E NORA, *Manual de Processo Civil*, 2.ª ed. revista e atualizada, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 448.

3.3.4. Foro Competente

I. A regra é a de que o requerente deverá intentar a ação especial de inquérito no tribunal onde se situa a *sede da administração principal*, atento o disposto no art. 81.º, n.º 2, do CPC.

No caso de o tribunal ser territorialmente incompetente para preparar e julgar a ação de inquérito judicial, ela deve ser remetida para o tribunal competente, incumbindo ao(s) requerido(s) arguir(em) tal incompetência (arts. 102.º, 103.º, 104.º, n.º 1 *a contrario* e 105.º, n.º 3, todos do CPC).

II. Não subsistem dúvidas de que a ação de inquérito judicial, consistente no exercício de um *direito social*⁽¹²⁶⁾ — *in casu*, o direito do sócio à informação sobre a vida e os atos de gestão da sociedade — determina que o *tribunal materialmente competente* para preparar e julgar esta ação é, por força do disposto nos arts. 65.º do CPC e 128.º, n.º 1, al. c), da Lei da Organização do Sistema Judiciário (Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto), o *tribunal do comércio*. Esta-

(126) Embora a lei não defina o que são direitos sociais, a jurisprudência tem entendido, para efeito de fixação da competência dos tribunais de comércio, os inerentes à qualidade de sócio de determinada sociedade, decorrentes do contrato de sociedade e tendentes à proteção do sócio no âmbito dos seus interesses sociais, como é, *v.g.*, o caso do direito do sócio a obter informações sobre a vida da sociedade. Já aqueles outros direitos de que os sócios são titulares, independentemente da sua qualidade de sócios, em que esta qualidade é irrelevante para o exercício de determinado direito, são direitos extra-sociais que os sócios podem exercer como qualquer outra pessoa, numa posição semelhante à de terceiros (cf. Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, de 16.10.2008, proc. n.º 08A2456; de 17.9.2009, proc. n.º 94/07.8TYLSB.L1.S1 e de 7.6.2011, proc. n.º 612/08.4TVPR1.P1.S1; Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 30.6.2011, proc. n.º 2678/10.8TVLSB.L1-7; e Acórdãos do Tribunal da Relação do Porto, de 20.4.2004, proc. n.º 0421272; 17.4.2014, proc. n.º 2740/11.0TJPRT.P1, todos disponíveis *in* <www.dgsi.pt>). Na verdade, todas as ações compreendidas na Secção XIV — Exercício de direitos sociais — se situam no âmbito da competência material dos tribunais de comércio, atendo o disposto no art. 128.º, n.º 1, al. c), da Lei da Organização do Sistema Judiciário, salvo no que se refere ao previsto no art. 1056.º do CPC, respeitante à «exoneração do administrador na propriedade horizontal», com natureza marcadamente civilística (assim, Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 30.6.2011, proc. n.º 2678/10.8TVLSB.L1-7, disponível *in* <www.dgsi.pt> e ABÍLIO NETO, *Novo Código de Processo Civil Anotado*, 3.ª ed. revista e ampliada, Ediforum, Lisboa, Maio/2015, p. 1138).

mos perante um tribunal de *competência especializada* apto a resolver o conflito societário submetido à sua apreciação.

A infração das regras da *competência em razão da matéria* implica a *incompetência absoluta* do tribunal (art. 96.º, al. a), do CPC). Esta, além de poder ser arguida pelas partes, deve ser suscitada oficiosamente pelo tribunal em *qualquer fase do processo*, enquanto não houver sentença com trânsito em julgado proferida sobre o fundo da causa (n.º 1 do art. 97.º do CPC).

A verificação da incompetência absoluta pode resultar no *indeferimento* em despacho liminar, desde que o processo assim o comporte (art. 99.º, n.º 1, do CPC). Sucede que, apesar de o processo especial de inquérito não comportar despacho liminar, entendemos, ainda assim, que nada impede que o juiz uma vez confrontado com a referida incompetência absoluta *indefira liminarmente* o referido processo especial.

III. Questão melindrosa é a de saber se prevista nos estatutos cláusula compromissória, segundo a qual qualquer litígio que venha a ocorrer entre a sociedade e os sócios será dirimido por via da *arbitragem*⁽¹²⁷⁾, justifica-se então perguntar: pode o processo de inquérito judicial seguir tal método de resolução de litígios em detrimento dos tribunais comuns?

A questão não é de fácil resolução e obriga-nos a trazer à colação algumas das regras sobre arbitragem voluntária. Seja como for, adiantamos que a resposta deve ser, quanto a nós, afirmativa⁽¹²⁸⁾ pela seguinte ordem de razões:

⁽¹²⁷⁾ Para ver exemplo de cláusula compromissória a inserir nos estatutos da sociedade, cf. ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, “Arbitragem de litígios societários”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Almedina, Coimbra, Ano IV, 2011, pp. 62-64.

⁽¹²⁸⁾ A favor da arbitralidade do inquérito judicial, veja-se JOANA GALVÃO TELES, “A arbitralidade dos litígios em sede de invocação de exceção de preterição do tribunal arbitral voluntário”, in *Análise de Jurisprudência sobre Arbitragem* (coord. de MARIANA FRANÇA GOUVEIA), Almedina, Coimbra, 2011, pp. 59-133, maxime pp. 99 e ss.; e RUI PEREIRA DIAS, “Alguns problemas práticos da arbitragem de litígios societários (e uma proposta legislativa)”, in *II Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 291-304, maxime p. 303. Segundo este autor o inquérito será tramitado como processo urgente ou de procedimento cautelar junto do tribunal arbitral (*idem*, p. 303).

- Primeira, a Lei de Arbitragem Voluntária (Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro — “LAV”) admite que as partes submetam a arbitragem *qualquer litígio* respeitante a interesses de *natureza patrimonial* e ainda aqueles que apesar de não possuir tal natureza, possam ser objeto de transação sobre o direito controvertido (art. 1.º, n.ºs 1 e 2).
Ora, daqui emerge, desde logo, a questão de saber se o pedido de inquérito judicial a uma sociedade pode ser configurado como um *litígio* para efeitos do disposto no n.º 1 do art. 1.º da LAV. Parece-nos que sim, pois o litígio radica, precisamente, na alegada recusa de informação ou na prestação de informação insuficiente, sendo igualmente certo que, como tivemos oportunidade de afirmar anteriormente, apesar de o inquérito judicial se encontrar inserido nos processos de jurisdição voluntária — processos segundo os quais não subjaz, propriamente dito, um conflito — este direito de ação judicial do sócio tem, mesmo assim, natureza contenciosa, apesar da sua classificação na lei processual civil.
- Segunda, não é impedimento à constituição de tribunal arbitral a circunstância de este, se assim o entender e a pedido de uma das partes, decretar *medidas cautelares*, porquanto a LAV prevê, nos seus arts. 20.º a 26.º, essa mesma possibilidade, tal como se encontra, de resto, regulado para os tribunais judiciais (art. 1050.º do CPC).
- Terceira, não se julgue que constitui limitação ao recurso à arbitragem o facto de que, no âmbito dos processos de jurisdição voluntária, o juiz possa decidir segundo critérios de equidade, quando é certo que os árbitros julgam, por regra, segundo o direito constituído, a menos que as partes acordem julgar segundo a equidade (art. 39.º, n.º 1, da LAV). Mas mais, mesmo que esse acordo das partes quanto ao critério de julgamento for posterior à constituição do tribunal arbitral, sempre o poderiam celebrar até à aceitação do último árbitro (art. 39.º, n.º 2, da LAV).

3.3.5. Valor da causa e regime das custas processuais

I. Nas causas relativas a inquérito judicial considera-se como valor da causa o do interesse prosseguido ou, se não for possível determiná-lo, por se tratar de um *interesse imaterial*, o equivalente à alçada da Relação acrescido de € 0,01, ou seja, € 30.000,01 (arts. 303.º, n.º 1, do CPC e 44.º, n.º 1, da Lei da Organização do Sistema Judiciário).

II. Em relação ao regime das *custas processuais* propriamente dito, o processo de inquérito judicial tem, na realidade, um regime tributário particular. Senão vejamos.

«As custas do processo são pagas pelos requerentes», diz-nos o art. 1052.º, n.º 1, do CPC, «salvo se forem ordenadas as providências previstas no artigo 1050.º [sob a epígrafe “medidas cautelares”], pois nesse caso a direção ou gerência da sociedade responde por todas as custas; a responsabilidade dos requerentes pelas custas abrange as despesas com a publicação referida no artigo anterior, quando a ela haja lugar».

Por seu turno, o n.º 2 do art. 1052.º do CPC complementa o precedente n.º 1 prescrevendo o seguinte: «se, em consequência do inquérito, for proposta alguma ação, a responsabilidade dos requerentes pelas custas considera-se de caráter provisório: quem for condenado nas custas da ação paga também as do inquérito; o mesmo se observa quanto à responsabilidade da direção ou gerência, se o resultado da ação a ilibar de toda a culpa quanto às suspeitas dos requerentes».

3.4. O inquérito judicial previsto no art. 67.º do CSC

I. O legislador consagrou um processo próprio para o inquérito com o qual se visa obter a apresentação do *relatório de gestão, contas do exercício e demais documentos de prestação de contas* que os órgãos sociais não apresentaram atempadamente.

Neste contexto, o art. 67.º contempla *duas situações distintas* relativas a todos os documentos de prestação de contas, a saber:

- A primeira respeita à *falta de apresentação desses documentos* aos sócios pelos membros da gerência ou administração (n.ºs 1 a 3);
- A segunda situação tem que ver com a *falta de deliberação dos sócios* sobre esses documentos (n.ºs 4 e 5).

Com efeito, o n.º 1 do art. 67.º refere-se ao caso em que os gerentes, pura e simplesmente, não apresentam o relatório de gestão, as contas do exercício e os demais documentos de prestação de contas para deliberação dos sócios, nos dois meses seguintes ao termo do prazo fixado no disposto no n.º 5 do art. 65.º, podendo, neste caso, «qualquer sócio»⁽¹²⁹⁾ requerer ao tribunal que se proceda a inquérito judicial à sociedade para o cumprimento da mencionada finalidade.

Nos termos da referida disposição legal, podemos, assim, concluir, em síntese, que:

- *As contas* de cada período de exercício (por regra coincidente com o ano civil — art. 65.º-A) *devem ser apresentadas* (na generalidade dos casos; só assim não acontece nas sociedades mencionadas na parte final do n.º 5 do citado art. 65.º) *nos três meses seguintes ao termo de cada ano* (data do encerramento do exercício anual);
- Tais contas têm de ser *apresentadas pelos gerentes* que se encontrem então em funções;
- Só decorridos *dois meses sobre o termo do prazo para apresentação das contas* é que «qualquer sócio» pode lançar mão do *inquérito*.

No fundo, trata-se de lograr que a apresentação das contas seja efetivamente realizada, *não ao sócio requerente*, mas antes *ao*

⁽¹²⁹⁾ Aplicam-se nos mesmos termos as considerações que fizemos a propósito do sócio gerente ser titular do direito à informação (*vide supra* ponto 2.4).

membro do órgão da sociedade (art. 65.º, n.º 1)⁽¹³⁰⁾, se bem que já extemporaneamente; seja ainda pela própria gerência prevaricante, em prazo que o tribunal estabelece (art. 67.º, n.º 2, próémio), seja através de alguém, por exemplo, de um gerente judicial e especialmente nomeado apenas para esse efeito (art. 67.º, n.º 2, *in fine*).

A condição essencial de *viabilidade do inquérito* à sociedade é, portanto, a violação, nos termos definidos pelo art. 67.º, n.º 1, próémio, da elaboração e apresentação ao órgão societário competente do relatório e das contas (art. 65.º, n.os 1 e 5), sendo essa condição que ao sócio interessado competirá alegar e provar na ação de inquérito judicial.

II. O processo de inquérito regulado no art. 67.º é, além de especial, *distinto*⁽¹³¹⁾ do estabelecido na lei processual civil, e é para ele que remete, de resto, o n.º 3 do art. 1048.º do CPC.

⁽¹³⁰⁾ Assim foi decidido pelo Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 20.9.2011. proc. n.º 554/10.3TYLSB.L1-7, disponível *in* <www.dgsi.pt>.

⁽¹³¹⁾ Sobre o caráter especial da norma do art. 67.º face aos arts. 216.º e 1048.º do CPC, *vide* JOÃO LABAREDA, “Notícia sobre os processos destinados ao exercício de direitos sociais”, *cit.*, p. 67 e CARLOS LOPES DO REGO, *Comentários ao Código de Processo Civil*, *cit.*, p. 329. Na jurisprudência, cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 30.9.2009, proc. n.º 2939/08.1TBFAR.E.1; o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 20.9.2011, proc. n.º 554/10.3TYLSB.L1-7; e Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 23.1.2014, proc. n.º 114/12.4TBPTL.G1, todos disponíveis *in* <www.dgsi.pt>. Por sua vez, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO afirma que este inquérito não se confunde com o inquérito judicial previsto no art. 216.º do CSC e regulado nos arts. 1048.º e ss. do CPC (*in Direito das Sociedades*, Vol. I, *cit.*, p. 736). No mesmo sentido, *vide* JOÃO LABAREDA, “Notícia sobre os processos destinados ao exercício de direitos sociais”, *cit.*, pp. 64 e ss.; ANA MARIA RODRIGUES e RUI PEREIRA DIAS, *Código das Sociedades Comerciais em comentário* (coord. de JORGE M. COUTINHO DE ABREU), Vol. I (arts. 1.º a 84.º), reimpressão, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 801-802. Ao passo que na jurisprudência, vejam-se, entre muitos outros, os Acórdãos da Relação de Lisboa, de 6.5.2004, proc. n.º 2841/2004-6; de 21.9.2006, proc. n.º 6067/2006-6 e de 6.3.2014, proc. n.º 883/12.1TCFUN.L1-2; da Relação do Porto, de 29.5.2007, proc. n.º 0721806; da Relação de Évora, de 13.10.1994, *in* CJ XIX, 1994, T. IV, pp. 276-277 e de 30.9.2009, proc. n.º 2936/08.1TBFAR.E.1, disponíveis *in* <www.dgsi.pt>. Acresce ainda referir que o inquérito do art. 67.º é também diferente do processo especial de prestação de contas regulado nos arts. 1014.º e ss. do CPC, que não se aplica à prestação de contas nas sociedades comerciais (cf., a título de exemplo, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 7.1.2010, proc. n.º 642/06.0YXLSB-A.S1 e, mais recentemente, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 6.3.2014, proc. n.º 883/12.1TCFUN.L1-2, ambos disponíveis *in* <www.dgsi.pt>).

Na verdade, a própria dinâmica societária é passível de fazer revelar duas realidades distintas de alcance subjetivo, com o traço comum da vertente informativa, e a que adjetivamente correspondem mecanismos de processo diferenciados pela medida da sua dissensão, se bem que sob a veste comum: a de inquérito judicial à sociedade⁽¹³²⁾.

Dito isto, o inquérito previsto no art. 67.º, n.º 1 não se confunde com o inquérito previsto nos arts. 1048.º e ss. do CPC. O próprio art. 1048.º, n.º 3 do CPC prevê, como dissemos, que quando o inquérito tiver como fundamento a não apresentação pontual do relatório de gestão, contas do exercício e demais documentos de prestação de contas, seguir-se-ão os termos previstos no art. 67.º.

A distinção reside, em síntese, no seguinte: enquanto o inquérito previsto no art. 67.º é relativo ao inquérito judicial no caso de falta de apresentação do relatório de gestão, contas do exercício e demais documentos de contas; já o inquérito consignado no art. 216.º tem a ver com o incumprimento ou o cumprimento defeituoso do direito a obter e a ser inteirado de quaisquer outras informações⁽¹³³⁾.

Mas se assim é, não é menos verdade que, não raras vezes sucede, o requerente do inquérito judicial interpõe o mecanismo processual previsto no art. 1048.º e ss. do CPC, quando tem por fim apenas a realização de inquérito por falta do relatório de ges-

⁽¹³²⁾ Chama-se a atenção que a lei processual ainda intercala, em qualquer dos casos já analisados anteriormente, um mecanismo de decisão sumária em alternativa à realização de qualquer dos “inquéritos”: é o que se infere do art. 1048.º, n.º 1, *in fine*, do CPC. Este aspeto foi notado tanto por CARLOS LOPES DO REGO (*in Comentários ao Código de Processo Civil, cit.*, p. 330) como por DANIEL ANDRADE (“O direito à informação nas sociedades por quotas e nas sociedades anónimas. O inquérito judicial”, *cit.*, pp. 22-24). Na verdade, este último autor expressamente referindo a distinção entre os dois tipos de “inquéritos”, observa que o legislador não terá assumido em termos absolutos como revela o citado art. 1048.º, n.º 1. Acrescentando ainda que as disposições do CPC (inquérito concernente ao direito subjetivo do sócio à informação) devem ser aplicadas subsidiariamente ao regime processual do CSC (inquérito respeitante à falta de apresentação do relatório e contas).

⁽¹³³⁾ J. P. REMÉDIO MARQUES, *Código das Sociedades Comerciais em comentário, cit.*, p. 323. Citando este Autor pela simplificação da distinção, *vide* Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 23.1.2014, proc. n.º 114/12.4TBPTL.G1, disponível *in* <www.dgsi.pt>.

tão, das contas do exercício e demais documentos de prestação de contas, sem seguir *a tramitação regulada no art. 67.º*, para o qual o n.º 3 do art. 1048.º do CPC expressamente remete. Neste caso, ocorre *erro na forma do processo*, que o juiz deverá conhecer oficiosamente e ordenar seguir o processo que ao caso caiba em concreto, aproveitando-se, se exequível, os atos, assim como os articulados já eventualmente apresentados em juízo⁽¹³⁴⁾.

Em todo o caso, questão pertinente é a de saber se é admissível a *cumulação*, no mesmo processo, do inquérito previsto no art. 67.º e do inquérito previsto no art. 1048.º do CPC, que seguem *formas de processo distintas*.

Parece-nos que a resposta deve ser *afirmativa* quando a tutela que se pretende obter respeita não apenas à apresentação das contas, mas também à prestação de outras informações societárias, incluindo informações sobre os documentos de prestação de contas já produzidos (arts. 214.º, n.º 1 e 288.º, n.º 1, al. *a*)⁽¹³⁵⁾. A explicação reside, a nosso ver, no facto de o que *releva* é que haja um *efetivo interesse na apreciação conjunta das pretensões*, nomeadamente, por razões de *economia processual* ou por a respetiva apreciação conjunta se revelar indispensável para a *justa composição do litígio*, devendo o juiz proceder à *adequação formal da tramitação do processado*, ao abrigo do disposto nos arts. 37.º, n.ºs 2 e 3, 547.º e 555.º, n.º 1, do CPC.

III. Como dissemos, embora sejam processos distintos, a *tramitação processual* do inquérito previsto no art. 67.º segue as regras

⁽¹³⁴⁾ Assim, arts. 193.º e 265.º, n.º 2 do CPC. Neste sentido, *vide* J. P. REMÉDIO MARQUES, *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, cit., p. 321. Na jurisprudência, cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 26.9.1995, proc. n.º 087452, disponível apenas o sumário *in* <www.dgsi.pt>; e Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 23.1.2014, proc. n.º 114/12.4TBPTL.G1, disponível *in* <www.dgsi.pt>.

⁽¹³⁵⁾ Neste sentido, cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 9.5.2002, proc. n.º 02B808; Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 7.11.2006, proc. n.º 4080/2006-7; Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 19.12.2007, proc. n.º 0724895; e Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 23.1.2014, proc. n.º 114/12.4TBPTL.G1, todos disponíveis *in* <www.dgsi.pt>. Contra a admissibilidade da cumulação, *vide* Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 6.5.2004, proc. n.º 2841/2004-6, disponível *in* <www.dgsi.pt>.

do inquérito previsto nos arts. 1048.º e ss. do CPC. Mas aqui ocorrem algumas *especificidades* que há a ter naturalmente em conta.

Uma vez requerido inquérito judicial, se o juiz considerar procedentes as razões invocadas pelo gerente para a falta de apresentação das contas, ou seja, se considerar que não há culpa deste — culpa esta que se deve presumir, dado o vínculo contratual que liga o gerente à sociedade⁽¹³⁶⁾ — fixa-lhes um *prazo* adequado para que apresentem as contas; se, pelo contrário, considerar improcedentes essas razões, nomeará um gerente exclusivamente encarregado de, no prazo que lhe for fixado, elaborar os documentos de prestação de contas e submetê-los a deliberação dos sócios, podendo convocar, para o efeito, a assembleia geral dos sócios (art. 67.º, n.º 2).

Neste último caso, se os documentos de prestação de contas apresentados aos sócios pelo gerente nomeado pelo tribunal não forem aprovados pelos sócios, pode aquele, ainda no âmbito do processo de inquérito em que foi nomeado, submeter a divergência ao juiz para decisão final (art. 67.º, n.º 3).

Situação diferente da que tem vindo a ser analisada a propósito dos n.ºs 1 a 3 do art. 67.º, é a contemplada no seu n.º 4: não está já em causa a falta de apresentação aos sócios dos documentos de prestação de contas pelo gerente, mas o caso em que *essa apresentação ocorre sem que os sócios deliberem sobre tais documentos* no prazo referido no art. 67.º, n.º 1. Nesta hipótese, pode qualquer gerente (que não tenha culposamente contribuído para essa falta de deliberação) ou qualquer sócio requerer ao tribunal a convocação da assembleia geral para que haja deliberação.

Ora, se na assembleia convocada judicialmente os documentos de prestação de contas não forem aprovados ou rejeitados pelos sócios, a lei consagra um “remédio”: qualquer interessado (*maxime*, qualquer sócio e/ou gerente) pode requerer que esses documentos sejam examinados por um revisor oficial de contas independente, decidindo o juiz, a final, quanto à aprovação ou recusa de aprovação desses documentos (art. 67.º, n.º 5).

⁽¹³⁶⁾ Vejam-se, neste sentido, os Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa, de 5.2.2009, proc. n.º 10508/08-2 e de 16.7.2009, proc. n.º 977/06.2TYLSB.L1-2, ambos disponíveis in <www.dgsi.pt>.

IV. A terminar, e não obstante de as sociedades comerciais constituírem centros autónomos de relações jurídicas, autónomos mesmo em relação aos seus membros ou às pessoas que atuam como seus órgãos, a verdade é que existe a possibilidade de *responsabilização individual* dos órgãos dessas mesmas pessoas coletivas (art. 72.º).

Com efeito, o dever de elaborar e submeter à apreciação o relatório da gestão, as contas do exercício e os demais documentos de prestação de contas previstos na lei relativamente a cada ano, é, como temos vindo a antecipar, um dever que *recai pessoalmente* sobre os *membros do órgão de gestão*, atento o disposto nos arts. 65.º e 67.º, n.º 2.

Como resultado do exposto, os órgãos de gestão que estão legalmente obrigados a apresentar as contas da gerência não tenham cumprido tal dever, são, a par da sociedade, *partes legítimas do lado passivo* da ação especial de inquérito⁽¹³⁷⁾. Naturalmente que, caso seja um gerente, simultaneamente sócio da sociedade, a recorrer ao art. 67.º, o inquérito deverá ser requerido contra a sociedade e os restantes gerentes⁽¹³⁸⁾.

⁽¹³⁷⁾ O art. 1048.º, n.º 2, do CPC cuja *ratio* parece-nos ser aqui aplicável. Cf., assim, Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa, de 23.3.2004, proc. n.º 74181/2002-7; de 25.5.2004, proc. 3859/2004-7; de 17.4.2012, proc. n.º 506/10.3TYLSB.L1.1, todos disponíveis in <www.dgsi.pt>. No Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 16.11.2004, proc. n.º 04A3002, e no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 23.3.2004, proc. n.º 7418/2002-7, ambos disponíveis in <www.dgsi.pt>. Este último sustentou que a legitimidade passiva é apenas dos gerentes. No sentido de que o inquérito deve ser requerido apenas contra a sociedade, cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Código das Sociedades Comerciais anotado, cit.*, p. 254.

⁽¹³⁸⁾ Segundo foi decidido pelo Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 25.5.2004, proc. n.º 3859/2004-7, disponível in <www.dgsi.pt>, já não será assim numa situação em que na sociedade existem três sócios gerentes, e dois deles dirijam contra o outro sócio gerente o pedido de inquérito judicial. O arresto conclui que esta solução é aquela que melhor reflete o sentido e a razão dos preceitos normativos aplicáveis, assim como aquela que melhor integra a realidade que a este processo subjaz, pois o exercício do direito de requerer a apresentação do relatório de gestão, das contas de exercício e dos demais documentos de prestação de contas só se compreende quando exercido por sócios que não tenham essa mesma incumbência a seu cargo, em termos individuais ou coletivos.

4. Reflexões conclusivas

Não obstante as conclusões que fomos chegando ao longo do presente estudo, já devidamente fundamentadas e desenvolvidas, julgamos que a melhor forma de terminarmos é expor sinteticamente as nossas principais reflexões sobre o tema. Assim:

- 1.^a É fundamental compreender o âmbito, a extensão e a delimitação do direito à informação nas sociedades por quotas, em torno da qual orbitam interesses conflituantes: de um lado, o dos sócios, atuais ou potenciais, que exigem ver garantido, em qualquer momento, o seu direito à informação sobre a vida e os atos de gestão da sociedade; do outro, os interesses da própria sociedade, traduzidos na preocupação do seu governo sem ingerências inoportunas, não abdicando da confidencialidade dos seus conhecimentos.
- 2.^a Com vista a obter um certo equilíbrio entre os interesses conflituantes em causa, estipula o Código das Sociedades Comerciais que, tanto a consulta da escritura, livros ou documentos, como a inspeção dos bens da sociedade, deve ser realizada pessoalmente pelo próprio sócio, sem prejuízo de este se fazer acompanhar de um revisor oficial de contas ou de outro perito para o auxiliar e obter a informação pretendida. Releva, neste âmbito, a natureza *intuitu personae* do direito à informação conferida ao sócio, como forma de assegurar a não ingerência de terceiros na vida da sociedade.
- 3.^a A importância que o direito à informação assume para o seu titular não deve ser menosprezada face a outros direitos sociais, considerados mais relevantes, como o direito aos lucros ou o direito de voto; o direito do sócio à informação possui natureza instrumental em relação a outros tantos direitos: sem ele torna-se difícil assegurar ao titular que a sociedade está a funcionar convenientemente prosseguindo os interesses societários e a estratégia formulada pela gerência da sociedade.

- 4.^a Apesar de a posição claramente dominante, quer na doutrina, quer na jurisprudência ir no sentido de conceder legitimidade ao sócio gerente no exercício do direito à informação, conviria, mesmo assim, solução legislativa para resolver definitivamente esta querela que perdura há muito, sob pena de avolumar-se, ainda mais, o número de decisões judiciais que tanto podem conceder, como negar tal legitimidade ao sócio que é simultaneamente gerente.
- 5.^a Perante a relevância que este direito assume, deve também existir a preocupação por parte dos juristas de passarem a regulamentar este direito nos estatutos das sociedades por quotas, atentas as inúmeras omissões na lei, muitas das quais são “resolvidas” pela doutrina e jurisprudência, sendo certo que com essa regulamentação evitar-se-ia muitos dos conflitos que os tribunais são chamados a dirimir.
- 6.^a Destacaríamos a inserção das seguintes cláusulas estatutárias, a saber: (i) a previsão de prazo razoável para as respostas dos gerentes às interpelações formuladas pelos titulares do direito à informação; (ii) o titular do direito à informação tem a possibilidade de fazer-se acompanhar por um revisor oficial de contas ou outro perito, mas a sociedade tem o direito de verificar a identidade deste; (iii) a informação deve ser prestada pela gerência da sociedade, por escrito se assim for solicitado, por documento assinado pelo requerente e cuja assinatura possa ser identificável pelo destinatário; (iv) o sócio que seja simultaneamente gerente é titular do direito à informação, encontrando-se, no entanto, excluído, entre outros, o cônjuge do sócio; (v) não são devidas informações inúteis ou abusivas aos sócios, sendo que a sua valoração compete ao órgão de gerência que deve aferir segundo as regras da experiência comum; (vi) se algum dos atuais ou futuros sócios for uma sociedade comercial, o direito à informação deve

ser pessoalmente exercido pelo seu representante legal, e não por qualquer terceiro.

Fica, pois, lançado o desafio aos juristas que lidam com estas matérias relativas às sociedades comerciais para regularem este direito social nos pactos sociais.

- 7.^a O exercício do direito à informação não é um direito absoluto, conhece, pois, limites, *maxime* quando for de reear que o sócio (ou outro titular legítimo do mencionado direito) utilize a informação para fins estranhos à sociedade e com prejuízo desta ou, então, quando esta prestação ocasionar violação de segredo imposto por lei no interesse de terceiro.
- 8.^a O meio de tutela mais importante do direito à informação é o inquérito judicial, processo no qual o sócio (ou outro titular do direito) pode vir a obter informações que indevidamente lhe foram recusadas, ou insuficiente ou erradamente prestadas ou, ainda, quando as circunstâncias do caso façam prever que a informação não será prestada.
- 9.^a A tramitação da ação especial de inquérito judicial, inserida no âmbito dos processos de jurisdição voluntária, é simplificada, sendo reduzido o número de atos e formalidades, e só admitindo dois articulados: o requerimento inicial e a oposição. Mas tais articulados devem primar pela clareza e síntese e, por isso, os mesmos não devem ser demasiado prolixos nem demasiado complexos, sob pena de subverter a própria génese dos processos de jurisdição voluntária.
Atrevemo-nos a lançar outro desafio aos advogados: simplifiquem as peças processuais apresentadas em juízo, alegando o essencial, deixando de lado aquilo que é acessório; só se pode “exigir” dos juízes que eles decidam estes processos dentro do prazo fixado na lei (15 dias), se os mandatários das partes adotarem uma “estratégia” adequada com o processo especial em causa.

- 10.^a** O recurso à arbitragem pode servir como forma de resolução de litígios quando o sócio pretende lançar mão da ação de inquérito judicial, que oferece vantagens tanto maiores quando diariamente se torna mais visível a incapacidade dos tribunais estaduais para lidarem com o volume avassalador de processos que a eles chega, aliada à falta de sensibilidade de *alguns* magistrados para lidarem com os direitos de ação judicial do sócio.

Lisboa, julho de 2015

DESVIO DE TRABALHADORES E CONCORRÊNCIA DESLEAL(*)

Pelo Dr. Lourenço Leiria de Mendonça Noronha dos Santos

SUMÁRIO:

CAPÍTULO I. Preliminares. **1.** Introdução. **2.** Divulgação do tema noutros ordenamentos. **3.** Delimitação. **4.** Desvio de trabalhadores como acto de concorrência. **CAPÍTULO II.** Desvio de trabalhadores como acto de concorrência desleal. **Secção I.** Considerações gerais. **5.** Construção de Oliveira Ascensão; inserção do desvio nos actos de agressão e de desorganização. **6.** Desvio com ruptura regular; desvio com ruptura irregular. **7.** Desvio sem incitamento à ruptura. **8.** Outras construções na doutrina portuguesa. **9.** Em sistemas jurídicos estrangeiros. **10.** O caso particular do ordenamento italiano. **Secção II.** Desvio em fase embrionária e em fase liquidatária. **11.** Desvio na fase de organização da sociedade. **12.** Desvio em caso de liquidação da sociedade atingida. **Secção III.** As três teorias sobre o desvio. **13.** A teoria objectiva. **14.** A teoria subjectiva. **15.** A teoria intermédia. **16.** Em particular: o número de trabalhadores desviados. **Secção IV.** Objecto do *animus nocendi*. **17.** Acepção tradicional de *animus nocendi*; outras propostas. **Secção V.** Remédios para o desvio. **18.** O meio inibitório. **19.** Em especial: a construção de Alberto Russo. **CAPÍTULO III.** Considerações conclusivas. **20.** Síntese dos pontos abordados. **21.** Conclusão. **Índice bibliográfico. Índice de jurisprudência.**

(*) Relatório de Mestrado em Direito Intelectual, apresentado no seminário de Direito da Propriedade Industrial, sob a regência dos Professores Doutores Luís Menezes Leitão e Dário Moura Vicente.

CAPÍTULO I

PRELIMINARES

1. Introdução

I. É comum, no domínio do mercado de trabalho, um trabalhador desvincular-se de uma empresa para ingressar numa outra. As mais das vezes, este movimento dar-se-á no seio de um mesmo sector de actividade: o trabalhador em causa terá competências nessa área de actuação, de que se quererá continuar a valer. Assim, a nova empresa para cuja actividade contribuirá será, não raro, concorrente do seu antigo empregador.

II. Em abstracto, nada de ilícito há nisto: a liberdade de iniciativa económica, quer da parte do empregador, quer da parte do trabalhador, é constitucionalmente garantida, tal como o é, em relação a este último, o direito ao trabalho. Ninguém pode, em princípio, negar ao trabalhador a liberdade de melhorar a sua posição profissional⁽¹⁾. Ademais, a liberdade de concorrência que assiste aos agentes económicos também se manifesta na procura dos melhores para o desenvolvimento da sua actividade.

Há, porém, casos em que a circunstância de um trabalhador deixar a empresa a que está vinculado para se juntar a um concorrente desta pode ter subjacente um acto de concorrência desleal. É necessário saber de que modo isso pode suceder.

III. Uma tal indagação passará, necessariamente, por vários passos. O primeiro será o de saber se se pode falar, a este propósito, e desde logo, num acto de concorrência: em que medida é que

⁽¹⁾ É um ponto de partida comum à generalidade dos textos sobre este tema. Assim, v. MARCO BELLIA, “Concorrenza sleale da storno di dipendenti e sua interpretazione nella giurisprudenza piú recente”, em *Rivista di Diritto Industriale*, Anno LXII (2013), I, n. 4-5, pp. 260-299 (260). Nas palavras de DOMENICO CAPRA, “não existe norma que diga que só se pode contratar quem não tem já emprego, nem existe para o dependente uma obrigação de permanência no posto de trabalho” (v. “Concorrenza dell” ex “e storno di dipendenti”, em *Rivista di Diritto Industriale*, Anno XLVII (1998), n. 1, parte II, pp. 65-96 (88).

a celebração de um contrato de trabalho (ainda que acompanhado de outras circunstâncias) configura um acto de concorrência para os efeitos do art. 317.º do Código da Propriedade Industrial?

De seguida, e posto que se justifique uma resposta afirmativa a esta primeira questão, querer-se-á saber em que casos o desvio de trabalhadores consubstancia um acto contrário às normas e usos honestos do sector em causa. Para tanto, compulsar-se-á o que a doutrina nacional e estrangeira tem escrito sobre a questão, numa análise das várias construções que a este propósito foram surgindo.

Num momento ulterior, e já depois de estabelecidas as bases desta matéria, perguntar-se-á ainda se um acto deste jaez pode ocorrer, por um lado, numa fase ainda embrionária do sujeito actuante, e, por outro — e inversamente —, se se pode verificar num período terminal da parte atingida.

Depois de já termos sublinhado os pressupostos da questão, procuraremos aprofundar o tema, tomando conta das três teorias que a este propósito surgem no direito italiano, aquele onde o problema é mais desenvolvido. Nesse contexto, e em particular, caberá analisar também as várias propostas que surgem quanto à descrição do que seja, no desvio de trabalhadores, o *animus nocendi*.

Por último, descrever-se-á os principais remédios a que se pode recorrer em situações desta natureza, numa perspectiva de consequências.

2. Divulgação do tema noutros ordenamentos

I. O tema vem classicamente referido como “desvio de trabalhadores”, ou, numa expressão com um sentido mais restrito, “corrupção de dependentes”. No ordenamento italiano, a locução consagrada é “*storno di dipendenti*”, enquanto no Direito francês se fala em “*débauchage*”(2) e no Direito espanhol se refere o

(2) Cf., v. g., PAUL DIDIER, *Droit Commercial*, I, Paris, 1970, p. 618 e FRANÇOISE DEKEUWER-DÉFOSSEZ, *Droit Commercial*, Paris, 1990, p. 424.

“*suborno de operarios*”. No direito norte-americano, surgem referências ao “*employee raiding*”⁽³⁾.

II. No direito anglo-saxónico, curiosamente, o problema é também referido, pese embora a renitência em admitir, nesse ordenamento, o tema da concorrência desleal. Segundo a doutrina, a origem da *tort* por “*enticement*” remonta à peste negra de 1348-49. No curso desse flagelo, pereceu metade da população de Inglaterra. Tamaña perda teve evidentemente reflexos na oferta de mão-de-obra. Como forma de fazer frente à penúria de trabalhadores, editaram-se leis (*statutes of labourers*) que obrigavam todos os elementos de um determinado estrato social a aceitar trabalhar para quem lhes oferecesse o salário previsto na lei. Ora, esse regime teve o efeito de promover um “mercado negro” de trabalho, em que todos procuravam obter a mão-de-obra do vizinho através da oferta de vantagens. Perante isso, os tribunais consideraram todas as tentativas de desvio de trabalhadores como contrárias ao espírito da lei, concedendo aos comerciantes atingidos por tais práticas uma acção de *tort*⁽⁴⁾.

Actualmente, e no que em particular respeita ao direito norte-americano, o regime federal relativo à concorrência desleal aborda principalmente o tema dos sinais distintivos, do direito de autor e da publicidade enganosa; quanto ao caso específico do desvio de trabalhadores (*employee raiding*), a disciplina aplicável é estadual⁽⁵⁾. Assim, e a título de exemplo, no Massachusetts e na Califórnia, conhecidos pela pujança das suas indústrias tecnológicas⁽⁶⁾,

⁽³⁾ Outras expressões utilizadas são “*employee poaching*”, “*talent raiding*” ou “*cherry-picking*” (v. MARCO BELLIA, “Concorrenza sleale da storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 284).

⁽⁴⁾ Cf. ROBERT E. KIRPATRICK, *Initiation au Droit Anglais*, Bruxelas, 1959, p. 271. V., igualmente, M. NOGUEIRA SERENS, “A jurisprudência norte-americana (mais antiga) sobre o incitamento à ruptura contratual: aspectos jus-concorrenciais”, em *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Vol. I, Coimbra, 2012, pp. 641-661 (642).

⁽⁵⁾ Cf. MARCO BELLIA, “Concorrenza sleale da storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 284.

⁽⁶⁾ Note-se que o mercado das novas tecnologias, e em especial do *software*, é particularmente visado no que toca a práticas de desvio de trabalhadores, dadas as características (de formação) do pessoal normalmente envolvido nesse tipo de actividades. Assim,

não existe uma “*employee raiding tort*”: em princípio, e tal como na maioria dos outros estados, contratar os trabalhadores de um concorrente é visto como prática lícita, posto que não seja levada a cabo mediante a utilização de meios proibidos ou ofensivos⁽⁷⁾. Não havendo uma previsão específica, reconduz-se por vezes o desvio de trabalhadores à figura das “*interference claims*”. De acordo com a decisão *Draghetti v. Chmielewski*, numa tal acção o autor deve provar: (i) que tinha um contrato com um ou mais dos trabalhadores em causa; (ii) que o réu os incitou conscientemente a romper o contrato que os ligava ao autor; (iii) que a interferência do réu, para além de intencional, foi feita com finalidade ou com meios impróprios; e (iv) que foi prejudicado pela conduta do réu⁽⁸⁾.

Nos casos em que (ainda) não há contrato a respeito do qual se possa falar em incumprimento, a jurisprudência tem todavia considerado possível que se baseie a acção na chamada “*interference with a business expectancy*”⁽⁹⁾. Em muitos outros estados, estão em vigor diplomas que proíbem condutas qualificáveis como desleais, fraudulentas, enganosas ou ilegítimas (*Unfair Business Practice Statutes*). Em certos casos, ainda que raros, tentou-se reconduzir a hipótese de desvio de trabalhadores a essas leis⁽¹⁰⁾.

III. No direito italiano⁽¹¹⁾, o art. 2598.º do Código Civil prevê, no seu número 3, uma cláusula geral sobre a qual a doutrina

v. ENRICO ADRIANO RAFFAELLI, “La contraffazione del software: profili di diritto d’autore e di concorrenza sleale”, em *Rivista di Diritto Industriale*, Ano XLIV (1995), parte I, pp. 45-68 (60).

(7) Cf. MARCO BELLIA, “Concorrenza sleale da storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 284.

(8) Cf. MARCO BELLIA, “Concorrenza sleale da storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 286 e nota 63. O caso *Draghetti v. Chmielewski* foi decidido no Massachusetts, em 1994. Segundo BELLIA, acções deste tipo podem também ser propostas contra eventuais intermediários que tenham agido como “*head hunters*” (p. 287).

(9) Cf. MARCO BELLIA, “Concorrenza sleale da storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 287.

(10) Cf. MARCO BELLIA, “Concorrenza sleale da storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 288.

Refira-se, por último, que a contratação de trabalhadores alheios pode consubstanciar uma violação do § 1 da Lei da Concorrência (*Sherman Anti-Trust Act*), quando for acompanhada da intenção de destruir o concorrente, e quando exista um prejuízo para o “comércio interestadual” (v. MARCO BELLIA, “Concorrenza sleale da storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 287 e nota 67).

(11) Onde, não obstante, o tema nem sempre foi reconhecido. Assim, entendia-se por concorrência desleal somente aquela que fosse levada a cabo mediante a *usurpação de*

e a jurisprudência constroem a figura dos actos tendentes a *desagregar ou desorganizar a empresa concorrente*, entre os quais incluem o desvio de trabalhadores⁽¹²⁾.

No direito suíço, é também na cláusula geral constante do art. 2.º da Lei da Concorrência Desleal que doutrina e jurisprudência identificam o desvio de trabalhadores⁽¹³⁾. Uma referência similar surgia na doutrina alemã⁽¹⁴⁾.

3. Delimitação

I. O problema de que nos ocupamos é pouco trabalhado entre nós. Não obstante, contam-se na doutrina e jurisprudência algumas referências, que não deixaremos de analisar.

De todo o modo, deve-se começar por notar que o Código da Propriedade Industrial prevê, no seu art. 317.º, que todo o acto de concorrência contrário às normas e usos honestos de qualquer ramo de actividade económica constitui concorrência desleal. Após este prómio, segue-se um elenco exemplificativo de casos de deslealdade na competição. Entre eles não consta, pelo menos de forma expressa, o desvio de trabalhadores. Porém, a doutrina não deixa de se lhe referir, quer a título de hipótese “atípica”, quer integrando-o na alínea *b*)⁽¹⁵⁾, normalmente associada aos chamados

sinais alheios — a ligação da concorrência desleal ao (estrito) domínio dos sinais distintivos não abria espaço para outras formas de deslealdade concorrencial (v. TORQUATO CARLO GIANNINI, “Concorrenza sleale ed illecita”, em *Dizionario Pratico del Diritto Privato*, Vol. II, Milão, 1950, pp. 269 e 270).

⁽¹²⁾ Cf. PIETRO TRIMARCHI, *Instituzioni di Diritto Privato*, 7.ª ed., Milão, 1986, p. 750; v., ainda, TULLIO ASCARELLI, *Saggi di Diritto Commerciale*, Milão, 1955, p. 99.

⁽¹³⁾ Cf. KAMEN TROLLER, *Précis du Droit Suisse des Biens Immatériels*, 2.ª ed., Genebra, 2006, pp. 346-347 e 362-364.

⁽¹⁴⁾ Cf. KARL HEINSHEIMER, *Derecho Mercantil* (trad. para castelhano da 3.ª ed.), Madrid, 1933, p. 57. O desvio de trabalhadores pertenceria ao grupo das “operações e esquemas que tendem a captar a clientela em proveito de quem as realiza, mas num sentido geral”.

⁽¹⁵⁾ Era o caso de OLIVEIRA ASCENSÃO, perante o art. 260.º do Código da Propriedade Industrial de 1995 (v. *Concorrência Desleal*, Coimbra, 2002, pp. 481 e 507). A alínea *b*) do art. 317.º do actual Código corresponde, com poucas alterações, à alínea *b*) daquele primeiro preceito. Não obstante, outros Autores situavam os actos de desorganização, e nomea-

“actos de agressão” e, em especial, aos “actos de desorganização”(16). Trata-se de actos que se dirigem contra concorrentes determinados.

II. Apesar de ser costume falar-se em desvio de *trabalhadores*, ou de *dependentes*, soe também frisar-se que não é essencial a existência de um vínculo de subordinação jurídica entre o elemento desviado e a empresa atingida.

Há, porém, uma precisão a fazer: trataremos do problema do desvio levado a cabo por um concorrente face a um outro, e não daquilo a que na doutrina se convencionou chamar “desvio de si mesmo”(17), por referência aos casos em que um trabalhador decide abandonar a empresa em que desenvolve a sua actividade, a fim de criar uma sociedade própria, dirigindo, no entretanto, propostas aos seus ex-colegas para que saiam consigo(18/19). Também nos referiremos em particular a uma outra conduta, de certo modo associada ao desvio de trabalhadores, mas ainda assim diversa: a

damente o desvio de trabalhadores, na alínea *i*) do art. 260.º (assim, v. MIGUEL J. A. PUPO CORREIA, *Direito Comercial*, 7.ª ed., Coimbra, 2001, p. 367).

(16) Cf. CARLOS OLAVO, *Propriedade Industrial*, Vol. I, 2.ª ed., Coimbra, 2005, p. 281; PEDRO SOUSA E SILVA, *Direito Industrial*, Coimbra, 2011, p. 336; LUÍS M. COUTO GONÇALVES, *Manual de Direito Industrial*, 4.ª ed., Coimbra, 2013, p. 382.

(17) A referência é comum na doutrina italiana, embora seja conhecida noutras paragens. Assim, na doutrina belga, v. LOUIS FREDERICQ, *La Concurrence Déloyale*, Gand, 1935, pp. 82-83. No direito norte-americano, usa-se prevalentemente a expressão “*soliciting of employees*” para descrever estes casos (v. MARCO BELLIA, “Concorrenza sleale da storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 284); nessas hipóteses, também se pode opor ao ex-trabalhador a *interference claim* (p. 287).

(18) Cf. DOMENICO CAPRA, “Concorrenza dell’ ex “e storno di dipendenti”, *cit.*, p. 67.

(19) Trata-se de casos como aqueles que surgem nos acórdãos da Relação de Évora de 25 de Junho de 1991 (LOUREIRO PIPA) (v. *Colectânea de Jurisprudência*, Ano XVI (1991), parte III, pp. 321-323) — um trabalhador constitui uma sociedade, de que era sócio gerente, e que visava actividade comercial idêntica à da sua entidade patronal; é despedido, com justa causa (o acórdão é também referido por CARLOS OLAVO, *Propriedade Industrial*, *cit.*, p. 281); do Supremo Tribunal de Justiça, de 16 de Outubro de 1996 (LOUREIRO PIPA) (v. *Colectânea de Jurisprudência STJ*, Ano IV (1996), parte III, pp. 243-244) — um mecânico de oficina de reparação de veículos automóveis procedia, em sua casa, a reparações de veículos: é despedido, com justa causa. Veja-se, ainda, o acórdão Relação de Lisboa de 9 de Março de 1994 (ÁLVARO VASCO), em *Colectânea de Jurisprudência*, Ano XIX (1994), parte II, pp. 153-155 (no caso, o trabalhador era sócio gerente de uma sociedade concorrente).

corrupção de dependentes. Nesses casos, o que há é a oferta de vantagens a um trabalhador da empresa concorrente a fim de que este viole deveres contratuais, como o de sigilo, em benefício do corruptor⁽²⁰⁾.

4. Desvio de trabalhadores como acto de concorrência

I. Um dos primeiros pontos que cabe analisar é o de saber em que medida é que o desvio de trabalhadores configura um acto de concorrência. De facto, para se poder falar em concorrência desleal, é necessário antes identificar um acto de concorrência. Será que a celebração de um contrato de trabalho pode ser considerado como tal? Será necessário adicionar outros elementos?

II. Em geral, a doutrina parece unânime em considerar que estamos em presença de um acto de concorrência. Assim, para OLIVEIRA ASCENSÃO, a concorrência (desleal) pode manifestar-se através de *negócios jurídicos*. O Autor dá o exemplo de um “contrato deslealmente celebrado com fornecedores do concorrente”⁽²¹⁾, mas não custa estender lógica idêntica à contratação de um trabalhador do competidor. Fá-lo, de resto, o próprio Autor, ao referir que, em certos casos, “actos de estruturação interna da empresa” podem ser actos de concorrência desleal: tratar-se-á, então, de hipóteses em que os actos em causa são dirigidos especificamente contra concorrentes. O exemplo referido é o da “empresa que recorre a trabalhadores da empresa concorrente, que incitou a desrespeitar ilicitamente o contrato”⁽²²⁾. No fundo, segundo a lição do Autor, trata-se de condutas que integram o con-

⁽²⁰⁾ Cf. AGUSTÍN RAMELLA, *Tratado de la Propiedad Industrial*, tomo II, Madrid, 1913, p. 398; KAMEN TROLLER, *Précis du Droit Suisse...*, cit., pp. 363-364; entre nós, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Concorrência Desleal*, cit., p. 507 e segs.

⁽²¹⁾ Cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Concorrência Desleal*, cit., p. 120.

⁽²²⁾ Cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Concorrência Desleal*, cit., p. 124.

ceito de acto de concorrência: “comportamento no mercado de um operador económico, susceptível de se repercutir negativamente sobre outros operadores económicos que disputam a mesma clientela”⁽²³⁾.

III. Outros Autores pronunciam-se no mesmo sentido. PEDRO SOUSA E SILVA, desde logo, define o acto de concorrência como aquele que é “susceptível de conferir posições vantajosas no mercado, face à clientela”; ora, acrescenta, o acto pode não visar *directamente* a clientela, dando como exemplo a contratação dos trabalhadores do concorrente, como forma indirecta de visar a clientela⁽²⁴⁾. Trata-se da linha de orientação aberta por JORGE PATRÍCIO PAÚL, para quem “a concorrência pode procurar não a conquista directa da clientela, mas ter como objectivo primordial a disputa de fornecedores, distribuidores, vendedores, ou dos próprios trabalhadores”⁽²⁵⁾.

O desvio de trabalhadores pode ser, assim, um acto de concorrência. Resta saber em que casos se configurará como hipótese de concorrência desleal.

⁽²³⁾ Cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Concorrência Desleal, cit.*, p. 126. O Autor reitera, a p. 127, que se pode praticar actos desleais contra os concorrentes através dos seus trabalhadores.

⁽²⁴⁾ Cf. PEDRO SOUSA E SILVA, *Direito Industrial, cit.*, pp. 324-325.

⁽²⁵⁾ Cf. JORGE PATRÍCIO PAÚL, “Concorrência Desleal e Segredos de Negócio”, em *Direito Industrial*, Vol. II, Coimbra, 2002, p. 141: trata-se de actos de concorrência por isso que visam “o melhor apetrechamento da empresa para a conquista de posições vantajosas no mercado”.

CAPÍTULO II

DESVIO DE TRABALHADORES COMO ACTO DE CONCORRÊNCIA DESLEAL

Secção I

CONSIDERAÇÕES GERAIS

5. Construção de OLIVEIRA ASCENSÃO; inserção do desvio nos actos de agressão e de desorganização

Entre nós, a construção mais completa a esse propósito é a de OLIVEIRA ASCENSÃO. Escrevendo à luz do art. 260.º do CPI de 1995, dizia o Autor que todos os actos de agressão — entre os quais incluía os actos de desorganização, em que por sua vez integrava o desvio de trabalhadores — tinham como paradigma a alínea *b*), preceito em muito similar à mesma alínea do art. 317.º do CPI actual. Dada a referência a uma finalidade de desacreditar, haveria nesses casos um *elemento subjectivo de ilicitude*. No caso dos actos de desorganização, esse elemento estaria no “fim de desorganizar a empresa alheia”⁽²⁶⁾. Só nesses casos poderia haver ilícito civil (e, naquela altura, penal também). Quando não fosse feita prova da intenção específica, caberia apenas uma acção inibitória, pois que esta depende da (mera) desconformidade objectiva da conduta⁽²⁷⁾.

6. Desvio com ruptura regular; desvio com ruptura irregular

I. A partir daqui, OLIVEIRA ASCENSÃO estabelece algumas distinções. Se o trabalhador em causa tiver posto termo ao contrato com o seu empregador de uma forma regular, não haverá qualquer ilícito na circunstância de o concorrente deste contratar

⁽²⁶⁾ Cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Concorrência Desleal*, cit., p. 502.

⁽²⁷⁾ Cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Concorrência Desleal*, cit., p. 502.

aquele⁽²⁸⁾. Também não haveria contrariedade às normas e usos honestos caso o concorrente incitasse o trabalhador alheio a uma ruptura regular do contrato com o seu competidor. OLIVEIRA ASCENSÃO cita REIMER, para quem seria sempre condenável a contratação de trabalhadores após incitamento a uma ruptura regular dos respectivos contratos; para o primeiro dos Autores, porém, “o incitamento à não renovação de um contrato no termo deste, por exemplo, é regular”, só o não sendo quando “circunstâncias qualificativas depuserem no sentido da sua condenação”⁽²⁹⁾ — elementos contrários às normas e usos honestos do sector em questão.

II. Diferentemente, qualquer acto pelo qual o comerciante promovesse a ruptura irregular do contrato de trabalho consubstanciaria concorrência desleal: “a irregularidade do meio indicia a reprovação por parte da ordem jurídica”⁽³⁰⁾. Já se, tendo-se o trabalhador desvinculado de forma irregular, o concorrente o não tivesse a tal incitado, não haveria acto desleal: ao contrário do que sucederia na lei espanhola, em que se considera concorrência desleal o aproveitamento de um incumprimento, mesmo que não provocado, no nosso ordenamento não poderia ser assim, sob pena de se ostracizar o trabalhador: este não mais poderia trabalhar no ramo em causa, ou, no máximo, teria de retomar o antigo posto de trabalho. Não tendo havido incitamento à ruptura irregular, haveria liberdade de contratar⁽³¹⁾.

III. Portanto: (i) não tendo havido instigação da ruptura, não haveria, mesmo que esta fosse irregular, deslealdade na contratação do trabalhador em causa; (ii) diferentemente, se houvesse incitamento e se a desvinculação não fosse regular, haveria concorrência desleal.

Nestes últimos casos, a concorrência seria desleal independentemente de o fim do agente ter sido o de subseqüentemente

⁽²⁸⁾ Cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Concorrência Desleal, cit.*, p. 508.

⁽²⁹⁾ Cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Concorrência Desleal, cit.*, p. 508.

⁽³⁰⁾ Cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Concorrência Desleal, cit.*, p. 508.

⁽³¹⁾ Cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Concorrência Desleal, cit.*, p. 509.

contratar o dependente em questão, ou de ter sido simplesmente o de fazer cessar a relação entre este e o concorrente.

7. Desvio sem incitamento à ruptura

I. Nos casos em que não tivesse havido incentivo à violação do contrato, poderia ainda assim haver deslealdade se se verificasse a presença de certos qualificativos particulares. Segundo OLIVEIRA ASCENSÃO, tal dar-se-ia em quatro hipóteses:

- i.* se a intenção fosse a de “entravar ou eliminar a empresa do concorrente”;
- ii.* se o pessoal contratado o fosse a fim de se conhecer segredos comerciais alheios;
- iii.* se a contratação dos trabalhadores em causa servisse o propósito de “dar a falsa aparência de continuar da empresa alheia”;
- iv.* se tivesse havido contratação sistemática de trabalhadores do concorrente⁽³²⁾.

II. Dentro deste esquema, haveria várias combinações possíveis. Assim, no caso de o desvio ter a finalidade de impedir ou de desorganizar a actividade concorrente, não seria necessário verificar-se a reiteração no visar daqueles trabalhadores: aquela intenção bastaria como elemento subjectivo da ilicitude⁽³³⁾. Por outro lado, nos casos de contratação para conhecimento de segredos ou para falsamente passar por continuador da actividade concorrente, bastaria que esse fosse o fim exclusivo da conduta para que se desse concorrência desleal⁽³⁴⁾.

III. Quanto à contratação sistemática de trabalhadores do concorrente, o problema residiria em assim se desorganizar o com-

⁽³²⁾ Cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Concorrência Desleal*, cit., p. 510.

⁽³³⁾ Cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Concorrência Desleal*, cit., p. 510.

⁽³⁴⁾ Cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Concorrência Desleal*, cit., p. 511.

petidor. Não obstante, tal só significaria concorrência desleal se não contasse com uma justificação: decorrendo a reiteração de o concorrente ser a única (outra) empresa a actuar no sector, ou de os trabalhadores em causa serem efectivamente os melhores, a conduta estaria justificada (como “incidente normal da concorrência”)⁽³⁵⁾. Já se não houvesse justificação comercial — independentemente de haver ou não uma motivação de prejudicar —, teríamos *objectivamente* concorrência desleal.

Note-se, porém, que o Autor prescinde de uma “específica intenção de prejudicar”: bastaria a incidência sistemática no pessoal do concorrente e a falta de uma justificação plausível para haver, em termos objectivos, um acto desleal. Ora, deve-se acrescentar uma observação: dada a subordinação de todos os actos de desorganização aos pressupostos do art. 317.º, al. b), e, nomeadamente, do “elemento subjectivo da ilicitude” decorrente da intenção de causar dano ao concorrente, nestes casos — de contratação sistemática de trabalhadores do concorrente, sem porém haver intenção de o prejudicar — não haveria o ilícito civil. Tudo passaria pela (mera) acção inibitória.

8. Outras construções na doutrina portuguesa

I. Dois dos Autores que mais cedo se pronunciaram sobre esta matéria foram FERRER CORREIA e LOBO XAVIER. Segundo a sua lição, haveria concorrência desleal no incentivo à desvinculação do contrato de trabalho quando a ruptura fosse ilícita. Se, tendo o comerciante incitado o trabalhador alheio a abandonar a empresa concorrente, as regras legais e convencionais sobre o pré-aviso fossem ainda assim observadas, não haveria ilicitude; porém, se, sobre a instigação à ruptura, esta se revelasse contrária às regras, o acto seria desleal⁽³⁶⁾.

⁽³⁵⁾ Cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Concorrência Desleal*, cit., p. 511.

⁽³⁶⁾ Cf. ANTÓNIO FERRER CORREIA/VASCO DA GAMA LOBO XAVIER, “Efeito externo das obrigações; abuso do direito; concorrência desleal”, em *Revista de Direito e Economia*, Ano V, n.º 1 (Janeiro/Junho de 2009), p. 5.

Na jurisprudência, houve um caso com contornos similares, embora o ponto de partida fosse um “desvio de si mesmo”: assim, no acórdão da Relação de Lisboa de 28 de Junho de 1983, a autora pedia uma indemnização alegando que os réus, ex-trabalhadores da sua empresa, haviam denunciado os seus contratos e constituído uma sociedade com objecto idêntico ao da sociedade da autora, tendo desde então aliciado para a sua empresa trabalhadores da autora. O tribunal não resolve a questão de fundo, por se considerar incompetente⁽³⁷⁾.

II. PEDRO SOUSA E SILVA limita-se a referir que, se em geral é lícito recrutar trabalhadores de empresas concorrentes, já será desleal fazê-lo “de um modo tão sistemático ou intenso que daí resulte a desorganização do concorrente lesado”⁽³⁸⁾. O Autor acolhe, assim, o critério da reiteração como único indício relevante de deslealdade na concorrência assim desenvolvida.

III. COUTO GONÇALVES envereda por um caminho diferente: defende que o aliciamento de trabalhadores alheios é um acto desleal quando for feito “com a intenção de desorganizar ou desagregar a empresa do concorrente (*animus nocendi*)”⁽³⁹⁾. Assim, quando a intenção não for a de renovar e melhorar os quadros da empresa, mas sim a de prejudicar o concorrente, haverá deslealdade. Esta avaliação passa pela verificação de vários indícios, como a qualificação, número e funções dos trabalhadores em causa, bem como as consequências para o funcionamento da empresa atingida do desvio daqueles dependentes⁽⁴⁰⁾. Neste particular, como veremos, o Autor aproxima-se de uma larga corrente doutrinária e jurisprudencial italiana.

⁽³⁷⁾ Cf. Relação de Lisboa de 28 de Junho de 1983 (ELISEU FIGUEIRA), em *Colecção de Jurisprudência*, Ano VIII (1985), parte III, pp. 156-157 (156).

⁽³⁸⁾ Cf. PEDRO SOUSA E SILVA, *Direito Industrial*, cit., p. 336.

⁽³⁹⁾ Cf. COUTO GONÇALVES, *Manual de Direito Industrial*, cit., p. 382.

⁽⁴⁰⁾ Cf. COUTO GONÇALVES, *Manual de Direito Industrial*, cit., p. 382.

9. Em sistemas jurídicos estrangeiros

I. O tema é também tratado noutros ordenamentos. Assim, no direito suíço, o art. 4.º da Lei da Concorrência Desleal agrupa os comportamentos que constituem incitação à ruptura ou à violação de um contrato, sendo o desvio de trabalhadores identificado na alínea *a*) desse preceito⁽⁴¹⁾. Porém, segundo explica a doutrina especializada, nem toda a incitação a romper um contrato é desleal. Em geral, procede-se à mesma distinção entre ruptura regular e ruptura irregular do contrato. Com uma diferença, porém: segundo doutrina e jurisprudência, nos casos em que o contrato seja denunciado de acordo com as regras, nem mesmo se o desvio for sistemático (“ou de equipas inteiras”) haverá acto desleal⁽⁴²⁾.

II. No direito belga, a doutrina começa por notar que a contratação de um trabalhador de empresa concorrente não é em si repreensível, posto que seja feito com o fim de assegurar um contributo útil para o estabelecimento do contratante⁽⁴³⁾. Pelo contrário, se a intenção for a de surpreender segredos comerciais ou industriais, ou a de desorganizar a actividade do competidor, haverá deslealdade⁽⁴⁴⁾. Há, todavia, uma diferença substancial em relação às construções que analisámos anteriormente: se é certo que também aqui a doutrina se pronuncia pela deslealdade da contratação de trabalhador quando esta se siga a uma ruptura ilícita do contrato, a verdade é que surge igualmente a sugestão de que uma tal actuação também pode ser desleal quando, apesar de o trabalhador se desvincular licitamente da anterior relação laboral, quem pagar o montante devido por este último for o concorrente que depois o contrata⁽⁴⁵⁾. Isto é: fala-se em concorrência desleal mesmo quando a ruptura do contrato é regular, posto que as conse-

(41) Cf. KAMEN TROLLER, *Précis du Droit Suisse...*, cit., pp. 362-363.

(42) Cf. KAMEN TROLLER, *Précis du Droit Suisse...*, cit., pp. 363.

(43) Cf. LOUIS FREDERICQ, *La Concurrence Déloyale*, cit., p. 91.

(44) Cf. LOUIS FREDERICQ, *La Concurrence Déloyale*, cit., p. 91.

(45) Cf. LOUIS FREDERICQ, *La Concurrence Déloyale*, cit., pp. 91-92.

quências pecuniárias de tal desvinculação (lícita) sejam suportadas pelo concorrente contratante.

III. Em Espanha, também se começa por afirmar que, dada a liberdade de procurar a melhor situação profissional, que assiste ao trabalhador, o desvio de dependentes não constitui, em si, um acto ilícito⁽⁴⁶⁾. Não haverá deslealdade quando a contratação do trabalhador por parte do concorrente se deva à especial habilidade da pessoa visada ou à oferta de melhores condições de trabalho, tendo em vista os seus méritos pessoais⁽⁴⁷⁾. Será porém ilícita uma tal conduta quando se dirija a prejudicar o estabelecimento do concorrente. E isso pode dar-se quando a atracção do pessoal deste tenha a finalidade de produzir *confusão* entre estabelecimentos concorrentes, de conhecer e desfrutar dos segredos de comércio alheios, bem como os termos de contratos celebrados pelo concorrente com outros operadores, e, em geral, de desorganizar a actividade do competidor⁽⁴⁸⁾. Por outro lado, seria também desleal que o comerciante instigasse os trabalhadores do concorrente a fazer greve, prometendo assumir por sua conta as consequências pecuniárias daí advenientes⁽⁴⁹⁾.

IV. Na doutrina francesa, há uma orientação peculiar. Segundo FRANÇOISE DEKEUWER-DÉFOSSEZ, há um acto (desleal) de desorganização sempre que o trabalhador abordado estiver ainda ligado por contrato de trabalho ao concorrente, ou quando, não estando já vinculado, ainda estiver sujeito a uma cláusula de não concorrência. Só não haveria ilicitude se o trabalhador estivesse livre ou se, não o estando, a sua contratação pelo concorrente não significasse a desorganização do antigo empregador⁽⁵⁰⁾. A Autora não apresenta, porém, um critério distintivo.

(46) Cf. AGUSTÍN RAMELLA, *Tratado de la Propiedad Industrial, cit.*, p. 398.

(47) Cf. AGUSTÍN RAMELLA, *Tratado de la Propiedad Industrial, cit.*, p. 399.

(48) Cf. AGUSTÍN RAMELLA, *Tratado de la Propiedad Industrial, cit.*, p. 400.

(49) Cf. AGUSTÍN RAMELLA, *Tratado de la Propiedad Industrial, cit.*, p. 401.

(50) Cf. FRANÇOISE DEKEUWER-DÉFOSSEZ, *Droit Commercial, cit.*, p. 424.

10. O caso particular do ordenamento italiano

I. É, porém, em Itália que mais se desenvolve a resposta a este problema. ROBERTO ROVELLI, curiosamente, antecipava como difícil que se viesse a verificar na prática alguma controvérsia sobre o desvio de trabalhadores, “seja pela dificuldade de prova que comporta, seja por uma renitência moral em instaurar uma acção por um facto que se traduz numa melhoria das condições de trabalho de um dependente”⁽⁵¹⁾. Todavia, não deixava de teorizar sobre o tema: assim, seria ilícito o desvio que tivesse por fim a obtenção de segredos comerciais, dados técnicos e organizacionais ou nomes de clientes e de fornecedores do concorrente⁽⁵²⁾. Por outro lado, dava conta de que a jurisprudência entendia que o desvio, mesmo sem instigação à ruptura do contrato, poderia revestir as características da deslealdade concorrencial, em determinadas circunstâncias — em especial, por força do número de trabalhadores desviados⁽⁵³⁾. O Autor chamava ainda a atenção para que poderia ser indício de deslealdade a circunstância de, por força do desvio de dependentes, os produtos da empresa passarem a ser feitos com imitação substancial e formal dos do concorrente atingido⁽⁵⁴⁾.

II. Muito interessante é o comentário de ROVELLI quanto ao caso de desvio, não de trabalhadores, mas de *agentes*. Segundo notícia o Autor, a Cassação, em acórdão de 11 de Novembro de 1953, excluiu a concorrência desleal num caso em que uma empresa induziu agentes de um concorrente a passarem-se para o seu serviço. De acordo com a decisão, no caso dos agentes que trabalham de forma autónoma, sem subordinação jurídica, “a clien-

(51) Cf. ROBERTO ROVELLI, *La Concorrenza Sleale ed i Beni Immateriali di Diritto Industriale*, Turim, 1967, p. 134.

(52) Cf. ROBERTO ROVELLI, *La Concorrenza Sleale...*, cit., p. 135.

(53) Cf. ROBERTO ROVELLI, *La Concorrenza Sleale...*, cit., p. 135.

(54) Cf. ROBERTO ROVELLI, *La Concorrenza Sleale...*, cit., p. 135, nota 58. V., de resto, o acórdão da Cassação civil, secção I, de 3 de Agosto de 1987 (VERCELLONE) [em *Giurisprudenza Italiana*, Ano 140, 1988, pp. 591-594 (591)]: qualifica-se como desleal a tentativa de adquirir os trabalhadores do concorrente, a fim de melhor se poder copiar a produção deste.

tela é clientela dos agentes, e não da empresa”: o acto em causa não causaria, pois, prejuízo a um elemento da empresa, por isso que não se poderia integrar nesta “nem o trabalho autónomo dos agentes, nem a clientela destes”⁽⁵⁵⁾.

III. Um outro Autor, ENZO GUELI, defendia uma distinção: a dissuasão do trabalhador de renovar o contrato seria admitida, enquanto a instigação a romper um contrato em curso seria reprovada⁽⁵⁶⁾. O Autor não diferenciava, porém, consoante esse incitamento fosse a uma ruptura regular ou irregular.

Seria ainda relevante, para o juízo sobre a lealdade ou deslealdade da conduta, o saber qual a posição ocupada pelo dependente visado no estabelecimento concorrente: quanto maior a importância do papel desempenhado, maior o efeito de desvio de clientela potencialmente decorrente da actuação do concorrente — e, como tal, maior a tendência para um juízo de deslealdade⁽⁵⁷⁾.

IV. PIETRO TRIMARCHI sublinha que a deslealdade estará na reiteração e sistematicidade da contratação de dependentes de um determinado concorrente, bem como na finalidade de obter segredos industriais. Fala ainda numa outra hipótese: a de o desvio ser feito dando enganosamente ao trabalhador informações sobre uma suposta difícil situação económica do seu actual empregador. Em todos esses casos, o desvio seria ilícito⁽⁵⁸⁾.

V. TITO RAVÀ também começa por frisar que, em princípio, a oferta ao trabalhador de um concorrente de melhores condições integra a liberdade negocial, constituindo um comportamento lícito⁽⁵⁹⁾. Porém, atalha, haverá ilicitude, por concorrência desleal,

⁽⁵⁵⁾ Cf. ROBERTO ROVELLI, *La Concorrenza Sleale...*, cit., p. 136, nota 61.

⁽⁵⁶⁾ Cf. ENZO GUELI, “Concorrenza illecita”, em *Nuovo Digesto Italiano*, XVI, Turim, 1938, pp. 672-678 (677).

⁽⁵⁷⁾ ENZO GUELI, “Concorrenza illecita”, cit., p. 677.

⁽⁵⁸⁾ Cf. PIETRO TRIMARCHI, *Istituzioni di Diritto Privato*, cit., p. 750.

⁽⁵⁹⁾ Cf., no mesmo sentido, MASSIMO CARTELA, “Note riassuntive su: imitazione servile, parassitismo, storno di dipendenti ed altri profili di illecito concorrenziale”, em *Rivista di Diritto Industriale*, Anno XXXVI (1987), parte II, pp. 374-385 (384).

aí onde uma tal conduta seja pré-ordenada a retirar vantagem “de um tirocínio desenvolvido a expensas do precedente empregador”⁽⁶⁰⁾.

VI. Há, depois, uma série de escritos específicos sobre o tema.

DOMENICO CAPRA dá conta de que, até ao final dos anos 1960, eram poucos os casos de desvio de trabalhadores na jurisprudência⁽⁶¹⁾. Não obstante, o assunto ganha relevância nas últimas décadas do séc. XX, firmando-se correntes doutrinárias e jurisprudenciais bem distintas.

Uma primeira controvérsia diz respeito ao próprio conceito de “desvio”. Segundo MASSIMO CARTELA, só se poderia falar nesse conceito quando a demissão do trabalhador (seguida da sua contratação pelo concorrente do ex-empregador) fosse fruto de iniciativa do concorrente no sentido de incitar aquele a romper o vínculo. O ponto de partida, antes de se saber se actividade seria lícita ou ilícita, teria de ser este⁽⁶²⁾. Irá também neste sentido a sentença do Tribunal de Belluno de 28 de Fevereiro de 2007, segundo a qual “não constitui desvio de trabalhadores a assunção, por parte de um concorrente, daqueles que *voluntariamente* abandonaram o precedente empregador”⁽⁶³⁾.

Porém, nem todos entendem o mesmo: na verdade, há doutrina e jurisprudência que defendem haver também desvio de tra-

⁽⁶⁰⁾ Cf. TITO RAVÀ, *Diritto Industriale*, Vol. I, Turim, 1986, pp. 357-358.

⁽⁶¹⁾ Cf. DOMENICO CAPRA, “Concorrenza dell” ex “e storno di dipendenti”, *cit.*, pp. 65-66.

⁽⁶²⁾ Cf. MASSIMO CARTELA, “Note riassuntive...”, *cit.*, p. 384.

⁽⁶³⁾ Cf. Tribunal de Belluno, 28 de Fevereiro de 2007, em *Giurisprudenza Italiana*, Agosto-Setembro 2008, pp. 1971-1973 (1971, sublinhado meu). O Tribunal entende que, no caso, a sociedade demandada “não desenvolveu uma efectiva actividade de desvio de trabalhadores antes empregados na sociedade autora: alguns destes, depois de terem conhecimento da existência da nova sociedade, pediram espontaneamente para serem contratados, por força de relações que tinham com o precedente empregador. (...) Os trabalhadores em causa escolheram voluntariamente abandonar o precedente empregador, para procurar ocupação junto do novo, não atraídos por propostas retributivas ou promessas de carreira, mas movidos pela vontade de não ter mais relações com o anterior empregador” (p. 1972).

balhadores nos casos em que a iniciativa primeira é do trabalhador. Assim, a Cassação, em acórdão de 22 de Julho de 2004, entendeu que “a configurabilidade do desvio de trabalhadores não fica excluída pelo facto de, movidos pela vontade de passar à dependência do concorrente, tenham sido os trabalhadores “desviados” a tomar a iniciativa, sempre que a esta venha depois a associar-se a circunstância de a empresa concorrente lhes oferecer melhor tratamento económico ou outras vantagens”⁽⁶⁴⁾. Mais tarde, reafirmá-lo-ia num acórdão de 23 de Maio de 2008⁽⁶⁵⁾. O Tribunal de Turim, em sentença de 2 de Maio de 2005, defendeu ideia semelhante⁽⁶⁶⁾. Surge também uma referência a este último aspecto em ALBERTO RUSSO⁽⁶⁷⁾.

Secção II

DESVIO EM FASE EMBRIONÁRIA E EM FASE LIQUIDATÁRIA

11. Desvio na fase de organização da sociedade

I. Outra questão a esclarecer é a de saber se também há concorrência desleal por desvio de trabalhadores quando o agente que desvia ainda não se constituiu como sociedade comercial.

Em geral, a resposta será positiva. Note-se, de resto, que a doutrina admite genericamente uma intervenção do instituto da

⁽⁶⁴⁾ V. o acórdão da Cassação, Secção I, de 22 de Julho de 2004, em *Rivista di Diritto Industriale*, Ano LIV (2005), n. 4-5, parte II, pp. 243-249 (243). A decisão é também citada em Tribunal de Belluno, 28 de Fevereiro de 2007, *cit.*, p. 1972.

⁽⁶⁵⁾ Cf. o acórdão da Cassação Civil, Secção I, 23 de Maio de 2008 (RAGONESI), em *Giurisprudenza Italiana*, Novembro 2008, pp. 2485-2489: no caso, os trabalhadores em causa haviam rescindindo os respectivos contratos “de forma livre e sem terem sofrido qualquer pressão ou recebido incentivos” (p. 2486).

⁽⁶⁶⁾ V. Sentença do Tribunal de Turim de 2 de Maio de 2005 (GROSSO), em *Giurisprudenza Italiana*, Abril 2006, pp. 764-768 (766).

⁽⁶⁷⁾ Cf. ALBERTO RUSSO, “Storno dei dipendenti”, em *Digesto delle Discipline Privatistiche — Sezione Commerciale, Aggiornamento IV*, Turim, 2008, pp. 894-900 (897, nota 20).

concorrência desleal mesmo numa fase preparatória. Assim, segundo COUTO GONÇALVES, “no plano temporal, também se afigura justificável, com as necessárias cautelas, o conceito de concorrência potencial, permitindo a avaliação de actos praticados por concorrentes que se encontrem, objectivamente, numa fase preparatória de arranque de uma actividade económica”⁽⁶⁸⁾.

II. Em especial quanto ao desvio de dependentes, na doutrina italiana MARCO BELLIA refere que um dos elementos tidos em conta na apreciação da deslealdade do acto de desvio — e que faz pender o juízo para a conclusão de ter havido desrespeito pelas normas e usos honestos do sector de actividade — é a circunstância de se ter levado a cabo a operação de desvio “ainda antes da própria constituição”⁽⁶⁹⁾.

De resto, a Cassação, em acórdão de 6 de Maio de 1980, afirmou-o expressamente: “devem considerar-se concorrenciais os actos imputáveis a uma actividade empresarial em fase de organização (...); a sociedade posteriormente constituída deve responder pelos actos de concorrência desleal objectivamente lesivos de um concorrente, ainda que realizados durante a fase de organização, sempre que esses actos se liguem ao objecto e ao interesse social, sendo necessária e suficiente uma potencial comunidade de mercado e de clientela”⁽⁷⁰⁾.

Na sentença do Tribunal de Turim de 2 de Maio de 2005, lê-se, igualmente, que “uma sociedade deve ser chamada a responder por actos de concorrência desleal levados a cabo na sua fase de organização”, o que na hipótese se justificaria sobremaneira, dadas “quer a vizinhança temporal entre a constituição da sociedade e as demissões dos trabalhadores (verificada no momento em que aquela sociedade se estava a organizar para desenvolver uma actividade empresarial que seria iniciada poucos dias depois), quer a

⁽⁶⁸⁾ Cf. COUTO GONÇALVES, *Manual de Direito Industrial*, cit., p. 367.

⁽⁶⁹⁾ Cf. MARCO BELLIA, “Concorrenza sleale da storno di dipendenti...”, cit., p. 276.

⁽⁷⁰⁾ V. Acórdão da Cassação de 6 de Maio de 1980 (GUALTIERI), em *Rivista di Diritto Industriale*, Ano XXXI (1982), parte II, pp. 157-158 (157).

associação entre a aquisição dos recursos em questão e o objecto social” da nova empresa⁽⁷¹⁾.

12. Desvio em caso de liquidação da sociedade atingida

I. Questão inversa é a de saber o que sucede quando uma sociedade entra em estado de liquidação. Há, na verdade, jurisprudência que entende que quando se dá um tal caso, a sociedade em causa deixa de poder ser sujeito passivo de actos de concorrência. Assim, o Tribunal de Milão excluiu, numa decisão de 3 de Novembro de 2004, a existência de concorrência desleal por desvio de dependentes por este ter sido praticado num momento em que a “vítima” já se encontrava em liquidação, estando pois fora da concorrência⁽⁷²⁾. No fundo, no momento em que uma sociedade entra em fase de liquidação, só “vive” a fim de extinguir o passivo e para repartir as eventuais actividades residuais, pelo que fica excluída do conjunto de empresas em potencial conflito no âmbito de um determinado sector de mercado⁽⁷³⁾.

II. Em anotação à referida decisão, FABIA STEFANI dá conta de alguma evolução nesta matéria⁽⁷⁴⁾. Segundo a Autora, surgiu primeiro uma orientação jurisprudencial que considerava que uma sociedade em liquidação poderia, não obstante, ser sujeito passivo de concorrência desleal, ainda que só admitisse a tutela em casos em que ocorresse um dano efectivo⁽⁷⁵⁾. É que, observava-se, a pos-

(71) V. sentença do Tribunal de Turim de 2 de Maio de 2005, *cit.*, p. 766.

(72) V. sentença do Tribunal de Milão de 3 de Novembro de 2004 (GUALDI), em *Giurisprudenza Italiana*, Julho 2005, p. 1445.

(73) Foi o que se sustentou no acórdão da Cassação civil, Secção I, de 30 de Agosto de 1994 (GRAZIADEI), em *Giurisprudenza Italiana*, Ano 147, 1995, pp. 775-777 (775 e 777).

(74) Cf. FABIA STEFANI, “Note in tema di liquidazioni; concorrenza e storno di dipendenti”, em *Giurisprudenza Italiana*, Julho 2005, pp. 1445-1447 (1446).

(75) Cf., igualmente, o comentário (anónimo) que surge *apud* acórdão da Cassação de 30 de Agosto de 1994, *cit.*, pp. 775 e 776.

sibilidade de um dano concorrencial mantém-se mesmo na fase de liquidação, já que, durante esta, até por força da menor pujança competitiva, a sociedade em causa carece de maior tutela contra actos de concorrência; e, por outro lado, acrescentava-se, a qualquer momento o estado de liquidação poderia ser revogado e a actividade retomada de forma regular⁽⁷⁶⁾.

A Autora aproxima-se desta segunda opinião, recordando que, na fase transitória em que se prepara o procedimento de liquidação, os administradores da sociedade mantêm o poder de gestão, a fim de conservar o património social, o que os não impede de dar execução aos contratos em curso e de continuar a actividade empresarial da sociedade⁽⁷⁷⁾.

Secção III AS TRÊS TEORIAS SOBRE O DESVIO

13. A teoria objectiva

I. Na doutrina e jurisprudência italianas, tem-se sedimentado uma tripartição: surgem, a propósito do tema de que aqui nos ocupamos, três teorias — a objectiva, a subjectiva e a intermédia.

II. De acordo com a teoria objectiva, aquilo que se deve analisar é a natureza dos actos pelos quais o concorrente levou a cabo o desvio dos trabalhadores em causa. Assim, em caso algum seria ilícita a subtracção de dependentes feita através de meios que integram “a normal acção concorrencial”, como a oferta de melhorias retributivas ou de progressão na carreira⁽⁷⁸⁾. Já consubstan-

⁽⁷⁶⁾ Cf. FABIA STEFANI, “Note in tema di liquidazioni...”, *cit.*, p. 1477.

⁽⁷⁷⁾ Cf. FABIA STEFANI, “Note in tema di liquidazioni...”, *cit.*, p. 1477.

⁽⁷⁸⁾ Cf. ALBERTO RUSSO, “Storno dei dipendenti”, *cit.*, p. 895. V., também, MARCO BELLIA, “Concorrenza sleale da storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 261 (“o desvio de trabalhadores do concorrente é lícito quando se faz mediante o recurso a meios que movem normalmente o mercado de trabalho”). V., ainda, FABIA STEFANI, “Note in tema di liquidazioni...”, *cit.*, p. 1477.

ciará acto de concorrência desleal o desvio realizado “de forma dolosa, incorrecta ou enganosa”, como sucederá no caso de o comerciante interessado denegrir o concorrente, a fim de perturbar as perspectivas individuais do trabalhador⁽⁷⁹⁾, ou no caso de a operação ser repentina e secreta, de se prometer cobrir eventuais dívidas face ao actual empregador, ou de se incitar sistematicamente o dependente alheio a desprezitar as suas obrigações laborais⁽⁸⁰⁾.

III. Segundo MARCO BELLIA, seria contrário à lealdade profissional que o comerciante promettesse eximir o trabalhador alheio do ónus da indemnização por falta de pré-aviso, ou da obrigação de ressarcimento dos danos⁽⁸¹⁾. Porém, adianta, a deslealdade de uma tal conduta terá um carácter “marginal dentro das hipóteses de desvio de trabalhadores”; tratar-se-a de um “acto pouco relevante, se não mesmo de nenhuma relevância, face à violação dos princípios da lealdade profissional”. De acordo com o Autor, ao eximir-se o trabalhador do pagamento da indemnização, o que se faz na verdade é pagar-lhe mais, oferecendo-lhe uma retribuição de acordo com os seus méritos⁽⁸²⁾. O Autor chega mesmo a concluir que que, nestes casos, “o ilícito não tem carácter concorrencial”, por isso que o ilícito não estaria em eximir o dependente das consequências

⁽⁷⁹⁾ Cf. MARCO BELLIA, “Concorrenza sleale da storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 276 (“uso de meios dolosos, desleais ou denigratórios, como gerar temor relativamente a uma (pretensa) iminente situação de insolvência do concorrente”). V., ainda, VALERIA MONTARULI, “Storno di dipendenti: tra elemento soggettivo e danno (ingiusto?)”, em *Il Foro Italiano*, Ano 1997, Vol. CXX, I, pp. 229-233 (230); VERONICA VALLE, “Brevi note a Trib. Monza, 13 febbraio 2001, in tema di storno di dipendenti”, em *Rivista di Diritto Industriale*, Ano LI (2002), parte II, pp. 183-188 (185); e ANNA SARACENO, “Brevi note in tema di storno di dipendenti e concorrenza sleale”, em *Giurisprudenza Italiana*, Dezembro 2005, pp. 2306-2308 (2037).

⁽⁸⁰⁾ Cf. ALBERTO RUSSO, “Storno dei dipendenti”, *cit.*, p. 895. Este Autor aponta à tese objectiva o inconveniente de não conseguir “sancionar comportamentos dirigidos a “destruir” a estrutura organizativa da empresa, sem que haja uma efectiva vantagem competitiva para a empresa desviante, em termos de capital pessoal”. V., igualmente, DOMENICO CAPRA, “Concorrenza dell’ ex “e storno di dipendenti”, *cit.*, p. 88, nota 88; MARCO BELLIA, “Concorrenza sleale da storno di dipendenti...”, *cit.*, pp. 271-272; e FABIA STEFANI, “Note in tema di liquidazioni...”, *cit.*, p. 1477 e nota 13.

⁽⁸¹⁾ Cf. MARCO BELLIA, “Concorrenza sleale da storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 262.

⁽⁸²⁾ Cf. MARCO BELLIA, “Concorrenza sleale da storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 263.

da ruptura, “mas na própria conduta do dependente, que se torna responsável pelo incumprimento”⁽⁸³⁾.

IV. Segundo ALBERTO RUSSO, trata-se de uma linha de pensamento que recusa atribuir relevância ao elemento psíquico, dada a “irrenunciabilidade do interesse do trabalhador em que haja concorrência activa das empresas no mercado de trabalho”⁽⁸⁴⁾. Um exemplo de uma decisão tributária desta primeira orientação será a sentença do Tribunal de Monza de 24 de Janeiro de 2000. De acordo com essa decisão, o *animus* não pode tornar ilícitas condutas que, examinadas no plano objectivo, o não seriam. E vai-se mesmo ao ponto de afirmar que “todo o acto de concorrência é levado a cabo pelo comerciante na plena consciência do dano que pode causar ao seu concorrente, e é até dirigido a este objectivo; apenas uma errónea concepção da actividade empresarial pode chegar a imaginar uma concorrência não dirigida à eliminação do concorrente do mercado”⁽⁸⁵⁾.

V. Uma autora como VALERIA MONTARULI situa-se claramente na corrente objectivista: para a Autora — que, como veremos, faz uma violenta crítica à teoria subjectiva —, quando o desvio de trabalhadores é levado a cabo através de meios lícitos e correctos, o dano eventualmente sofrido pelo concorrente atingido será “justo”. Só haverá ilicitude do desvio quando este seja realizado com meios em si ilícitos e incorrectos, como a denegrição, a confusão ou a procura de obtenção de segredos comerciais do competidor⁽⁸⁶⁾. Outro autor que parece adoptar esta visão é ENRICO ADRIANO RAFFAELLI⁽⁸⁷⁾.

(83) Cf. MARCO BELLIA, “Concorrenza sleale da storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 263.

(84) Cf. ALBERTO RUSSO, “Storno dei dipendenti”, *cit.*, p. 895.

(85) Cf. ALBERTO RUSSO, “Storno dei dipendenti”, *cit.*, p. 895.

(86) Cf. VALERIA MONTARULI, “Storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 233.

(87) Cf. ENRICO ADRIANO RAFFAELLI, “La contraffazione del software...”, *cit.*, p. 60. O Autor, em bom rigor, parece estabelecer-se num plano intermédio: não no sentido de teoria intermédia, que analisaremos de seguida (isto é: uma corrente da teoria subjectiva que recorre a indícios objectivos para induzir o fim que motivou o agente), mas de recorrer a elementos tanto da teoria subjectiva como da objectiva. Assim, sublinha que o agente

14. A teoria subjectiva

I. A teoria subjectiva ou finalística sustenta que o desvio é ilícito quando o sujeito o realiza “com a intenção de causar ao concorrente um dano não justificável pelo normal desenvolvimento da actividade concorrencial”. Surge, como elemento essencial, o *animus nocendi*: o objectivo de tornar vão o esforço de investimento do antagonista⁽⁸⁸⁾, ou, mais especificamente, de desorganizar ou desagregar o estabelecimento alheio^(89/90)

Bem se vê que, aplicando esta doutrina, se pode chegar ao resultado de qualificar como desleais actos objectivamente lícitos⁽⁹¹⁾.

II. ALBERTO RUSSO vê neste tipo de teorias um desfavor face a práticas de mercado pelas quais se procure uma posição dominante, não com base na investigação e na inovação tecnológica, mas numa mera lógica subtractiva e parasitária: em vez de se

deve estar consciente da idoneidade do seu acto para causar dano ao concorrente, e que deve pretender tal resultado; adianta, por outro lado, que será necessário que se trate de trabalhadores particularmente qualificados e úteis para a empresa concorrente; porém, acrescenta que devem ser utilizados meios já de si desleais, como “ofertas económicas anormais”, ou comportamentos tendentes a causar no trabalhador um estado de incerteza quanto à situação financeira do seu empregador.

(88) Cf. ALBERTO RUSSO, “Storno dei dipendenti”, *cit.*, p. 896. V., ainda VALERIA MONTARULI, “Storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 230; VERONICA VALLE, “Brevi note...”, *cit.*, p. 185; e ANNA SARACENO, “Brevi note in tema di storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 2307.

(89) Cf., por exemplo, o acórdão do Tribunal de Apelação de Veneza de 31 de Janeiro de 1983 [em *Rivista di Diritto Industriale*, Anno XXXII (1983), II, pp. 458-467 (458)]: “o desvio de dependentes pode ser considerado acto de concorrência, na medida em que não haja somente no agente a mera consciência da idoneidade do seu comportamento a causar dano ao concorrente, mas haja intenção de conseguir tal resultado (o chamado *animus nocendi*), a qual se deve considerar existir sempre que o desvio seja realizado de tal modo que se não possa justificar à luz dos princípios da correcção profissional, senão supondo no autor a intenção de causar dano ao concorrente”. Na verdade, a Cassação, já em 6 de Maio de 1980, empregava uma formulação similar (v. MARCO BELLIA, “Concorrenza sleale da storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 273, com citação do acórdão). V., ainda, a sentença do Tribunal de Milão de 13 de Novembro de 2013, citada por MARCO BELLIA: “é necessário que o desvio seja actuado de forma tal que prejudique em medida que exceda o prejuízo normal que pode derivar da perda de dependentes que escolham trabalhar numa outra empresa” (v. “Concorrenza sleale da storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 270).

(90) Cf. MARCO BELLIA, “Concorrenza sleale da storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 272.

(91) Cf. ALBERTO RUSSO, “Storno dei dipendenti”, *cit.*, p. 896.

procurar uma posição de vantagem através do desenvolvimento de novas técnicas, quer-se simplesmente atalhar caminho, aproveitando o esforço e o investimento feitos nos trabalhadores por parte dos concorrentes⁽⁹²⁾. Através da utilização dos conhecimentos técnicos adquiridos pelos dependentes desviados ao serviço do empregador atingido, o concorrente pretende “aceder ao mercado antes do momento em que tal lhe seria possível, se se valesse apenas dos próprios investimentos e investigações”⁽⁹³⁾.

15. A teoria intermédia

I. A partir daqui, a teoria subjectiva divide-se em dois campos. A vertente mais restrita coloca a tónica na valoração dos elementos psicológicos do agente; uma outra corrente, mais ecléctica, procura retirar o elemento subjectivo do *animus nocendi* de uma série de indícios objectivos⁽⁹⁴⁾. É a teoria intermédia, ou finalístico-objectiva⁽⁹⁵⁾.

(92) Cf. ALBERTO RUSSO, “Storno dei dipendenti”, *cit.*, p. 896. Retomando aqui um ponto que analisámos atrás, relativo à questão de saber se o desvio, desde logo, consubstancia acto de concorrência quando o desviante ainda não se constituiu como sociedade comercial, chamo a atenção para um passo de RUSSO, em que o Autor afirma que aquela postura descrita em texto — de procurar a vantagem no mercado, não pela inovação e investigação, mas pelo mero aproveitamento do esforço alheio — “não seria justificável nem mesmo numa situação de crise económico-financeira em que a empresa esteja”. E o Autor dá o exemplo “de uma empresa em crise que subtraia, para iniciar uma actividade num sector diverso, trabalhadores ou colaboradores de uma outra empresa já activa nesse sector, a fim de utilizar os conhecimentos técnicos adquiridos por esta última” (v. p. 896, nota 15). O exemplo é curioso por isso que, mais uma vez, a empresa que comete o acto de desvio fá-lo ainda antes de estar activa no ramo de actividade em causa.

(93) Cf. ALBERTO RUSSO, “Storno dei dipendenti”, *cit.*, p. 896. Segundo DOMENICO CAPRA, esta formulação, que se encontra em vários textos, foi primeiramente apresentada pelo Tribunal de Orvieto, em sentença de 4 de Julho de 1996 (v. “Concorrenza dell’ “ex” e storno di dipendenti”, *cit.*, p. 96). Porém, em MARCO BELLIA encontra-se referência a formulação similar num acórdão da Cassação de 3 de Julho de 1996 (v. “Concorrenza sleale da storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 279, nota 50).

(94) Cf. DOMENICO CAPRA, “Concorrenza dell’ “ex” e storno di dipendenti”, *cit.*, p. 89; e FABIA STEFANI, “Note in tema di liquidazioni...”, *cit.*, p. 1478. Segundo MARCO BELLIA, no caso específico do ordenamento do estado da Califórnia, se é certo que um acto de desvio dirigido a tornar a organização do concorrente incapaz de funcionar pode ser

II. Neste âmbito, os indícios mais frequentemente referidos são:

- i. o número dos trabalhadores desviados⁽⁹⁶⁾;
- ii. a sua qualificação ou competência profissional⁽⁹⁷⁾;
- iii. o papel que desempenhavam na empresa atingida⁽⁹⁸⁾;

considerada ilícito, nos termos do § 17200 do Código Profissional, a verdade é que “o autor deve fazer plena prova de tal intenção, *que não poderá ser retirada de indícios presuntivos*” (v. “Concorrenza sleale da storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 288, sublinhado meu). Assim, nesse caso em particular não há abertura a que se deite mão de indícios objectivos a fim de demonstrar a presença do *animus nocendi*.

⁽⁹⁵⁾ Cf. SERGIO LUONI, “Note in tema di cessioni di quota di partecipazione”, em *Giurisprudenza Italiana*, Agosto-Setembro de 2008, pp. 1973-1974 (1974); VERONICA VALLE, “Brevi note...”, *cit.*, p. 186; e ANNA SARACENO, “Brevi note in tema di storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 2307. MARCO BELLIA também situa esta tendência dentro da orientação subjectiva (v. “Concorrenza sleale da storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 273, nota 35 e p. 275, nota 31). A meu ver, a teoria intermédia é claramente seguida na sentença do Tribunal de Turim de 2 de Maio de 2005 (já citada): afirma-se aí que casos em que a intenção exclusiva do comerciante seja a de provocar dano ao concorrente são meramente académicas (v. Sentença do Tribunal de Turim de 2 de Maio de 2005, *cit.*, p. 766); assim, haverá que procurar o *animus nocendi*, que se não deixa de relevar como elemento essencial, em características objectivas presentes na hipótese. Outros exemplos nitidos da aplicação desta construção são os do acórdão da Cassação, Secção I, de 20 de Junho de 1996 (BALDASSARRE) (em *Il Foro Italiano*, Ano 1997, Vol. CXX, I, pp. 228-235) e o da Cassação de 23 de Maio de 2008 (já citado: v. p. 2487).

⁽⁹⁶⁾ Cf. ANDRÉ BRUN, “L’évolution du regime de la concurrence irreguliere dans les rapports de travail”, em *Mélanges em l’honneur de Paul Roubier*, II, Paris, 1961, pp. 357-375 (368); MARCO BELLIA, “Concorrenza sleale da storno di dipendenti...”, *cit.*, pp. 263 e 276; VALERIA MONTARULI, “Storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 230; e ANNA SARACENO, “Brevi note in tema di storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 2307. V., também, o acórdão da Cassação, Secção I, de 20 de Junho de 1996, *cit.*, p. 232, e a sentença do Tribunal de Turim de 2 de Maio de 2005, *cit.*, p. 766. O critério do número de trabalhadores desviados é precisamente um daqueles em que se apoia o Tribunal de Turim para, em sentença de 29 de Dezembro de 2004, excluir a presença de concorrência desleal num caso de desvio de (aparentemente não suficientes) trabalhadores [v. sentença do Tribunal de Turim de 29 de Dezembro de 2004 (CONTINI), em *Giurisprudenza Italiana*, Dezembro de 2005, pp. 2304-2305 (2304)]. Uma aplicação deste e dos critérios seguidamente referidos em texto pode ser confrontada no acórdão da Cassação, Secção I, de 22 de Julho de 2004 (já citado: v. pp. 246-247).

⁽⁹⁷⁾ Cf. ANDRÉ BRUN, “L’évolution du regime de la concurrence irreguliere dans les rapports de travail”, *cit.*, pp. 358-359; MARCO BELLIA, “Concorrenza sleale da storno di dipendenti...”, *cit.*, pp. 263 e 276; e VALERIA MONTARULI, “Storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 230. V., ainda, a sentença do Tribunal de Turim de 29 de Dezembro de 2004, *cit.*, p. 2304; e o acórdão da Cassação de 23 de Maio de 2008 (já citado: v. p. 2488).

⁽⁹⁸⁾ Cf. MARCO BELLIA, “Concorrenza sleale da storno di dipendenti...”, *cit.*,

- iv. a sua escassa fungibilidade⁽⁹⁹⁾;
- v. a concentração temporal dos actos de desvio ou a simultaneidade da transferência de trabalhadores⁽¹⁰⁰⁾;
- vi. a sistematicidade do desvio⁽¹⁰¹⁾;
- vii. a pré-ordenação da subtracção ao fim de obter informação comercial alheia⁽¹⁰²⁾;
- viii. a circunstância de se recorrer, na acção de persuasão, a outros trabalhadores da empresa⁽¹⁰³⁾, ou mesmo a gestores do estabelecimento que, juntamente com os dependentes, se passem para o desviante⁽¹⁰⁴⁾;
- ix. a instigação à demissão sem respeito do pré-aviso ou à violação da obrigação de lealdade na vigência do contrato⁽¹⁰⁵⁾;

p. 276. Na jurisprudência, o acórdão da Cassação de 6 de Maio de 1980, *cit.*, p. 157; e a sentença do Tribunal de Verona de 15 de Outubro de 1996 (ZATTONI), em *Rivista di Diritto Industriale*, Ano XLVII (1998), parte II, pp. 225-234. Segundo esta lógica, o Tribunal de Milão, em sentença de 3 de Novembro de 2004 (já citada, p. 1445), excluiu a ilicitude do desvio de dependentes por — para além de, como vimos, a suposta vítima estar em fase de liquidação — não ter ficado provada a essencialidade destes para o estabelecimento em questão.

⁽⁹⁹⁾ Cf. DOMENICO CAPRA, “Concorrenza dell’ “ex” e storno di dipendenti”, *cit.*, p. 90; MARCO BELLIA, “Concorrenza sleale da storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 276; VALERIA MONTARULI, “Storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 231; e ANNA SARACENO, “Brevi note in tema di storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 2307. V., também, a sentença do Tribunal de Milão de 4 de Novembro de 2005 (CRAVEIA), em *Giurisprudenza Italiana*, Julho de 2006, p. 1436; e a do Tribunal de Turim de 2 de Maio de 2005, *cit.*, p. 767.

⁽¹⁰⁰⁾ Cf. MARCO BELLIA, “Concorrenza sleale da storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 276; VALERIA MONTARULI, “Storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 231; e ANNA SARACENO, “Brevi note in tema di storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 2307. V., ainda, a sentença do Tribunal de Turim de 2 de Maio de 2005, *cit.*, p. 766.

⁽¹⁰¹⁾ Cf. GIANFRANCO SPIAZZI, “Storno di dipendenti e perduranti ambiguità definitorie”, em *Rivista di Diritto Industriale*, Ano XLVII (1998), parte II, pp. 234-243 (240).

⁽¹⁰²⁾ Cf. MARCO BELLIA, “Concorrenza sleale da storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 276.

⁽¹⁰³⁾ Cf. DOMENICO CAPRA, “Concorrenza dell’ “ex” e storno di dipendenti”, *cit.*, p. 90. V., ainda, MARCO BELLIA, “Concorrenza sleale da storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 274.

⁽¹⁰⁴⁾ Cf. MARCO BELLIA, “Concorrenza sleale da storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 276.

⁽¹⁰⁵⁾ Cf. MARCO BELLIA, “Concorrenza sleale da storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 276. No caso decidido pela sentença do Tribunal de Turim de 29 de Dezembro de 2004, excluiu-se igualmente a deslealdade do desvio de trabalhadores, por este ter sido precedido de uma demissão atempada e regularmente levada a cabo pelo dependente em questão (já citado, v. p. 2305).

- x. a destinação imediata dos trabalhadores desviados à frequência da mesma clientela⁽¹⁰⁶⁾.

Todos estes elementos ajudariam a apontar para uma vontade de desagregar ou de desorganizar, através do desvio, o concorrente, ou de se valer, de modo parasitário, dos investimentos formativos realizados pela empresa atingida relativamente aos dependentes desviados⁽¹⁰⁷⁾.

O factor subjectivo perde assim relevância, surgindo como mero “elemento de unificação lógica dos vários fragmentos dos quais se retira o dado objectivo da concorrência desleal”⁽¹⁰⁸⁾.

III. Esta corrente não deixa de ser criticada, sobretudo por, apesar de poder ser mais cómoda para o intérprete-aplicador (já que proporciona um elenco de circunstâncias de facto com base nas quais pode aquele qualificar mais facilmente a hipótese), incorrer numa aparente contradição: afirma dar primazia a um elemento subjectivo, mas apenas analisa dados objectivos⁽¹⁰⁹⁾. São várias as vozes que sublinham a contradição lógica ínsita nesta tese⁽¹¹⁰⁾. Fala-se numa objectivação do juízo de (des)lealdade, ainda que se

⁽¹⁰⁶⁾ Cf. MARCO BELLIA, “Concorrenza sleale da storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 276.

⁽¹⁰⁷⁾ Cf. ALBERTO RUSSO, “Storno dei dipendenti”, *cit.*, p. 897.

⁽¹⁰⁸⁾ Cf. ALBERTO RUSSO, “Storno dei dipendenti”, *cit.*, p. 897. Contra: GIANFRANCO SPIAZZI, “Storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 241. V., ainda, DOMENICO CAPRA, “Concorrenza dell” “ex” e storno di dipendenti”, *cit.*, pp. 92-93 (“as modalidades de actuação do desvio e os comportamentos levados a cabo para o realizar, ainda que não sejam apreciáveis singularmente como outros tantos actos de concorrência desleal, podem ser qualificados como tal em razão da intenção que os anime. Esta intenção, por sua vez, não pode emergir senão de uma visão de conjunto, que, somente ela, permite o juízo de deslealdade”). Segundo FRANCESCHELLI, citado por CAPRA, quando os meios usados forem denigratórios ou enganosos, “não há necessidade de ulteriormente colorir os actos de ilicitude em consideração da intenção” (v. DOMENICO CAPRA, “Concorrenza dell” “ex” e storno di dipendenti”, *cit.*, p. 91, nota 97).

⁽¹⁰⁹⁾ Cf. ALBERTO RUSSO, “Storno dei dipendenti”, *cit.*, p. 897.

⁽¹¹⁰⁾ Nas palavras de MARCO BELLIA, “identifica-se no *animus nocendi* — ou seja, num elemento respeitante ao foro interno, e por isso etéreo e difícil de provar — o dado qualificante da deslealdade do acto, para depois o querer retirar de outros elementos objectivos por que em concreto se exprima o desvio” (v. “Concorrenza sleale da storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 273).

note que esta proposta óbvia, de certo modo, à crítica dirigida às teses subjectivas puras, segundo a qual o elemento subjectivo não deveria tornar ilícito um acto que objectivamente o não seja⁽¹¹¹⁾.

Uma outra crítica é formulada por VALERIA MONTARULI: para a Autora, a associação que é costume esta corrente fazer entre ilicitude e “danosidade” decorre de “uma visão corporativa do mercado, dirigida à conservação do que existe face aos eventos que é costume resultarem da dinâmica concorrencial”⁽¹¹²⁾. Daí se seguiria a “ambiguidade” dos critérios formulados: estes teriam o intuito de garantir a sobrevivência no mercado daqueles competidores (pequenas ou médias empresas) que correriam o risco de se ver prejudicados na sequência do desvio de um número relevante de trabalhadores qualificados⁽¹¹³⁾. A Autora chega mesmo a sugerir que a única forma de pôr termo a este estado de coisas seria a abolição do desvio de dependentes como hipótese de concorrência desleal, o que a jurisprudência só não teria feito ainda por “falta de coragem”⁽¹¹⁴⁾.

IV. De acordo com MARCO BELLIA, uma corrente “mais radical” dentro da orientação subjectiva entendia como desleal a aquisição de dependentes que não fossem realmente necessários, “de modo que a sua transferência só se pudesse justificar pelo escopo de prejudicar o concorrente”⁽¹¹⁵⁾. É bom de ver que se trata

⁽¹¹¹⁾ Cf. MARCO BELLIA, “Concorrenza sleale da storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 274. O Autor afirma ainda que, “segundo esta orientação jurisprudencial, embora não se renunciando ao “fetiche do *animus nocendi*”, reconhece-se — pelo menos implicitamente — que este último é um elemento inidóneo a distinguir entre hipóteses de desvio ilícito e hipóteses de lícita aquisição de dependentes alheios”.

⁽¹¹²⁾ Cf. VALERIA MONTARULI, “Storno di dipendenti...”, p. 232.

⁽¹¹³⁾ Cf. VALERIA MONTARULI, “Storno di dipendenti...”, p. 232. Idênticos comentários tece GIANFRANCO SPIAZZI (v. “Storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 243).

⁽¹¹⁴⁾ Cf. VALERIA MONTARULI, “Storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 232.

⁽¹¹⁵⁾ Cf. MARCO BELLIA, “Concorrenza sleale da storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 272. Creio poder identificar-se um exemplo desta visão mais radical da corrente subjectiva no acórdão da Cassação civil, secção I, de 3 de Agosto de 1987 (já citado: v. pp. 591 e 594). Nessa decisão, o Tribunal exclui a deslealdade do desvio por não ter ficado provado que a actuação do concorrente fora “exclusivamente motivada pelo fim de causar dano ao estabelecimento alheio”.

de uma corrente intermédia, ou finalístico-objectiva: retira o elemento subjectivo de uma circunstância objectiva — a desnecessidade dos dependentes contratados. Seria uma forma de “desvio *emulativo*: a ilicitude derivaria da falta de utilidade para o agente dos trabalhadores em causa”⁽¹¹⁶⁾.

Uma outra forma de desvio, ao lado do “desvio emulativo”, seria o “desvio *destrutivo*”: haveria *animus nocendi* sempre que a conduta pudesse infligir ao concorrente uma lesão da sua capacidade de competir⁽¹¹⁷⁾.

Para BELLIA, porém, exceptuando os casos-limite de “desvio sem contratação” — em que, na verdade não haveria desvio, mas apenas (e eventualmente) uma simples indução ao incumprimento —, é difícil demonstrar que o desvio tenha sido efectuado somente para prejudicar o concorrente⁽¹¹⁸⁾.

16. Em particular: o número de trabalhadores desviados

Apesar de ser comum referir-se o número dos trabalhadores desviados como um indício de deslealdade — mais: como um factor do qual resulta a ilicitude do desvio —, há quem se pronuncie diferentemente. Assim, segundo MASSIMO CARTELA, se o desvio não for levado a cabo através de meios dolosos, desleais, enganosos ou incorrectos, a conduta será lícita, “por muito conspícuo que seja o número dos trânsfugas”⁽¹¹⁹⁾.

De todo o modo, trata-se de um Autor que se insere claramente na chamada teoria objectiva: note-se que, segundo a sua doutrina, “a aquisição de dependentes alheios não constitui, por si,

⁽¹¹⁶⁾ Cf. MARCO BELLIA, “Concorrenza sleale da storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 272.

⁽¹¹⁷⁾ Cf. MARCO BELLIA, “Concorrenza sleale da storno di dipendenti...”, *cit.*, pp. 274 e 276.

⁽¹¹⁸⁾ Cf. MARCO BELLIA, “Concorrenza sleale da storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 272.

⁽¹¹⁹⁾ Cf. MASSIMO CARTELA, “Note riassuntive...”, *cit.*, p. 385.

um ilícito, qualquer que seja o número e *qualquer que seja a intenção que a inspira*". O desvio só se tornaria ilícito quando posto em marcha com meios ilícitos⁽¹²⁰⁾.

Secção IV OBJECTO DO *ANIMUS NOCENDI*

17. Acepção tradicional de *animus nocendi*; outras propostas

I. É também discutida a questão de saber qual o objecto do *animus nocendi*: segundo alguns, bastaria uma intenção de prejudicar, indefinidamente apreciada; para outros, diferentemente, teria de haver uma vontade dirigida a desagregar ou a desorganizar o estabelecimento do concorrente.

Uma outra orientação entende ainda que a intenção pode ser, não tanto de dano, mas sobretudo de desfrute da organização do pessoal já formado e experimentado a expensas do concorrente, a fim de evitar o investimento e o tempo necessários para a formação de uma organização própria⁽¹²¹⁾.

De acordo com MARCO BELLIA, uma outra corrente reconhece o *animus nocendi* "na intenção do concorrente de criar no mercado um efeito confusório, descredibilizante ou parasitário"⁽¹²²⁾. O Autor

⁽¹²⁰⁾ Cf. MASSIMO CARTELA, "Note riassuntive...", *cit.*, p. 385.

⁽¹²¹⁾ Cf. DOMENICO CAPRA, "Concorrenza dell' "ex" e storno di dipendenti", *cit.*, p. 94.

⁽¹²²⁾ Cf. MARCO BELLIA, "Concorrenza sleale da storno di dipendenti...", *cit.*, p. 279 e nota 50. O Autor cita um acórdão da Cassação de 7 de Junho de 1998 ("a concorrência desleal deve resultar do objectivo a que o concorrente se proponha, através da transferência, de tornar vão o esforço de investimento do seu antagonista, criando no mercado o efeito confusório, ou desacreditante, ou parasitário, capaz de atribuir injustamente, a quem o causa, o desfrute do investimento (ou seja, do aviamento) de quem o sofre") e a já referida sentença do Tribunal de Milão de 4 de Novembro de 2005 ("evidente intenção de prejudicar o concorrente, e de conseguir parasitariamente o aviamento das relações comerciais que este assegurou").

releva, como elemento mais importante desta orientação, a consideração de um efeito “parasitário” do desvio⁽¹²³⁾.

II. No seguimento do que se disse anteriormente, quanto ao objecto do elemento subjectivo, BELLIA dá conta de que, na jurisprudência, se vinha perdendo o significado característico do *animus*, dando-se a gradual aproximação a uma acepção literal (intenção de prejudicar). Ora, explica, terá sido por força dessa crescente indefinição do termo que se tornou possível atribuir-lhe, paralelamente ao tradicional significado de “intenção de desagregar ou desorganizar o concorrente”, o sentido de “intenção de obter parasitariamente uma vantagem concorrencial”⁽¹²⁴⁾. Segundo o Autor, para esta jurisprudência não seria tão importante a intenção parasitária como o *efeito parasitário*, e este consistiria na apropriação dos investimentos formativos feitos pelo concorrente com os seus trabalhadores⁽¹²⁵⁾.

Acontece que, segundo BELLIA, esta derivação — que assenta em afirmar a ilicitude do desvio quando este decorre da intenção do agente de “aceder ao mercado antes do momento em que tal lhe seria possível, se dependesse apenas do próprio investimento e investigação” — leva a que se releve a conduta de apropriação de uma organização funcional e experimentada, “independentemente do facto de o desvio gerar efectivamente no concorrente uma lesão da capacidade de competir”⁽¹²⁶⁾.

III. Haverá, ainda, na opinião de BELLIA, uma outra ambiguidade nesta tese: é que, avança, “está presente em qualquer caso uma *quid* de intenção parasitária, por natureza”⁽¹²⁷⁾: a aquisição de

⁽¹²³⁾ Cf. MARCO BELLIA, “Concorrenza sleale da storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 280.

⁽¹²⁴⁾ Cf. MARCO BELLIA, “Concorrenza sleale da storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 281.

⁽¹²⁵⁾ Cf. MARCO BELLIA, “Concorrenza sleale da storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 281.

⁽¹²⁶⁾ Cf. MARCO BELLIA, “Concorrenza sleale da storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 282.

⁽¹²⁷⁾ Cf. MARCO BELLIA, “Concorrenza sleale da storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 282.

trabalhadores alheios, apeteceíveis por força das suas capacidades e experiência, evidentemente adquiridas ao serviço do(s) anterior(es) empregador(es), leva sempre consigo um elemento de aproveitamento de esforço alheio⁽¹²⁸⁾.

A conclusão de BELLIA é a de que o desvio dito “parasitário” não deve ser incluído na hipótese de desvio de dependentes. É que a referência a um efeito parasitário decorrente de uma passagem de trabalhadores de um competidor a outro adianta tanto quanto dizer que é “danoso” para os concorrentes o facto de um comerciante introduzir no mercado um produto mais conveniente, por inovador ou mais económico, em comparação com os já existentes⁽¹²⁹⁾. Daí que a jurisprudência associe o desvio de trabalhadores ilícito àquele que se dirige a causar ao estabelecimento concorrente um dano em medida que exceda o normal prejuízo que para qualquer comerciante pode derivar da perda de dependentes, em consequência de uma saída voluntária destes para uma outra empresa⁽¹³⁰⁾. Essa necessidade de um *plus* em relação ao dano normalmente presente num caso destes importa, para BELLIA, o reconhecimento de que, para haver desvio ilícito, é necessário que este incida sobre a capacidade de competir do concorrente e que provoque a desagregação do estabelecimento alheio⁽¹³¹⁾. Retorna-se, assim, ao conceito clássico de *animus nocendi*.

E, mesmo dentro desta significação mais apurada, BELLIA sublinha que existe uma diferença conceitual entre definir como

⁽¹²⁸⁾ BELLIA critica ainda a circunstância de se identificar o parasitismo na “apropriação de investimentos alheios”: é que, na verdade, o dependente não deverá ser considerado como “um bem comercial da empresa”, motivo pelo qual a sua subtração não pode ser entendida “como uma apropriação com carácter ‘ablativo’” (v. “Concorrenza sleale da storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 282).

⁽¹²⁹⁾ Cf. MARCO BELLIA, “Concorrenza sleale da storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 293. Sendo a competição, no mercado de trabalho, para adquirir os melhores trabalhadores, já formados e organizados, um “comportamento virtuoso”, o desvio “parasitário” estaria para o desvio “destrutivo” (o clássico) “tal como o conceito de dano em sentido puramente económico está para o conceito de dano juridicamente relevante no sistema da concorrência desleal” (p. 294).

⁽¹³⁰⁾ Cf. MARCO BELLIA, “Concorrenza sleale da storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 294.

⁽¹³¹⁾ Cf. MARCO BELLIA, “Concorrenza sleale da storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 294.

ilícito o “desagregar o estabelecimento alheio” e o definir como ilícito o desvio que “cause dano ao estabelecimento alheio para além do normal prejuízo”. É que, na sua opinião, foi a utilização desta última expressão, ainda assim menos precisa do que a primeira, que abriu o flanco à consideração de outras hipóteses — e, nomeadamente, das de mero parasitismo — como sendo de desvio ilícito, ainda que isso tenha ocorrido de forma inconsciente⁽¹³²⁾.

IV. O Autor chama ainda a atenção para um outro aspecto: a orientação que se basta com o mero efeito parasitário não atende, na resolução dos casos, a todos os interesses tidos como dignos de tutela pelo legislador, já que dirime o conflito entre o empregador que desvia trabalhadores alheios e o concorrente atingido sem tomar em consideração o interesse do trabalhador em escolher livremente o empregador que prefere⁽¹³³⁾.

Isto é: ao considerar-se como suficiente para a declaração de um ilícito concorrencial a circunstância de o concorrente sofrer o dano que sempre decorre da perda de um trabalhador, não exigindo outros elementos qualificadores, transmite-se a seguinte mensagem aos prestadores de trabalho: se quiserem abandonar o actual empregador mas mesmo assim não engrossar as fileiras do desemprego, devem procurar ocupação numa empresa não concorrente. De outro modo, o seu novo contrato poderia ser usado como fundamento para uma acção de concorrência desleal.

Para MARCO BELLIA, o que se deve tutelar — e para tal apontarão o direito constitucional e o direito europeu — é a *efectividade do jogo concorrencial*. Assim, o que se não pode consentir são

⁽¹³²⁾ Cf. MARCO BELLIA, “Concorrenza sleale da storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 295. Esse alargamento inadvertido teria decorrido de, ao divulgar-se a teoria intermédia, que não ultrapassava mas “camuflava” o crítico elemento do *animus nocendi*, este último conceito ter começado a perder o seu significado de origem, passando a abarcar qualquer “intenção de causar dano”, o que abrangia qualquer efeito danoso, ainda que somente “parasitário”.

⁽¹³³⁾ Cf. MARCO BELLIA, “Concorrenza sleale da storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 296. A referida corrente jurisprudencial teria ainda a dificuldade de não respeitar uma “interpretação sistemática da concorrência desleal”, por isso que, em bom rigor, o carácter parasitário da conduta só deveria considerar-se existente quando houvesse imitação sistemática das iniciativas comerciais do concorrente.

acções concorrenciais que não permitam ao concorrente (médio, eficiente) uma resposta adequada, e que, por isso, impeçam o normal desenvolvimento do jogo concorrencial. Donde, será ilícito o desvio de trabalhadores alheios que ocorra numa altura e de forma tais que não consinta que um concorrente ordenado e eficiente leve a cabo uma adequada reorganização comercial⁽¹³⁴⁾.

V. A partir daqui, haveria duas alternativas: ou abandonar a referência ao *animus nocendi*, passando a uma valoração objectiva das circunstâncias concretas que, pela sua perigosidade e incorrecção, qualifiquem o desvio como ilícito; ou manter aquele elemento, posto que se regresse ao seu significado tradicional de “intenção de desagregar” — e não apenas de prejudicar. O Autor sublinha que, em definitivo, seria preferível abandonar de uma vez por todas a ideia do *animus nocendi*, não fosse verificar-se de novo a utilização deste como cavalo de Tróia para o alargamento do conceito de desvio ilícito a comportamentos que manifestamente o não podem ser; porém, enquanto isso não for possível, propõe que se afine a interpretação daquele elemento, como correspondendo à intenção (e idoneidade para) *prejudicar a capacidade de competir do concorrente*⁽¹³⁵⁾.

Secção V REMÉDIOS PARA O DESVIO

18. O meio inibitório

I. Em relação às consequências do acto de desvio de trabalhadores qualificado como desleal, há várias possibilidades. Aí onde se verifique dolo ou culpa do operador, pode intervir a res-

⁽¹³⁴⁾ Cf. MARCO BELLIA, “Concorrenza sleale da storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 297.

⁽¹³⁵⁾ Cf. MARCO BELLIA, “Concorrenza sleale da storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 298. Não será, pois, ilícito o desvio (meramente) associado a um comportamento parasitário (p. 299).

ponsabilidade civil⁽¹³⁶⁾. Porém, darei especial relevo à chamada inibição.

II. A doutrina refere comumente, a propósito da concorrência desleal em geral, a possibilidade de a parte atingida recorrer à acção inibitória, com o fim de fazer cessar o comportamento desleal⁽¹³⁷⁾. Os especialistas costumam ligar este meio de reacção aos casos em que falta o dolo ou culpa do agente⁽¹³⁸⁾. MARCO BELLIA refere este remédio no caso particular do desvio com violação de um pacto de não concorrência: a acção inibitória surgiria como

⁽¹³⁶⁾ Cf. FRANCESCO MESSINEO, *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, 9.^a ed., Milão, 1972, p. 658. ALBERTO RUSSO refere que, no caso de não ser admissível, num caso destes, a tutela inibitória, resta à empresa lesada a possibilidade de agir, face ao concorrente, para obter o ressarcimento do dano. Com uma vantagem, face ao regime geral: uma vez estabelecida a deslealdade da concorrência, a culpa é presumida, até prova em contrário (art. 2600.º/3 do Código Civil italiano) — v. “Storno dei dipendenti”, *cit.*, p. 900. Outro Autor que fala expressamente numa acção de responsabilidade em casos de desvio de trabalhadores é ANDRÉ BRUN (v. “L'évolution du regime de la concurrence irreguliere dans les rapports de travail”, *cit.*, p. 358). V., ainda, a já citada sentença do Tribunal de Turim de 2 de Maio de 2005: admite-se aí o ressarcimento dos danos sofridos pela parte lesada (*cit.*, p. 767).

⁽¹³⁷⁾ As mais das vezes, isso redundará na mera inibição de contratar *outros* dependentes do mesmo concorrente. Assim, na já citada sentença do Tribunal de Turim de 2005, não se foi mais além do que isso (*cit.*, p. 767: veda-se a prossecução da conduta, “inibindo a ré de praticar ulteriores actos de subtracção de dependentes da autora”). V., igualmente, VALERIA MONTARULI, “Storno di dipendenti...”, p. 232.

⁽¹³⁸⁾ Assim, p. ex., JORGE PATRÍCIO PAÚL, “Concorrência Desleal e Segredos de Negócio”, *cit.*, p. 160, a propósito de actos em que haja uma simples contrariedade objectiva, sem qualquer elemento subjectivo particular; também OLIVEIRA ASCENSÃO, *Concorrência Desleal*, *cit.*, p. 120 (“a conduta pode ser já juridicamente relevante, mesmo quando não reveste ainda a totalidade das suas implicações. Assim acontece nas intervenções preventivas, para impedir a verificação efectiva de um acto de concorrência desleal. Aí, prescinde-se da finalidade do agente”). Cf., igualmente, TULLIO ASCARELLI, *Saggi di Diritto Commerciale*, *cit.*, p. 121; e FRANCESCO MESSINEO, *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, *cit.*, p. 658 (“nos casos em que falta o dolo ou culpa do agente, o juiz limita-se a inibir a continuação (reiteração) para o futuro (função *preventiva* da sanção: acção inibitória, ou proibitória)”). Uma especifica intervenção preventiva é-nos descrita por ANDRÉ BRUN como tendo sido prática da jurisprudência em dada altura: segundo o Autor, os tribunais impunham, ao empregador que quisesse contratar um dependente, uma obrigação preventiva: teria de exigir ao candidato um certificado a fim de poder determinar se este se encontrava livre de compromissos (v. “L'évolution du regime de la concurrence irreguliere dans les rapports de travail”, *cit.*, p. 368).

forma de o empregador atingido obter a execução específica do pacto de não concorrência violado, proibindo-se que o novo contrato de trabalho, celebrado entre o concorrente e o trabalhador, prossiga⁽¹³⁹⁾.

III. Na já referida sentença do Tribunal de Milão de 4 de Novembro de 2005, encontra-se maior precisão: o dano provocado pelo desvio pode ser limitado através de um procedimento inibitório, que se restringirá “ao período de tempo tido como necessário para o desenvolvimento de um *know-how* autónomo”⁽¹⁴⁰⁾. Interpreto esta ideia como querendo significar que o remédio adequado em caso de desvio de trabalhadores será a proibição de desenvolvimento da nova relação contratual do trabalhador desviado, mas apenas durante o período de tempo objectivamente considerado como sendo necessário para que, na relação entre dependente e novo empregador, despontasse (no trabalhador) o *know-how* de que este último pretenderia beneficiar desde logo — e, nomeadamente: sem que nisso tivesse investido coisa alguma.

SERGIO LUONI subscreve doutrina idêntica: na opinião do Autor, o instrumento mais adequado para evitar um dano ulterior seria a concessão de uma providência inibitória “*ad tempus*, limitada ao período temporal considerado necessário à criação, por parte da empresa desviante, do aviamento e do *know-how* que teria adquirido (na ausência da obrigação de *non facere*) mediante a prestação dos trabalhadores desviados”⁽¹⁴¹⁾.

IV. A doutrina de ANNA SARACENO vai num sentido parecido: quanto à questão de saber se é possível impedir juridicamente, através de uma providência inibitória, que o empresário utilize as prestações dos trabalhadores desviados, começa a Autora por notar que “não parece possível que a relação de trabalho já constituída possa ser resolvida por ordem do juiz”; porém, subli-

⁽¹³⁹⁾ Cf. MARCO BELLIA, “Concorrenza sleale da storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 264.

⁽¹⁴⁰⁾ Cf. Sentença do Tribunal de Milão 4 de Novembro de 2005, *cit.*, p. 1436.

⁽¹⁴¹⁾ Cf. SERGIO LUONI, “Note in tema di cessione...”, *cit.*, p. 1974.

nha que se deve concluir que a proibição de utilização das prestações do trabalhador transferido pode visar apenas aquelas actividades cuja execução se revelasse ilícita⁽¹⁴²⁾.

V. Há uma outra decisão, citada por ALBERTO RUSSO, em que se nota uma ligeira variação nesta doutrina. Assim, o Tribunal de Bolonha, em sentença de 4 de Outubro de 2005, considerou que o dano causado pelo desvio poderia ser neutralizado mediante a inibição do desviante, “por um período de tempo determinado de forma equitativa”, não só de continuar a contratar (outros) dependentes do concorrente, como também de “utilizar as prestações que os trabalhadores desviados desenvolviam na empresa atingida, e face à mesma clientela”⁽¹⁴³⁾. Esta última parte encontra-se também na base da sanção decretada na sentença do Tribunal de Verona de 15 de Outubro de 1996⁽¹⁴⁴⁾.

19. Em especial: a construção de ALBERTO RUSSO

I. ALBERTO RUSSO procede a uma análise mais pormenorizada. O Autor começa por excluir, em geral, que a ilicitude do desvio comporte a nulidade do contrato de trabalho celebrado entre a empresa e o trabalhador desviado: haveria que contar com os direitos constitucionalmente garantidos do trabalhador⁽¹⁴⁵⁾ e com a circunstância de este ser estranho em relação à controvérsia entre os concorrentes⁽¹⁴⁶⁾. Só poderia haver sanção de nulidade quando o

⁽¹⁴²⁾ Cf. ANNA SARACENO, “Brevi note in tema di storno di dipendenti...”, *cit.*, p. 2308.

⁽¹⁴³⁾ Cf. ALBERTO RUSSO, “Storno dei dipendenti”, *cit.*, p. 900, nota 36.

⁽¹⁴⁴⁾ V. a sentença do Tribunal de Verona de 15 de Outubro de 1996, *cit.*, p. 233 (“a providência idónea a evitar o perpetuar-se do prejuízo para a recorrente derivado da concorrência desleal é a inibição da autora de usar as prestações laborais do pessoal desviado, limitadamente ao desenvolvimento das mesmas tarefas levadas a cabo na dependência da autora”).

⁽¹⁴⁵⁾ Cf. ALBERTO RUSSO, “Storno dei dipendenti”, *cit.*, p. 898.

⁽¹⁴⁶⁾ Em termos similares, GIORGIA TASSONI mostra-se muito reticente face à admissibilidade de uma providência cautelar dirigida a suspender a relação de trabalho consti-

trabalhador tivesse concorrido para a actividade de desvio: em tais casos, haveria “motivo ilícito comum a ambas as partes”, para efeitos do disposto no art. 1345.º do Código civil italiano⁽¹⁴⁷⁾. Seria, porém, difícil demonstrar a comunhão e a exclusividade do fim ilícito. Essa dificuldade sairia tão mais acrescida quanto, segundo o Autor, a jurisprudência tende a considerar que a unicidade do motivo comum pressupõe a procura da mesma finalidade ilícita, não se bastando com a (mera) consciência de se retirar um benefício comum dos comportamentos recíprocamente ilícitos; sobretudo, revelar-se-ia delicado conjugar a vontade do sujeito desviante de causar dano ao concorrente com a vontade do trabalhador de melhorar a própria posição profissional⁽¹⁴⁸⁾.

O ponto é muito interessante, porquanto o referido art. 1345.º do Código civil italiano tem um correspondente na nossa lei: o art. 281.º do Código Civil.

II. Quanto à acção inibitória, que poderia ser deduzida a título de tutela ordinária ou de providência cautelar, postos os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, o Autor começa por perguntar se será admissível, não só no caso de a actividade de desvio ainda estar em curso, mas também nas hipóteses em que os trabalhadores já tenham passado ao serviço do concorrente⁽¹⁴⁹⁾. Ou seja, segundo este Autor, não é pelo menos sem algum esforço de fundamentação que se pode chegar a afirmar a idoneidade da acção inibitória como remédio para a concorrência desleal quando o desvio de trabalhadores já está consumado.

Segundo RUSSO, um primeiro aspecto a ter em conta é o direito do trabalhador, constitucionalmente garantido, de cumprir a prestação laboral acordada⁽¹⁵⁰⁾. Porém, o interesse do ex-empregador em impedir o desfrute, por parte do concorrente, das prestações

tuída após o desvio, por força do carácter de estraneidade do trabalhador perante as partes em disputa [v. “Lo storno di dipendenti tra illecito concorrenziale e libertà di lavoro”, em *Rivista di Diritto Industriale*, Ano XLVI (1997), n. 2., parte II, pp. 92-97 (96-97)].

⁽¹⁴⁷⁾ Cf. ALBERTO RUSSO, “Storno dei dipendenti”, *cit.*, p. 898.

⁽¹⁴⁸⁾ Cf. ALBERTO RUSSO, “Storno dei dipendenti”, *cit.*, p. 898.

⁽¹⁴⁹⁾ Cf. ALBERTO RUSSO, “Storno dei dipendenti”, *cit.*, p. 898.

⁽¹⁵⁰⁾ Cf. ALBERTO RUSSO, “Storno dei dipendenti”, *cit.*, p. 899.

do trabalhador prevaleceria sobre o interesse do dependente quando este tivesse concorrido para o ilícito, participando activa e conscientemente na operação de desvio⁽¹⁵¹⁾. De acordo com o mesmo Autor, alguma jurisprudência entende que, ainda quando não se tenha verificado aquela participação por parte do trabalhador, seria admissível a acção inibitória no caso de se tratar de prestações muito específicas e circunscritas: não se tolheria totalmente a liberdade de trabalho do dependente, mas apenas o “uso das tecnologias próprias da empresa” de que o trabalhador desviado tivesse conhecimento, e bem assim a utilização, por parte do concorrente, dos trabalhadores desviados na actividade comercial com clientes e fornecedores do competidor atingido⁽¹⁵²⁾.

III. RUSSO cita a sentença do Tribunal de Monza de 24 de Janeiro de 2000, em que se disse que “o facto de uma providência judicial poder afectar indirectamente os direitos de terceiro de forma alguma pode legitimar o persistir da conduta antijurídica, e seguramente não pode impedir o decretamento da própria providência”⁽¹⁵³⁾. Haveria, segundo o Tribunal, uma lógica de *sibi imputet*: “o autor do ilícito só a si deverá atribuir a responsabilidade pela lesão de terceiros causada por uma providência judicial que põe termo à situação antijurídica”⁽¹⁵⁴⁾. Mais interessante ainda é a conclusão: “o autor do ilícito não poderá certamente utilizar o potencial dano para terceiros a fim de evitar o decretamento da própria providência”.

Em Direito, esta última afirmação tem um nome: *tu quoque*. Constituiria abuso do direito a invocação, por parte do autor do acto de concorrência desleal, de um efeito causado pela sua acção como forma de obviar a que fosse decretada, contra si, uma sanção como consequência dessa mesma conduta⁽¹⁵⁵⁾.

(151) Cf. ALBERTO RUSSO, “Storno dei dipendenti”, *cit.*, p. 899.

(152) Cf. ALBERTO RUSSO, “Storno dei dipendenti”, *cit.*, p. 899.

(153) Cf. ALBERTO RUSSO, “Storno dei dipendenti”, *cit.*, p. 899.

(154) Cf. ALBERTO RUSSO, “Storno dei dipendenti”, *cit.*, p. 899.

(155) Cf., quanto à descrição do *tu quoque*, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Coimbra, 1997 (reimpressão), pp. 851-852; e, do mesmo Autor, *Tratado de Direito Civil*, Parte Geral, V, Coimbra, 2011, pp. 327 e segs. Outro ponto de ligação

IV. A doutrina proposta por ALBERTO RUSSO passa por afirmar, em primeiro lugar, que, na dinâmica do comportamento desviante, a contratação do trabalhador pelo concorrente não constitui, em si, o evento do qual resultam os efeitos danosos da conduta concorrencial: na verdade, esses efeitos estariam antes no facto (previamente verificado) da saída do trabalhador da empresa atingida⁽¹⁵⁶⁾. Assim, prossegue, a tutela inibitória só encontraria plena realização *antes da saída do trabalhador*; inversamente, não poderia configurar remédio adequado para a deserção deste, por isso que seria inadmissível que à inibição se associasse uma ordem de reintegração do dependente na empresa que abandonara⁽¹⁵⁷⁾.

V. Uma corrente jurisprudencial, citada por RUSSO, condiciona a admissibilidade da acção inibitória — no momento posterior à contratação dos trabalhadores pelo concorrente — à existência de uma conduta concorrencial que ofenda vários bens jurídicos: assim, o Autor menciona a já referida sentença do Tribunal de

interessante entre o *tu quoque* e a concorrência desleal é a circunstância de, no direito suíço, se excluir expressamente a invocabilidade de *tu quoque* no domínio dos actos desleais: aquele que praticar um acto concorrencial desleal não se pode eximir das consequências da sua conduta invocando igual comportamento da parte contrária (v. KAMEN TROLLER, *Précis du Droit Suisse...*, cit., pp. 345 e ss [“o demandado numa acção de concorrência desleal não se pode furtar à condenação argumentando que o autor agiu também de maneira desleal. (...) Aquele que tem um comportamento inadequado não pode opor a outrem o seu comportamento inadequado” (p. 345). A solução resulta igualmente de se considerar que a concorrência desleal se reveste de um carácter tridimensional: protege os concorrentes, os consumidores e a colectividade. Assim, permitir que alguém se eximisse de responder, por força do comportamento de um só dos protegidos, seria negar tutela aos demais (p. 346)]. A propósito, recorde que, segundo a doutrina especializada, o caso do desvio de dependentes não integra as hipóteses de concorrência desleal que afectam, para além de um concorrente em especial, o mercado em geral: assim, v. DÁRIO MOURA VICENTE, *La Propriété Intellectuelle en Droit International Privé*, Leiden, 2009, pp. 362 (em que se refere a genérica idoneidade do instituto da concorrência desleal para, ainda que indirectamente, proteger interesses dos consumidores) e 367 (em que se inclui o caso da incitação à ruptura de contrato de trabalho no conjunto de hipóteses de actos desleais que afectam apenas um concorrente determinado).

⁽¹⁵⁶⁾ Também se poderia dizer, na verdade, que o dano não estaria nem no facto da saída (da antiga empresa), nem no facto da entrada (na nova), mas sim na ulterior (e apenas eventual) circunstância de o trabalhador desviado começar a desenvolver a sua actividade de molde a atrair para o novo empregador a clientela do concorrente atingido.

⁽¹⁵⁷⁾ Cf. ALBERTO RUSSO, “Storno dei dipendenti”, cit., p. 899.

Monza de 24 de Janeiro de 2000, que, entendendo igualmente que a tutela inibitória não poderia servir como remédio no caso de o dependente desviado já ter ingressado na empresa concorrente, sustenta que uma acção daquele jaez só seria admissível se deduzida perante uma outra conduta desleal, distinta do desvio, como a de concorrência parasitária⁽¹⁵⁸⁾.

CAPÍTULO III CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

20. Síntese dos pontos abordados

I. Em primeiro lugar, tivemos oportunidade de esclarecer que o desvio de trabalhadores é um acto de concorrência, como tal valorável à luz das normas e usos honestos do sector de actividade em que ocorra. É que, como explica a melhor doutrina, o acto de concorrência pode ser um negócio jurídico, e, sobretudo, mesmo um “acto de estruturação interna da empresa” pode consubstanciar concorrência desleal, sempre que seja dirigido especificamente contra um concorrente. Estaremos, também aí, perante um “comportamento no mercado de um operador económico, susceptível de se repercutir negativamente sobre outros operadores económicos que disputam a mesma clientela”⁽¹⁵⁹⁾.

II. Outro ponto sublinhado foi o da inserção do desvio de trabalhadores no hemisfério dos actos de agressão e, em particular,

⁽¹⁵⁸⁾ Cf. ALBERTO RUSSO, “Storno dei dipendenti”, *cit.*, p. 899; de resto, o Tribunal negou, no caso, a tutela inibitória, precisamente por “a concorrência parasitária não ter sido minimamente invocada na presente acção” (p. 899, nota 37). Curiosamente, já em ANDRÉ BRUN surgia a sugestão de que se presumiria a intenção de emular o concorrente quando o desvio de concorrentes fosse acompanhado “de outros factos, como a imitação de sinais” (v. “L’*évolution du regime de la concurrence irreguliere dans les rapports de travail*”, *cit.*, p. 358).

⁽¹⁵⁹⁾ Assim, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Concorrência Desleal*, *cit.*, p. 126, já citado. V., *supra*, Capítulo I, ponto 4, § ii.

dos actos de desorganização. Como tal, há referência — o que não acontece necessariamente noutros subtipos — a um elemento subjectivo de ilicitude: a intenção de desorganizar ou desagregar a empresa alheia⁽¹⁶⁰⁾.

III. Num momento ulterior, e seguindo de perto a construção de OLIVEIRA ASCENSÃO, vimos como as hipóteses de desvio se podem colocar. Assim, começámos por ver o que sucede quando o concorrente, apesar de contratar um trabalhador do competidor, não o incita a desvincular-se do seu empregador: se este o faz de uma forma regular (*v. g.*, respeitando o pré-aviso), não haverá deslealdade na sua subsequente contratação⁽¹⁶¹⁾. Quando o dependente rompe a ligação ao anterior empregador de uma forma irregular, não haverá ainda assim, em princípio, concorrência desleal se o concorrente o não tiver a tal incitado: resposta contrária redundaria numa proscrição do trabalhador daquele ramo de actividade, para o que se não encontra justificação⁽¹⁶²⁾.

IV. De seguida, analisámos os casos em que há incitamento à ruptura por parte do concorrente: aí, a resposta dependia de a desvinculação ter sido regular ou irregular. No primeiro caso, não haveria, em princípio, concorrência desleal⁽¹⁶³⁾; poderia, porém, chegar-se a conclusão diferente em presença de “circunstâncias qualificativas particulares”. No segundo caso — isto é, aquele em que o concorrente incita o trabalhador do competidor a romper a relação contratual de forma irregular — haveria acto desleal, independentemente do fim do agente⁽¹⁶⁴⁾.

V. Prosseguindo o estudo da matéria, assentámos em que, no caso de não haver incentivo à violação do contrato, poderia ainda assim haver deslealdade se o concorrente fosse movido, ao

⁽¹⁶⁰⁾ Cf., *supra*, Capítulo II, Secção I, ponto 5.

⁽¹⁶¹⁾ Cf., *supra*, Capítulo II, Secção I, ponto 6, § *i*.

⁽¹⁶²⁾ Cf., *supra*, Capítulo II, Secção I, ponto 6, § *ii*.

⁽¹⁶³⁾ Cf., *supra*, Capítulo II, Secção I, ponto 6, § *i*, com a ressalva do ponto 7, § *i*.

⁽¹⁶⁴⁾ Cf., *supra*, Capítulo II, Secção I, ponto 6, § *ii*.

contratar o ex-trabalhador de um competidor, de uma particular intenção de prejudicar: tal verificar-se-ia quando pretendesse, com a contratação, desorganizar a empresa concorrente; obter segredos comerciais alheios; dar a falsa aparência de continuador da empresa alheia; ou ainda se houvesse contratação sistemática de trabalhadores do concorrente, no caso de tal reiteração não ter uma justificação aceitável⁽¹⁶⁵⁾.

OLIVEIRA ASCENSÃO, ao afirmar que, quando há incitamento a uma ruptura irregular, há sempre concorrência desleal, independentemente da intenção do agente, por isso que “a irregularidade do meio indicia a reprovação por parte da ordem jurídica”, situa-se claramente numa postura objectivista: prescinde do *animus nocendi*, afirmando a deslealdade da conduta com base em dados meramente objectivos. Não se deve esquecer que toda a figura, porque integrada nos actos de desorganização, parece pressupor um elemento subjectivo particular. Porém, também se pode interpretar as palavras do Autor à luz do que afirma quanto aos remédios para a concorrência desleal: quando não haja o elemento subjectivo qualificador, não pode haver responsabilidade civil; mas pode ainda assim recorrer-se ao meio inibitório.

PEDRO SOUSA E SILVA, ao eleger como único critério revelador de deslealdade o da sistematicidade ou intensidade do recurso aos trabalhadores alheios⁽¹⁶⁶⁾, parece igualmente pender para uma postura objectivista, porventura ainda identificável numa “tese intermédia”, dado o recurso ao indício.

COUTO GONÇALVES inscreve-se claramente na corrente intermédia, ao afirmar que é essencial “a intenção de desorganizar ou desagregar a empresa do concorrente”, conclusão a que se poderá chegar através de “indícios”, citando a esse propósito aqueles que são tradicionalmente referidos (número, qualificação, função dos trabalhadores em causa, etc.)⁽¹⁶⁷⁾. Salvo melhor opinião, FERRER CORREIA e LOBO XAVIER pareciam adoptar a tese objectiva, ao rele-

⁽¹⁶⁵⁾ Cf., *supra*, Capítulo II, Secção I, ponto 7, §§ *i*, *ii* e *iii*.

⁽¹⁶⁶⁾ Cf., *supra*, Capítulo II, Secção I, ponto 8, § *i*.

⁽¹⁶⁷⁾ Cf., *supra*, Capítulo II, Secção I, ponto 8, § *ii*.

var sobretudo a circunstância de o concorrente incitar a uma ruptura ilícita⁽¹⁶⁸⁾.

VI. Depois de analisarmos brevemente as respostas que surgiram noutros ordenamentos, sobretudo em obras de pendor generalista⁽¹⁶⁹⁾, tomámos conhecimento de uma série de escritos específicos que surgem na doutrina italiana sobre esta problemática, e nomeadamente de uma das primeiras controvérsias que nessa sede se levantam: a de saber se só há desvio quando a iniciativa é do concorrente, ou se também pode afirmar-se a presença daquele quando o primeiro impulso parte do dependente. Vimos, na altura, que a corrente dominante entende que não preclui a possibilidade de um desvio relevante a circunstância de ter sido o trabalhador a tomar a iniciativa, posto que, sobre esta, se venha a verificar uma actuação do concorrente idónea a justificar a saída do prestador de trabalho da sua antiga empresa⁽¹⁷⁰⁾.

VII. Quanto à questão de saber se pode haver desvio mesmo por parte de uma sociedade comercial ainda não constituída, vimos que a resposta é genericamente afirmativa⁽¹⁷¹⁾. Mais controversa é a possibilidade de uma empresa em liquidação ser sujeito passivo de concorrência desleal, e nomeadamente por desvio de trabalhadores: apesar de algumas hesitações, também se tende a concluir que sim⁽¹⁷²⁾.

VIII. Na secção seguinte, descrevemos pormenorizada-mente as três teorias mais comuns na doutrina italiana, em tema de desvio de dependentes: a objectiva⁽¹⁷³⁾, a subjectiva⁽¹⁷⁴⁾ e a intermédia⁽¹⁷⁵⁾.

⁽¹⁶⁸⁾ Cf., *supra*, Capítulo II, Secção I, ponto 8, § *iii*.

⁽¹⁶⁹⁾ Cf., *supra*, Capítulo II, Secção I, pontos 9 e 10 (§§ *i* a *v*).

⁽¹⁷⁰⁾ Cf., *supra*, Capítulo II, Secção I, ponto 10, § *vi*.

⁽¹⁷¹⁾ Cf., *supra*, Capítulo II, Secção II, ponto 11, §§ *i* e *ii*.

⁽¹⁷²⁾ Cf., *supra*, Capítulo II, Secção II, ponto 12, §§ *i* e *ii*.

⁽¹⁷³⁾ Cf., *supra*, Capítulo II, Secção III, ponto 13.

⁽¹⁷⁴⁾ Cf., *supra*, Capítulo II, Secção III, ponto 14.

⁽¹⁷⁵⁾ Cf., *supra*, Capítulo II, Secção III, ponto 15.

Numa outra secção, verificámos que nem sempre o *animus nocendi* é definido da mesma forma: assim, há uma acepção tradicional, que o refere como a intenção de desorganizar ou desagregar a empresa do concorrente; porém, surgiram já outras, que o identificam como a intenção de desfrutar do investimento alheio ou de criar um efeito confusório ou parasitário⁽¹⁷⁶⁾, ou, segundo algumas versões mais indefinidas, com uma menos nítida “intenção de prejudicar”⁽¹⁷⁷⁾. Seguimos, a esse propósito, a construção de MARCO BELLIA, para quem se deveria abandonar estas novas acepções e retomar a clássica referência à intenção de desagregar ou de desorganizar o concorrente, entendida, à luz dos dados actuais, como se reportando a uma actuação dirigida a prejudicar a capacidade de competir do concorrente (isto é: de, perante o desvio, gizar, em tempo útil, uma resposta adequada, de modo a não sair perturbado o normal desenvolvimento do jogo concorrencial)⁽¹⁷⁸⁾.

IX. Na última secção do capítulo anterior, analisámos os possíveis remédios para as situações de desvio. Após uma breve referência à possibilidade de recorrer à responsabilidade civil⁽¹⁷⁹⁾, tema não aprofundado por comum a outros tipos de actos concorrenciais desleais, demos particular relevo à questão da acção inibitória, por isso que, em tema de desvio de dependentes, pode levar a alguns resultados peculiares⁽¹⁸⁰⁾. Assim, demos conta de propostas no sentido de a acção inibitória ser usada como forma de execução específica de um pacto de não concorrência violado (proibir-se-ia a execução do contrato de trabalho celebrado entre o ex-trabalhador e um concorrente em violação de um tal pacto)⁽¹⁸¹⁾; no sentido de uma inibição limitada no tempo, restringindo-se ao período considerado necessário para o desenvolvimento de um *know-how* autónomo por parte do concorrente⁽¹⁸²⁾; ou no sentido de uma inibição

⁽¹⁷⁶⁾ Cf., *supra*, Capítulo II, Secção IV, ponto 17, § i.

⁽¹⁷⁷⁾ Cf., *supra*, Capítulo II, Secção IV, ponto 17, § ii.

⁽¹⁷⁸⁾ Cf., *supra*, Capítulo II, Secção IV, ponto 17, §§ iii a v.

⁽¹⁷⁹⁾ Cf., *supra*, Capítulo II, Secção V, ponto 18, § i.

⁽¹⁸⁰⁾ Cf., *supra*, Capítulo II, Secção V, ponto 18, §§ ii e ss.

⁽¹⁸¹⁾ Cf., *supra*, Capítulo II, Secção V, ponto 18, § ii.

⁽¹⁸²⁾ Cf., *supra*, Capítulo II, Secção V, ponto 18, § iii.

que, apesar de definitiva, se dirigisse apenas às actividades que o trabalhador desviado desempenhava na empresa atingida, e perante a mesma clientela⁽¹⁸³⁾.

X. Ainda a este propósito, houve ocasião de analisar mais detalhadamente a construção de ALBERTO RUSSO⁽¹⁸⁴⁾. Este Autor começa por sugerir a nulidade do novo contrato de trabalho como forma de abordar a questão, mas apenas nos casos, de difícil verificação, em que tanto o trabalhador desviado como o concorrente tenham tido um “motivo ilícito comum”, nos termos do art. 1345.º do Código civil italiano, a que corresponde o art. 281.º do nosso⁽¹⁸⁵⁾.

RUSSO dá depois nota da maior dificuldade que há em justificar a adequação do meio inibitório nos casos em que o desvio não está já em curso, tendo-se antes verificado totalmente: em tais hipóteses, há que contar com o direito do trabalhador a cumprir a sua prestação laboral. Porém, sublinha, o interesse do empregador atingido prevalece sobre o do trabalhador quando este tenha concorrido na actuação desleal⁽¹⁸⁶⁾. O Autor cita ainda uma sentença em que se diz que, se o concorrente se não conformar com a circunstância de, por força da sua acção, o trabalhador que contratou não poder desenvolver a sua actividade, só a si próprio deve pedir explicações — numa lógica de *sibi imputet*⁽¹⁸⁷⁾. RUSSO acaba por se mostrar reticente quanto à idoneidade da acção inibitória nos casos em que a transferência já se deu, por isso que dificilmente se poderia admitir, ao lado da providência inibitória, uma ordem de reintegração do dependente na empresa que deixara⁽¹⁸⁸⁾. Por último, o Autor refere uma corrente jurisprudencial segundo a qual só seria admissível a acção inibitória nos casos em que, para além

⁽¹⁸³⁾ Cf., *supra*, Capítulo II, Secção V, ponto 18, §§ *iv* e *v*.

⁽¹⁸⁴⁾ Cf., *supra*, Capítulo II, Secção V, ponto 19.

⁽¹⁸⁵⁾ Cf., *supra*, Capítulo II, Secção V, ponto 19, § *i*.

⁽¹⁸⁶⁾ Cf., *supra*, Capítulo II, Secção V, ponto 19, § *ii*.

⁽¹⁸⁷⁾ Cf., *supra*, Capítulo II, Secção V, ponto 19, § *iii*. Nesse mesmo parágrafo houve ocasião de estabelecer um paralelo entre a lógica subjacente à sentença referida e aquela que preside ao instituto do *tu quoque*, decorrência da boa fé (abuso do direito).

⁽¹⁸⁸⁾ Cf., *supra*, Capítulo II, Secção V, ponto 19, § *iv*.

do desvio, houvesse outras hipóteses de concorrência desleal, e nomeadamente a de concorrência parasitária⁽¹⁸⁹⁾.

21. Conclusão

I. O desvio de trabalhadores é um tema por explorar, particularmente entre nós. A investigação que aqui se deixa pretende chamar a atenção dos especialistas e, em geral, dos interessados, para a oportunidade de uma nova reflexão sobre este instituto, em termos aturados.

II. Pela minha parte, relevaria, como mais importantes, alguns dos elementos sublinhados na precedente exposição. Assim, creio poder dar-se por assente que o desvio de trabalhadores se reveste das características necessárias para ser antolhado como acto de concorrência. Em segundo lugar, deve-se ter em conta que, no caso específico do desvio de trabalhadores, e ao contrário do que sucede com outras hipóteses de concorrência desleal, há uma ligação bem marcada com a questão da intenção de desagregar o estabelecimento concorrente, dada a inserção da figura no domínio dos actos de agressão e, em particular, dos actos de desorganização.

III. Aí onde só objectivamente se possa falar num acto desleal de desvio de trabalhadores — não acompanhado, pois, da específica intenção de lesar —, é admissível uma acção inibitória, e em particular com o propósito de impedir o desenvolvimento da relação contratual constituída entre dependente desviado e agente, durante o período de tempo considerado necessário para se desenvolver, através de investimentos feitos por este último, o *know-how* que se procurava no trabalhador assediado — solução que me parece mais consentânea com os princípios juslaborais do que uma

(189) Cf., *supra*, Capítulo II, Secção V, ponto 19, § v.

outra, de cariz definitivo, que vedasse a execução das tarefas que o dependente realizava no anterior estabelecimento, e perante a mesma clientela.

Não obstante, nos casos em que haja um específico *animus nocendi* — interpretado, consoante a mais actualizada doutrina, como significando uma intenção de desagregar o estabelecimento concorrente, por via de um acto dirigido a afectar a capacidade de competir do antagonista, materializado numa conduta que não consinta, a um empresário ordenado e eficiente, uma resposta atempada e adequada —, devem actuar outros meios mais gravosos, como a responsabilidade civil (face ao concorrente desleal), e, nos casos-limite em que se consiga provar uma comunidade de propósitos (nocivos) entre trabalhador desviado e concorrente-actuante, mesmo a nulidade do novo contrato de trabalho (nos termos do art. 281.º do Código Civil).

Índice bibliográfico

- ASCARELLI, TULLIO, *Saggi di Diritto Commerciale*, Milão, 1955.
- ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, *Concorrência Desleal*, Coimbra, 2002, p. 120.
- BELLIA, MARCO, “Concorrenza sleale da storno di dipendenti e sua interpretazione nella giurisprudenza piú recente”, em *Rivista di Diritto Industriale*, Anno LXII (2013), I, n. 4-5.
- BRUN, ANDRÉ, “L’évolution du regime de la concurrence irreguliere dans les rapports de travail”, em *Mélanges em l’honneur de Paul Roubier*, II, Paris, 1961.
- CAPRA, DOMENICO, “Concorrenza dell’”ex” e storno di dipendenti”, em *Rivista di Diritto Industriale*, Anno XLVII (1998), n. 1, parte II.
- CARTELA, MASSIMO, “Note riassuntive su: imitazione servile, parassitismo, storno di dipendenti ed altri profili di illecito concorrenziale”, em *Rivista di Diritto Industriale*, Anno XXXVI (1987), parte II.
- CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Coimbra, 1997 (reimpressão).
- _____, *Tratado de Direito Civil*, Parte Geral, V, Coimbra, 2011.
- CORREIA, ANTÓNIO FERRER; XAVIER, VASCO DA GAMA LOBO, “Efeito externo das obrigações; abuso do direito; concorrência desleal”, em *Revista de Direito e Economia*, Ano V, n.º 1 (Janeiro/Junho de 2009).
- CORREIA, MIGUEL J. A. PUPO, *Direito Comercial*, 7.ª ed., Coimbra, 2001.
- DEKEUWER-DÉFOSSÉZ, FRANÇOISE, *Droit Commercial*, Paris, 1990.
- DIDIER, PAUL, *Droit Commercial*, I, Paris, 1970.
- FEDERICQ, LOUIS, *La Concurrence Déloyale*, Gand, 1935.
- GIANNINI, TORQUATO CARLO GIANNINI, “Concorrenza sleale ed illecita”, em *Dizionario Pratico del Diritto Privato*, Vol. II, Milão, 1950.
- GONÇALVES, LUÍS M. COUTO, *Manual de Direito Industrial*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2013.
- GUELI, ENZO, “Concorrenza illecita”, em *Nuovo Digesto Italiano*, XVI, Turim, 1938.
- HEINSHEIMER, KARL, *Derecho Mercantil* (trad. para castelhano da 3.ª edição), Madrid, 1933.
- KIRKPATRICK, ROBERT E., *Initiation au Droit Anglais*, Bruxelas, 1959.

- LUONI, SERGIO, “Note in tema di cessioni di quota di partecipazione”, em *Giurisprudenza Italiana*, Agosto-Setembro de 2008.
- MESSINEO, FRANCESCO, *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, 9.^a ed., Milão, 1972.
- MONTARULI, VALERIA, “Storno di dipendenti: tra elemento soggettivo e danno (ingiusto?)”, em *Il Foro Italiano*, Ano 1997, Vol. CXX, I.
- OLAVO, CARLOS, *Propriedade Industrial*, Vol. I, 2.^a ed., Coimbra, 2005.
- PAÚL, JORGE PATRÍCIO, “Concorrência Desleal e Segredos de Negócio”, em *Direito Industrial*, Vol. II, Coimbra, 2002.
- RAFFAELLI, ENRICO ADRIANO, “La contraffazione del software: profili di diritto d’autore e di concorrenza sleale”, em *Rivista di Diritto Industriale*, Ano XLIV (1995), parte I.
- RAMELLA, AGUSTÍN, *Tratado de la Propiedad Industrial*, tomo II, Madrid, 1913.
- RAVÀ, TITO, *Diritto Industriale*, Vol. I, Turim, 1986.
- ROVELLI, ROBERTO, *La Concorrenza Sleale ed i Beni Immateriali di Diritto Industriale*, Turim, 1967.
- RUSSO, ALBERTO, “Storno dei dipendenti”, em *Digesto delle Discipline Privatistiche — Sezione Commerciale, Aggiornamento IV*, Turim, 2008.
- SARACENO, ANNA, “Brevi note in tema di storno di dipendenti e concorrenza sleale”, em *Giurisprudenza Italiana*, Dezembro 2005.
- SERENS, M. NOGUEIRA, “A jurisprudência norte-americana (mais antiga) sobre o incitamento à ruptura contratual: aspectos jus-concorrenciais”, em *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Vol. I, Coimbra, 2012.
- SILVA, PEDRO SOUSA E, *Direito Industrial*, Coimbra, 2011.
- SPIAZZI, GIANFRANCO, “Storno di dipendenti e perduranti ambiguità definitive”, em *Rivista di Diritto Industriale*, Ano XLVII (1998), parte II.
- STEFANI, FABIA, “Note in tema di liquidazioni; concorrenza e storno di dipendenti”, em *Giurisprudenza Italiana*, Julho 2005.
- TASSONI, GIORGIA, “Lo storno di dipendenti tra illecito concorrenziale e libertà di lavoro”, em *Rivista di Diritto Industriale*, Ano XLVI (1997), n. 2., parte II.
- TRIMARCHI, PIETRO, *Instituzioni di Diritto Privato*, 7.^a ed., Milão, 1986.
- TROLLER, KAMEN, *Précis du Droit Suisse des Biens Immatériels*, 2.^a ed., Genebra, 2006.

VALLE, VERONICA, “Brevi note a Trib. Monza, 13 febbraio 2001, in tema di storno di dipendenti”, em *Rivista di Diritto Industriale*, Ano LI (2002), parte II.

VICENTE, DÁRIO MOURA, *La Propriété Intellectuelle en Droit International Privé*, Leiden, 2009.

Índice de jurisprudência

Jurisprudência nacional

Supremo Tribunal de Justiça

STJ 16-Out.-1996 (LOUREIRO PIPA), Colectânea de Jurisprudência STJ, Ano IV (1996), parte II.

Relação de Évora

REv 25-Jun.-1991 (LOUREIRO PIPA), Colectânea de Jurisprudência, Ano XVI (1991), parte III.

Relação de Lisboa

RLx 28-Jun.-1983 (ELISEU FIGUEIRA), Colectânea de Jurisprudência, Ano VIII (1985), parte III.

RLx 9-Mar.-1994 (ÁLVARO VASCO), Colectânea de Jurisprudência, Ano XIX (1994), parte II.

Jurisprudência estrangeira

Cassação civil

Cassação Civil, Secção I, 23 de Maio de 2008 (RAGONESI), em *Giurisprudenza Italiana*, Novembro 2008.

Cassação civil, Secção I, 3 de Agosto de 1987 (VERCELLONE), em *Giurisprudenza Italiana*, Ano 140, 1988.

Cassação civil, Secção I, de 30 de Agosto de 1994 (GRAZIADEI), em *Giurisprudenza Italiana*, Ano 147, 1995.

Cassação civil, Secção I, de 20 de Junho de 1996 (BALDASSARRE) (em *Il Foro Italiano*, Ano 1997, vol. CXX, I.

Cassação de 6 de Maio de 1980 (GUALTIERI), em *Rivista di Diritto Industriale*, Ano XXXI (1982), parte II.

Cassação, Secção I, de 22 de Julho de 2004, em *Rivista di Diritto Industriale*, Ano LIV (2005), n. 4-5, parte II.

Outros

Tribunal de Apelação de Veneza de 31 de Janeiro de 1983, *Rivista di Diritto Industriale*, Anno XXXII (1983), II.

Tribunal de Verona de 15 de Outubro de 1996 (ZATTONI), em *Rivista di Diritto Industriale*, Ano XLVII (1998), parte II.

Tribunal de Milão de 3 de Novembro de 2004 (GUALDI), em *Giurisprudenza Italiana*, Julho 2005.

Tribunal de Turim de 29 de Dezembro de 2004 (CONTINI), em *Giurisprudenza Italiana*, Dezembro de 2005.

Tribunal de Turim de 2 de Maio de 2005 (GROSSO), *Giurisprudenza Italiana*, Abril de 2006.

Tribunal de Milão, 4 de Novembro 2005 (CRAVEIA), *Giurisprudenza Italiana*, Julho 2006.

Tribunal de Belluno, 28 de Fevereiro de 2007, *Giurisprudenza Italiana*, Agosto-Setembro 2008.

O PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA ADMINISTRATIVA: MITO OU REALIDADE?(*)

*Pela D.^{ra} Débora Melo Fernandes(**)*

SUMÁRIO:

1. Introdução. **2.** As referências expressas à transparência no direito administrativo. **3.** A visão da doutrina nacional a respeito da transparência como princípio fundamental da Administração. **4.** O conteúdo, o fundamento e as funções do princípio da transparência administrativa. **5.** Os limites da transparência administrativa: o segredo justificado. **6.** A transparência administrativa como instrumento ou corolário de outros princípios fundamentais da Administração. *6.1.* Transparência e imparcialidade; *6.2.* Transparência, colaboração da Administração e participação dos administrados. **7.** Os instrumentos do princípio da transparência administrativa. *7.1.* O direito de acesso à informação; *7.2.* O dever de fundamentação; *7.3.* Audiência prévia, consulta pública e outros modos de participação; *7.4.* Notificação, publicação e publicitação; comunicação. **8.** Síntese conclusiva: o conteúdo normativo autónomo do princípio da transparência administrativa.

(*) Este estudo corresponde, com algumas alterações, ao relatório final apresentado na cadeira de Proteção Administrativa de Direitos Fundamentais, no 1.º semestre do ano letivo de 2014/2015, no âmbito do Mestrado em Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa — Escola de Lisboa. O título é inspirado em LUÍS FILIPE COLAÇO ANTUNES, “Mito e Realidade da Transparência Administrativa”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Afonso Rodrigues Queiró*, Vol. II, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (BFDUC)*, Coimbra, 1993.

(**) Advogada.

1. Introdução

trans.pa.ren.te [trẽ|pẽ'rẽt(ə)]

adjetivo de 2 géneros

1. *que se deixa atravessar pela luz e permite distinguir os objetos através de si; límpido*
2. *que deixa passar a luz e a difunde, mas sem permitir distinguir nitidamente os objetos; translúcido*
3. *figurado que se percebe facilmente; evidente, claro*
4. *figurado que revela claramente a sua natureza; inequívoco, claro*
5. *LINGUÍSTICA diz-se de um termo, de um contexto ou de um discurso que não é opaco⁽¹⁾*

O uso da palavra *transparência* não é, de forma alguma, singularidade do mundo jurídico, tão-pouco do direito administrativo⁽²⁾, nem neles encontra campo preferencial de aplicação. De facto, basta dispensar alguma atenção à linguagem corrente usada pelo cidadão comum para de imediato constatar tratar-se de um conceito polissémico, empregado em múltiplas disciplinas e variados contextos, inúmeras vezes assumindo um sentido figurado ou metafórico.

Modernamente, é frequente reclamar-se transparência nas relações entre pessoas, empresas e organizações. Para os particulares, o desrespeito pelas exigências de transparência pode acarretar consequências nos planos pessoal, político, económico ou profissional, mas não tanto (ou não sobretudo) no plano jurídico. Pelo contrário, é genericamente reconhecido e facilmente perceptível que, para os poderes públicos em geral e para a Administração em

⁽¹⁾ *Dicionário Editora da Língua Portuguesa*, Porto Editora, Porto, 2014.

⁽²⁾ Um dos inúmeros exemplos de referência ao valor da transparência fora do âmbito do direito administrativo consta do art. 2.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro, alterado pela Lei n.º 47/2014, de 28 de julho, que estabelece o regime jurídico dos contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial: “[o] presente decreto-lei é aplicável aos contratos celebrados à distância e aos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial, tendo em vista promover a transparência das práticas comerciais e salvaguardar os interesses legítimos dos consumidores” (destaque aditado).

especial, a ideia de transparência comporta um sentido mais intenso, ao ponto de ser frequente, em nome desta, exigir daqueles um determinado tipo de conduta e impor-lhes um conjunto de sujeições. Em suma, nos tempos que correm, toda a gente está a favor e reclama a transparência dos poderes públicos, e em concreto a transparência administrativa, embora assomem dúvidas sobre o que isso significa exatamente.

A polissemia da palavra *transparência* é a razão de ser fundamental da fluidez e imprecisão dos contornos das exigências dela decorrentes⁽³⁾. Assim, num plano mais objetivo ou científico, é normalmente definida como a qualidade ou o estado do que é transparente, não opaco, do que deixa atravessar a luz e permite distinguir os objetos através da sua espessura. Em sentido próprio, é, pois, uma propriedade física dos corpos ou objetos. Já num sentido subjetivo ou figurado/metafórico, pode assumir o significado do que transmite a verdade sem a adulterar ou de quem nada tem a esconder, sendo muitas vezes utilizada como sinónimo de evidência, clareza, pureza, verdade, abertura.

Em face destas constatações, torna-se curial delimitar os contornos específicos das exigências do denominado *princípio da transparência administrativa*. Em especial, interessa saber se dele decorrem verdadeiras imposições normativas que vinculam a Administração, ou se o mesmo vem, afinal, a degradar-se em nada, nomeadamente em virtude de se encontrar totalmente consumido pelos demais princípios e regras por que se regem a organização, o funcionamento e a atividade administrativa.

2. As referências expressas à *transparência* no direito administrativo

A Constituição não contém uma menção expressa ao princípio da transparência enquanto princípio fundamental da Administração

(3) COLAÇO ANTUNES, “Mito e Realidade...”, pp. 10-11.

Pública⁽⁴⁾. De facto, os arts. 266.º e 267.º, que condensam, respetivamente, os princípios fundamentais funcionais e organizatórios da Administração, não aludem diretamente à transparência, nem tão-pouco alude o art. 268.º, que consagra os direitos e garantias fundamentais dos administrados.

Atualmente, tal menção existe, contudo, em diversos diplomas de direito administrativo, designadamente: (i) na *Lei de Enquadramento Orçamental*, aprovada pela Lei n.º 91/2001, de 20 de agosto⁽⁵⁾ (art. 10.º-C); (ii) no *Estatuto do Pessoal Dirigente dos Serviços e Organismos da Administração Central, Regional e Local do Estado*, aprovado pela Lei n.º 2/2004, de 15 de janeiro⁽⁶⁾ (art. 4.º); (iii) na *Lei das Comunicações Eletrónicas*, aprovada pela Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro⁽⁷⁾ (art. 106.º); (iv) no *Regime Jurídico dos Medicamentos de Uso Humano*, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 176/2006, de 30 de agosto⁽⁸⁾ (art. 7.º); (v) na *Lei de Acesso aos Documentos Administrativos (LADA)*, aprovada pela Lei n.º 46/2007, de 24 de agosto (arts. 1.º, 78.º-A e 315.º); (vi) no *Código dos Contratos Públicos (CCP)*, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro⁽⁹⁾ (art. 1.º, n.º 4); (vii) na *Lei-Quadro das Fundações*, aprovada pela Lei n.º 24/2012, de 9 de julho (art. 9.º); (viii) no *Regime Jurídico de Criação, Organização e Funcionamento das Associações Públicas Profissionais*, aprovado pela Lei n.º 2/2013, de 10 de janeiro (art. 23.º); (ix) na *Lei-Quadro das Entidades Reguladoras*, aprovado pela Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto (art. 48.º); (x) na *Lei das Finanças das Regiões Autónomas*, aprovada pela Lei Orgânica n.º 2/2013, de 2 de setembro⁽¹⁰⁾ (art. 12.º); (xi) no *Regime Financeiro das Autarquias Locais e das Entidades Intermunicipais*, aprovado pela Lei n.º 73/2013,

(4) Mas há referências ao princípio da transparência nos arts. 51.º, n.º 5, e 113.º, n.º 3, alínea d), que consagram os princípios pelos quais se devem reger os partidos políticos e as campanhas eleitorais, respetivamente.

(5) Alterada, por último, pela Lei n.º 41/2014, de 10 de julho.

(6) Alterada, por último, pela Lei n.º 68/2013, de 29 de agosto.

(7) Alterada, por último, pela Lei n.º 42/2013, de 28 de janeiro.

(8) Alterada, por último, pela Lei n.º 51/2014, de 25 de agosto.

(9) Alterado, por último, pelo Decreto-Lei n.º 149/2012, de 12 de julho.

(10) Alterada pela Lei n.º 82-B/2014, de 31 de dezembro.

de 3 de setembro⁽¹¹⁾ (arts. 7.º e 90.º); (xii) no *Regime Jurídico do Setor Público Empresarial*, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 133/2013, de 3 de outubro⁽¹²⁾ (arts. 16.º e 45.º); e (xiii) no *Regime do Segredo de Estado*, aprovado pela Lei Orgânica n.º 2/2014, de 6 de agosto (art. 1.º).

Por outro lado, o novo Código do Procedimento Administrativo (CPA)⁽¹³⁾ contempla alusões expressas à ideia de transparência nos seus arts. 14.º (princípios da administração eletrónica) e 201.º (procedimentos pré-contratuais) — ao contrário do CPA de 1991, no qual não se achava uma única referência expressa à palavra *transparência*. Mesmo agora, esta não foi, no entanto, erigida, pelo menos de forma expressa e declarada, em princípio geral da atividade administrativa, ao lado de outros como os da igualdade, da imparcialidade, da proporcionalidade e da boa-fé (arts. 6.º, 7.º, 9.º e 10.º), nem em princípio geral organizatório-procedimental, como o da colaboração da Administração com os particulares e o da participação dos particulares na gestão da Administração (arts. 11.º e 12.º)⁽¹⁴⁾. De facto, no art. 14.º do CPA, o valor da transparência surge relativamente *encoberto*, aparecendo no contexto específico da administração eletrónica e figurando como *fim* a alcançar por via da (imposição da) utilização de meios eletrónicos, mas não própria e primacialmente como norma de conduta administrativa⁽¹⁵⁾;

⁽¹¹⁾ Alterada, por último, pela Lei n.º 82-D/2014, de 31 de dezembro.

⁽¹²⁾ Alterada pela Lei n.º 75-A/2014, de 30 de setembro.

⁽¹³⁾ Entrou em vigor no dia 08.04.2015 e foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro. Este decreto-lei revogou o anterior Código do Procedimento Administrativo aprovado pelo Decreto-Lei n.º 442/91, de 15 de novembro, alterado pelas Declarações de Retificação n.º 265/91, de 31 de dezembro, e n.º 22-A/92, de 29 de fevereiro, e pelos Decretos-Leis n.º 6/96, de 31 de janeiro, e n.º 18/2008, de 29 de janeiro.

⁽¹⁴⁾ Não olvidamos que, atenta a íntima relação que se estabelece entre a organização e a atividade administrativa, estes últimos princípios também se podem afirmar no plano funcional ou da formação da decisão.

⁽¹⁵⁾ Referindo-se à transparência como um princípio *ausente* do (então projeto de) novo CPA, pese embora a existência de afloramentos na formulação textual de outros princípios, como os princípios da administração eletrónica, e dando nota do paradoxo desta constatação, *vd.* JORGE PEREIRA DA SILVA, “Âmbito de Aplicação e Princípios Gerais no Projeto de Revisão do CPA”, in *Projeto de Revisão do Código do Procedimento Administrativo*, RUI MACHETE *et al.* (coord.), Lisboa, Universidade Católica Editora, 2013, pp. 68-69, disponível em <<http://www.uceditora.ucp.pt/resources/Documents/UCEditora/PDF>

já no art. 201.º, que constitui uma reprodução do art. 1.º, n.º 4, do CCP, assoma como princípio *especial* do direito da contratação pública.

3. A visão da doutrina nacional a respeito da transparência como princípio fundamental da Administração

O afirmado no ponto antecedente poderia, à primeira vista, conduzir à conclusão de que a transparência não é acolhida, no nosso ordenamento jurídico, como verdadeiro princípio geral da Administração com conteúdo normativo próprio, mas simplesmente como valor ou interesse que o sistema reconhece e protege, com maior ou menor intensidade, através de outras normas.

Contudo, não se deve retirar conclusões precipitadas a respeito da (in)existência de um princípio da transparência enquanto comando normativo da atuação e da organização administrativas. Efetivamente, a multiplicidade de referências legais à ideia de transparência no quadro do direito administrativo aponta no sentido de que a mesma, ao ser expressamente acolhida como valor ou interesse a proteger e promover, como fim em si mesmo, pode assumir a natureza de verdadeiro princípio normativo.

Neste sentido, não são raros os Autores que, na doutrina nacional, enxergam a existência de um princípio da transparência administrativa, embora os contornos identificados por uns e outros sejam relativamente fluidos.

Neste sentido se pronunciou, entre outros, LUÍS FILIPE COLAÇO ANTUNES. Este Autor parte da noção de transparência administrativa, que, segundo afirma, surgiu na década de 70 do século passado, como reação contra o segredo, ligada à imagem de uma “casa de vidro”⁽¹⁶⁾. Para o Autor, “[u]ma Administração opaca

%20Livros/PROJETO%20DE%20REVIS%C3%83O%20DO%20C%C3%93DIGO%20DO%20PROCEDIMENTO%20ADMINISTRATIVO.pdf> [consultado em 06.05.2015].

(16) COLAÇO ANTUNES, “Mito e Realidade...”, p. 4.

infantiliza, uma Administração transparente esclarece e tranquiliza”(17). A transparência abrange a *comunicação*, a *publicidade* e a *proximidade*. Uma Administração que comunica é aquela que “aceita dar a conhecer o sentido das suas decisões”. A noção de publicidade está ligada à Administração “que deixa transparecer aos olhos de todos a sua lógica interna de organização de funcionamento, uma verdadeira ‘casa de vidro’”. Já a proximidade existe quando a Administração “adere à sociedade, ao ponto de toda a distância entre elas se evaporar”(18). Analisando os novos direitos e reformas inspirados pela transparência administrativa, o Autor dá nota do direito de acesso aos atos administrativos e da cognoscibilidade dos atos da Administração(19).

SÉRVULO CORREIA, por seu turno, menciona que os direitos à informação procedimental e ao acesso a arquivos e registos administrativos “são, na verdade, duas diferentes concretizações de um mesmo princípio geral de publicidade ou transparência da administração. [...] [A]mbos se conjugam em torno do propósito de banir o ‘segredo administrativo’”(20). Em sentido próximo, DAVID DUARTE sublinha que “o direito à informação procedimental e o direito de acesso à documentação constituem as fórmulas jurídicas de condensação do princípio e do valor da transparência”(21). Também PEDRO COSTA GONÇALVES reconhece a existência de um princípio da transparência administrativa que considera equivalente ao da administração aberta, os quais “atribuem aos administrados o direito de aceder às informações que a *Administração Pública* detém (*direito à informação*)”, sendo este “meio de realização da ‘democracia administrativa’, que [...] pressupõe rejeitada a concepção da *Administração Pública* como uma organização secreta e

(17) COLAÇO ANTUNES, “Mito e Realidade...”, p. 5.

(18) COLAÇO ANTUNES, “Mito e Realidade...”, pp. 11-13.

(19) COLAÇO ANTUNES, “Mito e Realidade...”, pp. 13-24.

(20) SÉRVULO CORREIA, “O Direito à Informação e os Direitos de Participação dos Particulares no Procedimento e, em Especial, na Formação da Decisão Administrativa”, in *Cadernos de Ciência da Legislação (CCL)*, n.º 9/10, janeiro-junho, 1994, p. 135.

(21) DAVID DUARTE, *Procedimentalização, Participação e Fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório*, Coimbra, Almedina, 1996, p. 154.

impenetrável (*Arcanverwaltung*)”⁽²²⁾. Segundo este Autor, “aqueles princípios exig[em] uma estruturação da Administração adequada a manter o administrado em condições de conhecer ou de aceder ao conhecimento das informações de que essa organização dispõe ou dos actos jurídicos que pratica”.

Para J. C. VIEIRA DE ANDRADE, uma das três finalidades principais do dever constitucional de fundamentação dos atos administrativos é justamente “o alargamento da publicidade administrativa, sobretudo na dimensão informativa e participativa, no plano das relações com os particulares interessados, mas ainda numa dimensão de transparência ‘ecológica’, ao nível da relação da comunidade global”⁽²³⁾.

Já MARIA TERESA DE MELO RIBEIRO reconduz o dever de a Administração ser transparente no exercício das suas funções ao princípio da imparcialidade. Fá-lo com base em dois fundamentos: “por um lado, a defesa da transparência administrativa constitui uma importante forma de garantir, preventivamente, a imparcialidade da actuação da Administração; por outro lado, [...] o princípio da imparcialidade destina-se igualmente a assegurar a protecção da confiança dos cidadãos numa Administração Pública imparcial e a garantir, simultaneamente, a imagem e bom nome da Administração”. Prossegue a Autora: “[d]este modo, não basta que a Administração seja efectivamente imparcial na prossecução do interesse público, é necessário que os cidadãos acreditem na efectividade dessa imparcialidade. Ora, só uma Administração Pública transparente consegue criar nos particulares essa confiança”⁽²⁴⁾.

Defendendo igualmente a ideia do princípio da transparência como instrumento da imparcialidade, ANTÓNIO FRANCISCO DE SOUSA afirma que “a transparência desempenha o papel importan-

(22) PEDRO COSTA GONÇALVES, “Notificação dos Actos Administrativos (Notas sobre a Génese, Âmbito, Sentido e Consequências de uma Imposição Constitucional)”, in *AB VNO AD OMNES — 75 Anos da Coimbra Editora*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998, p. 1091.

(23) J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *O Dever da Fundamentação Expressa de Actos Administrativos*, Coimbra, Almedina, 1991, p. 79.

(24) MARIA TERESA DE MELO RIBEIRO, *O Princípio da Imparcialidade da Administração Pública*, Coimbra, Almedina, 1996, pp. 191-192.

tíssimo de pára-fogo e protecção da imparcialidade. A transparência contribui decisivamente para assegurar a boa imagem e o bom-nome da Administração Pública, gerando confiança nos cidadãos que com ela se relacionam (incluindo os que nela trabalham). Ao impedir ou dificultar substancialmente actuações parciais, a transparência previne situações de violação do princípio da imparcialidade. A falta de transparência equivale a um manto que oculta a actuação administrativa e que levanta a suspeita de falta de imparcialidade. Se não há transparência, não há ‘aparência de imparcialidade’, mas suspeita de parcialidade”⁽²⁵⁾.

Diferentemente, distanciando-se da ideia de mera assimilação da transparência a instrumento de imparcialidade (embora reconhecendo a íntima relação de causa-consequência existente entre ambas), RAQUEL CARVALHO, após nomear o princípio da transparência “como estruturante do modelo actual da Administração Pública”⁽²⁶⁾, faz questão de salientar a diferente natureza e conteúdo de uma e outra. Assim, para a Autora, o princípio da imparcialidade “é um princípio axiológico fundamental dirigido à actividade administrativa decisória” (princípio da atividade administrativa), ao passo que a exigência de transparência relaciona-se “nomeadamente com os fenómenos de organização administrativa, [...] conquanto também se possa afirmar na formação da decisão”⁽²⁷⁾ (princípio da organização administrativa). Acrescenta a Autora que também se detetam diferenças no que tange o conteúdo de cada princípio: “a imparcialidade impõe à Administração a ponderação de todos os interesses relevantes para o caso (‘seus’ e/ou dos particulares) e a abstenção de ponderação em relação àqueles que não tenham importância para a decisão em curso (‘seus’ e/ou dos particulares). Por seu turno, a exigência de transparência traduz-se na obrigação de a Administração permitir a visibilidade da sua actuação. Isto é, possibilitar aos cidadãos aferir o pleno cumprimento das vinculações legais da Administração Pública, nomeadamente, o

⁽²⁵⁾ ANTÓNIO FRANCISCO DE SOUSA, *Direito Administrativo*, Lisboa, Prefácio, 2009, p. 342.

⁽²⁶⁾ RAQUEL CARVALHO, *O Direito à Informação Administrativa Procedimental*, Porto, Universidade Católica Portuguesa, 1999, p. 70.

⁽²⁷⁾ RAQUEL CARVALHO, *O Direito à Informação...*, p. 71.

cumprimento do princípio da imparcialidade. Aperceberem-se do raciocínio que culminou numa determinada decisão”.

Por fim, no contexto do direito da contratação pública, são vários os Autores que qualificam o princípio da transparência como princípio especial neste domínio. Neste sentido se pronunciaram, *inter alia*, MARCELO REBELO DE SOUSA⁽²⁸⁾, BERNARDO DINIZ AYALA⁽²⁹⁾, MARGARIDA OLAZABAL CABRAL⁽³⁰⁾, DIOGO FREITAS DO AMARAL⁽³¹⁾, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA⁽³²⁾ e MIGUEL ASSIS RAIMUNDO⁽³³⁾. Refira-se, aliás, que o direito da formação dos contratos públicos é, de longe, a área em que o princípio da transparência tem merecido maior tratamento e aplicação no plano jurisprudencial⁽³⁴⁾.

(28) MARCELO REBELO DE SOUSA, *O Concurso Público na Formação do Contrato Administrativo*, Lisboa, Lex, 1994, pp. 42 e 67.

(29) BERNARDO DINIZ AYALA, “Liberdade e Vinculação da Administração na Avaliação de Propostas no Âmbito da Contratação Pública”, in *Cadernos de Justiça Administrativa (CJA)*, n.º 49, janeiro/fevereiro, 2005, p. 57.

(30) MARGARIDA OLAZABAL CABRAL, *O Concurso Público nos Contratos Administrativos*, Coimbra, Almedina, 1997, pp. 91-92.

(31) DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2011, p. 589.

(32) MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública*, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 221-225. Cf., ainda, RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, “Os Princípios Gerais da Contratação Pública”, in *Estudos de Contratação Pública*, Vol. I, PEDRO COSTA GONÇALVES (org.), Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 100-102.

(33) MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *Uma Concorrência Ajustada ao Interesse Público*, Lisboa, AAFDL, 2013, pp. 356-360.

(34) Neste domínio, tem sido entendido que o princípio da transparência impõe que: (i) a entidade adjudicante publicite a intenção de contratar e as condições essenciais do contrato; (ii) a entidade adjudicante formule as regras do procedimento de modo que claro e preciso; e (iii) que tais regras sejam definidas antes de apresentadas as propostas, de modo a que não haja alteração das *regras do jogo a meio*. Cf., por todos, ESTEVES DE OLIVEIRA, “Os Princípios Gerais...”, p. 101. Na jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo (STA), *vd.*, *inter alia*, os acórdãos de 10.10.1991, proc. n.º 27738 (Rel. Inácio Fernandes), de 25.07.2001, proc. n.º 47711 (Rel. João Belchior), de 13.02.2002, proc. n.º 48403 (Rel. Jorge de Sousa), de 03.04.2002, proc. n.º 48441 (Rel. Adérito Santos), de 09.04.2002, proc. n.º 48427 (Rel. Adelino Lopes), de 24.10.2002, proc. n.º 122/02 (Rel. João Cordeiro), de 19.03.2003, proc. n.º 492/03 (Rel. Jorge de Sousa), de 14.04.2004, proc. n.º 2069/03 (Rel. João Belchior), de 02.03.2006, proc. n.º 597/05 (Rel. São Pedro), de 20.05.2009, proc. n.º 320/09 (Rel. Jorge de Sousa), de 02.11.2010, proc. n.º 416/10 (Rel. Pires Esteves), e de 19.03.2013, proc. n.º 587/12 (Rel. Pires Esteves). No que respeita

4. O conteúdo, o fundamento e as funções do princípio da transparência administrativa

Após o excursus efetuado, impõe-se procurar fixar ou precisar os contornos — relativamente imprecisos, como se deu nota — das exigências da transparência no plano do direito administrativo, a fim de apurar se o mesmo merece o epíteto de verdadeiro princípio jurídico. Devemos, contudo, precaver-nos contra tentativas de completo encerramento dogmático do valor da transparência: como chamou a atenção LUÍS FILIPE COLAÇO ANTUNES, “mais do que representar um instituto juridicamente preciso, resume um modo de ser da Administração, um objetivo ou um parâmetro para medir o desenvolvimento da actividade”⁽³⁵⁾.

Neste contexto, não será despiendo começar por assinalar que o princípio da transparência encerra simultaneamente o valor de princípio *jurídico* e de princípio *ético*. IMMANUEL KANT eleva mesmo a publicidade (intimamente relacionada com a ideia da transparência, como veremos) dos poderes públicos a princípio ético, firmando a “fórmula transcendental do direito público” de que “[s]ão injustas todas as acções que se referem ao direito de outros homens, cujas máximas se não harmonizem com a publicidade”⁽³⁶⁾. O filósofo prussiano adverte, ainda assim, que tal princípio “não se considerará apenas como ético (pertencente à doutrina da virtude), mas também como jurídico (concernente ao direito dos homens)”⁽³⁷⁾. A este propósito, assinale-se, por exemplo, que a

à jurisprudência europeia, ver o recente acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 12.03.2015, proc. n.º C-538/13, segundo o qual “[o] dever de transparência, que é corolário [do princípio da igualdade de tratamento entre concorrentes], destina-se essencialmente a garantir a inexistência de risco de favoritismo e de arbitrariedade, por parte da entidade adjudicante, relativamente a determinados concorrentes ou determinadas propostas” (cf. n.º 34).

⁽³⁵⁾ COLAÇO ANTUNES, “Mito e Realidade...”, p. 2.

⁽³⁶⁾ IMMANUEL KANT, “Da Harmonia da Política com a Moral Segundo o Conceito Transcendental no Direito Público” (Apêndice II), in *A Paz Perpétua — Um Projecto Filosófico*, trad. Artur Morão, Covilhã, Universidade da Beira Interior, 2008, p. 46, disponível em <http://www.lusosofia.net/textos/kant_immanuel_paz_perpetua.pdf> [consultado em 06.05.2015].

⁽³⁷⁾ IMMANUEL KANT, “Da Harmonia da Política...”, p. 47.

referência à transparência no *Estatuto do Pessoal Dirigente dos Serviços e Organismos da Administração Central, Regional e Local do Estado*, acima mencionado, surge justamente no art. 4.º, cuja epígrafe é “Princípios gerais de ética”⁽³⁸⁾.

Mas, procurando dar resposta à questão fundamental que é objeto do presente estudo, é possível afirmar, numa primeira tentativa de aproximação ao conteúdo normativo do princípio da transparência administrativa, que este impõe a visibilidade e proíbe a opacidade do funcionamento e da atuação da Administração. Numa outra formulação, o princípio da transparência obriga a que a organização e o procedimento administrativos estejam regulados e ordenados, por um lado, e que a Administração sempre se comporte, por outro, de tal modo que seja permitido *ver para dentro da Administração*. Este princípio pressupõe, em síntese, a rejeição da conceção da Administração como uma organização secreta e impenetrável⁽³⁹⁾. Daí que, por vezes, o princípio da transparência administrativa também seja apelidado de princípio da *abertura* ou da *publicidade*⁽⁴⁰⁾.

Neste sentido, já se vê que a ideia de transparência e suas exigências são forma de concretização, no domínio da função administrativa, da ideia geral de um “governo em público do poder público”, que NORBERTO BOBBIO aponta como a essência do governo democrático⁽⁴¹⁾. De facto, não sendo “a democraticidade

(38) A este propósito, escreveu-se no Parecer n.º 152/2002 do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, de 16.01.2003, que o valor da transparência surge num contexto de “implantação e desenvolvimento de ‘programas de ética pública’, visando áreas tão importantes como a direcção administrativa, as competências do gestor público, a condução de políticas públicas, a direcção de pessoal, o ambiente de trabalho e a responsabilidade de funcionários”.

(39) COSTA GONÇALVES, “Notificação dos Actos...”, p. 1091.

(40) Preferimos, todavia, a expressão *transparência* a estas duas, por nos parecer mais abrangente: a primeira (*abertura*) aponta mais para uma ideia de permissão da participação dos interessados na gestão da Administração e a segunda (*publicidade*) assimila-se em demasia aos atos de publicar ou publicitar determinado ato ou facto. Ora, como veremos adiante, o princípio da transparência extravasa estas duas realidades, razão pela qual nos parece mais adequada a utilização da palavra *transparência*.

(41) NORBERTO BOBBIO, *O Futuro da Democracia*, trad. Miguel Serras Pereira, Lisboa, D. Quixote, 1988, pp. 109 e segs.

da Administração [...] mais do que o corolário da democraticidade do sistema constitucional”⁽⁴²⁾, a transparência administrativa não pode deixar de jogar um papel essencial no que tange o princípio constitucional democrático-participativo (*maxime* arts. 2.º, *in fine*, 48.º, 109.º, 1.ª parte, e 267.º, n.º 5, da Constituição) e o reforço da legitimação democrática da Administração, constituindo mesmo condição indispensável para o exercício da cidadania e da participação na vida pública e para a responsabilização (*accountability*) e o controlo externo dos poderes públicos. Destarte, muitos Autores associam diretamente a ideia de transparência à de “democracia administrativa”⁽⁴³⁾ e ao princípio democrático⁽⁴⁴⁾. O Tribunal Constitucional já afirmou, aliás, que “[o] princípio da transparência da Administração é consubstancial a toda a ordem jurídica democrática”⁽⁴⁵⁾.

Constata-se, por conseguinte, que o princípio da transparência se projeta em dois planos⁽⁴⁶⁾: o *funcional*, impondo uma atuação administrativa que deixe ver e se dê a ver, sem opacidade, impenetrabilidade ou segredo para além do legalmente consentido; e o *organizatório-procedimental*, exigindo que as soluções organizatórias e procedimentais adotadas pelo legislador ordinário e pela própria Administração permitam que a atuação desta seja visível e por todos percecionada, sem distância inultrapassável entre a Administração e os particulares nem acesso difícil ou dificultado à informação administrativa e à participação na gestão efetiva da Administração. Daqui decorre que o princípio da transparência tem também uma dupla incidência: sobre a Administração, naturalmente, mas sobretudo, e em primeira linha, sobre o legislador ordinário, que está vinculado a regular a atividade, a organização e o procedi-

(42) GIOVANNI QUADRI *apud* RAQUEL CARVALHO, *O Direito à Informação...*, p. 72.

(43) COLAÇO ANTUNES, citando J. LEMAUSIER, “Mito e Realidade...”, p. 4, DAVID DUARTE, citando JACQUES CHEVALLIER, *Procedimentalização, Participação...*, p. 154, nota 158, e ainda COSTA GONÇALVES, citando STEFANO BACCARINI e J. LEMAUSIER, “Notificação dos Actos...”, p. 1091.

(44) MARIO BASSANI *apud* RAQUEL CARVALHO, *O Direito à Informação...*, p. 74.

(45) Cf. acórdão n.º 231/92, proc. n.º 34/90 (Rel. Assunção Esteves). Cf., em sentido próximo, o acórdão n.º 278/92, proc. n.º 442/91 (Rel. Ribeiro Mendes).

(46) Neste sentido, RAQUEL CARVALHO, *O Direito à Informação...*, p. 71.

mento administrativos de tal modo que este princípio possa ser efetivamente cumprido em toda a linha⁽⁴⁷⁾.

Da nossa perspetiva, estas exigências da ideia de transparência encontram-se funcionalmente orientadas para quatro fins elementares. Em *primeiro* lugar, visa-se possibilitar a compreensão, por parte dos administrados, das razões subjacentes à atuação (regulamentar, contratual, por via de ato administrativo ou material) da Administração, reduzindo a conflitualidade da relação administrativa e potenciando a adesão dos administrados às decisões da Administração. Em *segundo* lugar, procura-se, através da imposição de uma atuação transparente, permitir aos administrados a aferição do cumprimento das vinculações normativas a que a Administração se acha sujeita, incluindo o princípio da imparcialidade, é certo, mas não só. Em *terceiro* lugar, a transparência administrativa propicia a aproximação da Administração às populações e a participação dos cidadãos e das associações cívicas na gestão efetiva da Administração. Em *quarto* e último lugar, as exigências da transparência visam permitir fundar a confiança dos administrados e dos cidadãos em geral na isenção e racionalidade da Administração e dos poderes públicos, contribuindo assim para uma legitimação da atividade administrativa.

Por conseguinte, o fundamento do princípio da transparência é simultaneamente *garantístico*, na medida em que visa assegurar que a atuação da Administração não ocorre em termos imprevisíveis para os particulares e que estes a possam controlar, acionando os meios de tutela administrativa e contenciosa que se afigurem necessários à defesa das suas posições jurídicas subjetivas, e *democrático* (legitimação e participação), posto que procura garantir que a atuação da Administração não se processa à margem da legalidade democrática e que pode ser examinada e, sobretudo, participada pelos administrados e pela sociedade civil em geral⁽⁴⁸⁾. Ade-

(47) Como referem MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral — Introdução e princípios fundamentais*, Tomo I, 3.^a ed., Lisboa, D. Quixote, 2008, p. 143, “[u]ma vez que a organização administrativa e o processamento da actividade administrativa são matérias da reserva de lei, os princípios constitucionais que lhes respeitem vinculam em primeira linha o legislador”.

(48) Neste sentido, MARIO BASSANI *apud* RAQUEL CARVALHO, *O Direito à Informação...*, p. 74. Dando nota de que, na Dinamarca, o *princípio do arquivo aberto* (que anali-

mais, pensamos mesmo ser de afirmar que a ideia de transparência vai buscar o seu fundamento *último* à ideia e ao princípio da *justiça* (art. 266.º, n.º 2, da Constituição).

Refira-se, por fim, que o direito da União Europeia também contém diversas alusões à ideia ou princípio da transparência em sentido próximo ao que vimos referindo. Assim, por exemplo, o art. 11.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia dispõe que “[a]s instituições estabelecem um diálogo aberto, transparente e regular com as associações representativas e com a sociedade civil” (n.º 2) e que “[a] fim de assegurar a coerência e a transparência das ações da União, a Comissão Europeia procede a amplas consultas às partes interessadas” (n.º 3); e o art. 15.º do mesmo tratado, que consagra o princípio da abertura (n.º 1), estatui que “[c]ada uma das instituições, órgãos ou organismos assegura a transparência dos seus trabalhos e estabelece, no respectivo regulamento interno, disposições específicas sobre o acesso aos seus documentos” (n.º 3).

De tudo quanto se disse até agora advém, porém, uma dúvida: não será que o conteúdo normativo do princípio da transparência se acha afinal consumido (ou realizado) nos (através dos) demais princípios e regras que vinculam o legislador ordinário, por um lado, e a Administração, por outro? Não será que este princípio não passa afinal de um elemento aglutinador⁽⁴⁹⁾ de um conjunto de normas que se reconduzem, no plano axiológico, à ideia de transparência, sem que esta tenha afinal um conteúdo normativo autónomo? É o que adiante veremos, não sem antes analisarmos os limites que recortam a ideia de transparência administrativa.

saremos adiante e é um dos instrumentos do princípio da transparência administrativa) assume uma *dupla função normativa*: de proteção do particular no caso concreto e de aperfeiçoamento do sistema representativo, cf. BARBOSA DE MELO, “As Garantias Administrativas na Dinamarca e o Princípio do Arquivo Aberto”, in *BFDUC*, Vol. VLII, 1981, pp. 269-270. Cf., ainda, o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 231/92, proc. n.º 34/90 (Rel. Assunção Esteves).

⁽⁴⁹⁾ Referindo-se ao princípio da transparência como um super princípio ou princípio aglutinador sob cuja alçada poderiam cair vários direitos fundamentais dos administrados, que o Código trata por vezes como princípios, *vd.* PEREIRA DA SILVA, “Âmbito...”, p. 70.

5. Os limites da transparência administrativa: o segredo justificado

A transparência administrativa é o contraponto e surgiu como reação ao segredo. Todavia, aquela não determinou a dissolução deste, tendo-o simplesmente remetido para o domínio da exceção⁽⁵⁰⁾. De facto, há valores e interesses fundamentais do nosso sistema constitucional que justificam limitações à transparência administrativa; há, por outras palavras, “‘segredos’ desejáveis”⁽⁵¹⁾ ou, talvez mais rigorosamente, segredos decorrentes de imposições constitucionais (de que são exemplos evidentes os arts. 61.º, n.º 1, 35.º, 156.º, alínea *d*), e 268.º, n.º 2, da Constituição) e mesmo de preocupações justificadas de *reserva de intimidade administrativa*⁽⁵²⁾.

No plano da lei ordinária, são manifestações da proteção do segredo, a título não exaustivo, os arts. 6.º, n.os 1 a 6, da LADA, 18.º e 83.º, n.os 1 e 2, do CPA, 66.º do CCP e 64.º da Lei Geral Tributária (LGT), e o *Regime do Segredo de Estado*.

O art. 6.º da LADA, em linha com o disposto no art. 268.º, n.º 2, da Constituição, estatui, assim, restrições ao direito constitucionalmente consagrado de acesso aos documentos administrativos, com fundamento na defesa da segurança interna e externa do Estado (n.º 1), no segredo de justiça (n.º 2), na reserva da intimidade da vida privada e família e na proteção de dados pessoais (n.º 5) e na tutela dos segredos comerciais, industriais ou sobre a vida interna de uma empresa (n.º 6).

⁽⁵⁰⁾ RAQUEL CARVALHO, *O Direito à Informação...*, p. 73. Cf., ainda, no mesmo sentido, COLAÇO ANTUNES, “Mito e Realidade...”, pp. 24-29, e DAVID DUARTE, *Procedimentalização, Participação...*, p. 154, nota 159. Referindo-se também aos limites impostos pelo segredo ao dever de fundamentação dos atos administrativos, cf. VIEIRA DE ANDRADE, *O Dever da Fundamentação...*, pp. 218-219.

⁽⁵¹⁾ RAQUEL CARVALHO, *O Direito à Informação...*, p. 73.

⁽⁵²⁾ BARBOSA DE MELO, “As Garantias Administrativas...”, p. 286. Citando ALBERTO ZUCHETTI, RAQUEL CARVALHO, *O Direito à Informação...*, p. 73, nota 134, dá nota da distinção entre *reserva* e *segredo*: a primeira significa que existem áreas em que não há necessidade de dar a conhecer a informação administrativa, ao passo que o segundo tem insita a proibição de revelação. A distinção será importante para efeitos da definição de áreas excluídas do direito de acesso à informação.

Os arts. 83.º do CPA e 66.º do CCP vão justamente no mesmo sentido, dando relevância, consoante o caso, à proteção dos dados pessoais, ao segredo comercial, industrial, militar, ao relativo à propriedade literária, artística ou científica e outros.

O art. 64.º da LGT, por seu turno, prevê a obrigação de sigilo por parte da Administração Fiscal relativamente aos dados recolhidos sobre a situação tributária dos contribuintes e aos elementos de natureza pessoal, designadamente os decorrentes de sigilo profissional ou qualquer outro dever de segredo legalmente consagrado.

Já o *Regime do Segredo de Estado* regula a restrição de acesso às “matérias, [a]os documentos e [à]s informações cujo conhecimento por pessoas não autorizadas é suscetível de pôr em risco interesses fundamentais do Estado” (art. 2.º, n.º 1). Para os efeitos desta lei, são considerados interesses fundamentais do Estado “os relativos à independência nacional, à unidade e à integridade do Estado ou à sua segurança interna ou externa, à preservação das instituições constitucionais, bem como os recursos afetos à defesa e à diplomacia, à salvaguarda da população em território nacional, à preservação e segurança dos recursos económicos e energéticos estratégicos e à preservação do potencial científico nacional” (art. 2.º, n.º 2).

Também o art. 18.º do CPA, sob a epígrafe “Princípio da proteção de dados”, ao prever que os particulares têm direito à proteção dos seus dados pessoais, em conformidade com o disposto no art. 35.º da Constituição, recorta restritivamente o princípio da transparência administrativa (cf., ainda, o art. 83.º, n.º 2, do CPA).

Entretanto, as disposições legais acabadas de citar confirmam a nota de *excepcionalidade* do segredo⁽⁵³⁾, tanto quanto às *razões* que o fundamentam (em síntese, proteção da reserva da intimidade da vida privada, defesa dos interesses fundamentais do Estado, segredo de justiça, proteção dos direitos de propriedade intelectual e industrial e segredos comerciais e de negócio), como quanto ao *tempo* pelo qual pode imperar a reserva de informação (pois, por

(53) O art. 1.º, n.º 2, do *Regime do Segredo de Estado* refere, aliás, expressamente, que este segredo se rege, entre outros, pelo *princípio da excepcionalidade*.

regra, o segredo não pode ser indefinido)⁽⁵⁴⁾ e ao *modo* pelo qual esta se processa (que, sempre que possível, deverá ser meramente parcial)⁽⁵⁵⁾.

Efetivamente, como referido pelo Tribunal Constitucional, citando PAOLO BARILE, “[v]alem regras opostas relativamente ao segredo no [âmbito] público e ao segredo no [âmbito] privado. O sistema democrático tem como regra a transparência e o segredo constitui uma excepção. Os direitos constitucionalmente garantidos ao sujeito privado na democracia (a liberdade na comunidade) têm como regra a *privacy*, e como excepção a publicidade. Em ambas as matérias, vigora uma regra comum: o segredo há-de ter-se como aceitável somente enquanto constitua uma protecção ou uma projecção de interesses constitucionalmente relevantes. No sistema democrático, o segredo-excepção vai, por isso, aferir-se, caso a caso, pela respectiva legitimidade constitucional. Na democracia da comunidade, tal justifica-se *a priori* enquanto protecção e projecção dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais. A democracia é, pois, o governo do ‘poder visível’, o ‘governo do poder público em público’ [...]. Aqui o segredo-excepção não deve apoucar a regra, isto é, [o princípio de] que o secretismo é justificado ‘somente se limitado no tempo’. Aquilo que Kant chamava o ‘uso público da própria razão’ exige ‘a publicidade dos actos do governo’”⁽⁵⁶⁾.

É afinal um critério de proporcionalidade que deve guiar o legislador quando este, logo a montante, no plano da lei ordinária, tem de efetuar uma ponderação geral dos interesses materiais subjacentes ao segredo e à transparência administrativa, aprovando disposições legais que traduzam tal ponderação⁽⁵⁷⁾ (v. g., os

⁽⁵⁴⁾ Cf., nomeadamente, a referência, no art. 6.º, n.º 1, da LADA, ao “tempo estritamente necessário” e a admissibilidade de acesso aos documentos preparatórios no final do procedimento (art. 6.º, n.º 3) e aos inquéritos e sindicâncias após o decurso do prazo para o procedimento disciplinar (art. 6.º, n.º 4), e ainda o disposto no art. 4.º do *Regime do Segredo de Estado*.

⁽⁵⁵⁾ Como se refere no art. 6.º, n.º 7, da LADA, “[o]s documentos administrativos sujeitos a restrições de acesso são objecto de comunicação parcial sempre que seja possível expurgar a informação relativa à matéria reservada”.

⁽⁵⁶⁾ Cf. acórdão n.º 278/92, proc. n.º 442/91 (Rel. Ribeiro Mendes).

⁽⁵⁷⁾ E isto independentemente da opção por um concreto modelo de resolução de conflito ou colisão entre princípios ou direitos de igual valor, como, por exemplo, os

arts. 7.º, 9.º e 12.º do *Regime do Segredo de Estado* e 64.º, n.º 2, da LGT) e que, bem assim, deve nortear a Administração quando, ela própria, tem de decidir, no caso concreto, se deve ser o segredo ou a transparência a prevalecer e em que medida (*vd.*, neste sentido, entre outros, os arts. 6.º, n.ºs 5 e 6, da LADA e 1.º, n.º 2, e 2.º, n.º 3, do *Regime do Segredo de Estado*, contendo menções expressas às ideias de proporcionalidade e apreciação casuística e à rejeição de qualificações de segredo com base em automatismos).

6. A transparência administrativa como instrumento ou corolário de outros princípios fundamentais da Administração

O valor da transparência encontra pontos de interseção com diversos princípios fundamentais da organização, do funcionamento e da atividade administrativa, colocando-se, com respeito a eles, numa relação instrumental de causa-consequência ou meio-fim. A nosso ver, são estes que, a par dos princípios da democracia participativa e da justiça, lhe conferem relevância e o enformam de sentido, sendo neles que vai buscar o seu fundamento. É dizer, o princípio da transparência não se autojustifica, tendo antes como fim último a garantia de valores constitucionais substanciais.

Não podendo aqui analisar em profundidade todas as interconexões que se estabelecem entre o valor da transparência e os demais princípios fundamentais da Administração (mas não ousaríamos muito se disséssemos que existem pontos de conexão com todos eles)⁽⁵⁸⁾, adiante veremos apenas aqueles cuja relação é, em

modelos de *relação de precedência condicionada* (ROBERT ALEXY, *Teoria de los Derechos Fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, pp. 87-94) e de *concordância prática* (J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais da Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª ed., Coimbra, Almedina, 2012, pp. 298-306).

⁽⁵⁸⁾ É que, conforme assinala SÉRVULO CORREIA, “O Direito à Informação...”, p. 133, “[n]o pensamento procedimental contemporâneo, os princípios articulam-se à luz de conexões funcionais”. É por isso que o Tribunal Constitucional afirmou, no seu acórdão

nosso entender, mais intensa ou evidente: o da imparcialidade e o da participação dos administrados na gestão efetiva da Administração.

6.1. Transparência e imparcialidade

Como vimos, a transparência é concebida, por uma parte da doutrina pátria, como uma *garantia preventiva*, um corolário do princípio da imparcialidade (art. 266.º, n.º 2, da Constituição e art. 9.º do CPA). É também preponderantemente com esta fisionomia que surgem as referências ao princípio da transparência na jurisprudência dos tribunais administrativos⁽⁵⁹⁾ (mas não assim na jurisprudência constitucional, na qual o princípio aparece tratado sobretudo a respeito do direito de acesso à informação administrativa)⁽⁶⁰⁾. Assim entendido, este princípio encontra-se no nível das garantias preventivas da imparcialidade previstas no CPA (os casos de impedimento e de escusa/suspeição previstos, respetivamente, nos arts. 69.º e 73.º do CPA).

Embora concordemos, naturalmente, com a asserção de que a transparência favorece e é instrumental em face da imparcialidade, já não acompanhamos a ideia de que esta consome aquela. Não só porque ela é instrumento de diversos outros princípios e valores

n.º 496/2010, proc. n.º 964/09 (Rel. Vítor Gomes), que há um “interesse de todos (o interesse público) na transparência da atividade administrativa, como forma de garantia do respeito pelos princípios constitucionais, norteadores dessa atividade, da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé (art. 266.º da CRP) e, ainda, da eficiência administrativa e do bom uso dos fundos públicos, pelo menos reflexamente”. Cf., ainda, no mesmo sentido, o acórdão desse mesmo Tribunal n.º 248/2010, proc. n.º 1006/09 (Rel. João Cura Mariano). De igual modo, BERNARDO AYALA, “Liberdade e Vinculação...”, p. 57, por exemplo, menciona que a transparência favorece o princípio da igualdade, e J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Coimbra, Almedina, 2007, p. 257 afirma que “[a] segurança e a proteção da confiança exigem, no fundo: (1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos atos do poder”.

⁽⁵⁹⁾ Neste sentido, *inter alia*, os acórdãos do STA de 01.10.2003, proc. n.º 48035 (Rel. J. Simões de Oliveira), de 03.02.2004, proc. n.º 030/04 (Rel. António Madureira), e de 02.11.2010, proc. n.º 416/10 (Rel. Pires Esteves). Cf., ainda, o acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 12.03.2015, proc. n.º C-538/13 (n.º 34).

⁽⁶⁰⁾ Cf. acórdãos n.º 231/92, proc. n.º 34/90 (Rel. Assunção Esteves), n.º 278/92, proc. n.º 442/91 (Rel. Ribeiro Mendes) e n.º 496/2010, proc. n.º 964/09 (Rel. Vítor Gomes).

fundamentais, não esgotando toda a sua importância neste plano, mas também porque comporta um conteúdo normativo autónomo que determina a sua emancipação em relação ao princípio da imparcialidade tal como tradicionalmente entendido entre nós.

Efetivamente, ao passo que o princípio da imparcialidade postula, na sua dimensão negativa, que a Administração, em toda a sua atividade, se reja por um padrão de isenção, objetividade, lisura e equidistância relativamente a todos os interessados e a todos os interesses, sem privilegiar indevidamente uns em detrimento de outros, e impõe, na sua dimensão positiva, que ela pondere todos, e apenas, os interesses públicos e privados com relevo para a sua atuação⁽⁶¹⁾, o da transparência determina que a Administração deve *parecer* imparcial, de modo a projetar essa imagem de imparcialidade para o exterior e ser capaz de fundar a confiança dos administrados no funcionamento e atuação administrativa. Por outras palavras, é o critério da *mulher de César* (a quem, recorde-se, *não basta ser, é preciso parecer*) que este princípio eleva a verdadeiro parâmetro de juridicidade da conduta administrativa.

Esta conclusão é, de resto, confirmada pela jurisprudência do STA, que vem paulatinamente autonomizando uma nova dimensão do princípio da imparcialidade. Assim, segundo este Tribunal, para a invalidação de um ato administrativo, “releva o *simples perigo ou risco* de um comportamento de favor, não sendo necessária a demonstração de que se verificou, em concreto, uma actuação parcial com reflexos no acto de adjudicação [...]. Em causa está, naturalmente, o princípio da imparcialidade da Administração [...]. Mas não no sentido de que ela materializa, em si mesma, a prática de um acto de favor para com o adjudicatário, visto que nada a esse respeito se provou, mas *na dimensão de transparência que o princípio comporta*, e que tem recebido tratamento com foros de alguma autonomia na Jurisprudência deste Supremo Tribunal”⁽⁶²⁾ (destaque aditado).

⁽⁶¹⁾ Neste sentido, *vd.*, por todos, REBELO DE SOUSA/SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo...*, pp. 216-217, e FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito...*, pp. 154-159.

⁽⁶²⁾ Cf. acórdão do STA de 01.10.2003, proc. n.º 48035 (Rel. J. Simões de Oliveira). Cf., no mesmo sentido, *v. g.*, os acórdãos do STA de 10.10.91, proc. n.º 27738

Neste mesmo sentido, é também de destacar o recente acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 12.03.2015, proferido no âmbito de um pedido de reenvio prejudicial (proc. n.º C-538/13), referente à interpretação das diretivas europeias em matéria de contratos públicos⁽⁶³⁾, no qual se estabelece a doutrina de que “é incompatível com este papel [das entidades adjudicantes de garantir o respeito pelos princípios da igualdade de tratamento, da não discriminação e da transparência] fazer recair na recorrente o ónus de provar, no procedimento de recurso, a parcialidade concreta dos peritos nomeados pela entidade adjudicante”⁽⁶⁴⁾, acrescentando que, “se o concorrente preterido apresentar elementos objetivos que *ponham em dúvida a imparcialidade* de um perito da entidade adjudicante, compete a essa entidade adjudicante examinar todas as circunstâncias relevantes que levaram à tomada da decisão relativa à adjudicação do contrato, para evitar, detetar e remediar os conflitos de interesses, inclusivamente pedindo, se for caso disso, às partes que facultem determinadas informações e elementos de prova”⁽⁶⁵⁾ (destaque aditado). Neste aresto, o Tribunal remete para o direito nacional a resposta à questão de saber se o facto de a parcialidade dos peritos não ter tido impacto no ato de adjudicação deve ou não relevar para efeitos de anulação do mesmo⁽⁶⁶⁾.

Na doutrina, também J. C. VIEIRA DE ANDRADE alude a esta (nova) dimensão do princípio da imparcialidade, embora sem se referir *ipsis verbis* à ideia de transparência, mencionando que “[a] protecção legal do bem jurídico imparcialidade alarga-se [...], demarcando uma zona envolvente que se julga adequada a preve-

(Rel. Inácio Fernandes); de 19.02.97, proc. n.º 28280 (Rel. Cruz Rodrigues); de 31.05.2000, proc. n.º 45826 (Rel. Madeira dos Santos); de 17.01.01, proc. n.º 44249 (Rel. Cruz Rodrigues); de 08.03.2001, proc. n.º 47288 (Rel. João Cordeiro); de 13.02.2002, proc. n.º 48403 (Rel. Jorge de Sousa); de 09.04.2002, proc. n.º 48427 (Rel. Adelino Lopes); de 09.07.2002, proc. n.º 48057 (Rel. Marques Borges); de 24.10.2002, proc. n.º 122/02 (Rel. João Cordeiro); de 02.04.2003, proc. n.º 113/03 (Rel. J. Simões de Oliveira); de 04.02.2004, proc. n.º 1495/03 (Rel. J. Simões de Oliveira); de 17.11.2004, proc. n.º 2038/03 (Rel. J. Simões de Oliveira); e de 09.10.2008, proc. n.º 781/08 (Rel. Madeira dos Santos).

⁽⁶³⁾ Em concreto, as Diretivas 89/665/CEE e 2004/18/CE.

⁽⁶⁴⁾ Cf. n.º 43 do acórdão.

⁽⁶⁵⁾ Cf. n.º 44 do acórdão.

⁽⁶⁶⁾ Cf. n.º 46 do acórdão.

nir a respectiva lesão [...] a *ilicitude é de perigo*, bastando, para concluir pelo incumprimento das proibições (impedimentos), que se verifiquem os comportamentos suscetíveis de configurarem perigo do aproveitamento ou do favorecimento pessoal, independentemente da verificação do dano, isto é, de uma violação efetiva do princípio da imparcialidade”, com o que se pretende evitar que “germin[e] a suspeita pública relativamente à falta de isenção dos órgãos administrativos”⁽⁶⁷⁾ (destaque aditado).

Pela nossa parte, julgamos ser justamente este o alcance da parte final do art. 9.º do CPA. Esta norma, sob a epígrafe “Princípio da imparcialidade”, para além de consagrar as tradicionais dimensões negativa e positiva deste princípio, dá acolhimento legal ao princípio da transparência (embora não com este *nomen iuris*), ao dispor que a Administração deve “adota[r] as soluções organizatórias e procedimentais indispensáveis [...] à confiança n[a] isenção [administrativa]”⁽⁶⁸⁾. Note-se que este aditamento constitui uma inovação em face do teor do art. 6.º do CPA de 1991, que consagra o princípio da imparcialidade em termos bastante mais parcimoniosos.

⁽⁶⁷⁾ Cf. parecer inédito de J. C. VIEIRA DE ANDRADE, citado por MELO RIBEIRO, *O Princípio da Imparcialidade...*, p. 192, nota 102. Cf., ainda, no domínio específico da contratação pública, BERNARDO AYALA, “Liberdade e Vinculação...”, p. 57, e ESTEVES DE OLIVEIRA/ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos e Outros...*, pp. 226-227. Todavia, estes Autores ainda reconduzem a mera suspeita de parcialidade à violação do princípio da imparcialidade. Pronunciando-se, porém, em sentido contrário ao defendido no texto e por estes Autores, o STA, no seu acórdão de 25.03.2009, proc. n.º 55/09 (Rel. Jorge de Sousa), afastou a conceção puramente preventiva (ou de “perigo”) da imparcialidade/transparência, considerando que “[a] protecção jurídica do princípio da imparcialidade da actividade administrativa não tem forçosamente de ser efectuada de forma abstracta, com imposição da observância do princípio da transparência, impedindo que se criem situações em que haja risco ou perigo de quebra do dever de imparcialidade, designadamente atribuindo efeito anulatório a factos que não envolvem uma efectiva violação desse princípio, mas têm ínsito o risco ou perigo da sua violação”.

⁽⁶⁸⁾ *Vd.*, ainda, o já mencionado art. 4.º do *Estatuto do Pessoal Dirigente dos Serviços e Organismos da Administração Central, Regional e Local do Estado*, segundo o qual “[o]s titulares dos cargos dirigentes estão exclusivamente ao serviço do interesse público, devendo observar, no desempenho das suas funções, os valores fundamentais e princípios da atividade administrativa consagrados na Constituição e na lei [...], por forma a assegurar o respeito e confiança dos trabalhadores em funções públicas e da sociedade na Administração Pública” (destaque aditado).

Em linha com a positivação do princípio da transparência nos termos a que nos vimos referindo, o art. 76.º, n.º 4, do CPA constitui manifestação dele mesmo. Assim, de acordo com esta disposição, ainda que não tenha sido deduzida suspeição por parte dos interessados ou que a mesma, tendo sido invocada, tenha sido indeferida, o lesado não deixa de poder impugnar contenciosamente o ato (administrativo ou regulamentar) ou o contrato “quando do conjunto das circunstâncias do caso concreto resulte a razoabilidade de dúvida séria sobre a imparcialidade da atuação do órgão, revelada na direção do procedimento, na prática de atos preparatórios relevantes para o sentido da decisão ou na própria tomada da decisão”. Basta, por conseguinte, a mera *dúvida séria* de falta de isenção da Administração para que o ato ou contrato possa ser judicialmente invalidado.

Como se vê, a operatividade do princípio da imparcialidade abandona, assim, o campo da lesão efetiva da isenção administrativa (*ser parcial*) para entrar no domínio da “ilicitude de perigo”, *i. e.*, da lesão do interesse público da confiança da sociedade na isenção e racionalidade da atuação da Administração (*parecer parcial*). Mas, neste cenário, preferimos falar, então, em princípio da transparência e não da imparcialidade, pois que esta, em rigor, não fica (pode não ficar) *de facto* beliscada.

6.2. Transparência, colaboração da Administração e participação dos administrados

A ideia de transparência está também relacionada com o princípio organizatório-procedimental da aproximação da Administração às populações, o qual se desdobra, entre outros, no princípio da participação dos administrados na gestão efetiva da Administração (art. 267.º, n.ºs 1 e 3, da Constituição, respetivamente)⁽⁶⁹⁾. Este último princípio subdivide-se, por sua vez, nos subprincípios da colaboração da Administração com os particulares (art. 11.º do

(69) REBELO DE SOUSA/SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo...*, p. 153.

CPA, que procede a uma generalização do que já decorre do art. 268.º, n.ºs 1 a 3, da Constituição) e da participação dos interessados na gestão da Administração (art. 267.º, n.ºs 1 e 5, da Constituição, com concretização legal no art. 12.º do CPA)⁽⁷⁰⁾, incluindo-se, neste último, a dimensão de participação nas decisões ou deliberações que lhes digam respeito⁽⁷¹⁾.

Como afirma SÉRVULO CORREIA, “[a] visibilidade ou transparência da administração constitui condição institucional da efetiva participação dos cidadãos na formação das decisões ou deliberações que lhes disserem respeito”⁽⁷²⁾. E, acrescentamos nós, a transparência constitui outrossim instrumento institucional da colaboração da Administração com os particulares e da participação destes na gestão da Administração, independentemente da existência de um qualquer procedimento administrativo que lhes diga respeito.

É de assinalar que as novas formas de comunicação administrativa, advenientes do surgimento e da propagação da utilização de meios informáticos, permitem dar novo fôlego à transparência enquanto instrumento de aproximação da Administração às populações (o que justifica, aliás, a inclusão da referência à ideia de transparência no art. 14.º do CPA)⁽⁷³⁾.

Evidentemente que, enquanto instrumento do princípio organizatório-procedimental acabado de referir, a relevância normativa do princípio da transparência dirige-se eminentemente ao legislador, que não pode deixar de consagrar, no plano da lei ordinária, todos os mecanismos organizatórios e procedimentais necessários

⁽⁷⁰⁾ REBELO DE SOUSA/SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo...*, p. 156.

⁽⁷¹⁾ Sendo seu instrumento privilegiado a prescrição legal da audiência dos interessados (arts. 100.º e 121.º do CPA).

⁽⁷²⁾ SÉRVULO CORREIA, “O Direito à Informação...”, p. 133.

⁽⁷³⁾ O *Portal de Transparência Municipal* (<<https://www.portalmunicipal.pt/home?locale=pt>>), uma recente medida do Governo, que disponibiliza dados estatísticos sobre os diferentes municípios, é justamente um dos exemplos em que, por meios eletrónicos, se concretiza o princípio da transparência (aqui no âmbito da Administração local). O mesmo se diga do portal *BASE* (<<http://www.base.gov.pt/Base/pt/Homepage>>), que permite a consulta de informações sobre os contratos públicos celebrados e ainda de todos os sítios institucionais de entidades administrativas, incluindo empresas públicas, na Internet.

à efetiva eliminação ou encurtamento da distância entre a Administração e a sociedade civil⁽⁷⁴⁾.

7. Os instrumentos do princípio da transparência administrativa

Segundo o que vimos dizendo, a transparência é, em grande medida, instrumento, meio ao serviço de outros princípios, valores ou interesses, sem prejuízo de assumir também um conteúdo normativo autónomo. Entretanto, ela própria serve-se de um conjunto de instrumentos, meios (procedimentais e organizatórios) que possibilitam que a atividade da Administração se processe de modo transparente, de modo visível para todos, salvo nos casos de reserva ou segredo administrativos justificados.

Tais instrumentos são primacialmente (mas não exclusivamente): o direito de acesso à informação administrativa; o dever de fundamentação dos atos administrativos e dos regulamentos; o direito de audiência prévia e todos os demais direitos de participação procedimental e extraprocedimental; e, por último, os deveres de notificação, de publicação e de publicitação de determinados atos⁽⁷⁵⁾.

Pensa-se ser isto que justifica a afirmação do Tribunal Constitucional de que “[o] mandado constitucional da ‘transparência’ da Administração [está] insito no art. 268.º da Constituição”⁽⁷⁶⁾ (que consagra o direito de acesso à informação administrativa e os deve-

(74) COLAÇO ANTUNES, “Mito e Realidade...”, pp. 12-13 e nota 27. Como menciona este Autor, “[a] transparência, em sentido hegeliano, é também a imagem de uma *administração tornada transparente para a sociedade*, no termo de um movimento de aproximação, traduzindo o fim da administração ‘separada’, isolada do resto da sociedade” (nota 27).

(75) Neste sentido, PEREIRA DA SILVA, “Âmbito ...”, p. 70. Também com semelhante divisão, embora deixando de fora os deveres de notificação, publicação e publicitação, FERNANDO DOS REIS CONDESSO, *Direito à Informação Administrativa*, Lisboa, Pedro Ferreira Edições, 1995, pp. 34 e segs.

(76) Cf. o acórdão n.º 231/92, proc. n.º 34/90 (Rel. Assunção Esteves).

res de notificação e de fundamentação dos atos administrativos ablativos). Poderíamos, ainda, acrescentar que tal mandado também deriva do art. 267.º da Constituição (relativo aos direitos de participação procedimental).

7.1. O direito de acesso à informação

DAVID DUARTE assinala que é a “dimensão valorativa da transparência e abertura que suporta deontologicamente o direito de acesso à informação procedimental” e que “é n[ó] quadro de publicização da vida administrativa que se enquadra o princípio do acesso à documentação administrativa, ou princípio do arquivo aberto (*open file*)”⁽⁷⁷⁾. Segundo o Tribunal Constitucional, a “ideia de visibilidade ou transparência do poder — orientada a desideratos de liberdade, igualdade e participação — vem conformar a estrutura do direito à informação em processo gracioso (CRP, art. 268.º) que assim apresenta uma dupla dimensão: (1) *dimensão de defesa* (defesa dos particulares em face da Administração e, sobretudo, da Administração coactiva) e (2) *dimensão de participação* (participação no procedimento administrativo)”⁽⁷⁸⁾.

Não há dúvida de que o primeiro e, porventura, mais decisivo instrumento de concretização do princípio da transparência é o direito de acesso à informação administrativa, o qual se subdivide: (i) no direito de acesso à informação procedimental por parte dos interessados, consagrado nos arts. 268.º, n.º 1, da Constituição e 82.º a 85.º do CPA; e (ii) no direito de acesso à informação administrativa mesmo por parte de não interessados (isto é, independentemente da demonstração da titularidade um interesse legítimo na obtenção da informação solicitada) — ou princípio da administração aberta ou do arquivo aberto (*open file*) —, contemplado nos arts. 48.º, n.º 2, e 268.º, n.º 2, da Constituição, 17.º do CPA e 5.º da LADA (note-se que o art. 42.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Euro-

⁽⁷⁷⁾ DAVID DUARTE, *Procedimentalização, Participação...*, p. 155.

⁽⁷⁸⁾ Cf. o anteriormente citado acórdão n.º 231/92, proc. n.º 34/90 (Rel. Assunção Esteves).

peia prevê semelhante direito)⁽⁷⁹⁾. Ao passo que o primeiro configura um direito de natureza *procedimental* (direito *uti singulis*), o segundo assume-se como *extraprocedimental* (direito *uti cives*).

Tem sido entendido⁽⁸⁰⁾, e o Tribunal Constitucional já o afirmou⁽⁸¹⁾, tratar-se de verdadeiros direitos fundamentais dos administrados, de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias (art. 17.º da Constituição). A ação de intimação para a prestação de informações, consulta de processos ou passagem de certidão, prevista nos arts. 104.º a 108.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, constitui o meio processual que visa, no plano contencioso, assegurar a tutela destes direitos.

7.2. O dever de fundamentação

Segundo J. C. VIEIRA DE ANDRADE, “[o] imperativo de fundamentação expressa dos actos administrativo deverá ser [...] encadrado na sua ‘essência’ ou ‘núcleo’ como uma norma de direito objectivo que concretiza os princípios do Estado-de-Direito democrático e da juridicidade da Administração, impondo uma conduta racional e transparente”⁽⁸²⁾. Assim perspectivado, parece ser o princípio da transparência que é corolário do dever de fundamentação e não o contrário. Como quer que seja, a citação deste Autor permite realçar um dado que nos interessa: a interconexão funcional (e bidirecional) existente entre um e outro. Aliás, o STA já afirmou, por diversas vezes, que o dever de fundamentação “é postulado pelo princípio da transparência a que a Administração, no exercício das suas funções, está sujeita”⁽⁸³⁾.

⁽⁷⁹⁾ “Qualquer cidadão da União, bem como qualquer pessoa singular ou coletiva com residência ou sede social num Estado-Membro, tem direito de acesso aos documentos das instituições, órgãos e organismos da União, seja qual for o suporte desses documentos”.

⁽⁸⁰⁾ Por todos, REBELO DE SOUSA/SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo...*, pp. 154 155.

⁽⁸¹⁾ Cf. os já mencionados acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 34/90 (Rel. Assunção Esteves) e n.º 496/2010, proc. n.º 964/09 (Rel. Vítor Gomes).

⁽⁸²⁾ VIEIRA DE ANDRADE, *O Dever da Fundamentação...*, p. 215.

⁽⁸³⁾ Cf. acórdãos dos STA de 29.10.1997, proc. n.º 22267 (Rel. Correia de Lima), e de 23.10.2008, proc. n.º 827/07 (Rel. Freitas Carvalho).

De facto, o dever de fundamentação dos atos administrativos (constitucionalmente consagrado no art. 268.º, n.º 3, da Constituição e com acolhimento legal, designadamente, nos arts. 99.º e 152.º do CPA), cujo “núcleo essencial [...] se exprim[e] na *externação-formulação* dos fundamentos”⁽⁸⁴⁾, é instrumento essencial à transparência administrativa, na medida em que constitui um meio que possibilita a clareza e a compreensibilidade do fenómeno decisório, cumprindo, essencialmente, as seguintes funções (que partilha, na verdade, com o próprio princípio da transparência): “uma *função de pacificação* traduzida na idoneidade para convencer o administrado da ‘justeza’ do acto; uma *função de defesa* do administrado, ao possibilitar-lhe o recurso aos meios contenciosos e gratuitos; uma *função de autocontrolo*, por facilitar ‘a autofiscalização da Administração pelos próprios órgãos intervenientes no processo ou pelos seus superiores hierárquicos’; uma *função de clarificação e de prova*, porquanto ‘fixa em termos claros qual o significado que os órgãos administrativos atribuíram às provas e argumentação jurídica desenvolvida, qual a marcha do raciocínio e opções que se precipitaram no acto’; uma *função democrática*, por dar a conhecer aos administrados as razões da sua actuação concreta; uma *função de incentivo à boa administração*, pois que a ‘obrigação de motivar obriga as autoridades administrativas a examinar atentamente o bem fundado das decisões que pensam vir a tomar’; uma *função de um bom controlo da Administração*, na medida em que ‘o conhecimento dos motivos das decisões habilitam os terceiros a melhor ajuizar da necessidade de interpor recurso administrativo ou contencioso dos actos que os afectam’”⁽⁸⁵⁾.

Sendo instrumental ao princípio da transparência administrativa, a fundamentação dos atos administrativos deve ser realizada de modo claro, congruente e suficiente, de forma a permitir a efetiva visibilidade e compreensão das razões que levaram à prática do ato administrativo (art. 153.º, n.º 2, do CPA)⁽⁸⁶⁾.

(84) VIEIRA DE ANDRADE, *O Dever...*, p. 62.

(85) Cf. acórdão do Tribunal Constitucional n.º 594/2008, proc. n.º 1111/07 (Rel. Benjamim Rodrigues).

(86) VIEIRA DE ANDRADE, *O Dever da Fundamentação...*, pp. 232-239.

7.3. Audiência prévia, consulta pública e outros modos de participação

No acórdão do STA de 18.12.2013⁽⁸⁷⁾, por exemplo, o dever de audiência prévia é claramente qualificado como um corolário “dos primados do contraditório, da participação e da transparência procedimental, pedras angulares de um Estado de Direito (democrático)”. RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA também qualifica a audiência prévia como um dos meios reclamados pelo princípio da transparência “destinados a controlar a legitimidade das decisões procedimentais”⁽⁸⁸⁾.

Efetivamente, sendo a audiência dos interessados o meio privilegiado de concretização do princípio da participação, não deixa de o ser também do princípio da transparência (que é, por sua vez, instrumento daquele). Esta formalidade — cuja fonte constitucional é o art. 267.º, n.º 5 — encontra-se prevista nos arts. 100.º e 121.º (e ainda 80.º) do CPA, a propósito dos procedimentos de aprovação de regulamentos e de atos administrativos, respetivamente.

Outras formas de participação procedimental (que, a nosso ver, são também instrumento do princípio da transparência), além da audiência dos interessados, são, designadamente, a consulta pública nos procedimentos para a emissão de regulamentos administrativos (art. 101.º do CPA), a possibilidade de iniciar procedimentos administrativos (arts. 68.º, 97.º e 102.º do CPA) e a faculdade de neles intervir (*v. g.*, arts. 67.º, 116.º, n.º 3, e 184.º do CPA).

Por fim, no plano extraprocedimental, a participação dos administrados na gestão efetiva da Administração tem vários afloramentos na Constituição a propósito de diversos direitos económicos, sociais e culturais (arts. 56.º, n.º 2, alíneas *b*) e *d*), 60.º, n.º 3, 63.º, n.º 2, 70.º, n.º 3, 73.º, n.º 3, 77.º, n.º 2, e 79.º, n.º 2).

(87) Proc. n.º 154/12 (Rel. Ascensão Lopes).

(88) ESTEVES OLIVEIRA, “Os princípios Gerais...”, pp. 101-102.

7.4. Notificação, publicação e publicitação; comunicação

Finalmente, são ainda instrumentos do princípio da transparência administrativa os deveres de notificação (arts. 268.º, n.º 2, da Constituição e 110.º a 114.º, 160.º e 192.º do CPA), a publicação dos atos que o devam ser nos termos da lei (arts. 139.º e 158.º do CPA) e a publicitação (de que é exemplo a publicitação do início do procedimento tendente à aprovação do regulamento administrativo a que se refere o art. 98.º do CPA). Para além do muito que estruturalmente as separa, o que de comum têm estas três realidades é o facto de serem *modos de dar a conhecer* os atos (ou, em sentido mais lato, a atuação) da Administração.

PEDRO COSTA GONÇALVES, em estudo sobre a notificação dos atos administrativos, embora considerando-a “uma realidade jurídica histórica e funcionalmente distinta dos instrumentos concretizadores do *princípio da transparência administrativa* ou da *administração aberta*” — parecendo, assim, rejeitar que a notificação seja um instrumento destes princípios —, não deixa de encará-la como “um meio de realização da ‘democracia administrativa’, que, como eles, pressupõe rejeitada a concepção da Administração Pública como uma organização secreta e impenetrável (*Arkanverwaltung*)”⁽⁸⁹⁾.

Pela nossa parte, tomando o princípio da transparência administrativa na aceção ampla e *irradiante* a que nos vimos referindo, pensamos que tanto o dever de notificação, como a publicação e a publicitação, sendo modos de dar a conhecer a atuação da Administração, não podem deixar de ser encarados como instrumentos ou meios de concretização daquele princípio. É certamente em razão desta proximidade e relação instrumental que o princípio objeto deste estudo é, por vezes, assimilado ao princípio da publicidade.

E acrescentamos ainda o seguinte: o princípio da transparência não se basta com os mecanismos pelos quais os cidadãos possam ter acesso à informação, pressupondo, em certa medida, a publica-

⁽⁸⁹⁾ COSTA GONÇALVES, “Notificação dos Actos...”, p. 1091.

ção e divulgação *ativas* de materiais e informações essenciais por parte da própria Administração (de que são exemplo a obrigatoriedade legal de divulgação de informação das empresas públicas nos respetivos sítios na Internet — arts. 44.º e 45.º do *Regime Jurídico do Setor Público Empresarial* — e o dever legal de publicitação dos contratos celebrados mediante ajuste direto no portal da Internet dedicado aos contratos públicos⁽⁹⁰⁾ — arts. 127.º, 315.º e 465.º do CCP), assumindo igualmente importância curial como forma de proteção de bens jusfundamentais, designadamente em matérias como o ambiente, a saúde e a segurança rodoviária⁽⁹¹⁾. Efetivamente, é inegável que o princípio da transparência administrativa postula, em determinadas circunstâncias, um *dever de comunicar* para além do mero dever de dar acesso à informação⁽⁹²⁾.

Por fim, não podemos deixar de assinalar que a noção de transparência é mais ampla do que o conceito de publicidade. De facto, dar publicidade (numa aceção ampla que abrange as três realidades a que fizemos alusão — notificação, publicação e publicitação) às informações administrativas não significa necessariamente ser transparente: a disponibilização de informação em linguagem extremamente técnica ou hermética não garante, por si só, a transparência, posto que os administrados não estarão aptos a compreender efetivamente o conteúdo dessa informação. Assim, o princípio da transparência administrativa exige que os dados sejam comunicados em linguagem *simples, clara e compreensível*.

⁽⁹⁰⁾ O já mencionado portal *BASE* (<<http://www.base.gov.pt/Base/pt/Homepage>>), regulado pela Portaria n.º 701-E/2008, de 29 de julho.

⁽⁹¹⁾ Como refere JORGE PEREIRA DA SILVA, *Deveres do Estado de Protecção de Direitos Fundamentais — Fundamentação e estrutura das relações jusfundamentais triangulares*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2015, p. 647: “afigura-se irrecusável a relação de dependência entre o nível de informação fornecida ou disponível para o titular do direito fundamental e a possibilidade de salvaguardar os bens jurídicos por este último protegidos”. Neste contexto, o Autor alude à necessidade de definição de uma estratégia pública de comunicação, “quer para advertir a população para riscos que são em geral subestimados, quer para, inversamente, desmistificar outros que são por regra sobrestimados”, que qualifica como “uma antecipação do cumprimento dos deveres constitucionais de informação (n.º 2 do art. 48.º e n.º 1 do art. 268.º)”, PEREIRA DA SILVA, *Deveres do Estado...*, p. 196.

⁽⁹²⁾ PEREIRA DA SILVA, *Deveres do Estado...*, p. 647.

8. Síntese conclusiva: o conteúdo normativo autónomo do princípio da transparência administrativa

De tudo quanto ficou exposto, resulta que, de uma perspetiva funcional, o princípio da transparência se interconexiona e confunde, em larga escala, com os valores e princípios constitucionais de que é instrumental e, bem assim, com os instrumentos de que ele próprio se serve. Tal constatação não é, todavia, suficiente para recusar a existência de um tal princípio enquanto princípio jurídico: ele existe e afirma-se em todos e cada um dos seus pilares e corolários como um verdadeiro princípio da organização, do funcionamento e da atividade administrativa, que vincula tanto a Administração quanto o legislador ordinário.

Por outro lado, decorre também do presente estudo que o princípio da transparência administrativa assume, pelo menos, um conteúdo normativo autónomo: o da *mulher de César*. Nesta dimensão, dita o princípio da transparência que a Administração deve comportar-se sempre de modo não apenas a ser, mas também a *parecer* imparcial, isenta, equidistante, racional e objetiva, com vista a permitir fundar a confiança dos administrados e da comunidade em geral nos poderes públicos (art. 9.º, parte final, do CPA). Resulta desta dimensão do princípio que a mera suspeita séria de parcialidade ou falta de isenção é suficiente para determinar a anulação dos atos, regulamentos ou contratos que resultem de procedimento em que tal suspeita teve lugar (art. 76.º, n.º 4, do CPA). É justamente com este alcance que os tribunais administrativos vêm modernamente encarando o princípio da transparência.

A ISENÇÃO DE IMPOSTO MUNICIPAL SOBRE AS TRANSMISSÕES ONEROSAS DE IMÓVEIS NAS VENDAS E PERMUTAS EM PROCESSO DE INSOLVÊNCIA

Pelos Drs. David Sequeira Dinis e Luís Bértolo Rosa()*

SUMÁRIO:

1. Introdução. **2. Interpretação do artigo 270.º, n.º 2, do CIRE.**
2.1. Regras interpretativas aplicáveis; **2.2.** Elemento literal; **2.3.** Elemento histórico — A origem da isenção de IMT prevista no n.º 2 do artigo 270.º do CIRE; **2.4.** Elemento teleológico — a *ratio* da isenção de IMT prevista no n.º 2 do artigo 270.º do CIRE; **2.5.** Elemento sistemático — A inserção sistemática do n.º 2 do artigo 270.º do CIRE.
3. Conclusão.

Resumo: *O presente artigo analisa a questão de saber se e em que medida as vendas e permutas de imóveis que tenham lugar no âmbito de um processo de insolvência se encontram isentas de tributação em sede de Imposto Municipal sobre as Transmissões Onerosas de Imóveis ao abrigo do disposto no n.º 2 do artigo 270.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, concluindo que a referida isenção abrange (i) as vendas e permutas de imóveis do ativo de empresas ou de estabelecimentos destas e, bem assim, (ii) as transmissões de imóveis em conjunto com a empresa ou estabelecimento de que fazem parte, independentemente da forma que tal transmissão revista.*

(*) Advogados.

1. Introdução

Uma das questões que mais frequentemente se suscita no âmbito dos processos de insolvência é a de saber se os atos de venda ou permuta de imóveis compreendidos na massa insolvente se encontram isentos de imposto municipal sobre as transmissões onerosas de imóveis (“**IMT**”).

Sobre esta matéria, rege o n.º 2 do art. 270.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (“**CIRE**”), que percebeu: *“estão igualmente isentos de imposto municipal sobre as transmissões onerosas de imóveis os atos de venda, permuta ou cessão da empresa ou de estabelecimentos desta integrados no âmbito de plano de insolvência ou de pagamentos ou praticados no âmbito da liquidação da massa insolvente”*⁽¹⁾.

Esta disposição legal já foi objeto de leituras distintas.

No entender da Administração Fiscal, a isenção de IMT apenas abrange os atos de venda ou permuta da empresa ou estabelecimento como um todo, não se aplicando à transmissão isolada de imóveis, separadamente da empresa ou estabelecimento que integram⁽²⁾. Nas palavras do Parecer n.º 166 da Direção de Serviços Jurídicos e do Contencioso da Direção-Geral dos Impostos, de 26 de maio de 2008, *“a aplicação dos benefícios fiscais do art. 270.º, n.º 2 do CIRE, depende de os bens imóveis transmitidos se integrem na universalidade da empresa ou do estabelecimento vendidos, permutados ou*

(1) Redação conferida pela Lei n.º 66-B/2012, de 31 de Dezembro, que introduziu a referência ao *“plano de recuperação”*, conceito que havia sido introduzido pelo Decreto-Lei n.º 16/2012, de 20 de Abril.

(2) Parecer n.º 166 da Direção de Serviços Jurídicos e do Contencioso da Direção-Geral dos Impostos, de 26 de maio de 2008, homologado por despacho de S. E.^{sa} o Senhor Diretor-Geral dos Impostos de 11 de junho de 2008. Este entendimento foi recentemente reiterado na Circular n.º 10/2015, de 9 de setembro, da Diretora-Geral da Autoridade Tributária e Aduaneira, em cujo título III se pode ler o seguinte *“a aplicação dos benefícios fiscais previstos no n.º 2 do art. 270.º do CIRE depende dos bens imóveis transmitidos se integrem na universalidade da empresa ou estabelecimentos vendidos, permutados ou cedidos no âmbito do plano de insolvência ou de pagamentos ou da liquidação da massa insolvente. Assim, a transmissão isolada de bens da empresa não está isenta, sendo necessário que a coisa vendida, permutada ou cedida abranja a universalidade da empresa insolvente ou um seu estabelecimento”*.

cedidos no âmbito de plano de insolvência ou de pagamentos ou da liquidação da empresa insolvente. A transmissão onerosa de bens imóveis isoladamente da empresa ou do estabelecimento não está, assim abrangida pela isenção (...)”.

O Supremo Tribunal Administrativo tem adoptado entendimento diverso e mais permissivo do que aquele sufragado pela Administração Fiscal, embora os acórdãos daquele Alto Tribunal não sejam sempre totalmente convergentes nem nas suas conclusões nem na sua fundamentação.

Nalguns arestos ⁽³⁾, o Supremo Tribunal Administrativo sustenta que a **isenção é aplicável à transmissão isolada de imóveis, desde que os mesmos integrem o ativo de uma empresa ou de um estabelecimento compreendidos na massa insolvente**. Conforme elucidativamente se refere no sumário do acórdão do Supremo Tribunal Administrativo proferido em 3.7.2013:

“O n.º 2 do artigo 270.º do CIRE, cuja redacção não é clara no que respeita ao âmbito da isenção de IMT aí consignada, poderá, quando muito, interpretar-se como abrangendo não apenas as vendas da empresa ou estabelecimentos desta, enquanto universalidades de bens, mas também as vendas de elementos do seu activo, desde que integradas no âmbito de plano de insolvência ou de pagamentos ou praticados no âmbito da liquidação da massa insolvente.

Assim sendo, a referida isenção não abrange a venda de prédio urbano destinado à habitação, que pertence a pessoa singular, não bastando para beneficiar daquela isenção o facto de se tratar de actos de venda praticados no âmbito da liquidação da massa insolvente, independentemente da mesma pertencer a pessoa singular ou colectiva (entidade empresarial)”.

Mais recentemente, o Supremo Tribunal Administrativo veio, no acórdão de 17.12.2014, adotar uma posição menos exigente e mais ampla: *“a aquisição de um imóvel — alegadamente, até o único bem que integrava a massa insolvente — na venda realizada no processo de insolvência na fase de liquidação da massa insol-*

⁽³⁾ Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo de 30 de maio de 2012 (proc. n.º 0949/11) e de 3 de julho de 2013 (proc. n.º 0765/13), ambos disponíveis *online* em <www.dgsi.pt>.

vente, não pode, pois, deixar de estar isento do IMT, ao abrigo do disposto no n.º 2 do art. 270.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas”⁽⁴⁾.

A questão em análise não tem merecido a atenção da doutrina apesar da sua relevância prática.

Ainda assim, a verdade é que LUÍS A. CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA (*Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, 2.ª ed., Quid Juris, 2013, p. 970, § 5) também sufragam uma visão ampla da isenção prevista no n.º 2 do art. 270.º do CIRE, escrevendo, a este respeito, o seguinte: “o n.º 2 [do art. 270.º do CIRE] *concede isenção do referido imposto [leia-se, IMT] aos seguintes atos, quer quando se integrem em planos de insolvência ou de pagamentos, quer quando praticados no âmbito da liquidação da massa insolvente (ponto em que o comando legal diverge do n.º 1): a) venda; b) permuta; c) cessão da empresa ou de estabelecimento dela”*.

Mais recentemente, ANA CRISTINA DOS SANTOS ARROMBA DINIS e CIDÁLIA MARIA DA MOTA LOPES analisam (*A Fiscalidade das Sociedades Insolventes — Uma Primeira Abordagem*, Almeida, 2015) também esta questão, reequacionando a aplicabilidade da isenção à luz da lei e da jurisprudência.

A pertinência da questão em análise é evidente: consoante a interpretação adotada, assim a venda ou permuta de determinado imóvel em processo de insolvência estará sujeita ou ficará isenta do pagamento de IMT, cujo valor é geralmente muito significativo.

Adiantando conclusões, afigura-se que o n.º 2 do art. 270.º do CIRE deve ser interpretado no sentido de que (i) se encontram isentos de IMT todos os atos de transmissão onerosa de imóveis que componham o ativo de uma empresa ou de um estabelecimento, **quer sejam transmitidos isoladamente, quer sejam transmitidos juntamente com a empresa ou o estabelecimento a que pertencem**; e (ii) esta isenção é aplicável a todos os atos de transmissão, quer estejam previstos em plano de insolvência ou de

⁽⁴⁾ Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 17 de dezembro de 2014 (proc. n.º 01085/13), disponível *online* em <www.dgsi.pt>.

pagamentos, **quer sejam praticados no âmbito da liquidação da massa insolvente.**

Semelhante interpretação é a única que se coaduna com a história, a teleologia e a inserção sistemática do preceito. Aliás, como se verá melhor adiante, qualquer outra solução bule frontalmente com a intenção do Legislador e com os interesses e a harmonia do sistema.

Por último, ainda a título introdutório, cumpre recordar que não representa um crime *lesa-majestade*, nem algo de proibido ou sequer de embaraçoso, reconhecer que a lei prevê, efetivamente, determinada isenção fiscal e que, por isso, certos atos estão isentos de tributação. O importantíssimo objetivo de arrecadação de receita pública através da cobrança de impostos — com dignidade constitucional — não é um fim último nem único. Deve não só ser delimitado pelas regras e princípios jurídicos aplicáveis, como também ser adequadamente enquadrado e conformado por outros interesses e fins do sistema jurídico (considerado como um todo harmonioso) de igual, senão mesmo, de maior valor constitucional.

O intérprete do Direito — em particular do Direito Fiscal — não se poderá, pois, nortear exclusivamente pelo objetivo de maximizar a arrecadação de receita fiscal.

2. Interpretação do artigo 270.º, n.º 2, do CIRE

2.1. Regras interpretativas aplicáveis

O n.º 2 do art. 270.º do CIRE é uma norma de natureza tributária que consagra um benefício fiscal⁽⁵⁾.

À interpretação das normas tributárias são aplicáveis as regras e princípios gerais de interpretação das leis, designadamente o

(5) Art. 2.º, n.º 2, do Estatuto dos Benefícios Fiscais. Cf. também o acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 30 de maio de 2012 (proc. n.º 0949/11) e o Parecer n.º 166 da Direção de Serviços Jurídicos e do Contencioso da Direção-Geral dos Impostos, ambos já citados.

art. 9.º do Código Civil (cf. o n.º 1 do art. 11.º da Lei Geral Tributária)⁽⁶⁾.

Consequentemente, para fixar o sentido do n.º 2 do art. 270.º do CIRE, o intérprete tem de procurar “*reconstituir a partir dos textos o pensamento legislativo, tendo sobretudo em conta a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada*”.

Dito isto, estando em causa uma norma que prevê um benefício fiscal, a mesma não é suscetível de integração analógica, muito embora possa ser objeto de interpretação extensiva (cf. o art. 10.º do Estatuto dos Benefícios Fiscais).

De seguida, avançar-se-á com a exposição dos argumentos e razões que justificam as conclusões já avançadas, arrumando uns e outros de forma analítica e sob a égide dos vários elementos da interpretação. A este respeito, convém fazer um esclarecimento de ordem metodológica. Apesar da técnica de exposição escolhida, não olvidamos que a interpretação não se compadece com análises isoladas ou analíticas, constituindo antes um *iter* complexo que abrange simultaneamente múltiplos elementos que devem ser considerados no seu conjunto. Não obstante, a nosso ver, a apresentação e dissecação analítica de cada um dos elementos da interpretação facilita a exposição pelo autor e a compreensão dos leitores.

2.2. Elemento literal

Como é sabido, o texto da lei representa o ponto de partida da atividade interpretativa e o limite que lhe é vedado transpor. Precisamente por isso, não poderíamos deixar de iniciar o nosso trabalho pela análise da letra da lei.

A nosso ver, o elemento literal indica que qualquer transmissão de imóveis (desde que componham o ativo de uma empresa ou

(6) Ver por todos, Lei Geral Tributária Anotada e Comentada, DIOGO LEITE CAMPOS, BENJAMIM SILVA RODRIGUES E JORGE LOPES DE SOUSA, 4.ª ed., 2012, pp. 120 e segs.

de um estabelecimento), ainda que isolada, realizada em sede de liquidação da massa insolvente, deve considerar-se isenta de IMT.

Conforme já antecipámos, o nosso entendimento não é pacificamente aceite, pugnando a Administração Fiscal por uma interpretação diferente (cf. posição da Administração Fiscal exposta no Parecer n.º 166 da Direção de Serviços Jurídicos e do Contencioso da Direção-Geral dos Impostos, acima explicada, para onde se remete).

Em abstracto, poder-se-ia, à primeira vista, colocar as seguintes questões:

- a) Quando o Legislador, no art. 270.º, n.º 2 do CIRE, se refere aos “*actos de venda, permuta ou cessão da empresa ou de estabelecimentos desta*”, pretende que as expressões “*venda*”, “*permuta*” e “*cessão*” digam, todas elas, respeito à empresa ou estabelecimento? Por outras palavras, estarão apenas isentos de IMT (i) os actos de venda da empresa ou de estabelecimentos desta, (ii) os actos de permuta da empresa ou de estabelecimentos desta e (iii) os actos de cessão da empresa ou de estabelecimentos desta?
- b) Ou, pelo contrário, a lei não estabelece qualquer relação entre as expressões “*venda*” e “*permuta*” e as expressões “*empresa*” e “*estabelecimentos desta*”? Querirá o Legislador que os actos de “*venda*” e de “*permuta*” a que alude o art. 270.º, n.º 2 do CIRE se reportem às vendas e permutas de quaisquer imóveis e não apenas às vendas e permutas de empresas ou estabelecimentos? Reflexamente, quererá o Legislador significar que apenas a expressão “*cessão*” estaria relacionada com as expressões empresa ou estabelecimentos desta (as quais, de resto, se seguem imediatamente no texto legal)?

Em nossa opinião, decorre literalmente do texto do preceito que o Legislador não pretende relacionar as expressões “*venda*” e “*permuta*” com as expressões “*empresa*” ou “*estabelecimento*”. Apenas pretendeu relacionar a expressão “*cessão*” com as expressões que

imediatamente lhe seguem no texto legal (ou seja, “*empresa*” ou “*estabelecimento*”).

Com efeito, se a “*venda*”, a “*permuta*” e a “*cessão*” se referissem, todas elas, à empresa ou a estabelecimentos desta, então o Legislador teria incorrido numa manifesta repetição, na medida em que, pelo menos, seria redundante utilizar na mesma frase as expressões “*venda*” e “*cessão*”.

A este respeito, recorde-se que, em sede de processo de insolvência, não podem ser praticados pela massa insolvente actos gratuitos (por exemplo, o administrador da insolvência não pode doar bens, por tal prejudicar os interesses patrimoniais dos credores). Assim sendo, quando a lei fala em cessão da empresa ou do estabelecimento, está, por definição, a referir-se a uma transmissão onerosa de um direito (*rectius*, da titularidade da empresa ou do estabelecimento).

Deste modo, não faria qualquer sentido utilizar na mesma norma as expressões “*venda*” e “*cessão*”, já que ambas têm, em última instância, o mesmo significado (isto é, a transmissão onerosa de um direito). No fundo, o Legislador teria cometido um erro, repetindo-se involuntariamente, pois existe manifesta sobreposição de conteúdos úteis entre as expressões “*venda*” e “*cessão*” (as quais, em última instância, têm o mesmo significado prático — a transmissão onerosa de um direito).

Acresce que, como é sabido, as regras da interpretação impõem que se encontre um sentido útil para as palavras do Legislador, presumindo-se, aliás, que o mesmo se soube exprimir adequadamente (cf. art. 9.º, n.º 3 do Código Civil).

Tendo presentes estes comandos hermenêuticos, a interpretação do art. 270.º, n.º 2 do CIRE não pode conduzir ao resultado absurdo de se reconhecer que o Legislador se repetiu por lapso. Especialmente quando, manifestamente, não foi esse o caso...

Quando o Legislador se refere à “*venda*” e “*permuta*”, está a pensar na venda e permuta de imóveis isoladamente considerados. Quando se refere à “*cessão*”, já está a pensar na cessão da empresa ou de estabelecimentos desta.

Este entendimento permite ultrapassar o vício interpretativo acima assinalado, atribuindo-se conteúdo útil ao texto legal e a

todas as expressões dele constantes. Cessa, pois, a indicada sobreposição ou redundância entre as expressões “*venda*” e “*cessão*”.

De acordo com a leitura que propugnamos, a expressão “*venda*” tem determinado sentido útil, bem distinto da expressão “*cessão*”. Ambas as expressões aplicam-se a realidades distintas, deixando de existir qualquer redundância ou sobreposição.

Por outro lado, cumpre referir que, se é habitual utilizar-se a expressão “*venda de uma empresa ou de um estabelecimento*” (com o mesmo sentido de “*cessão da empresa*”, como acima explicado), a verdade é que não é costumeiro falar-se em permuta de empresa ou de estabelecimento.

Embora seja teoricamente possível existir um negócio de permuta de empresas, a verdade é que nem a prática forense, nem a doutrina, nem a jurisprudência nem, muito menos, a lei, utilizam esse conceito ou expressão.

De facto, a expressão permuta é habitualmente utilizada para designar um negócio de “*troca*” de imóveis entre duas partes e nunca para designar um negócio de troca de empresas ou estabelecimentos.

Ora, seria absolutamente inaudito e até temerário que, numa norma tão sensível como o art. 270.º, n.º 2 do CIRE (que estabelece uma isenção de IMT), o Legislador tivesse optado pelo conceito “*inovador*” de permuta de empresas. Se o tivesse feito, o Legislador estaria a criar dificuldades interpretativas desnecessárias e acrescidas, numa matéria particularmente sensível como aquela em apreço, por impor aos intérpretes o esforço acrescido de decifrar o conteúdo da expressão “*permuta de empresas*”.

A esta luz, o intérprete deve presumir que o Legislador se soube exprimir adequadamente e que utilizou a expressão “*permuta*” no seu sentido técnico habitual (designando um negócio de “*troca*” de imóveis), para evitar desnecessárias confusões interpretativas.

Esta conclusão reforça o entendimento de que o Legislador não quis que as expressões “*venda*” e “*permuta*”, previstas no art. 270.º, n.º 2 do CIRE, se reportassem à venda ou permuta da empresa ou de estabelecimentos desta. É que, como se viu, não é habitual (e por isso não faria sentido que o Legislador tivesse

optado por utilizá-la, sob pena de se criarem desnecessárias confusões interpretativas) utilizar a expressão “permuta” com outro sentido que não o de um negócio de troca de imóveis.

2.3. Elemento histórico — A origem da isenção de IMT prevista no n.º 2 do art. 270.º do CIRE

O Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência (doravante, “CPEREF”)(7), diploma que antecedeu o CIRE, era norteado pelo princípio do primado da recuperação da empresa devedora, podendo ler-se no respetivo preâmbulo que “*o presente diploma afirma, em termos categóricos, a prioridade do regime de recuperação sobre o processo de falência conducente à extinção definitiva da empresa devedora*”. A falência só deveria ser decretada quando a empresa falida se mostrasse “*economicamente inviável*” ou não se considerasse possível “*a sua recuperação financeira*” (art. 1.º, n.º 2, do CPEREF).

O CPEREF caracterizava-se por uma estrutura bipartida, que se dividia em processo de recuperação (que visava recuperar a empresa falida) e processo de falência (que visava a liquidação do património do falido e a distribuição do produto pelos credores).

Ora, nos termos do disposto no n.º 2 do art. 121.º do CPEREF, estavam isentas de sisa (8) “*as transmissões de bens imóveis, integradas em qualquer das providências de recuperação de empresa, que decorram (...) da venda, permuta ou cessão de elementos do ativo da empresa (...)*”.

Em face do enunciado legal, era inequívoco que a isenção de sisa abrangia as transmissões isoladas de imóveis, na medida em

(7) Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 132/93, de 23 de abril, e sucessivamente alterado pelo Decreto-Lei n.º 157/97, de 24 de junho, pelo Decreto-Lei n.º 315/98, de 20 de outubro, pelo Decreto-Lei n.º 323/2001, de 17 de dezembro, e pelo Decreto-Lei n.º 38/2003, de 8 de março.

(8) Ou seja, e sem grandes preocupações de rigor científico, o antepassado do IMT.

que as mesmas estivessem previstas num plano que visasse a recuperação da empresa.

Pela Lei n.º 39/2003, de 22 de agosto, foi o Governo autorizado a legislar sobre a insolvência de pessoas singulares e coletivas, revogando o CPEREF. A nova lei deveria colocar a tónica na satisfação dos credores, fosse pela via da liquidação do património, fosse pela via de um plano de insolvência (cf. o art. 1.º, n.º 2, da Lei n.º 39/2003).

Em matéria de benefícios fiscais, o n.º 3 do art. 9.º da Lei n.º 39/2003 autorizava o Governo “*a isentar de imposto municipal de sisa as seguintes transmissões de bens imóveis, integradas em qualquer plano de insolvência ou de pagamentos ou realizadas no âmbito da liquidação da massa insolvente: (...) as que decorram (...) da venda, permuta ou cessão da empresa, estabelecimentos ou elementos dos seus ativos (...)*”.

Em linha com a nova filosofia do processo de insolvência, a isenção de tributação deveria abranger todas as transmissões de imóveis que fizessem parte do ativo de uma empresa ou de um estabelecimento, quer essas transmissões estivessem previstas num plano de insolvência (que poderia basear-se ou não na recuperação da empresa) quer tivessem lugar no âmbito da liquidação da massa insolvente. Com efeito, tendo o Legislador abandonado o paradigma da recuperação vigente no CPEREF, **dando antes preferência à satisfação dos credores**⁽⁹⁾ (a realizar ou pela via de plano de insol-

⁽⁹⁾ A este respeito, convém reforçar que, como se refere no texto, o objetivo precípuo do processo de insolvência é, de facto e *de iure*, a satisfação dos credores. Já não é, como no tempo do CPEREF, a recuperação de empresas.

Nem se diga que este entendimento veio a ser alterado pela nova redação do art. 1.º, n.º 1 do CIRE, dado pela Lei n.º 16/2012, de 20 de abril. É que, como decorre cristalina-mente da nova redação legal, a finalidade do processo continua a ser — sempre! — a satisfação dos credores. O que a nova lei vem dizer é que, se possível e se os credores assim o quiserem, a satisfação dos mesmos deverá ocorrer, preferencialmente, através da aprovação de um plano de insolvência baseado, nomeadamente, na recuperação da empresa (embora o plano de insolvência possa também prever a liquidação da empresa).

Mas isto, insiste-se, não implica que a nova lei eleve a recuperação da empresa a objetivo primacial do processo; tal objetivo continua a ser a satisfação dos credores.

Acresce que a seleção do mecanismo concreto de satisfação dos credores continua nas mãos dos próprios credores, que decidem, sozinhos e em sede de assembleia, se prefe-

vência ou pela via da liquidação da massa insolvente), tornou-se claro que a isenção deveria aplicar-se a qualquer dos meios legalmente admissíveis de satisfação dos credores (ou seja, tanto nos casos de plano de insolvência como de liquidação da massa insolvente).

Por outras palavras, a Lei n.º 39/2003 — mais generosa do que o CPEREF, precisamente por reputar a via de plano de insolvência e a via da liquidação da massa insolvente como alternativas válidas para assegurar a satisfação dos credores — não restringia a isenção de tributação às transmissões de imóveis que pudessem ter lugar num contexto de recuperação de empresa. Ao invés, essa isenção era estendida às transmissões que tivessem lugar num contexto de liquidação da empresa insolvente ou dos seus estabelecimentos, tudo com o

rem enveredar pela via do plano de insolvência (que tanto poderá prever a liquidação da empresa como a sua recuperação) ou se preferem avançar para a liquidação (cf. art. 156.º do CIRE).

O facto de caber aos credores decidir se pretendem a via da recuperação ou da liquidação afasta qualquer argumento que se pudesse retirar da nova redação do art. 1.º, n.º 1 do CIRE. É que, conforme explicado, só existe recuperação se os credores assim quiserem. Assim sendo, fica claro que o objetivo do Legislador não é recuperar empresas, mas satisfazer os credores. Se o objetivo fosse a recuperação, então ter-se-ia *represtinado* o regime do CPEREF ou imposto como primeira e obrigatória solução a via da recuperação, não se deixando — como atualmente sucede — nas mãos dos credores — a escolha sobre a via que preferem para a sua satisfação (plano de recuperação, plano de insolvência com liquidação ou liquidação nos termos supletivamente previstos na lei).

Por último, registre-se que, em bom rigor, a via da recuperação não só não é obrigatória, como nem sequer é a via supletiva escolhida pela lei. Com efeito, salvo se os credores optarem expressamente pela via da recuperação e do plano de insolvência, a via seguida supletivamente é a da liquidação.

Em consonância, LUÍS CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA, em anotação ao art. 1.º, n.º 1 do CIRE, referem que: *“Como tínhamos observado na anotação anterior, o processo de insolvência tem uma única finalidade, que é a satisfação do interesse dos credores (...). Esta satisfação é que pode ser alcançada através de uma de duas alternativas, seja pela execução das providências definidas num plano de insolvência aprovado no processo — instrumento que, no contexto do n.º 1, e agora reforçadamente, deve ser entendido em sentido amplo, de modo a abranger qualquer meio legalmente admitido de realização dos interesses dos credores alternativo à liquidação, segundo o modelo comum — (...) ou pela repartição do produto da venda do património do devedor, entretanto alienado. Apesar de tudo, este continua a ser o regime supletivo, mau grado a preferência, a partir da Lei n.º 16/2012, expressamente se afirma pelo plano de insolvência (cf. Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado, 2.ª ed., citado, p. 69).*

intuito de maximizar a satisfação dos direitos dos credores — “objetivo precípua de qualquer processo de insolvência”, como se pode ler no ponto 3 do preâmbulo do CIRE.

É a esta luz que se deve compreender a afirmação, contida no ponto 39 do preâmbulo do CIRE, segundo a qual este diploma mantém “*no essencial, os regimes existentes no CPEREF quanto à isenção de emolumentos e benefícios fiscais*”.

Com efeito, **os benefícios fiscais previstos no CPEREF foram transpostos para o CIRE, com a importante diferença de que deixaram de se aplicar apenas no âmbito das providências de recuperação de empresas e passaram a aplicar-se também no âmbito da liquidação do ativo**, em estrita obediência — como não poderia deixar de ser — ao preceituado na Lei n.º 39/2003⁽¹⁰⁾, que autorizou o Governo a legislar em matéria da competência reservada da Assembleia da República, em concreto, sobre benefícios fiscais (cf. arts. 103.º, n.º 2, e 165.º, n.º 1, alínea *i*), da Constituição da República Portuguesa).

Atenta a origem da norma contida no n.º 2 do art. 270.º do CIRE, parece evidente que a mesma nunca visou restringir o âmbito dos benefícios fiscais previstos no CPEREF — o qual, como se viu, já isentava de tributação as transmissões isoladas de imóveis compreendidos no ativo da empresa ou de estabelecimentos desta. **Muito pelo contrário, o objetivo do legislador era o de manter *qua tale* todos os benefícios já concedidos no âmbito da recuperação de empresas e alargá-los à liquidação do seu património.**

Por isso, **não existe qualquer fundamento para se defender que o benefício fiscal previsto no n.º 2 do art. 270.º do CIRE apenas abrange a transmissão de imóveis em conjunto com a empresa ou com o estabelecimento de que fazem parte, quando o CPEREF já estendia esse benefício às transmissões de imóveis separadamente da empresa ou do estabelecimento. Semelhante solução importaria um inaceitável retrocesso na tutela dos credores em relação ao regime que vigorava no tempo do CPEREF,**

⁽¹⁰⁾ Recorde-se, a este respeito, o teor do n.º 3 do art. 9.º da Lei 39/2003, que não deixa dúvidas quanto à vontade de isentar as transmissões de imóveis tanto em sede de plano como em sede de liquidação.

algo que seguramente não era a intenção do legislador do CIRE, que elevou tal interesse dos credores na satisfação dos seus direitos a “objetivo precípua” de todo o processo de insolvência.

2.4. Elemento teleológico — a *ratio* da isenção de IMT prevista no n.º 2 do art. 270.º do CIRE

A tributação das transmissões de imóveis torna-as mais difíceis e dispendiosas, por serem financeiramente menos atrativas. Como, em sede de IMT, o encargo tributário incide sobre o adquirente, a tributação contribui para deprimir o preço que os interessados estão dispostos a oferecer pelo bem, levando, no limite, os potenciais adquirentes a perder o interesse na realização da transação.

Foi para obviar a estes inconvenientes que o legislador concedeu as isenções de IMT previstas no art. 270.º do CIRE.

Cumpra, pois, determinar se o fez apenas com o propósito de favorecer a recuperação de empresas (como advoga a Administração Fiscal), ou se o fez também — ou quiçá preferencialmente — com o propósito de melhorar as perspectivas de satisfação dos credores num cenário adverso como a insolvência do devedor.

Para responder a esta questão, importa, antes de mais, relembrar que a finalidade professada do processo de insolvência regulado no CIRE é “a satisfação dos credores”, “da forma mais eficiente possível”, podendo a mesma ter lugar através da recuperação da empresa ou não⁽¹¹⁾.

A primazia concedida à satisfação dos direitos dos credores tem uma razão de ser que o preâmbulo do CIRE exprime de forma particularmente eloquente: “a vida económica e empresarial é vida de interdependência, pelo que o incumprimento por parte de certos agentes repercute-se necessariamente na situação económica e financeira dos demais”⁽¹²⁾.

⁽¹¹⁾ Cf. art. 1.º do CIRE, tanto na redação original como na redação do Decreto-Lei n.º 16/2012, de 20 de abril.

⁽¹²⁾ Ponto 3 do preâmbulo do CIRE.

O legislador reconhece que, no processo de insolvência, não é só a empresa insolvente que está em jogo. A solidez financeira e, no limite, a própria sobrevivência das empresas credoras também está em risco, porque a sua capacidade para acomodar os prejuízos decorrentes da insolvência do devedor está longe de ser ilimitada.

Tanto assim é que os simples atrasos nos pagamentos já causam dificuldades sérias ao regular funcionamento das empresas, levando o Legislador a editar regimes especificamente vocacionados para combater este fenómeno. É o caso do Decreto-Lei n.º 32/2003, de 17 de fevereiro (*“Regime especial relativo aos atrasos de pagamento em transações comerciais”*), ou do Decreto-Lei n.º 62/2013, de 10 de maio (*“Regime Relativo aos Atrasos de Pagamento em Transações Comerciais”*), em cujo preâmbulo se pode ler que *“os atrasos de pagamento (...) afetam a liquidez e dificultam a gestão financeira das empresas, em especial das pequenas e médias empresas (PME), particularmente em períodos de recessão, quando o acesso ao crédito é mais difícil”*.

Por maioria de razão, a cessação de pagamentos e os prejuízos decorrentes do facto de o património do devedor insolvente só permitir, por via de regra, satisfazer uma pequena parte de todos os créditos, coloca dificuldades tão ou mais sérias às empresas credoras do que a simples falta de pontualidade nos pagamentos.

É a necessidade de minimizar a repercussão da insolvência do devedor sobre a situação patrimonial e financeira dos credores — evitando, no limite, situações de insolvência em cadeia — que leva o Legislador a eleger a satisfação dos credores como objetivo precípuo do processo de insolvência. Trata-se, no fundo, de proteger os agentes económicos saudáveis do contágio da doença, no interesse não só dos próprios agentes económicos como também da comunidade em geral.

Posto isto, nada impede que, em abstrato, a satisfação dos credores possa ser alcançada de forma mais eficiente através da recuperação da empresa insolvente. Porém, essa decisão é deixada pelo Legislador do CIRE ao critério dos principais interessados — os credores —, por reconhecer que, sendo eles quem mais tem a per-

der, são também eles que sabem escolher a via que melhor tutela as suas necessidades.

Deste modo, são os credores, em regra reunidos em assembleia, entre 45 (quarenta e cinco) e 60 (sessenta) dias após a declaração de insolvência, que deliberam *(i)* sobre a manutenção em atividade ou o encerramento da empresa insolvente e *(ii)* sobre proceder à liquidação imediata da empresa ou confiar ao administrador da insolvência o encargo de elaborar um plano de insolvência, suspendendo a liquidação do ativo⁽¹³⁾.

O plano de insolvência não tem necessariamente de prever a recuperação da empresa insolvente⁽¹⁴⁾, sendo até muito frequente que não o faça, limitando-se a estabelecer formas de satisfação dos credores diferentes daquelas que resultariam da aplicação do regime supletivo da liquidação (por exemplo, dação em cumprimento de bens da massa insolvente). Ou seja, é frequente existirem planos de liquidação, sendo errado pensar que a opção pelo plano de insolvência é sinónimo de opção pela via da recuperação da empresa insolvente.

Mais ainda, qualquer plano de insolvência, independentemente do seu conteúdo, tem de ser submetido à apreciação dos credores reunidos em assembleia convocada especificamente para o efeito e só se considera aprovado se estiver reunido um triplo quórum: *(i)* é necessário que mais de um terço dos créditos com direito de voto estejam presentes ou representados na assembleia, *(ii)* que o plano de insolvência mereça a aprovação de mais de dois terços dos votos emitidos, e *(iii)* que mais de metade dos votos expressos correspondam a créditos não-subordinados⁽¹⁵⁾. A finalidade do plano (recuperação da empresa ou liquidação) não modifica em nada as regras aplicáveis à sua aprovação pelos credores (designadamente, no que se refere às maiorias necessárias para o efeito) ou à sua homologação pelo tribunal.

Por último, importa recordar que o CIRE atribui expressamente a qualquer credor o direito de requerer a não-homologação

⁽¹³⁾ Cf. arts. 156.º e 36.º, n.º 1, alínea *n*), ambos do CIRE.

⁽¹⁴⁾ Cf. art. 192.º, n.º 1, do CIRE.

⁽¹⁵⁾ Cf. arts. 209.º e 212.º do CIRE.

do plano de insolvência, caso a sua situação ao abrigo do plano de insolvência seja previsivelmente menos favorável do que aquela que resultaria na ausência do mesmo⁽¹⁶⁾. Para o efeito, o tribunal deve comparar as perspectivas de satisfação do credor ao abrigo do plano — ou seja, *quanto* é que o credor previsivelmente vai receber ao abrigo do plano e *em quanto tempo* — com as suas perspectivas de satisfação na ausência de plano de insolvência, ou seja, num cenário de liquidação do património. Para esta equação, é totalmente indiferente que o plano de insolvência permita a recuperação da empresa insolvente. Se o plano diminuir as perspectivas de satisfação de algum credor, o tribunal tem o dever de recusar homologá-lo, ainda que, da sua aplicação, resultasse a recuperação da empresa, desde que o lesado o requeira.

Ou seja, para o Legislador, a recuperação da empresa é um objetivo ancilar, que só pode ser prosseguido *caso não prejudique a satisfação dos direitos dos credores*. Se prejudicar, o que prevalece é a maximização da satisfação dos direitos dos credores ou, vistas as coisas de outra perspectiva, a minimização do impacto da insolvência do devedor na situação financeira dos credores.

Em síntese: considerando que (i) o CIRE deixa ao prudente arbítrio dos credores a decisão sobre a prossecução da recuperação da empresa, (ii) o Legislador elegeu a liquidação como a via supletiva (em detrimento do plano de insolvência) e (iii) o objectivo de recuperar determinada empresa não é razão suficiente para admitir que o plano de insolvência (*rectius*, de recuperação) prejudique determinado credor (no sentido de diminuir as reais perspectivas de satisfação do seu crédito), conclui-se que “*a finalidade*” do processo de insolvência não é outra senão “*a satisfação dos credores*”, sendo qualquer outra finalidade ancilar em relação a esta.

Dito isto, seria, no mínimo, incoerente e contraditório que o diploma que eleva a satisfação dos direitos dos credores a finalidade primacial do processo de insolvência concedesse um benefício fiscal com a finalidade *exclusiva* de promover a recuperação da empresa, sobretudo quando esse mesmo benefício

(16) Cf. art. 216.º, n.º 1, alínea a), do CIRE.

pode contribuir de forma muito apreciável para a maximização das perspetivas de satisfação dos credores ou — o que vem a ser o mesmo — para minimizar os prejuízos que a insolvência do devedor acarreta para os agentes económicos que com ele se relacionaram.

Presumindo-se que o Legislador é coerente nas soluções que adota, afigura-se que o âmbito de aplicação do benefício fiscal previsto no n.º 2 do art. 270.º do CIRE não pode excluir os atos que prosseguem a finalidade que preside a todo o Código: a maximização da satisfação dos credores.

Adicionalmente, o n.º 1 do art. 270.º do CIRE confirma que, para efeitos de isenção de tributação em IMT, é indiferente que a transmissão de imóveis vise a recuperação da empresa devedora ou qualquer outra finalidade. Tanto assim é que o Legislador isenta de IMT a “*dação em cumprimento de bens da empresa*” ou a “*cessão de bens aos credores*” quer estas providências se encontrem previstas num plano que visa a recuperação da empresa, quer estejam previstas num plano de insolvência ou de pagamentos que visa apenas a liquidação do ativo (e, por conseguinte, conduza à extinção da empresa)⁽¹⁷⁾.

Assim sendo, por estar — sempre — em causa a maximização da satisfação dos credores, o benefício fiscal previsto no n.º 2 do art. 270.º do CIRE deve aplicar-se indiferentemente a todas as transmissões onerosas de imóveis, quer as mesmas tenham lugar em conjunto ou em separado da empresa ou do estabelecimento que os aludidos imóveis integram.

Nas palavras da jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo, “*tendo em conta o fim que o legislador pretende alcançar com a concessão de tal isenção — fomentar e apoiar a venda rápida dos bens que integram a massa insolvente por óbvias razões de interesse dos credores, mas, também, do interesse público de retoma do normal funcionamento do mundo empresa-*

⁽¹⁷⁾ Note-se que a dação em cumprimento e a cessão de bens aos credores não podem ter lugar no âmbito da liquidação da massa insolvente, razão pela qual, no que se refere a estas operações, a isenção de IMT só está prevista para o plano de insolvência, de pagamentos ou de recuperação.

rial, em que cada processo de insolvência se apresenta como elemento perturbador, dando «um bónus» a quem adquirir os bens imóveis que integram a massa insolvente — compre estes bens que compra mais barato porque não tem de pagar o IMT que seria devido na aquisição de um imóvel similar fora do processo de insolvência — e que serão vendidos em fase de liquidação, o ambíguo texto do n.º 2 do art. 270.º [do CIRE] pode ser objeto de uma leitura mais clara e inequívoca sem recurso a qualquer interpretação extensiva”, “a aquisição de um imóvel (...) na venda realizada no processo de insolvência na fase de liquidação da massa insolvente não pode, pois, deixar de estar isenta de IMT, ao abrigo do disposto no n.º 2 do art. 270.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas”⁽¹⁸⁾.

Sem embargo do exposto, ainda que se entendesse — a nosso ver, erradamente — que a finalidade da isenção de IMT é promover a recuperação da empresa insolvente, cumpre observar que a alienação isolada de um ou mais imóveis não é necessariamente incompatível com esse desiderato. Muito pelo contrário, a venda isolada de imóveis pode ser a melhor ou até mesmo a única forma de obter os fundos necessários à recuperação da empresa e ao relançamento da sua atividade, que doutra forma teriam de ser obtidos com recurso a financiamento externo — mais dispendioso e raramente disponível em cenário de insolvência.

Basta pensar que todos os imóveis que não sejam indispensáveis à atividade da empresa podem ser vendidos ou permutados sem comprometer a recuperação da mesma. Assim, por exemplo, é possível alienar as instalações da empresa, trocando-as por outras mais modestas, vender os imóveis que haviam sido adquiridos com vista a implementar os planos de expansão da empresa que a insolvência não permitiu concretizar, vender os imóveis onde se localizavam estabelecimentos encerrados e que não vão ser reabertos ou ainda vender os imóveis onde se encontram instalados estabelecimentos que vão ser encerrados em consequência

⁽¹⁸⁾ Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 17 de dezembro de 2014 (proc. n.º 01085/13), disponível *online* em <www.dgsi.pt>. Grifado no original.

de uma eventual reestruturação operacional necessária à recuperação da empresa.

Inclusivamente, pode mostrar-se avisado vender imóveis indispensáveis ao desenvolvimento da atividade da empresa a fim de realizar liquidez imediata, celebrando, simultaneamente, um contrato de arrendamento, um contrato de locação financeira ou qualquer outro negócio que permita à empresa continuar a ocupar aquele espaço.

Por isso, também neste cenário, é defensável a aplicação do benefício fiscal de IMT aos atos isolados de transmissão de imóveis, na modalidade de venda ou permuta.

De facto, as vendas isoladas de imóveis podem ser a forma mais adequada de financiar a recuperação da empresa.

A sujeição dessas vendas a IMT contribui para aviltar o preço que eventuais interessados estariam dispostos a pagar pelos bens, diminuindo os proveitos da venda e a liquidez disponível para a empresa relançar a sua atividade e, por conseguinte, dificultando ou comprometendo a sua recuperação.

Consequentemente, não é possível sustentar, ao mesmo tempo, que a isenção de IMT prevista no n.º 2 do art. 270.º não abrange a transmissão isolada de imóveis do ativo da empresa e, em simultâneo, que a finalidade do Legislador ao editar esta norma era promover a recuperação de empresas.

Se assim fosse, o intérprete seria levado a concluir que o Legislador tinha sido inábil ao ponto de descurar a utilidade mais do que evidente da transmissão isolada de imóveis para a recuperação da empresa. Inabilidade particularmente gritante quando já o CPEREF, no seu art. 121.º, n.º 2, isentava de tributação a transmissão isolada de imóveis quando integrada no âmbito das providências de recuperação da empresa, reconhecendo que tais transmissões tinham pleno cabimento nesse âmbito, dado que podiam ser úteis ou até mesmo indispensáveis ao relançamento da atividade empresarial.

2.5. Elemento sistemático — A inserção sistemática do n.º 2 do art. 270.º do CIRE

Compete ao intérprete presumir que o Legislador é coerente nas soluções que adota para problemas semelhantes e que as mesmas obedecem a um pensamento unitário ⁽¹⁹⁾.

Ora, para além da isenção de IMT prevista no n.º 2 do art. 270.º do CIRE, este diploma consagra ainda outros benefícios fiscais aplicáveis às transmissões onerosas de imóveis que tenham lugar no âmbito do processo de insolvência. É, designadamente, o caso da isenção de imposto do selo prevista nas alíneas *d)* e *e)* do art. 269.º do CIRE e da isenção de IMT prevista no n.º 1 do art. 270.º do mesmo diploma ⁽²⁰⁾.

Sucede que tanto a isenção de imposto do selo como a isenção de IMT prevista no n.º 1 do art. 270.º do CIRE abrangem (incontestadamente) quer a transmissão de imóveis efetuada em conjunto com a empresa ou o estabelecimento de que fazem parte, quer a transmissão isolada de imóveis, em separado da empresa ou estabelecimento que integram.

Sendo assim, a interpretação segundo a qual a isenção de IMT prevista no n.º 2 do art. 270.º do CIRE só abrange a transmissão de imóveis quando efetuada em conjunto com a empresa ou estabelecimento de que fazem parte não resiste ao teste da coerência ou harmonia do ordenamento jurídico.

Com efeito, o intérprete tem de presumir, nos termos do n.º 3 do art. 9.º do Código Civil, que a filosofia que inspira a isenção de imposto do selo prevista no art. 269.º do CIRE e a isenção de IMT prevista no n.º 1 do art. 270.º do CIRE é a mesma filosofia que preside à isenção de IMT prevista no n.º 2 do mesmo preceito legal.

⁽¹⁹⁾ JOÃO BATISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 14.ª reimpressão, Almedina, 2004, p. 183.

⁽²⁰⁾ O n.º 1 do art. 270.º do CIRE prevê uma isenção de IMT aplicável às transmissões onerosas de imóveis previstas em plano de insolvência, de pagamentos ou de recuperação e que decorram da dação em cumprimento de bens da empresa e da cessão de bens aos credores ou que se destinem à realização do capital de novas sociedades ou ao aumento do capital da sociedade insolvente.

Da redação das normas, resulta que essa filosofia não é a de promover a *transmissão global* de empresas ou de estabelecimentos em detrimento da transmissão isolada de elementos do seu ativo. Se assim fosse, o Legislador só teria isentado de imposto do selo e de IMT as transmissões globais que pretendia incentivar, excluindo as transmissões isoladas de imóveis. Ao incluir no âmbito da isenção as transmissões isoladas de imóveis, o Legislador diminuiu os incentivos às transmissões globais, o que é incompatível com uma hipotética intenção de promoção exclusiva destas últimas.

Também parece evidente que essa filosofia não é a de promover a recuperação da empresa insolvente. Com efeito, o art. 269.º isenta genericamente de imposto do selo as transmissões de imóveis que tenham lugar no âmbito do processo de insolvência, sem cuidar de saber se as mesmas implicam a continuação ou o desmantelamento da empresa insolvente ou dos seus estabelecimentos. Do mesmo modo, o n.º 1 do art. 270.º isenta de IMT as transmissões de imóveis que decorram da dação em cumprimento ou da cessão de bens aos credores, sendo completamente indiferente se o objetivo ou o efeito dessa transmissão é a continuação ou a liquidação da empresa. Se é certo que tanto a dação em cumprimento como a cessão de bens aos credores têm de estar previstas em plano de insolvência, não é menos verdade que o plano de insolvência não tem necessariamente de prover à recuperação do devedor, podendo limitar-se a estabelecer formas alternativas de liquidação do património do devedor, entre as quais avultam, justamente... a dação em cumprimento e a cessão de bens aos credores (art. 192.º, n.º 1, do CIRE).

Considerando que a filosofia que preside à isenção de imposto do selo e de IMT não é nem a promoção da transmissão global de empresas ou estabelecimentos, nem a recuperação dos mesmos, outra não pode ser essa filosofia que não aquela que preside a todo o CIRE, ou seja, maximizar a satisfação dos credores, minimizando as suas perdas e o impacto negativo da insolvência do devedor no tecido económico e empresarial.

Consequentemente, o princípio da coerência do ordenamento jurídico impõe que se interprete o n.º 2 do art. 270.º do CIRE como abrangendo indiferenciadamente todas as transmissões de imóveis,

quer tenham lugar isoladamente ou em conjunto com a empresa ou estabelecimento de que os imóveis transmitidos fazem parte.

De resto, a solução contrária cria distorções e incentivos incompatíveis com o objetivo de assegurar “*a satisfação, pela forma mais eficiente possível, dos direitos dos credores*”⁽²¹⁾.

A título de exemplo, o credor que pretenda adquirir um imóvel da massa insolvente procura fazê-lo através de dação em cumprimento no âmbito de um plano de insolvência para evitar a tributação em sede de IMT, em alternativa a requerer, mais facilmente a adjudicação do bem em sede de liquidação. Em ambos os cenários, o credor adquire o bem para pagamento de todos ou de parte dos seus créditos. Porém, a via do plano de insolvência é substancialmente mais complexa e morosa — basta pensar na necessidade de realizar uma assembleia de credores para aprovar o plano, nos eventuais pedidos de não-homologação do mesmo e nos recursos que podem eventualmente ser interpostos da sentença homologatória ou não-homologatória do plano — contribuindo para atrasar a satisfação dos direitos dos credores e a conclusão do processo.

Acresce que a via do plano só está aberta aos grandes credores — aqueles que dispõem de um volume de créditos suficiente para aprovar um plano sozinhos ou com o apoio de um pequeno número de outros credores —, o que coloca os pequenos credores numa situação de flagrante desvantagem.

Em contrapartida, a via da adjudicação em sede de liquidação é mais expedita, não atrasa o processo e *fomenta a concorrência*, dado que o requerimento de adjudicação é publicitado como se de uma venda pública se tratasse, bem podendo surgir propostas de aquisição do bem por maior preço do que o oferecido pelo credor adjudicatário (arts. 800.º, n.º 1, 817.º e 801.º, n.º 2, todos do Código de Processo Civil, aplicável *ex vi* art. 164.º do CIRE).

Em casos semelhantes ao configurado no parágrafo anterior — que são bastante frequentes —, é totalmente incoerente e desrazoável que a mesma operação (ou seja, a transmissão de determinado imóvel em pagamento de créditos) se encontre isenta de IMT

(21) Ponto 3 do preâmbulo do CIRE.

se tomar a forma de dação em cumprimento prevista num plano de insolvência e seja tributada em IMT se tomar a forma de adjudicação em sede de liquidação. Entendimento contrário viola uma ideia de igualdade de meios e de oportunidades.

Pelo exposto, afigura-se que a única interpretação do n.º 2 do art. 270.º do CIRE consentânea com o postulado da coerência do ordenamento jurídico é aquela que reconhece a isenção de IMT a todas as transmissões de imóveis que tenham lugar no âmbito do processo de insolvência, quer os imóveis sejam transmitidos isoladamente ou em conjunto com a empresa ou estabelecimento de que fazem parte.

3. Conclusão

Tudo sopesado temos por seguro que o n.º 2 do art. 270.º do CIRE deve ser interpretado no sentido de que se encontram isentas de IMT (*i*) as vendas e permutas de imóveis do ativo de empresas ou de estabelecimentos destas e, bem assim, (*ii*) as transmissões de imóveis em conjunto com a empresa ou estabelecimento de que fazem parte, independentemente da forma que tal transmissão revista.

Jurisprudência Crítica

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL N.º 262/2015

Processo n.º 713/14
Plenário

Relatora: Conselheira Catarina Sarmento e Castro

Acordam em Plenário,
no Tribunal Constitucional

I. — Relatório

1. Nos presentes autos, a recorrente A., S.A, notificada da decisão arbitral datada de 18 de junho de 2014, dirigiu e apresentou o requerimento de interposição de recurso de constitucionalidade, diretamente, no Tribunal Constitucional, tendo invocado, para o efeito, o disposto no art. 25.º, n.ºs 1 e 4, do Decreto-Lei n.º 10/2011, de 20 de janeiro.

2. Ao abrigo do disposto no art. 204.º da Constituição da República Portuguesa (CRP), a relatora, no Tribunal Constitucional, recusou a aplicação da norma extraível da conjugação dos n.ºs 1 e 4 do art. 25.º, do Decreto-Lei n.º 10/2011, de 20 de janeiro (Regime Jurídico da Arbitragem Tributária e Aduaneira, doravante RJAT), no segmento em que determina que o recurso para o Tribunal Constitucional, incidente sobre a decisão arbitral prevista no

n.º 1, é apresentado por meio de requerimento, no próprio Tribunal Constitucional, com fundamento em inconstitucionalidade.

No despacho, entendeu-se que o requerimento de recurso para o Tribunal Constitucional, de decisão arbitral, não deve ser dirigido ou apresentado no próprio Tribunal Constitucional, e determinou-se a remessa dos autos ao tribunal que proferiu a decisão recorrida, nos termos e para os efeitos do art. 76.º, n.º 1, da Lei de Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional (LTC).

3. O Ministério Público, notificado da decisão, veio reclamar para a Conferência, invocando o art. 78.º-B, n.º 2, da LTC.

Entendeu que, ao abrigo do disposto no art. 70.º, n.º 1, alínea *a*) e 72.º, n.º 1, alínea *a*), e n.º 3, da LTC, considerando que a norma, cuja aplicação foi recusada por inconstitucionalidade, consta de ato legislativo, deve o Ministério Público obrigatoriamente interpor recurso para o Tribunal Constitucional.

4. A decisão singular proferida no Tribunal Constitucional é impugnável para a Conferência, nos termos do art. 78.º-B, n.º 2 da LTC.

5. Nos termos do art. 79.º-A da LTC, o Presidente do Tribunal Constitucional determinou que o julgamento se fizesse com intervenção do plenário.

II. — Fundamentação

6. O art. 204.º da Constituição, sob a epígrafe “Apreciação da inconstitucionalidade” estabelece que “Nos feitos submetidos a julgamento não podem os tribunais aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados”. Assim, nos termos do disposto no referido artigo, impende sobre o Tribunal Constitucional o dever de recusar a aplicação de normas que infrinjam a Lei Fundamental. Como referem GOMES CANOTI-

LHO e VITAL MOREIRA (*Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1993, p. 797), “a obrigação de não aplicar normas inconstitucionais vale para *todos os tribunais*, incluindo os tribunais arbitrais, sem excluir naturalmente o próprio TC, como tribunal que é, quer quando ele funciona como tribunal de instância, julgando os assuntos que a Constituição e a lei lhe atribuem para além da fiscalização da inconstitucionalidade (cf. art. 225.º-1), quer nos processos de inconstitucionalidade, quanto às respetivas normas processuais” (No mesmo sentido, JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo VI, 4.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2013, p. 246).

7. Dispõe o n.º 4 do art. 25.º do Decreto-Lei n.º 10/2011, de 20 de janeiro, que “[o]s recursos previstos nos números anteriores são apresentados, por meio de requerimento acompanhado de cópia do processo arbitral, no tribunal competente para conhecer do recurso”. Tal norma remissiva abrange o recurso previsto no n.º 1 da mesma disposição, ou seja, o recurso para o Tribunal Constitucional.

8. Porém, em sentido divergente, o art. 76.º, n.º 1, da Lei n.º 28/82, de 15 de novembro, (Lei de Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional) estatui que “compete ao tribunal que tiver proferido a decisão recorrida apreciar a admissão do respetivo recurso”.

9. Conclui-se, portanto, que a norma, extraível da conjugação dos n.ºs 1 e 4 do art. 25.º do Decreto-Lei n.º 10/2011, de 20 de janeiro, no segmento em que determina que o recurso para o Tribunal Constitucional, incidente sobre a decisão arbitral prevista no n.º 1, é apresentado por meio de requerimento, no tribunal competente para conhecer do recurso, ou seja, no próprio Tribunal Constitucional, contraria o disposto no art. 76.º, n.º 1, da LTC.

10. Ora a LTC disciplina a organização, funcionamento e processo do Tribunal Constitucional — matéria de reserva absoluta da competência legislativa da Assembleia da República, nos ter-

mos da alínea *c*) do art. 164.º — correspondendo a lei orgânica — cf. arts. 166.º, n.º 2, e 168.º, n.º 5 — dotada, por isso, de valor reforçado — *ex vi* art. 112.º, n.º 3, todos da CRP. Tal diploma legal disciplina, de forma uniforme e exclusiva — sem prejuízo da aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, nos termos do art. 69.º — a tramitação do recurso de constitucionalidade, apenas podendo ser alterada por lei orgânica.

O ato de apreciação da admissibilidade do recurso de constitucionalidade é um ato inserido na tramitação do próprio recurso de constitucionalidade, constituindo matéria de reserva absoluta da competência legislativa da Assembleia da República, nos termos da alínea *c*) do art. 164.º da CRP. E entende-se que esta reserva consubstancia uma “reserva *in totum*”, no sentido de que abrange a totalidade da matéria indicada, com exclusão da possibilidade de intervenção normativa de outra entidade que não a Assembleia da República (nesse sentido, MIRANDA, JORGE; MEDEIROS, RUI, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo II, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, anotação ao art. 164.º, pp. 516-517).

11. Uma vez que a norma extraída da conjugação dos n.ºs 1 e 4 do art. 25.º do Decreto-Lei n.º 10/2011, de 20 de janeiro, emitido pelo Governo, dispõe em matéria de reserva absoluta de competência legislativa da Assembleia da República, conclui-se que padece de inconstitucionalidade orgânica já que contraria o disposto no art. 164.º, alínea *c*) (reserva absoluta de competência legislativa da Assembleia da República), não sendo, igualmente, respeitado o art. 166.º, n.º 2 (forma de lei orgânica), da CRP.

12. Sendo as competências legislativas em causa constitucionalmente distribuídas, como resultou do exposto, o Tribunal Constitucional sempre teria, antes de mais, de resolver, como fez, a questão de violação da norma constitucional que as estabelece (art. 164.º, alínea *c*), da Constituição).

Ainda assim, sublinha-se que a norma extraída da conjugação dos n.ºs 1 e 4 do art. 25.º do Decreto-Lei n.º 10/2011, de 20 de janeiro, que está contida num ato legislativo, contraria a norma prevista no art. 76.º, n.º 1, da Lei de Organização, Funcionamento

e Processo no Tribunal Constitucional (Lei n.º 28/82, de 15 de novembro), consagrada em ato legislativo de valor reforçado que reveste a forma especial de lei orgânica, conforme determinam os arts. 112.º, n.º 3, 166.º, n.º 2, e 164.º, alínea c), da CRP. Integrando a norma do art. 76.º, n.º 1, da LTC, um tal ato legislativo de valor reforçado, esta apenas poderia ser modificada ou substituída por um outro ato legislativo que revestisse a mesma forma de lei orgânica, o que não aconteceu. Pelo que a norma do RJAT que se aprecia sempre seria ilegal, por violação de lei de valor reforçado.

III. — Decisão

Nestes termos, o Tribunal Constitucional decide:

- a) Indeferir a presente reclamação;
- b) Consequentemente, determinar a remessa dos autos ao tribunal que proferiu a decisão recorrida, nos termos e para os efeitos do art. 76.º, n.º 1, da LTC.

Sem custas.

Lisboa, 6 de maio de 2015. — *Catarina Sarmento e Castro* — *João Pedro Caupers* — *Maria José Rangel de Mesquita* — *Pedro Machete* — *Lino Rodrigues Ribeiro* — *Fernando Vaz Ventura* — *Carlos Fernandes Cadilha* (voto a decisão apenas com base em violação de lei de valor reforçado) — *João Cura Mariano* — *Ana Guerra Martins* (voto a decisão apenas com fundamento na violação de lei de valor reforçado) — *Maria Lúcia Amaral* — *Maria de Fátima Mata-Mouros* — *Joaquim de Sousa Ribeiro*.

ANOTAÇÃO

Pelo Prof. Doutor Luís Manuel Teles de Menezes Leitão

1. Este Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 252/2015 vem, confirmar um juízo há muito formulado pela doutrina sobre a inconstitucionalidade do regime do recurso para o Tribunal Constitucional instituído pelo Decreto-Lei n.º 10/2011, de 20 de Janeiro, que aprovou o Regime Jurídico da Arbitragem Tributária (RJAT).

Efectivamente, nos termos do art. 25.º, n.º 4, do RJAT o recurso para o Tribunal Constitucional é apresentado no próprio Tribunal Constitucional por meio de requerimento acompanhado de cópia do processo arbitral, o que não se apresenta em conformidade com os preceitos constitucionais. Conforme sustentou JORGE LOPES DE SOUSA *"este regime parece ser formal e organicamente inconstitucional, ao não prever a intervenção do tribunal recorrido na admissão do recurso (...), pois não resulta das normas próprias do recurso para o TC, previsto na Lei n.º 28/82, de 15 de Outubro, nem no regime da apelação, que nele se prevê que é de aplicação subsidiária"*. Isto porque *"a legislação sobre processo do Tribunal Constitucional insere-se na reserva absoluta da Assembleia da República, nos termos do art. 164.º, n.º 1, alínea c), da CRP e só pode ser objecto de lei orgânica (art. 166.º, n.º 2, da CRP), pelo que não podiam ser introduzidas alterações ao regime dos recursos para o Tribunal Constitucional através de Decreto-Lei e o Governo não podia validamente legislar sobre esta matéria, em*

dissonância com o regime da apelação, mesmo com base em autorização legislativa, como resulta do art. 198.º da CRP⁽¹⁾.

Esta questão foi agora objecto de pronúncia pelo Tribunal Constitucional num recurso interposto de um Acórdão do CAAD, que foi apresentado directamente no Tribunal Constitucional, nele constituindo o processo n.º 713/2014. O processo foi distribuído à juíza Catarina Sarmento e Castro, a qual considerou em decisão de 15 de Julho de 2014 que a norma extraída da conjugação dos n.ºs 1 e 4 do art. 25.º do RJAT, *"ainda que emitida no uso de autorização legislativa da Assembleia da República enferma de inconstitucionalidade orgânica e formal, por violação do disposto nos arts. 164.º, alínea c), 166.º, n.º 2, e 168.º, n.º 5, todos da CRP"*. Em consequência recusou a aplicação dessa norma com fundamento em inconstitucionalidade, determinando *"a remessa dos autos ao tribunal que proferiu a decisão recorrida, nos termos e para os efeitos do art. 76.º, n.º 1, da LTC"*.

Notificado dessa decisão, o Ministério Público decidiu reclamar para a conferência uma vez que, nos termos dos arts. 70.º, n.º 1, alínea a) e 72.º, n.º 1, alínea a) e n.º 3 da LTC lhe compete recorrer obrigatoriamente das decisões que recusem a aplicação de normas com fundamento em inconstitucionalidade, pelo que, tendo a decisão singular sido proferida nos termos do art. 78.º-B, n.º 2, da LTC, entendeu que a forma correcta de impugnação seria a reclamação para a conferência. Considerando, por outro lado, a relevância da questão e a sua natureza inovatória, entendeu que se justificaria a intervenção do plenário, nos termos do art. 79.º-A, n.ºs 1 e 2, da LTC.

Suscitada pelo Presidente a intervenção do Plenário, veio este através deste Acórdão n.º 262/2015, de 6 de Maio, relatado igualmente pela juíza Catarina Sarmento e Castro considerar que *"uma vez que a norma extraída da conjugação dos n.ºs 1 e 4 do art. 25.º do Decreto-Lei n.º 10/2011, de 20 de Janeiro, emitido pelo Governo, dispõe em matéria de reserva absoluta de competência legislativa da Assembleia da República, conclui-se que padece de*

(1) Cf. JORGE LOPES DE SOUSA, "Comentário ao Regime Jurídico da Arbitragem Tributária", em NUNO VILLA-LOBOS/MÓNICA BRITO VIEIRA, *Guia da Arbitragem Tributária*, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 95-240 [229, nota (105)].

inconstitucionalidade orgânica já que contraria o disposto no art. 164.º, alínea c) (reserva absoluta de competência legislativa da Assembleia da República), não sendo, igualmente respeitado o art. 166.º, n.º 2 (forma de lei orgânica), da CRP". Em consequência indeferiu a reclamação do Ministério Público, determinando a remessa ao tribunal competente para admissão do recurso. A decisão foi unânime, salvo quanto à fundamentação, pois os juizes Carlos Fernandes Cadilha e Ana Guerra Martins votaram a decisão apenas com fundamento em violação de lei de valor reforçado. E na verdade, não nos parece que a decisão pudesse ser outra, face à óbvia contradição entre o regime previsto na LTC e o RJAT.

Ficou assim actualmente esclarecido que o recurso tem que ser admitido pelo próprio tribunal arbitral do CAAD, havendo assim que aplicar o regime do recurso para o Tribunal Constitucional previsto na LTC e não o do RJAT. Só que tal conclusão implica que várias normas do RJAT fiquem igualmente incompatíveis com esse regime.

Em primeiro lugar, o art. 25.º, n.º 1, do RJAT restringe a possibilidade de recurso para o Tribunal Constitucional às situações em que se tenha recusado a aplicação de uma norma com fundamento em inconstitucionalidade ou se aplique norma cuja inconstitucionalidade tenha sido suscitada. Salienta-se, no entanto, que esta norma apenas corresponde às alíneas *a)* e *b)* do n.º 1 do art. 70.º da LTC, não admitindo assim o RJAT o recurso com base nas restantes alíneas desse artigo. Como se tornou claro que o RJAT não pode alterar os pressupostos do recurso para o Tribunal Constitucional, terá que se considerar admissível o recurso também com base nestas alíneas, sob pena de inconstitucionalidade⁽²⁾. Desta vez o Tribunal Constitucional não se pronunciou sobre esta questão, mas a resposta não poderá deixar de ser a mesma.

⁽²⁾ Neste sentido, invocando a violação do art. 280.º, n.º 1, *a)*, da Constituição, cf. JORGE LOPES DE SOUSA, *op. cit.*, p. 228.

Para além disso, nos termos do art. 80.º, n.º 2, da LTC, estabelece que se o Tribunal Constitucional der provimento ao recurso, ainda que só parcialmente, os autos baixam ao tribunal de onde provieram, a fim de que este, consoante for o caso, reforme a decisão ou a mande reformar em conformidade com o julgamento sobre a questão da inconstitucionalidade ou da ilegalidade. Essa situação coloca alguns problemas no âmbito do CAAD. Salienta JORGE LOPES DE SOUSA, que *"a aplicação destas normas, específicas para os recursos para o Tribunal Constitucional, exigirá que o tribunal arbitral, que se considera dissolvido com a notificação do arquivamento do processo, prevista no art. 23.º do RJAT, tenha que se reconstituir"*⁽³⁾. A nosso ver, no entanto, não há lugar à reconstituição, pois não se deve considerar dissolvido o tribunal arbitral enquanto não ocorrer o trânsito em julgado da decisão, sob pena de inconstitucionalidade, uma vez que o tribunal arbitral tem que conservar a possibilidade de aplicar as determinações do Tribunal Constitucional, em conformidade com o seu juízo de inconstitucionalidade ou ilegalidade.

Parece assim que este Acórdão pode ser seguido por muitos outros a declarar a inconstitucionalidade de algumas normas do RJAT. Talvez por isso o legislador devesse fazer uma reforma desse diploma em ordem a expurgar estas inconstitucionalidades.

⁽³⁾ Cf. JORGE LOPES DE SOUSA, *op. cit.*, pp. 229-230.

Jurisprudência
dos Conselhos

DEVERES DO ADVOGADO PARA COM
O CLIENTE — DEVER DE ZELO

Processo n.º 239/2014 — CS/R

Relatora: D.^{ra} Maria Emília Morais Carneiro

PARECER

Relatório

1. Os presentes autos nasceram de uma participação do Sr. Dr. (...), ao Conselho de Deontologia de Lisboa da Ordem dos Advogados, contra o Senhor Advogado Dr. [...] e que, atenta a qualidade de antigo membro do referido Conselho Distrital, o expediente em causa foi remetido a este Conselho Superior por ser o órgão competente (cf. art. 43.º, n.º 3, alínea *d*), do EOA) e atuado como Apreciação Liminar (cf. alínea *a*) do art. 1.º do Regulamento Disciplinar n.º 873/2010, de 10 de Dezembro de 2010).

Notificado para se pronunciar querendo, sobre a matéria da participação, veio o Sr. Advogado participado fazê-lo a fls. (...) dos presentes autos, juntando respectiva prova documental.

Por duto despacho do Sr. Relator do Conselho Superior, por inexistência de infração disciplinar susceptível de averiguação, se determinou o arquivamento dos autos (fls. (...) a fls. (...)).

2. Não se conformando com a decisão, veio o participante interpor o presente recurso para o Plenário do Conselho Superior, sendo o mesmo admitido por despacho de fls. (...) e sobre o qual nos iremos pronunciar.

Com relevância em termos disciplinares, veio o recorrente formular as seguintes conclusões:

1. *O douto despacho não aprecia um vasto elenco de factos essenciais à adequada apreciação da queixa, identificados no ponto 2 da motivação “quanto à matéria de facto objecto da decisão”.*
2. *Por outro lado, ao resumir os factos participados, o douto despacho pontualmente atribuiu ao participante a alegação de factos que não constam da queixa nem dela podem ser inferidos; e além disso, pontualmente compila factos extraídos de diversos pontos da queixa para construir frases cujo sentido em nada tem correspondência com o contexto original onde tais factos foram invocados (cf. Ponto 4 da motivação “quanto à matéria de facto objecto da decisão”).*
3. *Ao contrário do que o douto despacho conclui, o participante não alega a “inadequação das importâncias cobradas pelo Sr. Advogado ao serviço por si efectivamente prestado”, mas sim a inadequação entre os serviços solicitados e os serviços prestados.*
4. *Com efeito, o participante alega que contratou o participado para que informasse da disponibilidade para patrocinar duas acções, ingressando com elas antes de setembro e de novembro e para que esclarecesse o montante global aproximado dos honorários que cobraria. Por seu turno, o participado alega que foi procurado para “determinar se o competente direito de indemnização estaria, ou não, eventualmente prescrito do direito, depois de ter sido informado pelo participante de que não tinha qualquer dúvida de que o seu direito não havia prescrito e depois de o participante ter entregado vários acórdãos sobre*

prescrição de casos análogos, por sua iniciativa decidiu elaborar o referido parecer escrito sobre prescrição.

5. *E justamente porque essa é a questão central da queixa, o participante abriu a sua queixa alegando esse facto e juntou provas de que há anos que não tem dúvida da não prescrição do seu direito e de que tinha intenção de ingressar com as acções judiciais até setembro e novembro de 2012.*
 6. *O douto despacho conclui que o participante “entende que o participado analisou incorrectamente os factos e deu-lhes uma solução jurídica incomportável pelas normas aplicáveis”, pelo que inexistente infracção disciplinar. Mas, no contexto da queixa, aquele facto está integrado na conduta principal: o participante alega que contratou o participado para zelar adequadamente pelos seus interesses, mas o participado adoptou uma série de condutas lesivas, a começar no parecer escrito e a acabar nos factos alegados nos arts. 37.º a 43.º, passando pelas importâncias que requereu para patrocinar as causas judiciais e às quais deu um uso que o participante, se soubesse, jamais teria autorizado.*
 7. *Pelo que, salvo o devido respeito, ao contrário do que se diz no douto despacho, não “são duas as questões que o participante coloca” e muito menos as questões que o douto despacho indentifica, aprecia e decide.*
3. Alegou o recorrido, sustentando a sua defesa com base nos elementos de prova documental apresentados, propugnando pela confirmação da decisão recorrida, por falta de fundamento no recurso, apresentando as suas conclusões:
1. *A vasta queixa apresentada pelo participante pode ser resumida em duas questões essenciais: 1) o facto de o participante ter realizado um estudo referente à eventual prescrição do direito do participado quando este, na sua versão, defende que esse parecer não lhe foi solicitado e,*

portanto, não podia ter realizado; 2) o montante cobrado a título de honorários e despesas pelo trabalho desenvolvido.

- 2. Quanto à primeira questão, para além do Advogado ter plena discricionariedade técnica, o participado fez apenas o que o participante lhe pediu; relativamente à segunda questão, a participação disciplinar não revela aptidão para apreciar esta matéria.*
- 3. Da análise dos factos enumerados, nas alegações de recurso, como “excluídos” podemos verificar que estes são instrumentais às duas questões essenciais ou não são disciplinarmente relevantes, pelo que o despacho recorrido não merece censura.*
- 4. Importa também referir o facto de o participante na queixa que apresentou ter alegado factos que não provou, impondo-lhe o artigo o art. 88.º, n.º 1, do Código de Procedimento Administrativo o ónus da prova.*
- 5. O ora signatário demonstrou ainda, através da prova documental que ofereceu com a audição do participado, que os factos alegados na queixa apresentada não correspondem à verdade, não tendo o participante apresentado contraprova.*
- 6. O presente recurso não merece provimento, uma vez que não tem qualquer suporte probatório, nem assenta em factos novos ou em novas provas.*

APRECIACÃO

As questões invocadas pelo Sr. participante na sua extensa participação e corroboradas nas motivações de recurso, resumem-se afinal ao seguinte: Em [...] de 2012 solicitou os serviços do Sr. Advogado participado no escritório deste, a fim de saber da sua disponibilidade para o patrocinar em duas acções de responsabilidade civil médica (...) e qual o valor de honorários que cobraria. O Sr. Advogado participado disse que iria analisar a questão pois tinha dúvidas da prescrição dos direitos, apesar de o participante lhe ter dito que não havia dúvidas da não prescrição, com base em várias fontes que identificou e citou sobre a matéria, nomeadamente acórdãos. Quanto ao valor dos honorários o Sr. Advogado sugeriu que o participante pagasse o número de horas dispendidas no processo, sendo o valor/hora de 150,00 €, propondo-lhe que assinasse uma procuração, lhe entregasse o sumário de um ou dois acórdãos referidos, bem como outra documentação que lhe permitisse ter uma visão documental do caso, solicitou-lhe a quantia de 150,00 € naquele dia e mais 1000,00€, e caso concluísse que o direito do participante tinha prescrito, utilizaria a procuração e o remanescente da verba entregue descontados os honorários para o processo de sua mãe. Três dias depois o Sr. Participante compareceu no escritório entregando-lhe um dossier com vários documentos e 900,00 €, explicando que não tinha mais. Por ser impossível ao Sr. Advogado participado subscrever a acção antes do dia 2 de Setembro de 2012, conforme solicitado pelo Sr. Participante, este, por e-mail datado de [...] 2012 solicitou-lhe a indicação de um dia para ir levantar os documentos que lhe tinha entregue e a procuração que assinou, os recibos das consultas e a parcela dos montantes entregues após dedução dos respectivos honorários, de modo a consultar outro advogado (doc. de fls. ...). Veio entretanto a ser confrontado com um “parecer técnico-jurídico” elaborado pelo Sr. Advogado participado, relacionado com a prescrição da responsabilidade civil extracontratual fundada numa determinada tipologia de crimes, tendo-lhe vindo a ser apresentada sobre esse parecer a respectiva nota de despesas e honorários, no montante de € 2.016,62, apurado com base no valor hora acordado de € 150,00.

Sobre estes factos e quanto a razões de queixa, tudo parece, resumir-se, na discórdia do Sr. Participante sobre a elaboração do referido parecer jurídico, o qual diz nunca ter solicitado, pelo facto de já saber que o direito não havia prescrito, tendo o mesmo sido feito à sua revelia e que apenas consultou o Sr. Advogado participado para saber da sua disponibilidade para instaurar as respectivas acções judiciais e o respectivo custo.

Em sentido oposto apresenta o Sr. Advogado participado a sua defesa, alegando que o referido estudo/parecer lhe fora solicitado pelo Sr. Participante, e por esse trabalho apresentou a nota de honorários e despesas, atendendo ao tempo despendido com a abertura de expediente, a análise dos documentos entregues pelo participante, a consulta de jurisprudência, as conferências telefónicas com o mesmo, a análise das comunicações enviadas por este e respectivas respostas. Trabalho facturado conforme convencionado.

Analisando a matéria factual apurada, podemos desde logo avançar com a conclusão que os autos têm elementos documentais que permitem dar como provados os factos alegados pelo Senhor Advogado visado e que contradizem os argumentos do Sr. participante. Desde logo nos *e-mails* trocados por ambos, nunca este referiu que não tinha solicitado o parecer escrito ao participado, ou que não era isso o que pretendia. De facto constata-se a fls. (...) dos presentes autos num *e-mail* enviado ao Sr. Advogado participado pelo Sr. Participante o seguinte:” *Ex.mo Senhor Dr.(...) Li o documento anexo à V. mensagem e nele constato que inverteu a posição manifestada de início e agora já concorda que o meu direito não prescreveu*”.

E a fls. (...) menciona o Sr. Advogado participado num *e-mail* enviado ao Sr. Participante. “*Quanto à procuração que me outorgou, a mesma está dada sem efeito e em caso algum será utilizada, uma vez que, nesta fase inicial, me limitei, para além das consultas avulsas e sem qualquer compromisso inicialmente havidas no meu escritório, a solicitar uma quantia destinada ao estudo e elaboração de um parecer técnico, que pode utilizar em futuro processo judicial. Apesar de ter sido entregue um valor inferior ao solicitado, irei proceder à elaboração da respectiva conta-corrente só a partir setembro próximo...*”

Como se verifica em momento algum o Sr. Participante colocou em causa a elaboração do referido parecer técnico-jurídico, parecendo-nos que este desagrado apenas surgiu, quando lhe foi apresentada a respectiva nota de despesas e honorários.

Dispõe a alínea *b*) do número 1 do art. 95.º do E.O.A. (Estatuto da Ordem dos Advogados): *1. Nas relações com o cliente, são ainda deveres do advogado:*

b) Estudar com cuidado e tratar com zelo a questão de que seja incumbido, utilizando para o efeito todos os recursos da sua experiência, saber e actividade.

E como dizia OSSORIO Y GALLARDO, “*para o advogado não deve haver mais do que duas espécies de assuntos — aqueles em que o cliente tem razão e aqueles em que a não tem*” (*ob. cit.*, 71).

Não nos afigura dos presentes autos, que o Senhor Advogado participado tenha de algum modo, negligenciado na sua actuação, e deve acrescentar-se que, se por um lado o Advogado há-de ser fiel às instruções do cliente, por outro lado, o cliente há-de respeitar a independência do Advogado. Assim já se escrevia no (AC. do C. Superior de 21/04/1960, R.O.A., 21,78), “*o mandato não gera obrigações apenas para o advogado constituído mas também para o mandante...*”.

Neste contexto somos em crer, que o Sr. Advogado participado aconselhou e orientou o seu cliente — ora participante — no sentido mais propício aos interesses deste. Depois, é também fora de dúvida que “*a orientação do patrocínio cabe inteira e exclusivamente ao Advogado, pelo que só a ele compete escolher os meios que entenda mais adequados à defesa dos interesses que lhe são confiados* (Ac. do C. Superior de 20/12/1974, R.O.A., 35, 522), *não podendo assim, colocar-se na posição de simples cumpridor das indicações ou ordens dos clientes*”.

No caso em apreço consideramos que o Sr Advogado participado ao efectuar o parecer jurídico em questão não deixou de zelar pelos interesses do seu cliente.

Por outro lado não existe nos autos qualquer indício que nos leve a apurar que o referido parecer escrito elaborado pelo Sr. Advogado recorrido, não tenha sido do prévio conhecimento do

Sr. Participante, conforme o indiciam os elementos documentais supra referidos.

Ao abrigo do disposto no art. 110.º do E.O.A. “*Comete infração disciplinar o advogado ou advogado estagiário que, por acção ou omissão, violar dolosa ou culposamente algum dos deveres consagrados no presente Estatuto, nos respectivos regulamentos e nas demais disposições legais aplicáveis*”.

Não se encontra nestes autos qualquer matéria susceptível de apontar ainda que em abstracto a prática de infracção disciplinar pelo Sr. Advogado participado.

Além do que “*no direito disciplinar da Ordem dos Advogados inexistem presunções de culpa, vigorando antes o princípio constitucional da presunção de inocência*”, doutrina acolhida por este Conselho Superior. (cf. Ac. C.S. de 20/07/2007 da 1.ª secção — Proc. n.º R-193/06).

Pelo exposto é nosso parecer

Negar provimento ao recurso, mantendo-se a decisão proferida no douto Despacho de fls. (...) dos autos.

Notifique-se.

Ao Plenário

A Relatora

MARIA EMÍLIA MORAIS CARNEIRO
Tavira, aos 14 de Março do ano de 2015

Aprovado em sessão plenária do Conselho Superior de 19 de Março de 2015, com duas de Declarações de Voto que se transcrevem.

DECLARAÇÃO DE VOTO

Votei contra o Parecer e a deliberação de arquivamento dos autos aí proposta pela Ex.^{ma} Senhora Conselheira Relatora pela fundamentação que refiro e sumariamente expus aquando da votação pelo Plenário do Conselho Superior.

Desde logo, não se me afigura que o teor do Relatório do Parecer autorize, com um mínimo de segurança jurídica face a duas narrativas irredutivelmente opostas no que importa, qualquer conclusão firme relativamente ao apuramento da factualidade relevante objeto do litígio, qual seja a de se esclarecer se o Participante solicitou ou não ao Participado o serviço identificado nos autos como “parecer técnico-jurídico”, no âmbito do relacionamento profissional ocorrido entre ambos.

Por certo que tal controvérsia não poderia ser dirimida em sede de apreciação liminar (como foram autuados os autos em recurso), atento o que dispõe o n.º 2 do art. 3.º do Regulamento 873/2010 (Regulamento Disciplinar), segundo o qual “a apreciação liminar não comporta a realização de quaisquer diligências de instrução”, do mesmo passo que o teor do Relatório evidencia não existir nos autos informação factual conclusiva e inequívoca acerca do ponto em controvérsia.

Assim sendo, haveria que favorecer, não o arquivamento dos autos mas antes, em homenagem à busca da verdade material a que se refere o art. 140.º, n.º 1, dos nossos Estatutos, a aplicação de ação disciplinar, concretamente na modalidade de Processo de Inquérito (art. 139.º, n.º 3, cuja parte final expressamente contempla a situação factual em apreço: impor-se a realização de diligências sumárias para esclarecimento ou concretização dos factos participados).

Estando, portanto, a controvérsia dos autos no estrito âmbito da informação factual (ainda que manifestamente escassa e incompleta), afiguram-se-me, “venia data”, totalmente irrelevantes, inaplicáveis e inadequadas à situação do caso em assunto, as considerações da página (...) do Parecer sobre a inexistência de presunções de culpa no nosso Direito Disciplinar quando, singelamente, o que importaria era obter-se a concretização dos factos

participados, favorecendo (e não inviabilizando) o uso dos meios previstos expressamente no nosso direito adjetivo interno para o efeito: no caso, repete-se, o Processo de Inquérito.

Ao pugnar pela imediata improcedência do recurso, com o correlativo arquivamento imediato dos autos, abreviou-se injustificadamente a boa tramitação da ação disciplinar sem que estivessem minimamente esgotados os meios disponíveis para a busca da verdade material, condição indispensável de justiça.

JÚLIO ELVAS PINHEIRO

DECLARAÇÃO DE VOTO

O meu voto de vencido em relação à deliberação deste Conselho Superior, no sentido em que negou provimento ao recurso interposto e manteve assim a decisão recorrida de arquivamento dos autos, prende-se essencialmente com divergente apreciação de questões de natureza procedimental quanto ao âmbito e alcance da figura da apreciação liminar.

A apreciação liminar estava prevista no anterior Estatuto da OA (Decreto-Lei n.º 84/84, de 16 de Março, em subsecção autónoma da secção III (III — “Do processo”), e antes da subsecção “Do processo disciplinar comum”.

Por conseguinte, elencada como uma fase a montante do processo em si, ou seja, como momento anterior à instauração do processo disciplinar “stricto sensu”. Poderia originar a instauração de processo disciplinar, mas poderia também nascer e perecer sem que qualquer processo disciplinar fosse efectivamente instaurado. Assim resulta da leitura das disposições conjugadas dos arts. 118.º e 119.º, n.º 1, do antigo Estatuto.

Actualmente, e da leitura do art. 139.º, parece decorrer que a apreciação liminar não é elencada como forma de processo dentro da acção disciplinar, mas que existe como expediente administrativo prévio, ou seja, como despacho sumário e anterior ao pro-

cesso disciplinar, ou eventualmente precedendo processo de inquérito.

Ou seja, na versão anterior e na actual, a apreciação liminar surge como um crivo preliminar, de modo a obstar à prática de actos inúteis e supérfluos nos casos em que a participação não tenha mínima condição de prosseguir, ou para, contrariamente, permitir a instauração da acção disciplinar com algum conforto.

Por isso no n.º 1 do antigo art. 118.º se diz: A apreciação liminar destina-se apenas à aferição da possibilidade de a conduta do advogado participado poder constituir infracção disciplinar, na versão relatada na participação e, em caso afirmativo, deverá ser proposta pelo relator, aos órgãos competentes, a instauração de procedimento disciplinar.

E no actual n.º 5 do art. 139.º: Quando a participação seja manifestamente inviável ou infundada, deve a mesma ser liminarmente arquivada, dando-se cumprimento ao disposto no n.º 3 do art. 118.º.

Este instituto é expressamente previsto no Regulamento Disciplinar n.º 873/2010 como fase eventual da acção disciplinar — ainda que no actual Estatuto seja expressamente confinada a um mero despacho prévio e não como fase ou forma de processo (referido n.º 5).

Aparte esta consideração, e para o que de particular interessa “in casu”, há que reter as seguintes notas em relação à figura da apreciação liminar:

- Nos termos do art. 1.º do Regulamento, “a apreciação liminar, quando a participação for manifestamente inviável ou infundada, pode ser decidida por simples despacho sucintamente fundamentado”;*
- não comporta a realização de quaisquer diligências de instrução;*
- pode ser ordenada a notificação do participante para esclarecer ou concretizar o objecto da participação e do participado para se pronunciar, querendo.*

Algo semelhante à versão de 84, ainda que aí se compreendesse na apreciação liminar diligências hoje atribuídas ao processo de inquérito.

Ora, quanto a decidir-se pelo não prosseguimento para instauração de processo disciplinar, apenas se pode seguir essa via quando a participação for manifestamente inviável ou infundada.

Ou seja, quando inequivocamente se antecipar que a participação não terá condições para prosseguir, porque, por exemplo, se reporta a factos prescritos ou de prova impossível ou inexistente, ou quando o objecto de que trate não caiba no que à luz do Estatuto é qualificado como infracção disciplinar.

Deve, pois, a apreciação liminar restringir-se a esta apreciação sucinta, pelo simples confronto com o teor da participação, e concluir-se pelo arquivamento quando com idónea clareza se verifica que não deve a participação transitar para a acção disciplinar, sob a forma de processo ou de inquérito, porque inviável ou infundada. Sendo que para chegar a tal conclusão, não deve a decisão sustentar-se em quaisquer diligências de instrução, pelo que salvo melhor opinião, não deverá decidir-se com base em eventuais documentos que cheguem ao processo após notificação dos intervenientes, ou com base nas declarações destes (que quando muito servem para concretizar ou esclarecer a participação). Contrariamente estaríamos já a fazer um juízo de valor sobre a factualidade invocada com recurso aos meios de prova, como se de processo disciplinar se tratasse, contrariamente ao que se pretende com esta simplista análise preliminar da participação.

Pelo que, existindo matéria factual eventualmente consubstanciadora de infracção disciplinar, e não saltando à vista de forma evidente que o processo seja inviável, sempre seria, no meu modesto entendimento, de fazer transitar a participação para acção disciplinar.

No caso concreto, existindo uma divergência quanto à eventual contratação de um determinado serviço (o parecer de direito), e elementos probatórios que carecem de apreciação no momento próprio que não o de apreciação liminar, sempre se me afiguraria

ser de dar provimento ao recurso, sem prejuízo de vir a concluir-se futuramente nesse sentido.

É este o fundamento do sentido do meu voto, sem prejuízo do respeito, que é todo, pelo diferente entendimento deste Conselho que maioritariamente decidiu de forma diversa.

JOÃO PAULO PIMENTA

COMPETÊNCIA DOS ADVOGADOS ESTAGIÁRIOS PARA RECONHECIMENTOS DE ASSINATURAS, AUTENTICAÇÃO E TRADUÇÃO DE DOCUMENTOS E CONFERÊNCIA DE CÓPIAS

Processo n.º 27/PP/2014-G e 30/PP/2014-G

Relator: Dr. A. Pires de Almeida

OBJECTO DO PARECER

Os Ilustres Colegas, **Dr. A...** e **D.^{ra} B...**, vieram perguntar, respectivamente, à Ordem dos Advogados e ao Conselho Distrital de Faro se os Advogados Estagiários terão competência, ou não, para os reconhecimentos de assinaturas, autenticação e tradução de documentos e conferência de cópias, conforme previsto no art. 38.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de Março, em face do decidido pelo Acórdão da Relação de Coimbra, de 27 de Maio de 2014 (Proc. n.º 117/14.4TJCBR.C1 — JTRC) e da Circular da Ordem dos Notários (no seguimento daquele Acórdão), que entendeu estar vedada ao advogado estagiário a prática daqueles actos.

Aquele Conselho Distrital, por entender que “*a situação em apreço é de índole nacional*”, deliberou reencaminhar para a S.^{ra} Bastonária a “exposição” da Ilustre Colega, D.^{ra} B... e a S.^{ra} Bas-

tonária, em relação a ambos os “pedidos” daqueles Ilustres Colegas, designou o signatário como Relator da elaboração da Proposta de Parecer sobre a matéria.

PARECER

Nos termos da alínea *a*) do n.º 1 do art. 189.º do Estatuto da Ordem dos Advogados (EOA), aprovado pela Lei n.º 15/2005, de 26 de Janeiro, o Advogado Estagiário, obtida a cédula profissional a atestar esta qualidade, pode “*autonomamente, mas sempre sob orientação do patrono*”, praticar, além de “*outros actos profissionais*”, constantes das alíneas *b*) e *c*) do cit. n.º 1 da mencionada norma, “*todos os actos da competência dos solicitadores*”.

Ademais, nos termos do n.º 2 do dito art. 189.º do EOA, “*pode ainda o advogado estagiário praticar actos próprios da advocacia em todos os demais processos, independentemente da sua natureza e do seu valor, desde que efectivamente acompanhado de advogado que assegure a tutela do seu tirocínio, seja o seu patrono ou o seu patrono formador*”.

Além disso, “*o advogado estagiário deve indicar, em qualquer acto em que intervenha, apenas e sempre esta sua qualidade profissional*” (cf. n.º 3 da citada norma).

Refira-se que o n.º 2 do art. 189.º do EOA, corresponde ao art. 164.º do anterior EOA, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 84/84, de 16 de Março (e que a Lei n.º 15/2005, de 26 de Janeiro, revogou), onde se prescrevia:

1. Durante o primeiro período do estágio, o estagiário não pode praticar actos próprios das profissões de advogado ou de solicitador judicial senão em causa própria ou do seu cônjuge, ascendentes ou descendentes.

2. Durante o segundo período do estágio, o estagiário pode exercer quaisquer actos da competência dos solicitadores e, bem assim:

- a. *(Revogada)*
 - b. *Exercer a advocacia em processos penais, da competência do tribunal singular;*
 - c. *Exercer a advocacia em processos não penais cujo valor caiba na alçada dos tribunais de 1.ª instância e ainda nos processos da competência dos tribunais de menores;*
 - d. *Dar consulta jurídica.*
3. *O estagiário deve indicar sempre a sua qualidade quando intervenha em qualquer acto de natureza profissional”.*

Em anotação ao (actual) art. 189.º do EOA, ANTÓNIO ARNAUT (EOA Anotado — 10.ª ed., Coimbra Editora, p. 184), refere que *“apesar do advérbio “efectivamente” do n.º 2, a intervenção do estagiário, por meio de requerimentos, satisfaz-se com a simples assinatura do patrono. Nos outros actos, o acompanhamento não reveste natureza física mas técnica”.*

Finalmente, o n.º 1 do art. 38.º do Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de Março, prescreve:

“Sem prejuízo da competência atribuída a outras entidades, as câmaras de comércio e indústria, reconhecidas nos termos do Decreto-Lei n.º 244/92, de 29 de Outubro, os conservadores, os oficiais de registo, os advogados e os solicitadores podem fazer reconhecimentos simples e com menções especiais, presenciais e por semelhança, autenticar documentos particulares, certificar, ou fazer e certificar, traduções de documentos, nos termos previstos na lei notarial”.

Até à prolação pela Relação de Coimbra do Acórdão de 27 de Maio de 2014, invocado no pedido de Parecer, não é do nosso conhecimento que, alguma vez, após a publicação do aludido Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de Março, e por via do estatuído no n.º 1 do art. 38.º, alguma entidade pública ou privada e/ou qualquer Notário tivesse posto em causa a competência/atribuição de um advogado estagiário para, nos termos daquela disposição legal,

fazer reconhecimentos simples e com menções especiais, presenciais e por semelhança, autenticar documentos particulares, certificar, ou fazer certificar, traduções de documentos, nos termos previstos na lei notarial.

De resto, ao que tudo indica, a Circular da Ordem dos Notários limitou-se a “*cumprir aquela jurisprudência*” do citado Acórdão da Relação de Coimbra, no sentido de que o advogado estagiário não tem competência para “*a prática de tais actos (autenticação de documentos particulares)*”.

Ora, salvo o devido respeito, não é legal aquela Circular da Ordem dos Notários, como não o é a interpretação que o Tribunal da Relação de Coimbra fez do n.º 1 do art. 38.º do Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de Março, que lhe terá servido de suporte, no sentido de que falecerá competência ao advogado estagiário para a prática dos actos previstos no n.º 1 daquela referida norma.

Com efeito, e antes de mais, seria incompreensível que o legislador tivesse atribuído tal competência a uma Câmara de Comércio e/ou a uma Câmara de Indústria (para já não falar de outras entidades a quem também é reconhecido tal “poder”) e a sonegasse a um advogado estagiário que, à partida, tem preparação técnico-jurídica e regras deontológicas necessárias para dar “fé pública” à prática daqueles actos.

Depois, não se aceita — e por isso não a acompanhamos — a fundamentação do aludido Acórdão da Relação de Coimbra, por variadas razões, de que destacamos apenas as que seguem:

A **primeira**, porque somos de opinião que na previsão do n.º 1 do art. 38.º do Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de Março está incluída a competência do advogado estagiário para a prática de tais actos.

E isto, não só pela circunstância da referência do legislador a “advogado” incluir, naturalmente, o advogado estagiário, como, considerando o disposto no n.º 3 do art. 9.º do Código Civil (CC), será esta a única interpretação possível da *mens legislatoris*, por ser a “mais acertada”, na atribuição daquele competência, para a prática daqueles actos.

Efectivamente, é o EOA que define a competência dos advogados estagiários (cf. o cit. art. 189.º) e nesta, “competência”, como já atrás referido, inclui-se, não só a prática de todos os actos referidos nas als. *b)* e *c)* do n.º 1 e do n.º 2 de tal norma, como também a prática de “*todos os actos da competência dos solicitadores*”.

Seria inaceitável, e até contraditório com a ideia subjacente no cit. n.º 3 do art. 9.º do CC, note-se, que o legislador tivesse querido imiscuir-se na “competência” da OA, para definir que actos é que o Advogado Estagiário pode praticar e, ainda por cima, ao contrário do que aquele art. 189.º do EOA prevê (cit. al. *a)* do n.º 1), cercear à “competência” do advogado estagiário a prática de “*todos os actos da competência dos solicitadores*”.

Tanto mais que, ao contrário também do expandido no Acórdão da Relação de Coimbra em causa, a “competência” do advogado estagiário para praticar os actos da competência dos solicitadores é **autónoma** (no n.º 1 do art. 189.º do EOA diz-se: “*este pode autonomamente... praticar os seguintes actos profissionais...*”).

Com efeito, não é a circunstância de aquela “competência” do advogado estagiário dever ter a “*orientação do patrono*”, que impede aquela “autonomia”, se se tiver em conta o já atrás explicado, quanto ao alargamento, razoável, pela Lei n.º 15/2005, de 26 de Janeiro, da “competência” dos estagiários e do entendimento, devido, do actual n.º 2 do art. 189.º do EOA.

Isto é, não será pelo facto de a lei (art. 189.º, n.º 1, do EOA) exigir que o advogado estagiário, quando prática, autonomamente, “*todos os actos da competência dos solicitadores*”, actue “*sob orientação do patrono*”, que pode concluir-se que aquele não pode praticar os actos previstos no n.º 1 do art. 38.º do cit. Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de Março.

Tanto mais que seria arbitrário e gratuito pensar que, na prática destes “actos profissionais”, o advogado estagiário não está a actuar “*sob a orientação do patrono*” (que, repete-se, não tem de ser física, mas meramente técnica).

Além de que seria, também, incongruente com a *mens legislatoris* defender-se que o “solicitador”, em termos técnico-jurídicos e responsabilidade ético-profissional, está melhor qualificado ou

melhor preparado do que o advogado estagiário (ainda por cima, “*sob orientação do patrono*”) para a prática daqueles actos profissionais.

A **segunda** razão da n/ discordância, decorrente em grande parte do já dito quanto à primeira, diz respeito ao infundado da parte final da fundamentação do Acórdão em crise nesta Proposta de Parecer, quando aí se diz que a “*intenção do legislador*” foi indicar, no n.º 1 do art. 38.º do Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de Março, **taxativamente** quem podia praticar os actos aí previstos, não cabendo na sua previsão os advogados estagiários.

A este propósito, e repetindo o devido respeito, não entendemos a referência do Acórdão “*ao art. 10.º do CC*”, a propósito da “*intenção do legislador*”, de incluir, ou não, na previsão do n.º 1 do art. 38.º do referido Decreto-Lei, o advogado estagiário, pois, como é sabido, tal norma geral do CC diz respeito à “*integração das lacunas da lei*” e, *in casu*, estar-se-ia, quando muito, em sede de mera “*interpretação da lei*” (art. 9.º do CC).

Porém, em n/entender, a questão subjacente a esta Proposta de Parecer está prevista expressamente na lei (art. 38.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de Março e al. *a*) do n.º 1 do art. 189.º do EOA), não havendo necessidade, pois, de recorrer, sequer, à interpretação desta e/ou, muito menos, à integração, pela analogia, de qualquer lacuna da lei.

Por último, e tendo em conta o “perguntado” pela Ilustre Colega requerente, D.^{ra} B..., dir-se-á que a “*orientação do patrono*” do advogado estagiário na prática daqueles actos profissionais, incluindo os previstos no n.º 1 do cit. art. 38.º do Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de Março, não tem de ser “demonstrada”, nem física, nem por via de qualquer assinatura ou “certificação” do “patrono”, bastando-se pela presunção natural de que a “orientação” deste está sempre presente na prática pelo advogado estagiário de qualquer “acto profissional”, que a lei lhe comete.

Concluindo:

- I) é à Ordem dos Advogados (OA), nos termos do seu Estatuto, que compete definir a competência do Advogado Estagiário;**
- II) nos termos da alínea a) do n.º 1 do art. 189.º do Estatuto da Ordem dos Advogados (EOA), o Advogado Estagiário, uma vez obtida a cédula profissional, pode autonomamente, sempre sob orientação do patrono, praticar todos os actos profissionais da competência dos solicitadores;**
- III) deste modo, nos termos do n.º 1 do art. 38.º do Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de março, o Advogado Estagiário, tal como o solicitador, pode fazer reconhecimentos simples e com menções especiais, presenciais e por semelhança, autenticar documentos particulares, certificar, ou fazer e certificar, traduções de documentos, nos termos previstos na lei notarial;**
- IV) a orientação do patrono, relativa ao Advogado Estagiário, e prevista no corpo do n.º 1 do citado art. 189.º do EOA, não tem de ser demonstrada, nem física, nem por via de qualquer assinatura ou certificação daquele, nomeadamente na prática, pelo Advogado Estagiário, dos actos previstos no n.º 1 do citado art. 38.º do Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de março;**
- V) falece, pois, fundamento legal ao Acórdão da Relação de Coimbra, de 27 de maio de 2014 (proc. n.º 117/14.4TJCBR.C1 — JTRC), que o Advogado Estagiário não tem competência para a prática dos aludidos actos previstos no n.º 1 do art. 38.º do Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de março e, consequentemente, à circular da ordem dos notários que passou a aplicar tal “jurisprudência”.**

É este, s.m.o., o n/ parecer, a submeter à deliberação do Conselho Geral, na próxima reunião.

Caso venha a ser aprovada a presente proposta de Parecer, deverá, em n/ entender, ser enviada a Deliberação respectiva à Ordem dos Notários, para os devidos efeitos.

Viseu, 2 de Abril de 2015.

O Relator,
PIRES DE ALMEIDA

Aprovado por unanimidade na Sessão do Conselho Geral de 7 de Abril de 2015.