

REVISTA

da Ordem dos Advogados

“EDITORIAL” Pág. 5

“DISCURSO DE ABERTURA SOLENE DO ANO JUDICIAL PELA BASTONÁRIA ELINA FRAGA” Pág. 7

Doutrina

Luís de Lima Pinheiro: “ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEI APLICÁVEL AO DIREITO DE AUTOR NA INTERNET” Pág. 13

Manuel Pereira Barrocas: “A ORDEM PÚBLICA NA ARBITRAGEM” Pág. 35

Duarte Gorjão Henriques: “A EXTENSÃO DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM NO QUADRO DOS GRUPOS DE EMPRESAS E DA ASSUNÇÃO DE DÍVIDAS: UM VISLUMBRE DE CONECTIVIDADE?” Pág. 141

Ricardo Serra Correia: “DA (IR)RESPONSABILIDADE CIVIL DOS SÓCIOS POR DELIBERAÇÕES ABUSIVAS” Pág. 181

Laureano Gonçalves: “O CRIME DE FRAUDE FISCAL COMO CRIME PRECEDENTE DO CRIME DE BRANQUEAMENTO DE CAPITAIS. O ‘TEMPUS DELICTI’ DO CRIME DE FRAUDE FISCAL” Pág. 205

Ana Isabel Afonso: “PAGAMENTO DE ‘RESERVA DE INGRESSO’ EM CENTRO COMERCIAL E MALOGRO DO CONTRATO DEFINITIVO DE UTILIZAÇÃO DE LOJA” Pág. 215

Marcelino Abreu: “ACERCA DA RELEVÂNCIA DO CONCURSO PENAL EM SEDE DE ESPECULAÇÃO ILÍCITA DE PREÇOS” Pág. 247

Pedro Cerqueira Gomes: “O CONTENCIOSO PRÉ- CONTRATUAL PÚBLICO PORTUGUÊS — PROPOSTA DE REVISÃO À LUZ DO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA” Pág. 289

Jurisprudência Crítica

Ricardo Pedro: “ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA MOROSA: LA STORIA CONTINUA” Pág. 341

Jurisprudência dos Conselhos

- Parecer do Conselho Geral n.º 39/PP/2008-G, de 13 de Março de 2014 Pág. 361
- Parecer do Conselho Superior n.º 66/2013, de 15 de Maio de 2014 Pág. 369

Vida Interna

- Ordem dos Advogados: *Deliberação n.º 1074/2014 — Alteração da Tabela de Emolumentos das Sociedades de Advogados* Pág. 383

REVISTA DA ORDEM DOS ADVOGADOS

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	

Revisão

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 74
2 0 1 4



L I S B O A

Editorial

EDITORIAL 2014

No ano transacto, a *Revista da Ordem dos Advogados* continuou a acompanhar em permanência, tanto a actividade legislativa, como a jurisprudência que foi surgindo.

A Revista, conforme prometido no editorial do ano transacto, organizou a publicação de artigos sobre a reforma do processo civil e a nova organização judiciária, mais um exemplo pela negativa da forma como se realizam reformas em Portugal, e cujas consequências se adivinham dramáticas. No âmbito da jurisprudência, procurou-se dar particular atenção às decisões do Tribunal Constitucional e do Supremo Tribunal de Justiça, na parte em que têm suscitado controvérsia.

A Revista reitera o seu compromisso em efectuar a análise crítica das enormes alterações que sucessivamente o nosso ordenamento jurídico vai sofrendo, contribuindo para o esclarecimento daqueles que se vêem todos os dias obrigados a aplicar os ditames pouco ponderados do legislador.

A Comissão

DISCURSO DA BASTONÁRIA
D.^{ra} ELINA FRAGA
(Abertura do Ano Judicial 2014)

Ex.^{mo} Senhor Presidente da República

Excelências

Caros Colegas

Este ano em que comemoramos o quadragésimo aniversário do 25 de Abril não nos resignemos a assinalar um marco histórico estático e aproveitemos a democracia e a liberdade que nos foi conquistada para transformarmos Portugal e darmos um novo rumo à Justiça.

Quarenta anos depois, celebramos as conquistas em que muitos de nós não participaram activamente e o que temos para apresentar a esses heróis como resultado da nossa própria actuação?! O que fizemos todos nós com a democracia e com a liberdade que uns ajudaram a conquistar e a outros foi oferecida?

Temos hoje um país amputado na sua soberania, submetido a um programa de assistência financeira dirigido por uma Troika e um povo em sofrimento esmagado por impostos ou pelo desemprego. Hoje há fome e existe miséria em Portugal!

Indiferentes a tudo, adormecemos as nossas consciências, evitando, tantas vezes, pronunciar a verdade, temendo o eco das nossas próprias palavras ou que a ressonância do seu som possa fazer

desmoronar a paz social que ainda, capeada por aparências, parece reinar no nosso país.

Partamos desta sessão solene de Abertura do Ano Judicial com o propósito de que a próxima geração possa comemorar os feitos e as transformações que nós, juízes, procuradores e advogados, impusemos aos políticos — com a força da rectidão e justeza da nossa argumentação — como motores de uma verdadeira reforma para a justiça.

E se a cerimónia anual da Festa da Justiça que se organizava na Casa da Suplicação deu lugar à sessão solene de Abertura do Ano Judicial, pensemos agora em fazê-la coincidir com a efectiva Abertura do Ano Judicial, que ocorre em Setembro e não em Janeiro, numa mensagem, que até pode ser simbólica, mas será, seguramente, expressiva da nossa consciência de que não vivemos no mundo virtual do sucesso das reformas propagandeadas.

Com liberdade e democracia tudo está ao nosso alcance, podemos tocar nas estrelas como afirmava Palma Carlos, mas não nos abriguemos na penumbra cinzenta do conformismo, que mais não representa que a expressão viva do egoísmo e da resignação que se abateu sobre todos.

Se por criticarmos formos punidos, que assim seja! Mas não aceitemos reduzir as conquistas de Abril, à liberdade do nosso silêncio ou à liberdade de um aplauso ruidoso aos poderes instituídos, porque essas liberdades já existiam no anterior regime e não teriam imposto uma revolução.

A Ordem dos Advogados está disponível para participar numa reforma da Justiça, que abra um novo caminho, assente no respeito pelos direitos, liberdades e garantias do cidadão e seja a manifestação, uma verdadeira emanção, da cidadania.

Nessa reforma a Justiça deverá ser administrada em Tribunais que a Constituição consagra como órgãos de soberania e nos meios alternativos de resolução de litígios, que se deverão manter como alternativos, garantir-se-á a igualdade das partes impondo a presença obrigatória de advogados. Nós Advogados, em qualquer processo judicial ou administrativo, representamos a garantia absoluta da igualdade das partes, corrigindo, perante o julgador, o desequilíbrio que pode resultar de partes em juízo com capacidades culturais ou económicas diferentes.

A menorização da Advocacia representará sempre uma amputação da cidadania e uma Justiça sem Advogados, por mais que possa deslumbrar num momento fugaz alguns, sobretudo alguns juizes ou juizes de paz, reduzir-se-á sempre a um domínio do arbítrio e à capitulação do Estado de Direito.

Todos nós, juizes, procuradores e advogados, somos igualmente necessários e todos temos indispensáveis actuações na administração da justiça, somos também nós, por esse motivo, os grandes responsáveis pelo prestígio e confiança, ou pela sua falta, na Justiça em Portugal.

Devemo-nos por isso debruçar sobre os nossos insucessos, ao invés de proclamar à semelhança de uma prática comum dos políticos, os êxitos que não correspondem aos anseios dos cidadãos e das empresas, nem ao sentimento generalizado dos profissionais que representamos.

As reformas legislativas operadas no campo do direito adjetivo ou processual, visando imprimir, o que se reconhece, uma maior celeridade, têm que ser expurgadas das normas que atentam contra direitos fundamentais, eliminam garantias ou constituem limites intoleráveis à independência da advocacia.

Os verdadeiros Juizes são os primeiros a defender uma advocacia livre e independente e já num Acórdão do STJ, de 26-03-1926, se afirmava “Não queiramos nunca nesta terra uma advocacia subserviente e tímida ante o atropelo da lei ou a prepotência dos que têm o dever de a aplicar”.

E, porque assim é, não podemos aceitar que na reforma do Código de Processo Civil se possa condenar a parte ou o seu mandatário pela prática de actos, que constituem o exercício de direitos, só porque arbitrariamente um Juiz se decide pela sua impertinência ou pela sua prolixidade.

Condenar um mandatário numa taxa de justiça ou multa por actos praticados no exercício do patrocínio, traduz um perigoso retrocesso nos direitos e prerrogativas dos advogados e pode funcionar como um freio totalitário à liberdade que deve presidir à actuação processual do advogado.

Como reconhecia José Alberto dos Reis, “O direito do advogado apreciar, discutir e criticar tudo quanto seja conveniente ao

bom desempenho do mandato, até onde seja necessário ao triunfo da causa, é garantia absolutamente imprescindível ao exercício da advocacia”.

De igual modo não podemos também aceitar que, por força da reforma do Código de Processo Penal, se possa substituir uma investigação por uma confissão, se valorize um depoimento prestado perante quem não é uma autoridade judiciária ou se possa condenar um cidadão, privá-lo mesmo da liberdade, sem respeito pelos direitos de defesa, nas suas mais amplas emanações, com restrições de prova ou valorizações de circunstâncias — como é o flagrante delito — que podem revelar-se meramente aparentes, mas entretanto foram fatais na determinação da forma do processo e na sua subsequente tramitação.

Consentir que sejam valorizados depoimentos de testemunhas ou arguidos, prestados sem a presença de um advogado, tantas vezes com falta de liberdade ou sob ameaças ainda que subliminares, constitui o recuo a um pensamento obscuro que assentava em poderes irresponsáveis e sem controlo.

Também nos Tribunais Plenários se liam confissões, arrancadas sob o terror da tortura, que duas testemunhas “oficiais” certificavam como produzidas com absoluta consciência e em liberdade, que nem os protestos dos Advogados conseguiram impedir de ser valorizadas e de fundamentarem condenações produzidas por uma magistratura, vergada ao poder político, que desvalorizava o advogado e se demitiu da sua função soberana de administrar a justiça.

Não queiramos, por razões de celeridade, compactuar com simulacros de julgamentos, em que antes da audiência de julgamento o cidadão já foi pré-sentenciado, condenado e perdeu, por isso, a presunção de inocência que por imposição constitucional lhe devia assistir.

Senhor Presidente da República, Excelências,

Resta-me deixar aqui dois apelos para duas reformas em curso ou anunciadas: a reorganização judiciária e o sistema do acesso ao direito.

Ambas entroncam no direito fundamental de acesso à justiça e aos tribunais.

Prosseguir numa política de desertificação do interior do país, galvanizar as assimetrias que hoje já existem é condenar Portugal a reduzir-se a um desenvolvimento a duas velocidades e põe em causa qualquer esforço de coesão nacional.

Encerrar Tribunais ou desqualificá-los, obrigando populações a deslocar-se às capitais de distrito, que nem sequer gozam tantas vezes de centralidade geográfica, representa a página mais negra que se alcança possa ser escrita pelos nossos deputados e traduz a capitulação do Estado numa das suas principais responsabilidades que é assegurar a administração da Justiça.

Do mesmo modo, representará um retrocesso qualquer alteração ao sistema do acesso ao direito, que funcionalize a advocacia ou crie constrangimentos à sua independência e não garanta que a todos os cidadãos, sobretudo aos mais carenciados, seja nomeado um advogado livre e independente, remunerado pelos seus serviços com a dignidade, que se traduz também em pontualidade no pagamento, que o exercício de funções que dão densidade e conteúdo a um direito fundamental impõem.

O ser humano e a tutela da dignidade da pessoa humana é o fundamento de acção e protecção por parte do Estado.

O ser humano e a tutela da dignidade da pessoa humana é, e deverá ser sempre, o fundamento e o motor de toda e qualquer reforma na justiça.

Acredito que vamos conseguir restaurar a confiança dos portugueses na Justiça e concretizar as indispensáveis reformas, pensando nas pessoas, centrando-nos nas pessoas e nas empresas, despidos das vestes dos interesses, no reconhecimento expresso de que somos, sobretudo e antes de mais, cidadãos e na manifestação inequívoca dessa mesma cidadania.

E, como já disse, e reafirmo, se nós advogados, procuradores e juízes acreditarmos na justiça, também o cidadão acreditará, e poderá acreditar, na Justiça em Portugal.

Lisboa, 29 de Janeiro de 2014

ELINA FRAGA

Bastonária da Ordem dos Advogados

ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEI APLICÁVEL AO DIREITO DE AUTOR NA INTERNET(*)

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

SUMÁRIO:

Introdução. **I. Lei aplicável ao Direito de Autor.** **A)** Convenção de Berna — a competência da lei do Estado de proteção. **B)** Os direitos de colocação da obra à disposição do público e de reprodução. **C)** Conexões especiais. **D)** Princípio do tratamento nacional. **E)** Acordo TRIPS/ADPIC. **F)** Regime de fonte interna. **G)** O âmbito de aplicação da lei do Estado de proteção e a titularidade do direito de autor. **H)** Competência da lei do Estado de proteção e tribunais internacionalmente competentes. **II. Lei aplicável à responsabilidade extracontratual por violação de Direito de Autor.**

Introdução

O carácter global da internet e a limitada relevância que na sua utilização assumem as fronteiras dos países coloca especiais dificuldades à tutela dos direitos de autor, que tradicionalmente é feita em função do território dos Estados.

(*) Texto que serviu de base à comunicação apresentada no Curso Pós-Graduado de Direito Intelectual, em maio de 2013, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

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

A combinação entre obras digitalizadas e rede informática global dificulta a concretização do lugar em que se verifica um ato de utilização ou lesão de um direito de autor, criando incerteza sobre a lei aplicável⁽¹⁾. Dificulta também a determinação do lugar da primeira publicação da obra que, como é sabido, releva para a definição do regime material aplicável⁽²⁾.

Para fazer face a estas dificuldades assume grande relevo a unificação internacional do Direito material aplicável ao direito de autor.

O Direito da Propriedade Intelectual é uma das áreas em que a unificação do Direito material mais progrediu⁽³⁾. Em matéria de Direito de Autor, vigora a Convenção de Berna para Protecção das Obras Literárias e Artísticas, geralmente designada como Convenção de Berna revista desde a sua primeira revisão em Berlim, em 1908, a Convenção Universal sobre o Direito de Autor, concluída em Genebra, em 1952, e o Tratado da Organização Mundial da Propriedade Intelectual sobre Direito de Autor (Genebra, 1996). Há ainda a referir o Acordo sobre os Aspectos dos Direitos da Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio (Acordo TRIPS/ADPIC), de 1994. Todas estas Convenções estão em vigor na ordem jurídica portuguesa.

Ocorreu também um importante processo de harmonização dos sistemas dos Estados-Membros da União Europeia, por via de numerosas diretivas europeias, de entre as quais se salienta, com respeito ao tema da presente exposição, a Diretiva 2001/29/CE, Relativa à Harmonização de Certos Aspectos do Direito de Autor e dos Direitos Conexos na Sociedade da Informação.

(1) Ver PEDRO MIGUEL ASENSIO, *Derecho Privado de Internet*, 4.ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 616-617.

(2) *Ibidem*.

(3) Além disso, há uma grande proximidade entre as diferentes legislações quanto à caracterização dos tipos de propriedade intelectual, o que normalmente evita problemas de qualificação. Mas, em certos casos, podem surgir problemas desta natureza: por exemplo, a questão de saber se um programa de computador é protegido como obra literária ou como invenção ou é objeto de proteção autónoma. O DL n.º 252/94, de 20/10, que transpôs para a ordem interna a Dir. n.º 91/250/CEE, atribui aos programas de computador que tiverem carácter criativo “protecção análoga à conferida às obras literárias” (art. 1.º/2). Ver também Dir. 2009/24/CE Relativa à Protecção Jurídica dos Programas de Computador — Versão codificada.

Apesar dos progressos realizados pela unificação internacional e europeia do Direito material, subsistem muitas divergências entre os sistemas nacionais, devido a diversos fatores, designadamente a circunstância de em muitos casos se estabelecer apenas regras mínimas de proteção, admitindo-se que o Direito interno dos Estados vinculados pelo instrumento conceda uma proteção mais ampla; de os instrumentos internacionais e europeus não conterem uma regulação sistemática do Direito de Autor; de os instrumentos internacionais não vincularem todos os Estados; e de os instrumentos europeus de unificação constituírem medidas de harmonização, que deixam uma certa margem de liberdade aos Estados-Membros na sua transposição para a legislação interna⁽⁴⁾.

A determinação da lei nacional aplicável ao direito de autor continua, por isso, a assumir importância em muitos casos.

A maioria dos litígios relativos aos direitos de propriedade intelectual é apreciada pelos tribunais do país para cujo território é pretendida a proteção, razão por que são frequentemente decididos por aplicação da *lex fori*. Daí que em situações internacionais nem sempre se tome consciência de que a aplicação do Direito material do foro tem de resultar da atuação de uma norma de conflitos.

Segundo um entendimento, nesta matéria não haveria lugar ao funcionamento das normas de conflitos, seja por se tratar de direitos de monopólio que só vigoram na ordem jurídica que os concede seja por o Direito da Propriedade Intelectual ser de aplicação territorial⁽⁵⁾.

Não creio, porém, que a natureza dos direitos em causa impeça o funcionamento do Direito de Conflitos.

(4) Ver ainda, com mais desenvolvimento, DÁRIO MOURA VICENTE, *A Tutela Internacional da Propriedade Intelectual*, Coimbra, 2008, pp. 132 e segs.

(5) Esta corrente encontra eco entre nós, em JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial*, Vol. II — *Direito Industrial*, Lisboa, 1988, pp. 27 e segs.; Id. — *Direito de Autor e Direitos Conexos*, Coimbra, 1992, pp. 32 e segs., bem como, aparentemente, em RUI MOURA RAMOS, *Da Lei Aplicável ao Contrato de Trabalho Internacional*, Coimbra, 1991, pp. 268 e segs. n. 394. Quanto à doutrina estrangeira ver, além das referências contidas nesta última obra, RICCARDO LUZZATTO, “Art. 51-55”, in *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato: legge 31 maggio 1995 n. 218* — *Commentario. RDIPP 31* (1995) pp. 905-1279, pp. 1154-1167.

O conceito de territorialidade presta-se a equívocos.

Naturalmente que o Direito da Propriedade Intelectual é territorial quanto às situações por ele reguladas, uma vez que a sua aplicabilidade depende de um elemento de conexão que aponta para um determinado lugar no espaço. Mas neste sentido também os direitos reais são territoriais.

O que os direitos de propriedade intelectual têm de específico é que, na falta de norma internacional ou europeia em contrário, só produzem diretamente efeitos no território do Estado cuja lei os atribui (o Estado de proteção)⁽⁶⁾. Mas isto não implica que os direitos de propriedade intelectual estejam subtraídos ao Direito de Conflitos.

Os direitos de propriedade intelectual só estariam subtraídos ao Direito de Conflitos se o Direito da Propriedade Intelectual fosse territorial quanto aos órgãos de aplicação, i.e., se os órgãos de aplicação aplicassem nesta matéria sempre o Direito do foro e só o Direito do foro. Este entendimento, que foi historicamente importante⁽⁷⁾, ainda exerce a sua influência em alguns sistemas⁽⁸⁾.

(6) Cf. EUGEN ULMER, “Fremdenrecht und internationale Privatrecht im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht”, in *Internationales Privatrecht. Internationales Wirtschaftsrecht*, org. por Wolfgang Holl e Ulrich Klinke, pp. 257-268, Colónia, 1985, pp. 263 e seg.; FRANK VISCHER, “Das IPR des Immaterialgüterrechtes (unter besonderer Berücksichtigung des Patentrechtes)”, in *Kernprobleme des Patentrechts*, pp. 363-385, Berna, 1988, p. 363; JAN KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht*, 6.^a ed., Tubinga, 2006, p. 155; e LUÍS DE LIMA PINHEIRO, “A lei aplicável aos direitos de propriedade intelectual”, *RFDUL* 42 — n.º 1 (2001) pp. 63-75, 64-65.

(7) Cf. EUGEN ULMER, *Intellectual Property Rights and the Conflict of Laws*, Deventer, 1978, pp. 10 e 15.

(8) Perante o Direito australiano os tribunais australianos não são competentes para ações relativas à violação de direitos de propriedade intelectual ocorrida no estrangeiro — ver P. NYGH, *Conflict of Laws in Australia*, 6.^a ed., Sydney, et al., 1995, p. 119. Também à face do Direito inglês se entendia que não era “justiciável” em Inglaterra uma pretensão fundada na violação no estrangeiro de um direito de propriedade intelectual conferido por um Direito estrangeiro — ver *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws*, 14.^a ed. por LAWRENCE COLLINS (ed. geral), ADRIAN BRIGGS, JONATHAN HARRIS, J. MCCLEAN, CAMPBELL MCLACHLAN e C. MORSE, Londres, 2006, p. 1909, e JAMES FAWCETT e PAUL TORREMANS, *Intellectual Property and Private International Law*, Oxford, 1998, pp. 609 e seg. No entanto, a solução oposta decorre hoje do art. 11.º do *Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act 1995* — cf. FAWCETT/TORREMANS, op. cit., pp. 623 e seg.

Mas a conceção hoje dominante distingue entre o Estado de protecção e o Estado do foro.

O Estado de protecção é aquele para cujo território é pretendida a protecção⁽⁹⁾, i.e., aquele onde se pretende utilizar ou defender o bem intelectual em causa perante a conduta doutrem⁽¹⁰⁾. O Estado de protecção só coincidiria necessariamente com o Estado do foro se os tribunais de cada Estado se considerassem incompetentes para as ações relativas à protecção dos direitos de propriedade intelectual no território de outros Estados⁽¹¹⁾. Como veremos no desenvolvimento não é isto que se verifica no Direito português.

Assim, a maioria das legislações recentes de Direito Internacional Privado consagra normas de conflitos nesta matéria, que por forma geral apontam para a competência do Direito do Estado de protecção. A Lei austríaca manda aplicar aos direitos sobre bens imateriais a lei do Estado em que tiver lugar um ato de utilização ou um ato lesivo desses direitos (art. 34.º/1); a Lei suíça submete os direitos de propriedade intelectual ao Direito do Estado no qual a protecção da propriedade intelectual é requerida (art. 110.º/1)⁽¹²⁾; a Lei italiana manda regular os direitos sobre bens imateriais pela lei do Estado de utilização (art. 54.º); o Código Civil de Macau determina que, sem prejuízo do disposto em legislação especial, os direitos de autor e os direitos conexos, bem como a propriedade industrial, são regulados pela lei do lugar onde se reclama a protecção (art. 47.º)⁽¹³⁾; e o Código belga de Direito Internacional Pri-

⁽⁹⁾ Cf. ULMER (n. 7), p. 11; LIMA PINHEIRO (n. 6), pp. 64-65; e JÜRGEN BASEDOW, “Foundations of Private International law in Intellectual Property”, in *Intellectual Property in the Global Arena*, org. por Jürgen Basedow, Toshiyuki Kono e Axel Metzger, pp. 3-29, Tubinga, 2010, pp. 12-13.

⁽¹⁰⁾ Cf. JOSEF DREXL, “Internationales Immaterialgüterrecht”, in *Münchener Kommentar zum BGB*, 5.ª ed., Munique, 2010, n.º 10. Atendendo a que a maior parte dos sistemas delimita o âmbito de aplicação no espaço do seu Direito da Propriedade Intelectual com recurso a normas unilaterais, KURT SIEHR, “Das Urheberrecht in neueren IPR-Kodifikationen”, *UFITA* 108 (1988), pp. 9-25, 18 n. 55.

⁽¹¹⁾ No mesmo sentido *MünchKomm./KREUZER* [3.ª ed., 1998: Nach Art. 38 Anh. II n.º 8] e *MünchKomm./DREXL* [2010: IntImmGR n.º 11]. Ver também ULMER (n. 6), pp. 260 e seg.

⁽¹²⁾ Ver também a recomendação da *II. Kommission des Deutschen Rates*, in *Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Sachen und Immaterialgüterrechts*, Tubinga, 1991, p. 155.

vado estabelece que os direitos de propriedade intelectual são regidos pelo Direito do Estado para cujo território a proteção é reclamada (art. 93.º/1).

A minha exposição incidirá principalmente sobre a concretização desta regra de conflitos com respeito ao direito de autor no contexto da internet, bem como sobre os desvios que lhe são introduzidos (I), mas não deixará de tocar, ainda que com muita brevidade, a questão da lei aplicável à responsabilidade extracontratual pela violação do direito de autor no mesmo contexto (II).

I. Lei aplicável ao Direito de Autor

A) Convenção de Berna — a competência da lei do Estado de proteção

Dentro do âmbito espacial e material de aplicação da Convenção de Berna Relativa à Proteção das Obras Literárias e Artísticas os direitos de autor são regulados, em primeira linha, pelo regime aí contido⁽¹⁴⁾.

A Convenção de Berna aplica-se aos direitos relativos a obras que tenham como país de origem um dos Estados Contratantes. A Convenção contém normas de conflitos, normas gerais de Direito dos Estrangeiros e regras mínimas de proteção.

Nos termos do art. 5.º/2 desta Convenção, “a extensão da protecção, bem como os meios de recurso garantidos ao autor para salvaguardar os seus direitos regulam-se exclusivamente pela legisla-

⁽¹³⁾ Ver apreciação favorável da solução por ERIK JAYME — “Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne”, *RCADI* 251 (1995), pp. 9-268, 255.

⁽¹⁴⁾ A Convenção Universal, embora também vigore na ordem jurídica portuguesa, tem uma importância muito menor, uma vez que a proteção instituída pela Convenção de Berna foi, no essencial, alargada a todos os membros da Organização Mundial do Comércio pelo Acordo TRIPS/ADPIC, e que a Convenção Universal não prejudica a aplicação da Convenção de Berna entre os Estados Contratantes de ambas as Convenções (art. 17.º/1 da Convenção Universal).

ção do país onde a protecção é reclamada”. Segundo a opinião dominante, encontra-se aqui consagrada uma norma de conflitos que remete para o Direito do Estado de protecção⁽¹⁵⁾.

O Estado de protecção é, como já se assinalou, aquele para cujo território a protecção é pretendida, designadamente aquele em que a obra é utilizada. Assim, por exemplo, se uma obra literária de um autor português é publicada no Brasil, sem consentimento do autor, é aplicável o Direito brasileiro, porque foi no Brasil que se verificou o ato lesivo do direito.

A competência do Direito do Estado de protecção justifica-se porque a concessão de um direito de monopólio traduz-se numa limitação ao interesse da coletividade local na liberdade de utilização da obra, a favor do interesse particular do autor⁽¹⁶⁾.

A lei do Estado de protecção aplica-se, em princípio, tanto aos direitos patrimoniais como aos direitos morais de autor. Isto é confirmado pelo disposto no art. 6.º-bis/3 da Convenção de Berna que remete, a este respeito, para a legislação do país onde a protecção é reclamada. Trata-se, em todo o caso, de uma matéria sensível, em que poderá intervir a reserva de ordem pública internacional do Estado do foro⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁵⁾ Cf. ALOIS TROLLER, “Neu belebte Diskussion über das Internationale Privatrecht im Bereich des Immaterialgüterrechts”, in *Problemi attuali del diritto industriale*, pp. 1125-1136, Milão, 1977, pp. 1126 e segs.; ULMER (n. 6), p. 258; *MünchKomm./KREUZER* [3.ª ed., 1998: Nach Art. 38 Anh. II n.º 3]; *MünchKomm./DREXL* [2010: IntImmGR n.º 72]; FELIX LOCHER, *Das Internationale Privat — und Zivilprozessrecht der Immaterialgüterrechte aus urheberrechtlicher Sicht*, Zurique, 1993, pp. 19 e 96 e seg.; FAWCETT/TORREMANS (n. 8), p. 467; e LIMA PINHEIRO (n. 6), p. 65. Ver também arts. 7.º/2 e 13.º da Convenção de Roma para a Protecção dos Artistas Intérpretes ou Executantes, dos Produtores de Fonogramas e dos Organismos de Radiodifusão (1961).

⁽¹⁶⁾ Cf. JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, 2.ª ed., Coimbra, 1982, pp. 384 e seg. Ver também JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “Direito Intelectual, Exclusivo e Liberdade”, *ROA* 61 (2001), pp. 1197-1217, na perspetiva da ordem jurídica brasileira; MOURA VICENTE (n. 4), pp. 209 e segs.

⁽¹⁷⁾ Ver FAWCETT/TORREMANS (n. 8), pp. 502 e seg. A *cass.* francesa decidiu, no seu ac. *Huston*, de 28/5/91, que as regras francesas sobre os direitos morais de autor são “de aplicação imperativa”, o que é entendido, pela maioria dos comentadores, no sentido da sua qualificação como normas de aplicação necessária [*lois de police*] — ver ANDRÉ LUCAS e HENRI-JACQUES LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 2.ª ed., Paris, 2001, pp. 786 e segs.

Pertence ao Direito do Estado onde a proteção é pretendida determinar se concede ou não esta proteção. Isto depende não só das suas normas materiais mas também do seu Direito de Conflitos. Por conseguinte, a referência ao Direito do Estado de proteção deve ser entendida como uma referência global, que abrange o Direito de Conflitos deste Estado⁽¹⁸⁾.

B) Os direitos de colocação da obra à disposição do público e de reprodução

O art. 8.º do Tratado da OMPI Sobre Direito de Autor atribui ao autor o direito exclusivo de autorizar qualquer comunicação ao público das suas obras, incluindo a colocação à disposição do público das obras, de maneira que membros do público possam ter acesso a estas obras desde um lugar e num momento que individualmente escolherem. Os mesmos direitos são consagrados pelo art. 3.º da Dir. 2001/29/CE e pelo art. 68.º/2/e (difusão por televisão, radiofonia ou por qualquer outro processo de reprodução de sinais, sons ou imagens) e j (colocação à disposição do público) do Código de Direito de Autor e Direitos Conexos.

A colocação da obra em rede informática à disposição do público suscita questões particularmente complexas.

Naturalmente que no Estado onde a obra é colocada na rede se coloca um problema de proteção do direito de autor. Trata-se antes do mais de saber se segundo o Direito deste Estado a colocação na rede é uma forma de utilização reservada ao autor e que, portanto, só pode ser feita pelo autor ou com sua autorização.

A resposta é afirmativa à face da ordem jurídica portuguesa por força dos já referidos art. 8.º do Tratado da OMPI sobre Direito

⁽¹⁸⁾ No mesmo sentido, VISCHER (n. 6), pp. 378 e seg., *MünchKomm./KREUZER* [3.ª ed., 1998: Nach Art. 38 Anh. II n.º 10] e LIMA PINHEIRO (n. 6), p. 67. Cp. FAWCETT/TORRESMANS (n. 8), p. 469; LUCAS/LUCAS (n. 17), p. 888; JANE GINSBURG, “Private International Law Aspects of the Protection of Works and Objects of Related Rights Transmitted through Digital Networks”, *WIPO-GCPIC/2*, 1998, pp. 36 e seg., e *MünchKomm./DREXL* [2010: IntImmGR n.ºs 213-214].

de Autor, art. 3.º da Dir. 2001/29/CE e art. 68.º/2/j do Código de Direito de Autor e Direitos Conexos (direito de comunicação da obra ao público que inclui o direito de colocação à disposição do público).

E nos Estados em que se situam os servidores em que a obra é armazenada e em que os utilizadores têm acesso à rede informática?

Com a transposição da Dir. 2001/29/CE, a reprodução direta ou indireta, temporária ou permanente, por quaisquer meios e sob qualquer forma, no todo ou em parte, passou a ser abrangida pelo direito de exclusivo do autor (art. 2.º da Diretiva e art. 68.º/2/i do Código de Direito de Autor e Direitos Conexos)⁽¹⁹⁾.

Por conseguinte, o mero acesso à obra através da internet⁽²⁰⁾, bem como as cópias temporárias que são realizadas por intermediários no processo de transmissão eletrónica, constituem, em princípio, formas de utilização do direito.

No entanto, esta disposição é limitada pela exclusão do direito de reprodução de atos de reprodução temporária que sejam transitórios, episódicos ou acessórios, que constituam parte integrante essencial de um processo tecnológico e cujo único objetivo seja permitir uma transmissão numa rede entre terceiros por parte de um intermediário, ou de uma utilização legítima de uma obra protegida e que não tenham, em si significado económico (art. 5.º/1 da Diretiva e art. 75.º/1 do Código de Direito de Autor e Direitos Conexos). Estes requisitos são cumulativos e devem ser objeto de interpretação restritiva⁽²¹⁾.

(19) Ver também TUE 16/7/2009, no caso *Infopaq*, Proc. n.º C-5/08, n.ºs 42-43.

(20) Em sentido diferente, antes da transposição da Diretiva 2001/29/CE, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “E agora? Pesquisa do futuro próximo”, in *Estudos sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação*, pp. 45-66, Coimbra, 2001, pp. 54 e seg.; Id. — “Direitos de autor e conexos inerentes à colocação de mensagens em rede informática à disposição do público”, in op. cit., pp. 105-120, 116 e seg.; após a transposição, JOSÉ ALBERTO VIEIRA, “Download de obra protegida pelo direito de autor e uso privado”, in *Est. Paulo Cunha*, pp. 519-567, Coimbra, 2012, pp. 523 e 540 e segs. Ver ainda OLIVEIRA ASCENSÃO, “Sociedade da informação e liberdade de expressão”, in *Direito da Sociedade da Informação*, vol. VII, pp. 51-73, Coimbra, 2008, *maxime* pp. 63-64, e DÁRIO MOURA VICENTE, “Cópia privada e sociedade da informação”, in <www.apdi.pt>.

(21) Cf. TUE 16/7/2009, no caso *Infopaq*, Proc. n.º C-5/08, n.ºs 55-56.

O Considerando n.º 33 da Diretiva esclarece que os atos que possibilitam a navegação na internet [*browsing*] e os atos de armazenagem temporária [*caching*] só são abrangidos por esta exceção quando satisfaçam esses requisitos e que uma utilização deve ser considerada legítima se tiver sido autorizada pelo titular dos direitos e não estiver limitada por lei.

Assim, entendo que o acesso em linha a uma obra protegida não é legitimado pelo direito de reprodução para uso privado (art. 5.º/2/b da Diretiva e art. 75.º/2/a e 81.º/b do Código de Direito de Autor e Direitos Conexos) quando o utilizador sabe ou deveria saber que a obra não foi colocada à sua disposição com autorização do titular do direito de autor ou ao abrigo de alguma das exceções ou limitações legais ao seu direito de exclusivo⁽²²⁾.

Com efeito, se tanto a colocação à disposição do público como a reprodução para uso privado são abrangidas pelo direito de exclusivo do autor, este direito é violado pelo utilizador da internet que acede à obra sabendo que a mesma não foi colocada à sua disposição por forma legítima ou apenas o desconhecendo por não ter empregado o cuidado exigível. É o que sucede com a utilização de serviços de partilha de ficheiros [*Filesharing*] que por forma geralmente conhecida facultam o acesso a obras protegidas pelo Direito de Autor sem autorização dos titulares dos direitos⁽²³⁾.

Já é duvidoso que a colocação da obra na internet envolva o exercício ou a violação do direito de colocação à disposição do público em todos os Estados em que há acesso à rede⁽²⁴⁾. Inclino-

(22) Ver também MARKUS KÖHLER, HANS-WOLFGANG ARNDT e THOMAS FETZER, *Recht des Internet*, 7.ª ed., Heidelberg, et al., 2011, pp. 197 e segs; ASENSIO (n. 1), pp. 699-700. Cp. ALBERTO VIEIRA (n. 20), pp. 554-555, 558 e 566. O entendimento defendido no texto foi confirmado pelo TUE na sua decisão de 10/4/2014, no caso *ACI Adam e o.*, Proc. n.º C-435/12.

(23) Ver também KÖHLER/ARNDT/FETZER (n. 22), pp. 202 e segs.

(24) Neste sentido, porém, à face do Direito alemão, mediante a transposição da “teoria Bogsch”, PAUL KATZENBERGER, “Vor §4 120ff.”, in *Urheberrecht Kommentar*, org. por GEHRARD SCHRICKER, 3.ª ed., Munique, 2006, Vor §§ 120ff. n.º 145, mantendo a posição expressa em edições anteriores; *MünchKomm./DREXL* [2010: IntImmGR n.ºs 251, pp. 289 e segs. e 296]; à face do Direito português, também DÁRIO MOURA VICENTE, *Problemática Internacional da Sociedade da Informação*, Coimbra, 2005, pp. 170-171, mas com considerações críticas aparentemente formuladas numa perspetiva *de iure condendo* [171-172]. Pos-

-me a pensar que só é Estado de proteção aquele em que ocorre uma conduta que segundo o Direito local constitui um ato de utilização ou lesão de um direito de autor.

Isto não obsta a que seja considerado como Estado de proteção todo aquele em que forem praticados atos de utilização da obra, quer por estar em causa o direito de colocação à disposição do público quer por entrar em jogo o direito de reprodução.

Também não obsta a que uma atuação fraudulenta através da colocação da obra na internet ou a sua difusão a partir de um Estado que não tem qualquer ligação significativa com o operador (designadamente a sua residência habitual ou estabelecimento), com a intenção de evitar a aplicação do regime mais rigoroso aplicável à sua atividade no Estado em que normalmente atuaria, deva ser sancionada mediante a aplicação da lei normalmente competente (art. 21.º CC)⁽²⁵⁾.

Por certo que esta possibilidade de sancionar a fraude não obsta à deslocalização dos operadores que fornecem acesso a obras protegidas, mediante o estabelecimento em Estados com baixo nível de proteção do direito de autor. Mas parece que o modo mais adequado de enfrentar este risco é o de ampliar o processo de unificação internacional do Direito material aplicável, por forma a abranger os aspetos essenciais do regime do direito de autor e o máximo número possível de Estados.

teriormente, o autor pronunciou-se no sentido da harmonização de legislações visada pela Dir. 2001/29/CE ser acompanhada, pelo que respeita aos fornecedores em linha de conteúdos protegidos pelo Direito de Autor estabelecidos na União Europeia, da aplicação nos demais Estados-Membros da lei do país de inserção desses conteúdos na rede, sempre que este coincida com o do estabelecimento do fornecedor — “Direito de autor e comércio eletrónico: aspetos internacionais” (2009), in *Direito Internacional Privado. Ensaios*, vol. III, pp. 147-167, Coimbra, 2010, pp. 159-160. Também STEFANIA BARIATTI, “Internet: aspects relatifs aux conflits de lois”, *RDIPP* 33 (1997), pp. 545-556, 552 e seg., aventa a possibilidade de a difusão ser considerada em certos Estados como violação de um direito de autor, mesmo se a colocação é legítima segundo a lei do Estado onde é efectuada. Não creio ser o caso do Direito português.

⁽²⁵⁾ Ver, sobre a fraude à lei em Direito Internacional Privado, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, Vol. I — *Introdução e Direito de Conflitos/Parte Geral*, 2.ª ed., Coimbra, 2008, §§ 37-38, com mais referências.

C) Conexões especiais

O art. 5.º/2 da Convenção determina que o gozo e exercício de direitos concedidos pelo Direito do Estado de proteção são independentes da existência de proteção no país de origem da obra⁽²⁶⁾. No entanto, a Convenção contém uma norma de conflitos que manda atender à lei do país de origem quanto à duração da proteção: a duração da proteção é regulada pela lei do país onde a proteção é reclamada mas não pode exceder a fixada no país de origem da obra (art. 7.º/8).

O país de origem é, para as obras publicadas pela primeira vez num Estado Contratante, o do lugar da primeira publicação e para as obras não publicadas ou publicadas pela primeira vez num Estado Não Contratante, abstraindo das regras especiais relativas às obras cinematográficas, às obras de arquitetura e às obras de artes gráficas e plásticas integradas num imóvel, o Estado Contratante de que o autor é nacional (art. 5.º/4).

Se se tratar de obras publicadas simultaneamente em vários Estados Contratantes que admitam prazos de proteção diferentes, é considerado como país de origem aquele que estabelecer um prazo de proteção mais curto (art. 5.º/4/a/2.ª parte).

Por “obras publicadas” entende-se as obras publicadas com o consentimento dos autores, qualquer que seja o modo de fabrico dos exemplares, desde que a oferta destes últimos satisfaça as necessidades razoáveis do público, tendo em consideração a natu-

⁽²⁶⁾ Segundo o entendimento dominante, a condição de proteção pelo Direito do país de origem foi abandonada com a revisão de Berlim, em 1908. ULMER [(n. 6), p. 12] sublinha que a Convenção só remete para o Direito do país de origem quanto à duração da proteção. *MünchKomm./KREUZER* [3.ª ed., 1998: Nach Art. 38 Anh. II n.º 113] assinala que a tutela concedida pelo Estado de proteção é independente de uma eventual proteção pelo país de origem. No mesmo sentido, ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, “No Centenário da Convenção de Berna para a Protecção das Obras Literárias e Artísticas. Alocução”, in *Centenário da Convenção de Berna. Sessão comemorativa da Academia das Ciências de Lisboa*, 9-20, Lisboa, 1987, p. 16. Cp. OLIVEIRA ASCENSÃO (n. 5 [1992] pp. 46 e seg., entendendo que só pode reclamar proteção num país da União a obra protegida no país de origem. A mesma posição foi assumida pela *Cour d’appel de Rennes* na sua decisão de 17/1/96 [*R. crit.* 88 (1999) 76]. Ver an. crítica de JEAN-SYLVESTRE BERGÉ [op. cit., pp. 82-88, 86].

reza da obra (art. 3.º/3; ver também art. 6.º do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos).

Esta formulação tem em vista os modos de reprodução de obras conhecidos à época em que a Convenção de Berna foi elaborada e revista; a internet veio permitir a reprodução no computador de todos os utilizadores das obras que foram colocadas à disposição do público na rede, razão por que poderiam ser consideradas como simultaneamente publicadas em todos os Estados em que há acesso à internet⁽²⁷⁾.

Mas isto teria consequências que são claramente contrárias ao sistema e às finalidades prosseguidas pela Convenção⁽²⁸⁾. Primeiro, todas as obras colocadas na internet seriam abrangidas pelo âmbito espacial de aplicação da Convenção. Segundo, os autores destas obras nunca beneficiariam num Estado Contratante dos direitos especialmente concedidos pela Convenção, nos termos adiante expostos, porque nunca se trataria de obras “estrangeiras”. Por último, todas estas obras ficariam sujeitas ao prazo mais curto de proteção estabelecido por um dos Estados Contratantes.

Creio, por isso, que há uma lacuna da Convenção, que deve ser integrada tendo presente três considerações. Primeiro, a determinação do lugar da primeira publicação deve ser orientada por uma indagação da conexão mais estreita com a colocação da obra à disposição do público na internet. Segundo, deve evitar-se a relevância, para este efeito, de uma localização fortuita ou acidental do ato de colocação da obra na rede, bem como da localização do servidor em que a obra é armazenada, que é dificilmente cognoscível pelos interessados e pode não traduzir uma ligação significativa com a colocação da obra na rede. Como elementos de conexão relevantes

(27) Cp. GINSBURG (n. 18), pp. 4 e segs. e p. 48; PAUL TORREMANS, “Private International Law Aspects of IP — Internet Disputes”, in *Law and the Internet*, org. por Lilian Edwards e Charlotte Waelde, 2.ª ed., pp. 225-246, Oxford e Portland (Oregon), 2000, pp. 244-245; e JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “A sociedade da informação”, in *Estudos sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação*, 83-104, Coimbra, 2001, pp. 90 e seg.; Id. — “Direitos de autor e conexos inerentes à colocação de mensagens em rede informática à disposição do público”, in op. cit., pp. 105-120, pp. 118 e seg.; Id. — “Novas tecnologias e transformação do direito de autor”, in op. cit., pp. 121-138, pp. 125 e segs.

(28) Ver também GINSBURG (n. 18), pp. 267 e segs., e ASENSIO (n. 1), p. 795.

ocorrem, principalmente, o lugar do estabelecimento do operador do sítio que fornece o acesso à obra, e a residência habitual e a nacionalidade do autor, quando forem conhecidos do público.

Encontra-se ainda na Convenção uma outra norma de conflitos, quanto ao direito de sequência: este direito deve ser concedido simultaneamente pelo Direito do Estado de proteção e pelo Direito nacional do autor (art. 14.º-ter/2)⁽²⁹⁾.

D) Princípio do tratamento nacional

Enfim, a Convenção contém normas gerais de Direito dos Estrangeiros que consagram o princípio do tratamento nacional. O n.º 1 do art. 5.º determina que os autores de obras que tenham origem num Estado Contratante gozam nos outros Estados Contratantes dos direitos que as leis respetivas concedam aos autores nacionais (bem como dos direitos especialmente concedidos pela Convenção). E o n.º 3 estabelece que o autor que não é nacional do país de origem da obra terá neste país os mesmos direitos que os autores nacionais (já não podendo reclamar aí os direitos especialmente garantidos pela Convenção)⁽³⁰⁾.

Estas normas de Direito dos Estrangeiros pressupõem que a questão se coloca no Estado de proteção. Elas significam que no Estado de proteção as obras de autores estrangeiros que sejam protegidas pela Convenção devem ser tratadas como obras de autores nacionais (e, não, porventura, que no Estado do foro, que não seja o Estado de proteção, se aplique um princípio de tratamento nacional).

⁽²⁹⁾ Na ordem jurídica portuguesa este direito assiste ao autor de uma obra de arte original que não seja de arquitetura nem de arte aplicada (art. 54.º do Código de Direito de Autor e Direitos Conexos). Ver ainda, quanto às obras das artes aplicadas, o disposto no art. 2.º/7, e quanto à forma do compromisso de prestação de contribuições para a realização de obras cinematográficas, art. 14.º bis/2/c.

⁽³⁰⁾ Ver ainda o art. 6.º/1 que contém uma cláusula de reciprocidade, permitindo aos Estados da União a restrição da proteção das obras de autores que não sejam nacionais de Estados da União nem aí tenham residência habitual, quando o Estado da sua nacionalidade não proteja de uma maneira suficiente as obras dos autores que sejam nacionais dos Estados da União.

E) Acordo TRIPS/ADPIC

O princípio do tratamento nacional também foi consagrado pelo Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio, anexo ao Acordo que Instituiu a Organização Mundial do Comércio (Acordo TRIPS/ADPIC). O art. 3.º/1 estabelece a regra de tratamento nacional no Estado de proteção⁽³¹⁾.

Além disso, o Acordo TRIPS/ADPIC consagra a cláusula de nação mais favorecida, segundo a qual, no que diz respeito à proteção da propriedade intelectual, “todas as vantagens, favores, privilégios ou imunidades concedidas por um Membro aos nacionais de qualquer outro país serão concedidos, imediata e incondicionalmente, aos nacionais de todos os outros Membros” (art. 4.º, enunciando determinadas exceções).

Acresce que o art. 9.º/1 deste acordo determina que os Membros devem observar o disposto nos arts. 1.º a 21.º da Convenção de Berna, com exceção do disposto no art. 6.º bis relativo aos direitos morais (art. 9.º/1). O art. 10.º estende aos programas de computador e às bases de dados a proteção que a Convenção de Berna concede às obras literárias⁽³²⁾. O art. 12.º estabelece a duração mínima de proteção das obras que não sejam obras fotográficas ou de artes aplicadas.

F) Regime de fonte interna

Fora do âmbito de aplicação dos instrumentos internacionais há que ter em conta o disposto no art. 48.º CC e no Código de Direito de Autor e Direitos Conexos.

O n.º 1 do art. 48.º CC determina que “os direitos de autor são regulados pela lei do lugar da primeira publicação da obra e, não estando esta publicada, pela lei pessoal do autor, sem prejuízo do disposto em legislação especial”.

⁽³¹⁾ Cf. FAWCETT/TORREMANS (n. 8), p. 481.

⁽³²⁾ Ver também o art. 11.º sobre o aluguer de originais ou cópias das obras.

Esta norma só vigora na medida em que a legislação especial não disponha em contrário. Ora, das disposições contidas nos arts. 63.º e segs. do Código de Direito de Autor e Direitos Conexos retiram-se soluções que são incompatíveis com o disposto no art. 48.º/1 que, nesta medida, se não se encontra privado de campo de aplicação⁽³³⁾, pelo menos tem um campo de aplicação muito limitado⁽³⁴⁾.

O regime internacional privatístico que se infere destes preceitos é semelhante ao da Convenção de Berna e, por conseguinte, as soluções anteriormente defendidas também valem, em princípio, perante este regime.

O art. 63.º deste Código, ao atribuir competência exclusiva à “ordem jurídica portuguesa” para determinar a proteção atribuída a uma obra, deve em minha opinião ser interpretado como norma de conflitos unilateral, segundo a qual a lei portuguesa é aplicável à proteção de uma obra em território português. Esta norma é bilateralizável, submetendo a proteção a atribuir a uma obra à lei do Estado para cujo território é pretendida proteção⁽³⁵⁾.

(33) Em sentido convergente, mas com fundamento diferente, OLIVEIRA ASCENSÃO (n. 5 [1992]), pp. 42 e seg.

(34) O art. 17.º/4 do DL n.º 252/94, de 20/10 (proteção jurídica de programas de computador) estabelece que “É considerado autor quem assim for qualificado pela lei do país de origem respectivo; em caso de colisão de qualificações aplica-se a lei que se aproxime mais da lei portuguesa”.

O art. 2.º/1 do DL n.º 122/2000, de 4/7 (proteção das bases de dados) determina que sem “prejuízo do disposto em convenção internacional a que o estado português esteja vinculado, a proteção das bases de dados pelo direito de autor está sujeita ao país da sua origem”. O art. 2.º/2 estabelece uma cláusula de retaliação. Estas soluções não constam da Dir. 96/9/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11/3, que o referido diploma veio transpor. O DL n.º 122/2000 veio ainda estabelecer que a proteção *sui generis* do fabricante “é reconhecida” às pessoas singulares de nacionalidade ou residência habitual nos países membros da Comunidade e às pessoas coletivas constituídas ou com sede, administração central ou estabelecimento principal no território da Comunidade Europeia, desde que estes elementos representem uma ligação efetiva e permanente com um dos Estados-Membros (art. 3.º). Esta disposição, que decorre do art. 11.º da Dir., tem um sentido pouco claro. Em todo o caso, a sua epígrafe (“Normas de aplicação imediata”) parece completamente equivocada. Tão-pouco é clara a justificação para os desvios à regra do Estado de proteção introduzidos pelas disposições deste diploma. Ver ainda a regra de referência material do art. 2.º/3 e a regra de conflitos sobre a titularidade do direito de autor do art. 2.º/4; e as exceções ao conteúdo do direito de autor previstas no art. 10.º.

(35) Ver LIMA PINHEIRO (n. 6), p. 68. Já em sentido convergente, em resultado, BAPTISTA MACHADO (n. 16), p. 385.

No entanto, o art. 37.º contém um desvio a esta regra, segundo o qual as “obras que tiverem como país de origem um país estrangeiro não pertencente à União Europeia e cujo autor não seja nacional de um país da União gozam da duração da protecção prevista na lei do país de origem, se não exceder a fixada na lei portuguesa”.

A obra publicada tem como país de origem o país da primeira publicação (art. 65.º/1). Relativamente às obras não publicadas, considera-se país de origem o da nacionalidade do autor (art. 66.º/1), a menos que se trate de obras de arquitetura e de artes gráficas ou plásticas incorporadas num imóvel, caso em que será o país onde foram edificadas ou incorporadas numa construção.

A norma de conflitos contida no art. 63.º é complementada pela cláusula de reciprocidade estabelecida no art. 64.º. As “obras de autores estrangeiros ou que tiverem como país de origem um país estrangeiro beneficiam da protecção conferida pela lei portuguesa, sob reserva de reciprocidade, salvo convenção internacional em contrário a que o Estado português esteja vinculado”.

Se este preceito se aplicar exclusivamente às obras de autores estrangeiros, mesmo que tenham Portugal como país de origem⁽³⁶⁾, tratar-se-á de uma norma de Direito dos Estrangeiros, por força da qual as obras de autores estrangeiros só são tuteladas se, em iguais circunstâncias, as obras dos autores portugueses forem tuteladas no país de que aqueles são nacionais⁽³⁷⁾.

Caso se siga uma interpretação literal do preceito, as obras de autores estrangeiros ou que tiverem origem num país estrangeiro só são tuteladas pela lei portuguesa se, em iguais circunstâncias, as obras de autores portugueses ou que tiverem Portugal como país de origem forem tuteladas no país de que são nacionais aqueles autores ou de origem daquelas obras.

⁽³⁶⁾ Em sentido próximo, OLIVEIRA ASCENSÃO entende que o nacional é sempre protegido, mesmo que a sua obra tenha como país de origem um país estrangeiro (n. 5 [1992]), p. 34.

⁽³⁷⁾ O art. 6.º/1 da Convenção de Berna permite esta cláusula de reciprocidade relativamente a autores nacionais de países que não sejam partes contratantes e que não tenham a sua residência habitual num dos Estados Contratantes.

Esta cláusula de reciprocidade deve ser conjugada com a norma de conflitos que confere competência ao Direito do Estado de proteção. Por conseguinte, ela é aplicável pelas autoridades portuguesas e pelos tribunais portugueses quando Portugal for o Estado de proteção.

G) O âmbito de aplicação da lei do Estado de proteção e a titularidade do direito de autor

Com as exceções atrás referidas, a constituição, transmissão, extinção, conteúdo e meios de tutela do direito de autor estão submetidos ao Direito do Estado de proteção.

Já é mais controverso se a titularidade do direito de autor deve estar submetida ao Direito do Estado de proteção ou se deve ser aplicado o Direito do país de origem⁽³⁸⁾. Neste segundo sentido tem-se feito valer que é importante, para todos os interessados na utilização do direito de autor, que uma única lei seja aplicada à determinação da titularidade do direito de autor⁽³⁹⁾. Isto facilita a utilização internacional da obra e evita que diferentes pessoas sejam consideradas autores da mesma obra em diversos países.

Também parece defensável que a questão da titularidade do direito de autor suscitada no contexto de um contrato de trabalho

⁽³⁸⁾ No primeiro sentido se pronuncia a doutrina dominante na Alemanha, ver *MünchKomm./DREXL* [2010: IntImmGR n.ºs 26, 73, pp. 178 e 180].

⁽³⁹⁾ Ver ULRICH DROBNIG, “Originärer Erwerb und Übertragung von Immaterialgüterrechten im Kollisionsrecht”, *RabelsZ.* 40 (1976), pp. 195-208, 198 e segs.; HENRI BATIFFOL e PAUL LAGARDE, *Droit international privé*, vol. II, 7.ª ed., Paris, 1983, p. 202; supracit. decisão da *Cour d’appel de Rennes* e jurisprudência francesa referida por estes autores [n.º 530 ns. 3 e 7]; OLIVEIRA ASCENSÃO (n. 5 [1992], pp. 46-47; FAWCETT/TORREMANNS (n. 8), pp. 509-510; MOURA VICENTE (n. 4) 230-231; STJ 10/1/2008 [*in* <www.dgsi.pt>]. Ver ainda GINSBURG (n. 18), pp. 23 e segs. Em matéria de programas de computador, o art. 17.º/4 do DL n.º 252/94, de 20/10, determina que é “considerado autor quem assim for qualificado pela lei do país de origem respectivo”; em matéria de bases de dados, o art. 2.º/4 do DL n.º 122/2000, de 4/7, estabelece que “é considerado autor quem como tal for qualificado pela lei do país de origem da base dados”.

ou de um contrato de cooperação seja decidida pela lei reguladora do contrato⁽⁴⁰⁾.

No entanto, no que se refere à determinação dos titulares do direito de autor sobre obra cinematográfica, o art. 14.º bis/2/a da Convenção de Berna estabelece a competência do Direito do Estado de proteção.

H) Competência da lei do Estado de proteção e tribunais internacionalmente competentes

Para terminar observe-se que nesta matéria não vigoram normas especiais de competência internacional dos tribunais portugueses. Por conseguinte, é aplicável o regime estabelecido no Reg. (CE) n.º 44/2001, relativo à Competência Judiciária, ao Reconhecimento e à Execução de Decisões em Matéria Civil e Comercial (que a partir de 10 de janeiro de 2015 será substituído pelo Reg. (UE) n.º 1215/2012) e, fora do domínio de aplicação destes regimes, o regime interno (arts. 62.º e 94.º CPC).

Com base em critérios de competência como o domicílio do réu ou a convenção das partes os tribunais portugueses podem ter de apreciar uma questão, mesmo a título principal, relativa à proteção do direito de autor no território doutro Estado.

Além disso, a titularidade ou o conteúdo do direito de autor pode suscitar-se a título prejudicial, por exemplo, numa ação de responsabilidade extracontratual por violação do direito de autor no território de um Estado estrangeiro.

Por outro lado, quando Portugal for o Estado de proteção, os tribunais portugueses também podem ter de aplicar o Direito do Estado de origem ou o Direito da nacionalidade do autor, nos termos atrás expostos.

⁽⁴⁰⁾ Neste sentido, relativamente ao contrato de trabalho, ULMER (n. 7) [1978: pp. 38-39]; PAUL TORREMANS, “Authorship, Ownership of Right and Works Created by Employees. Which Law Applies?”, *European Intellectual Property Rev.*(2005), pp. 220-224, 223-224; MOURA VICENTE (n. 4), p. 236; relativamente aos contratos internacionais de cooperação, BASEDOW (n. 9), pp. 21-23.

Por conseguinte, não há territorialismo quanto aos órgãos de aplicação do Direito, sendo necessário recorrer ao Direito de Conflitos para determinar a lei aplicável ao direito de autor.

II. Lei aplicável à responsabilidade extracontratual por violação de Direito de Autor

A determinação da lei aplicável à responsabilidade extracontratual por violação de direito de autor baseia-se numa fonte europeia de Direito de Conflitos: o Regulamento CE n.º 864/2007 (Regulamento Roma II).

O art. 8.º do Regulamento Roma II, relativo às obrigações extracontratuais decorrentes da violação de direitos de propriedade intelectual, também se baseia no princípio amplamente aceite da *lex loci protectionis*. Aplica-se, indubitavelmente, ao direito de autor e aos direitos conexos⁽⁴¹⁾.

Assim, o Direito aplicável à obrigação extracontratual que decorra da violação de um direito de propriedade intelectual é o Direito do país para o qual a proteção é reivindicada (n.º 1)⁽⁴²⁾.

O Direito português será aplicável quando estiver em causa a lesão de um direito de autor por meio de uma conduta que ocorra em território português, por exemplo, a colocação de uma obra na internet ou o acesso através da internet a uma obra por um utilizador que sabe ou deveria saber que a obra não foi colocada à sua disposição com autorização do autor ou ao abrigo de uma exceção ou limitação legal ao direito de exclusivo⁽⁴³⁾.

⁽⁴¹⁾ Cf. Considerando n.º 26.

⁽⁴²⁾ Com respeito a violações múltiplas, ver MARTA PERTEGÁS, “Intellectual Property and Choice of Law Rules”, in *The Unification of Choice of Law Rules on Torts and Other Non-Contractual Obligations in Europe. The “Rome II” Proposal*, org. por Alberto Malatesta, pp. 221-247, Pádua, 2006, pp. 242 e segs.

⁽⁴³⁾ Para uma análise mais desenvolvida desta problemática, ver GINSBURG (n. 18), pp. 322 e segs., e ASENSIO (n. 1), pp. 795 e segs.

Além da sua justificação à luz dos valores em jogo na proteção da propriedade intelectual (*supra* I.A) e do princípio da territorialidade dos direitos de propriedade intelectual⁽⁴⁴⁾, esta regra apresenta, entre outras vantagens, a de evitar os problemas de delimitação entre a lei aplicável ao direito e a lei aplicável à sua violação⁽⁴⁵⁾.

Claro que esta solução pode apresentar dificuldades práticas, por exemplo, quando é interposta no domicílio do réu uma ação de responsabilidade por utilização não autorizada de uma obra numa multiplicidade de Estados. O tribunal tem de aplicar uma pluralidade de leis para verificar se estas leis foram violadas e, por conseguinte, se o autor tem direito ao ressarcimento integral dos prejuízos sofridos. Para quem entenda que a colocação da obra à disposição do público na internet tem de respeitar as leis de todos os países em que a obra se torna disponível, o que considero duvidoso (*supra* I.B), isto dificulta a atuação do operador e sujeita-o à lei mais restritiva ⁽⁴⁶⁾.

Já foi proposto, *de iure condendo*, que nestes casos se aplicasse o Direito do Estado que apresenta a conexão mais estreita com a infração. Neste sentido apontam, até certo ponto, os *Principles on Conflict of Laws in Intellectual Property* do *European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property (CLIP Principles 2011)*, e os *Intellectual Property: Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law, and Judgments in Transnational Disputes* do *American Law Institute (ALI Principles 2008)*⁽⁴⁷⁾.

Para o efeito poderiam ser tidos em conta, designadamente, a residência habitual e o estabelecimento das partes, o lugar onde é desenvolvida uma atividade substancial causadora da violação considerada no seu conjunto e o lugar onde o prejuízo causado pela

⁽⁴⁴⁾ Ver *Hamburg Group for Private International Law* [2003: pp. 21-22].

⁽⁴⁵⁾ Ver também MARTA PERTEGÁS (n. 42), p. 238.

⁽⁴⁶⁾ Ver também DÁRIO MOURA VICENTE, “Principios sobre conflictos de leyes en materia de propiedad intelectual”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* 3 (2011), pp. 5-23, 20.

⁽⁴⁷⁾ Ver *European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property, Principles on Conflict of Laws in Intellectual Property (CLIP Principles 2011)*, Art. 3: p. 603, e *The American Law Institute, Intellectual Property: Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law, and Judgments in Transnational Disputes (ALI Principles 2008)*, § 321.

violação é substancial em relação à violação considerada no seu conjunto.

Por último, deve notar-se que os limites que se possam inferir da Diretiva sobre Comércio Eletrónico (Dir. 2000/31/CE) quanto à aplicação da lei designada pelo Regulamento Roma II à responsabilidade extracontratual de prestadores de serviços da sociedade de informação não são relevantes com respeito à violação de direitos de propriedade intelectual (Art. 3.º/3 e Anexo desta diretiva).

A ORDEM PÚBLICA NA ARBITRAGEM

Pelo Dr. Manuel Pereira Barrocas(*)

SUMÁRIO:

1. Conceito de Ordem Pública. **2.** Ordem Pública Internacional e Ordem Pública Interna. **3.** Ordem Pública Transnacional. **4.** Arbitragem Interna e a Arbitragem Internacional. **5.** A questão nuclear em Arbitragem no âmbito da relação de um Estado com a Ordem Pública Internacional de um outro Estado: o reconhecimento e a execução neste último das Sentenças Arbitrais do primeiro Estado. **6.** A Ordem Pública Internacional e a anulação de Sentenças Arbitrais Domésticas. **7.** Conceito de Ordem Pública relevante para a LAV. **8.** Conceito de Ordem Pública, a sua evolução e o Direito Comparado. *8.1. Convenção de Genebra de 1927; 8.2. Convenção de Nova Iorque de 1958; 8.3. Interpretação da Convenção de Nova Iorque de 1958 (artigo V (2) (b)); 8.4. Direito Comparado.* **9.** As Normas de Aplicação Imediata (*Lois de Police*) e a Ordem Pública. **10.** A Arbitrabilidade e a Ordem Pública. **11.** Conteúdo da Ordem Pública Internacional do Estado Português. **12.** A vinculação do Estado português ao cumprimento da Convenção de Nova Iorque de 1958. **13.** A Questão do reconhecimento integral ou apenas parcial de uma Sentença Arbitral Estrangeira. **14.** Conclusões.

1. Conceito de Ordem Pública

A ordem pública constitui para a arbitragem um limite, conceptualmente abstrato, à validade das sentenças arbitrais proferidas

(*) Advogado e Árbitro.

na arbitragem interna e um limite, igualmente abstrato, à eficácia das sentenças arbitrais estrangeiras, entendendo-se como tais as que são proferidas num determinado estado, mas cuja eficácia se pretende estender ao exterior desse estado, mediante a sua execução noutro ou noutros estados.

Uma primeira clarificação do conceito impõe que se diga que a ordem pública relevante em arbitragem constitui um corpo indefinido, embora definível, de princípios fundamentais da ordem jurídica de um determinado estado que integra os valores essenciais de ordem ética, económica e social próprios desse estado⁽¹⁾.

Não é imutável, pois varia no tempo conforme a mutação dos valores ou das necessidades sentidas pela comunidade respetiva. No entanto, apresenta-se e mantém-se no tempo com elevado grau de estabilidade e constância.

Tentando evitar o caráter redutor que uma definição pode representar, arriscamos a dizer que *a ordem pública constitui um complexo normativo de conteúdo ético-sócio-económico formado por certas normas de direito positivo e por princípios e valores fundamentais de uma comunidade juridicamente organizada, aplicável no espaço respetivo com prevalência sobre outras normas, princípios ou valores de uma ordem jurídica estrangeira estranhos ou conflitantes com ela*⁽²⁾.

A tarefa principal deste artigo consiste em contribuir para o esclarecimento, para além de outros aspetos que se relacionam com a Ordem Pública e as suas espécies, o que na verdade integra o conceito de ordem pública relevante em arbitragem, segundo o direito comparado e a legislação portuguesa, temas a que nos dedicaremos sobretudo nos números 8 e 11 adiante.

⁽¹⁾ Para melhor compreensão do conceito, ver, entre outros, *Manual de Arbitragem*, MANUEL PEREIRA BARROCAS, 2.^a ed., Almedina, 2013, pp. 449 e segs., especialmente a p. 452.

⁽²⁾ *Ibidem*, p. 452. Deve notar-se que a definição dada corresponde ao conceito de *ordem pública internacional* de um estado, conceito que melhor será visto *infra*.

2. Ordem Pública Internacional e Ordem Pública Interna

Esta distinção requer, igualmente, uma clarificação prévia, muito importante: ambos os conceitos de ordem pública, apesar da inclusão do adjetivo *internacional* num deles, pertencem à ordem pública nacional de um determinado estado. Por isso, se pode dizer que esse elemento adjetivo é enganador. Trata-se, na realidade, de dois ângulos de análise de uma e única realidade: a ordem pública de uma determinada comunidade juridicamente organizada.

Isto posto, como se distinguem?

A ordem pública interna é constituída pelo conjunto de normas de direito positivo portuguesas que implicam uma opção imperativa do legislador na sua aplicação por serem consideradas relativas ao interesse e ordem pública.

O legislador não deixou ao arbítrio dos destinatários dessas normas a possibilidade de exercerem uma vontade supletiva ou suscetível de vontade ou acordo em contrário do comando que a norma estabelece. É de ordem pública nesta aceção o que é *de interesse e ordem pública* e, portanto, o que é na sua aplicação imperativamente imposto por lei.

Ora, em arbitragem, os árbitros devem cumprir as normas imperativas da lei aplicável ao processo arbitral e ao *thema decidendum*, sem qualquer opção pelo contrário. Tal como o juiz, o árbitro deve aplicar os princípios jurídicos e as normas jurídicas que lhes são impostas pela ordem ou ordens jurídicas aplicáveis.

Simplemente, uma coisa é o dever de interpretar e aplicar as leis imperativas, outra coisa é a questão da sanção aplicável às sentenças arbitrais que não sejam válidas por incumprimento de normas imperativas.

Nesta matéria, para sermos mais precisos, importa dizer que a arbitragem beneficia de um *favor arbitrandum* que coloca as sentenças arbitrais a coberto de qualquer sanção anulatória que não seja baseada apenas nos fundamentos tipificados na lei (ver o art. 46.º, número 3., da LAV).

Ora, quase todos esses fundamentos são de natureza procesual ou relativos à convenção de arbitragem ou, ainda, podem respeitar à decisão de mérito da sentença arbitral.

Apenas num caso, porém, a anulação pode ter por fundamento a questão de mérito ressalvada, embora apenas parcialmente, a hipótese da subalínea *v*) da alínea *a*) do número 3., do art. 46.º, da LAV. Esse caso único expressa-se pela violação da ordem pública internacional do Estado português que pode ser conhecida, em sede anulatória, pelo tribunal estadual sempre que o conteúdo da sentença arbitral proferida em arbitragem doméstica⁽³⁾ ofenda os princípios daquela ordem pública internacional.

A violação pode também respeitar, embora menos frequentemente, aos casos de infração de princípios de carácter adjetivo da ordem pública internacional.

Concluindo, em arbitragem, ficam assim sem possibilidade de serem anuladas todas as sentenças arbitrais, proferidas em arbitragem localizada em Portugal, que, embora violadoras de normas imperativas da lei portuguesa, não sejam enquadráveis em qualquer dos fundamentos de anulação tipificados no referido art. 46.º, número 3., da LAV. Aliás, isso também sucede na maioria das ordens jurídicas de todo o Mundo e, em particular, naquelas em que a lei arbitral respetiva é baseada na Lei-Modelo da UNCI-TRAL.

Em que consiste, então, a ordem pública internacional de um estado e logo, *in casu*, em particular do Estado português?

Todas as ordens jurídicas de todos os estados existentes encontram-se ou podem vir, em qualquer momento, a encontrar-se face a face com outras ordens jurídicas estrangeiras, seja por força das relações entre os estados, seja por força de contratos celebrados entre cidadãos residentes ou empresas sediadas em cada um dos estados em presença, seja por força das relações de carácter civil estabelecidas entre cidadãos dos estados, seja ainda por qualquer outro facto.

(3) Referimo-nos, naturalmente, à arbitragem doméstica, porque na arbitragem que tenha lugar fora de Portugal os tribunais portugueses não têm competência para declarar a anulação de qualquer sentença arbitral.

A solução jurídica suscetível de ser obtida num dos estados em obediência à sua ordem jurídica pode assim ser diferente, e normalmente existem muitas e boas razões para que tal suceda, da solução jurídica que seria obtível num outro estado. Devem, em princípio, essas divergências ser respeitadas pelos outros estados.

A vontade das partes por escolha, em primeiro lugar, da lei aplicável, com ou sem o recurso a normas de conflitos vigentes em cada país, e, em último caso, a decisão dos próprios julgadores (juízes ou árbitros) que sejam chamados a dirimir um litígio, determinam o normativo jurídico aplicável a cada caso. Na maioria das situações, sobretudo entre estados da mesma família jurídica e da mesma ou semelhante matriz cultural, as leis dos diferentes estados harmonizam-se, não se colocando questões de conflito significativo entre uma solução jurídica obtida num dos estados em presença por aplicação da sua lei e outra que pudesse ser obtida num outro estado se o litígio tivesse sido nele submetido e para ser resolvido segundo a lei deste último.

Porém, se tal não suceder, e nos casos em que o conteúdo de uma decisão judicial ou arbitral proferida num dos estados em presença seja tão flagrantemente violadora da ordem pública internacional própria do outro estado no qual a parte interessada pretenda fazer valer, executoriamente, a sentença proferida em conformidade com a sua ordem jurídica ou a ordem jurídica de um terceiro estado, coloca-se a questão de saber se o estado recipiente aceita reconhecer e, posteriormente, executar essa sentença estrangeira.

Na grande maioria dos casos, a sentença estrangeira é aceite e confirmada pelo outro ou outros estados, mesmo que o conteúdo dessa sentença não esteja de acordo, nem cumpra ou até mesmo ofenda a ordem jurídica imperativa do estado recipiente. Na verdade, como se disse, é mesmo normal que em muitos casos as leis sejam diferentes de estado para estado. A desconformidade das leis, só por si, não é fundamento de recusa de reconhecimento.

Mas uma coisa é uma divergência normal, corrente, mesmo que seja, como se disse, violadora de uma norma imperativa do estado recipiente, outra coisa é uma desconformidade que ofenda a ordem pública internacional desse estado.

O que é, portanto, uma desconformidade dessa natureza? Ou, por outras palavras, quão importante deve ser o princípio ou a norma de ordem pública internacional do estado recipiente para que a sentença não possa nele ser reconhecida e executada?

A resposta é: são os princípios ou as normas jurídicas de direito positivo que integram e protegem os valores fundamentais de ordem ética, económica ou social própria da comunidade do estado recipiente de que este não abdica de ver respeitados. Isto é, a sua ordem pública internacional.

Adiante, mediante exemplos extraídos da jurisprudência de vários países estudados, ser-nos-á dado conhecer o que pode integrar e o que normalmente não integra a ordem pública internacional de um estado.

Note-se que a LAV adota o mesmo conceito de *ordem pública internacional do Estado português* nos dois casos previstos, um no art. 46.º, número 3., alínea *b*) (ii), isto é, para efeitos e no âmbito de uma ação de anulação de uma sentença arbitral proferida em arbitragem interna (cfr. art. 61.º da LAV), e outro na hipótese do reconhecimento de uma sentença arbitral estrangeira, isto é, proferida em arbitragem que não tenha tido lugar em Portugal, ou seja, para os efeitos e no âmbito do disposto no art. 56.º, número 1., alínea *b*) (ii) da LAV.

Nesta matéria, esta lei adotou uma opção correta e mostra-se de acordo com as mais modernas conceções da função e do conceito de ordem pública internacional de um estado, fazendo coincidir o conteúdo da ordem pública do Estado português, *in casu* a ordem pública internacional do Estado português, em ambos os domínios da arbitragem interna e da arbitragem estrangeira.

Mas, pergunta-se, como pode no limite uma ordem pública dita internacional invalidar, mediante uma ação de anulação, uma sentença arbitral totalmente nacional, em que a arbitragem, designadamente, teve lugar em Portugal, a lei portuguesa foi a aplicável, quer ao processo arbitral (*lex arbitri*), quer ao mérito da causa e, a acrescentar, eram portugueses as partes e os interesses em litígio situavam-se totalmente em Portugal e aqui, e só aqui, produziam os seus efeitos?

Isso pode suceder e é essa a vontade da lei arbitral portuguesa, mediante uma ficção que a LAV operou. Na verdade, com o propó-

sito de uniformizar ou aproximar o mais possível os fundamentos de anulação de uma sentença arbitral doméstica e os fundamentos de recusa do reconhecimento de uma sentença arbitral estrangeira, denotando assim um propósito não discriminatório relativamente à arbitragem internacional ou a uma arbitragem doméstica estrangeira, seja ou não internacional o litígio, a LAV estatuiu as matérias em que a ordem jurídica portuguesa não cede perante uma sentença baseada numa ordem jurídica estrangeira e aceita que as mesmas matérias, todavia sempre com um propósito anti-discriminatório, também sirvam para anular uma sentença arbitral doméstica proferida quer numa pura arbitragem doméstica, como se vê do citado preceito do art. 46.º, quer numa arbitragem internacional sediada em Portugal (art. 54.º).

3. Ordem Pública Transnacional

Diferente dos dois anteriores é este conceito que, aliás, alguns ilustres autores franceses, não sem alguma francofonia exagerada, afirmam, sem mais, não existir segundo a ótica dos tribunais gauleses.

Ora, sem que nos envolvamos em abstrações pouco utilitárias e concretas, o certo é que se tem sustentado, com o que aliás concordamos, que existe um conjunto mais ou menos vasto de princípios e normas de carácter não jurídico positivo, mas fruto da ciência do Direito, do Direito Natural ou do sentimento de jurisdição universal ou largamente transnacional, que constituem elementos enformadores da ordem jurídica internacional comum a inúmeros estados. São exemplos disso grandes princípios do Direito das Obrigações como é o caso do *pacta sunt servanda*, do princípio da proibição do enriquecimento sem justa causa, do princípio *fraus omnia corrumpit*, etc., etc.

Uma parte destes princípios tem, aliás, integrado as meritórias recolhas empreendidas pela UNIDROIT.

Ora, se bem que raramente os princípios gerais de direito sejam escolhidos como normativo único regulador de um contrato

ou da resolução de um litígio sem o suporte principal de uma ordem jurídica positiva de um determinado estado, o certo é que nada impede que assim suceda por vontade das partes ou dos julgadores ou mesmo por opção legislativa em certos casos concretos.

E, de certo, alguns deles integram a denominada ordem pública transnacional, do mesmo modo que podem também integrar a ordem pública internacional de muitos estados dado o seu carácter para-universal ou, ao menos, transnacional⁽⁴⁾.

4. Arbitragem Interna e a Arbitragem Internacional

Paralelamente ao que se deixou dito e para uma mais completa compreensão da ordem pública e das suas modalidades de análise, importa também distinguir entre arbitragem interna e arbitragem internacional.

A primeira, segundo a LAV em várias leis arbitrais, é aquela em que não estão colocados em jogo interesses do comércio internacional (art. 49.º, número 1.). A arbitragem internacional é, naturalmente, aquela em que estão em jogo interesses do comércio internacional.

Uma vez que o critério de distinção não é nem o direito aplicável e a sua nacionalidade, nem a localização da arbitragem ou o lugar em que a sentença arbitral tiver sido proferida, pode ser internacional uma arbitragem que decorra em Portugal e quer lhe seja, quer não, aplicável o direito português. Isso mesmo estipula o art. 54º da LAV.

Assim, deve também distinguir-se, nomeadamente para efeitos da definição do campo de aplicação das normas relativa ao reconhecimento de sentenças estrangeiras, não apenas entre Arbitragem Interna e Arbitragem Internacional, segundo o critério esta-

⁽⁴⁾ Para maior desenvolvimento, ver *ibidem* *Manual de Arbitragem*, pp. 680 e segs.

belecido no art. 61º da LAV, mas igualmente entre Arbitragem Interna e Arbitragem Estrangeira (internacional ou não)⁽⁵⁾.

5. A questão nuclear em Arbitragem no âmbito da relação de um Estado com a Ordem Pública Internacional de um outro Estado: o reconhecimento e a execução neste último das Sentenças Arbitrais do primeiro Estado

Num mundo globalizado, a negação de eficácia a uma sentença arbitral no exterior dos limites territoriais do estado em que foi proferida ou em que a arbitragem teve lugar significaria tornar largamente inoperante o sistema internacional de resolução de litígios com grave prejuízo para o comércio e as relações privadas internacionais em geral.

Mas, para que isso não seja assim, é necessário que estados existentes no Mundo se obriguem a reconhecer as convenções de arbitragem celebradas fora dos seus limites territoriais e, bem assim, as sentenças arbitrais provenientes de um outro estado. Se, relativamente a sentenças judiciais, atento, nomeadamente, o facto de provirem de um órgão de soberania estrangeiro, o seu reconhecimento noutros estados se tem revelado relativamente difícil, no campo da arbitragem, porém, dado o seu carácter privado e proveniente da sociedade civil, os mesmos escolhos não são tão salientes.

Sobretudo a Convenção de Nova Iorque de 1958, a par de outras convenções de espectro geográfico mais reduzido, para além da legislação interna na matéria de cada país, permitem e impõem aos estados respetivos a obrigação de reconhecer, duplamente, a

⁽⁵⁾ De notar, porém, que o critério da atribuição da qualificação de arbitragem estrangeira não é sempre o do lugar (estado) em que a arbitragem teve lugar, dado que, por exemplo, na China, uma arbitragem institucionalizada dá ao processo e à sentença a nacionalidade da sede ou a nacionalidade da instituição de arbitragem, independentemente do lugar da arbitragem. Deste modo, exemplificando, na China uma arbitragem CCI que tenha lugar na Suíça, não é uma arbitragem deste país, mas sim francesa dado que a sede da CCI se situa em Paris.

validade e a eficácia das convenções de arbitragem e a eficácia das sentenças arbitrais não-nacionais, isto é, estrangeiras.

Porém, o reconhecimento não é livre, desregulado. Embora regulado minimamente, por forma a não criar obstáculos desnecessários ao comércio e às relações privadas internacionais, tem algumas condições.

No caso do direito português, essas condições encontram-se expressas no art. 56.º da LAV.

Portugal é membro da Convenção de Nova Iorque e, como tal, encontra-se internacionalmente obrigado a cumprir o propósito desta: não obstaculizar desnecessariamente e, antes, facilitar o comércio internacional e a sua fluidez.

Deve notar-se que a Convenção de Nova Iorque — que constitui o mais importante instrumento na matéria em todo o Mundo — tem caráter parcialmente subsidiário, pois se a lei interna de cada estado membro ou outro instrumento convencional internacional por ele celebrado for ainda mais favorável do que a Convenção de Nova Iorque ao reconhecimento de convenções de arbitragem e ao reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras será o regime mais favorável que deverá ser o aplicável e não a Convenção (art. VII, número 1.).

Como antes se disse, as condições obstaculizantes ao reconhecimento e à execução tanto são parcialmente relativas ao mérito da sentença arbitral como as condições relativas ao domínio da validade ou do respeito da convenção de arbitragem (pilar nuclear e fundamental de qualquer arbitragem voluntária), em conformidade com o art. V, número 1., alínea *a*), *c*) e *e*) da Convenção, e também no âmbito da alínea *b*) relativa ao cumprimento dos princípios fundamentais do processo arbitral (art. V, número 1., alínea *b*)) ou, ainda, no que diz respeito a questões relativas à constituição do tribunal arbitral ou ao processo, em si mesmo, nos termos da sua alínea *d*).

A LAV segue basicamente o mesmo regime da Convenção como não poderia, no mínimo, deixar de ser, sendo sempre certo, como também já se evidenciou, que não pode aplicar-se a LAV sempre que a Convenção, dentro do âmbito da sua aplicação, for mais favorável à concessão do reconhecimento e da execução do que a LAV.

6. A Ordem Pública Internacional e a Anulação de Sentenças Arbitrais Domésticas

Nesta matéria, a LAV seguiu a tendência mais moderna de não estabelecer ou estabelecer apenas diferenças mínimas entre a arbitragem doméstica e a arbitragem internacional para evitar qualquer discriminação desta em relação à arbitragem doméstica. Deste modo, a LAV demonstra a sua grande abertura à arbitragem internacional.

Isto é claro na definição e nos limites idênticos da ordem pública relevante em arbitragem: a formulação do art. 46.º, número 3., alínea *b*), subalínea *ii*) e a do art. 56.º, número 1., alínea *b*), subalínea *ii*).

Uma subtil e importante diferença existe, porém: o segundo daqueles preceitos utiliza o advérbio de modo *manifestamente*, o que não sucede no art. 46.º.

Sobre este ponto, entendemos que a finalidade do advérbio não é a de limitar propriamente o conteúdo do conceito de ordem pública utilizado, mas sim apenas a de deixar patente que o intérprete deve ter em conta, na dúvida, que, por imperativo da proteção do comércio internacional, deve ser entendido que o reconhecimento de uma sentença arbitral estrangeira só pode ser recusado com fundamento na violação dos princípios da ordem pública internacional do Estado português quando for *manifesto* que essa violação existe.

Deste modo, na apreciação da validade, à luz da ordem pública, de uma sentença arbitral doméstica, seja ela ou não internacional no sentido do disposto no art. 49.º, número 1., da LAV e desde que a arbitragem tenha lugar em território nacional (art. 61.º da LAV), o intérprete encontrará os mesmos princípios e normas jurídicas que estão contemplados no lugar citado do art. 56.º. Simplesmente, a LAV restringiu a liberdade de decisão do intérprete, na dúvida, sobre a conclusão do que deva ser considerado integrado no âmbito da ordem pública internacional do Estado português, permitindo-lhe apenas, o mais restritivamente possível, a conclusão pela integração nela do caso *sub-judice*.

De salientar a propósito que os trabalhos preparatórios da Convenção, bem como o seu texto final, mais claramente evidente

na sua versão inglesa, exprime a ideia (ver *infra* no. 8.3.) de que o intérprete da Convenção de Nova Iorque não é obrigado por esta a recusar automaticamente o reconhecimento e execução de uma sentença arbitral estrangeira mesmo que a ordem pública internacional do seu país seja ofendida pela sentença. A utilização do verbo *may* em lugar de *shall* ou *must* confirma a liberdade concedida ao intérprete nesta matéria.

Ora, o advérbio de modo *manifestamente* utilizado pelo legislador da LAV no seu art. 56.º, número 1., alínea *b*), subalínea *ii*), abre espaço à inclusão na LAV daquela opção facultativa da Convenção de Nova Iorque no âmbito restritivo de aplicação daquele preceito da LAV. Deste modo, o intérprete português pode conceder a homologação a uma sentença arbitral estrangeira mesmo quando ela não esteja de acordo com a ordem pública internacional do Estado português por entender que o seu reconhecimento e execução não conduz, apesar da desconformidade, a um resultado *manifestamente* incompatível com a ordem pública internacional portuguesa.

O art. 54.º da LAV parece indicar a existência de uma terceira razão justificativa que explicaria a utilização do advérbio *manifestamente* no art. 56.º e não no art. 46.º, isto portanto para além da proteção devida ao comércio internacional. É que, no caso do art. 56.º, não deve estar em questão, em princípio e de certo sucederá na grande maioria dos casos, a aplicação do direito português à sentença arbitral sujeita ao processo de reconhecimento. Ao invés, no caso do art. 46.º, de certo com grande probabilidade foi o direito português o aplicado na arbitragem doméstica. Na realidade, a comprovar aquela conclusão, o art. 54.º da LAV manda aplicar o critério do art. 56.º, número 1., alínea *b*), subalínea *ii*), à sentença arbitral proferida em Portugal numa arbitragem que não tenha aplicado direito português ao fundo da causa, apesar de a arbitragem ou, ao menos, a prolação da sentença ter tido lugar em Portugal.

Deste modo, neste caso, sempre que o direito português tenha sido o aplicado, *a contrario* e por maioria de razão, a proteção da ordem pública internacional do Estado português deve ser ainda mais justificadamente respeitada.

Todavia, repita-se, que o conteúdo substantivo, de base, da ordem pública internacional do Estado português não difere no

caso do art. 46.º ou no do art. 56.º. Apenas a sua interpretação e aplicação podem divergir, facto que não deixa de ser particularmente saliente.

7. Conceito da Ordem Pública relevante para a LAV

As formulações literais dos artigos 46º e 56º são, todavia, diferentes para além da utilização ou da não utilização, conforme os casos, do advérbio *manifestamente*.

De facto, o art. 46.º utiliza a seguinte formulação verbal: *o conteúdo da sentença ofende os princípios da ordem pública internacional do Estado português*.

Enquanto no art. 56.º a redação é a seguinte: *o reconhecimento ou a execução da sentença conduz a um resultado manifestamente incompatível com a ordem pública internacional do Estado português*.

Para além da utilização, neste último preceito, do advérbio *manifestamente* sobre o qual já nos pronunciámos, são as seguintes as principais diferenças na redação do art. 56.º relativamente ao art. 46.º:

- 1.º o reconhecimento ou a execução de uma sentença proferida fora de Portugal *conduz a um resultado manifestamente incompatível com ...*
- 2.º ao invés, o art. 46.º refere-se, não a um resultado, mas sim ao facto de ser o próprio *conteúdo da sentença proferida em Portugal* (exceto no caso já analisado do art. 54.º) *que se manifesta ofensivo de ...*
- 3.º no art. 46.º, o objeto da ordem pública relevante parecem ser os *princípios* da ordem pública ...
- 4.º enquanto no art. 56.º não há referência a princípios da ordem pública, mas sim à ordem pública, simplesmente.

Têm algum significado particular estas diferenças?

Não parece que tenham. Na verdade, a diferença de redação nos casos mencionados nos números 1.º e 2.º são lógicos. Em ambos os casos o que está em questão ou é o objeto da ação de anulação ou o objeto da ação de reconhecimento que são obviamente diversos e as ações têm diferentes finalidades. Na ação de reconhecimento, o tribunal português pode apenas atender aos resultados, ao impacto, que o reconhecimento e a execução podem provocar na ordem jurídica portuguesa, face às exigências da sua ordem pública internacional, não podendo em qualquer caso conhecer do mérito da sentença estrangeira. Na ação de anulação, ao invés, é exatamente o conteúdo da sentença que constitui o objeto do exame de conformidade com a ordem pública internacional portuguesa, embora também não possa conhecer do mérito da sentença arbitral.

Trata-se assim de mera questão de modo de redação mais apropriado a objetos e fins diferentes quanto à intervenção do tribunal português.

Porém, formalmente, no caso dos números 3 e 4 acima, parece-nos deficiente a redação, pois ela deveria ser rigorosamente igual. Sabe-se que o conteúdo relevante em arbitragem na caracterização da ordem pública são princípios com relevância jurídica e certas normas de direito positivo. O art. 46.º apenas faz referência a princípios, não se referindo a normas de direito positivo, sendo certo que existem normas de direito positivo que não integram princípios, como é o caso de certas normas de aplicação imediata (*lois de police*) que poderão, algumas delas, a que nos referiremos adiante, fazer parte da ordem pública internacional portuguesa, bem como normas relativas ao Direito da Concorrência, etc.

É certo que se for aplicado o direito português ao fundo da causa, o árbitro deve também observar as normas de direito positivo daquele tipo na prolação da sentença. Simplesmente, isso não é, em princípio, relevante, dado que na LAV não existe, em regra, recurso da sentença arbitral (art. 39.º, número 4., e 53.º), o que determina que a violação de normas jurídicas de direito positivo, que integrem a ordem pública internacional do Estado português e que não constituam a tradução de meros princípios de direito, ficariam sem possibilidade de verificação da sua observância por um tribunal estadual.

Assim, entendemos que o conteúdo, em si, dos conceitos de ordem pública utilizados nos arts. 46.º e 56.º são rigorosamente iguais.

8. Conceito de Ordem Pública, a sua evolução e o Direito Comparado

8.1. *Convenção de Genebra de 1927*

A primeira vez que a matéria da ordem pública foi tratada numa convenção internacional de largo espectro geográfico foi na Convenção de Genebra de 1927⁽⁶⁾.

Foi elaborada sobre os auspícios da Sociedade das Nações com base num projeto preparado pela Câmara de Comércio Internacional (CCI).

Apenas 24 países assinaram e ratificaram esta Convenção, incluindo Portugal, denotando assim um limitado número de estados membros aderentes, próprio, aliás, da situação do comércio internacional posterior à Grande Guerra.

De notar que a Convenção de Genebra de 1927 não previu a violação da ordem pública como fundamento *a se* de recusa do reconhecimento e execução de uma sentença arbitral estrangeira. No entanto, uma sentença estrangeira só poderia ser examinada face aos fundamentos de recusa nela previstos quando a sentença não fosse *prima facie* contrária à ordem pública. Este pressuposto constituía assim um pré-requisito para que a sentença pudesse ser examinada por um tribunal estadual quanto aos restantes fundamentos de recusa de reconhecimento e execução. Como veremos adiante, a Convenção de Nova Iorque de 1958 adotou, metodologicamente, o critério oposto. Só é de conhecer da ordem pública, bem como da questão da arbitrabilidade da sentença arbitral

⁽⁶⁾ Mais propriamente: Convenção de Genebra sobre a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, de 26 de Setembro de 1927.

estrangeira em conformidade com o seu art. V, número 2., se ela não for de recusar ao abrigo do número 1. deste artigo.

8.2. *Convenção de Nova Iorque de 1958*

Após a II Guerra Mundial e a criação de novas condições económicas para o comércio internacional, cedo se verificou que a Convenção de Genebra de 1927 já não correspondia às novas necessidades.

Novamente, a CCI preparou um projeto para uma nova convenção. Do seu congresso, que teve lugar em Lisboa em 1951, resultou o projeto que, após um encontro da Comissão de Arbitragem Internacional da CCI, que teve lugar em 13 de Março de 1953, foi aprovado.

A CCI propôs de seguida o projeto ao Conselho Económico e Social da ONU.

Ele começou por conceber a *sentença arbitral internacional* de um modo completamente independente das leis nacionais de cada estado, por forma a permitir que ela pudesse ser reconhecida e executada em todos os países.

Entre outros fundamentos, que essencialmente correspondem aos fundamentos de recusa que vieram a ser posteriormente adotados pela Convenção, o art. IV do projeto da CCI previa que o reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral seriam recusados *ex officio* se fossem contrários à ordem pública do estado em que se pretendia obter aqueles efeitos.

Neste projeto, e como se disse no início deste capítulo, a conformidade com a ordem pública do estado recipiente deixou de ser uma condição prévia de reconhecibilidade, como sucedia na Convenção de Genebra de 1927, para passar a constituir um fundamento de recusa próprio e subsidiário.

Igualmente, não reproduziu a expressão caracterizadora da ordem pública adotada pela Convenção de 1927, que consistia na relevância dada aos *princípios da lei* do estado no qual se pretendia obter o reconhecimento.

Todavia, ficou por dar, quer no projeto quer na própria Convenção de 1958, e fruto das divergências entre as posições assumi-

das por delegados de certos estados participantes nos trabalhos preparatórios, um conceito de ordem pública que harmonizasse a sua interpretação. Ao invés, preferiu-se uma expressão lata de *ordem pública* sem especificação ou indiciação do seu conteúdo. Os trabalhos da comissão *ad hoc* organizada, então, pelo Conselho Económico e Social da ONU foram inconclusivos sobre este importante tema, apesar de denotar perfeita consciência dos riscos de uma formulação genérica de *ordem pública* (*public policy*) sem ser melhor caracterizado o seu conteúdo e significado.

O representante da Índia expressou, aliás, a posição de que nela deveriam ser incluídos os princípios inerentes ao conceito de justiça natural e que nem todos os casos de ilegalidade se deveriam considerar violadores da ordem pública.

O representante da Suécia exprimiu a ideia contrária de que a exceção de ordem pública apenas deveria ser aplicada aos casos óbvios de violação, sublinhando ainda que qualquer posição tendente a alargar, como a posição do representante da Índia sugeria, para além do conceito de ordem pública em si, a possibilidade de recusa de reconhecimento e execução a outros casos de ilegalidade, seria inaceitável e contrária a uma longa tradição continental europeia do que é a ordem pública para o efeito do reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras.

Acrescentou, que um contrato deverá mostrar-se, no domínio da legalidade, em conformidade com a lei do estado em que foi celebrado ou a cuja lei foi subordinado por vontade das partes (*lex contractus*), mas não em conformidade com a lei do estado no qual se pretende obter o reconhecimento e execução de uma sentença arbitral.

O representante escandinavo sustentou, ainda, na linha do ponto de vista continental europeu e contrariamente à posição sustentada por representantes de países não europeus, ou seja os estados compradores de bens ou serviços ou recetores de investimento direito estrangeiro, tais como a Índia e o Egipto, que deveria manter-se na nova convenção o disposto no art. 1.º, alínea e) da Convenção de Genebra de 1927, segundo o qual o tribunal solicitado a rever uma sentença estrangeira poderia examinar o contrato objeto deste, mas apenas nos casos de *manifesta* violação da ordem pública.

Assim, somente mediante o respeito desta regra poderia ser assegurada a finalidade da nova convenção, ou seja, a proteção do comércio internacional.

O presidente da Comissão finalmente concluiu pela existência de dois pontos de vista divergentes, tendo por isso determinado que se constituíssem duas sub-comissões encarregadas de preparar dois textos diferenciados.

Um outro ponto foi objeto de controvérsia na Comissão: a questão de incluir ou não a referência aos *princípios da lei*.

Alguns representantes, tal como o do Reino Unido, acentuaram que não existia esse conceito no Direito Inglês.

O representante sueco acentuou, por sua vez, que a expressão *contrário à ordem pública* tinha um sentido mais restrito do que a expressão *contrário à legislação nacional ou contrário aos princípios básicos nos quais uma lei nacional é baseada*.

Outros representantes acentuaram, por seu turno, que *ordem pública* e *princípios da lei* eram uma e a mesma coisa.

Exprimiam-se deste modo os representantes de certos países que pretendiam dar aos tribunais dos estados recipientes de uma sentença arbitral estrangeira poderes mais amplos de recusa, especificamente certos estados não europeus, enquanto outros, sobretudo do continente europeu, pretendiam restringir esses poderes.

Finalmente, em 15 de Março de 1955, com o voto favorável de sete membros da Comissão *ad hoc* e uma abstenção, foi aprovado o projeto.

Após isso, o projeto foi submetido a comentário dos estados membros da ONU e, após isso, à decisão de uma conferência final ocorrida em 1958.

No decurso desse período, vários estados comentaram a propósito dos conceitos *princípios da lei* e *ordem pública*. Uma proposta, que havia sido feita pelo representante sueco e que tinha merecido generalizado apoio, se bem que não unanimidade, tentou fundir o conceito de *princípios da lei* com ordem pública mediante a inclusão, entre parêntesis, da expressão *ordre public* a seguir à expressão *principles of the law*, isto é, *principles of the law (ordre public)*.

O representante da Nova Zelândia sublinhou que *principles of the law* para os efeitos da caracterização da ordem pública era demasiado lato mesmo no Direito inglês e que por isso deveria ser restringido, devendo limitar-se aos princípios *fundamentais* da lei.

Esta inclusão restritiva tinha, aliás, já sido acolhida pela Comissão, bem como a expressão *claramente incompatível*.

Deve dizer-se que na versão da Comissão, relativamente ao projeto inicial da CCI, existe uma clara diferença que se revela importante na interpretação do texto final da Convenção de Nova Iorque. Na verdade, na versão em língua inglesa da Convenção deixou de constar a expressão provinda do projeto da CCI, segundo o qual a sentença arbitral *shall be refused* (deve ser recusada) pelo tribunal recipiendo, passando a estipular o texto da Comissão que é da opção do tribunal recipiendo recusar ou não (*may refuse*) o reconhecimento e a execução.

Complementarmente, estipula aquele texto que o reconhecimento e a execução somente podem ser recusados com os fundamentos tipificados no art. IV do projeto, que corresponde ao art. V do texto final da Convenção, o que também claramente evidencia a posição da Comissão no sentido de pretender, de forma aberta, obter o maior número possível de reconhecimentos de sentenças arbitrais.

Os comentários ao projeto da Comissão providos de vários estados membros da ONU e de outras organizações confirmaram a divisão de posições e a diferente terminologia conceptual existente entre os vários participantes na Conferência. O texto, em várias línguas oficiais, que não incluiu a língua portuguesa, é o que conhecemos, não tendo sofrido qualquer alteração até hoje.

A aprovação do texto da Convenção pela Conferência, em Junho de 1958, no seio das várias posições em confronto de que adiante, em 8.4., se dará melhor conta a propósito do modo como a jurisprudência dos tribunais de vários estados tem interpretado o conceito de ordem pública, denota claramente uma posição restritiva na interpretação desse conceito por parte da Conferência de modo a facilitar o mais possível, na prática, o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras por todo o Mundo.

O presidente da Conferência, o Senhor Schurmann, disse textualmente na cerimónia da assinatura que:

It was still too early to tell whether the instrument prepared by the Conference would serve the ends of trade and justice. That would only be shown by experience. However, it was already apparent that the document represented an improvement on the Geneva Convention of 1927. It gave a wider definition of the awards to which the Convention applied; it reduced and simplified the requirements with which the party seeking recognition or enforcement of an award would have to comply; it placed the burden of proof on the party against whom recognition or enforcement was invoked; it gave the parties greater freedom in the choice of the arbitral authority and of the arbitration procedure; it gave the authority before which the award was sought to be relied upon the right to order the party opposing the enforcement to give suitable security. Nevertheless the actual situation would not be really improved until a large number of States had ratified the Convention or acceded to it.

8.3. Interpretação da Convenção de Nova Iorque de 1958 (art. V (2) (b))

Os estados membros da Convenção, de acordo com o compromisso assumido em resultado da sua assinatura e em conformidade com a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 23 de Maio de 1969, e, bem assim, os princípios do Direito Internacional Público, devem interpretá-la e executá-la com observância das regras da boa fé e o significado comum dos textos dos tratados e convenções, no contexto e à luz do seu objeto e finalidade.

Assim, a interpretação correta da primeira parte do art. III da Convenção de Nova Iorque implica para os estados membros a obrigação internacionalmente assumida de reconhecer e executar uma sentença arbitral estrangeira, a não ser que o art. V da Convenção excecionalmente lhe permita o contrário.

No direito continental europeu (*civil law countries*), o direito excecional deve ser interpretado de modo restrito, não sendo permitida a interpretação extensiva ou analógica. Todavia, neste carácter

restritivo da interpretação do direito excepcional não estão definidos os limites da interpretação, dela própria. Assim, coloca-se a questão de saber o que significa isso e que extensão lhe é permitida?

De acordo com as regras interpretativas e tendo, designadamente, em conta os comandos da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, é, em primeiro lugar e sobretudo, necessário procurar a interpretação do art. V da Convenção de Nova Iorque à luz do objeto e finalidade desta Convenção.

Deve sublinhar-se, antes de mais, que a interpretação e o âmbito da *ordem pública* prevista no citado art. V, número 2, alínea b), é a do estado recipiende e não qualquer outra, no respeito pela soberania dos estados aderentes à Convenção. Assim, importa perscrutar, desde logo previamente e dentro das condicionantes próprias relevantes do Direito Internacional Público e do contexto e propósito da Convenção de Nova Iorque, como se interpreta aquele art. V, número 2., alínea b).

O seu texto é linearmente claro e explícito: os estados membros *devem* reconhecer e executar uma sentença arbitral estrangeira.

O sentido mais correto desta obrigação é o seguinte: os estados membros devem reconhecer e executar uma sentença arbitral estrangeira, mas *podem* recusá-lo, ou seja, não devem, não estão obrigados, a recusar o reconhecimento e execução quando ocorra uma das situações em que a recusa é permitida pela Convenção; mas a suceder caso de recusa, ela só é permitida nos termos excepcionais tipificados no art. V, n.º 1 e, como se disse, a acrescer, *podem* fazê-lo, sempre se assim o entenderem, nos termos do número 2., alíneas a) e b), do mesmo art. V.

Isto significa, em síntese, que é a ordem pública do estado recipiente a que é chamada a testar a observância da sua própria ordem pública e não a de qualquer outra ordem pública de outro estado, seja ela a lei do estado em que teve lugar a arbitragem e cuja lei arbitral (*lex arbitri*) foi a aplicada, seja qualquer outra lei, tal como poderia ser eventualmente o caso da ordem pública do lugar onde a convenção de arbitragem foi celebrada ou qualquer outra.

Mesmo, quando uma arbitragem internacional, ou seja, segundo a lei portuguesa, aquela em que estão em jogo interesses

do comércio internacional, tenha tido lugar num estado onde se pretenda igualmente que seja executada a sentença arbitral respectiva, não se trata de aplicar a ordem pública desse estado para os efeitos do reconhecimento e execução. O art. 54.º da LAV resolveu a questão, considerando-a uma arbitragem que tem lugar em Portugal (ver os arts. 61.º e 54.º da LAV, combinados). Por isso, não deixará, se tiver sido aplicado direito não português ao fundo da causa, de aplicar o art. 46.º para o efeito da sua declaração de nulidade mas em que, em lugar de ser chamado à colação o número 3., alínea *b*), subalínea *ii*), deve antes ser observado o regime do art. 56.º, número 1., alínea *b*), subalínea *ii*), tal como estatui o mencionado art. 54.º.

A Convenção é sobre este ponto clara. Não visa obter uma harmonização do conceito de ordem pública, porque evitou a questão de saber qual o conteúdo de uma ordem pública universal. Cada ordem pública de cada estado membro ou não membro pode naturalmente divergir na definição ou caracterização do conceito, conteúdo e extensão da sua ordem pública, pois o reconhecimento e execução pelos tribunais dos estados é matéria da sua soberania⁽⁷⁾.

No entanto, resulta claro dos trabalhos preparatórios da Convenção e, acima de tudo, da sua finalidade de proteção e desenvolvimento do comércio internacional que a sua interpretação impõe aos estados dela subscritores um sentido restritivo da exceção de ordem pública e não um sentido amplo, liberal, irrestritivo que autorizasse a recusa do reconhecimento e execução ao abrigo de um qualquer conceito lato de ordem pública.

Citando, a propósito, o Professor Karl-Heinz Böckstiegel⁽⁸⁾:

- o que é considerado parte da ordem pública num determinado estado baseada no seu sistema económico, político, religioso ou social, pode não ser parte da ordem pública de um estado com um sistema diferente;

(7) Ver a propósito AUDLEY SHEPHERD, in *Public Policy and the Enforcement of Arbitral Awards: Should there be a Global Standard?* Transnational Dispute Management, Vol. I, Issue 1, fls. 17.

(8) Em *Public Policy as a Limit to Arbitration and its Enforcement*, IBA Journal of Dispute Resolution, 123, § 2.

- mesmo a ordem pública de cada estado membro da União Europeia pode diferir de outro estado membro. Isto estava, aliás, expressamente previsto no art. 27.º, número 1., da Convenção de Bruxelas sobre a Competência e o Reconhecimento e Execução de Sentenças (judiciais) em Assuntos de Natureza Civil e Comercial, de 1968, hoje substituída por um Regulamento comunitário;
- os valores e padrões das comunidades não são estáveis, mas variam e desenvolvem-se de tempos a tempos. Assim, pode variar também, conseqüentemente, a sua ordem pública;
- em todos os estados, as normas jurídicas codificadas refletem em geral as convicções e valores da comunidade a que pertencem. Outras leis pertencentes a outras comunidades, bem como as decisões arbitrais proferidas ao abrigo destas leis podem ofender os padrões domésticos fundamentais de outra comunidade, motivo por que se requer manter intactos estes valores.

Em síntese e como já deixámos dito anteriormente, apenas um teste restritivo às leis e sentenças arbitrais estrangeiras é permitido a cada estado membro da Convenção de Nova Iorque, dado que é natural que haja divergências nas leis e na ordem pública de estado para estado. Apenas os valores fundamentais que integram a ordem pública relevante para o efeito, a que a LAV denomina, e bem, ordem pública internacional do estado (no nosso caso, naturalmente do Estado português) são relevantes.

Igualmente, por isto mesmo, o conteúdo da ordem pública internacional de um determinado estado não é, integral e coincidentemente, o mesmo que a lei interna, imperativa ou não, desse estado.

Têm conteúdos diferentes, quer na sua génese, quer sobretudo na sua extensão, embora ambas integrem a ordem jurídica do mesmo estado. Ordem pública constitui apenas uma parte da ordem jurídica. A lei interna é constituída por todo o seu direito positivo. Ao invés, como já foi repetidamente dito, integram a

ordem pública internacional tanto certas e específicas normas de direito positivo, como princípios básicos de direito e valores essenciais com relevância jurídica pertencentes a uma comunidade política e socialmente organizada e traduzidos em sentimentos idiossincráticos dessa comunidade, com ou sem expressão ou inclusão numa norma de direito positivo.

De notar que até mesmo na Convenção de Genebra de 1927 o conceito de ordem pública era naturalmente mais restrito do que o conceito de lei interna.

De salientar, igualmente, que *os princípios de direito* que na discussão do projeto da CCI que esteve na origem da Convenção de Nova Iorque, bem como no projeto da Comissão *ad hoc*, foram motivo de divisão entre a corrente dos países emergentes que se mostraram a favor da sua inclusão no conceito de ordem pública (*public policy*) e a corrente contrária dos países continentais europeus no sentido de não fazerem parte constituem, ainda hoje, motivo de alguma controvérsia.

A propósito, no debate do projeto da Comissão *ad hoc* foi proposto pela Índia e por Israel que se considerassem abrangidos no conceito de ordem pública e, assim, que a homologação de uma sentença arbitral pudesse ser recusada, os casos de ilegalidade, nulidade, anulabilidade e violação da moralidade pública. Esta proposta foi totalmente rejeitada. O Secretário-Geral salientou, a propósito, que o reconhecimento e a execução só podem ser recusados se isso for necessário para assegurar o respeito pelos direitos básicos ou essenciais do estado recipiente da sentença arbitral com a violação da sua ordem pública internacional.

O representante holandês Peter Sanders afirmou a propósito:

Um dos objetivos da Convenção de Nova Iorque consiste em limitar o controlo pelos tribunais nacionais, quando solicitados a executar uma sentença arbitral estrangeira, a certos fundamentos específicos enumerados na Convenção. Aquele controlo deve ser limitado o mais possível.

Noutro domínio, certos estados participantes na Conferência que aprovou o projeto da Convenção, bem como posteriormente alguns comentadores, o uso do verbo *may* na versão inglesa da Convenção significaria que os tribunais nacionais podiam conside-

rar não exclusivo e limitado ao restrito conceito de ordem pública a possibilidade de recusa baseada no art. V, número 2., alínea *b*), ou seja, não seriam taxativos os fundamentos de recusa estabelecidos no art. V da Convenção.

O verbo *may* foi mantido, todavia, não para permitir o sentido amplo do preceito, mas exatamente para significar, apenas, como já antes se deixou dito, que os tribunais nacionais podem, se assim entenderem, conceder a homologação mesmo quando se verifica um caso de violação da sua ordem pública. A ocorrência desta violação não impõe, por conseguinte e necessariamente, a recusa de homologação.

Todavia, é entendimento generalizado de que um estado membro pode, na sua legislação interna, substituir o sentido do verbo *may* pelo verbo *must*, ou seja o sentido de *pode* pelo sentido de *deve*, dado que a Convenção dá aos estados membros liberdade na definição do conteúdo e alcance da sua ordem pública internacional, com as únicas limitações do (1) dever de garantir o respeito pela finalidade da Convenção que consiste em assegurar o respeito pela liberdade do comércio internacional e a interdição da criação de obstáculos desnecessários ao seu curso normal e (2) o dever de respeitar todas as restantes disposições da Convenção.

Em conclusão, muito embora a redação final do art. V, número 2., alínea *b*), se refira, para a sua aplicação, simplesmente à sentença arbitral, cujo reconhecimento ou execução sejam ... *contrários à ordem pública* ..., isso não significa que esta expressão tenha ou possa ter um sentido lato. Pelo contrário, quer pela finalidade da Convenção de facilitar a execução e, assim, previamente permitir a homologação de um maior número possível de sentenças arbitrais estrangeiras, quer pela universalização desse propósito mediante a abertura da Convenção a todos os estados membros da ONU e, até mesmo, segundo o art. I, número 1., esclarecida que fica a sua interpretação no seu número 3., o reconhecimento e execução nos termos da Convenção por um estado membro de sentenças arbitrais estrangeiras proferidas em estados não membros não deve ser recusada, a não ser que o estado aderente à Convenção tenha feito expressamente a reserva, no ato da adesão, de que só a aplicará a sentenças proferidas em estados membros.

Foi, aliás, este o caso de Portugal, como se sabe (Ver Diário da República, n.º 156, I Série-A, de 8.7.1994).

Por último, a aprovação massiva da Convenção por muitos estados participantes na conferência final denota igualmente o carácter pacífico do sentido restrito que deve ser dada à interpretação do art. V, número 2., alínea *b*), atentos os trabalhos preparatórios da Comissão *ad hoc* amplamente nesse sentido e de que já demos conta neste artigo. Na verdade, o preceito foi aprovado, sem mais considerações, por 32 votos, contra 1 voto e 4 abstenções.

Igualmente nos trabalhos preparatórios e na Conferência que aprovou a Convenção ficou bem exposto, pela posição assumida por muitos estados, o significado da expressão *interpretação restritiva* da Convenção. Ela significa que nem toda a violação da lei do estado recipiente por uma sentença arbitral estrangeira significa violação da ordem pública deste estado. Até mesmo é normal que muitas leis sejam diferentes de estado para estado. Por isso mesmo, a Conferência aprovou a supressão, na redação do projeto do art. V, número 2., alínea *b*), da expressão *violação da lei* como fundamento próprio de recusa de homologação. Isto foi intencionalmente feito para vincar claramente a finalidade da Convenção, cujo alcance deve ser entendido com prevalência sobre as ordens jurídicas dos estados chamados a homologar uma sentença arbitral estrangeira.

A delegação do Reino Unido propôs mesmo a eliminação no texto da Convenção de qualquer referência aos *princípios da lei* como elemento suscetível de fundamentar uma recusa de homologação.

Assim, somente nos casos em que a homologação se revele ofensiva da ordem pública internacional do estado a quem seja solicitada a homologação se pode concluir pela existência de violação da ordem pública. Assim, em rigor, até mesmo a violação dos *princípios da lei* deve ser excluída como o atesta o facto de persistentemente se ter recusado nos trabalhos preparatórios a sua inclusão como fundamento de recusa de homologação.

Deve observar-se, a finalizar, que a redação do número 2 do art. V da Convenção, ao incluir o advérbio *igualmente* no início do seu texto inculca a ideia de que apenas no caso de não caber a

recusa de homologação baseada em qualquer dos casos previstos no número 1. do art. V cabe o recurso ao disposto no número 2.

Tal como foi sublinhado por um delegado, o Sr. de Sydow, a divisão em dois números do preceito constante então do art. IV do Projeto, hoje art. V da Convenção, visava separar os casos para cujo conhecimento se tornava necessário à parte requerida da homologação alegar expressamente e provar os fundamentos de recusa previstos no número 1. dos dois casos do número 2. em que o conhecimento é oficioso pelo tribunal em que é requerida a homologação.

8.4. *Direito Comparado*⁽⁹⁾

O modo como a Convenção de Nova Iorque tem sido interpretada em certos estados aderentes, que são representativos dos países que mais se têm dedicado à arbitragem ou pelo que representam dentro dos dois grandes sistemas jurídicos predominantes no Mundo, o sistema do direito civil de origem continental europeia e o sistema de *common law* de origem inglesa, é o trabalho que vai ser feito neste subcapítulo.

Pode-se afirmar, numa primeira análise, que a Convenção de Nova Iorque tem sido geralmente interpretada e aplicada, seja no sistema de direito civil, seja no sistema de *common law*, de forma concordante com a sua finalidade e, igualmente, de acordo com os seus trabalhos preparatórios que foram anteriormente desenvolvidos neste artigo.

As diferenças mais significativas entre os dois sistemas, contudo sem prejudicar aquela finalidade da Convenção e as conclusões dos trabalhos preparatórios, consistem na utilização de certos conceitos jurídicos na tentativa de definição da ordem pública (*public policy* em língua inglesa), que são desconhecidos no outro sistema jurídico, mas que, na prática, conduzem ao mesmo resultado.

⁽⁹⁾ Constituiu ajuda para a elaboração desta parte do artigo, no que respeita à recolha de alguma jurisprudência estrangeira, a obra do DR. ANTON G. MAURER, *The Public Policy Exception under the New York Convention*, Nova Iorque 2012.

No entanto, deve observar-se que a jurisprudência de muitos estados, sobretudo europeus, adota um critério de decisão simplesmente restritivo, mas outra jurisprudência, como é o caso da norte-americana, canadiana e japonesa, entre outras, seguem um critério super restritivo.

O primeiro grupo inclui na interpretação e aplicação da reserva de ordem pública internacional as sentenças arbitrais estrangeiras que se mostrem, sem mais, violadoras da ordem pública internacional do seu estado.

Ao contrário, o segundo grupo tende a conceder o reconhecimento e execução, mesmo que o conteúdo da sentença possa ofender a sua ordem pública internacional com o argumento de que não compete aos seus tribunais julgar uma segunda vez uma sentença arbitral estrangeira, dado que competia à parte interessada submeter a sentença aos tribunais estaduais locais para apreciação da sua validade e não aos tribunais do reconhecimento que não têm competência na matéria.

Esta segunda posição jurisprudencial, se bem que confirme a liberdade que a Convenção de Nova Iorque concede aos estados membros de interpretarem e aplicarem os seus dispositivos normativos, podendo conceder o reconhecimento e execução mesmo quando a sentença seja contrária à sua ordem pública internacional, mostra-se, porém, desfocada do texto e da intenção da Convenção, pois a *ordem pública* a que se refere o art. V, número 2., alínea b), da Convenção de Nova Iorque é a do estado recipiente e não a do estado em que foi proferida a sentença arbitral.

Por razões de mera ordenação sistemática, dividamos, o estudo que agora iniciamos, entre, por um lado, os estados pertencentes ao sistema do direito civil, que inclui os países continentais europeus, os países da América Latina e os estados africanos de colonização continental europeia, bem como certos países do Continente asiático que adotaram o sistema de direito civil, e, por outro lado, os estados que adotaram o sistema do *common law*, como é o caso do Reino Unido e dos países de colonização ou cultura jurídica anglo-saxónica.

Deve esclarecer-se, porém, que não é totalmente uniforme, sobretudo nos países de direito civil, a tentativa de caracteriza-

ção dos elementos que entram na definição do conteúdo de ordem pública, dado que alguns deles — mais avançados no estudo da ordem pública — adotam certos conceitos que ainda não foram seguidos totalmente noutros estados da mesma família jurídica.

Por fim, deve mencionar-se ainda nesta nota introdutória que os países emergentes, ou seja os estados compradores de bens e serviços ou recetores de investimento e tecnologia estrangeiras, tendem a adotar um conceito lato, não restrito, de ordem pública que não corresponde ao entendimento geralmente aceite do que é a ordem pública na Convenção de Nova Iorque.

São os casos paradigmáticos, entre outros, da Índia, da Federação Russa e, até certo ponto, da China.

Como se verá adiante no subcapítulo 8.5, a LAV de 2011 colocou Portugal nos estados da linha da frente, mais moderna, da definição, no nosso país, do conceito de ordem pública e da caracterização do seu conteúdo.

Vejam, estado a estado, os principais aspetos da matéria enunciada, começando pelos países do sistema civilístico.

A. Estados de raiz civilística

França

O art. 1514.º do novo Código de Processo Civil, em vigor desde 1 de Maio de 2011, estabelece:

Uma sentença arbitral será reconhecida e executada em França se a parte que o pretenda puder provar a sua existência e desde que o reconhecimento e execução não seja manifestamente contrário à ordem pública internacional.

a) Requisitos da sentença arbitral

Para o reconhecimento de uma sentença arbitral doméstica proferida em França o requisito pode ser mais latamente interpretado, requerendo-se apenas que ela não viole a *ordem pública, tout court*. O requisito para uma sentença estrangeira é antes o de que a

sentença não se mostre *manifestamente* contrária à *ordem pública internacional do Estado francês*.

b) Violação das leis da concorrência

Anteriormente ao novo CPC, que reformou as disposições relativas à arbitragem, já se havia decidido na Cour d'appel de Paris, no caso *Thalès Air Defence BV vs. GIE Euromissile*, de 18 de Novembro de 2004, que uma violação da ordem pública internacional do Estado francês deve ser *flagrante, efetiva, real e concreta* o que não sucedia, segundo aquele tribunal, na questão *sub judice*, apesar de se tratar de um caso de alegada violação das normas disciplinadoras da concorrência que, aliás, o Tribunal de Justiça Europeu, no caso *Eco Swiss China Time, Ltd. vs. Benetton International*, já havia antes considerado integrante da ordem pública de todos os países comunitários.

Todavia, no caso *SNF SAS vs. Netherland Cytec Industries BV*, o mesmo tribunal francês, num aresto de 23 de Março de 2006, havia dito que as questões de concorrência integram a ordem pública internacional francesa, reafirmando, no entanto, que, para que a sentença arbitral seja exequível, o interessado terá de alegar e provar que a violação da ordem pública é flagrante, efetiva, real e concreta.

A Cour d'appel, neste aresto, afirmou que são de ordem pública internacional as leis comunitárias da concorrência dos países comunitários, mas acentuou que compete aos tribunais nacionais fixar os limites dentro dos quais controla efetivamente uma sentença arbitral estrangeira.

c) Ordem pública interna e ordem pública internacional francesa

Os tribunais franceses têm assim, nos arestos transcritos e também noutros, afirmado que a não conformidade do decidido numa sentença arbitral estrangeira com a ordem pública interna francesa não é o mesmo e não constitui violação da ordem pública internacional francesa, ou seja as normas e os valores fundamentais do direito francês quando aplicável num contexto internacional.

Essa desconformidade com a ordem pública interna, que não se revele em contradição com a ordem pública internacional francesa, não constitui, por conseguinte, motivo de recusa de reconhecimento e execução de uma sentença arbitral estrangeira.

d) Violação pelos árbitros de deveres essenciais

Em 24 de Junho de 1994, a Cour d'appel de Paris decidiu recusar o reconhecimento e execução de uma sentença arbitral proferida em Itália por ter concluído que um dos árbitros tinha aceite o encargo de integrar o painel de árbitros em duas arbitragens paralelas, uma que teve lugar em Itália e outra em França (caso conhecido por *Excelsior Film TV, srl vs. UGC-PH*)⁽¹⁰⁾. Concluiu que o árbitro em causa tinha cometido uma grave deslealdade, porque violou o princípio da confidencialidade do processo arbitral, transpondo ou podendo transpor para um processo arbitral o que conhecia ou podia conhecer sobre factos e questões de direito no outro processo arbitral.

Submetido este aresto a recurso na Cour de cassation, julgou-o improcedente e confirmou a decisão da Cour d'appel de Paris por entender que tinha existido, na realidade, violação de *due process* (i.e. o processo arbitral não se mostrou conforme à lei do país onde a arbitragem teve lugar). Na LAV, ver a disposição correspondente no art. 56.º, número 1., alínea *a*), subalínea *iv*).

e) Prolação da sentença arbitral fora de prazo

No caso *Dubois & Vanderwalle vs. Boots Frites BV*, julgado também na Cour d'appel de Paris⁽¹¹⁾, foi submetido a este tribunal um pedido de recusa de reconhecimento de uma sentença arbitral estrangeira com fundamento, igualmente, em violação de normas processuais arbitrais pelo facto de a sentença arbitral não ter sido proferida no prazo de três meses acordado pelas partes, mas sim um mês mais tarde do seu termo. Aquele tribunal entendeu que esse facto violou a ordem pública internacional do Estado francês,

⁽¹⁰⁾ Ver Yearbook of Commercial Arbitration, Vol. XXIV (1999), pp. 643 e segs.

⁽¹¹⁾ Ver Yearbook of Commercial Arbitration, Vol XXIV (1999) § 1, p. 641.

pois os árbitros, decorrido o prazo estipulado pelas partes, deixaram, *ipso facto*, de deter poderes para proferir a sentença arbitral, cometendo assim um ato abusivo que é violador da natureza contratual da arbitragem. Transcrevendo, disse o tribunal:

O prazo estabelecido pelas partes ..., para que os árbitros cumpram o seu encargo, não pode ser por eles alargado, dado que este princípio pertence à ordem pública, quer doméstica quer internacional, e é inerente ao carácter contratual da arbitragem.

Alemanha

O Supremo Tribunal Federal (Bundesgerichtshof) tem sublinhado que a lei alemã distingue entre ordem pública interna e ordem pública internacional. A primeira significa o conjunto das normas imperativas da lei aplicável (o *jus cogens*) que não depende na sua aplicação da vontade das partes.

Essas leis não integram necessariamente a ordem pública internacional do Estado alemão. Esta última compreende, apenas, a parte das normas imperativas da lei alemã que necessariamente se sobrepõem a qualquer lei estrangeira, cuja aplicação seja conflituante com aquelas normas imperativas do direito alemão e que são baseadas nos princípios fundamentais ou essenciais da comunidade germânica.

Tem sublinhado ainda, por isso mesmo, que nem todas as normas da lei estrangeira que se desviam do que as normas imperativas do direito alemão estabelecem representam uma violação da ordem pública internacional alemã.

Numa decisão de 18 de Janeiro de 1990, o Supremo Tribunal Federal afirmou:

O reconhecimento de sentenças arbitrais não conduz necessariamente a um resultado manifestamente irreconciliável com qualquer princípio fundamental do Direito alemão.

Acrescentou:

O que é requerido para recusar o reconhecimento é uma violação da ordem pública internacional alemã. O reconhecimento de uma sen-

tença arbitral estrangeira é baseada em disposições legais menos exigentes do que as normas que regulam as sentenças arbitrais domésticas.

Aquele tribunal, confirmando esta jurisprudência, tem afirmado repetidas vezes que apenas graves violações podem fundamentar uma ofensa da ordem pública internacional alemã⁽¹²⁾. Tais como:

a) *Requisitos da violação da ordem pública internacional alemã*⁽¹³⁾

Num aresto de 1986, o Supremo Tribunal Federal ajuizou que uma sentença judicial estrangeira viola princípios fundamentais do direito processual alemão quando, de modo grave, não possa dizer-se que cumpre as mais fundamentais regras do direito alemão.

A expressão ordem pública alemã deve ser interpretada num sentido restritivo no interesse do comércio internacional e tendo em atenção que o interesse nacional em assuntos desta natureza está limitado apenas a questões de execução da sentença no território nacional.

O mesmo regime — acrescentou — é de aplicar a uma sentença arbitral estrangeira⁽¹⁴⁾.

O reconhecimento de uma sentença arbitral estrangeira somente pode ser recusado, em matéria processual, se o processo arbitral tiver sofrido uma violação grave que seja intolerável face aos princípios fundamentais do estado e da vida económica⁽¹⁵⁾.

Segundo a jurisprudência do mesmo alto tribunal, os factos que podem justificar a anulação de uma sentença arbitral doméstica não provocarão necessariamente a recusa de homologação de uma sentença arbitral estrangeira⁽¹⁶⁾. Nem toda a violação dos

⁽¹²⁾ Ver BGHZ 55, p. 75, que se refere, por sua vez, aos BGHZ22, p. 162; p. 249; 30, p. 89; e 46, p. 365.

⁽¹³⁾ Ver BGHZ 98, p. 73.

⁽¹⁴⁾ Ver BGHZ 98, p. 74.

⁽¹⁵⁾ Ver BGHZ 55, p. 175.

⁽¹⁶⁾ Como se sabe, ao invés, na LAV os conteúdos da ordem pública na anulação de uma sentença arbitral na arbitragem interna e na homologação de uma sentença arbitral estrangeira são os mesmos, embora possam ser interpretados e executados de modo relati-

princípios da ordem pública são fatais para uma sentença arbitral estrangeira.

Por sua vez, o tribunal de recurso de Frankfurt⁽¹⁷⁾ proferiu um aresto, em 16 de Outubro de 2008, no qual disse que o reconhecimento só pode ser recusado quando afeta os princípios essenciais de carácter jurídico e social e a vida económica da nação alemã, de tal forma que o resultado deva ser considerado inaceitável pela ordem jurídica alemã⁽¹⁸⁾, quer se trate da ordem pública substantiva quer da ordem pública processual.

Acrescentou: a incompatibilidade é evidente quando é flagrante e inquestionável.

b) Imparcialidade e independência dos árbitros

O Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, em 2001⁽¹⁹⁾, sobre esta matéria, concluindo que as consequências da falta de imparcialidade de um árbitro devem ser conhecidas, em primeira linha, em sede de ação anulatória perante os tribunais do lugar da arbitragem. Somente no caso de isso não ter sido possível ou ter sido tentado sem êxito, os tribunais de homologação alemães podem conhecer, em sede de ação de reconhecimento, que tais factos constituíram uma violação dos princípios fundamentais do direito alemão. E apenas será assim se se demonstrar que a atuação do árbitro em questão teve um impacto concreto na decisão arbitral em violação do princípio da administração imparcial da justiça⁽²⁰⁾.

c) Violação das leis da concorrência

O Supremo Tribunal Federal, na linha de outras decisões sobre a questão de saber se as leis da concorrência integram a ordem pública de um estado, sustentou que, efetivamente, a viola-

vamente diferente, dada a inclusão do advérbio *manifestamente* no texto do art. 56.º, número 1., alínea *b*), subalínea *ii*).

⁽¹⁷⁾ Ver “Oberlandesgericht Frankfurt”, de 16 de Outubro de 2008, in *Yearbook Arbitration*, Vol. XXXIV (2009), § 5, p. 530.

⁽¹⁸⁾ Ver BGH NJW 2002, 960, 96.

⁽¹⁹⁾ Ver *Yearbook of Commercial Arbitration*, Vol. XXIX (2004), p. 713.

⁽²⁰⁾ Ver *Yearbook of Commercial Arbitration*, Vol. XXIX, p. 713.

ção das leis da concorrência integram a ordem pública internacional alemã, mas para que tal suceda torna-se necessário que a decisão do tribunal arbitral viole os princípios fundamentais da ordem jurídica, económica ou social alemã de maneira óbvia e significativa que não permita considerá-la aceitável em conformidade com os princípios essenciais nacionais⁽²¹⁾.

d) Violação de requisitos de forma

Por seu turno, o mesmo Tribunal tem decidido uniformemente que a violação de requisitos de forma de um ato jurídico pode implicar a nulidade ou anulabilidade do ato em questão, mas essa matéria não integra a ordem pública internacional alemã porque esses requisitos não regulam questões essenciais de ordem económica ou social⁽²²⁾.

e) Interdição da revisão de mérito da sentença arbitral estrangeira pelos tribunais nacionais

O tribunal de recurso de Celle decidiu não existir violação da ordem pública internacional alemã numa sentença arbitral, de 6 de Outubro de 2005, proferida no âmbito da Câmara de Comércio e Indústria da Federação Russa.

Sustentou aquele tribunal que a objetiva incorreção da sentença arbitral devido a uma errada interpretação e aplicação da lei, bem como uma incorreta fixação dos factos provados não constituem fundamento de recusa do seu reconhecimento, uma vez que o tribunal recipiando não pode conhecer do mérito da sentença. A acrescer, só existe violação da ordem pública internacional do Estado alemão quando a sentença viole uma norma que regula princípios básicos de justiça⁽²³⁾.

⁽²¹⁾ Ver BGH NJW de 1986, pp. 3027 e 3028; de 1998, pp. 2538 e segs. e NJW 2000, no. 30, pp. 2185 e 2186 no. 30.

⁽²²⁾ Ver Yearbook of Commercial Arbitration, Vol. XXXII (2007), § 10, p. 319.

⁽²³⁾ Ver BGH MDR 1999, p. 1281. E também in Oberlandesgericht (tribunal de recurso) in Yearbook of Commercial Arbitration, Vol. XXXIV (2009), p. 530.

f) Violação de normas processuais imperativas

Acrescentou ainda no caso aquele tribunal germânico, que o desvio da aplicação de normas imperativas de natureza processual não significa, sem mais, uma violação da ordem pública.

Em lugar disso, deve existir uma violação da ordem pública internacional do Estado alemão para que a sentença possa ser recusada (ver BGHZ 98, pp. 70 e segs.).

Assim, o reconhecimento de uma sentença arbitral estrangeira está sujeito a um regime mais restritivo do que a aceitação de uma sentença arbitral proferida numa arbitragem interna⁽²⁴⁾. A questão não pode ser vista à luz de se saber se um juiz alemão chegaria a uma conclusão diferente com fundamento numa norma imperativa do direito alemão. A questão é antes, e tão-somente, a de saber se existe uma violação de ordem pública internacional alemã, pois apenas isso é permitido à jurisdição dos tribunais alemães conhecer.

g) Custos excessivos da arbitragem

Igualmente o mesmo tribunal também se pronunciou sobre a decisão arbitral relativa aos custos de arbitragem e honorários de árbitros atento o seu alegado elevado montante e as possíveis consequências no campo do acesso à justiça, concluindo por considerar que tal facto não impede o reconhecimento de uma decisão arbitral estrangeira.

h) Interdição da apreciação dos fundamentos da sentença

Por vários tribunais germânicos tem sido sustentada a não permissão da apreciação pelo tribunal do reconhecimento e execução dos fundamentos da decisão da sentença arbitral estrangeira. Tal facto não pode constituir fundamento de recusa. Possíveis erros

⁽²⁴⁾ Como se disse antes neste artigo (ver número 6 *supra*), esta não é a posição da LAV, pois o conteúdo da *ordem pública internacional do Estado português* é o mesmo no art. 46.º, número 3., alínea b), subalínea ii) e no art. 56.º, número 1., alínea b), subalínea ii), embora possa ser aplicada mais restritivamente tratando-se da arbitragem internacional do que na arbitragem doméstica.

ou más decisões nesse capítulo devem ser aceites pelos tribunais solicitados a reconhecer a sentença.

Porém, a título exemplificativo, as questões relativas à imparcialidade dos juizes e árbitros face ao disposto no art. 85.º (hoje, art. 81.º) do Tratado de Roma constitui matéria de ordem pública internacional do Estado alemão, embora devam ser conhecidas em primeira linha pelos tribunais da *lex arbitri*. Se tal não tiver sucedido, ou se não tiver sido decidida a questão de modo compatível com a ordem pública internacional alemã, o tribunal de reconhecimento alemão deve fazê-lo em obediência às determinações da sua ordem pública internacional.

i) Falta de auto-verificação prévia de poderes pelo tribunal arbitral

Por sua vez, o tribunal de primeira instância de Munique entendeu, numa decisão de 20 de Junho de 1978, que a falta de verificação prévia por parte dos árbitros dos seus poderes para iniciar os procedimentos arbitrais, face às disposições sobre a matéria previstas na lei do lugar da arbitragem, constitui uma violação grave de ordem processual que impede o seu reconhecimento na Alemanha atento o disposto no art. V, número 2., (b) da Convenção de Nova Iorque⁽²⁵⁾.

j) Caducidade da convenção de arbitragem

Igualmente, o tribunal de recurso da mesma cidade, em 20 de Novembro de 2003, recusou o reconhecimento de uma sentença arbitral proferida na Rússia pelo facto de a sentença arbitral ter sido proferida após as partes terem resolvido o litígio por acordo, facto que se deveu à falta de informação dada pelas partes aos árbitros sobre a transação entre elas efetuada⁽²⁶⁾. A parte que, tendo-se conciliado com a contraparte, ainda assim pretende obter o reco-

⁽²⁵⁾ Ver Landesgericht Munich in Yearbook of Commercial Arbitration, Vol. V (1980), pp. 260 e segs.

⁽²⁶⁾ Ver Bayerisches Oberstes Landesgericht, Yearbook of Commercial Arbitration, Vol. XXXII (2004), pp. 771 e segs.

nhecimento da sentença arbitral, posteriormente proferida, abusa da confiança que a contraparte obteve com a celebração da transação no sentido de que o litígio havia terminado nas condições acordadas. Esta conduta é intolerável e viola grosseiramente os princípios básicos da justiça, confiança e da cooperação das partes com o tribunal arbitral, que são indispensáveis ao comércio internacional, pelo que viola a ordem pública internacional alemã.

l) Doutrina alemã sobre imparcialidade dos árbitros, incorreta constituição do tribunal arbitral e punitive damages

A posição da doutrina alemã sobre a violação pelos árbitros dos deveres de imparcialidade ou no caso de incorreta constituição do tribunal arbitral, bem como sobre a fixação de uma indemnização sancionatória (*punitive damages*), podem também constituir casos que justificam a recusa de reconhecimento por violação da ordem pública internacional alemã (Rolf Schütze, in *Schiedsgericht und Schiedsverfahren*, 3.^a ed. (1999), p. 137).

Áustria

a) Deliberações dos árbitros

Na jurisprudência deste país, a violação da ordem pública deve constituir uma violação dos fundamentos essenciais da ordem jurídica austríaca.

Num caso julgado pelo Supremo Tribunal austríaco (Oberster Gerichtshof)⁽²⁷⁾ foi decidido que não viola a ordem pública internacional do Estado austríaco a prolação de uma sentença arbitral, num processo administrado pela CCI, em que os árbitros não se reuniram *in personam* para deliberar a decisão e o presidente do tribunal arbitral não consentiu que os árbitros, num total de três, comunicassem entre si para tomar a deliberação final.

⁽²⁷⁾ Ver *Yearbook of International Commercial Arbitration*, Vol. XXXII (2007), pp. 259 e segs.

O Supremo Tribunal ajuizou que, muito embora fosse desejável que tivessem reunido para aquele efeito, em particular como foi o caso de uma deliberação que não foi obtida por unanimidade, os procedimentos da CCI permitiam, segundo o Regulamento de 1998, que a deliberação dos árbitros fosse exclusivamente tomada por correspondência ou por videoconferência, desde que esse tipo de procedimento não fosse interdito pela lei do lugar da arbitragem (*lex arbitri*).

A mera justeza do resultado negativo que pudesse resultar da falta de deliberação *in personam* dos árbitros não é motivo que justifica, só por si, a recusa do reconhecimento, dado o caráter particularmente excecional da violação da ordem pública internacional austríaca.

A jurisprudência e a doutrina austríacas entendem, por seu turno, que não existe, na lei arbitral da Áustria, distinção entre a arbitragem interna e a arbitragem internacional⁽²⁸⁾.

b) Questões de arbitrabilidade e ordem pública internacional

O Supremo Tribunal tem acentuado que o art. V, número 2, alínea *b*), da Convenção de Nova Iorque não determina que a arbitragem interna dos estados membros deva ter um regime legal diferente da arbitragem internacional regulada pela Convenção. Tem afirmado que é irrelevante que um determinado caso seja submetido a arbitragem segundo a lei austríaca ou a lei de qualquer país. As questões de arbitrabilidade resolvem-se, em primeira linha, face à lei do lugar da arbitragem e, eventualmente, em segunda linha e se tal vier a ser o caso, face à lei do estado requerido a reconhecer a sentença arbitral proferida, designadamente nos termos do disposto no art. V, número 2, alínea *a*), da Convenção. As questões de arbitrabilidade podem, eventualmente, constituir matéria do domínio da ordem pública de um estado.

⁽²⁸⁾ Como se sabe, esta é também a posição da LAV em Portugal no que respeita, obviamente, à arbitragem interna e à arbitragem internacional que tenha lugar em Portugal.

c) *Requisitos da violação da ordem pública internacional austríaca*

O mesmo alto tribunal ajuizou que a pedra de toque para se concluir se uma decisão arbitral estrangeira deve ser recusada é a sua incompatibilidade com os princípios essenciais, basilares, da ordem jurídica austríaca devido ao facto de a decisão arbitral ser fundamentada numa ordem legal que é totalmente irreconciliável com a ordem jurídica austríaca.

A reserva da ordem pública deve ser usada parcimoniosa e raramente, por forma a não perturbar a harmonia do sistema internacional de circulação e reconhecimento de sentenças arbitrais entre estados.

Os princípios essenciais da ordem jurídica austríaca encontram-se contidos nos princípios constitucionais, na lei criminal e também nalgumas disposições da legislação processual. Na maioria dos casos, não é a decisão arbitral em si, mas sim o resultado da execução da sentença arbitral que pode ser irreconciliável com a ordem jurídica nacional⁽²⁹⁾.

d) *Taxa de juro excessiva*

Baseado nestes requisitos, o Supremo Tribunal decidiu⁽³⁰⁾ que uma taxa de juro que poderia atingir anualmente uma cifra de 107,35% deve ser entendida como um abuso da autonomia da vontade e da liberdade contratual e como tal imoral face ao disposto no art. 879.º(1) do Código Civil austríaco, mas também face à ordem pública internacional do Estado austríaco, uma vez que os juros destinam-se a manter o valor do dinheiro, não podendo servir para constituir uma sanção pecuniária lesiva. Em consequência, o

⁽²⁹⁾ Deve notar-se que, no texto da LAV, art. 56.º, número 1., b), também é o resultado manifestamente incompatível emergente do reconhecimento e execução de uma sentença arbitral estrangeira que constitui o elemento relevante a ter em consideração e apreciação, o que é lógico, uma vez que o tribunal do reconhecimento não tem competência para apreciar o conteúdo da sentença arbitral estrangeira, devendo apenas preocupar-se com o impacto que a sua execução possa causar na sua ordem pública internacional.

⁽³⁰⁾ Ver Yearbook of Commercial Arbitration, Vol. XXX (2005), p. 435 e também em <<http://cisgw3.lad.pace.edu/cases/050126a3.html>>.

Supremo Tribunal decidiu conceder, apenas parcialmente, a homologação, entendendo que a parte relativa a juros não deveria ser reconhecida.

Itália

O art. 839.º do Código de Processo Civil prevê um regime de reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras de dupla fase: num primeiro momento, o interessado deve dirigir um pedido de reconhecimento e execução ao presidente do tribunal de segunda instância competente que, após examinada a regularidade formal da sentença arbitral estrangeira, sendo caso disso, declara a sua exequibilidade, salvo se a sentença arbitral contiver disposições *contrárias à ordem pública*.

Após esta fase, num segundo momento, a parte requerida é notificada para se opor, querendo. A oposição pode ser baseada em qualquer dos fundamentos previstos taxativamente no art. V da Convenção de Nova Iorque. Se tal não tiver sucedido ou a oposição for julgada improcedente, a decisão preliminar do presidente é confirmada.

O Supremo Tribunal pode conhecer oficiosamente dos fundamentos de recusa previstos no art. V, número 2., da Convenção (questões de arbitrabilidade e ordem pública).

a) Interdição da revisão de mérito da sentença arbitral estrangeira e erros de julgamento

A jurisprudência italiana tem insistentemente negado competência aos tribunais nacionais para rever o mérito das decisões arbitrais estrangeiras⁽³¹⁾. Assim, no caso *Vigel S.p.A vs. China National Machine Tool Corp.*, o Supremo Tribunal decidiu que o *error in iudicando* não constitui fundamento de recusa de uma sentença arbitral estrangeira.

(31) Ver Yearbook of Commercial Arbitration, Vol. XXXII (2007), p. 402.

O mesmo tribunal reconfirmou esta jurisprudência em novos acórdãos, datados de 17 de Março de 1982⁽³²⁾ e 3 de Abril de 1987⁽³³⁾, afirmando expressamente que a competência dos tribunais italianos na matéria do reconhecimento e execução apenas pode respeitar ao *dictum* (parte dispositiva da sentença arbitral), mas não aos fundamentos desta.

b) *Ordem pública interna e ordem pública internacional italianas*

Na lei italiana, tal aliás como sucede na LAV, distingue-se entre a ordem pública interna, que compreende todas as disposições imperativas da lei italiana, e a ordem pública internacional que compreende o corpo essencial e imperativo dos princípios da ordem jurídica italiana tal como definidos sucessivamente no tempo e que respeitam aos valores fundamentais éticos, sociais e económicos da comunidade nacional quando confrontados com uma ordem jurídica não italiana.

c) *Interdição da apreciação dos fundamentos da sentença arbitral*

No caso *SpA Abati Lagnami vs. Fritz Häupl*⁽³⁴⁾, a parte italiana sustentou que tinha sido violada a ordem pública internacional italiana numa sentença arbitral estrangeira sujeita a um pedido de reconhecimento com base numa alegada atuação de má fé da parte contrária por ter baseado a ação arbitral em factos erróneos e, ainda, num contrato que violou as leis locais do lugar da execução do contrato relativas ao controlo cambial.

O Supremo Tribunal entendeu que qualquer desses fundamentos não constituíam motivo de recusa e que o impugnante deveria antes ter discutido essas questões nos tribunais do lugar da arbitragem.

(32) Ver, *idem*, Vol. IX (1984), pp. 426 e segs.

(33) Ver, *idem*, Vol. XVII (1992), pp. 529 e segs.

(34) Ver, *idem*, Vol. XVII, (1992), pp. 529 e segs.

d) *Definição de ordem pública internacional italiana*

O tribunal de recurso de Milão referiu-se à ordem pública internacional do Estado italiano como sendo o corpo de princípios universais partilhado pelas nações dotadas de uma civilização semelhante ou afim, em vista da proteção dos direitos humanos fundamentais, frequentemente corporizado em declarações ou convenções internacionais⁽³⁵⁾.

e) *Falta de fundamentação da sentença arbitral estrangeira*

A análise da jurisprudência italiana revela que os tribunais italianos não têm considerado que a falta de fundamentação das sentenças arbitrais, bem como o facto de um tribunal arbitral ter sido apenas formulado por dois árbitros, constituíssem casos de violação da ordem pública internacional italiana.

Numa apreciação geral, a jurisprudência italiana tem-se mostrado muito favorável à arbitragem, aliás na linha da generalidade dos países europeus.

Espanha

a) *Interdição da revisão de mérito e definição da ordem pública internacional espanhola*

O Supremo Tribunal tem repetidamente afirmado que a homologação por um tribunal espanhol de uma sentença arbitral estrangeira assume natureza estritamente processual sem poder conhecer ou rever a decisão de mérito, a não ser no que seja estritamente necessário para assegurar que os princípios essenciais da ordem pública internacional do Estado espanhol sejam respeitados⁽³⁶⁾.

⁽³⁵⁾ Ver, *idem*, Vol. XXII (1997), p. 726.

⁽³⁶⁾ Ver <www.kluwerarbitration.com/document.aspx?id=KLI-KA-1052043-n>, in § 38.

b) *Requisitos da violação da ordem pública internacional espanhola*

Transcrevendo outra decisão do Supremo Tribunal em matéria de violação de normas ou princípios processuais essenciais da ordem pública internacional de Espanha⁽³⁷⁾.

Com base no caráter constitucional que hoje é atribuído à ordem pública internacional da ordem jurídica espanhola incorporada em normas constitucionais (especialmente, in casu, o art. 24.º da Constituição e uma vez que no caso em questão se tratavam de questões processuais) deve ter-se em conta o que constitui uma violação processual dessa natureza: a violação para ser relevante deve ser material, concreta e real (e, assim, não uma mera violação nominal ou formal). Estes requisitos claramente excluem a inatividade, passividade, falta de interesse ou negligência na atuação processual da parte que alega a violação.

c) *Definição da ordem pública internacional espanhola face à Constituição*

O mesmo alto tribunal ajuizou, no caso *Saroc SpA vs. Sahec, SA*, *ibidem* Vol. XXXII (2007), p. 578, que a partir da Constituição de 1978 o conceito de ordem pública adquiriu uma nova caracterização:

indubitavelmente, o conceito incorpora os princípios que inspiram o nosso sistema constitucional — entre eles, especificamente, os direitos fundamentais e as liberdades públicas — e isto está contido nas disposições da Constituição em particular no seu art. 24.º⁽³⁸⁾. Portanto, no

⁽³⁷⁾ Ver *Vinalmar, SA vs. Gaspar Peral Y Cia, SL* in *Yearbook of Commercial Arbitration*, Vol. XXXII (2007), pp. 515 e segs.

⁽³⁸⁾ O art. 24.º da Constituição estabelece (tradução livre):

1. *Todas as pessoas têm o direito de obter efetiva proteção dos tribunais no exercício dos seus direitos e legítimos interesses e, em nenhum caso, deve ser permitido que fiquem numa situação de ausência de defesa.*
2. *Do mesmo modo, todos têm o direito de acesso a um tribunal predeterminado na lei; a ser representado por um advogado; a ser informado dos pedidos que contra ele são formulados; a um julgamento público sem demoras e gozando de totais garantias; a utilizar as provas apropriadas à*

plano internacional, a ordem pública corresponde essencialmente aos direitos e garantias contidos na Constituição relativamente à proibição da violação das normas do processo regular devido.

A violação deve ser material, concreta e real, não meramente formal; somente no caso em que uma violação daquela natureza tenha impedido uma parte da oportunidade de apresentar o seu caso, e essa privação efetivamente signifique a violação desse direito fundamental, estamos na presença de uma violação relevante.

d) *Ordem pública internacional espanhola e diferenças linguísticas*

O Supremo Tribunal espanhol julgou⁽³⁹⁾ que as diferenças linguísticas entre as partes no comércio internacional, quando o próprio contrato e a correspondência entre as partes foram na língua inglesa que igualmente foi a língua do processo arbitral, não constitui motivo de ordem pública que impeça o reconhecimento de uma sentença arbitral estrangeira⁽⁴⁰⁾.

e) *Falta de provas, errada decisão e excessivo formalismo da sentença arbitral*

Noutro processo, a Sala Civil do Supremo julgou outro caso⁽⁴¹⁾ em que considerou que as alegações de oposição ao pedido de reconhecimento de uma sentença arbitral estrangeira que a seguir se indicam são irrelevantes e não constituem violação da ordem pública internacional espanhola, a saber:

- falta de prova de que o impugnante foi privado dos meios legítimos de obter ganho de causa por força de uma decisão arbitrária do tribunal, a qual foi injustificada e sem fundamento, manifestamente irracional e incorreta relativamente ao que seria admissível e, finalmente, porque a

sua defesa; a não serem consideradas incriminatórias as declarações por si proferidas; a não ser incriminado ou condenado apenas com base em declarações suas; a ser presumido inocente.

⁽³⁹⁾ Ver, *idem*, Vol. XXXII (2007), p. 600.

⁽⁴⁰⁾ Ver, *idem*, Vol. XXXII, p. 603.

⁽⁴¹⁾ Ver, *idem*, Vol. XXXI (2006), p. 851.

decisão arbitral foi excessiva e descabidamente formalista em relação aos objetivos da câmara arbitral técnica em questão (a FOSFA-Federation of Oils, Seeds & Fats).

f) Violação da ordem pública internacional espanhola

Noutro caso, o Supremo pronunciou-se sobre se uma sentença arbitral estrangeira violou a ordem pública internacional espanhola, examinando em concreto se os princípios fundamentais da ordem jurídica tinham sido violados e, se tal foi o caso, qual o impacto sofrido ou que pudessem ser sofridos pela ordem jurídica espanhola, mais concretamente os princípios fundamentais expressos na Constituição. Aquele tribunal confirmou que a *ordem pública* a que se refere o art. V, número 2., alínea b), da Convenção de Nova Iorque tem o significado de ordem pública internacional e que algumas disposições da ordem processual espanhola fazem parte da sua ordem pública internacional.

g) Nulidade da convenção de arbitragem, cláusulas e condições gerais dos contratos e violação do princípio due process

Ainda noutro caso — *Pueblo Film Distribution Hungary KFT vs. Laurenfilm, SA* — foi submetido inicialmente a arbitragem da AFMA American Film Marketing Association. A parte requerida num processo de homologação foi a empresa Pueblo Film Distribution que alegou, contra o pedido de homologação, que a convenção de arbitragem era nula porque se continha nas condições gerais de um contrato preparado e imposto pela outra parte sem possibilidade de negociação. Foi também alegado que a convenção de arbitragem era injusta e danosa para a parte demandada porque submetia a resolução dos litígios a uma câmara arbitral pertencente a uma associação comercial de que a outra parte era membro.

O Supremo Tribunal decidiu que a ordem pública internacional do estado espanhol não se podia considerar violada por qualquer dos factos alegados pelo impugnante, pois não se pode concluir que este tenha sido colocado em situação de inferioridade de tal modo que não pudesse fazer valer os seus direitos, até pelo

facto de não poder ser considerado um consumidor final para o efeito da aplicação da legislação relativa às cláusulas e condições gerais dos contratos que, estas sim, poderiam ser consideradas parte da ordem pública internacional do Estado espanhol quando se considera de as aplicar em prol da proteção devida ao consumidor final.

Ao invés, as condições gerais são usuais no comércio internacional, pois destinam-se a facilitar a negociação e a conclusão de contratos *standard*.

Também não demonstrou o impugnante que o julgamento arbitral sob administração daquela associação tivesse sido, apenas por isso, parcial e violador do princípio do *due process* que, se tivesse sido o caso, dependendo embora das circunstâncias respetivas, poderia eventualmente ser considerado violador da ordem pública internacional espanhola.

Suíça

A Suíça, conjuntamente com a França, a Alemanha, a Inglaterra, a Suécia, os EUA, Hong-Kong e Singapura, entre outros, constituem importantes centros de arbitragem internacional. Encontram-se por isso na linha da frente do desenvolvimento da instituição.

A Suíça é um dos primeiros signatários da Convenção de Nova Iorque, pois firmou-a em 29 de Dezembro de 1958.

O art. 194.º da Lei Suíça de Direito Internacional Privado manda aplicar a Convenção, sem necessidade de qualquer legislação regulamentadora da sua aplicação. Uma vez que a Convenção de Nova Iorque constitui um diploma genérico das condições do reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, mesmo provindas de estados não membros (art. I, número 3) e tendo em atenção que, como é sabido, ela deixa aos tribunais dos estados nacionais o modo como a devem interpretar e aplicar, a Convenção tem na legislação e jurisprudência suíças um sentido universal, devendo consequentemente ser tida em conta tanto a jurisprudência suíça, como a internacional.

a) *Sequência sucessiva de aplicação do número 1. e do número 2. do art. V da Convenção de Nova Iorque*

Um dos pontos importantes de ordem metodológica a ter em atenção, tal como sublinhou o Tribunal Federal suíço⁽⁴²⁾, e também resulta do texto da Convenção como já sublinhámos anteriormente, consiste em dever ser aplicado, em primeiro lugar, o disposto no art. V, número 1., e só no caso de ele não ter aplicação, se deve entrar na aplicação do disposto no número 2. do mesmo artigo.

b) *Requisitos da violação da ordem pública internacional suíça*

Acrescentou, ademais, aquele tribunal helvético que nem todas as irregularidades podem constituir fundamento de recusa de uma sentença arbitral estrangeira, mesmo no caso de ela constituir motivo de anulação no direito interno suíço e no âmbito de uma arbitragem doméstica. Ela deve significar a violação de princípios fundamentais ou essenciais da ordem jurídica suíça que fira, de uma maneira intolerável, a noção de justiça (sentimento do Direito).

c) *Definição de ordem pública internacional suíça*

O conceito de *ordem pública internacional suíça* está presente em várias decisões da jurisprudência do País, com um recorte e significado mais restrito do que o que é entendido, nos seus limites, no direito arbitral interno aplicável à arbitragem doméstica definido no art. 190.º (2) da Lei Suíça de Direito Internacional Privado.

Assim, somente as violações de princípios ou valores particularmente fundamentais ou essenciais da ordem jurídica suíça podem ser motivo de recusa de uma sentença arbitral estrangeira. Mesmo a ausência de fundamentação factual e jurídica, em qualquer caso com um sentido próprio de uma decisão jurisdicional de um litígio, não constitui violação da ordem pública suíça em conformidade com o disposto no art. 190.º (2) (e) daquela lei.

⁽⁴²⁾ Ver, *idem*, no caso *Chrome Resources SA vs. Léopold Lazarens, Ltd.*, Vol. XI (1986), p. 540.

A definição de ordem pública internacional suíça foi feita, em 2001, pelo Supremo Tribunal nos seguintes termos:

... consiste no conjunto dos princípios fundamentais geralmente reconhecidos como tais, de tal modo que a sua não aplicação seria considerada contrária aos valores básicos comuns às nações civilizadas.

Confirmou este mesmo entendimento⁽⁴³⁾, em 2008, afirmando:

... a ordem pública, constituindo uma exceção, deve ser interpretada restritivamente, especialmente no domínio de decisões estrangeiras em que o seu campo de aplicação é relativo a direito estrangeiro ...

Assim, verifica-se violação da ordem pública (internacional suíça) quando o reconhecimento de uma sentença estrangeira se revelaria intolerável ao conceito suíço de justiça. Uma sentença estrangeira pode revelar-se incompatível com a ordem jurídica suíça, não somente por razões próprias da substância da sentença, mas também por questões procedimentais que tenham conduzido à sua prolação. A este respeito, a ordem pública suíça requer o cumprimento dos princípios fundamentais de natureza processual previstos na Constituição suíça, tais como o direito a um processo justo e o direito a ser ouvido ... Estes princípios aplicam-se, igualmente, ao reconhecimento e à execução de uma sentença arbitral estrangeira.

Num processo de reconhecimento de uma sentença arbitral provida dos EUA e outra da República Checa, o Tribunal Federal através de arestos datados, respetivamente, de 28 de Julho de 2010 e de 4 de Outubro de 2010, reafirmou aquela doutrina, sublinhando que a violação da ordem pública internacional suíça deve traduzir-se numa ofensa ao sentimento nacional do Direito, pelo facto de disposições fundamentais ou essenciais da ordem jurídica suíça não terem sido observadas⁽⁴⁴⁾.

Em 2003, o mesmo alto tribunal explicitou ainda que a ordem pública processual suíça garante às partes o direito a uma

⁽⁴³⁾ Ver, *idem*, Vol. XXIX (2004), pp. 839 e segs..

⁽⁴⁴⁾ Ver, respetivamente, <www.kluwertarbitration.com/print.aspx?ids=KLI-KA-1152034-n>, p. 5 em que o número de ordem, no caso da sentença checa, muda para 1152035, p. 16.

decisão independente sobre as conclusões e factos submetidos ao tribunal arbitral em conformidade com a legislação processual aplicável; a ordem pública processual é violada quando fundamentais princípios, generalizadamente reconhecidos como tal, são infringidos, resultando daí uma intolerável contradição com os valores reconhecidos num país governado pelo estado de direito e pelos sentimentos de justiça. Todavia, acrescenta-se na decisão do Tribunal Federal, que nem toda a violação, mesmo que arbitrária, constitui uma ofensa à ordem pública. Somente, tratando-se de matéria processual, a violação de uma regra essencial que vise assegurar a justeza dos procedimentos pode ser tida em consideração⁽⁴⁵⁾.

d) Independência e imparcialidade dos árbitros

Em 28 de Julho de 2010, o mesmo tribunal confirmou o que vem sendo transcrito e salientou, nomeadamente, que as questões de independência e imparcialidade incluem-se no âmbito da ordem pública⁽⁴⁶⁾.

Também disse, na mesma decisão, que a parte que pretenda vir a beneficiar da impugnação ou da recusa de um árbitro deve invocar o facto imediatamente após ter tomado consciência da situação de falta de independência ou de parcialidade de um árbitro em obediência ao princípio da boa fé em arbitragem. Idêntico regime, relativamente à obrigatoriedade de denúncia imediata do facto, está previsto no art. 46.º, número 4., da LAV. Todavia, este dispositivo não seria aplicável aos casos de falta de independência ou parcialidade, porque estes vícios da sentença não são derogáveis, podendo ser alegados a todo o tempo.

Naquele caso, o Tribunal Federal afirmou que, se é certo que não há um conceito universal de ordem pública, ele todavia comportará sempre os conteúdos fundamentais de ordem legal, moral e ética dos padrões civilizacionais, valores estes de que a Suíça com-

⁽⁴⁵⁾ Ver, *idem*, Vol. XXIX (2004), p. 226.

⁽⁴⁶⁾ Ver <www.kluwerarbitration.com./print.aspx?ids=KLT-KA1152034-n>, § 19, p. 6.

partilha. Baseado neste conceito, o Tribunal Federal declarou que mesmo as questões do Direito da Concorrência da União Europeia ou da própria Suíça ou de outro estado não fazem parte da ordem pública internacional suíça ou dos valores comuns que integram aqueles padrões civilizacionais⁽⁴⁷⁾.

e) Erro de decisão sobre a lei aplicável

Também é constante na Suíça a jurisprudência do Tribunal Federal segundo a qual a aplicação errada por um tribunal arbitral da lei aplicável ou a aplicação de uma lei estrangeira cujo resultado conflitua com normas imperativas da lei suíça não constitui, só por si, violação da ordem pública internacional suíça⁽⁴⁸⁾.

O tribunal de recurso de Genebra reconheceu uma sentença arbitral, proferida no âmbito da instituição arbitral chinesa CIE-TAC, que erradamente não tinha aplicado a Convenção de Viena sobre a venda internacional de coisas móveis, com fundamento no facto de o disposto no art. V (2) (b) da Convenção de Nova Iorque somente ser de aplicar no caso de se verificar uma violação de princípios fundamentais da ordem jurídica suíça que ofendam o sentimento inato de justiça de um modo intolerável⁽⁴⁹⁾.

f) Definição de ordem pública internacional suíça

No caso *Omnium de Traitement et Valorisation — OTV vs. Hilmarton, Ltd.*, o Supremo Tribunal⁽⁵⁰⁾ decidiu que um contrato que viole disposições legais estrangeiras pode também ser considerado, em certas condições, violador da ordem pública internacional suíça por representar uma afronta à moral protegida pelo direito suíço. Para que isso suceda, é necessário que as disposições contratuais em questão conflituem flagrantemente com a noção de moral vigente na Suíça e a integridade do conceito nacional suíço do que é o bem público.

⁽⁴⁷⁾ Ver *Journal of International Arbitration*, Vols. 25 e 26 (1980), p. 702.

⁽⁴⁸⁾ *Ibidem*, p. 702.

⁽⁴⁹⁾ Ver, *idem*, *Yearbook of Commercial Arbitration*, Vol. XXVIII (1998), p. 769.

⁽⁵⁰⁾ Ver, *idem*, Vol. XIX (1994), p. 221.

A disposição legal violada deve, em tese, visar os interesses individuais ou coletivos que, de acordo com a convicção generalizada, são de fundamental ou de vital importância, devendo estar em questão valores legais fundamentais que, de um ponto de vista ético, devam prevalecer sobre o princípio da liberdade contratual.

g) O princípio fundamental de liberdade contratual

Mas, também foi decidido no mesmo aresto que uma disposição legal do direito argelino que proíbe qualquer intervenção de intermediários na conclusão de contratos é demasiado protecionista, pois visa assegurar um monopólio de estado no comércio internacional com a Argélia, não podendo assim prevalecer, sob um ponto de vista ético, sobre o princípio fundamental da liberdade contratual.

h) Recusa de homologação por razões de natureza processual e violação dos bons costumes

No contexto restritivo da aplicação da exceção de ordem pública na Suíça são, pois, escassos os casos de recusa de reconhecimento, embora possam sempre existir alguns casos tais como a seguir se dá conta, particularmente no domínio da ordem pública processual.

Um caso paradigmático é o de um contrato celebrado entre uma empresa suíça e uma empresa turca que continha uma cláusula arbitral que previa, em caso de litígio, um tribunal arbitral composto por um único árbitro que havia sido advogado de ambas as partes no contrato. A cláusula arbitral previa, ainda, uma indemnização do montante de um milhão de francos suíços a pagar pela parte faltosa que recusasse o árbitro único previamente escolhido. Surgido o litígio, aquele árbitro condenou a parte suíça a indemnizar a parte turca, por violação do contrato, no montante de 1,463.131.00 francos suíços. Requerida na Suíça a homologação da sentença arbitral proferida na Turquia, o tribunal de primeira instância que se pronunciou sobre o pedido de reconhecimento recusou-o com fundamento em violação da ordem pública suíça com base no art. V,

número 2, alínea *b*), da Convenção de Nova Iorque⁽⁵¹⁾, uma vez que ela requer que os árbitros intervenientes em arbitragem sejam, e se mantenham em todo o processo arbitral, independentes e imparciais tal como os juízes, o que se demonstrou não ser o caso. Também disse aquele tribunal que a indemnização devida para o caso de remoção do árbitro era contra os bons costumes que igualmente integram a ordem pública internacional suíça. A sentença é datada de 26 de Julho de 1995.

Suécia

Definição de ordem pública internacional sueca

A lei arbitral sueca incorporou, nos seus arts. 52.º a 60.º, a Convenção de Nova Iorque. No domínio da ordem pública, a disposição da lei arbitral sueca estipula que será recusada a sentença arbitral estrangeira que se revele incompatível com os princípios básicos da ordem jurídica sueca.

Certas decisões jurisprudenciais têm clarificado o sentido desta disposição legal, estatuidando que é de recusar uma sentença arbitral estrangeira que se revele patentemente incompatível com os princípios básicos da ordem jurídica sueca.

Esta posição traduz uma interpretação claramente restritiva do conteúdo da ordem pública internacional daquele país.

Japão

Este país não implementou a Convenção de Nova Iorque no direito interno. A interpretação do art. 98.º (2) da Constituição permite concluir, porém, pelo carácter recetivo pleno dos tratados e convenções internacionais de que o Japão é parte sem necessidade de um ato de receção interna específico.

⁽⁵¹⁾ Ver, *idem*, Vol. XXIII (1998), p. 759.

a) Definição de ordem pública internacional japonesa

Sobre a ordem pública e a sua aplicação a sentenças arbitrais estrangeiras, o art. 45.º (2) da lei da arbitragem de 2003 estabelece que será recusada a sentença que violar a ordem pública ou as razões da moral do Japão.

b) Subsunção de irregularidades processuais

Sobre as irregularidades processuais que pudessem, segundo a jurisprudência de outros países, caber na definição de ordem pública, a jurisprudência japonesa tem entendido que devem naturalmente ter antes acolhimento no art. V, número 1., e não na ordem pública internacional do Estado japonês.

c) Ordem pública e laços de dependência da instituição arbitral e uso de documentos falsos

De resto, de um modo geral, os tribunais japoneses têm sistematicamente recusado as exceções de violação da ordem pública, reconhecendo e executando a generalidade das sentenças arbitrais estrangeiras.

Num caso paradigmático, aliás, os tribunais não recusaram uma sentença arbitral proferida sob a administração da CIETAC (a mais conhecida instituição de arbitragem chinesa), afirmando que a ligação desta instituição ao Governo chinês de que era dependente, não é suficiente, só por si, para impedir a homologação da sentença; mais ajuizou que, mesmo que, como alegado mas não provado, a sentença arbitral se tivesse fundamentado em documentos falsos nada impediria a sua homologação no Japão, uma vez que a parte requerida no processo de reconhecimento tinha tido a possibilidade de discutir essa questão nos tribunais chineses, matéria sobre a qual os tribunais japoneses carecem de competência. Não é, portanto, através de um mero pedido de reconhecimento noutro país — o Japão — que a alegação de documentos falsos poderia ser conhecida de acordo com o art. 58.º (i) (iv) da Lei de Arbitragem chinesa.

d) *Ordem pública e punitive damages*

Porém, as sentenças arbitrais que tenham atribuído juros indemnizatórios (*punitive damages*) serão possivelmente recusadas no Japão, embora não exista ainda qualquer jurisprudência sobre a questão.

República da Coreia

O país adotou em larga medida, na lei de arbitragem de 1999, a Lei-Modelo da UNCITRAL.

Manda aplicar a Convenção de Nova Iorque na matéria do reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras.

a) *Definição de ordem pública internacional coreana*

O Código de Processo Civil interpreta o conceito de ordem pública aplicável ao reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, afirmando o que se entende por ordem pública coreana: *as normas da boa moral (good morals ou morality) e outros valores de ordem social da República da Coreia*. Utiliza, como se vê, conceitos do direito anglo-saxónico. Ver a nota de rodapé número 58 *infra* sobre a definição do conceito de *good morals* ou *morality*.

b) *Ordem pública internacional e as cláusulas e condições contratuais gerais*

No caso *GKW International Trading Ltd. vs. Kukje Corporation*, de 10 de Abril de 1990, o Supremo Tribunal inverteu a jurisprudência comum anterior que favorecia a parte coreana, sobretudo quando da cláusula arbitral constavam cláusulas e condições contratuais gerais, decidindo que esta circunstância não impedia o reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral estrangeira.

c) *Definição de ordem pública internacional coreana*

Em geral, a jurisprudência coreana caracteriza-se por uma atitude pró-arbitragem, seguindo uma interpretação restritiva da *ordem pública internacional do estado Coreano*.

No caso *Adviso N.V. vs. Korea Overseas Construction Corp.*⁽⁵²⁾, o Supremo Tribunal reafirmou que a função básica da ordem pública internacional consiste em proteger as convicções fundamentais de *good morals* e de ordem social do país.

Sublinhou também que se deve também atender à necessidade de assegurar a estabilidade da ordem comercial internacional, motivo por que aquele conceito deve ser restritivamente entendido. Sempre que uma lei estrangeira que tenha sido aplicada por uma sentença arbitral estrangeira viole uma lei coreana, isso não significa que deva necessariamente constituir um motivo de recusa. Isso só deverá suceder quando ela for contrária às *normas de good morals e a outros valores da ordem social coreana* sem esquecer a perspectiva de assegurar a estabilidade do comércio internacional.

d) *Falta de fundamentação da sentença arbitral estrangeira, due process e juros excessivos*

Um caso julgado pelo Supremo Tribunal foi paradigmático nesta matéria⁽⁵³⁾, pois entendeu que o facto de à sentença lhe faltar fundamentação e que houve certos procedimentos que decorreram sem a presença da parte requerida e, ainda, que o montante da condenação excedeu o preço acordado da compra e os juros cifraram-se num valor excessivo, contrariando o disposto na lei do contrato, não constituem motivo de recusa do reconhecimento e execução.

O Supremo Tribunal coreano, a propósito, realçou que o art. V, número 2., (b) da Convenção de Nova Iorque deve ser interpretado restritivamente, tendo em atenção, não apenas a proteção dos valores da comunidade coreana, mas também a necessidade de garantir estabilidade ao comércio internacional.

⁽⁵²⁾ Ver, *idem*, Vol. XXI (1996), pp. 612 e segs.

⁽⁵³⁾ Ver *Journal of International Arbitration*, Vol. 25(6), p. 869.

e) *Prescrição de direitos e estipulações contratuais unilateralmente fixadas*

No citado caso *Adviso N.V. vs. Korea Overseas Construction Corp.*, o Supremo Tribunal também afirmou que *nem as diferenças entre a lei estrangeira aplicada na sentença e a lei coreana em matéria do regime da prescrição de direitos, nem as estipulações contratuais fixadas apenas por uma parte, nem o exercício tardio de um direito* determinam o não reconhecimento e a não execução na República da Coreia de uma sentença arbitral estrangeira, pois não violam a ordem pública internacional do país.

f) *Contradição entre uma lei estrangeira e uma lei imperativa coreana*

Na mesma decisão, acrescentou aquele alto tribunal que a *contradição entre uma sentença arbitral estrangeira e uma lei imperativa coreana não significa necessariamente a recusa do seu reconhecimento e execução, pois isso só deverá suceder se for contrária às normas da boa moralidade e outros valores da ordem pública internacional coreana.*

g) *A violação das leis da concorrência não ofendem necessariamente a ordem pública internacional coreana*

Por sua vez, o tribunal de recurso de Seoul ajuizou⁽⁵⁴⁾ que mesmo a *violação das normas coreanas em matéria de concorrência não constituem necessariamente motivo de recusa de reconhecimento e execução, tendo em atenção a necessidade de assegurar a estabilidade do comércio internacional e atendendo ao facto de o contrato em questão ser regulado pela lei da Califórnia.*

h) *Atos fraudulentos e a ordem pública internacional coreana*

Mesmo o cometimento de um ato fraudulento pela parte vencedora de um pleito não constitui fundamento de recusa face

⁽⁵⁴⁾ Ver *Journal of International Arbitration*, Vol. 25 (6), p. 870.

à ordem pública internacional coreana e só o será se se demonstrar que:

- foi feita prova clara e convincente, no tribunal arbitral, que a parte vencedora cometeu um ato fraudulento no procedimento arbitral que mereça ser punido;
- a parte contrária não pôde opor-se, no processo arbitral, porque desconhecia, sem negligência sua, o ato fraudulento cometido;
- o ato fraudulento praticado é relativo às questões objeto da sentença arbitral⁽⁵⁵⁾.

i) Due process (regularidade processual)

Também a jurisprudência do país entendeu⁽⁵⁶⁾ que *a notificação para arbitragem efetuada, embora no lugar assinalado no contrato, mas numa situação em que o notificante tinha entretanto mudado de endereço, tendo porém em atenção que foi notificado oralmente*, não constitui contradição com a ordem pública internacional do Estado coreano, uma vez que isso só deverá suceder quando a ausência de defesa do demandado for de tal ordem grave, em resultado da falta de notificação, que seja intolerável admitir a justeza do procedimento arbitral.

j) Punitive damages (indenização sancionatória)

A denominada *punitive damages* (indenização sancionatória) na linguagem jurídica norte-americana não deve ser reconhecida na Coreia, uma vez que assume natureza sancionatória à face da lei aplicada.

No entanto, o tribunal reconheceu cinquenta por cento do montante indemnizatório fixado na sentença arbitral⁽⁵⁷⁾.

⁽⁵⁵⁾ Ver decisão do Supremo Tribunal coreano in <www.crystaevents.info/APR-AG/postevent%5CS4T1-BC20Yoon.prd>.

⁽⁵⁶⁾ Ver *Journal of International Arbitration*, Vol. 25(6), p. 867.

⁽⁵⁷⁾ Ver *idem*, Vol. 26(6), p. 871.

B. Estados de raiz anglo-saxónica (*common law*)

No domínio do direito de raiz anglo-saxónica (*common law*), veremos de seguida se existem diferenças concetuais na caracterização do conteúdo da ordem pública em matéria arbitral relativamente ao sistema de direito civil. Analisaremos brevemente a lei e a jurisprudência de alguns dos países mais representativos, incluindo sob o aspeto do seu desenvolvimento económico e social e atendendo igualmente ao estado da evolução da arbitragem internacional e da sua adoção interna nesses países.

Inglaterra

Começemos pela Inglaterra, pátria do *common law*.

A Convenção de Nova Iorque foi implementada em Inglaterra, País de Gales e Irlanda do Norte em Setembro de 1975.

A lei de arbitragem atualmente em vigor consta do Arbitration Act de 1996. Na sua secção 103 (3) faz-se eco do disposto no art. V, número 2, alínea *b*), da Convenção de Nova Iorque. Utiliza o conceito de *public policy* (ordem pública) sem quaisquer outros adjetivos ou qualificações.

a) Aplicação facultativa da exceção de ordem pública

A jurisprudência tem salientado que a concessão do reconhecimento e execução é discricionária, no sentido de, mesmo quando exista fundamento de recusa, o tribunal nacional pode conceder a homologação.

b) Definição de ordem pública internacional inglesa

A recusa de homologação ou reconhecimento pode ocorrer quando o sentido de uma sentença arbitral estrangeira que tenha aplicado uma lei estrangeira se revela contrária aos interesses do Reino Unido ou contrária à justiça ou à *morality*⁽⁵⁸⁾.

⁽⁵⁸⁾ *Good morals* ou *morality* significa no direito anglo-saxónico (segundo Wal-

A doutrina inglesa é clara na afirmação de que os seus tribunais aplicam um conceito restritivo da ordem pública⁽⁵⁹⁾. Também o eminente jurista e magistrado Sir John Donaldson MR disse⁽⁶⁰⁾: *a ordem pública não pode nunca ser exhaustivamente definida e deve ser analisada com extremo cuidado.*

Ou como Burrough, J. anotou no caso *Richardson vs. Mellish*⁽⁶¹⁾:

quando outras razões não ocorrerem, deve ser demonstrado que a execução da sentença arbitral se revela claramente ofensiva do bem público (public good) ou, possivelmente, que a sua execução se revela totalmente ofensiva do senso de um homem comum bem informado e em cujo nome os poderes do Estado são exercidos.

c) *Ordem pública interna e ordem pública internacional*

A jurisprudência inglesa distingue entre a ordem pública doméstica ou interna e a ordem pública internacional. O conteúdo desta última é mais restrito do que o da primeira.

Como salienta R. H. Graveson, in *Conflicts of Laws*, 7.^a ed., p. 165:

o propósito do Direito, quanto à proteção das instituições sociais, reflete-se nas suas leis, quer de índole nacional, quer do domínio do direito internacional privado. Embora o conceito de ordem pública

ker, *The Oxford Companion to Law*, Clarendon Press, Oxford) o seguinte:

O conceito compreende uma fusão de procedimentos, sentimentos populares, religião, direito, costumes e opinião pública. De uma forma geral, diz-se que morais ou morality compreendem os padrões de conduta que são aceites na sociedade em que alguém vive. Esses padrões são estudados de um ponto de vista do que deve ser aceite e permitido ou reprovado pela religião, pela moral, pela teologia e pela ética ou moral filosófica e, ainda, padrões do que, na prática, é aceite na sociedade segundo a antropologia social e a sociologia. Casos de bad morality que não são aceites pela sociedade incluem, entre outros, a imoralidade sexual, a desonestidade e o tratamento injusto (unfair treatment).

Não existe perfeita correspondência entre Direito e Morality ou Good Morals. Estes últimos significam antes, não princípios legais, mas sim sentimentos de consciência próximos do que é o Direito Natural.

⁽⁵⁹⁾ Lord Simon of Glaisdale no caso *Vervaerke vs. Smith*.

⁽⁶⁰⁾ 2 *Lloyd's Report*, pp. 246 e segs. (1987).

⁽⁶¹⁾ Ver *Bing*, pp. 229-252.

seja o mesmo pela sua própria natureza, a sua aplicação difere, contudo, quanto ao grau e condições dessa aplicação, tendo em atenção que as transações que contenham um elemento de internacionalidade podem constituir uma ameaça menos séria para as instituições sociais do que as que resultam das transações internas.

A mesma jurisprudência resulta da posição de Lord Justice Waller:

em nada ofende a ordem pública inglesa o entendimento de um tribunal arbitral de que um contrato não é ofensivo da ordem pública doméstica da lei do contrato, mesmo se a ordem pública inglesa puder ter uma diferente posição.

d) Ordem pública interna e internacional inglesas e a fraude na obtenção da sentença arbitral

Na lei de arbitragem inglesa (art. 68.º (2)), uma sentença arbitral pode ser anulada com fundamento em irregularidade grave, entendendo-se como tal, entre outras causas de anulabilidade, a prolação da sentença arbitral mediante a utilização de fraude ou no caso de o modo como se obteve a sentença arbitral ter sido contrário à ordem pública. Este regime é também aplicável no processo de reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras.

Em geral, os tribunais ingleses, em processos de reconhecimento ou de execução de sentenças arbitrais estrangeiras, só acolhem arguições de violação da ordem jurídica inglesa por cometimento no processo arbitral de uma irregularidade de fraude se a questão não tiver sido levantada no tribunal arbitral ou nos tribunais do país da localização da arbitragem, pois, se tal sucedeu, os tribunais ingleses consideram que não é da sua competência julgar esses factos, mas apenas decidir sobre se é ou não de reconhecer e executar a sentença arbitral e nada mais do que isso. É irrelevante a questão de saber se um tribunal arbitral localizado em Inglaterra e aplicando o direito inglês decidiria de modo diferente⁽⁶²⁾.

⁽⁶²⁾ Ver o caso *Omnium de Traitement et de Valorisation SA vs. Hilmarton, Ltd.* in Yearbook of Commercial Arbitration, Vol. XXIV (1999), pp. 777 e segs.

e) *A ordem pública internacional inglesa e a violação da Natural Justice aplicável ao caso de falta de poderes do tribunal arbitral*

De notar que a jurisprudência e a doutrina inglesas têm entendido que a sua ordem pública é violada quando uma sentença arbitral ofende as normas da denominada Justiça Natural⁽⁶³⁾. Segundo Walker, in *The Oxford Companion to Law*, p. 668, o conceito de *Natural Justice* é aplicado no campo do reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras com o sentido de ser contrária à Justiça Natural uma sentença estrangeira que foi proferida por uma entidade jurisdicional (um tribunal arbitral na matéria que nos ocupa neste artigo) sem competência para tanto ou sem que ao demandado tenha sido dada a oportunidade de se defender.

f) *O dano e a afetação das boas relações internacionais*

A alegação de dano, *in casu*, suscetível de afetar as boas relações internacionais entre o estado a que pertence a parte vencida no processo arbitral e o estado inglês é irrelevante e não pode impedir o reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral estrangeira, como foi decidido no caso *Dalmia Dairy Industries Ltd. vs. National Bank of Pakistan* (1978) in 2 Lloyds Law Reports, p. 300 (1978). Recorde-se, no entanto, que os denominados *interesses do Reino Unido* têm, em tese, sido associados ao conceito de ordem pública daquele País. A aplicação prática desta derivação do conceito de ordem pública tem sido, porém, extremamente rara, se não mesmo vazia de conteúdo, mas que exprime bem o lado pragmático dos ingleses e da defesa dos seus interesses acima dos conceitos abstratos.

g) *Os casos graves de violação da ordem pública transnacional inglesa*

A incompatibilidade e a contradição de uma lei estrangeira com uma lei inglesa que não integre a ordem pública internacional

(63) Ver, *idem*, no caso *Gater Assets Ltd. vs. NAK Naftogaz Ukrainiy*, Vol. XXXIII (2008), pp. 721 e segs.

do Reino Unido não constituem motivo de recusa do reconhecimento e execução. Somente os atos graves universalmente condenados, tais como, entre outros, o terrorismo, o tráfico de drogas, a prostituição, a pedofilia e, em qualquer caso, a corrupção e a fraude se mostram suscetíveis de constituir uma ofensa à ordem pública inglesa⁽⁶⁴⁾.

No entanto, sempre que a sentença arbitral imponha o pagamento de uma quantia em dinheiro e o pagamento se destinou a executar um ato indiscutivelmente ilegal (por ex. a execução de um crime de sangue, o tráfico de drogas, etc.) os tribunais ingleses não reconhecerão ou executarão uma sentença arbitral estrangeira e não o farão com fundamento em razões de ordem pública, uma vez que, nomeadamente, o tribunal arbitral não podia ignorar o que são atos irrefutavelmente ilegais⁽⁶⁵⁾.

h) A violação de leis cambiais e fiscais estrangeiras

Em resumo, os tribunais ingleses recusaram homologação a sentenças arbitrais estrangeiras num número muito reduzido de casos.

Um desses poucos casos é o *Soleimany vs. Soleimany*⁽⁶⁶⁾. Pai e filho dedicavam-se a um negócio de comércio de tapetes adquiridos no Irão e transportados ilegalmente para o exterior para serem comercializados em violação das leis cambiais e fiscais iranianas. O *Court of Appeal* sustentou não poder homologar uma sentença arbitral em que os árbitros tiveram conhecimento da ilegalidade da atividade, mas decidiram não a observar, considerando válida aquela atividade lesiva dos interesses de um estado amigo e que é contrária à ordem pública internacional do Reino Unido, tanto mais que aos contratos respetivos, fruto daquela atividade de contrabando, era aplicável o direito inglês, contratos que eram ilegais desde logo no momento da sua celebração face à lei inglesa.

⁽⁶⁴⁾ Ver MAY LU, in *Arizona Journal of International & Comparative Law*, Vol. 23(1) (2006), p. 781.

⁽⁶⁵⁾ Ver a decisão judicial proferida no caso *Westacre Investments Inc. vs. Jugoinport — SDPR Holding Co., Ltd.*, in *Lloyd's Rep.*

⁽⁶⁶⁾ Ver *Yearbook on Commercial Arbitration*, Vol. XXIV (1999), pp. 329 e segs.

Não ficou claro neste caso se a decisão do *Court of Appeal* seria a mesma se a lei aplicável ao contrato não fosse a lei inglesa, mas sim uma lei estrangeira. A melhor doutrina entende, todavia, ser provável que a solução fosse diferente, tal como resulta do caso já citado *Dalmia Dairy Industries Ltd. Vs. National Bank of Pakistan* (1978) in 2 Lloyds Law Reports, p. 330 (1978).

i) *Requisitos gerais que autorizam a não homologação*

Por fim, os fundamentos baseados na ordem pública que claramente podem conduzir à recusa de reconhecimento e execução de uma sentença arbitral estrangeira incluem os seguintes:

- sempre que a conceção fundamental da justiça segundo os padrões ingleses não é observada;
- sempre que as conceções inglesas de *morality* (ver nota de rodapé número 58 *supra*) não são observadas;
- sempre que uma transação prejudica os interesses do Reino Unido ou as suas boas relações com estados estrangeiros; e
- sempre que uma lei estrangeira ofende as conceções inglesas da liberdade do homem e da liberdade de ação⁽⁶⁷⁾.

Estados Unidos

A Convenção de Nova Iorque foi implementada pelo Federal Arbitration Act, isto é a lei federal de arbitragem dos EUA.

De um modo geral, pode dizer-se que este país, no âmbito federal, é muito liberal no reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, assumindo uma atitude marcadamente favorável à arbitragem de cunho super restritivo.

Os precedentes históricos jurisprudenciais do Supremo Tribunal dos EUA paradigmáticos na matéria são os casos m/s *Bre-*

⁽⁶⁷⁾ Ver Cheshire and North, *Private International Law*, 12.^a ed., pp. 131 a 133.

men vs. Zapata Off Shore Co.⁽⁶⁸⁾ e *Fritz Scherk vs. Alberto Culver Co.*⁽⁶⁹⁾.

No primeiro caso, o Supremo Tribunal julgou válida uma cláusula que escolheu um foro situado fora dos EUA para dirimir qualquer litígio num determinado contrato. Afirmou:

não podemos ter comércio nos mercados mundiais e nas águas internacionais exclusivamente segundo o nosso regime, regido pelas nossas leis e resolvidos os litígios exclusivamente nos nossos tribunais.

No segundo caso, o Supremo Tribunal reconheceu a eficácia de uma convenção de arbitragem, afirmando simultaneamente que assim procedia a um virar de página de anos e anos de hostilidade da jurisprudência norte-americana à arbitragem.

Este foi, pois, o começo de uma atitude pro-arbitragem que dura há décadas alicerçada, nomeadamente, numa interpretação muito restritiva do conceito e dos limites da ordem pública.

a) *Definição de ordem pública internacional norte-americana*

Assim, no caso *Parsons & Whittemore Overseas, Inc. vs. Société Générale de l'Industrie du Papier*⁽⁷⁰⁾, o Supremo Tribunal afirmou, sem reservas, que a Convenção de Nova Iorque devia ser interpretada de forma restritiva, dado que o seu propósito consiste em eliminar as barreiras que, até à sua publicação e entrada em vigor, existiam em cada país ao reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras. A recusa de reconhecimento baseada na ordem pública deve ser efetuada somente quando a homologação de uma sentença arbitral estrangeira ofender as noções mais básicas de *morality*⁽⁷¹⁾ e justiça.

E, acrescentou, qualquer interpretação da Convenção com o sentido de proteger a aplicação ou o respeito das leis internas

⁽⁶⁸⁾ 407 U.S., pp. 1 e segs.

⁽⁶⁹⁾ 417 U.S., pp. 50 e segs.

⁽⁷⁰⁾ Ver 508F. 2d, pp. 969 e segs.

⁽⁷¹⁾ Ver, sobre este conceito, nota de rodapé número 60 *supra*.

norte-americanas não cumpre o disposto na Convenção. O mesmo se deve dizer relativamente a qualquer tentativa de entorpecer o reconhecimento ou a execução de uma sentença arbitral baseada nos ditames da política extraterritorial norte-americana.

b) Violação das leis da concorrência e a ordem pública internacional norte-americana

No domínio do direito da concorrência, foi a jurisprudência do Supremo Tribunal dos EUA a primeira a afirmar a arbitrabilidade de questões dessa natureza no famoso caso *Mitsubishi Motors Corp. vs. Solar Chrysler-Plymouth Inc.*(⁷²).

c) Dúvida sobre a arbitrabilidade

Por sua vez, no caso *Moses H. Cone Memorial Hospital*, o Supremo Tribunal foi claro na afirmação de que em matéria de arbitrabilidade qualquer dúvida na matéria deve ser entendida no sentido de se aceitar que o litígio é arbitrável(⁷³).

d) Cumprimento dos compromissos internacionais

No caso *Fritz Scherk Scherk vs. Alberto-Culver Co.*(⁷⁴) acentuou o Supremo Tribunal, por sua vez, que a vinculação dos EUA aos compromissos internacionais emergentes da ratificação da Convenção de Nova Iorque implica que os tribunais internos devem assegurar o cumprimento dessa obrigação internacional e, designadamente, garantir a predictabilidade do reconhecimento da execução das decisões arbitrais na arbitragem internacional, mesmo que daí resulte um certo impacto negativo no contexto nacional.

(⁷²) Ver 473 US, pp. 614 e segs.; ou Yearbook of Commercial Arbitration, Vol. XI (1986), pp. 555 e segs.

(⁷³) Ver, *idem*, Vol. XI (1986), p. 558.

(⁷⁴) Ver, *idem*, Vol. XI (1986), p. 559.

e) *Erros de julgamento*

Na jurisprudência norte-americana, um erro de facto ou de direito por parte do árbitro não constitui fundamento de recusa do reconhecimento de uma sentença arbitral estrangeira⁽⁷⁵⁾.

f) *Interpretação restritiva da Convenção de Nova Iorque*

Por seu turno, o tribunal de recurso do 2.nd. Circuit também julgou que o reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral estrangeira deve ser muito limitado por forma a não impedir que seja alcançado o duplo objetivo da arbitragem internacional de resolver litígios de forma eficiente e de evitar um longo e dispendioso contencioso judicial⁽⁷⁶⁾.

Acrescentou, a recusa do reconhecimento ou da execução só pode ser autorizada nos casos excecionais estabelecidos na Convenção de Nova Iorque.

g) *Manifesta inobservância da lei (manifest disregard of the law)*

Consequentemente, contrariando alguma doutrina que fez o seu tempo, o Supremo Tribunal julgou que a manifesta inobservância da lei (*manifest disregard of the law*) pelo árbitro não constitui fundamento de recusa⁽⁷⁷⁾, porque esse fundamento não está previsto na Convenção.

h) *Definição de ordem pública internacional norte-americana e casos de uso de documentos falsos, perjúrio e corrupção do árbitro*

A violação da ordem pública norte-americana deve revelar-se através de um conflito com as noções básicas de *morality and jus-*

⁽⁷⁵⁾ Ver *Europcar Italia vs. Maiellano Tours*, 2.nd Circuit Court of Appeals, 2 de Setembro de 1998.

⁽⁷⁶⁾ Ver <www.kluwerarbitration.com/print.aspx?ids=KLI-KA-1052056-n>, § 5, p. 4.

⁽⁷⁷⁾ Ver o caso *Hall Street Associates LLC vs. Mattel Inc.* em 128 S.Ct. 1396 (2008).

tice, de forma *explícita e bem definida*⁽⁷⁸⁾. Não são relevantes meros precedentes legais ou considerações gerais de direito.

Simple alegações de fraude cometida no processo arbitral, tais como a utilização de documentos alegadamente falsos ou o perjúrio de testemunhas ou até a corrupção do árbitro, não constituem matéria da competência do tribunal do reconhecimento ou da execução, mas apenas dos tribunais da localização da arbitragem⁽⁷⁹⁾.

i) *Violação da legislação sobre sanções decretadas pelo governo norte-americano*

A violação de sanções decretadas pelo governo dos EUA também não constituem motivo de recusa, uma vez que se tem entendido que elas pertencem ao domínio da ordem pública interna do país. Os EUA, segundo o compromisso internacional assumido com a adesão à Convenção de Nova Iorque, obrigaram-se a assegurar a previsibilidade do reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras mesmo que conflituam com as referidas sanções⁽⁸⁰⁾.

j) *O perjúrio e a ordem pública internacional norte-americana*

Igualmente, a alegada prestação no processo arbitral de prova testemunhal falsa não constitui motivo de recusa, porque não viola *as mais básicas noções de morality and justice* dos EUA⁽⁸¹⁾.

Também no caso *Europcar Italia vs. Marellano Tours*⁽⁸²⁾ ficou decidido que a alegação de que uma convenção de arbitragem ou uma sentença arbitral foram fraudulentamente obtidas é

⁽⁷⁸⁾ Ver caso *Esco Co. vs. Bradken Resources Pty. Ltd.*, in <www.kluwerarbitration.com/print.aspx?ids=KLI-KA-1152060-n>, § 21, p. 9.

⁽⁷⁹⁾ Ver, *idem*, o site kluwerarbitration com a referenciação específica 1152068.

⁽⁸⁰⁾ Ver o caso *Ameropa AG vs. Havi Ocean Co. LLC* em Kluwerarbitration com a referência específica 1152061.

⁽⁸¹⁾ Ver caso *Internacional Navigation, Ltd. vs. Waterside, Ocean Navigation Co., Inc.*, in Yearbook of Commercial Arbitration, Vol. XI, (1986), p. 570.

⁽⁸²⁾ Ver sentença do 2.nd Circuit Court of Appeals, de 2 de Setembro de 1998, in 156F.3d315.

matéria da competência do tribunal arbitral ou do tribunal judicial do estado da arbitragem e não, necessariamente, dos tribunais estaduais dos EUA.

l) Custos excessivos do processo arbitral

A fixação pelo tribunal arbitral de custos arbitrais excessivos também não viola as *mais básicas noções de morality and justice dos EUA*, apesar de, neste país, a regra é a de que cada parte deve suportar os custos da arbitragem⁽⁸³⁾.

m) Juros sancionatórios

Contudo, num caso reportado por May Lu, in *The New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, in *Arizona Journal of International and Comparative Law*, Vol. 23(1) (2006), p. 782, de forma algo surpreendente, aliás, o US District Court for the Northern District of Georgia recusou-se a reconhecer uma sentença arbitral que, aplicando a lei francesa, fixou uma sobretaxa de 5% de juros de mora, com o fundamento de que se tratava de uma sanção cominatória e não de juros compensatórios. Na verdade, esta decisão é surpreendente porque foi a jurisprudência norte-americana que reconheceu, pela primeira vez, e tem frequentemente reconhecido a legalidade da denominada *punitive damages* (indenização sancionatória), recusada em inúmeros países, designadamente europeus.

Canadá

Este país é também favorável ao reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras⁽⁸⁴⁾.

⁽⁸³⁾ Ver caso *ESCO Corporation vs. Bradken Resources Pty, Ltd.* In *Kluwerarbitration* com a referência específica 1152060.

⁽⁸⁴⁾ Demonstrando uma das particularidades do Canadá, a província de Quebec considera sujeitos a revisão, não apenas as sentenças arbitrais proferidas fora do Canadá, mas também as proferidas noutras províncias do Canadá.

a) *Definição de ordem pública internacional canadiana*

Numa decisão paradigmática, o Court of Queen's Bench de Alberta definiu ordem pública, afirmando que os tribunais canadianos não reconhecerão ou executarão sentenças arbitrais estrangeiras que se revelem *contrárias aos valores fundamentais do foro* e que são constituídos pelos *interesses essenciais do povo, os seus interesses morais e, ainda, a sua conceção dos valores essenciais de justiça e de morality*.

Acrescentou, que *é difícil dar uma definição precisa de ordem pública; tão-pouco pode ser dada uma definição geral do conceito. A demonstração do que é a ordem pública só pode ser feita no conjunto da lei constitucional e da lei geral, bem como na jurisprudência do foro, enquanto nelas se reflita a conceção nacional fundamental de justiça e do bem estar público*.

b) *Irrelevância da incompatibilidade da lei estrangeira com a lei canadiana*

É irrelevante se a sentença arbitral estrangeira é ilegal face à lei canadiana ou mesmo face à lei do lugar da arbitragem. Isso é matéria que não é da competência do tribunal canadiano a quem é apenas solicitado o reconhecimento e a execução da sentença.

c) *Propósito da Convenção de Nova Iorque*

No caso *Automatic Systems, Inc. vs. Braknell Corporation*, o tribunal de recurso da província de Ontário realçou que um dos propósitos fundamentais da Convenção de Nova Iorque consiste em assegurar ao comércio internacional a previsibilidade do reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, que constitui uma condição necessária do desenvolvimento do comércio internacional⁽⁸⁵⁾.

(85) Ver Yearbook of Commercial Arbitration, Vol. XXIV (2004), p. 191.

d) *Interpretação restritiva do conceito de ordem pública na Convenção de Nova Iorque*

A jurisprudência defensora da interpretação restritiva da Convenção está bem expressa em várias decisões, como é o caso da sentença de 27 de Junho de 2007, do Court of Queen's Bench de Alberta⁽⁸⁶⁾, no caso *Yugraneft Corporation vc. Rexx Management Corporation*.

A juíza Feldman, referindo-se ao art. V, número 2, alínea b), da Convenção disse:

... é entendido que o termo "ordem pública" que é usado na Convenção de Nova Iorque de 1958 e em muitos outros tratados inclui os princípios fundamentais substantivos do direito e da justiça e, também, os princípios de ordem processual. Assim, questões como a corrupção ou a fraude e factos graves similares constituem fundamento de recusa de reconhecimento e execução.

Apelos ao conceito de *morality*, como é típico do direito anglo-saxónico, são também recorrentes na jurisprudência dos tribunais do Canadá.

e) *Aplicação facultativa da exceção de ordem pública*

Por fim, uma nota para salientar que os tribunais canadianos interpretam os fundamentos admissíveis de recusa do reconhecimento e execução como permissivos e não como obrigatórios. Assim, perante uma sentença arbitral que ofende a ordem pública do Canadá, os tribunais canadianos são livres de recusar ou homologar a sentença arbitral estrangeira⁽⁸⁷⁾.

Hong-Kong

Esta região especial da China tem, desde há vários anos, desenvolvido um centro de arbitragem — o HKIAC (Hong-Kong

⁽⁸⁶⁾ Ver, *idem*, Vol. XXXIII (2008), pp. 443 e segs.

⁽⁸⁷⁾ Ver Henri Alvarez, *The Implementation of the New York Convention in Canada*, Journal of International Arbitration, Vol. 25(6) (2008), p. 677.

International Arbitration Centre — que vem congregando uma organização e um escol de árbitros de valia, administrando arbitragens naquela região das bacias do Pacífico e do Índico, designadamente na resolução de litígios comerciais envolvendo a República Popular da China em alternativa ao centro de arbitragem mais importante deste país — o CIETAC.

Hong-Kong situa-se na mesma área do SIAC (Singapore International Arbitration Centre) que veremos de seguida.

A legislação arbitral de Hong-Kong é particularmente favorável à arbitragem como são todas as pertencentes a países ou instituições que visam constituir-se especialmente como centros internacionais de resolução de litígios pela via da arbitragem e da mediação.

Como não podia deixar de ser, a sua lei arbitral é fortemente inspirada pela legislação na matéria do Reino Unido e de acordo com as boas práticas vigentes na arbitragem internacional.

A conceção da ordem pública vigente na região obedece aos conceitos restritivos da ordem pública internacional e apela aos conceitos de *morality*, *natural justice* e *morality and justice*.

Singapura

Importa salientar, antes de mais, que Singapura se tornou um dos maiores centros mundiais de arbitragem internacional, sobretudo envolvendo empresas asiáticas ou ocidentais *versus* asiáticas, cobrindo tanto a bacia do Pacífico como do Índico.

O SIAC (Singapore International Arbitration Centre) tem a sua sede e atividade no País.

A interpretação que os seus tribunais têm feito da Convenção de Nova Iorque é restritiva, por forma a cumprir os propósitos de favorecimento do comércio internacional.

Assim, o art. 31.º da lei de arbitragem internacional de Singapura estabelece, no seu número (4), alínea *b*), que um tribunal a quem tenha sido solicitado o reconhecimento pode recusá-lo se a sua execução for contrária à *ordem pública* de Singapura.

O espírito da lei deste país na matéria de reconhecimento e execução é dominado pela ideia de os tribunais locais deverem intervir o menos possível. Várias são as decisões dos seus tribunais que seguem esta linha, melhor dizendo a quase unanimidade dessas decisões têm reconhecido e executado sentenças arbitrais estrangeiras, muito influenciadas pela ideia de tornar Singapura um centro internacional de arbitragem.

Distingue-se, no direito local, entre a *jurisdição primária*, competente para declarar nula uma sentença arbitral proferida no território do País, e a *jurisdição secundária* dos tribunais nacionais, competente por sua vez para reconhecer sentenças arbitrais estrangeiras. A interpretação do conteúdo e dos limites da ordem pública é mais restritiva na jurisdição secundária do que na primária.

a) *Erros de julgamento*

No caso *Asuransi Jasa Indonesia vs. Dexia Bank, SA* foi decidido que erros na interpretação e aplicação da lei ou erros em matéria de facto não impedem o reconhecimento e execução. A sentença arbitral nessas condições não deixa de vincular as partes.

b) *Definição de ordem pública internacional de Singapura*

Só nos casos em que a sentença arbitral *choque as consciências* ou é claramente ofensiva do *bem público segundo a apreciação de um homem médio bem informado* ou quando ofende os fundamentais conceitos de *morality and justice* podem constituir fundamento de recusa⁽⁸⁸⁾.

Na mesma linha, o tribunal de recurso de Singapura julgou, em 2007, que

... tendo as partes optado pela arbitragem, aceitaram os riscos de terem um limitado recurso aos tribunais estaduais.

⁽⁸⁸⁾ Ver *Deutsche Schachtbau vs. Shell International Petroleum Co. Ltd.* (1987) 2 Lloyd's Report 246, p. 254.

No caso *Government of the Republic of the Philippines vs. Philippine International Air Terminals Co., Inc.*, o Singapore High Court decidiu que não é fundamento de recusa de reconhecimento e execução a alegação de incorreção da sentença arbitral devido a pretensa má decisão em matéria de facto ou de direito. Um pedido de reconhecimento e execução de uma sentença arbitral estrangeira não é um recurso sobre o mérito da sentença, dado que esta é matéria de competência do tribunal do lugar da arbitragem e não do tribunal do reconhecimento⁽⁸⁹⁾.

c) Custos excessivos do processo arbitral

Também a jurisprudência de Singapura tem entendido que as questões relativas a custos arbitrados no processo arbitral, alegadamente exagerados, não é uma questão de ordem pública. Não há qualquer interesse público nessa matéria⁽⁹⁰⁾.

d) Proteção de litigantes vulneráveis

Mas, no caso *Otech Pakistan Put, Ltd. Vs. Clough Engineering Ltd. & Anor*⁽⁹¹⁾, entendeu que o significado da *pureza da justiça* no sentido de proteger litigantes vulneráveis deve prevalecer e não autorizar o reconhecimento.

C. A situação em países de grande economia emergente

Destacamos quatro destes países comumente identificados na gíria por BRIC, ou seja, o Brasil, a Federação Russa, a Índia e a China. Quer pela importância da sua economia, quer pela extensão e diversidade geográfica do seu território, têm interpretado, com exceção do Brasil mais recentemente, a ordem pública prevista na

⁽⁸⁹⁾ Ver *Journal of International Arbitration*, Vol. 25(6) (2008), p. 888.

⁽⁹⁰⁾ Ver o caso *VV vs. VW* (2008), S.G.H.C. 11 in *Journal of International Arbitration*, Vol. 26(1) 2009, p. 107.

⁽⁹¹⁾ Ver *Journal of International Arbitration*, Vol. 25(6) (2008), p. 887.

Convenção de Nova Iorque de forma tendencialmente protetiva dos interesses de ordem jurídica, económica e social interna, nacional ou meramente regional.

Importa recordar, a propósito, que a Convenção de Nova Iorque concede aos estados membros a faculdade de, sem descurar a sua finalidade, a poderem interpretar e aplicar com uma relativa liberdade.

Começemos, pois pelo primeiro daquele país.

Brasil

Este país lusófono experimentou inicialmente algumas dificuldades na implementação da lei de arbitragem (Lei n.º 9307, de 23 de Setembro de 1996), após ter passado por um processo de arguição de inconstitucionalidade.

Contudo, a Convenção de Nova Iorque foi implementada informalmente alguns anos antes da sua ratificação.

O art. 39.º da lei de arbitragem estabelece que o pedido de reconhecimento de uma sentença arbitral estrangeira deve ser recusado se o Supremo Tribunal Federal (hoje, a competência é do Tribunal Superior de Justiça) decidir que ela é ofensiva da *ordem pública nacional*.

Comparativamente, em Portugal, segundo os arts. 54.º e 61.º da LAV, uma sentença arbitral, tendo por objeto uma questão de arbitragem internacional em arbitragem localizada em Portugal, é uma sentença arbitral doméstica, tenha ou não aplicado direito estrangeiro. No Brasil, do mesmo modo, só é estrangeira a sentença que tiver sido proferida fora do Brasil.

a) Definição de ordem pública internacional brasileira

Num caso em que era alegado que uma sentença arbitral estrangeira violava a ordem pública brasileira e a soberania do Brasil, o Tribunal Superior de Justiça recusou esta alegação, afirmando⁽⁹²⁾ que o conceito de ordem pública não está escrito

⁽⁹²⁾ Caso *Thales Geo Solutions Inc. vs. Fonseca Almeida Representações e Comércio, Lda.*, decisão judicial de 17 de Agosto de 2005, in *Yearbook of Commercial Arbitration*, Vol. XXXII (2007), p. 272.

na lei. O art. 17.º da Lei Introdutória do Código Civil estabelece que as leis, os atos e as decisões de um outro país, tal como quaisquer declarações de intenção, não produzirão efeitos no Brasil se violarem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.

Simplesmente, o conceito de ordem pública em direito internacional privado tem sido caracterizado como a representação do espírito e do sentimento da comunidade nacional, em suma, uma filosofia social jurídica e moral da nação. Corporiza um conjunto de direitos privados cuja observância é requerida pelo estado por forma a assegurar um equilíbrio entre o estado e os indivíduos, salvaguardando os interesses essenciais da comunidade.

b) *Interdição da revisão de mérito e definição do âmbito de ordem pública internacional brasileira*

O Tribunal Superior de Justiça entende que as normas do Código Civil (referia-se a decisão ao anterior CC de 1916) não integram o conteúdo da ordem pública brasileira, seguindo, como é aliás a regra na jurisprudência do Brasil, uma posição restritiva no conceito de ordem pública.

Esta posição está bem ilustrada na decisão do Tribunal Superior de Justiça de 17 de Maio de 2006, que afirmou que o controlo judicial de uma sentença arbitral estrangeira está limitado aos seus aspetos formais, não sendo permitida a sua revisão de mérito. Os casos de oposição ao pedido de reconhecimento estão limitados ao que os arts. 38.º e 39.º da Lei n.º 9.307/96 estabelece (preceitos que correspondem ao art. V, números 1 e 2 da Convenção de Nova Iorque, esclareça-se).

Com maior profundidade, uma decisão do Supremo Tribunal Federal, de 7 de Abril de 1995, julgou que o controlo pelos tribunais brasileiros de uma sentença arbitral estrangeira, no domínio da apreciação do mérito, está limitado a questões relativas à *soberania nacional*, *ordem pública* e à *moral*, mas não à questão de mérito global para além destes apertados limites.

c) *Competência dos tribunais brasileiros do reconhecimento e execução*

Também o Tribunal Superior de Justiça, no caso *Atecs Manesmann GmbH vs. Redrimar S/A Transportes Equipamentos Industriais e Armazéns Gerais*⁽⁹³⁾ julgou que questões como a alegação da violação do princípio do enriquecimento injusto ou sem causa, que teria alegadamente sido cometida pela sentença arbitral estrangeira, não são questões da competência do tribunal a quem é solicitado o reconhecimento. Este apenas conhece de questões formais. Questões relativas a injustiça ou irregularidades praticadas no procedimento arbitral não é da competência dos tribunais brasileiros, com a única exceção daqueles casos em que estes podem intervir no reconhecimento ou execução de uma sentença arbitral estrangeira.

d) *Não reconhecimento por ausência da convenção de arbitragem*

Porém, no caso *Plexus Cotton Limited vs. Santana Têxtil Ltda.*, o Tribunal Superior de Justiça, através de decisão de 17 de Dezembro de 2008⁽⁹⁴⁾, recusou a homologação de uma sentença arbitral proferida no Reino Unido com fundamento no facto de a parte brasileira não ter assinado, num contrato de adesão, o texto escrito onde constava a cláusula arbitral.

Em resumo, aquele alto tribunal entendeu, e bem, o que é óbvio, ou seja, sem convenção de arbitragem não pode haver arbitragem.

Federação Russa

A jurisprudência deste país em matéria de reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras reflete um misto de inexperiência na matéria, atavismo e supervalorização do interesse

⁽⁹³⁾ In Yearbook of Commercial Arbitration, Vol. XXXV (2010), pp. 330 e segs.

⁽⁹⁴⁾ Ver, *idem*, Vol. XXXIV(2009), pp. 424 e segs.

nacional sobre os interesses do comércio internacional e em sentido contrário à previsibilidade existente no exterior da Federação Russa do que se espera dos tribunais de um estado membro da Convenção de Nova Iorque.

Todavia, existem já algumas decisões dos tribunais russos que tendem a afirmar os princípios e os propósitos da Convenção no sentido restritivo da aplicação da exceção de ordem pública, denotando, sobretudo nos tribunais de Moscovo relativamente aos de outras regiões da Federação, um entendimento pro-arbitragem⁽⁹⁵⁾.

Transcrevendo o comentário sobre a matéria do Dr. Anton G. Maurer, na ob. cit., pp. 229 e 230 (tradução livre):

O argumento da ofensa da ordem pública russa tem servido como fundamento para os tribunais russos recusarem o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras.

Globalmente, o quadro que emerge caracteriza-se por um misto de decisões na matéria; não há uma aplicação uniforme da exceção de ordem pública. Por um lado, um bom número de decisões credíveis denota uma interpretação restritiva da exceção de ordem pública; por outro lado, os tribunais Arbitrazh⁽⁹⁶⁾ por vezes seguem uma jurisprudência que transparece ser protecionista e anti-arbitragem, especialmente quando estão em questão sentenças envolvendo elevadas quantias. Examinando algumas decisões tomadas, é justo dizer que o Arbitrazh de Moscovo parece aplicar de forma mais restritiva a exceção de ordem pública do que tribunais de outras regiões da Rússia, embora com exceções.

A jurisprudência sobre a matéria tem-se desenvolvido lentamente na Rússia ...

E prossegue:

Evidentemente que levará tempo até que a prática estabilize ... e a execução na Rússia de uma sentença arbitral estrangeira se torne um procedimento previsível. Contudo, existe ainda uma tendência entre certos juízes para afirmar a primazia da ordem judiciária nacional sobre a ordem internacional da arbitragem comercial.

⁽⁹⁵⁾ Ver, para mais desenvolvimentos, Journal of International Arbitration, Vol. 27(3) (2010), p. 229.

⁽⁹⁶⁾ Ou seja, os tribunais russos com competência em questões arbitrais.

Alguns tribunais entendem que o não cumprimento por uma sentença arbitral estrangeira das disposições imperativas da lei russa constitui uma violação da ordem pública russa. Por isso, alguns juristas recomendam a limitação dos riscos de invocação da exceção de ordem pública mediante a adoção da lei russa como lei reguladora do contrato.

De facto, aparentemente, a invocação da exceção da ordem pública apenas procede se for aplicável uma lei estrangeira ao contrato⁽⁹⁷⁾. Outros tribunais têm entendido que o conceito de ordem pública russa é demasiado vago. Geralmente, não há distinção entre uma sentença arbitral errada e uma que viola a ordem pública; esta confusão deixa um campo vasto à aplicação da exceção de ordem pública.

Índia

A Índia é outro país de economia emergente em que a exceção de ordem pública não tem sido sempre aplicada de modo restritivo, apesar de o país ser membro da Convenção de Nova Iorque desde o seu início e, aliás, ter participado ativamente nos trabalhos de preparação do seu texto.

Tal como sublinha o mesmo autor, *loc. cit.*, p. 301, o exame do desenvolvimento das decisões do Supremo Tribunal da Índia demonstra, infelizmente, um convite às partes requeridas num processo de homologação para desenvolverem ações que representam uma perda de tempo no processo de reconhecimento e execução devido à permissividade da especulação e ao atraso dos procedimentos.

Pondo de parte os propósitos da Convenção de Nova Iorque e os do Parlamento da Índia e da própria lei de arbitragem de 1996 deste país, o Supremo Tribunal tem interpretado e aplicado de um modo demasiado liberal o conceito de ordem pública, apesar de proclamações feitas no sentido de seguir a posição política tomada por aquele Parlamento de proteção do comércio internacional mediante uma interpretação restritiva da ordem pública nacional.

⁽⁹⁷⁾ Ver OXANA PETERS e BERND SCHUMANN, *in* *Wirtschaft und Recht in Osteuropa* (WIRO)208, p. 332.

Assim, por exemplo no caso *Saw Pipes, Bhatia International*, apesar dos propósitos dos textos relevantes aplicáveis, isto é a Convenção de Nova Iorque e a lei de arbitragem do país, levaram o Supremo Tribunal, através da introdução de sua autoria de fundamentos de oposição ao reconhecimento e execução de uma sentença arbitral estrangeira que os colocou dentro da noção de ordem pública, a tomar uma claríssima e abusiva posição retrógrada sobre a arbitragem na Índia.

Assim, pode dizer-se que todos os altos tribunais do país têm arrogado para si o direito, por uma pretensa *competência inerente* ou *residual discricção*, de interpretar a ordem pública segundo as necessidades da comunidade indiana, comprometendo a aplicação da Convenção de Nova Iorque em conformidade com o direito internacional público.

Ainda está, assim, para evoluir decisivamente na Índia o tema do reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, embora se tenham verificado muito recentemente poucos casos de maior consonância com os padrões ocidentais. No entanto, a lentidão endémica dos tribunais indianos (entre 10 a 15 anos, em média) para obter decisão sobre o reconhecimento de uma sentença arbitral estrangeira ou para decidir uma ação sobre a validade de uma sentença arbitral doméstica comprometem a eficiência do sistema judicial do país na matéria.

China

Este é outro país em que não tem sido fácil a compreensão pelos tribunais chineses de hierarquia intermédia do significado e propósito da arbitragem internacional e da Convenção de Nova Iorque. Vários são, por isso, os tribunais no país em que o presumível interesse da ordem interna tende a sobrepor-se à ordem internacional, apesar de igualmente o país ser membro da Convenção de Nova Iorque desde 1987.

No entanto, um louvável esforço de não permitir que a China seja colocada fora da órbita do comércio internacional em que o país teria seguramente muito a perder, as decisões judiciais que

recusem o reconhecimento e execução de uma sentença arbitral estrangeira devem obrigatória e oficiosamente ser revistas pelo Supremo Tribunal do Povo.

Assim, para além deste alto tribunal emitir orientações vinculativas genéricas na matéria dirigidas aos tribunais inferiores e, igualmente de forma centralizada, outras orientações sobre como deve ser interpretada a Convenção de Nova Iorque, o Supremo Tribunal do Povo tem ultimamente tendido a assumir uma posição pro-arbitragem apesar de o país não deixar de constitucionalmente se afirmar como uma ditadura que governa em nome de uma aliança entre trabalhadores e camponeses.

Assim, em 83 casos analisados recentemente por Clarisse von Wunscheim, a defesa por exceção da ordem pública foi alegada por 16 vezes, tendo apenas em dois casos obtido sucesso. Segundo o Supremo Tribunal do Povo, a exceção de ordem pública não obteve qualquer êxito entre 2000 e 2007.

Tirando a exceção de ordem pública, a defesa com base nos outros fundamentos previstos na Convenção de Nova Iorque tem obtido sucesso, no conjunto dos 83 casos analisados, em 52 por cento dos casos contra 43 por cento em que o reconhecimento e a execução foi totalmente concedida, com 8 casos em que o reconhecimento foi apenas parcialmente concedido.

Contudo, o reconhecimento e a execução parece difícil quando se trate de sentenças arbitrais estrangeiras contrárias ao interesse de empresas pertencentes ou controladas pelo estado chinês.

Em geral, para além deste caso, o Supremo Tribunal do Povo tem-se mostrado relutante em recusar o reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras, só o fazendo *nos casos patentes de violação da soberania e da segurança do estado e dos valores morais essenciais da decência*⁽⁹⁸⁾.

Os tribunais inferiores não têm, porém, assumido uma atitude idêntica, restando por isso a revisão obrigatória pelo Supremo Tribunal das decisões de recusa.

⁽⁹⁸⁾ Ver Journal of International Arbitration, Vol. 24(6) (2007), p. 646.

D. Outros países

Austrália e Nova Zelândia

Fazem ambos parte do sistema jurídico anglo-saxónico, utilizando por isso o conceito de ordem pública internacional baseado em *good morals* ou *morality* e *natural justice*, para além de seguirem de perto o precedente jurisprudencial e o *case law* de Inglaterra.

Na fase difícil da clarificação do conceito de ordem pública internacional, há alguns anos atrás, houve manifestações de alguma incerteza que conduziram, em Queensland, à recusa do reconhecimento e execução de algumas sentenças arbitrais estrangeiras, mas que foram em parte superadas ultimamente com o auxílio de especialistas em arbitragem nomeados para assistir os juízes a decidir, aliás de modo semelhante ao método utilizado pela Cour d'appel de Paris, por exemplo.

São muito raros, hoje, os casos de recusa.

Países asiáticos

Na Indonésia e no Vietname, a título de exemplo, do mesmo modo que na Índia, o principal obstáculo é a lentidão do processamento de homologação que pode demorar 10 anos ou mais. Parece que a lentidão do procedimento é usado para desencorajar ou recusar na prática a execução nestes países de sentenças arbitrais estrangeiras.

A predictabilidade do reconhecimento e da execução também não está assegurada, não sendo raros os casos em que o direito positivo interno desses países seja invocado para fundamentar recusas.

A exceção é a Malásia. A existência de um centro de arbitragem bem estruturado — o KLRCA (Kuala Lumpur Regional Centre for Arbitration) — e uma comunidade arbitral reduzida mas esclarecida tem contribuído para colocar o país em matéria arbitral, incluindo no campo do reconhecimento e execução de sentenças

arbitrais estrangeiras, em conformidade com a prática arbitral comum nos países do bloco ocidental.

Médio Oriente

Não é igualmente previsível o reconhecimento e execução na maioria dos países dessa zona, ocorrendo mesmo alguns casos de cunho paroquial fruto da conceção reinante do poder autoritário local. No Qatar, por exemplo, tem sido recusado o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, bem como têm sido anuladas sentenças arbitrais proferidas em arbitragem doméstica, pelo facto de os árbitros não terem declarado na sentença que decidiam o litígio em nome de sua alteza o emir do país!...

Mesmo no Dubai, que tem tentado afirmar a importância do seu centro internacional de arbitragem — o DIAC (Dubai International Arbitration Centre) — em cooperação técnica com o Tribunal Permanente de Arbitragem, da Haia, pode padecer, ocasionalmente, o trabalho desenvolvido no domínio da arbitragem internacional, de certos constrangimentos próprios dos países da órbita árabe, tais como a lei da Sharia e outros.

Não é assim completamente previsível o reconhecimento e execução em países do Médio Oriente de sentenças arbitrais estrangeiras e, bem assim, no campo da validade de sentenças arbitrais domésticas ou internacionais proferidas no país.

América do Sul

Para além do Brasil, já tratado anteriormente de modo separado, ultrapassada que foi a corrente hostil à arbitragem, por parte dos tribunais estaduais dos países do sub-contidente latino-americano, tem-se desenvolvido ultimamente uma prática arbitral de primeira linha, quer no acolhimento e boa prática da arbitragem interna, quer no domínio do reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, de acordo com os padrões comuns dos países europeus e norte-americanos.

Todavia, tornaram-se incertos em matéria de arbitragem países como a Venezuela, o Equador (que denunciou a Convenção de Nova Iorque) e até mesmo a Colômbia.

Não é também seguro que na Argentina se espere total predicabilidade no reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras devido à situação económica que o país tem vivido nas últimas décadas.

África

Dos cinquenta e quatro estados africanos, dez adotaram ou seguiram de perto a Lei-Modelo da UNCITRAL, incluindo o Egito, Quênia, Maurícia, Nigéria, Tunísia, Uganda, Zâmbia e Zimbabué. Angola e Moçambique também não seguiram, até ao presente, nas suas leis arbitrais aquela Lei-Modelo, embora Moçambique se tenha inspirado em algumas disposições daquela lei.

A Convenção de Nova Iorque foi assinada e ratificada por trinta e oito dos cinquenta e quatro estados africanos.

Todavia, é claro que assinar e ratificar esta convenção não significa que ela seja interpretada e aplicada do mesmo modo como é feito nos países que mais se dedicam à arbitragem. Para além da lentidão no processo de reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras não está assegurado que a sua homologação na maioria dos estados africanos seja previsível.

Algumas surpresas e a possibilidade da utilização da ordem pública interpretada de modo lato onde caibam interesses económicos nacionais comuns podem impedir o reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras.

A existência de BITs (Bilateral Investment Treaties ou, em português, Acordos Bilaterais de Proteção de Investimentos) podem constituir instrumentos mais eficazes que assegurem o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras.

Igualmente, a escolha da localização da arbitragem em países não africanos mas que tenham firmado com o país ou os países africanos que interessa considerar para a finalidade do reconhecimento e execução de uma sentença arbitral originária do país da

localização de arbitragem pode constituir outra via com alguma eficácia.

Uma terceira via consiste, relativamente aos países africanos que não são membros da Convenção de Nova Iorque, como é o caso de Angola, em localizar a arbitragem no país no qual potencialmente se pretende ou pode vir a ser necessário executar uma sentença arbitral, designando-se árbitros não nacionais desse estado, muito particularmente o terceiro-árbitro. Se a lei de arbitragem local e o apoio dos tribunais estaduais à arbitragem for boa, a questão da exequibilidade da sentença arbitral pode estar assegurada.

A África do Sul não é parte da Convenção de Nova Iorque. Todavia, de um modo geral, os tribunais locais aplicam um conceito restritivo da ordem pública no reconhecimento e execução de sentenças arbitrais baseadas na legislação arbitral nacional ou em BITs. Porém, o reconhecimento e execução de sentenças (judiciais ou arbitrais) contra empresas do setor extrativo e outros sectores estratégicos carecem da autorização prévia das autoridades ministeriais da indústria para poderem ser processados nos tribunais competentes sul-africanos os pedidos de reconhecimento e execução.

A Maurícia tem desenvolvido um centro internacional de arbitragem de assinalável mérito — o MIAC (Mauritian International Arbitration Centre) —, apoiado pelo LCIA (London Court of International Arbitration) e pelo Tribunal Permanente de Arbitragem, localizado na Haia.

As leis locais são particularmente favoráveis à arbitragem e o país e o seu centro de arbitragem estão particularmente bem posicionados para a resolução de litígios, pela via arbitral, envolvendo empresas africanas.

Outros países africanos de assinalável atividade na arbitragem internacional incluem o Egito e a Nigéria.

9. As Normas de Aplicação Imediata (*Lois de Police*) e a Ordem Pública

Neste capítulo, trataremos da questão de saber se estas normas integram necessariamente ou não a ordem pública internacional do Estado português. Sem dúvida que isso sucede com a ordem pública interna, dado o seu carácter imperativo e auto-limitador da aplicação das normas de conflitos nacionais.

Todavia, a questão fica em aberto quanto à ordem pública internacional portuguesa.

Posta a questão noutros termos: todas as sentenças arbitrais estrangeiras que conflituem com uma lei interna portuguesa que contenha normas daquela natureza devem ou não ser recusadas em Portugal?

Na nossa opinião, as *lois de police* não fazem necessariamente parte da ordem pública internacional portuguesa, pois nem todas corporizam ou defendem valores ou princípios essenciais de ordem económica, social ou moral da comunidade portuguesa. Praticamente todas elas só se afiguram como normas de aplicação imediata por opção de uma determinada política legislativa que não seria assim se o legislador tivesse assumido outra política. A ordem pública internacional de um estado não se encontra necessariamente ao sabor de opções legislativas.

Um exemplo: será que a proteção do agente comercial nos termos do Dec. Lei n.º 178/86, de 3 de Julho, posteriormente alterado, relativamente às condições que autorizam a cessação do contrato, e regulam os seus efeitos, entre um agente comercial e o seu representado constitui matéria de ordem pública internacional do Estado português? Obviamente que não. Trata-se apenas de política legislativa na matéria, de certo louvável, mas não mais do que isso.

Sem dúvida que poderão, em teoria, existir normas daquela natureza que devam integrar a ordem pública internacional, mas isso deve corresponder à proteção ou regulação pela via do direito positivo de princípios e valores essenciais da comunidade nacional e não pelo simples facto de a norma se sobrepor à aplicação de uma lei estrangeira contrária.

10. A arbitrabilidade e a Ordem Pública

Não se confundem estas noções, nem as questões relativas à não arbitrabilidade devem necessariamente ser assimiladas ao conteúdo de ordem pública.

Tal como sucede com as normas de aplicação imediata acabadas de analisar, também a arbitrabilidade ou a não arbitrabilidade de um litígio corresponde ou, melhor dito, resulta essencialmente de uma opção do legislador. Ao invés, a qualificação da questão de ordem pública internacional tem a ver com valores ou interesses essenciais de uma comunidade que não estão globalmente definidos, como tal, no direito positivo e que só se alcançam por uma avaliação da aplicação do critério que a qualifica como tal a uma questão concreta.

Assim, o legislador, no art. 1.º, números 1. e 2., da LAV, fixa o critério da distinção entre litígio arbitrável e não arbitrável. Trata-se de pura opção jurisdicional, embora correta face ao estágio atual da evolução da arbitragem: os tribunais do estado têm competência global para o julgamento de qualquer questão da sua competência legal, salvo se, nas matérias em que o legislador entende que também os tribunais arbitrais podem exercer jurisdição as partes tenham, mediante uma convenção de arbitragem, acordado cometer à arbitragem a dirimção de certos litígios.

A definição das matérias em que isso é legalmente admitido está genericamente contida naqueles preceitos do art. 1.º da LAV.

Claro que uma questão concreta não arbitrável pode também, concomitantemente, integrar a ordem pública internacional portuguesa. Simplesmente, isso sucederá apenas mediante a aplicação do critério da qualificação de ordem pública internacional a uma determinada questão e não pelo critério do que não é, *tout court*, arbitrável.

Aliás, a análise do que deve ser arbitrável ou não antecede a avaliação da integração ou não da questão no conteúdo de ordem pública internacional.

Assim, só as questões arbitráveis podem ser avaliadas como atinentes ou não à ordem pública internacional do Estado português. Se não forem arbitráveis, a avaliação da questão face à ordem pública não chega a colocar-se por disposição imperativa da lei,

quer se trate de verificação da validade da sentença arbitral proferida no âmbito da arbitragem interna (art. 46.º, número 3., alínea *b*), subalínea *i*), da LAV), quer se trate de reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras (art. 56.º, número 1., alínea *b*), subalínea *i*) da LAV e art. V, número 2., alínea *a*) da Convenção de Nova Iorque).

11. Conteúdo da Ordem Pública Internacional do Estado português

Portugal está vinculado a executar a Convenção de Nova Iorque desde a data da sua ratificação.

É certo que, como já assinalámos anteriormente, a Convenção de Nova Iorque não obriga a uma interpretação uniforme dos seus preceitos. A sua mais lata interpretação (interpretação ampla ou liberal) ou menos lata (interpretação restritiva ou super restritiva) ficam a cargo dos tribunais dos estados membros, mas nunca sem esquecer e deixar de cumprir a finalidade essencial da Convenção: a assunção por todos os membros de uma posição em favor da arbitragem internacional, quer mediante o reconhecimento das convenções de arbitragem quer, conseqüentemente, o reconhecimento e execução das sentenças arbitrais estrangeiras que são qualificadas como tal nos termos da Convenção. Este desiderato é de observação obrigatória.

Deste modo, o sentido da interpretação e aplicação em Portugal ou em qualquer outro estado membro da Convenção de Nova Iorque não pode deixar de observar este propósito, o que, tal como resulta da análise da jurisprudência nos mais importantes países cultores da arbitragem e alguns deles situados geográfica e culturalmente na mesma região de Portugal, não deve deixar de ser uma interpretação restritiva da exceção de ordem pública e uma posição global em favor da arbitragem por imperativos de direito internacional público que vinculam os estados membros.

Assim, a LAV, e bem, indica claramente que a exceção de ordem pública relevante à luz da qual deve ser interpretada e apli-

cada, quer a LAV (art. 56.º, número 1, alínea *b*), subalínea *ii*), quer o art. V, número 2., alínea *b*), da Convenção de Nova Iorque), é a *ordem pública internacional do Estado português*.

E, como já vimos anteriormente, no capítulo 2., *supra*, a ordem pública internacional, se bem que não tenha, e dificilmente poderia ter, um sentido preciso, é muito mais restrita do que a ordem pública interna que é claramente inapropriada em matéria de reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras.

E mais, nesta matéria, a interpretação e aplicação da ordem pública internacional do Estado português só pode constituir fundamento de recusa do reconhecimento e execução quando o resultado destes atos sejam *manifestamente* incompatíveis com a ordem pública internacional portuguesa.

Assim, muito embora esta tenha o mesmo conteúdo, quer em sede do reconhecimento e execução, quer em sede de anulação de sentenças arbitrais domésticas (art. 46.º, número 3., alínea *b*), subalínea *ii*) LAV), o certo é que no reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras o intérprete deve ser, na dúvida, claramente mais restritivo. Igualmente, o intérprete, observando o texto da Convenção, pode (*may* na versão inglesa da Convenção e não *must*), homologar uma sentença estrangeira mesmo quando ela, ou seja, o seu conteúdo, conflitar com a ordem pública internacional portuguesa se o resultado da sua homologação não ofender aquela ordem pública internacional do Estado português.

Esta conclusão permite, assim, inferir, que a exemplo do que sucede em grande parte dos países que mais se dedicam à arbitragem, o tribunal português do reconhecimento e execução tem contrariamente a faculdade, não a obrigação, nas condições referidas, de recusar o reconhecimento ou a execução de uma sentença arbitral estrangeira segundo o grau da sensibilidade que tiver às questões da sua ordem pública internacional.

A jurisprudência nacional em matéria de reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras é escassa como escasso tem sido, ao longo dos anos, o movimento de pedidos de homologação em Portugal de sentenças arbitrais estrangeiras.

O maior número de acórdãos conhecidos não se refere a arbitragem, mas a questões de natureza cível em geral, tema em que os

pressupostos e a finalidade da Convenção de Nova Iorque a que Portugal está vinculado não se aplicam. Vejamos as matérias principais em que a jurisprudência portuguesa tem tomado posição em temas de reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras.

a) *Falta ou insuficiente fundamentação da sentença arbitral estrangeira*

Sobre a falta ou a insuficiente fundamentação de uma sentença arbitral estrangeira como causa de recusa da homologação, a jurisprudência portuguesa tem balançado, desde o acórdão da Relação de Lisboa de 13 de Maio de 1999 que exigiu, como condição de concessão do *exequatur*, a fundamentação sobre a matéria de facto, até ao acórdão da Relação de Évora de 30 de Outubro de 1986 e o acórdão do STJ de 30 de Janeiro de 1990, que requereram apenas que a sentença arbitral deve dar apenas uma ideia geral de fundamentação. Igualmente, tem interesse ver o acórdão da Relação de Coimbra de 8 de Abril de 1980 e o acórdão do STJ de 20 de Junho de 2000, nos termos dos quais a avaliação de uma sentença arbitral estrangeira deve ser feita em face do seu sentido e não dos seus fundamentos.

Em nossa opinião, deve a propósito ser tido em atenção o facto de muitas serem as leis arbitrais (v.g. a alemã) que não exigem a fundamentação de uma sentença arbitral para que a sentença seja válida. Assim, pergunta-se, como poderia uma sentença proveniente da Alemanha e proferida segundo a lei deste país, ofender a ordem pública internacional portuguesa pelo facto de se encontrar desprovida de fundamentação? Não vemos como se pode concluir deste modo. O tribunal português não tem competência para apreciar sequer o bem ou mal fundado da sentença arbitral, pois isso poderia violar o princípio da interdição do conhecimento do mérito da sentença arbitral que é afirmado pela LAV (art. 46.º número 9, por analogia e, bem assim, o âmbito limitado da função jurisdicional dos tribunais portugueses no reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras restrita apenas a essas duas finalidades de reconhecimento e execução e nada mais).

Assim, mesmo que a *lex arbitri* requeira a fundamentação e ela não tiver sido feita pelo tribunal arbitral teria competido às partes arguir a nulidade nos tribunais da *lex arbitri*. Nada pode na matéria fazer o tribunal português do reconhecimento e, só por isso, não pode recusar o seu reconhecimento e execução.

Evidentemente, que deve ter elementos suficientes para avaliar se a ordem pública internacional portuguesa é ofendida ou não. Mas, a recusa pura e simples, sem estar o tribunal seguro daquele facto, não pode, a nosso ver sequer na dúvida, recusar o reconhecimento, pois isso contraria o propósito de proteção do comércio internacional da Convenção de Nova Iorque.

Esta conclusão é hoje sufragada com a letra e o espírito do art. 56.º, número 1., alínea *b*), da LAV, ao afirmar que o que pode impedir o reconhecimento e execução de uma sentença arbitral estrangeira é o *resultado* que estes atos podem produzir na ordem pública portuguesa e não, concreta e definitivamente, se, formalmente, a sentença arbitral estrangeira contém ou não fundamentação ou fundamentação suficiente.

Na verdade, estamos no domínio dos direitos privados e no da proteção da fluidez do comércio internacional, em que seguramente os interesses ou valores essenciais ou fundamentais da ordem portuguesa dificilmente e de forma manifesta poderiam a partida estar em causa.

b) Outros arestos jurisprudenciais sufragando o reconhecimento e a execução

São de salientar ainda na jurisprudência portuguesa os acórdãos do STJ de 9 de Outubro de 2003 (a ordem pública relevante é a internacional em matéria de homologação de sentenças arbitrais estrangeiras); de 2 de Fevereiro de 2006 (a exigência de carta registada com aviso de receção na citação para o processo arbitral e o uso da língua oficial do citando não integram a ordem pública internacional portuguesa e de 10 de Julho de 2008; os acórdãos da Relação de Lisboa de 29 de Novembro de 2007 e de 12 de Julho de 2012 (não viola a ordem pública internacional portuguesa a condenação do demandado numa cláusula penal).

Para maior desenvolvimentos na matéria, ver o nosso *Manual de Arbitragem*, 2.^a ed., Almedina, 2013, sobretudo pp. 460 e segs.

12. A vinculação do Estado português ao cumprimento da Convenção de Nova Iorque de 1958

Como se viu ao longo deste artigo, os tribunais portugueses competentes não têm discricionariedade na matéria relativamente à execução dos preceitos da Convenção de Nova Iorque. Pelo contrário, corresponde a um imperativo da comunidade internacional cumpri-la.

E mais, atendendo à subsidiariedade da Convenção em conformidade com o disposto no seu art. VII esta apenas pode deixar de ser aplicada se outros tratados ou leis internas de cada estado forem mais favoráveis ao reconhecimento de convenções de arbitragem e de sentenças arbitrais estrangeiras do que o regime estabelecido pela própria Convenção e o requerente tiver alegado esse facto em seu benefício.

A integração de Portugal no grande bloco da União Europeia e a sua tradição histórica e civilizacional entre os estados do continente europeu de raiz civilística impõe-lhe uma atitude de respeito por aqueles instrumentos imprescindíveis ao comércio internacional.

13. A questão do reconhecimento integral ou apenas parcial de uma Sentença Arbitral estrangeira

Tanto a Convenção de Nova Iorque, como a LAV, contemplam esta matéria.

Efetivamente, o art. V, número 1., alínea *c*), segunda parte, da Convenção e o art. 56.º, número 1., alínea *a*), subalínea *iii*), segunda parte, permitem essa solução.

No entanto, é necessário ter em conta que o requisito da sua admissibilidade não depende apenas da possibilidade de dissociação ou destacamento das matérias submetidas a arbitragem das que

o não são em abstrato ou das que o não foram em concreto no texto da sentença arbitral.

Assim, apenas é admissível a solução, desde que o vício que afeta a sentença arbitral não afete globalmente todo o processo. Afetarão a totalidade da sentença os vícios que fundamentam a recusa previstos no art. V, número 1, alíneas a), b), d) e e) da Convenção ou o art. 56.º, número 1., alínea a), subalíneas i), ii), iv) e v) da LAV.

Porém, as matérias previstas no art. V, número 2., alíneas a) e b) da Convenção e art. 56.º, número 2., alínea b), subalíneas i) e ii), da LAV permitem a dissociação ou destacamento das matérias arbitráveis ou não afetadas pelas execução de ordem pública daquelas em que isso acontece. Nesse caso particular, o reconhecimento ou execução parcial são permitidos.

14. Conclusões

Resumindo e concluindo sobre o que foi dito de particularmente relevante ao longo deste trabalho:

1. O conceito de ordem pública não está definido na lei, nem em convenções internacionais. Resulta mais da avaliação que seja feita aos princípios e ao conteúdo fundamentais em que se baseia a ordem jurídica, económica, social e ética de uma determinada comunidade nacional do que da existência de uma norma escrita ou mesmo costumeira. Assim, a avaliação deve centrar-se mais na *sensibilidade axiológica* do que numa constatação positiva e evidente. Tratando-se de um conceito abstrato, apenas pela via da sensibilidade valorativa é possível chegar a uma conclusão fundamentada do conteúdo da ordem pública internacional de uma determinada comunidade nacional. Deixámos caracterizado no início deste trabalho as modalidades de ordem pública, interessando-nos aqui apenas a que releva no campo do reconhecimento e execução de

sentenças arbitrais estrangeiras que é o objeto principal deste estudo, isto é, a ordem pública internacional de um determinado estado.

2. Dado o exposto, importa assim e desde logo realçar que a matéria relativa ao reconhecimento e execução de uma sentença arbitral interessa ao mundo do Direito. Uma sentença de um órgão jurisdicional constitui uma fonte produtora de efeitos jurídicos. Por isso, são valores que importam ao Direito os relativos ao conteúdo e aos princípios da ordem pública. O que sucede, porém, é que nem todos esses valores são necessariamente regulados pelo Direito ou formam parte do conteúdo de normas jurídicas.

A sensibilidade da comunidade nacional, caracterizada fortemente pela cultura monogâmica judaico-cristã, requer porventura que a bigamia careça de uma norma jurídica que a proíba? Pensamos que não. Todavia, a existir uma norma que assim estabelecesse, e é o caso em certos países, ela não deixa de integrar, também ela, o que já era uma forte evidência na comunidade de grande parte dos países do mundo.

Os conceitos da Ética, da Moral ou mesmo da Religião que também podem integrar a ordem pública internacional de um determinado estado ou, ao menos, fortemente influenciar parte dos seus valores carecem também de uma norma jurídica para lhe dar conteúdo jurídico? De novo, pensamos que não.

3. Interessando a ordem pública ao Direito, começemos por analisar elementos deste para os confrontar com o conceito daquela.

É particularmente seguida, se bem que hoje em dia ainda com alguma resistência, a tese da interpretação do conceito e limites da *ordem pública* consagrada no art. V, número 2., alínea b), da Convenção de Nova Iorque no sentido da exclusão dos *princípios gerais de direito* do conceito de ordem pública internacional.

Na verdade, para alguns, com razão, os princípios gerais de direito não são universalmente entendidos da mesma forma em todos os lugares do Mundo ou, pura e simplesmente, não são reconhecidos como tal. Embora, de modo muito dilatado, geográfica e culturalmente, possa verificar-se a sua aceitação, não é seguro que, por exemplo, o princípio da proibição do enriquecimento injusto ou sem causa seja entendido por toda a parte e por todos os povos e culturas exatamente do mesmo modo.

Isto posto, pergunta-se, porém, se, ainda assim, os estados que seguem esse princípio e muitos outros há (o princípio *pacta sunt servanda*, etc., etc.) têm a legitimidade para o impor a outras ordens jurídico-culturais diversas, recusando uma sentença estrangeira que conflitua com esses princípios?

A resposta deve buscar-se, no que à Convenção de Nova Iorque — o mais importante instrumento mundial na matéria — diz respeito, quer nos seus trabalhos preparatórios, quer no modo como ela tem sido entendida e aplicada. O que se disse neste trabalho, sobretudo no capítulo número 8, leva-nos a concluir que interessa mais reter e entender o significado do conceito de *princípios essenciais ou básicos ou fundamentais* da ordem pública internacional de um determinado estado do que os seus *princípios gerais de direito*.

Claro que estes poderão ou não integrar aqueles, mas dificilmente resistem ao argumento, verdadeiro aliás, de que não só não compete aos tribunais do reconhecimento ou execução julgar ou apreciar de novo o que os árbitros já apreciaram em assuntos que são tanto da sua competência como da dos tribunais estaduais da localização da arbitragem, como ainda que compete às partes ou, na sua falta, aos árbitros definir a lei aplicável ao litígio e não aos tribunais nacionais da homologação.

4. Esta asserção aplica-se tanto aos princípios gerais de direito de determinada ordem jurídica nacional como à lei

positiva, por maioria de razão, desse estado ou estados interessados numa determinada arbitragem.

Por outras palavras, é natural que as várias leis suscetíveis de serem chamadas a resolver um litígio sejam diferentes ou, ao menos, não inteiramente coincidentes com a lei de um outro estado a cujos tribunais seja solicitada a homologação de uma sentença arbitral estrangeira.

Não é, nem pode ser da ordem pública internacional de um estado o monopólio da aplicação da sua lei, impedindo que outras leis, em questões de direito privado, com toda a legitimidade para a sua aplicação, sejam iníquas quando confrontadas com aquela primeira.

Isto leva mesmo à conclusão, patente, aliás, na redação do art. V, número 2 (corpo) da Convenção, ao utilizar o verbo *poderão*⁽⁹⁹⁾ e não *deverão*, que mesmo que se demonstre a existência de qualquer dos fundamentos de recusa de uma sentença arbitral estrangeira, quer os previstos no número 2., quer no número 1. do art. V, o tribunal nacional de um estado membro pode, ainda assim e segundo a sua discricção, homologar uma sentença arbitral.

5. E isto é assim por várias razões, de entre as quais salientamos: em primeiro lugar, o objeto das sentenças sujeitas a homologação respeita a *questões de direito privado*, assumindo natureza comercial que, de certo, pouco impacto terão na idiosincrasia jurídica, económica, social e ética da comunidade nacional onde se pretende obter o seu reconhecimento e execução, quando legitimamente foi outro o direito aplicado ao fundo da causa ou aos procedimentos; em segundo lugar, *a preservação do propósito de facilitação, até ao ponto mais longe possível, do comércio internacional e, conseqüentemente, a previsibilidade,*

⁽⁹⁹⁾ Deve ser realçado que a versão portuguesa da Convenção que, aliás, integra o texto publicado no Diário da República, não é oficial.

Mas se tivermos em atenção a versão em língua inglesa que também foi utilizada em todos os trabalhos preparatórios da Convenção, o verbo utilizado é *may* (pode) e não *shall* ou *must* (deve), tal como já referimos *supra* (nº 8.3.).

internacionalmente consagrada num instrumento internacional da iniciativa da ONU, *do reconhecimento e execução de sentenças arbitrais na matéria*⁽¹⁰⁰⁾ noutros estados diferentes daquele onde foi proferida a sentença ou onde se localizou o tribunal arbitral.

6. Neste contexto, mesmo os casos de *fraude* cometida na sentença ou no processo (perjúrio, corrupção, etc.) têm sido considerados por várias decisões jurisprudenciais de alguns estados (ver capítulo número 8 deste trabalho, sobretudo as jurisprudências norte-americana, canadiana e mesmo a japonesa, que seguem um critério super restritivo do conteúdo da ordem pública), como não impeditivos do reconhecimento e execução, com o argumento de que não compete aos tribunais nacionais conhecer do mérito da sentença arbitral ou mesmo, em matéria procedimental, de questões que só aos tribunais nacionais do estado da localização da arbitragem ou onde foi proferida a sentença arbitral compete, ou teria competido conhecer.
7. Para além disto, existem outras matérias em que se pode discutir se se incluem ou não no conceito de ordem pública internacional de um estado nacional, concretamente as seguintes, *verbi gratia*:

a) *Definição da ordem pública internacional face à Constituição*

A jurisprudência do Tribunal Supremo de Espanha tirada no caso *Saroc, SpA vs. Sahec, SA*, citado no capítulo 8 deste trabalho e no que se refere à privação dos direitos de apresentação do caso e de formulação de defesa, entendeu que ela pode constituir violação da ordem pública internacional do Estado espanhol.

⁽¹⁰⁰⁾ Embora, deve dizer-se, a Convenção não vise a sua aplicação apenas a litígios de natureza comercial tal como resulta do disposto no art. 1, número 3, *in fine*, embora a grande maioria sejam dessa natureza. E, sendo esse o caso, claro que a ordem pública terá de ser vista e ponderada à luz dos interesses e valores não comerciais específicos.

Aliás, essa situação, no direito português, encontra-se prevista na LAV, quer no art. 46.º, número 3., alínea *a*), subalínea *ii*), quer no art. V, número 1., alínea *b*), da Convenção de Nova Iorque.

Deste modo, não deve, na maioria dos casos, chegar a colocar-se a questão tratada pelo aresto do Tribunal Supremo de Espanha *in casu* no âmbito da exceção de ordem pública, pois esta só é, em regra, apreciada após a sentença arbitral ter sido testada face aos fundamentos de anulação, tratando-se de sentença arbitral doméstica, ou de reconhecimento e execução, tratando-se de sentença arbitral estrangeira, previstos respetivamente nas disposições legais próprias do número 1. dos arts. 46.º ou 56.º da LAV ou no art. V, número 1., da Convenção.

Outras disposições de uma determinada constituição, ou não têm aplicação a questões de natureza comercial ou não comercial arbitráveis ou, se for o caso, só integrarão a ordem pública internacional do Estado português se tratarem de valores ou interesses fundamentais ou básicos da comunidade portuguesa que caracterizam o conteúdo da sua ordem pública internacional. Em resumo, não basta ser constitucional para significar necessariamente a sua pertinência àquele conteúdo da ordem pública internacional portuguesa.

b) Requisitos da violação da ordem pública internacional

Alguma jurisprudência mais representativa tem afirmado que a ofensa da ordem pública internacional deve ser *flagrante, efetiva, real e concreta* (jurisprudência francesa); ou constituir *ofensa grave* (jurisprudência alemã); ou *a necessidade de se tratarem de princípios fundamentais ou essenciais da ordem jurídica* (jurisprudência suíça); ou a execução da sentença se revelar *claramente ofensiva* do bem público ou que a sua execução se torna *totalmente ofensiva* para o senso de um homem comum bem informado (doutrina inglesa de Burrough J.).

c) Interdição de apreciação do mérito da sentença arbitral estrangeira

É praticamente unânime a jurisprudência e a doutrina internacionais segundo as quais os tribunais do reconhecimento e execu-

ção não devem apreciar o mérito da decisão sujeita a homologação, salvo quanto à questão concreta, e exclusivamente para esse efeito da apreciação da ofensa da ordem pública internacional do estado do foro, quando o mérito da sentença puder ser arguido de violação daquela ordem pública.

d) *Erros de julgamento e de decisão da matéria de facto ou de direito*

Estas questões não podem constituir fundamento de recusa de reconhecimento e execução. Isso é exclusivamente matéria da competência do tribunal arbitral e dos tribunais de estado do lugar da arbitragem.

e) *Requisito restritivo da violação da ordem pública internacional*

Tal como no direito francês (art. 1514.º do CPC), o direito arbitral português requer que o reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral estrangeira não se mostrem *manifestamente* contrários à ordem pública internacional do Estado português (art. 56.º, número 1., alínea b), subalínea ii) da LAV).

Assim, muito embora o conteúdo da ordem pública internacional do Estado português seja, essencialmente, na sua base, o mesmo quer se trate de arbitragem doméstica e para efeitos de apreciação da validade da sentença arbitral (art. 46.º, número 3., alínea b), subalínea ii) da LAV), quer de arbitragem estrangeira e para efeitos de reconhecimento e execução em Portugal, de sentenças arbitrais estrangeiras, o significado do advérbio *manifestamente* consiste na fixação de um critério mais fino e restritivo, nomeadamente na dúvida, de apreciação do conteúdo da ordem pública internacional portuguesa, apenas devendo concluir-se pela recusa quando seja manifesta a violação (vide mais desenvolvidamente a questão da interpretação do preceito in 8.3 *supra*).

No mesmo sentido, *inter alia*, a jurisprudência do Supremo Tribunal alemão (Ver BGHZ55, p. 55).

f) *Prolação da sentença arbitral fora de prazo*

Segundo a jurisprudência francesa, tirada no caso *Dubois & Vanderwalle vs. Boots Frites BV*, é de ordem pública internacional do Estado francês a prolação de uma sentença arbitral para além do prazo fixado, dado que cessaram os poderes dos árbitros para tanto, atendendo ao caráter contratual da arbitragem.

g) *Falta de independência e de imparcialidade dos árbitros e a falta de auto-verificação de poderes*

A falta de independência e de imparcialidade do tribunal arbitral pode constituir violação da ordem pública internacional segundo certa jurisprudência estrangeira (ver v.g. jurisprudência do Supremo Tribunal alemão in *Yearbook of Commercial Arbitration*, Vol. XXIX (2004), p. 713).

Igualmente, a falta de verificação prévia de poderes pelo próprio tribunal arbitral constitui, segundo v.g. certa jurisprudência alemã (ver *supra* lugar citado), violação da ordem pública internacional alemã.

h) *Violação de leis da concorrência*

A violação das leis da concorrência tem sido contraditoriamente avaliada na jurisprudência internacional como matéria integrante da ordem pública internacional de cada estado. Na jurisprudência do Tribunal Europeu de Justiça (no caso *Ecoswiss China*) e nas jurisprudências francesa e alemã (ver BHG NJW de 1986, pp. 3027 e segs.), o direito da concorrência em matérias não contratuais de concentração de empresas tem sido considerada matéria de ordem pública, desde que estejam de facto em causa interesses essenciais ou fundamentais de ordem económica nacional (isto é deste modo citado expressamente no caso da decisão do Supremo Tribunal alemão) ou, no caso da jurisprudência francesa, a alegação consistente na violação das leis da concorrência deve visar a demonstração de que ela é flagrante, efetiva, real e concreta.

i) *Violação dos requisitos de forma de ato jurídico*

Ela não constitui violação da ordem pública internacional, na sequência do decidido, entre outra importante jurisprudência, igualmente pelos tribunais alemães.

j) *Aplicação de taxas de juro excessivas*

A aplicação de *taxas de juros excessivas* tem permitido também jurisprudência não uniforme. Enquanto uns tribunais têm decidido que a aplicação de taxas de juros excessivas que ultrapassam a sua finalidade compensatória para assumirem verdadeira natureza penalizadora viola a ordem pública internacional do estado do foro (vide jurisprudência austríaca in *Yearbook of Commercial Arbitration*, Vol. XXX (2005), p. 435); outros tribunais, porém, têm entendido que se trata de matéria da competência dos tribunais estaduais da localização da arbitragem e que só em casos extremos de flagrante e concreta imoralidade poderá afrontar a ordem pública do estado do reconhecimento e execução.

l) *Falta de fundamentação ou insuficiente fundamentação*

A falta de fundamentação ou de fundamentação insuficiente de uma sentença sujeita a pedido de homologação não é, em geral, motivo de recusa do seu reconhecimento e execução.

m) *Sentença arbitral injusta ou danosa*

A alegação de que *a sentença arbitral é injusta e danosa* por ter sido submetida a um tribunal arbitral por via de uma câmara arbitral pertencente a uma associação de que uma das partes era membro também não constitui, só por si, motivo de recusa (jurisprudência do Supremo Tribunal de Espanha no caso *Pueblo Film Distribution Hungary KFT vs. Laurenfilm, SA*).

n) *Cautelas a observar na aplicação do critério super restritivo*

Deve entender-se que *a decisão de não recusa de uma sentença arbitral estrangeira baseada no facto de se ter entendido*

não competir ao tribunal da homologação a apreciação de matéria que é da competência dos tribunais estaduais do lugar da arbitragem não deve ser entendida demasiado latamente sob pena de se reduzir acentuadamente a relevância da ordem pública internacional do estado da homologação. Atendendo ao estado atual da arbitragem internacional, a ordem pública internacional do estado da homologação impor-se-á sempre que estiverem em causa os valores e interesses essenciais ou fundamentais da comunidade respetiva. O que significa que as questões em que isso não suceda, e sempre em nome da proteção do comércio internacional e, também, tendo em atenção que não compete aos tribunais do reconhecimento e execução a reavaliação do mérito da decisão tomada na sentença arbitral sujeita a homologação, é correta a decisão de remeter para a jurisdição da *lex arbitri* a competência na matéria.

o) Punitive damages (indenização sancionatória)

A condenação de uma parte em *punitive damages* (indenização sancionatória), típica do direito norte-americano, tem sido considerada violadora da ordem pública internacional em muitos estados europeus.

p) Excessivos custos do processo arbitral

Por seu turno, custos desta natureza não têm sido, em geral, considerados caso de violação da ordem pública internacional (ver por ex. a jurisprudência alemã).

q) Equivalência de conceitos

O conceito de princípios essenciais ou fundamentais de ordem jurídica, económica, social ou ética de uma comunidade utilizado nos países que adotam o direito civil e o conceito de *good morals, morality and justice* ou *natural justice* do sistema jurídico anglo-saxónico são praticamente equivalentes.

r) Outras matérias

Para além das matérias referidas nos locais imediatamente antecedentes, outras têm sido tratadas pela jurisprudência e citadas neste trabalho que incluem, *inter alia*:

Podem não ofender, em geral, a ordem pública internacional:

- i) Questões de arbitrabilidade face à ordem pública internacional (v.g. EUA)*
- ii) Deliberações dos árbitros (v.g. jurisprudência austríaca)*
- iii) Diferenças linguísticas (v.g. jurisprudência espanhola)*
- iv) Falta ou insuficiência de provas, errada decisão e excessivo formalismo da sentença arbitral (v.g. jurisprudência espanhola)*
- v) Fraude, perjúrio e corrupção (a jurisprudência divide-se: uma considera que é matéria da competência dos tribunais do local de arbitragem ou do local onde a sentença foi proferida (v.g. EUA e República da Coreia) e outra considera que são motivo de recusa (ex. Canadá e Inglaterra mas só se não tiver sido arguida nos tribunais da *lex arbitri*)*
- vi) Irrelevância da contradição entre a lei substantiva ou processual arbitral da *lex arbitri* e a lei interna do estado da homologação (v.g. jurisprudência canadiana e coreana)*
- vii) Manifesto desrespeito da lei (*manifest disregard of law*, v.g. jurisprudência EUA)*
- viii) Prescrição de direitos e estipulações contratuais unilateralmente fixadas (v.g. jurisprudências canadiana e espanhola)*
- ix) Violação de boas relações internacionais (v.g. jurisprudência inglesa)*
- x) Violação de legislação sobre sanções económicas (v.g. jurisprudência EUA)*

- xi) Violação de normas imperativas da lei de processo do estado do reconhecimento que não digam respeito aos princípios fundamentais do processo arbitral (v.g. jurisprudência coreana)
- xii) Violação de leis cambiais ou fiscais estrangeiras (v.g. jurisprudência inglesa).

Podem ofender, em geral, a ordem pública internacional de um estado:

- xiii) Caducidade ou nulidade da convenção de arbitragem (ver, nomeadamente, a Convenção de Nova Iorque e v.g. jurisprudências alemã e inglesa)
- xiv) Violação:
 - de *natural justice* (v.g. jurisprudência inglesa)
 - dos bons costumes (v.g. jurisprudência suíça)
 - do propósito da Convenção de Nova Iorque (jurisprudência vária)
 - dos compromissos internacionais resultantes da assinatura da Convenção de Nova Iorque (jurisprudência vária, v.g. EUA)
 - do princípio fundamental da liberdade contratual
 - grave da ordem pública transnacional (que seja simultaneamente da ordem pública nacional do estado da homologação) (v.g. jurisprudência inglesa)
 - pelos árbitros de deveres essenciais (v.g. jurisprudência suíça).

As seguintes matérias importantes, *inter alia*, referidas neste trabalho têm tido acolhimento na jurisprudência estrangeira:

- aplicação facultativa da exceção de ordem pública como fundamento (interpretação super restritiva da ordem pública) de não recusa de uma sentença arbitral estrangeira (v.g. jurisprudência EUA, Rep. da Coreia, Canadá, Japão e muitas outras decisões jurisprudenciais de vários

estados), apesar de a sentença estrangeira poder conflitar com a ordem pública internacional do estado da homologação

- a obrigação de cumprimento dos compromissos internacionais assumidos pelos estados firmantes da Convenção de Nova Iorque, observando o que ela dispõe (v.g. jurisprudência EUA, entre muitas outras decisões jurisprudenciais de outra origem)
- a jurisprudência inglesa tem acentuado em várias decisões os fundamentos gerais de recusa de uma sentença arbitral estrangeira para além da violação da *Natural Justice*
- a sequência sucessiva e não simultânea de aplicação do número 1. e do número 2. do art. V da Convenção de Nova Iorque.

Estas são, pois, em resumo, algumas das principais questões em que a discussão sobre a sua inclusão na ordem pública internacional dos estados do foro, à luz da Convenção de Nova Iorque e da legislação nacional de países membros desta, tem tido lugar.

Permanecem incertas algumas questões sobre a sua inclusão na ordem pública, dado o carácter abstrato da matéria, mas esperamos que a indefinição de critérios de avaliação possa ficar atenuada com o presente trabalho, apesar da sua singeleza.

Esperemos, dado o esforço que a jurisprudência e a doutrina internacionais têm feito, e de que aqui se deu um breve relato, não permita mais o comentário jocoso de alguns doutrinadores ingleses do passado de que o conteúdo da ordem pública relevante no domínio do reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras se comporta como um *unruly horse* (cavalo sem governo) para passar a ser algo concretizável e com conteúdo prático.

A EXTENSÃO DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM NO QUADRO DOS GRUPOS DE EMPRESAS E DA ASSUNÇÃO DE DÍVIDAS: UM VISLUMBRE DE CONECTIVIDADE?

Pelo Dr. Duarte Gorjão Henriques⁽¹⁾

SUMÁRIO:

I. Introdução. **II.** Os factos do caso e a apreciação jurídica preliminar. **III.** A lei aplicável à convenção de arbitragem. **IV.** O nível de exigência. **V.** As teorias do “grupo de empresas” e do “levantamento da personalidade jurídica”. **VI.** A transmissão de dívidas (assunção de dívidas). **VII.** Comentário final.

I. Introdução

1. Muito tem sido dito e escrito sobre a questão da intervenção de terceiros em processo arbitral, sobre arbitragens complexas e, mais precisamente, sobre o tema da extensão da convenção de arbitragem em relação a terceiros. No domínio da literatura internacional, Bernard Hanotiau escreveu tudo o que havia para escre-

⁽¹⁾ Advogado — <www.bch.pt>. Este artigo foi originariamente publicado em língua inglesa no *ASA Bulletin*, Volume 32, n.º 1, 2014, pp. 18 e seguintes.

ver sobre o tema e, em Portugal, outros fizeram o mesmo com respeito ao nosso sistema jurídico. Apesar de o tema estar de alguma forma doutrinariamente esgotado, é sempre possível aproveitar as ocasiões em que os nossos Tribunais se debruçaram sobre questões ligadas à intervenção de terceiros em processo arbitral e perceber até que ponto essas mesmas questões têm sido tratadas de forma consistente e adequada. Esse é precisamente o objectivo deste pequeno texto.

Fazendo uma pesquisa da jurisprudência nacional, não se consegue descortinar uma grande variedade de arestos dedicados ao tema e muito menos decisões com algum significado e interesse. Contudo, um caso chama a atenção.

Numa ação relativamente recente, tanto o Supremo Tribunal de Justiça como o Tribunal da Relação de Lisboa abordaram o tema da extensão a terceiros da convenção de arbitragem ao abrigo da teoria do “grupo de empresas” e da cessão de créditos⁽²⁾. Em ambos os arestos, o Tribunal da Relação de Lisboa (acórdão de 11 de Janeiro de 2011) e o Supremo Tribunal de Justiça (acórdão de 8 de Setembro de 2011)⁽³⁾ recusaram a extensão da convenção de arbitragem a uma terceira entidade que não havia intervindo na assinatura do contrato subjacente.

2. Este caso foi seguido com alguma atenção e interesse por algum sector da nossa doutrina uma vez que levantou várias questões ligadas ao direito da arbitragem, todas elas com grande relevância e enorme pertinência.

Desde logo, a validade e eficácia da cláusula compromissória era questionada pela circunstância de a mesma ter sido redigida de forma pouco clara e pouco rigorosa. Apesar disso, as várias instâncias superiores decidiram que não existia a falta de rigor e clareza necessária para considerar inválida ou ineficaz tal cláusula compromissória.

⁽²⁾ O Supremo Tribunal de Justiça abordou o tema sob a perspectiva da “cessão de créditos” mas, na verdade, a situação em causa era a de uma verdadeira “transmissão de dívidas” ou de “assunção de dívidas”.

⁽³⁾ Acessíveis em <www.dgsi.pt>.

Por outro lado, uma vez que a relação jurídica subjacente respeitava a um contrato de agência, quando confrontada com a exceção de preterição de tribunal arbitral que foi deduzida pelas rés, a autora contestou a arbitrabilidade do litígio, considerando que estavam em causa direitos de natureza indisponível. Com efeito, a autora havia peticionado o pagamento da indemnização de clientela que é devida ao agente em caso de cessação do contrato de agência. Como se sabe, tal compensação está prevista na lei com carácter *irrenunciável*⁽⁴⁾, o que pode levar à conclusão de que se trata de um direito de natureza *indisponível*. Ora, ao tempo em que surgiu o litígio, encontrava-se em vigor a antiga Lei de Arbitragem Voluntária (“LAV 86”), aprovada pela Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto, que no n.º 1 do art. 1.º previa a *disponibilidade* dos direitos em disputa como critério de arbitrabilidade dos litígios, nos seguintes termos: “desde que por lei especial não esteja submetido exclusivamente a tribunal judicial ou a arbitragem necessária, qualquer litígio que não respeite a direitos indisponíveis pode ser cometido pelas partes, mediante convenção de arbitragem, à decisão de árbitros.” A autora, naturalmente, invocou a “indisponibilidade” do direito à indemnização de clientela como obstáculo à arbitrabilidade da pretensão. Contudo e neste ponto, o Tribunal da Relação de Lisboa não lhe reconheceu a razão.

Mas a questão principal — pelo menos, para os efeitos deste texto — está relacionada com a extensão de uma cláusula compromissória subscrita pela “sociedade mãe” a uma “sociedade filha” e também com a extensão de uma tal cláusula ao abrigo da teoria da transmissão de dívidas (ou de créditos, como o Supremo Tribunal de Justiça — mal, diga-se de passagem — a encarou).

(4) Cf. arts. 32.º e 33.º do Decreto Lei n.º 178/86, de 3 de Junho, art. 809.º do Código Civil e Directiva 86/653/EEC do Conselho de 18 de Dezembro de 1986.

II. Os factos do caso e a apreciação jurídica preliminar

3. De acordo com a factualidade que se consegue descortinar através das alegações reproduzidas em ambos os acórdãos, o caso pode ser sumariado da seguinte forma.

A autora, Sociedade A (constituída em Portugal e tendo aqui a sua sede), na qualidade de agente, outorgou no ano de 2003 um contrato de agência com a 1.^a ré, Sociedade B (constituída no Reino da Dinamarca e com sede nesse país), esta última na qualidade de principal. Tal contrato foi modificado no ano de 2004 e continha uma cláusula compromissória nos termos da qual todos os litígios emergentes de tal relação jurídica deveriam ser dirimidos através do recurso a arbitragem, localizada em Copenhaga — Dinamarca, submetida à Lei de Arbitragem da Dinamarca.

A respectiva cláusula (Cláusula 37) tinha a seguinte redação:

“Resolução de Conflitos”

“Qualquer litígio emergente ou relacionado com o presente Acordo será resolvido sem o recurso aos tribunais de acordo com a Lei Dinamarquesa de Arbitragem, no Søg og Handelsretten, Copenhaga, Dinamarca, sendo as sentenças do Tribunal Arbitral finais e vinculativas. O painel de arbitragem será constituído por três pessoas; uma designada por cada uma das partes e uma designada por comum acordo entre os dois árbitros. Se não for possível alcançar comum acordo para a designação do terceiro árbitro, então o Presidente do Søg og Handelsretten designará um árbitro.

Os árbitros terão poder para decidir sobre a sua própria competência e sobre a validade do acordo a submeter à arbitragem.

Quaisquer litígios ou questões emergentes deste Contrato serão regidos pela Lei Nacional Dinamarquesa e sob jurisdição Dinamarquesa conforme acima determinado sem fazer referência às ou uso das regras relativamente à escolha da lei”⁽⁵⁾.

Entretanto, por carta, a Sociedade B havia instruído a Sociedade A para que todas as comissões resultantes do contrato de agência fossem “facturadas” à Sociedade C (2.^a ré e subsidiária

(5) Redacção reproduzida em ambos os arestos.

Portuguesa da Sociedade B), mais informando que seria esta Sociedade C quem passaria a pagar tais comissões à autora (Sociedade A). Durante um determinado período de tempo, tais comissões foram efectivamente “facturadas” à Sociedade C e esta última efectivamente pagou tais comissões à Sociedade A, agente naquela relação contratual.

No ano de 2006, a Sociedade B declarou à Sociedade C a cessação do contrato de agência⁽⁶⁾. A Sociedade A instaurou então ação judicial contra a Sociedade B, contra a Sociedade C e também contra a Sociedade D (neste último caso apenas para prevenir a improcedência do pedido contra a Sociedade B com fundamento na possível inexistência jurídica desta última sociedade), visando o recebimento de comissões e da indemnização de clientela.

Os réus contestaram conjuntamente e, entre outras questões, invocaram a excepção de preterição de tribunal arbitral com base na cláusula compromissória inserida no contrato de agência celebrado entre o principal e o agente. Para tanto, os réus alegaram, *inter alia*, que ambas as sociedades réus intervieram na execução do contrato de agência e que o agente havia aceite essa intervenção. Em consequência, os réus requereram que o Tribunal julgasse válida e eficaz a já referida convenção arbitral e que, consequentemente, fosse julgada procedente a excepção de preterição de tribunal arbitral, absolvendo assim os réus da instância e remetendo as partes para a ação arbitral.

O Tribunal de primeira instância julgou procedente a dita excepção e remeteu as partes para a arbitragem sem contudo se pronunciar sobre as restantes questões.

A Sociedade A apelou para o Tribunal da Relação de Lisboa e iniciou o processo arbitral na Dinamarca contra a Sociedade B, Sociedade C e Sociedade D.

Apreciando o recurso, o Tribunal da Relação de Lisboa manteve a decisão de primeira instância em relação às Sociedades B e

⁽⁶⁾ Embora os factos não sejam muito claros neste ponto, parece que a Sociedade B denunciou o contrato para o termo do respectivo prazo. Em qualquer dos casos, este parece ser um ponto irrelevante uma vez que a forma de cessação não prejudicava o direito à indemnização de clientela.

D mas anulou-a no que toca à Sociedade C. Esta última recorreu então para o Supremo Tribunal de Justiça, que manteve a decisão recorrida.

Como veremos, estas decisões são, no mínimo, inesperadas. Na verdade, sem considerar o destino dado à Sociedade D, que é absolutamente irrelevante para a questão aqui apreciada, delas resultou que a Sociedade B foi remetida para arbitragem, mantendo no entanto em “cena” a Sociedade C. A perplexidade que resulta destas decisões está relacionada com o facto de a carta que instruiu a Sociedade A para “facturar” as comissões à Sociedade C e para informar que seria esta a pagar àquela Sociedade A as mesmas comissões não foi suficiente para julgar válida e eficaz a convenção de arbitragem inserida no contrato de agência subjacente, mas foi suficiente para manter a ação judicial “viva” entre a Sociedade A e a Sociedade C (sociedade esta que, como se pode concluir facilmente, poucas ou nenhuma hipóteses tem de contestar com sucesso o fundo da causa uma vez que, segundo o que se decidiu, o seu papel se limitava ao pagamento das comissões).

Estas decisões, pode-se desde já concluir, implicam uma clara distorção no seu resultado. Mas vejamos, antes do mais, a fundamentação subjacente às mesmas.

4. Na sua decisão, o Tribunal da Relação de Lisboa começou por considerar que, de acordo com o princípio da relatividade dos efeitos jurídicos emergentes dos contratos, estes vinculam apenas as respectivas partes (art. 406.º do Código Civil), sendo assim “res inter alio acta” e não podendo consequentemente vincular terceiros. Assim, dado que a Sociedade C não havia intervindo no contrato de agência celebrado entre a Sociedade A e a Sociedade B, não podia resguardar-se na convenção de arbitragem ali prevista. Apesar do Tribunal da Relação não rejeitar, em termos abstractos, a tese da extensão da convenção de arbitragem a terceiros, salientou que tal apenas poderia suceder por força de uma transmissão de posição contratual sujeita a determinados requisitos de forma (tal como a assinatura do terceiro) que não ocorriam no caso concreto. No que toca à Sociedade D, o Tribunal da Relação de Lisboa considerou que nem sequer existia um simples indício do facto desta

sociedade ter outorgado o contrato de agência com a sociedade A e que, portanto, pudesse levar à conclusão de estar a ele vinculada.

No que toca à Sociedade C, a única evidência era a carta (já acima mencionada), de acordo com a qual a Sociedade B instruiu a Sociedade A para facturar as comissões à Sociedade C e para desta receber as ditas comissões. O Tribunal da Relação de Lisboa considerou ainda a expressão consignada na dita carta, segundo a qual o pagamento das comissões deveria ser feito “sem prejuízo do contrato acima mencionado.” O Tribunal da Relação baseou-se assim nesta carta para concluir que a intervenção da Sociedade C neste contrato de agência estava exclusivamente relacionada com o pagamento das comissões e nada mais. Por outro lado, o Tribunal da Relação também apreciou esta questão sob o prisma da teoria do “grupo de empresas”, tendo ponderado que as conclusões a que doutrina e jurisprudência internacionais têm alcançado neste tema não são unânimes, os pressupostos dela não actuam de forma automática e sobretudo requerem que a intervenção da terceira entidade em relação à qual se indaga sobre a extensão da convenção de arbitragem esteja de alguma forma ligada à negociação e execução do contrato e que todas as restantes partes tenham tido a intenção de incluir tal terceira entidade no âmbito do contrato celebrado. Por último, o Tribunal da Relação de Lisboa notou que a teoria do “grupo de empresas” não tem sustentação na jurisprudência nacional e que a mesma apenas seria relevante se discutida perante um tribunal arbitral.

De acordo com a decisão do Tribunal da Relação de Lisboa, o simples facto de a Sociedade A estar legitimada a receber da Sociedade C o pagamento das comissões (e também o facto de a Sociedade C pertencer ao mesmo grupo de empresas da Sociedade B) não era suficiente para conceder a esta o benefício da extensão da cláusula compromissória. Mas era suficiente para manter a acção judicial contra a Sociedade C.

Consequentemente, foi assim sumariada a decisão do Tribunal da Relação de Lisboa:

I — A convenção arbitral celebrada com uma sociedade integrada num grupo de sociedades apenas vincula a

outorgante, sem embargo de acordo posterior com outras sociedades.

- II — Não existe obstáculo a que as pretensões deduzidas sejam apreciadas pelo tribunal arbitral, quanto à sociedade que se vinculou à arbitragem, e pelo tribunal judicial, quanto a outra sociedade do grupo.
- III — Cumpre ao tribunal arbitral, além do mais, proceder à interpretação da cláusula arbitral, designadamente para verificação da sua competência ou determinação da lei processual e material aplicável.
- IV — No contrato de agência, regulado pelo Dec. Lei n.º 178/86, de 3-6, é legalmente impedida a renúncia antecipada ao direito de indemnização, designadamente ao direito de indemnização por clientela.
- V — A nulidade da convenção arbitral com fundamento na indisponibilidade do direito, nos termos do art. 1.º, n.º 1, e do art. 2.º da LAV, reporta-se a situações de indisponibilidade absoluta, com exclusão das situações de indisponibilidade relativa, designadamente quando se trate de litígio que incida sobre direitos de natureza patrimonial susceptíveis de transacção.
- VI — Verifica-se a excepção dilatória de violação de convenção arbitral prevista em contrato de agência na acção interposta pelo agente contra o principal no tribunal judicial na qual, além do pedido de condenação no pagamento de comissões devidas, são formulados pedidos de indemnização de clientela e por incumprimento do contrato.

Este entendimento foi sufragado pelo Supremo Tribunal de Justiça, que confirmou o entendimento relativo à teoria do “grupo de empresas” e reforçou que as instruções para “facturação” a uma terceira entidade e para que o pagamento das comissões fosse feito por essa terceira entidade ao agente (Sociedade A) não eram suficientes para reconhecer a validade e eficácia dessa cláusula com-

promissória ao abrigo da teoria da cessão de créditos. Como notado anteriormente, este entendimento é de alguma forma deslocado na medida em que as particularidades do caso respeitavam a uma transmissão de dívidas (ou assunção de dívidas) e não a uma cessão de créditos, que são realidades completamente distintas.

Esta decisão do Supremo Tribunal de Justiça foi assim sumariada:

1. A convenção de arbitragem constante da cláusula dum contrato só vale, em princípio, entre os outorgantes.
2. Sem prejuízo, no entanto, e de acordo com o regime geral dos contratos, de valer relativamente ao cessionário da posição contratual, ao cessionário de crédito ou ao adquirente ao contrato.
3. Não alcança qualquer destas figuras a comunicação dada das outorgantes à outra de que a facturação devia passar a ser feita a terceira.
4. A comunicação para início da arbitragem e constituição do tribunal arbitral feita por uma das outorgantes do contrato às outras e, bem assim, a esta terceira, não encerra reconhecimento relevante de que a convenção arbitral valha relativamente a esta.

É bastante claro que esta última linha de pensamento teria de levar a uma liminar absolvição da Sociedade C: se o papel desta sociedade no âmbito da execução do contrato se limitava ao pagamento das comissões e se esta circunstância não era suficiente para permitir a extensão da convenção de arbitragem à Sociedade C (uma vez que não se verificou mais nenhuma intervenção desta sociedade), daqui se segue que a Sociedade C também não poderia estar em condições de responder pelo pedido formulado no processo: simplesmente não havia tido qualquer intervenção que pudesse justificar a sua demanda e não estava em posição de sequer contestar o fundo da questão.

Assim, o resultado da acção foi manifestamente distorcido: de acordo com a linha de raciocínio, foi decidido manter em juízo uma parte que claramente nada tinha a ver com as negociações e

com a execução do contrato subjacente. Isto será suficiente para levantar outras questões e sugerir outras linhas de raciocínio.

5. A primeira interrogação que se pode levantar respeita à determinação do sentido da decisão caso a questão fosse levantada e apreciada em tribunal arbitral. Suponhamos que o agente (Sociedade A) havia iniciado uma acção arbitral contra a Sociedade B e contra a sua subsidiária Portuguesa (Sociedade C) e contra a outra sociedade⁽⁷⁾.

Qual teria sido a decisão do tribunal arbitral no que toca à validade e âmbito de eficácia da cláusula compromissória? Seria reconhecido à Sociedade A o direito de demandar a Sociedade C, assim obtendo a extensão da dita cláusula?

Considerando o entendimento que a doutrina e jurisprudência estrangeiras têm em relação a este tema, muito provavelmente essa extensão seria concedida.

Apenas se podem realizar conjecturas caso a situação fosse inversa (isto é, se a acção arbitral fosse instaurada pela Sociedade B ou pela Sociedade C contra a Sociedade A e esta invocasse a inexistência, invalidade, ineficácia ou inexecutabilidade da convenção de arbitragem e, conseqüentemente, a impossibilidade de extensão da dita convenção).

Mas esta não é a única interrogação. Na verdade, bem se pode começar por questionar qual seria a lei aplicável à convenção de arbitragem no que respeita ao tema da validade e eficácia de tal convenção e quanto ao seu âmbito objectivo e subjectivo.

(7) De facto, esta suposição pode bem estar perto da realidade na medida em que se sabe que a Sociedade A iniciou procedimento arbitral, na Dinamarca, contra as ditas sociedades.

III. A lei aplicável à convenção de arbitragem

6. À data em que surgiu a disputa e em que foi proferida a decisão do Tribunal da Relação, a lei portuguesa em vigor era a acima indicada Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto, posteriormente revogada e substituída pela Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro (“Nova LAV”). Apesar desta mudança legislativa, as conclusões relacionadas com esta matéria não sofrem qualquer alteração, mantendo-se as mesmas. Com efeito, as conclusões a que abaixo cheguei e que agora têm claro respaldo na Nova LAV, correspondem exactamente às mesmas conclusões que se deveriam alcançar em face da LAV 86.

A definição do conceito de “arbitragem internacional” e a determinação do seu âmbito são o primeiro exemplo deste entendimento.

7. Parece ser óbvio mas em qualquer caso não se deixará de afirmar que este caso envolve interesses do comércio internacional. A simples circunstância de a cláusula compromissória prever a resolução de disputas mediante arbitragem a realizar na Dinamarca e de as partes haverem escolhido a Lei Dinamarquesa para regular não só o fundo da causa mas também a própria arbitragem (“qualquer litígio emergente ou relacionado com o presente Acordo será resolvido sem o recurso aos tribunais de acordo com a Lei Dinamarquesa de Arbitragem...”) é um claro indício desta conclusão. A circunstância de uma das partes (melhor, duas: a Sociedade B e a Sociedade D) ter sede no Reino da Dinamarca reforça esse mesmo entendimento. Mais factualidade fosse reunida nas decisões em apreciação e certamente que concluiríamos que a execução do contrato de agência implicou a realização de transações e de operações de importação e exportação entre Portugal e o Reino da Dinamarca.

Assim, parece resultar evidente que a convenção de arbitragem respeitava a um acordo para submeter a resolução de litígios a arbitragem (comercial) internacional e que a arbitragem em si dever-se-ia qualificar como “arbitragem internacional” à luz do direito português. Na verdade, face ao disposto no art. 32.º da

“LAV 86”, é internacional a arbitragem que “põe em jogo interesses de comércio internacional”⁽⁸⁾.

Assim, o regime jurídico aplicável deveria ser o da arbitragem internacional e não o respeitante à arbitragem doméstica.

Isto leva-nos à segunda interrogação: qual seria então a lei aplicável à convenção de arbitragem?

8. Por outro lado, ao tempo em que o litígio foi submetido e decidido pelos tribunais, o n.º 1 do art. 5.º da Nova LAV não estava naturalmente em vigor. Esta preceito determina que “o tribunal estadual no qual seja proposta acção relativa a uma questão abrangida por uma convenção de arbitragem deve, a requerimento do réu deduzido até ao momento em que este apresentar o seu primeiro articulado sobre o fundo da causa, absolvê-lo da instância, a menos que verifique que, manifestamente, a convenção de arbitragem é nula, é ou se tornou ineficaz ou é inexecutável.”

Contudo, já antes da entrada em vigor da Nova LAV era entendimento pacífico que os tribunais estaduais não podiam decidir sobre a validade, eficácia e âmbito da convenção de arbitragem salvo se esta fosse manifesta ou patentemente nula, ineficaz ou inexecutável. Tal era, aliás, o sentido que decorria da aplicação da Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras de 10 de Junho de 1958 (CNI1958⁽⁹⁾). E esse era também o entendimento, entre outros, de Luís de Lima Pinheiro⁽⁹⁾ e do acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 18 de Maio de 2004.

Insiste-se então: no contexto de uma arbitragem internacional, qual seria a lei aplicável para determinar se a convenção de arbitragem era “manifesta e patentemente nula, ineficaz ou incapaz de ser executada”?

Na verdade, como já foi afirmado a propósito do art. II, n.º 3 da “CNI1958”, “esta disposição não dispensa o tribunal de deter-

(8) Esta redacção corresponde fielmente ao texto do art. 49.º da Nova LAV.

(9) LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional — A Determinação do Estatuto da Arbitragem*, p. 135, Almedina, 2005.

minar a lei aplicável de acordo com as suas regras de conflitos (...)”⁽¹⁰⁾.

Ora, descurando esta premissa, o Tribunal da Relação de Lisboa assumiu que era a lei Portuguesa (“LAV 86”) a aplicável a todos os aspectos do litígio — incluindo a questão da validade e eficácia “*ratione personae*” da convenção de arbitragem — e decidiu em conformidade.

9. Enquadrando esta questão no âmbito da Convenção de Nova Iorque, Albert van den Berg escreveu:

“No que toca à exceção ‘nula, ineficaz ou inexecutável’ constante do art. II, n.º 3, a maior parte dos tribunais tem aplicado por analogia a regra de conflitos contida no art. V, n.º 1, al. a): ‘a lei a que as partes tiverem submetido [a convenção de arbitragem] ou, na falta dessa indicação, a lei do país onde a sentença foi proferida.’ No contexto da exceção ‘nula, ineficaz ou inexecutável’ do art. II, n.º 3, a regra de conflitos alternativa, ao reportar-se à lei do país onde a sentença foi proferida, pode ser lida como ‘a lei do país onde a sentença irá ser proferida’”^(11/12).

Sobre este tema já foi também escrito que:

“se não foi feita uma designação expressa e se torna necessário determinar a lei aplicável ao acordo, quais são as opções? (...) a opção prin-

⁽¹⁰⁾ JEAN-FRANÇOIS POUURET E SÉBASTIEN BESSON, *Comparative Law of International Arbitration*, p. 257, Second Edition, Thomson — Sweet & Maxwell, 2007.

⁽¹¹⁾ ALBERT VAN DEN BERG, *The New York Convention of 1958: An Overview* disponível em <http://www.arbitration-icca.org/media/0/12125884227980/new_york_convention_of_1958_overview.pdf>, p. 11. Cf. também ALBERT VAN DEN BERG, *The New York Arbitration Convention of 1958*, pp. 124 e 127, T.M.C. Asser Institute — The Hague, Kluwer Law International, 1981.

⁽¹²⁾ Tradução da responsabilidade do autor. No original: As regards the exception “null and void, inoperative or incapable of being performed” in Article II(3), most courts apply by analogy the conflict rules contained in Article V(1)(a): “the law to which the parties have subjected [the arbitration agreement] or, failing any indication thereon, the law of the country where the award was made.” The alternative conflict rule, referring to the law of the country where the award was made, can be read as the law of the country where the award *will* be made in the context of the exception “null and void, inoperative or incapable of being performed” in Article II(3).

cipal — na falta da escolha expressa ou tácita das partes — parece ser a lei do lugar da arbitragem e a lei que se aplica ao contrato no seu todo”^(13/14).

Esta é também a solução que já resultava do n.º 2 do art. VI da Convenção Europeia sobre Arbitragem Comercial Internacional, o qual previa que as questões relativas à capacidade das partes e à existência e validade da convenção de arbitragem deverão ser resolvidas: *a)* de acordo com a lei a que as partes submeteram a convenção de arbitragem; *b)* na falta de tal indicação, de acordo com a lei do país onde foi proferida a decisão arbitral; *c)* de acordo com a lei aplicável por força das normas de conflitos do país do tribunal onde tiver sido instaurada a ação.

Muito embora sejam da opinião de que a convenção de arbitragem desempenha um papel completamente diferente das restantes disposições do contrato onde a mesma se insere e, portanto, que a escolha da lei aplicável à substância do negócio não é necessariamente reflectida na escolha da lei aplicável à convenção de arbitragem, Poudret e Besson aderem à tese segundo a qual a disposição contida na al. *a)*, do n.º 1 do art. V da “CNI1958” é também aplicável no momento em que a falta de competência do tribunal estadual for invocada ao abrigo de cláusula compromissória que abranja a disputa. Poudret e Besson afirmam também que os tribunais estaduais têm entendido que “a escolha da lei no contrato principal, geralmente estende-se à convenção de arbitragem” e que, em qualquer caso, deve-se excluir a análise da validade e âmbito da convenção de arbitragem ao abrigo da lei do foro ou de qualquer outra

(13) NIGEL BLACKABY E CONSTANTINE PARTASIDES em *Alan Redfern and Martin Hunter — Redfern and Hunter on International Arbitration*, p. 166, 5.ª ed., Oxford, 2009. Considerando que a “lex arbitrii” e a Convenção de Nova Iorque de 1958 devem aplicar-se aos efeitos da convenção de arbitragem — tanto nos seus efeitos positivos como negativos —, cf. JEAN-FRANÇOIS POUURET AND SÉBASTIEN BESSON, *Comparative Law of International Arbitration*, p. 256, Second Edition, Thomson — Sweet & Maxwell, 2007.

(14) Tradução da responsabilidade do autor. No original: ‘if no such express designation has been made, and it becomes necessary to determine the law applicable to the agreement, what are the choices? (...) the principle choice — in the absence of any express or implied choice by the parties — appears to be between the law of the seat of the arbitration and the law which governs the contract as a whole.’

lei que não tome em consideração a al. a), do n.º 1 do art. V da “CNI1958”⁽¹⁵⁾.

Pode-se também acrescentar que a “Nova LAV” prevê que, “tratando-se de arbitragem internacional, entende-se que a convenção de arbitragem é válida quanto à substância e que o litígio a que ele respeita é susceptível de ser submetido a arbitragem se se cumprirem os requisitos estabelecidos a tal respeito ou pelo direito escolhido pelas partes para reger a convenção de arbitragem ou pelo direito aplicável ao fundo da causa ou pelo direito português” (n.º 1 do art. 51.º).

10. Parece daqui resultar inquestionável que a “lex fori” — neste caso, a lei Portuguesa — não deveria ter sido chamada para decidir o destino da convenção de arbitragem ou, pelo menos, não deveria ter sido a única lei a ser chamada para determinar a validade e âmbito dessa convenção.

Se o tribunal tivesse ponderado este aspecto teria seguramente chegado à conclusão de que a lei Dinamarquesa era a aplicável para determinar a validade e eficácia da convenção de arbitragem. Primeiro, porque foi a lei escolhida pelas partes (escolha esta que se dirigiu também a um aspecto que não é muito comum ser previsto pelas partes e que é, justamente, a determinação da lei aplicável à própria convenção de arbitragem). Em segundo lugar, era esta a lei do lugar da arbitragem. Ambos estes critérios levavam necessariamente à conclusão de que a lei Dinamarquesa era a aplicável à resolução de questões ligadas à validade e eficácia da convenção de arbitragem, ficando apenas por apurar qual teria sido o resultado da aplicação desta lei aos temas que aqui se abordam.

11. De todo o modo, mesmo admitindo a aplicação da lei Portuguesa a esta matéria, há que saber se as conclusões a que as instâncias superiores chegaram são ou não acertadas.

Como foi anteriormente dito e valerá a pena repisar, o resultado é distorcido e de alguma forma estranho: foi decidido manter

(15) POUURET E BESSON, *op. cit.*, pp. 258 e 259.

a ação contra uma das rés (e apenas contra uma delas) que, também de acordo com o que foi decidido, não tinha ligação relevante com a relação material subjacente o que poderá significar que, em última análise, não teria oportunidade ou meios para contestar o fundo da causa.

Tendo presente tal resultado, haveria outro meio de remeter todas as partes para a ação arbitral?

Ambas as instâncias de recurso rejeitaram as teses do “grupo de empresas” e da “cessão de créditos” (que na realidade e como se disse, era uma transmissão ou assunção de dívidas). São, por isso, estas teorias que irei abordar, desde já avançando o entendimento que a leitura feita pelos tribunais foi demasiado formalista e restritiva e que, naturalmente, poderia ter ido bastante mais além sem nunca perder o apoio e sustentação da lei e do entendimento doutrinário nesta matéria.

IV. O nível de exigência

12. Se me é permitido, começaria por sugerir outra perspectiva de análise deste tema. No seu estudo, Bernard Hanotiou afirma que:

“Quando um tribunal estadual ou um tribunal arbitral têm de determinar quem são as partes numa convenção de arbitragem, em primeiro lugar terão de determinar quem — com maior ou menor formalismo — prestou o seu consentimento. O consentimento pode ser expresso ou tácito⁽¹⁶⁾, (...) um facto que na maior parte dos casos — mas não em todos — se revela pela assinatura da pessoa ou entidade em causa no documento contratual. Mas, por outro lado, (...) é possível tornar-se parte no contrato sem ter assinado o respectivo *instrumentum*”^(17/18).

⁽¹⁶⁾ BERNARD HANOTIOU, *Complex Arbitrations — Multiparty, Multicontract, Multi-issue and Class Actions*, p. 8, Kluwer Law International, 2005.

⁽¹⁷⁾ *Idem*, p. 32.

⁽¹⁸⁾ No original: “when a court has or an arbitral tribunal has to determine who is a party to an arbitration agreement, it will first determine — with more or less formalism — who has consented to the agreement. The consent may be express or implicit” e “a fact

Tudo dependerá, segundo o entendimento quase pacífico da doutrina e jurisprudência — tanto nacional, como estrangeira — do consentimento das partes envolvidas (formal e expressamente) na convenção de arbitragem e das partes em relação às quais se pretende operar a extensão dessa mesma convenção.

No que toca à indagação e detecção da intenção comum das partes no sentido de remeterem para arbitragem a resolução de qualquer litígio, Hanotiu não faz qualquer distinção consoante a questão é decidida nos tribunais judiciais ou nos tribunais arbitrais. No entanto, creio que podemos e devemos fazer essa distinção, elevando o grau de exigência da apreciação quando a mesma é feita em tribunal arbitral mas baixando tal grau quando a questão é apreciada nos tribunais estaduais.

Podemos apelar à CNI1958 e às várias legislações nacionais (como é o caso da Portuguesa, sobretudo após a entrada em vigor da Nova LAV) que adoptam um entendimento similar ao n.º 3 do art. II da CNI1958 e ao n.º 1 do art. 8.º da Lei-Modelo sobre arbitragem comercial internacional da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional-UNCITRAL (“Lei-Modelo UNCITRAL”). Podemos também apelar ao princípio da “Competenz-Competenz”: o tribunal arbitral é competente para determinar a sua própria competência e é a primeira e última entidade com poder para tal.

Constitui entendimento pacífico que o tribunal estadual não pode decidir sobre a validade e eficácia da convenção de arbitragem a não ser que a julgue “manifestamente” nula, ineficaz ou inexecutável⁽¹⁹⁾. Como já foi decidido,

“A manifesta inexistência, nulidade, ineficácia original ou superveniente ou inexecutabilidade da convenção de arbitragem, é aquela que

that in most — but not all — cases will be expressed by the signature of the person or entity concerned on a contractual document. But on the other hand (...) it is possible to become a party to a contract without having signed the *instrumentum* ...”

⁽¹⁹⁾ Cf., entre outros, acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 10 de Março de 2011 e 20 de Janeiro de 2011, do Tribunal da Relação de Coimbra de 19 de Dezembro de 2012 e 5 de Fevereiro de 2013, e do Tribunal da Relação de Lisboa de 4 de Outubro de 2011 e 10 de Fevereiro de 2009, disponíveis em <www.dgsi.pt>.

se apresente ao julgador de forma evidente, não carecendo de qualquer produção de prova para ser apreciada”⁽²⁰⁾.

Se não se verifica uma flagrante inexistência, invalidade ou ineficácia, o tribunal estadual está vinculado a remeter as partes para a arbitragem sem qualquer análise ou consideração suplementar, desde que uma das partes assim o requeira. Este requerimento de qualquer das partes deve ser apreciado de uma forma perfunctória (“*prima facie*”)⁽²¹⁾.

Como reflectiu Emmanuel Gaillard,

“Desde que, *prima facie*, exista uma convenção de arbitragem, este princípio [“*Competenz-Competenz*”] atribui muito simplesmente aos árbitros a prioridade na decisão sobre a sua competência, sujeito a posterior revisão pelos tribunais estaduais que sejam chamados a reconhecer a decisão arbitral na sua ordem jurídica. Quando é dirigido aos árbitros, o princípio da “*competence-competence*” produz o efeito positivo que lhes permite prosseguir a sua missão. Quando é dirigido aos tribunais estaduais, produz o efeito negativo, convidando esses tribunais a abster-se de decidir sobre as questões que, *prima facie*, estão cobertas pela convenção de arbitragem, de forma que sejam os árbitros quem tratam eficazmente e em primeira instância das questões ligadas à validade e âmbito da convenção de arbitragem em disputa”^(22/23).

⁽²⁰⁾ Ac. do Tribunal da Relação de Coimbra de 19 de Dezembro de 2012.

⁽²¹⁾ É o entendimento de ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, *A competência da competência e a autonomia do tribunal arbitral*, in Revista da Ordem dos Advogados, I, p. 295, 2013.

⁽²²⁾ EMMANUEL GAILLARD, *Legal Theory of International Arbitration*, pp. 87-88, Martinus Nijhoff Publishers, 2010.

⁽²³⁾ Tradução da responsabilidade do autor. No original: “provided that there is a *prima facie* arbitration agreement, this principle simply gives the arbitrators priority to rule on their jurisdiction, subject to subsequent review by those national courts called upon to give effect to the award in their legal order. When it addresses the arbitrators, the principle of competence-competence produces a positive effect in that it enables them to pursue their mission. When it addresses national courts, it produces a negative effect, inviting those courts to refrain from assessing matters that are *prima facie* covered by the arbitration agreement, so that arbitrators can meaningfully address in the first instance the issues of validity and scope of the disputed arbitration agreement.”

Mais incisivamente, João Luís Lopes dos Reis afirmava,

“A lei quis que o tribunal judicial olhasse a convenção de arbitragem como um sinal de proibição: há convenção de arbitragem, é plausível que ela vincule as partes no litígio, então, quanto ao litígio entre elas, o tribunal judicial não pode intervir senão em sede de impugnação da decisão arbitral. Para que este limite fique claro, para que fique nitidamente delimitada essa *fronteira* estabelecida ao poder do juiz, questões relativas à própria convenção, como a sua validade, a sua eficácia, a sua aplicabilidade, só podem ser apreciadas pelo tribunal judicial depois de o árbitro proferir a sua decisão final.”

Só se ocorrer *nulidade manifesta* da convenção de arbitragem é que o tribunal judicial pode decidir de outro modo”(24).

13. Em conformidade, se uma parte o requerer, o tribunal estadual deve presumir que existe uma convenção de arbitragem válida, eficaz e exequível. Existe uma presunção *in favor arbitrandum* ou *in favor validitatis*.

Assim, esta exceção apenas poderá improceder quando o tribunal esteja em condições de concluir, sem necessidade de qualquer análise mais detalhada e sem necessidade de qualquer outra alegação ou prova de factos, que a convenção de arbitragem inexistente (por exemplo, seria o presente caso se não existissem quaisquer outros factos relacionados com a intervenção de terceiros), é inválida (por exemplo, a convenção de arbitragem fora assinada por menor), caducou (por força do termo do respectivo prazo) ou é insusceptível de ser executada (por exemplo, uma convenção de arbitragem que estabelece que os árbitros serão nomeados por uma entidade que deixou de existir)(25).

(24) JOÃO LUÍS LOPES DOS REIS, *A exceção de preterição do tribunal arbitral*, pp. 1123-1124, Revista da Ordem dos Advogados, 1998-III.

(25) Tal foi a situação da convenção de arbitragem do caso “Aminoil v Kuwait” que é também um dos casos frequentemente citados de um exemplo de uma cláusula de arbitragem patológica.

14. Como referido anteriormente, o princípio “Competenz-Competenz” está claramente subjacente à proposição acima avançada.

O princípio “competence — competence” e as questões que dele decorrem podem ser de uma vasta complexidade. Uma vez mais, já se escreveu sobre este tema muito mais (e melhor) pelo que não o retomarei. Apenas repisarei que, muito embora as consequências que decorrem deste princípio (no que respeita à obrigação do juiz remeter as partes para a ação arbitral) não tenham a mesma força que têm noutros ordenamentos jurídicos (como é o caso de França)⁽²⁶⁾, ainda assim deveria ser este o entendimento a retirar da leitura da “LAV86” e é sem sombra de dúvidas o único entendimento possível a retirar do n.º 1 do art. 5.º da Nova LAV.

Neste ponto, podem-se considerar pertinentes as indicações do “Guia do ICCA sobre a Interpretação da Convenção de Nova Iorque de 1958”:

“O propósito da Convenção de Nova Iorque é promover o comércio internacional e a solução de disputas internacionais por meio da arbitragem. Visa a facilitar o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras e a execução de convenções de arbitragem. Consequentemente, os tribunais devem adotar um viés pró-execução ao interpretar a Convenção”⁽²⁷⁾.

“O princípio da “competência-competência” tem sido interpretado por vários órgãos judiciais, especialmente nos Estados Unidos, à luz do vies pró-execução da Convenção. Assim, foi dada prioridade para a determinação da jurisdição do tribunal arbitral pelo próprio tribunal arbitral, sendo que o escrutínio de uma convenção de arbitragem supostamente nula e sem efeitos, inoperante ou inexecúvel por autoridades judiciárias permaneceu superficial (ou *prima facie*) no estágio inicial de uma disputa. Estes órgãos têm entendido que a convenção de arbitragem não é válida apenas em casos evidentes”⁽²⁸⁾.

(26) EMMANUEL GAILLARD e JOHN SAVAGE; in *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999, p. 407.

(27) INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION, *Guia do ICCA sobre a Interpretação da Convenção de Nova Iorque de 1958: Um Texto de Referência para Juízes*, p. 14, 2011, com redacção “oficial” da versão em língua portuguesa.

(28) *Idem*, p. 40.

Apenas por mera curiosidade, esta obra tem como sub-título a sugestiva indicação de “Um texto de referência para juízes”.

Em todo o caso, Albert van den Berg segue por esta interpretação restritiva da CNI1958 e é de opinião que “a invalidade da convenção de arbitragem apenas deve ser aceite em casos manifestos”⁽²⁹⁾.

15. De acordo com esta perspectiva, o nível de determinação da existência, validade e eficácia de uma convenção de arbitragem deve baixar quando o tribunal estadual é chamado a julgar essa questão. Apenas casos manifestos devem deixar de ser remetidos para arbitragem. Por isso, se se verifica um simples vislumbre de conectividade entre a cláusula compromissória, as partes, a operação económica no seu todo e o litígio, a cláusula compromissória deve ser respeitada, com eventual extensão a terceiros entidades que por algum modo estejam ligadas a essa cadeia de conectividade.

Inversamente, se a questão da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem é levantada perante o tribunal arbitral, então o nível de exigência deve aumentar uma vez que é o tribunal arbitral quem detém a competência para julgar a sua própria competência. A este nível, a verificação deve ser feita em atenção não apenas às circunstâncias que são “gritantes” mas também de acordo com os factos que forem articulados pelas partes e a prova que estes sobre eles produzirem, permitindo assim uma análise mais aprofundada da questão.

Dito por outras palavras, no apuramento da extensão de uma cláusula compromissória feita em sede de tribunal estadual, bastará um simples vislumbre ou aparência de conectividade entre uma convenção arbitral, as partes, a operação económica⁽³⁰⁾ e o litígio para que se conclua pela existência de uma convenção de arbitragem válida, eficaz e exequível. Ao invés, se essa determinação é

⁽²⁹⁾ ALBERT VAN DEN BERG, *apud. The New York Arbitration Convention of 1958*, p. 155.

⁽³⁰⁾ Querendo com isto significar o contrato no seu todo e em todos os aspectos da sua criação, vida e cessação.

feita pelo tribunal arbitral, exigir-se-á uma imagem mais nítida dessa ligação.

16. Considerando o que se acaba de referir, bem podemos questionar se a mera existência de uma convenção de arbitragem assinada entre duas partes, seguida de uma carta de instruções respeitante à emissão de facturas de comissões por uma das partes originárias a uma terceira entidade e terminando pelo pagamento dessas facturas por esta terceira entidade àquela parte originária, tudo com referência ao mesmo contrato de agência e sendo tudo aceite e executado por todas as partes (originárias e terceira), não seria por si só suficiente para remeter todas as partes para arbitragem, mesmo apesar daquela terceira parte não ter assinado a dita convenção de arbitragem.

Havia ali um vislumbre de conexão para remeter todas as partes para a acção arbitral?

V. As teorias do “grupo de empresas” e do “levantamento da personalidade jurídica”

17. Um dos princípios estruturantes da arbitragem é o consentimento das partes dirigido à submissão de eventuais e futuros (ou actuais) litígios à resolução por árbitro(s). A fonte e natureza da arbitragem assentam no consentimento das partes. O acordo para arbitrar tem de brotar da vontade das partes e, portanto, a questão da existência, validade e âmbito de uma convenção de arbitragem levanta-se imediatamente quando se pretende que uma terceira entidade que não subscreveu a convenção de arbitragem fique vinculada a ela (ou quando uma terceira entidade que não subscreveu tal convenção pretende beneficiar do regime por ela instituído).

Sabe-se que a convenção de arbitragem tem de obedecer a determinados requisitos de substância e forma. A omissão ou defeito desses requisitos pode causar um impedimento à constituição e funcionamento do tribunal arbitral, pode constituir um fundamento de anulação da decisão arbitral e pode constituir um funda-

mento para a recusa do reconhecimento e / ou da execução de uma sentença arbitral, seja ela doméstica ou estrangeira. Estas são as possíveis consequências que resultam da aplicação do regime estabelecido na Nova LAV, da CNI1958 e de muitas (se não todas) as leis de outros ordenamentos jurídicos, inspirados ou não na “Lei-Modelo UNCITRAL”. A indicação dos respectivos preceitos pode parecer aqui supérflua. Mas é seguramente ilustrativa a decisão judicial que se transcreve:

“A arbitragem é consensual por natureza (...) Mas daqui não se segue, contudo, que (...) uma vinculação para arbitrar fique ligada apenas às entidades que pessoalmente assinaram a cláusula de arbitragem escrita. (...) Uma parte não signatária pode ficar vinculada por uma convenção de arbitragem se a isso conduzirem os ‘princípios comuns dos contratos e da agência’”(31/32).

Os tribunais estaduais, os tribunais arbitrais e a doutrina têm recorrido a uma série de doutrinas ou de expedientes jurídicos para permitir a extensão das convenções de arbitragem a terceiras entidades não signatárias das mesmas. Tem sido comum abordar este tema — sempre, naturalmente, em função das particularidades de cada caso — ao abrigo das teorias da agência, “abuso de direito”, terceiros beneficiários, garantes, cessão de posição contratual, assunção, fusão, sucessão legal, entre outras. Entre essas, interessa-nos agora as teorias dos “grupos de empresas” e do levantamento da personalidade jurídica.

Veremos em que medida se podem aplicar ao caso presente.

18. A teoria do “grupo de empresas” tem sido analisada em estreita ligação com a teoria do “levantamento da personalidade jurídica” (ou doutrina do “alter ego”, tal como tem sido indiferente-

(31) Decisão do caso Thomson — CSF, SA v Am. Arbitration Ass’n, 64 F.3d 773, 776 (2d Cir. 1995) citado por GARY BORN, *International Commercial Arbitration*, p. 1411, 2.^a ed., Wolters Kluwer, 2014.

(32) No original: “Arbitration is consensual by nature ... It does not follow, however, that ... an obligation to arbitrate attaches only to one who has personally signed the written arbitration provision ... A non-signatory party may be bound to an arbitration agreement if so dictated by the ‘ordinary principles of contract and agency’”.

mente tratada na literatura e jurisprudência estrangeiras). O ponto de que comungam é o seguinte: num certo nível de análise da convenção arbitral envolvida no litígio que surge entre duas ou mais partes, uma destas conclui pela falta de efeito contratual relativo dessa cláusula mas ainda assim pretende que tal cláusula vincule a parte (ou partes) que não a assinaram.

Da uma forma grosseira, pode-se dizer que estas teorias representam os dois lados da mesma moeda. Com efeito, de uma forma genérica, numa das situações, existe uma pessoa (singular ou colectiva) que se esconde atrás de outra entidade (colectiva) e a parte contrária faz por “despir” o manto de personalidade jurídica que cobria a posição abusiva daquele primeiro. Este é o caso da teoria do “alter ego” ou do “levantamento da personalidade jurídica”. Tipicamente, as situações em que sem tem discutido a aplicação desta doutrina são as que respeitam a acções arbitrais intentadas por uma das partes do contrato directamente contra terceira pessoa oculta, as situações (denominadas em processo civil) de intervenção provocada de terceiro “oculto” no processo arbitral e as situações em que se invoca em processo judicial a excepção de preterição de tribunal arbitral contra a parte contrária (quer contra a autora em sede de contestação, quer contra o réu em sede de resposta a pedido reconvenicional, embora, neste último caso, as situações em que tal pode suceder são bem mais raras) também ela “oculta” na relação jurídica subjacente que foi trazida ao processo.

Na outra situação e mais uma vez em termos genéricos, existe uma terceira entidade que não é parte na relação jurídica contratual que contém a convenção de arbitragem mas mesmo assim pretende aproveitar-se da vantagem de ser uma sociedade que domina ou que é dominada por aquela outra que assinou e subscreveu tal convenção de arbitragem. Esta é a situação típica a que se deu o nome de teoria do “grupo de empresas”. Esta teoria é assim vista pelo prisma da entidade que pretende aproveitar-se do benefício resultante de um determinado acordo que prevê uma cláusula compromissória.

No caso da doutrina do “alter ego”, tem de existir

“prova convincente de que uma entidade dominava as acções do dia-a-dia de outra entidade e de que exercia esse poder de forma fraudulenta

ou de outra forma injusta para a parte contrária ou para se evadir do cumprimento de obrigações legais ou outras”^(33/34).

No entanto, no que toca ao caso da teoria do “grupo de empresas”,

“se uma empresa é parte de um grupo empresarial, está submetida ao controlo de (ou controla) uma afiliada que celebrou o contrato e esteve envolvida na negociação ou execução do contrato, então pode em determinadas condições invocar ou ver contra si invocada uma cláusula compromissória inserida nesse contrato, apesar do facto de não ter intervindo na assinatura desse contrato”^(35/36).

19. Como foi referido, a distinção entre estas duas teorias não é muito clara e a linha que as divide também não está muito bem definida. Em qualquer caso, poder-se-á dizer que no caso da teoria do “grupo de empresas” a terceira entidade não está oculta, estando antes visível e envolvida numa ou várias fases do contrato (negociação, assinatura, execução e até cessação do contrato). Em regra, trata-se de uma entidade que pretende tornar-se visível no seio de uma relação jurídica que entra em litígio e por isso invoca a qualidade de parte nessa relação.

Na verdade, esta teoria tem sido utilizada para permitir que uma empresa possa invocar uma cláusula compromissória inserida

⁽³³⁾ GARY BORN, *International Arbitration: Law and Practice*, p. 96, Wolters Kluwer 2012, referindo em nota de rodapé que “nos EUA, para ilidir a presunção de separação de personalidades é necessário demonstrar: a) o domínio e controlo da entidade afiliada e a inobservância de formalidades societárias de tal forma que não haja separação de entidades existentes; b) fraude ou conluio no uso desse controlo ou conduta dolosa equivalente, tendo em vista prejudicar outras partes.”

⁽³⁴⁾ No original: ‘there must be convincing evidence that one entity dominated the day-to-day actions of another and that it exercised this power to work fraud or other injustice on a third party or to evade statutory or other obligations.’

⁽³⁵⁾ GARY BORN, *apud. International Arbitration: Law and Practice*, p. 97.

⁽³⁶⁾ No original: ‘[a] company is part of a corporate group, is subject to the control of (or controls) a corporate affiliate that has executed a contract, and is involved in the negotiation or performance of that contract, then it may in some circumstances invoke or be subject to an arbitration clause contained in that contract, notwithstanding the fact that it has not executed the contract’.

num contrato entre um terceiro e uma sociedade que aquela primeira controla ou que é controlada por esta.

O caso “Dow Chemical” é paradigmático: duas empresas do grupo “Dow Chemical” outorgaram um contrato que continha uma convenção de arbitragem; a sociedade “mãe” destas duas sociedades outorgantes e uma outra subsidiária, que não haviam intervindo nesse contrato, iniciaram procedimento arbitral contra a demandada; esta veio contestar a eficácia da cláusula de arbitragem em relação àquelas outras sociedades, alegando que estas não haviam assinado o acordo no qual estava inserida a dita convenção de arbitragem e, portanto, não poderiam beneficiar da mesma. O tribunal arbitral, considerando todas as circunstâncias relativas à negociação, assinatura, execução e cessação do contrato concluiu que existia uma “realidade económica incindível” e que

“[a] convenção de arbitragem expressamente aceite por determinadas empresas do grupo deveria vincular outras empresas que, por virtude do seu papel na conclusão, execução e cessação do contrato contendo tal cláusula e de acordo com a mútua intenção das partes no processo, parecem ter sido as verdadeiras partes nesse contrato ou afetadas em primeira linha por ele e pelo litígio a que ele deu origem”^(37/38).

20. Os nossos tribunais e a nossa doutrina, de uma forma genérica, não têm um entendimento diferente sobre esta questão.

No contexto da teoria do “grupo de empresas”, Manuel Pereira Barrocas não rejeita a extensão da convenção de arbitragem desde que a parte não signatária tenha de algum modo aderido à mesma⁽³⁹⁾.

⁽³⁷⁾ Caso ICC n.º 4131 (1982), Dow Chemical v. Isover-Saint-Gobain, 1984, Rev. Arb. 137, 110 J.D.I. 899 (1983).

⁽³⁸⁾ No original: “the arbitration clause expressly accepted by certain of the companies of the group should bind other companies which, by virtue of their role in the conclusion, performance, or termination of the contracts containing said clauses, and in accordance with the mutual intention of all parties to the proceedings, appear to have been veritable parties to these contracts or to have been principally concerned by them and the dispute to which they may give rise”.

⁽³⁹⁾ MANUEL PEREIRA BARROCAS, p. 211, *Manual da Arbitragem*, Almedina, 2.ª ed., 2013.

Alinhados com o entendimento das decisões aqui analisadas estão Jorge Morais Carvalho e Mariana França Gouveia para quem a mera existência de um “grupo de empresas” não é suficiente para estender uma convenção de arbitragem⁽⁴⁰⁾. José Lebre de Freitas segue este entendimento, fazendo notar que pertencer a um grupo de empresas não é suficiente, sendo necessário que a empresa não signatária tenha por alguma forma intervindo na negociação e execução do contrato que contém a convenção de arbitragem e que as partes devem de alguma forma ter manifestado o seu consentimento para arbitrar⁽⁴¹⁾. Também Carla Gonçalves Borges e Ricardo Neto Galvão aderem a este entendimento, fazendo notar que o consentimento também pode nascer de forma tácita⁽⁴²⁾.

21. Por contraponto, a perspectiva subjacente à teoria do “alter ego” ou da “desconsideração da personalidade jurídica” é a daquela parte que pretende recusar a extensão da convenção de arbitragem⁽⁴³⁾. Neste caso, é a parte oculta e resguardada pelo princípio da separação de personalidades jurídicas dos entes colectivos (com intenção próxima da fraude)⁽⁴⁴⁾ que é perseguida pela parte contrária. Nestes casos, não é suficiente a existência de uma relação de domínio ou a integração no mesmo grupo de empresas mas é antes requerida uma intenção quase fraudulenta.

⁽⁴⁰⁾ JORGE MORAIS CARVALHO e MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Arbitragens Complexas: Questões Materiais e Processuais*, p. 132, Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação, Almedina, 2011.

⁽⁴¹⁾ JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Intervenção de Terceiros em Processo Arbitral*, “III Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa”, p. 195, Almedina, 2010. Cf. também MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *A Intervenção de Terceiros em Processo Arbitral*, Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação, p. 163, Almedina, 2012.

⁽⁴²⁾ CARLA GONÇALVES BORGES e RICARDO NETO GALVÃO, *A Extensão da Convenção de Arbitragem a Não Signatários*, “VI Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa”, p. 131, Almedina, 2013.

⁽⁴³⁾ Para um tratamento mais aprofundado, cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Responsabilidade por informações dadas em juízo*, Revista da Ordem dos Advogados, n.º 64, Nov. 2004, I/II e *O levantamento da personalidade colectiva no direito civil e comercial*, Almedina, 2000.

⁽⁴⁴⁾ BERNARD HANOTIU, *apud. Complex Arbitrations, Multiparty, Multicontract, Multi-issue and Class Actions*, p. 44.

22. Até muito recentemente, o caso mais relevante sobre o tema “alter ego” era o “caso Orri” (decisão arbitral parcial ICC de 24 de Agosto de 1988, caso n.º 5730). Actualmente, parece ser o caso “Dallah” que mais tem despertado a atenção dos autores e que mais notoriedade tem ganho na literatura jurídica. Não me parece relevante entrar nas particularidades destes casos. Estes apenas foram chamados aqui à colação para salientar que a situação vertida nos acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa e do Supremo Tribunal de Justiça objecto deste pequeno texto não tem pontos de contacto com a teoria da “desconsideração da personalidade jurídica” e, por isso, esta questão não poderia ser decidida ao abrigo desta teoria.

23. Contudo e quanto à teoria do “grupo de empresas”, ter-se-á de admitir uma certa insegurança e intranquilidade no raciocínio que leva à extensão da convenção de arbitragem a uma parte que não a subscreveu apenas e só porque pertence ao mesmo grupo de empresas.

Com toda a certeza que se pode questionar, face ao direito português, a razão pela qual uma sociedade “mãe” não pode invocar o benefício de uma cláusula compromissória subscrita por uma das suas participadas ou por uma sociedade pertencente ao seu grupo. Se pensarmos no regime da responsabilidade da sociedade dominante face às dívidas da sociedade totalmente dominada (arts. 491.º, 501.º e 502.º do Código das Sociedades Comerciais), poderemos talvez ser levados a concluir que uma das partes outorgantes pode instaurar ação arbitral contra a sociedade dominante da contra-parte com base numa convenção de arbitragem contida no contrato celebrado pela sociedade dominada.

Por outro lado, no direito português existem alguns exemplos da concretização do princípio “ubi commoda ibi incommoda”, que está na base do regime aplicável à responsabilidade objectiva (tal como a responsabilidade por produtos defeituosos ou a responsabilidade por danos ambientais).

Poderíamos assim ser tentados a seguir a ideia de Bernard Hanotiu: “um bom teste para decidir se a extensão da cláusula é

adequada será determinar se a mesma solução seria justificada se a situação fosse invertida”⁽⁴⁵⁾.

Combinando estas ideias simplistas, será que não poderíamos vislumbrar um princípio de “ubi incommoda ibi commoda” aplicável à extensão da convenção de arbitragem dentro da teoria dos grupos de empresas? Ou seja, se em determinadas circunstâncias uma sociedade dominante tem de enfrentar as dívidas e responsabilidades da sociedade totalmente dominada, porque razão não conceder a esta dominante o benefício resultante desta integração económica? Porque não aplicar um raciocínio ao avesso e desta forma deixar de indagar se a sociedade dominante teve ou não qualquer participação ou intervenção da unidade económica resultante da relação contratual objecto da disputa, bastando-se simplesmente com esse domínio?

Poder-se-á objectar que, vistas as coisas por este prisma, poderíamos ter de enfrentar uma outra questão delicada: se a sociedade dominante tem controlo sobre a sociedade totalmente dominada e queria beneficiar das vantagens de um determinado negócio feito pela dita dominada, porque razão simplesmente não interveio nesse negócio?

Além disso, há que reconhecer que o recurso à teoria do “grupo de empresas” é por definição excepcional e que, apesar da existência do regime legal aplicável à responsabilidade da sociedade dominante em relação à sociedade totalmente dominada, tem também ele de ser interpretado de uma forma restritiva.

Existe um princípio quase universal de separação de personalidades jurídicas que não pode deixar de ter intervenção nos grupos de empresas. Se a empresa dominante pretende retirar benefício dessa separação, pelas mais variadas razões (seja porque pretende limitar a responsabilidade em relação à sociedade dominada, seja por razões de estruturação do próprio grupo), então, deve também suportar as consequências dessa decisão de separação. E, como referido, se uma sociedade dominante pretendesse retirar benefícios de um negócio celebrado pela sociedade domi-

⁽⁴⁵⁾ *Idem*, p. 99.

nada, facilmente conseguiria obter a sua intervenção pessoal e directa nesse negócio.

24. Em qualquer dos casos, situações existem — muito comuns, aliás, nas arbitragens relacionadas com investimentos estrangeiros (“arbitragem de investimento”) — em que a sociedade dominante não pode intervir no negócio pois este tem de ser concluído exclusivamente por uma empresa local criada para o efeito. Podem existir casos de leis ou regulamentos especiais que impedem essa intervenção. E pode até suceder que a sociedade dominante não tenha tido oportunidade de intervir. Mas, em qualquer destes casos, essa sociedade dominante queria efectivamente ter sido parte do conjunto da operação económica envolvida e por isso mesmo envolveu-se subsequentemente na execução do contrato ou chegou mesmo a prestar garantias à operação.

Existem também outras situações — como é a retratada no caso aqui analisado — em que o acordo não foi assinado pela sociedade dominada mas pela sociedade dominante e é a dominada quem pretende retirar benefício do acordo feito pela dominante porque, de alguma forma, esteve envolvida na execução e cumprimento das obrigações emergentes de tal contrato.

Em todos estes casos, não é tão evidente que a sociedade dominante ou a sociedade dominada pudessem ter intervindo na outorga da relação contratual subjacente por seu livre arbítrio e, por isso, é razoável supor-se que se deva baixar o nível de exigência para que essa outra sociedade possa invocar os benefícios resultantes de cláusula compromissória inserida em tal contrato feito pela sua dominante ou dominada.

Outros pontos de conexão entre as partes e a relação contratual no seu todo poderão então ser detectados e assim chamados a permitir a extensão da cláusula compromissória. Como notado, tais pontos de conexão podem consistir na intervenção na negociação, execução, cumprimento ou cessação do contrato, deste modo formando uma comunidade de interesses em relação à operação económica no seu todo.

25. Neste aspecto, parece que o Supremo Tribunal de Justiça adoptou uma visão formalística dos princípios da liberdade contratual e do princípio da relatividade dos contratos, escorando-se no n.º 2 do art. 406.º do Código Civil (que, pode-se dizer de uma forma grosseira, dispõe que os contratos são “res inter alia acta”), assim concluindo que não existiu consentimento da terceira parte para se vincular à convenção de arbitragem.

Certamente que deve existir consentimento para arbitrar e que este consentimento deve resultar dos factos concretos do caso. E assim sendo, estaríamos tentados a aderir mais uma vez à opinião de Bernard Hanotiou:

“qualquer referência a uma teoria de grupo de empresas deveria desaparecer de uma vez por todas do nosso vocabulário uma vez que podemos alcançar o mesmo objectivo com a clássica teoria do consentimento (tácito) das partes”^(46/47).

Mas a questão que mais uma vez se levanta é, considerando a existência de um grupo de empresas, deveremos baixar o nível de exigência de verificação dos requisitos do “mútuo consentimento” ou deve esse “mútuo consentimento” ser interpretado, ou melhor, detectado, de acordo com requisitos estritos e formalistas?

Tomemos o exemplo deste nosso caso: o contrato de agência foi celebrado entre o agente e a sociedade dominante; a sociedade dominante, que outorgou o contrato, instruiu o seu agente para que este emitisse e enviasse as facturas respeitantes a comissões a uma participada da dominante; estas (dominante e dominada) fazem naturalmente parte do mesmo grupo de empresas; o agente começou a “facturar” a sociedade dominada e esta começou a pagar àquela tais comissões. Daqui se segue que ambas as empresas do mesmo grupo (dominante e dominada) intervieram na execução e provavelmente na cessação do contrato de agência.

⁽⁴⁶⁾ BERNARD HANATIOU, *Consent to Arbitration: Do We Share a Common Vision?*, p. 546, Arb. Int’l 27, 2011.

⁽⁴⁷⁾ No original: ‘Any reference to a group of companies doctrine should be disappear once and for all from our vocabulary as we may achieve the same result with the classic doctrine of (tacit) consent between the parties.’

Não seria isto suficiente para admitir a extensão da cláusula compromissória?

Uma vez mais, qual é o nível de consentimento que é exigido?

26. A um nível institucional — por exemplo, no seio da Corte de Arbitragem da CCI — tem-se entendido que o consentimento necessita de se demonstrar apenas “prima facie”. Se os factos do caso, tal como alegados pelas partes, demonstram “prima facie” um consentimento para arbitrar, o tribunal terá competência para dirimir a disputa.

Como Bernard Hanotiou disse e se repete, “é possível ser parte de um contrato sem ter assinado o *instrumentum ...*”⁽⁴⁸⁾.

Contudo e para o caso particular da teoria do grupo de empresas, para continuar a citar Bernard Hanotiou,

“A existência de um grupo de empresas dá especial dimensão ao problema da conduta ou do consentimento. (...) Tal como vários autores já anotaram, quando existe um grupo de empresas, podemos presumir que a sociedade dominante vincula as dominadas; mas, pelo contrário, apenas as sociedades que tenham estado substancialmente envolvidas na negociação e execução do contrato que contém a cláusula compromissória serão consideradas partes desta última. A jurisprudência nem sempre é clara neste ponto”⁽⁴⁹⁾.

À luz do ordenamento jurídico Português, o consentimento é sempre requerido, como se anotou. E este consentimento pode ser implícito ou explícito. No primeiro caso e em relação à arbitragem, dado que a convenção de arbitragem deve ser reduzida a escrito, ainda assim podemos detectar um consentimento tácito válido

⁽⁴⁸⁾ BERNARD HANATIOU, *apud. Complex Arbitrations*, p. 32.

⁽⁴⁹⁾ BERNARD HANATIOU, *apud. Complex Arbitrations*, p. 38. Tradução da responsabilidade do autor. No original: “the existence of a group of companies gives a special dimension to the issue of conduct or consent. (...) As several authors have pointed out that, when there is a group of companies, one may presume that the parent company binds its subsidiaries; but on the other hand, only the companies that have been substantially involved in the negotiation and performance of the agreement containing the arbitration clause will be considered parties to the latter. The case law is not always entirely clear in this respect”.

desde que o mesmo resulte de factos conclusivos que tenham sido reduzidos a escrito⁽⁵⁰⁾.

Neste nosso caso, é razoável concluir que a carta de instruções para “facturação” (que foi seguida pelo pagamento de comissões) constitui facto conclusivo reduzido a escrito. Questão diferente é se constitui um facto suficientemente conclusivo para determinar a existência de consentimento relevante.

Tendo estas considerações em mente, poderemos ser tentados a afirmar esse carácter conclusivo. Uma carta de instruções de emissão e envio de facturar acompanhada do pagamento a que mesma instrui pode ser um “envolvimento substancial”.

Consequentemente e neste ponto, poderemos discordar com o Tribunal da Relação e com o Supremo Tribunal de Justiça em relação à extensão da cláusula compromissória ao abrigo da teoria do “grupo de empresas”.

Ainda assim, outra via poderia ser explorada. Era a consideração da assunção de dívidas ou transmissão singular de dívidas.

VI. A transmissão de dívidas (assunção de dívidas)

27. O caso da transmissão de dívidas ou de assunção de dívidas pode ser genericamente descrito como o acordo entre o antigo devedor e o novo devedor (o “assuntor”) ao abrigo do qual este último assume a obrigação de pagar a dívida ao credor (art. 595.º do Código Civil). Este acordo pode produzir o efeito de exonerar o antigo devedor (“assunção liberatória”) ou de tornar o novo devedor solidariamente responsável com o antigo devedor pelo pagamento da dívida (“assunção cumulativa” de dívidas), ficando o credor, neste último caso, legitimado a reclamar o pagamento da dívida a qualquer dos devedores ou a ambos em conjunto, tudo conforme for acordado entre as partes. O acordo de

(50) DÁRIO MOURA VICENTE, *A manifestação do consentimento na convenção de arbitragem*, p. 993, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2002.

assunção de dívida pode ser celebrado entre o novo devedor e o antigo devedor (com o consentimento do credor) ou entre o novo devedor e o credor (seguido ou não do consentimento do antigo devedor). Seja qual for o tipo de acordo, o credor deverá ser sempre chamado a prestar o seu consentimento ao negócio de cessão ou a intervir num novo negócio, o que em termos práticos vai dar ao mesmo (art. 595.º do Código Civil).

Para Jorge Morais Carvalho e Mariana França Gouveia⁽⁵¹⁾, no caso de transmissão de dívidas ou de assunção de dívidas deve estabelecer-se um paralelo com a transmissão de posição contratual. Ou seja, deve existir um paralelo exacto entre a cessão de posição contratual e a transmissão singular de dívidas no que respeita aos seus efeitos.

Considerando o regime legal aplicável à “cessão de posição contratual”, esta cessão implica a transferência, para o cessionário, de todos os direitos e obrigações resultantes da relação jurídica (salvas as exceções acordadas entre as partes). Assim, no caso da “cessão da posição contratual”, a cláusula compromissória segue a posição contratual cedida e o consentimento para arbitragem considerar-se-á como tendo efetivamente ocorrido.

O mesmo raciocínio e regime jurídico se aplica no caso de “transmissão de dívidas” ou “assunção de dívidas”. Assim, o transmissário numa cessão de dívidas (ou seja, o novo devedor) considerar-se-á presumidamente vinculado ao acordo de arbitragem que tenha sido pactuado no contrato do qual emerge a dívida transmitida.

Para o novo devedor deixar de estar vinculado à convenção de arbitragem emergente de uma dívida transmitida será necessário que se verifique uma de duas circunstâncias. Ou não aceita a transmissão da dívida com o antigo devedor (ou com o credor) ou, em alternativa, celebra com o credor um acordo separado que implique a revogação da convenção de arbitragem.

O mesmo se diga em relação ao credor. Se este não pretendesse consentir na transmissão da convenção de arbitragem, teria

⁽⁵¹⁾ JORGE MORAIS CARVALHO e MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *apud*. *Arbitragens Complexas*, pp. 116 e 117.

que recusar o seu consentimento à cessão da dívida, teria que rejeitar a opção de celebrar acordo de cessão com o antigo devedor ou teria que celebrar novo acordo com o novo devedor, em qualquer destes casos revogando a convenção de arbitragem.

28. Regressando ao caso concreto, sabemos que a Sociedade B instruiu a Sociedade A para que esta “facturasse” todas as comissões à Sociedade C e que esta as pagasse. Isso implica inexoravelmente a conclusão de que a dívida resultante das comissões fosse transmitida à (ou fosse assumida pela) Sociedade C por via de um acordo (pelo menos) entre a Sociedade B e a Sociedade C. Sabemos que este procedimento foi estabelecido e foi executado. E sabemos que este procedimento foi cumprido entre a Sociedade C e a Sociedade A.

Por esta linha de raciocínio podemos concluir “prima facie” que a Sociedade A (credor das comissões) concordou ou por qualquer outra forma consentiu na transmissão das dívidas resultante de uma relação jurídica que vinculava a Sociedade B e a Sociedade C. Caso contrário e se não fosse por outras razões, nenhum sentido faria que a Sociedade C fosse demandada judicialmente.

Consequentemente, podemos concluir que existiu consentimento da Sociedade A, da Sociedade B e da Sociedade C para que fossem transmitidas as dívidas e com ela a convenção de arbitragem emergente do contrato celebrado.

Em qualquer dos casos, devemos notar, a Sociedade A consentiu na convenção de arbitragem e na cessão de que esta foi objecto.

Por outro lado, também podemos chamar à colação o regime jurídico relativo à transmissão das garantias e dos acessórios do contrato original. De facto, o art. 599.º do Código Civil dispõe que a cessão de dívidas (ou a assunção de dívidas), salvo acordo em contrário, implica a transmissão de todas as garantias e de todos os acessórios da obrigação principal e que não sejam inseparáveis da pessoa do antigo devedor. Esta disposição leva Jorge Morais de Carvalho e Mariana França Gouveia a concluir que a convenção de arbitragem, em princípio, seguirá o caminho da dívida transmitida a menos que as partes estipulem diversamente

ou que a interpretação da convenção de arbitragem leve à conclusão de que esta cláusula não é separável da pessoa do antigo devedor (ou seja, se se concluir que a convenção de arbitragem é “intuitu personae”)⁽⁵²⁾ Esta opinião é também seguida por José Lebre de Freitas⁽⁵³⁾ e por Carla Gonçalves Borges e Ricardo Neto Galvão⁽⁵⁴⁾.

29. Quanto ao regime jurídico aplicável à transmissão ou assunção de dívidas, tem-se entendido que a cláusula compromissória segue aquela transmissão.

Há que reconhecer que não é muito claro se, ao proceder à transmissão ou assunção de dívida, a Sociedade B e a Sociedade C — e subsequentemente a Sociedade A — tiveram a intenção de exonerar a Sociedade B da obrigação de pagamento das comissões (é a chamada “assunção liberatória de dívida”) ou se, pelo contrário, pretenderam que esta última permanecesse vinculada a tal pagamento (“assunção cumulativa de dívida”)⁽⁵⁵⁾.

Se as partes pretenderam exonerar a Sociedade B, seria demasiado ousado pretender que a cláusula compromissória não se transmitira para o “assuntor” juntamente com a dívida transmitida. O regime jurídico acima citado leva à conclusão de que uma transmissão de dívida implica a transmissão para o dito assuntor de todas as garantias e acessórios e a cláusula compromissória deve incluir-se entre estes.

Contudo, se as partes não pretenderam a exoneração do devedor originário (Sociedade B) — assim criando uma assunção cumulativa de dívidas — a transmissão da convenção de arbitragem até poderia tornar-se mais duvidosa. Mas, em tal caso, teríamos forçosamente de vislumbrar ali a tal “realidade

⁽⁵²⁾ *Idem*, pp. 116 e 117.

⁽⁵³⁾ JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *apud. Intervenção de Terceiros*, p. 192.

⁽⁵⁴⁾ CARLA GONÇALVES BORGES E RICARDO NETO GALVÃO, *apud. A Extensão da Convenção de Arbitragem*, p. 125.

⁽⁵⁵⁾ Este parece ser o cenário mais provável atendendo à expressão que ficou consignada na carta de instruções a que acima se fez referência: “sem prejuízo do contrato acima mencionado.” Contudo, também aqui não existe uma conclusão clara e inequívoca.

económica una” que constitui o pilar da teoria do “grupo de empresas”⁽⁵⁶⁾. Por força dessa assunção cumulativa, a Sociedade C, como assuntora da dívida, tornou-se ainda mais próxima daquela realidade económica una e, como tal, poderia invocar os benefícios resultantes dessa integração.

30. O Tribunal da Relação de Lisboa não decidiu o caso com base nesta doutrina mas, ao invés e como visto, enquadrou a questão na teoria do “grupo de empresas”.

O Supremo Tribunal de Justiça, pelo contrário, abordou o tema em disputa por esta segunda perspectiva, embora não o tivesse feito da forma mais correcta.

Com efeito, o Supremo Tribunal de Justiça concluiu que este acordo respeitava a uma cessão de créditos. Contudo, o objecto do dito acordo eram dívidas, não créditos: houve uma instrução da Sociedade B para a Sociedade A para que esta última “facturasse” à Sociedade C as comissões devidas ao abrigo do contrato entre aquelas duas primeiras celebrado e para que, consequentemente, a Sociedade C pagasse as ditas comissões à Sociedade A. Como se vê, a mudança ocorre em relação à pessoa do devedor, não em relação ao credor⁽⁵⁷⁾.

Em segundo lugar, o Supremo Tribunal de Justiça poderia ter encarado este acordo de cessão em conformidade com a perspectiva daquilo que é o entendimento comum da doutrina estrangeira (e também doméstica) da arbitragem comercial.

Mesmo que o acordo de cessão respeitasse a “créditos” (e não a dívidas) emergentes do contrato originário, outra abordagem poderia ter permitido a extensão da convenção de arbitragem. Com efeito, usando o mesmo raciocínio que acima se relatou a propósito da transmissão ou assunção de dívidas, Jorge Morais Carvalho e Mariana França Gouveia julgam que, quanto mais não fosse por analogia, a cessão de um crédito implica a transmissão da conven-

⁽⁵⁶⁾ Cf. EMMANUEL GAILLARD E JOHN SAVAGE, *apud. Fouchard Gaillard Goldman*, p. 285.

⁽⁵⁷⁾ Cf., a este propósito, ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. II, p. 361, Almedina, 7.^a ed., 2007.

ção de arbitragem que exista na relação jurídica a que o crédito transmitido respeita⁽⁵⁸⁾.

Uma vez mais, uma análise “prima facie” da convenção de arbitragem e do litígio configurado pelas partes (em especial, as alegações dos réus no que respeita à exceção de preterição de tribunal arbitral) deveria ter levado à conclusão de que existia um vislumbre da conectividade que é necessária (mas também suficiente) verificar-se entre a parte terceira e a cláusula compromissória para se operar a extensão desta.

31. Poder-se-ia dizer que seria necessário apurar mais factos para permitir uma decisão mais sustentada sobre esta questão da extensão da cláusula compromissória a terceiros. A premissa pode até ser certa. Contudo, e em qualquer dos casos, a verdade é que essa decisão deveria ter sido relegada para a entidade com competência específica na matéria. E essa entidade era o tribunal arbitral. Porque, mais uma vez, não existia ali uma convenção de arbitragem que fosse manifestamente inválida, ineficaz ou inoperável. Não sendo manifestos tais vícios, o tribunal deveria ter remetido as partes para arbitragem.

Parece-me, assim, que tanto o Tribunal da Relação de Lisboa como o Supremo Tribunal de Justiça foram precipitados nas suas decisões.

VII. Comentário final

32. Em resumo, citarei as preocupações manifestadas por Albert van den Berg a propósito do problema dos litígios multi-partes e do envio das partes para a arbitragem:

“Dois aspectos da Convenção são, contudo, relevantes ... [E]m primeiro lugar, a possibilidade de sentenças judiciais ou decisões arbi-

⁽⁵⁸⁾ JORGE MORAIS CARVALHO e MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *apud. Arbitragens Complexas*, pp. 117-118.

trais contraditórias sobre casos relacionados deve levar a não considerar o acordo de arbitragem como “inefícaz” ou “incapaz de ser executado”. Segundo, o carácter imperativo do envio para a arbitragem ao abrigo do Art. II(3) sobrepõe-se à regra que possa existir na lei do foro, tal como acontece em Itália, segundo a qual, se uma ação for instaurada em tribunal judicial, a última absorve a competência do árbitro”^(59/60).

No que toca à extensão da cláusula compromissória a uma sociedade pertencente ao grupo da parte signatária do contrato do qual emerge a dita cláusula, no que toca ao envio das partes para a arbitragem, os tribunais adoptaram uma visão restritiva da regra imperativa constante do Art. II da Convenção de Nova Iorque de 1958. Na verdade, os tribunais superiores desconsideraram o que pode ser entendido como um *vislumbre* da conectividade entre a convenção de arbitragem, o litígio, a operação económica no seu todo e as partes envolvidas. Além disso, desconsideraram que esse *vislumbre* poderia ser não só o elo necessário mas também o suficiente para remeter as partes para a arbitragem.

Tal seria o suficiente para decidir pela existência e validade “prima facie” da convenção de arbitragem e, conseqüentemente, para vincular todas as partes aos termos da mesma (excepto a Sociedade D que, manifestamente, nada teve a ver com a situação litigiosa), remetendo-as para a arbitragem.

⁽⁵⁹⁾ ALBERT VAN DEN BERG, *apud. The New York Arbitration Convention of 1958*, p. 168.

⁽⁶⁰⁾ No original: “Two aspects of the Convention are, however, relevant ... firstly, the possibility of conflicting awards or court decisions in related cases must be deemed not to render the arbitration agreement “inoperative” or “incapable of being performed”. Secondly, the mandatory character of the referral to arbitration under Article II(3) supercedes the rule which may exist under the law of the forum, like in Italy, that if a related case is brought before the court, the latter absorbs the competence of the arbitrator.”

DA (IR)RESPONSABILIDADE CIVIL DOS SÓCIOS POR DELIBERAÇÕES ABUSIVAS

Pelo Mestre Ricardo Serra Correia()*

SUMÁRIO:

1. Considerações gerais. **2.** Das deliberações abusivas. *2.1.* Caracterização. *2.2.* Requisitos. *2.3.* Deliberações abusivas e abuso do Direito. *2.4.* Dever de lealdade e princípio da igualdade dos sócios. **3.** Responsabilidade civil dos sócios por votos abusivos. **4.** Reflexões conclusivas.

1. Considerações Gerais

Desde o ano de dois mil e oito, com a crise económica e financeira global, temos vivido tempos difíceis. Dia para dia cresce exponencialmente o número de sociedades comerciais em situação de insolvência. Não obstante a actual conjuntura sócio-económica, a delicada situação da grande maioria das sociedades comerciais também se deve em boa parte ao comportamento dos seus administradores e dos seus sócios.

(*) Doutorando em Direito na área das Ciências Jurídico-Empresariais na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Advogado.

O presente artigo procura analisar um comportamento específico dos sócios, susceptível de pôr em risco os interesses da sociedade, incluindo a sua solvabilidade com o conseqüente incumprimento das obrigações assumidas com os seus credores. Trata-se dos chamados votos abusivos, os quais, incompreensivelmente, e salvo casos pontuais, são inconseqüentes nos termos da nossa legislação societária actual.

As sociedades comerciais, ao contrário das pessoas singulares, não são organismos físico-psíquicos, necessitando assim de serem representadas e de formar a sua vontade social através dos seus órgãos sociais. Nas palavras de COUTINHO DE ABREU, estes órgãos traduzem-se em «*centros institucionalizados de poderes funcionais a exercer por pessoa ou pessoas com o objectivo de formar e/ou exprimir a vontade juridicamente imputável à sociedade*»⁽¹⁾.

Não desconsiderando o papel essencial (executivo) do órgão de gestão, entendemos que quanto à formação e manifestação da vontade da sociedade assume especial preponderância o único órgão comum a todos os tipos de sociedades comerciais, isto é, a *colectividade de sócios* ou *conjunto de sócios*⁽²⁾. Trata-se de um órgão constituído, em regra, por todos os sócios⁽³⁾ e com natureza deliberativa interna, isto é, as suas decisões destinam-se à produção de efeitos no interior da sociedade e não perante terceiros⁽⁴⁾. Competindo-lhe decidir sobre importantes assuntos, veja-se, designadamente, o disposto nos arts. 189.º, n.ºs 1 e 3, 246.º, 376.º, 474.º e 478.º.

(1) V. COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, Vol. II — *Das Sociedades*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2009, p. 57.

(2) No caso das sociedades comerciais unipessoais composto apenas pelo sócio único.

(3) Ressalvam-se os casos dos sócios detentores de acções preferenciais sem direito de voto e sem a possibilidade de participar na assembleia geral (arts. 343.º/1 e 379.º/2 CSC) e os casos em que os estatutos exigem a detenção de um número mínimo de acções para que os sócios participem na assembleia (arts. 379.º/2 e 384.º/2, a) CSC). Doravante, os preceitos indicados sem qualquer menção legislativa referem-se ao Código das Sociedades Comerciais (CSC), aprovado pelo DL n.º 262/86, de 2 de Setembro.

(4) Cf. PAIS DE VASCONCELOS, *A Participação Social nas Sociedades Comerciais*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 116.

Às decisões imputáveis a este órgão designam o legislador e a Doutrina de *deliberações dos sócios* ou da *sociedade*⁽⁵⁾ ou *decisões*, no que toca às sociedades unipessoais (art. 270.º-E).

Segundo PINTO FURTADO, a deliberação da sociedade consiste numa «*declaração de vontade, de ciência ou de sentimento, apurada pela expressão maioritária de sentido idêntico, quando não unânime, dos votos emitidos pelos respectivos titulares e juridicamente imputável a uma sociedade comercial*»⁽⁶⁾. Considerando-se, igualmente, uma deliberação ainda que haja apenas um único voto.

Relativamente ao regime jurídico das deliberações dos sócios, o legislador português dedicou o Capítulo IV da Parte Geral do Código das Sociedades Comerciais (arts. 53.º a 63.º) e alguns preceitos específicos para cada tipo societário: arts. 189.º-190.º (SNC — Sociedades em Nome Colectivo), 246.º-251.º (SQ — Sociedades por Quotas), 373.º-389.º (S.A. — Sociedades Anónimas) e 472.º (SC — Sociedades em Comandita).

Quanto ao processo formativo das deliberações da sociedade, a lei consagrou taxativamente (art. 53.º/1) quatro *formas* possíveis: *a*) deliberações em assembleia geral convocada (arts. 189.º/1, 247.º/1, *in fine*, 373.º/1 e 472.º/1); *b*) deliberações em assembleia universal (art. 54.º/1, 2.ª parte); *c*) deliberações unânimes por escrito (art. 54.º/1, 1.ª parte); *d*) deliberações por voto escrito (art. 247.º/1 e 189.º/1). Sublinhe-se, contudo, que estas últimas apenas são permitidas para as SQ e SNC, ao passo que as restantes são possíveis em todos os tipos societários.

Independentemente da forma de deliberação adoptada, certo é que as deliberações dos sócios indicam a vontade funcional da sociedade. No entanto, destaque-se o carácter peculiar das deliberações sociais, dado que estas resultam do poder dos sócios de participar nas deliberações através do exercício do direito de voto

⁽⁵⁾ Para além destas, existem outras deliberações no âmbito das sociedades comerciais adoptadas por outros órgãos colegiais, como o conselho de administração (arts. 410.º a 412.º e 433.º/1), o conselho geral e de supervisão (art. 445.º/2) e o conselho fiscal (art. 443.º), contudo, cuidaremos apenas das deliberações dos sócios.

⁽⁶⁾ Cf. PINTO FURTADO, *Deliberações de Sociedades Comerciais*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 36.

(art. 21.º/1, b)). São, no fundo, uma declaração de vontade imputável à sociedade, resultante da pluralidade de manifestações individuais (votos) dos sócios quando alcance a maioria suficiente.

Refira-se que a natureza jurídica da deliberação é uma questão complexa, sobre a qual não desenvolveremos, diremos apenas que a maioria da doutrina aponta no sentido de se tratar, em regra, de um negócio jurídico, quer dizer, as deliberações são «*actos jurídicos constituídos por uma ou mais declaração de vontade (votos) com vista à produção de certos efeitos sancionados pela ordem jurídica*»⁽⁷⁾. Ora sendo um negócio jurídico, a deliberação pode não produzir os efeitos que visava, designadamente, por sofrer de vícios de conteúdo ou de procedimento. O nosso CSC prevê, desenvolvidamente, o regime da ineficácia absoluta das deliberações dos sócios: ineficácia em sentido estrito (art. 55.º), nulidade (art. 56.º e 57.º) e anulabilidade (art. 58.º). Deste regime interessamos ter em conta esta última modalidade das invalidades das deliberações.

De acordo com o preceituado no art. 58.º são anuláveis as deliberações *ilegais* (quando ao caso não caiba a nulidade) e as deliberações *anti-estatutárias* (art. 58.º/1, *a*) e *c*) e n.º 4), bem como as chamadas *deliberações abusivas*. O presente estudo incidirá precisamente sobre estas, tendo em vista determinar a possível responsabilidade civil dos sócios por este tipo de deliberações.

2. Das deliberações abusivas

2.1. Caracterização

As deliberações abusivas anuláveis constam no art. 58.º, n.º 1, *b*). Nos termos deste preceito podemos ter dois tipos de deliberações abusivas, quando não sejam anuláveis por serem ilegais ou anti-estatutárias (art. 58.º/1, *a*): **1**) aquelas que são *apropriadas*

(7) Cf. COUTINHO DE ABREU, em AAVV. (coord. de COUTINHO DE ABREU), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Vol. I (arts. 1.º a 84.º), Almedina, Coimbra, 2010, p. 638.

para satisfazer o *propósito* de um ou alguns sócios de conseguirem *vantagens especiais* para si ou para terceiros, em *prejuízo* da sociedade ou de outros sócios; **2)** aquelas que são *apropriadas* para satisfazer tão-somente o *propósito* de *prejudicar* a sociedade ou outros sócios (deliberações emulativas).

São exemplos destas deliberações os seguintes casos: - deliberação de não distribuição de lucros, com o propósito de os sócios minoritários cederem as suas participações sociais, beneficiando os maioritários; - deliberação de venda de bem imóvel a terceiro, por preço manifestamente inferior àquele que foi oferecido por um dos sócios (minoritários); - deliberação de aumento de capital, sem qualquer motivo atendível, visando reforçar apenas a posição dos sócios maioritários, em prejuízo dos sócios minoritários que previsivelmente não podem acompanhar o referido aumento⁽⁸⁾.

As deliberações abusivas são sancionadas pela ordem jurídica com mera anulabilidade, entende assim o legislador que os interesses em causa são dos sócios actuais e disponíveis, podendo estes reagir mediante acção de anulação da deliberação (arts. 59.º e 60.º)⁽⁹⁾.

2.2. Requisitos

I — Atendendo ao art. 58.º/1, *b)*, verificamos que o legislador impõe alguns requisitos para que as deliberações sejam abusivas e, por conseguinte, anuláveis.

Desde logo é imperativo que a deliberação (e isto vale para ambos os tipos de deliberações abusivas) seja *apropriada* para satisfazer os mencionados propósitos. Facilmente se percebe que, não sendo a deliberação objectivamente apta a concretizar as inten-

⁽⁸⁾ Exemplos colhidos, entre outros e com base na jurisprudência, em COUTINHO DE ABREU, *Do Abuso de Direito — Ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais*, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 167 e ss., e “Diálogos com a jurisprudência, I — Deliberações dos Sócios Abusivas e Contrárias aos Bons Costumes”, *Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 33 e ss.

⁽⁹⁾ Assunto que desenvolveremos *infra*.

ções dos sócios, torna-se inconsequente, ou pelo menos deixa de ser considerada abusiva. Impõe-se, portanto, que a deliberação tenha condições de materializar a intenção de obter vantagens especiais em prejuízo da sociedade ou de outros sócios ou, simplesmente, de prejudicar aquela ou estes.

II — Para além deste requisito objectivo, a lei fixa um outro pressuposto, o *propósito* de um ou mais sócios, porém de conteúdo diferente consoante o tipo de deliberação abusiva em causa.

Relativamente à espécie prevista na 1.^a parte do preceito normativo, o sócio ou sócios têm o *propósito* de *obter vantagens especiais em prejuízo da sociedade ou de outros sócios*. Sobre este requisito importa tecer alguns comentários.

O primeiro ponto diz respeito ao propósito em si, isto é, ao elemento intencional. PAIS DE VASCONCELOS levanta, pertinente-mente, a dúvida se o propósito deve ser actual e subjectivo, ou se bastará que seja virtual e objectivo⁽¹⁰⁾. Não se trata de mera questão doutrinária sem interesse prático. Veja-se que a necessidade do propósito ser actual e subjectivo implica maiores (terríveis) dificuldades na sua prova, levando, evidentemente, a menores decisões de anulação de deliberações abusivas. Trata-se de uma questão que não gera consensos na Doutrina.

Autores como BRITO CORREIA⁽¹¹⁾ e PEREIRA DE ALMEIDA⁽¹²⁾ entendem que a lei não exige uma intenção subjectiva do sócio em obter vantagens especiais com o consequente e já referido prejuízo, basta somente a *aptidão* da deliberação para tal efeito. Compreende-se esta posição fundamentalmente por duas razões, a primeira prende-se com a dificuldade já aludida em provar o elemento intencional. A segunda, dado que as vantagens especiais são conseguidas em *prejuízo* da sociedade ou de outros sócios, independentemente do propósito, a deliberação deve ser anulada. Poder-se-á

⁽¹⁰⁾ PAIS DE VASCONCELOS, *A Participação Social...*, cit., p. 155.

⁽¹¹⁾ V. BRITO CORREIA, *Direito Comercial*, 3.º Vol. — *Deliberações dos sócios*, AAFDL, Lisboa, 1989, p. 342.

⁽¹²⁾ V. PEREIRA DE ALMEIDA, *Sociedades comerciais e valores mobiliários*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 206.

dizer, por outro lado, e refutando a posição enunciada, que se fosse esta a intenção do legislador teria omitido o termo «*propósito*», e que a invalidade da deliberação, por infligir prejuízos para a sociedade ou para outros sócios, pode ser alcançada por outra via. Temos em vista a invalidade da deliberação por ser ilegal (art.58.º/1, *a*)), em virtude da violação de princípios jurídicos como o dever de lealdade dos sócios e o tratamento igualitário dos sócios⁽¹³⁾.

Já COUTINHO DE ABREU⁽¹⁴⁾, REGINA REDINHA⁽¹⁵⁾ E PAIS DE VASCONCELOS⁽¹⁶⁾ vão no sentido de ser necessário provar, por quem impugne a deliberação, a existência daquele propósito⁽¹⁷⁾. Não obstante, bastará demonstrar, segundo estes Autores, que os sócios previram a possibilidade de obtenção de vantagens especiais em prejuízo da sociedade ou de outros sócios. Defendem, portanto, a demonstração da existência de dolo eventual, e já não o dolo directo ou necessário. Justificam esta posição com a menção, no preceito, do «*propósito*» e pela referência aos «*votos abusivos*» em si, e não à deliberação unitariamente considerada.

III — Ainda na primeira modalidade de deliberação abusiva, importa precisar a relação das vantagens especiais com o prejuízo causado. Nos termos do preceito ora em estudo, são anuláveis as deliberações apropriadas para satisfazer o propósito de conseguir vantagens especiais⁽¹⁸⁾ em prejuízo da sociedade ou de outros sócios⁽¹⁹⁾.

(13) Assunto que desenvolveremos posteriormente.

(14) Cf. COUTINHO DE ABREU, “Diálogos com a jurisprudência, I — Deliberações dos Sócios Abusivas...”, *cit.*, p. 43. O A. considera que teria sido melhor omitir o elemento subjectivo, por haver uma disfunção, isto é, dado que as sociedades comerciais visam a prossecução do lucro e a sua distribuição por *todos os sócios* (art. 980.º CC), com as deliberações abusivas na vertente que ora tratamos, alguns sócios ficam beneficiados em detrimento dos outros e da sociedade, devendo, portanto, serem anuladas.

(15) REGINA REDINHA, “Deliberações sociais abusivas”, *RDE*, 1984/1985, p. 216.

(16) PAIS DE VASCONCELOS, *A Participação Social...*, *cit.*, p. 157.

(17) Também neste sentido, Ac. TRP de 26/09/1996, Proc. 9630228, disponível em <www.dgsi.pt>.

(18) As «*vantagens especiais*» referidas no preceito não se confundem com as vantagens especiais que constituem benefícios concedidos aos sócios pela sua preponderância na constituição da sociedade (art. 16.º), nem com as vantagens especiais alcançadas através de direitos especiais (art. 24.º). As vantagens que ora tratamos são especiais em dois sentidos. Por um lado, por oposição a vantagens gerais (concedidas a todos os sócios em

Não estamos perante um duplo propósito (obter vantagens especiais e infligir um prejuízo) como defende CASSIANO DOS SANTOS⁽²⁰⁾. Não é essa a indicação da letra da lei que refere expressamente «*em prejuízo*». Aliás, parece-nos que tal não faria sentido. Se fosse intenção do legislador fazer depender a anulação deste tipo de deliberação de um duplo propósito, uma das modalidades de deliberações abusivas perderia completamente o seu sentido. Quer dizer, bastava ao legislador enunciar o primeiro tipo de deliberações abusivas, porque onde se enquadra o mais, também se insere o menos. Ou então manter, simplesmente, a segunda modalidade, uma vez que a partir do momento em que há intenção de prejudicar (independentemente das vantagens especiais) a sociedade ou os sócios, seria a deliberação, *tout court*, abusiva anulável. Se assim fosse, parte da norma não teria qualquer sentido útil, algo que o mencionado Professor de Coimbra reconhece e explica recorrendo ao processo de formação do preceito⁽²¹⁾. Exigindo-se um duplo propósito, numa situação em que apenas se provasse a intenção de obter vantagens especiais e daí resultasse um prejuízo para a sociedade ou para os outros sócios, a deliberação não seria abusiva-anulável por falta de demonstração do propósito de provocar prejuízo, o que nos parece pouco razoável.

Em nosso entender, na primeira espécie de deliberações abusivas, o prejuízo em si não é um fim, mas uma consequência necessária resultante da prossecução de vantagens especiais. Como refere COUTINHO DE ABREU, «*entre aquele [dano] e esta [vantagem especial] existe imediata ou mediata conexão causal*»⁽²²⁾. Ou seja,

situação semelhante). Por outro, por não se enquadrarem na normalidade da esfera social, isto é, são proveitos injustificados e que à partida não teriam lugar. Sobre o conceito de «*vantagens especiais*» nos termos do art. 58.º/1, b) — cf. COUTINHO DE ABREU, “Diálogos com a jurisprudência, I — Deliberações dos Sócios Abusivas...”, *cit.*, pp. 41 a 42, e REGINA REDINHA, “Deliberações sociais abusivas”, *cit.*, pp. 216 a 218.

⁽¹⁹⁾ Sobre a disjuntiva sociedade/sócios, v. COUTINHO DE ABREU, “Diálogos com a jurisprudência, I — Deliberações dos Sócios Abusivas...”, *cit.*, p. 42.

⁽²⁰⁾ CASSIANO DOS SANTOS, *Estrutura Associativa e Participação Societária Capitalística. Contrato de sociedade, estrutura societária e participação do sócio das sociedades capitalísticas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 421 e ss., 430 e 432.

⁽²¹⁾ *Idem*, p. 425.

⁽²²⁾ COUTINHO DE ABREU, “Diálogos com a jurisprudência, I — Deliberações dos Sócios Abusivas...”, *cit.*, p. 41.

é necessário que haja prejuízo, de outro modo não se colocaria em causa a validade da deliberação, porém, não se impõe que aquele que impugne a deliberação faça prova do intuito de prejudicar a sociedade ou outros sócios. Deve, portanto, provar o *elemento intencional* de obter vantagens especiais e demonstrar o dano que daí resultou.

IV — Na segunda espécie de deliberações abusivas, o propósito referido pelo legislador consiste na intenção de provocar um prejuízo na sociedade ou noutros sócios, sendo, portanto, indiferente a obtenção de quaisquer vantagens especiais. Claro está que não basta apenas esta intenção emulativa (de provocar dano) para que a deliberação seja considerada abusiva. Tal como já foi mencionado, é pressuposto que a deliberação seja apta a concretizar o referido propósito, provocando assim danos, caso não seja invalidada.

V — Para que uma deliberação seja considerada abusiva anulável, o legislador fixou mais um requisito (de natureza objectiva), na parte final do art. 58.º/1, b). Para além da *aptidão* da deliberação para concretizar os propósitos ilícitos já indicados, a lei exige que, descontados os *votos abusivos*, a votação não alcance a maioria suficiente para aprovar a proposta de deliberação. Quer dizer, a deliberação não será anulável por abusiva caso a sociedade «*prove que as deliberações teriam sido tomadas mesmo sem os votos abusivos*»! Trata-se da chamada *prova de resistência* ou nas palavras de OLIVEIRA ASCENÇÃO de um «*limiar da relevância da invalidade do voto sobre a validade da deliberação*»⁽²³⁾ e cuja existência não conseguimos compreender.

Como vimos, as deliberações abusivas caracterizam-se por serem apropriadas a satisfazer propósitos de alguns sócios votantes que significam, *a final*, prejuízos para a sociedade (e consequentemente para os sócios) ou simplesmente para os outros sócios. Sendo assim pergunta-se como pode o legislador manter válida uma deliberação com estas consequências negativas.

⁽²³⁾ V. OLIVEIRA ASCENÇÃO, “Invalidades das deliberações dos sócios”, em IDET, *Problemas do direito das sociedades*, Almedina, Coimbra, 2002, p. 376.

No fundo, o legislador reduz a questão das deliberações abusivas à mera ideia de maioria suficiente, ou não, para manter a deliberação. Algo que nos causa perplexidade, dada a extrema dificuldade em demonstrar os propósitos ilícitos e autonomizar cada um dos votantes abusivos para que a deliberação perca a maioria. Por outro lado, com a *prova de resistência*, o critério de aferição da validade da deliberação reduz-se a uma questão: há ou não maioria suficiente, descontados os votos abusivos. Quando, em nosso entender, deveria ser o critério do interesse social a ditar a produção de efeitos da deliberação, sob pena de se chegar a resultados absolutamente irrazoáveis.

Veja-se que em ambas as espécies de deliberações abusivas e não sendo estas anuladas, haverá prejuízo para a sociedade e para os sócios. A *prova de resistência* acaba por servir de *válvula de escape* para a validade de deliberações que contrariam o interesse social. Conclusão que em nosso entender não faz sentido, ainda que se possa argumentar que poderão existir outros mecanismos para invalidar este tipo de deliberações. São inúmeras as normas do CSC que visam a defesa do interesse social (art. 251.º/1, 328.º/2, c), 460.º/2), parece incoerente que o legislador permita aqui que esse interesse seja posto em causa, atribuindo primazia ao critério da maioria dos votos emitidos.

A única justificação que encontramos para esta situação é a confusão, por parte do legislador, do interesse social com o interesse da maioria. A definição do interesse social constitui uma matéria complexa e que tem gerado várias propostas na Doutrina⁽²⁴⁾. No âmbito das deliberações abusivas está em causa o comportamento dos sócios para com a sociedade e os outros sócios. Vale, portanto, a concepção de interesse social «*como a relação entre a necessidade de todo o sócio enquanto tal na consecução do lucro e o meio julgado apto a satisfazê-lo*»⁽²⁵⁾.

(24) Em termos pouco rigorosos, temos as *teorias institucionalistas* segundo as quais o interesse social constitui um interesse comum, não só dos sócios, mas também dos trabalhadores, dos credores sociais e da colectividade nacional. E as *teorias contratualistas* que defendem o interesse social como um interesse comum a todos sócios, enquanto tais. Cf. COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial, cit.*, pp. 288-289.

(25) COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial, cit.*, p. 296.

Se houvesse total correspondência entre o interesse da maioria e o interesse social, qualquer deliberação, porque aprovada pela maioria, seria sempre de acordo com o interesse social. Não obstante, demonstrámos já que as deliberações abusivas contrariam o interesse social, isto é, o interesse comum a todos os sócios. Desta feita, o interesse da maioria não se confunde com o interesse da sociedade. Este interesse há-de concretizar-se com a opção tomada pela maioria, mas sempre *entre interesses comuns a todos os sócios*. Quer dizer, só quando a deliberação aprovada pela maioria prossegue um interesse comum a todos os sócios é que se verifica uma correspondência entre o interesse da sociedade e o interesse da maioria. Algo, certamente, que não se verifica nas deliberações abusivas.

Já nos parece compreensível a existência desta *prova de resistência* não colocando em causa o interesse social, nos casos em que as deliberações padeçam de vícios de procedimento, e mesmo sem o respectivo vício teriam sido aprovadas. Isto é, quando não há um nexo de causalidade entre o vício ocorrido e a deliberação tomada. Pense-se, por exemplo, naqueles casos em que uma deliberação foi aprovada com votos emitidos em conflito de interesses (art. 251.º) com a sociedade e, portanto, anulável, nos termos do art. 58.º/1, a). Mas descontados aqueles votos a deliberação teria sido igualmente tomada⁽²⁶⁾. Compreende-se que neste tipo de situações se aplique o princípio geral do aproveitamento do acto jurídico. Alguns Autores⁽²⁷⁾, entendem que a *prova de resistência* deve ser aplicada de uma modo geral e que a indicação da prova de resistência no art. 58.º/1, b) vale não só para as deliberações abusivas mas igualmente para as restantes deliberações. Ideia que nos parece forçada, isto é, temos dúvidas que o disposto no referido preceito possa ter aplicação geral dado que o legislador refere expressamente a *prova de resistência* apenas no âmbito das deliberações abusivas, além de

(26) Sobre esta questão v. PEDRO MAIA, “Invalidade de deliberação social por vício de procedimento”, *ROA*, 2001, pp. 735 e ss.

(27) Defendendo a aplicação em geral da prova de resistência, v. OLIVEIRA ASCENÇÃO, “Invalidades das deliberações dos sócios”, *cit.*, pp. 396-397, e RAÚL VENTURA, *Sociedades por Quotas, Vol. II — Comentários ao Código das Sociedades Comerciais*, Almedina, Coimbra, 1996, pp. 267-268.

que, como vimos anteriormente, a mencionada *prova de resistência* pode ter efeitos nocivos para a sociedade e alguns sócios.

VI — Chegado a este ponto verificamos que o legislador fixou dois requisitos objectivos (*aptidão* da deliberação e a *prova de resistência*) e um requisito subjectivo (*propósitos*). Sendo assim podemos concluir que o legislador faz dois tipos de *controlo*, um relativamente aos votos, dado que é através do exercício destes que se manifestam os propósitos ilícitos e que por isso o legislador apelida de abusivos, e se verifica se a *prova de resistência* é vencida. E o *controlo* da deliberação no sentido de perceber se a deliberação é apta a materializar os propósitos ilícitos.

Com a *prova de resistência* o legislador acentua o carácter abusivo dos votos e não da deliberação. Isto é, mesmo com votos abusivos, podemos não ter, formalmente, uma deliberação abusiva, caso a maioria suficiente se mantenha. Não se comunicando, portanto, o abuso dos votos à deliberação.

Refira-se, no entanto, que o voto em si é apenas uma declaração de vontade. É a deliberação, resultante da conjugação dos votos emitidos e enquanto negócio jurídico, que vai produzir efeitos. O carácter abusivo deveria, portanto, incidir sobre a deliberação, comunicando-se sempre o abuso dos votos à deliberação. Contudo, para o legislador o vício dos votos só atinge a deliberação, nos termos do art. 58.º/1, b) *in fine*, quando a deliberação perde a maioria, descontados os votos abusivos. Mantendo-se a maioria suficiente a deliberação é válida, ainda que contrarie o interesse da social.

2.3. Deliberações Abusivas e Abuso do Direito

Antes da entrada em vigor do CSC, a Doutrina e a jurisprudência⁽²⁸⁾ defendiam a aplicação do instituto do abuso do direito

(28) Cf. COUTINHO DE ABREU, *Do Abuso de Direito...*, cit., pp. 123 a 145, 187 e ss.; MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito das Sociedades, I — Das sociedades em geral*, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 740-742; e PAIS DE VASCONCELOS, *A Participação Social...*, cit., p. 152, n. 161.

(art. 334.º CC) no âmbito das deliberações sociais, designadamente, nas deliberações abusivas. Isto é, identificavam o actual voto abusivo como sendo abuso do direito de voto.

A anulabilidade de deliberações abusivas surgiu pela primeira vez em Portugal no art. 115.º, *b*) do Projecto de Coimbra sobre sociedades por quotas⁽²⁹⁾, com forte inspiração germânica. Contudo, não previa este preceito as designadas deliberações emulativas.

Mesmo depois da aprovação do CSC e da consagração legal expressa da anulabilidade das deliberações abusivas (incluindo as emulativas), encontramos Autores⁽³⁰⁾ e decisões judiciais⁽³¹⁾ que aplicam o mecanismo do abuso do direito às deliberações abusivas e defendem que o art. 58.º/1, *b*) mais não é que uma concretização, uma extensão do princípio do abuso do direito nas deliberações sociais.

Não nos parece que a cláusula geral do abuso do direito se confunda com as deliberações abusivas. De acordo com o art. 334.º do CC «*é ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social e económico desse direito*». Trata-se, sem dúvida, de uma noção muito complexa e pouco clara, nomeadamente pela indeterminação de conceitos como «*bons costumes*», «*boa fé*» e «*função social ou económica*» que o integram⁽³²⁾.

Comparando este preceito com o regime jurídico já exposto das deliberações abusivas, percebemos que têm pressupostos próprios, tutelam situações distintas e não se sobrepõem um ao outro. O art. 334.º do CC não indica sequer a sanção aplicável ao abuso do direito, fala apenas em *ilegitimidade*, ao passo que o art. 58.º/1, *b*) consagra a anulabilidade.

⁽²⁹⁾ FERRER CORREIA/LOBO XAVIER/MARIA ÂNGELO COELHO/ANTÓNIO CAEIRO, “Sociedades por quotas de responsabilidade limitada. Anteprojecto de lei — 2.ª redacção e exposição de motivos”, *Revista de Direito e Economia*, 1977, pp. 415-416.

⁽³⁰⁾ Assim BRITO CORREIA, *Direito Comercial*, 3.º Vol. — *Deliberações dos sócios*, cit., pp. 339 e 341, e PINTO FURTADO, *Deliberações de Sociedades Comerciais*, cit., pp. 661.

⁽³¹⁾ Acs.: STJ de 11/01/2011, proc. n.º 801/06 6TYVNG.P1.S1; STJ de 27/05/2003, proc. n.º 950/03; STJ de 28/05/1992, proc. n.º 081893; TRL de 03/03/1994, proc. n.º 0061506, disponíveis em <www.dgsi.pt>.

⁽³²⁾ Sobre a problemática do abuso do direito v. COUTINHO DE ABREU, *Do Abuso de Direito...*, cit., pp. 15-86.

Relembrando os requisitos das deliberações abusivas (aptidão da deliberação, elemento intencional e prova de resistência) verificamos que não coincidem minimamente com o exceder manifestamente os *limites da boa fé, dos bons costumes ou do fim económico ou social do direito*. Sublinhe-se inclusivamente que no abuso do direito não se exige a intenção, o propósito como nas deliberações abusivas.

O regime das invalidades das deliberações sociais encontra-se bem desenvolvido no CSC. Aliás, o art. 56.º/1, *d*) prevê a nulidade das deliberações cujo conteúdo (e não o fim) seja ofensivo dos bons costumes. O art. 58.º/1, *b*) aplica-se às situações especificamente aí previstas. No entanto, são vários os acórdãos⁽³³⁾ que invalidam deliberações por abuso do direito (art. 334.º do CC) e por conteúdo contrário aos bons costumes (art. 56.º/1, *d*)), quando na verdade estão em causa deliberações abusivas nos termos do art. 58.º/1, *b*). Dada a difícil prova do elemento intencional, pressuposto destas deliberações, compreende-se o recurso àqueles institutos, uma vez que se bastam com requisitos de cariz objectivo. Porém, deve aplicar-se tecnicamente o regime jurídico especificamente criado e previsto para as situações em causa.

Não queremos com isto afastar a aplicabilidade do abuso do direito às deliberações sociais. Pode suceder que uma deliberação caia no âmbito de aplicação do art. 334.º do CC e, portanto, seja anulável, por ilegalidade, nos termos do art. 58.º/1, *a*)⁽³⁴⁾.

2.4. Dever de Lealdade e Princípio da Igualdade dos Sócios

Dada a exigência do legislador, no âmbito das deliberações abusivas, do elemento intencional (propósito de obter vantagens especiais ou o propósito de infligir dano) e a sua difícil demonstração ao nível da prova, importa considerar a relação das delibera-

⁽³³⁾ V. os acs. referidos e analisados por COUTINHO DE ABREU em “Diálogos com a jurisprudência, I — Deliberações dos Sócios Abusivas...”, *cit.*, pp. 33 a 37.

⁽³⁴⁾ Cf. MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito das Sociedades...*, *cit.*, p. 745.

ções abusivas com os princípios da igualdade de tratamento dos sócios e o dever de lealdade destes.

São vários os preceitos normativos de onde se extraem estes princípios. Analisando ambas as espécies de deliberações abusivas, percebe-se que o art. 58.º/1, *b*) é uma manifestação daqueles princípios⁽³⁵⁾. Cumpre por isso indicar brevemente o conteúdo destes princípios fundamentais.

O princípio da igualdade visa assegurar, dentro de cada sociedade, o tratamento igual de todos os sócios, proibindo qualquer tipo de discriminação não justificada. Assume um papel especialmente preponderante na tutela das minorias, assegurando aos sócios com menor peso na sociedade, os mesmos direitos que os sócios majoritários e dominantes. Naturalmente que, estando os sócios, com este princípio, em pé de igualdade, deve ser tido em conta a proporção da participação social de cada sócio, bem como o regime jurídico dos direitos especiais (art. 24.º). São inúmeras as normas legais onde, implícita e explicitamente, encontramos presente este princípio, nomeadamente: arts. 22.º/1/3, 190.º/1, 213.º/4, 321.º, 344.º/2, 346.º/3, 384.º/1, e arts 15.º, 112.º e 197.º, estes últimos do Código de Valores Mobiliários, a respeito das chamadas sociedades anónimas abertas.

No âmbito das deliberações dos sócios haverá violação deste princípio quando resulte da deliberação um tratamento diferenciado dos sócios, não existindo qualquer fundamento para tal. Sendo, portanto, uma diferenciação arbitrária, não justificada pelo interesse social⁽³⁶⁾. Este tratamento desigual dos sócios está claramente presente nas deliberações abusivas, visto que destas deliberações resultam vantagens especiais para um ou alguns sócios à custa da sociedade e de outros sócios, sem haver qualquer fundamento para tal.

Já o princípio da lealdade visa impor aos sócios o *dever de não actuar de modo incompatível com o interesse social* (isto é, o

⁽³⁵⁾ Neste sentido, COUTINHO DE ABREU em “Diálogos com a jurisprudência, I — Deliberações dos Sócios Abusivas...”, *cit.*, p. 47.

⁽³⁶⁾ Cf. COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, *cit.*, p. 296; v. ainda REGINA REDINHA, “Deliberações sociais abusivas”, *cit.*, pp. 202-203.

interesse comum a todos os sócios enquanto tais) *ou com interesses de outros sócios relacionados com a sociedade*⁽³⁷⁾. Trata-se de um dever negativo, um *non facere*, na medida em que os sócios devem abster-se de comportamentos susceptíveis de lesar os interesses da sociedade e dos outros sócios para com esta. Relativamente ao fundamento deste dever, alguns Autores⁽³⁸⁾ entendem que está no princípio da boa fé. COUTINHO DE ABREU, em sentido diverso, defende que deve ser realçado o papel da sociedade enquanto organização e enquanto instrumento para a realização do fim comum a todos os sócios, sendo esse fim o lucro e a sua distribuição por todos os sócios⁽³⁹⁾.

Podemos encontrar manifestações deste dever em vários artigos, tais como: arts. 180.º, 181.º/5, 214.º/6, 291.º/6, 251.º, 384.º/6. Sendo que um deles é o art. 58.º/1, b), dado que com as deliberações abusivas, os sócios que votam abusivamente adoptam um comportamento que contraria o interesse social e também o interesse dos outros sócios para com a sociedade.

Estes dois princípios revelam-se uma alternativa no sentido de invalidar as deliberações abusivas, naqueles casos em que há impossibilidade de conseguir provar o elemento subjectivo (os «*propósitos*») que o art. 58.º/1, b) exige. Subscrevendo CARNEIRO DA FRADA, «*a feição essencialmente objectiva de que se revestem [os princípios que analisamos] permite atalhar a situações intoleráveis deixadas a descoberto pela alínea que analisamos sempre quando não existir ou não se conseguir provar o pressuposto subjectivo do dolo ali exigido [art. 58.º/1, b)] ao requerer-se o propósito de conseguir vantagens especiais ou de prejudicar*»⁽⁴⁰⁾. Abrindo-se então a possibilidade de anular aquelas deliberações, por ilegalidade, nos termos do art. 58.º/1, a).

(37) V. COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial, cit.*, pp. 310-311.

(38) Cf. CARNEIRO DA FRADA, “Deliberações sociais inválidas no novo Código das Sociedades”, em FDUL/CEJ, *Novas perspectivas do direito comercial*, Almedina, Coimbra, 1988, pp. 322-323, e MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito das Sociedades...*, cit., pp. 405 e ss.

(39) V. COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial, cit.*, p. 314.

(40) V. CARNEIRO DA FRADA, “Deliberações sociais inválidas no novo Código das Sociedades”, cit., p. 323.

3. Responsabilidade civil dos sócios por votos abusivos

I — Para além da já referida anulabilidade das deliberações abusivas que vençam a *prova de resistência*, o legislador fixou outra consequência jurídica. Nos termos do art. 58.º/3, «*os sócios que tenham formado maioria em deliberação abrangida pela alínea b) do n.º 1 [abusiva] respondem solidariamente para com a sociedade ou para com os outros sócios pelos prejuízos causados*». Consagra, assim, o legislador a responsabilidade civil solidária (art. 497.º do CC) dos sócios por deliberações abusivas.

Pergunta-se, primeiramente, quem responde civilmente pelos prejuízos. Focando a letra da lei, parece ser intenção do legislador que a responsabilidade recaia sobre todos os sócios que formaram a maioria suficiente para aprovar a deliberação abusiva. Quer dizer, seriam responsáveis os sócios que votaram abusivamente e aqueles cujos votos não visaram os propósitos enunciados na alínea b), do n.º 1 do art. 58.º. Trata-se de uma questão controvertida na Doutrina, verificando-se duas orientações.

Defendendo a responsabilidade civil da maioria dos sócios, no sentido indicado pela letra da lei, encontramos REGINA REDINHA⁽⁴¹⁾, PINTO FURTADO⁽⁴²⁾, PEREIRA DE ALMEIDA⁽⁴³⁾ e ARMANDO TRIUNFANTE⁽⁴⁴⁾. Parece-nos que esta posição doutrinal tem uma importante vantagem, na medida em que facilita a tarefa probatória dos lesados. Não se esqueça da terrível tarefa destes em individualizar os votos que são abusivos dos que não são.

Não obstante, entendemos, à semelhança de alguns Autores⁽⁴⁵⁾, que tal solução levaria a resultados profundamente injustos

(41) V. REGINA REDINHA, “Deliberações sociais abusivas”, *cit.*, p. 220.

(42) V. PINTO FURTADO, *Deliberações de Sociedades Comerciais*, *cit.*, pp. 691 a 693.

(43) V. PEREIRA DE ALMEIDA, *Sociedades comerciais e valores mobiliários*, *cit.*, p. 207.

(44) ARMANDO TRIUNFANTE, *A tutela das minorias nas sociedades anónimas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 339. O A. defende esta posição apenas pelo sentido claro da letra da lei, contudo critica esta solução legal.

(45) V. FERRER CORREIA/LOBO XAVIER/MARIA ÂNGELO COELHO/ANTÓNIO CAEIRO, “Sociedades por quotas de responsabilidade limitada...”, *cit.*, p. 410; COUTINHO DE ABREU, em AAVV. (coord. de COUTINHO DE ABREU), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, *cit.*, p. 682, e PAIS DE VASCONCELOS, *A Participação Social...*, *cit.*, pp. 157 e ss.

e constituiria uma solução incoerente em face do disposto no art. 58.º/1, b).

O legislador acentuou, nesta alínea, o carácter abusivo dos votos, e não da deliberação. Não se compreende que, após individualizar os votos abusivos, não venha agora individualizar as consequências por estes mesmos votos, responsabilizando toda a maioria que aprovou a deliberação.

Cremos, também, que seria inaceitavelmente injusto, dado que os sócios que votam inocentemente, não agem com vista à obtenção dos propósitos ilícitos indicados na alínea b). Quer dizer, estes sócios não só procedem sem culpa, como não praticam qualquer acto ilícito. Não se compreendendo deste modo que sejam responsabilizados. PAIS DE VASCONCELOS chama a atenção para o facto de que havendo responsabilização de todos os sócios que formem a maioria, exigir-se-ia por parte destes, antes de cada votação, um dever de vigilância dos propósitos e consciências de todos os sócios que seria claramente impossível de cumprir, gerando um clima de desconfiança no seio da sociedade⁽⁴⁶⁾. Devendo fazer-se, assim, uma interpretação restritiva do art. 58.º/3.

II — A responsabilidade civil aqui em causa constitui responsabilidade civil extracontratual por factos ilícitos, uma vez que não está em causa a violação de direitos relativos, estipulados por qualquer vínculo obrigacional entre os sócios que votam abusivamente e a sociedade ou para com os outros sócios. Valendo para este efeito o disposto nos arts. 483.º e ss do CC⁽⁴⁷⁾.

Importa referir que, nos termos do art. 59.º/1, a acção de anulação da deliberação abusiva pode ser arguida pelo órgão de fiscalização ou por qualquer outro sócio que não tenha votado favoravelmente aquela deliberação. A este respeito parece-nos que a legitimidade para arguir a anulabilidade deveria ser alargada aos credores da sociedade ou a terceiros que sejam afectados pelas deliberações abusivas. Como vimos, estas deliberações acarretam

(46) PAIS DE VASCONCELOS, *A Participação Social...*, cit., p.159-160.

(47) Neste sentido, PINTO FURTADO, *Deliberações de Sociedades Comerciais*, cit., p. 693 e PAIS DE VASCONCELOS, *A Participação Social...*, cit., p.159

prejuízo para a sociedade, podendo colocar em causa a sua solvabilidade, facto que interfere naturalmente nas relações com os terceiros. Ainda que estes possam recorrer a mecanismos de conservação da garantia patrimonial como a impugnação pauliana (arts. 610.º e ss do CC), mas que poderá não ser suficiente.

Note-se que a respectiva acção de anulação deve ser proposta contra a sociedade (art. 60.º/1). Quanto à acção de responsabilidade civil, o pedido de indemnização pelos danos resultantes daquelas deliberações pode ser efectuado na acção de anulação da deliberação abusiva, contra o sócio ou sócios que votaram abusivamente (art. 36.º n.ºs 1 e 2 do CPC).

III — Cumpre agora perceber quando é que há efectiva responsabilidade dos sócios que votaram abusivamente. Em nosso entender podem suceder três cenários possíveis:

- i)* Numa primeira hipótese, o tribunal judicial competente declara a deliberação abusiva e, por conseguinte, anulada. Porém, tal não é suficiente para evitar os prejuízos. Ora, facilmente se compreende aqui a existência de responsabilidade daqueles sócios. Logicamente, se o Juíz declarar a anulabilidade da deliberação antes de esta ter produzido os seus efeitos negativos, não haverá dano e, portanto, não há lugar a responsabilidade civil.
- ii)* Uma segunda situação possível sucede, quando, apesar dos votos abusivos, a deliberação não seja anulada por não ter sido intentada a acção de anulação no prazo fixado por lei (art. 59.º/2). Neste caso, parece-nos que vale o chamado princípio da preclusão, ou seja, a deliberação não poderá ser anulada. Não obstante, é possível haver responsabilidade civil dos sócios que votaram abusivamente, basta que o lesado faça prova dos requisitos enunciados no art. 58.º/1, *b*), já tratados.
- iii)* Por fim, coloca-se um terceiro cenário que nos parece o mais provável de acontecer e que não está devidamente regulado pela nossa lei societária. Devido aos já referidos requisitos legais para que uma deliberação seja con-

siderada abusiva e anulável, pode suceder que, apesar dos votos abusivos, a deliberação não seja anulada por vencer a *prova de resistência*. Provocando diversos danos, quer na sociedade, quer nos sócios e, eventualmente, em terceiros. Ora, tendo em conta o disposto no art. 58.º/3, entendemos não ser possível responsabilizar aqueles sócios, situação que nos parece deveras injusta.

Note-se que aos olhos da lei (tal como ela se encontra configurada), descontados os votos abusivos, e mantendo a maioria suficiente, a deliberação é válida porque supera a *prova de resistência*. Ou seja, para o legislador, a deliberação teria sido igualmente tomada por sócios que não votaram abusivamente. Sendo assim, se a deliberação se mantém válida (com votos supostamente não abusivos), aqueles que votaram abusivamente não poderão ser responsabilizados dado que a sua conduta não foi tida em consideração para a aprovação da deliberação e, portanto, não poderá considerar-se que há conduta ilícita por parte destes. Não havendo qualquer ilicitude, também não poderá haver responsabilidade civil nos termos do art. 483.º do CC, por falta de um pressuposto essencial: o facto ilícito. Recorde-se que, nos termos deste preceito, para haver responsabilidade civil extracontratual por factos ilícitos terá de haver um facto voluntário, ilícito, culposo, dano e nexo de causalidade entre o facto praticado e o dano.

Relativamente à situação que ora tratamos, encontramos na Doutrina apenas dois Autores que se pronunciaram, contudo, parece-nos que as suas posições não podem proceder.

Propõe ARMANDO TRIUNFANTE⁽⁴⁸⁾ tratar-se de uma hipótese de responsabilidade por factos lícitos danosos, acabando, no fundo, por ser uma solução mais justa, dado que haverá ressarcimento dos danos causados. Não cremos, porém, que esta posição possa valer. Se, ficcionalmente, os votos abusivos são descontados e mesmo assim a deliberação se mantém com os votos inocentes (lícitos), a

⁽⁴⁸⁾ Cf. ARMANDO TRIUNFANTE, *A tutela das minorias nas sociedades anónimas*, cit., pp. 401-402.

responsabilidade pelos danos teria de recair sobre todos os sócios que formaram a maioria, algo que já vimos ser absolutamente inadmissível. Com esta solução, os sócios que votassem inocentemente seriam fortemente penalizados, gerando um clima de suspeição no seio da sociedade e um afastamento ao exercício de um direito fundamental que é o direito de voto.

Relativamente a esta questão COUTINHO DE ABREU⁽⁴⁹⁾ vai na linha do Anteprojecto de Coimbra sobre sociedades por quotas. Ou seja, para o Professor de Coimbra, nos casos em que não haja anulação da deliberação, por esta superar a *prova de resistência*, os sócios que votaram abusivamente podem ainda assim ser efectivamente responsabilizados. Era esta a solução que estava consagrada no referido anteprojecto e que nos parece razoável e justa, na medida em que os prejuízos provocados seriam ressarcidos. Diziam os seus Autores, no comentário ao preceito normativo (art. 112.º) que consagrava a responsabilidade solidária dos votantes abusivos, o seguinte: «[m]as ainda que anulação não haja, os votantes são sujeitos a responsabilidade para com a sociedade ou para com os consócios pelos danos que do facto tenham advindo»⁽⁵⁰⁾.

Apesar da justiça desta solução, entendemos que a mencionada responsabilidade não tem fundamento legal, pelo menos, nos termos do art. 58.º/1, b) e n.º 3. O art. 112.º do invocado Anteprojecto consagrava a responsabilidade dos que votaram abusivamente ainda que a deliberação tivesse sido aprovada. Mas nos termos da legislação societária em vigor, a deliberação ao superar a *prova de resistência* significa que, descontados os votos abusivos, a deliberação seria igualmente tomada pelos restantes sócios. Quer dizer, os votos abusivos são ficcionalmente subtraídos da contagem, não contando, portanto, para a aprovação da deliberação. Sendo assim, se a sociedade ou algum sócio intentassem uma acção de responsabilidade civil contra os sócios que votassem abusivamente pelos danos cau-

⁽⁴⁹⁾ Cf. COUTINHO DE ABREU, em AAVV. (coord. de COUTINHO DE ABREU), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário* — Vol. I (arts. 1.º a 84.º), *cit.*, p. 682.

⁽⁵⁰⁾ V. FERRER CORREIA/LOBO XAVIER/MARIA ÂNGELO COELHO/ANTÓNIO CAEIRO, “Sociedades por quotas de responsabilidade limitada...”, *cit.*, p. 410.

sados, estes defender-se-iam alegando que não cometeram qualquer acto ilícito, pois os seus votos não foram juridicamente relevantes, ou seja, foram descontados da maioria que ainda assim se manteve e conseguiu aprovar a deliberação. Deste modo, a actuação daqueles sócios está desprovida de ilicitude e, portanto, aqueles não poderão ser responsabilizados nos termos do art. 483.º e ss do CC, gerando uma situação de verdadeira irresponsabilidade.

4. Reflexões conclusivas

Chegado a este ponto no breve estudo que ora efectuamos sobre deliberações abusivas e o seu regime jurídico, só podemos concluir que o legislador português não regulamentou esta matéria da melhor forma.

O disposto no art. 58.º/1, *b*) teve forte inspiração na lei germânica sobre sociedades por acções (§ 243 da Aktiengesetz). Porém, a sua transposição para o nosso ordenamento jurídico não foi feliz. Neste sentido, defendemos algumas alterações significativas para ultrapassar os pontos negativos do actual tratamento jurídico relativamente a estas deliberações.

Independentemente do tipo de deliberações abusivas, isto é, se se visa alcançar vantagens especiais ou tão-somente prejudicar a sociedade ou alguns sócios, constituem sempre deliberações que contrariam o interesse social e que representam prejuízos para a sociedade, respectivos sócios e, eventualmente, para os credores da sociedade. Desta feita, na nossa modesta opinião, aquelas deliberações deveriam ser objectivamente analisadas e jamais se poderiam manter e produzir efeitos, ainda que superassem a *prova de resistência*. A partir do momento em que é demonstrado, em juízo, o carácter abusivo das deliberações e, assim, a sua aptidão para provocar danos injustificadamente, estas deveriam ser anuladas. Não podemos confundir, no entanto, deliberações abusivas com deliberações em que os sócios decidem um rumo para a sociedade que eles pensam, enquanto estratégia, ser o melhor para aquela e que, posteriormente, se revela inadequado.

Sendo assim, o legislador deve considerar as deliberações abusivas em função do interesse social e não enquanto uma simples questão de maioria de sócios, suficiente, ou não, para aprovar a deliberação. Para tal, defendemos que o preceito normativo, art. 58.º/1, b), deve omitir a referência aos elementos intencionais (devido à elevada dificuldade em fazer prova desses elementos) e retirar, logicamente, a designada *prova de resistência* que, verdadeiramente, constitui um mecanismo para legalizar deliberações que devem sempre ser ilícitas e que conduz à irresponsabilidade dos sócios que votam abusivamente.

Naturalmente, também o art. 58.º/3 merece reparos. Mesmo fazendo recair o juízo do carácter abusivo única e objectivamente sobre a deliberação em si, a sua anulação pode não conseguir evitar a produção de danos. Posto isto, a mencionada norma deve consagrar a responsabilidade civil apenas dos sócios que efectivamente votaram de forma abusiva, e não de todos os sócios que tenham formado maioria. Note-se, ainda, que o legislador ao fazer cair a *prova de resistência* prevista no art. 58.º/1, b) faz desaparecer a possibilidade de os votantes abusivos alegarem a ausência de ilicitude do seu comportamento que referimos anteriormente, uma vez que os seus votos não poderão ser descontados e serão, assim, sempre tidos em conta.

Por fim, consideramos importante que o legislador português atribua legitimidade aos terceiros (credores) interessados que contactam com as sociedades, para arguir a anulabilidade das deliberações que podem ser consideradas abusivas, dado que também os seus interesses podem ser postos em causa, devendo, portanto, o legislador alterar o disposto no art. 59.º/1 nesse sentido.

O CRIME DE FRAUDE FISCAL COMO CRIME
PRECEDENTE DO CRIME DE
BRANQUEAMENTO DE CAPITAIS.
O “TEMPUS DELICTI” DO CRIME
DE FRAUDE FISCAL

Pelo Dr. Laureano Gonçalves()*

Por se tratar de uma matéria, no campo do Direito Penal Fiscal, que se não encontra claramente definida e valizada, atrevemo-nos a acrescentar algumas considerações, com o objectivo de, modestamente, contribuir para o seu melhor esclarecimento por forma a que, no futuro, se venha a fixar jurisprudência sobre esta temática.

Desde a publicação da Lei 10/2002, de 11 de Fevereiro, que entrou em vigor em 16/02/2002, que o crime de fraude Fiscal passou a integrar o «catálogo» de infracções precedentes do branqueamento de capitais. Com efeito, o art. 1.º de tal lei, veio a dar nova redacção ao art. 2.º do Decreto-Lei n.º 325/95, de 2 de Dezembro, que passou a ter a seguinte: “1. Quem, sabendo que os bens ou produtos são provenientes da prática, sob qualquer forma de comparticipação, de crimes de terrorismo, tráfico de armas, tráfico de produtos nucleares, extorsão de fundos, rapto, lenocínio, tráfico de

(*) Advogado.

peçoas, tráfico de órgãos ou tecidos humanos, pornografia envolvendo menores, tráfico de espécies protegidas, corrupção e demais infracções referidas no n.º 1 da Lei 36/94, de 29 de Setembro, fraude fiscal e demais crimes punidos por lei com pena de prisão cujo limite máximo seja superior a 5 anos:.....”

Importa, por isso, desde já situar o “*tempus delicti*” do crime de fraude fiscal, como crime precedente do crime de Branqueamento, para bem delimitar um e outro e não correr o risco de tudo confundir, para tortura, por mais ou menos tempo, de arguidos inocentes.

Os factos que configuram a existência do crime de fraude fiscal simples, constam do art. 103.º, n.º 1, alíneas *a*), *b*) e *c*), do RGIT, relevando o art. 104.º do mesmo diploma, as situações que determinam a existência de Fraude Fiscal Qualificada.

Quanto à Fraude Fiscal Simples, única que aqui abordamos, embora as considerações aqui expendidas se possam e devam aplicar também à Fraude Fiscal Qualificada, acrescentamos que a norma do *tempus delicti* a respeitar será sempre a do art. 5.º do RGIT, qualquer que seja a alínea preenchida, mesmo a alínea *c*) do citado preceito legal e que contempla o negócio simulado.

É que o art. 103.º do RGIT limita-se a enumerar as situações que configuram o crime de fraude fiscal simples, e não o seu “*tempus delicti*”. Aliás, toda a doutrina tem este entendimento, mesmo a que emana da pena de SUSANA AIRES DE SOUSA (1), já que esta autora, *in* obra citada, em nota 153, da p. 85, refere o seguinte: “A entender-se que o tipo incriminador de fraude fiscal se consuma com a realização da conduta tratando-se de um crime de mera actividade, ter-se-ia de concluir que o tipo objectivo de ilícito ficaria realizado com comportamento do contribuinte que preenche a sua declaração de impostos com ocultação ou alteração de alguns valores ou factos tributários ainda que nunca chegue a entregar essa declaração incorrecta à administração fiscal. Quando muito tratar-se-á de um acto preparatório não punível”. Logo, e a *contra-*

(1) *Os Crimes Fiscais. Análise Dogmática e Reflexão sobre a Legitimidade do Discurso Criminalizador*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 84.

rio sensu, só com a apresentação dessa declaração defraudada, dentro do prazo legal, na Administração Tributária ou, havendo valores ou factos tributários a relevar, com a sua não entrega dentro desse prazo legal, é que se consumaria o crime de fraude fiscal.

Neste sentido, o pensamento de ALFREDO JOSÉ DE SOUSA ⁽²⁾, que entende que “o momento da consumação do crime fiscal é o da recepção da declaração fraudulenta ou o termo do prazo da sua apresentação nas situações de omissão”. Isto para além da unanimidade da doutrina, que mesmo que não pareça, vai toda nesse sentido ⁽³⁾. De igual modo, NUNO POMBO ⁽⁴⁾, que afirma que, como regra geral, “o momento relevante é o da recepção da declaração “defraudada”, ou o termo do prazo para a sua apresentação”, CARLOS TEIXEIRA/SOFIA GASPAS ⁽⁵⁾, e CARLOS PAIVA ⁽⁶⁾.

Ainda e sempre, GERMANO MARQUES DA SILVA ⁽⁷⁾, que, impressivamente, refere que “O crime consuma-se no momento em que a conduta se esgota e esgota-se no termo do prazo para apresentação da declaração à administração tributária, nos termos da legislação aplicável”, podendo mesmo a declaração ser substituída se o prazo para a sua apresentação não estiver esgotado, por aplicação do art. 59.º, n.º 3, als. a) e b) do CPPT. Ademais, e na

⁽²⁾ *Infracções Fiscais (Não Aduaneiras)*, Coimbra: Almedina, 1997, p. 100.

⁽³⁾ JORGE LOPES DE SOUSA/MANUEL SIMAS SANTOS, *RGIT Anotado*, 4.ª ed., Lisboa: Áreas, 2010, p. 70; ANDRÉ TEIXEIRA DOS SANTOS, *O Crime de Fraude Fiscal: Um contributo para a Configuração do Tipo Objectivo de Ilícito a partir do Bem Jurídico*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 219; SUSANA AIRES DE SOUSA, *Os Crimes Fiscais...*, pp. 82, 84-85; AUGUSTO SILVA DIAS, «O Novo Direito Penal Fiscal Não Aduaneiro», in: *Revista Fisco*, n.º 22, Julho 1990, p. 33; TOLDA PINTO/JORGE MANUEL BRAVO, *RGIT e Regimes Sancionatórios Especiais Anotados*, Coimbra: Coimbra Editora, 2002, pp. 313-314, também ao contrário do que se disse no acórdão, por se ter apenas lido parte da nota 7, a p. 313 e se ter esquecido o último parágrafo dessa página e a parte restante dessa nota, na página seguinte.

⁽⁴⁾ *A Fraude Fiscal — A Norma Incriminadora, a Simulação e Outras Reflexões*, Coimbra: Almedina, 2007, p. 101.

⁽⁵⁾ *Anotação ao art. 103.º do RGIT*, in: Paulo Pinto de Albuquerque *et al.* (org.), *Comentário das Leis Penais Extravagantes*, vol. 2, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011, p. 456.

⁽⁶⁾ *Das Infracções Fiscais à sua Perseguição Processual*, Coimbra: Almedina, 2012, p. 179.

⁽⁷⁾ *O Direito Penal Tributário*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2009, p. 232.

sequência de comentários às als. *a)*, *b)* e *c)* do n.º 1, do art. 103.º do RGIT, e focando especialmente a al. *c)*, contrariando a controvérsia, que segundo este Autor, a mesma tem merecido, acaba por concluir a pp. 233-234: “Tenha-se em conta que as condutas referidas no n.º 1 do art. 103.º se têm de conjugar com o disposto no n.º 3 do mesmo artigo. Isto significa que aquelas condutas não são puníveis isoladamente, constituindo cada uma um crime, mas em razão de cada declaração que tenha aquelas condutas como suporte.” Com efeito, do art. 103.º, n.º 3, do RGIT infere-se, com evidente limpidez, que “Para efeitos do disposto nos números anteriores, os valores a considerar são os que, nos termos da legislação aplicável, devam constar de cada declaração a apresentar à administração tributária”.

Ademais, basta ler bem este n.º 3 para se afastar, *in limine*, outra data ou período de consumação do crime de fraude fiscal. E, em consequência, afastar-se, também, qualquer crime de branqueamento, dada a notória inexistência de crime precedente, desde que este, *predicate offense*, tenha sido praticado antes da entrada em vigor da Lei 10/2002, de 11 de Fevereiro de 2002.

Adianta ainda o insigne penalista, *ibidem*, p. 234: “Por isso que possa suceder que não obstante a celebração de negócio simulado ou ocultação de factos ou valores nos livros da contabilidade a declaração apresentada à administração tributária, nos termos da legislação aplicável, seja correcta ou insusceptível de causar diminuição das receitas tributárias, caso em que o crime não chega a consumir-se. Pode ocorrer é a prática de actos de execução do crime, que porém não chega a consumir-se por desistência voluntária do agente, caso em que a tentativa não seria punível, mesmo que o crime consumado o fosse”.

Em termos de jurisprudência, veja-se, por todos, o acórdão do TRE, de 17/04/2012 (8). Jurisprudência esta que seguiu de perto o

(8) Reproduz-se o sumário (Proc. n.º 76/05.41DFAR.E1, disponível em <<http://www.dgsi.pt>>): “I. Em caso de fraude fiscal por negócio simulado, p. e p. pelo art. 103.º n.º 1, c) do RGIT, só no momento legalmente estabelecido para a entrega da declaração relativa a IRC se confirma, de forma típica, a aptidão da *conduta indevida tipificada* (o negócio simulado, *in casu*) da sociedade vendedora para a não liquidação, entrega ou

entendimento de toda a doutrina, designadamente, ANDRÉ TEIXEIRA DOS SANTOS ⁽⁹⁾.

De outra forma, se até ao termo do prazo para apresentar uma declaração, a mesma fosse entregue, e aí se relevassem todos os rendimentos, valores ou elementos o que restava para se poder configurar qualquer tipo de infracção? Até essa data, ficava a Administração Tributária não só impedida de tomar qualquer medida de liquidação do tributo que estivesse em causa, como também de accionar qualquer outra, incluindo a punitiva.

Com efeito, na linha do citado acórdão de 17/04/2012, do TRE, “o agente passivo do imposto pode vir a declarar o negócio real ou omitir a referência ao negócio nos casos de simulação absoluta, pelo que só no momento legalmente estabelecido para a entrega da declaração se confirma, de forma típica, a aptidão *da conduta indevida tipificada* (o negócio simulado, *in casu*) para, *inter alia*, a não liquidação ou não pagamento do imposto em face da administração fiscal”.

Com toda a clarividência, adianta-se no citado acórdão: “Como refere André Teixeira dos Santos, embora à primeira vista parecesse que o crime se consumaria com a celebração do negócio simulado, (*ibidem*) «...a pura celebração deste não chega para que se verifique uma fraude fiscal. Tanto a *ratio* que preside à norma incriminadora como o requisito expresso...no art. 103.º, n.º 1 do RGIT — «que visem...» — permitem concluir que o terceiro enganado pela camuflagem da realidade operada por intermédio do negócio simulado tem de ser necessariamente a administração fiscal. Assim, esta conduta tem de ser conjugada com a possibilidade de o sujeito passivo informar, em tempo útil, a Administração Fis-

pagamento da prestação tributária correspondente. II. Assim, nestes casos, o crime de fraude fiscal consuma-se com a celebração do negócio e a inscrição do preço simulado na declaração de IRC enviada à administração fiscal *ou com o decurso do prazo legal sem que o sujeito passivo entregue tal declaração* e não com a mera celebração do negócio. III. No caso presente o procedimento criminal apenas prescreve decorridos 10 anos e 6 meses contados do mês de 2004 em que era legalmente obrigatória a apresentação de declaração de IRC relativa aos rendimentos de 2003, onde se incluiria a venda realizada em 30.10.2003, última venda simulada integrada na continuação criminosa.”

(9) *O Crime de Fraude Fiscal...*, pp. 218-219.

cal sobre o conteúdo correcto do negócio dissimulado. Só quando ocorrer essa possibilidade é que o crime se verificará». E, por último, em jeito de conclusão, termina dizendo o seguinte: “A consumação do crime só se verifica, pois, no momento em que o sujeito passivo presta informação errónea à administração fiscal ou em que poderia ter prestado a informação correcta à administração fiscal na declaração fiscal incompleta ou omitida, onde devia fazer constar os negócios simulados unificados na declaração periódica, nomeadamente quando se trate da declaração anual para efeitos de IRC, como sucede no caso presente”.

O que nos importa, aqui e agora, salientar é que se as acções ou omissões, previamente praticadas, forem oportunamente relevadas nas declarações a apresentar, em prazos legalmente estabelecidos, a Administração Tributária fica manietada e impedida de iniciar qualquer espécie de procedimento para instaurar qualquer inquérito de natureza criminal, pela simples e elementar razão de que não há nem houve crime subjacente. Mesmo nos casos de negócio simulado, a ofensa àquele bem jurídico apenas se efectiva com a entrega da declaração não verdadeira ou com a omissão de elementos, no caso de entrega no último dia do prazo da declaração perante a administração fiscal, ou, ainda, com a falta de entrega da declaração até ao último dia do prazo para a sua apresentação, pois, como muito bem se diz no acórdão, só aí se “confirma, de forma típica, a aptidão da conduta indevida tipificada (o negócio simulado *in casu*) para, *inter alia*, a não liquidação ou não pagamento do imposto em face da administração fiscal”.

Daí que se entenda, que desde que o contribuinte tenha de relevar os actos tributários por si praticados, em declarações a entregar, em prazos legalmente estabelecidos, na Administração Tributária, só após o decurso de tal prazo se pode ou não consumir a fraude fiscal, desde que o imposto em falta seja igual ou superior a 15.000 euros, como resulta do art. 103.º, n.º 2 do RGIT e, ainda se deva acrescentar, que independentemente de haver acto simulado ou não, a norma que contempla e trata do *tempus delicti* é, em qualquer circunstância, o **art. 5.º do RGIT**.

Diferentemente, poder-se-ia pensar no que respeita ao IMT (antiga Sisa), em que a declaração do preço perante a Administra-

ção Fiscal é anterior à celebração do negócio, pelo que o crime do comprador se consumará no momento da celebração do negócio simulado. Como com evidente clareza resulta, aliás, do art. 19.º do CIMT, a liquidação do IMT é da iniciativa dos interessados, que devem apresentar uma declaração, antes do acto ou facto translativo dos bens. Só nesta situação fáctica é que a data do negócio simulado poderia relevar para o *tempus delicti*, porque o notário não efectuará o acto translativo de propriedade, *maxime*, escritura pública, sem o prévio pagamento do IMT. Porém, mesmo aqui, o que releva, para efeitos de consumação de eventual crime fiscal é a declaração prestada pelo contribuinte perante a administração fiscal. Daí que, um pouco diferente do que já afirmámos em anterior trabalho ⁽¹⁰⁾, nos pareça mais assertivo concluir que, também aqui, o momento relevante para a consumação do crime de fraude fiscal seja o da apresentação da declaração perante a Administração Tributária e o do simultâneo pagamento do IMT e do Imposto de Selo.

Por último, com muito respeito e a devida vénia, nem sempre em Tribunais Superiores, (Relação e STJ) se decide bem, face ao entendimento antes referido e sufragado por toda a doutrina e alguma jurisprudência, pese embora os longos prazos que por vezes demoram essas decisões, treze meses (03-06-2012/03-07-2013) num caso que aqui se recorda. Com efeito, nem sempre é a prescrição do crime precedente que determina a inexistência do crime de branqueamento, nem a sua moldura penal que determina o prazo de prescrição deste, mas a ausência de qualquer delito precedente, de fraude fiscal simples, não só no que respeita a IMT, mas, sobretudo, se a eventual omissão fiscal, configurável como crime fiscal, for subsequente. Não havendo crime fiscal precedente nunca pode haver, por maioria de razão, crime fiscal precedente, prescrito.

Não se compreende, por isso, o que por vezes se escreve: **“O predicate Offense verificado na conduta dos referidos arguidos, um crime de fraude fiscal simples, p. e p. pelos arts. 103.º**

⁽¹⁰⁾ *Direito Penal Fiscal e Evasão e Fraude Fiscais em Portugal*, Porto: Vida Económica, pp. 46-48.

n.º 1, als. b) e c), e 22.º, n.º 2, do RGIT, aprovado pela Lei 15/2001, de 05.06 é punível...” De igual modo, não pode haver evidente incomodidade, quando se confundem “**papeis**”, com “**exposições, memoriais e requerimentos**”, expressões com guarida no art. 98.º, n.º 1, do CPP. Como se disse, e nunca será de mais repeti-lo, para lavagem de consciência e não de dinheiro, não pode haver nenhum crime precedente, quando a situação fáctica não configura nenhuma situação de Fraude Fiscal, subjacente ou principal, estas duas últimas designações mais do agrado dos decisores, pelo que, ao inexistir este, nunca pode haver crime de Branqueamento, para usarmos a terminologia acolhida no art. 368-A, do Código Penal. Em situações como esta, nunca os arguidos devem ser sujeitos a um mediático e cruel julgamento, e, muito menos, condenados pelo Colectivo, dado que nesse momento, se inexistente tal crime precedente, não pode haver condenação pelo crime de Branqueamento.

Também se lamenta e com que sentir!...que soluções erráticas dadas a questões como esta, ou seja, considerar o crime de Branqueamento **prescrito**, quando ele **inexiste**, mesmo que favoráveis aos arguidos, venham a prejudicar o conhecimento de todas as demais questões suscitadas nos recursos destes. Talvez, assim, se desnudasse, com toda a crueza, a fragilidade da argumentação, quer de algumas acusações, quer de alguns dos acórdãos dos colectivos.

Em consequência, não é, muitas vezes, o crime de Branqueamento que prescreve, pois não pode prescrever o que não existe, e tal crime, se não houver o de Fraude Fiscal precedente, pura e simplesmente não existe, o que em termos de consciência cívica deixa outra tranquilidade aos arguidos que, nestas circunstâncias, nunca devem ser constituídos como tal e muito menos julgados, dado que no momento do julgamento o crime de branqueamento não existe, por não haver crime precedente, (*predicate offense*), sendo esta a *conditio sine qua non* para se poder configurar tal crime. Encaixa aqui, como uma luva, uma frase lapidar do Professor COSTA ANDRADE, em linguagem chã, mas nem por isso menos sábia e brilhante, como é, aliás seu timbre, em PARECER oportunamente emitido, “(...) **assim como não se podem matar cabritos antes**

das cabras os terem parido, não se pode lavar dinheiro sujo antes de um crime anterior o ter produzido”.

Apesar de já não subsistirem grandes dúvidas, pese embora o facto de ainda haver quem pense e escreva o contrário, por estar ligada com a temática aqui abordada, adiantaremos as nossas considerações sobre a seguinte questão: *Quid iuris* nos casos em que os crimes de cuja prática resultaram os capitais, (v.g. Fraude Fiscal) foram cometidos antes de entrar em vigor a lei que veio a criminalizar o branqueamento de capitais? Se, por exemplo, um crime de fraude fiscal cometido em 2001, gerasse proventos que eventualmente viessem a ser «**branqueados**» em Março de 2002, seria punível o branqueamento destes capitais? É nossa fundada convicção, bem ancorada em consagrados Penalistas como Jorge de Figueiredo Dias, Manuel da Costa Andrade, Germano Marques da Silva, Paulo Pinto de Albuquerque e Jorge Godinho, que a resposta terá de ser aberta e irrestritamente negativa. Isto apesar do entendimento claramente minoritário e inconsistente de Vitalino Canas, *in* “O Crime de Branqueamento: Regime de Prevenção e Repressão”, Almedina, 2004, p.167 e Rui Gonçalves, *in* Fraude Fiscal e Branqueamento de Capitais, Porto, 2008, a pág. 68, para além de Jorge dos Reis Bravo, com justificação de maior valia, *in* Revista SCIENTIA IURIDICA, Outubro-Dezembro 2008 — Tomo LVII, número 316, pp. 656/657.

Diga-se, a propósito, e no que ao *punctum crucis* respeita, que tais autores, com excepção de Rui Gonçalves, que nada justificou, “beberam” o seu entendimento sobre os princípios da legalidade do Direito Penal e da irretroactividade da lei criminal, constitucionalmente consagrados no art. 29.º, n.ºs 1 e 4, da CRP, precisamente em JORGE GODINHO ⁽¹¹⁾, citando-o, porém, sem explicar ou justificar a sua posição.

Desconheciam tais autores, por razões óbvias, que JORGE GODINHO veio, entretanto, a clarificar a sua posição ⁽¹²⁾. Entendi-

⁽¹¹⁾ *Do Crime de Branqueamento de Capitais. Introdução e Tipicidade*, Coimbra: Almedina, 2001, pp. 16-17.

⁽¹²⁾ MANUEL DA COSTA ANDRADE, *et al.* (org.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Vol. III, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 364

mento esse, aliás, que manteve em Parecer emitido em Outubro de 2011, para concluir, depois de citar JORGE DE FIGUEIREDO DIAS ⁽¹³⁾, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE ⁽¹⁴⁾, CLAUS ROXIN ⁽¹⁵⁾ e GÜNTER STRATENWERTH ⁽¹⁶⁾, que “o princípio da irretroactividade da lei penal, não consente excepções *in malam partem*”.

a 399. Veja-se, também, o estudo do mesmo autor, publicado na *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 71.

⁽¹³⁾ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Geral*, Tomo I, Questões Fundamentais. A doutrina geral do crime, 2.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 196.

⁽¹⁴⁾ *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2.^a ed. Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2010, p. 956, nota 7.

⁽¹⁵⁾ CLAUS ROXIN, *Derecho Penal. Parte general*, Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, Civitas, Madrid, 1997 (trad. Castelhana da 2.^a ed. alemã, de 1994, por Luzón Peña, García Conlledo e Vicente Remesal (reimp.2001), p. 163.

⁽¹⁶⁾ GÜNTER STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general*. I. El hecho punible, Thomson Civitas, Madrid, 2005 (trad. castelhana da 3.^a ed. alemã, de 2000, por Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti), pp. 71-72.

PAGAMENTO DE *RESERVA DE INGRESSO* EM CENTRO COMERCIAL E MALOGRO DO CONTRATO DEFINITIVO DE UTILIZAÇÃO DE LOJA

Pela Prof. Doutora Ana Isabel Afonso(*)

SUMÁRIO:

1. Natureza e função do acordo de reserva de ingresso em centro comercial e da quantia paga a título de remuneração do direito de ingresso. 1.1. O acordo de reserva de ingresso em centro comercial. 1.2. Função e natureza jurídica do pagamento da quantia de ingresso. **2. Destino da quantia paga pelo lojista a título de reserva de ingresso no caso de inviabilização do contrato definitivo de utilização de loja.** 2.1. Falta de celebração (ou de eficácia) do contrato imputável ao lojista. 2.2. Falta de celebração do contrato definitivo imputável à gestora. 2.3. Frustração do processo negocial não imputável a título principal a nenhuma das partes.

Pela exploração de loja em centro comercial, o titular do direito de utilização do espaço (lojista) fica vinculado a pagar uma contrapartida pecuniária, composta por várias parcelas distintas, cuja causa reside nos diversos serviços e prestações efetuados pela entidade que promove e gere a exploração do empreendimento de conjunto (vulgarmente designada gestora). Com efeito, pela celebração do contrato

(*) Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade Católica — Porto.

de utilização de loja em centro comercial, o lojista obriga-se, tipicamente, a pagar uma remuneração fixa, como contrapartida pela utilização do espaço, uma remuneração variável, correspondente a uma percentagem da faturação da sua loja, associada às vantagens retiradas da gestão planificada e unitária do centro pela gestora, a comparticipar nas despesas comuns, decorrentes do funcionamento do centro comercial (limpeza, segurança, climatização, etc.), e a contribuir para um fundo comum de promoção e publicidade do centro comercial. A estas prestações pecuniárias adiciona-se o pagamento de uma quantia inicial, que é satisfeita a título de “reserva de ingresso” no centro, como contrapartida do acesso ao empreendimento criado pela gestora e da reserva de localização de uma certa loja do centro comercial.

Conforme já em outro local tivemos oportunidade de assinalar, a causa do pagamento do valor de ingresso é a remuneração da promotora do centro comercial pelos estudos de viabilidade económica, procura de local, pesquisa de mercado e planeamento de “*tenant mix*” que aquela efetuou com vista à conceção e implementação do empreendimento de conjunto. A integração nesta estrutura comercial permite valorizar a atividade desenvolvida em cada uma das lojas (quer pela presença de outros estabelecimentos de comércio de idêntica especialidade, funcionando a “atração cumulativa”, quer pela vizinhança de lojas “âncora”, dotadas de um especial poder de captação de clientela, ou ainda pelo benefício da economia de escala em termos de promoção e publicidade e pelo poder de atração acrescido derivado da presença de espaços de diversão e lazer, suscetíveis de, por si só, atraírem clientela), incrementando o respetivo “aviamento”. Cada loja constitui uma peça de um conjunto comercial, criado com base em estudos técnicos e em obediência a um plano de diversificação e coordenação de atividades comerciais, de modo a tornar-se alvo das preferências dos consumidores, estimulando e conferindo conforto ao ato de consumo. Sendo assim, é contratualmente justo que o lojista retribua a licença que lhe é conferida de integrar esse empreendimento, pagando uma “chave” ou “ingresso”(1).

(1) Cf. a nossa *Os contratos de instalação de lojistas em centros comerciais — Qualificação e regime jurídico*, Publicações Universidade Católica, Porto, 2003, pp. 331 a 334, onde nos centramos sobretudo em afastar a criminalização da cobrança do valor de

A obrigação de pagamento da “reserva de ingresso” constituir-se-á, por vezes, quando o centro comercial já foi inaugurado e está em pleno funcionamento, integrando o contrato definitivo de instalação do lojista no centro comercial como correspondente pecuniário da adesão do lojista ao empreendimento planejado e explorado pela gestora. Conquanto a hipótese de o pagamento da “reserva de ingresso” ser exigido com a celebração do contrato definitivo de utilização de loja, no momento da adesão ao empreendimento, possa suscitar questões merecedoras de reflexão crítica — designadamente, a da legitimidade da cobrança de novo valor de ingresso pela renovação do contrato⁽²⁾ —, não são estas que aqui irão prender a nossa atenção.

ingresso à luz do art. 14.º do então vigente RAU (Decreto-Lei n.º 321/90, de 15 de Outubro), que punia como crime de especulação o recebimento pelo senhorio de quantia superior ao mês de caução na celebração do contrato de arrendamento. PINTO FURTADO, *Os centros comerciais e o seu regime jurídico*, Almedina, Coimbra, 1998, pp. 36-37, partindo do entendimento de que os contratos de utilização de loja em centro comercial correspondem a simples arrendamentos para comércio, propugnava que os gestores de centros comerciais teriam de ser punidos criminalmente quando tivessem exigido o pagamento do valor de ingresso. A doutrina brasileira (que se debatia igualmente com a questão de saber se a cobrança de valor de ingresso deveria ser considerada como pagamento de “luvas”, proibido pela legislação arrendatícia) sustentava, predominantemente, a legalidade da cobrança de tal quantia como preço de adesão ao empreendimento. Assim, cf. CAIO MÁRIO PEREIRA, *Shopping centers — Organização económica e disciplina jurídica*, in “*Shopping centers*” — *Aspectos jurídicos*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1984, p. 76, MODESTO CARVALHOSA, *Considerações sobre relações jurídicas em “shopping centers”*, in “*Shopping centers*” — *Questões jurídicas*, Editora Saraiva, Rio de Janeiro, 1991, p. 175, e RENAULT PINTO, *O fundo de comércio dos “shopping centers” e o Decreto n. 24.150/34*, in “*Shopping centers*” — *Questões jurídicas*, Editora Saraiva, Rio de Janeiro, 1991, p. 231, PAULA CASTELLO MIGUEL, *Contratos de “shopping centers”*, Revista de Direito Mercantil, ano XXXVI (1997), p. 150. Na jurisprudência portuguesa, ver ainda o Acórdão da Relação de Lisboa de 2 de Outubro de 2003, in <www.colectaneadejurisprudencia.com>, decidindo que “não é usurária a exigência de uma quantia na data da celebração do contrato” porquanto “antes da instalação da loja esta já tem um valor comercial”.

(2) Em certos contratos de utilização de loja em centro comercial fica, efetivamente, previsto o pagamento de novo valor de ingresso no caso de renovação do contrato celebrado. A correspondência entre aquele pagamento e este momento da vida da relação contratual poderá resultar quer da previsão no contrato da obrigação de pagar uma certa quantia em dinheiro como contrapartida da renovação da adesão ao empreendimento, quer do fracionamento da prestação de ingresso em distintos momentos temporais, o último dos quais coincidente com a renovação do contrato. Se a contrapartida pecuniária pelo acesso ao empreendimento já foi satisfeita, o que significa que já foi remunerada a realização de

A questão que nos propomos abordar é a de saber qual o destino a conferir à quantia que foi entregue pelo lojista à gestora, a

estudos, projetos de viabilidade comercial, planeamento de *tenant mix* com lojas âncora, não deveria exigir-se ao lojista, com a renovação do contrato, o pagamento de nova contrapartida pelos serviços já remunerados. Com efeito, o lojista paga um valor tendencialmente mais elevado de renda fixa pela exploração da sua loja num centro comercial, isto é, num lugar tido como privilegiado para o exercício do comércio, contribuindo, além disso, para todos os encargos comuns associados ao funcionamento do centro comercial; acresce que o estabelecimento do nexo de correspondência pecuniária sinalagmática entre a eficiência dos serviços de gestão e dinamização do centro, prestados pela gestora, e o lucro do lojista fica assegurado com o pagamento da parcela de remuneração variável devida pela utilização da loja que é determinada em função de uma percentagem do seu volume de faturação. Na hipótese de o contrato de utilização de loja ter sido celebrado com base em clausulado contratual geral, o controlo de conteúdo definido na LCCG permitiria cominar com a sanção de nulidade a cláusula que prevê o pagamento de valor de ingresso pela renovação do contrato, na medida em que esta seja contrária à boa fé (cf. arts. 15.º, 16.º e 12.º LCCG). A propósito da questão de pagamento de “*front money*” pela renovação de contrato de franquia, que revela clara afinidade com a nossa, PESTANA DE VASCONCELOS, *O contrato de franquia (Franchising)*, Almedina, Coimbra, 2000, p. 35, sustenta que há ilegítimo exercício de poder contratual pelo franquiador posto que ocorre uma duplicação do pagamento de uma mesma prestação. O direito de entrada, “*front money*” ou “*initial fee*” é uma das contrapartidas pecuniárias que o franquiado fica, tipicamente, vinculado a satisfazer, como remuneração do direito que lhe é concedido de fazer parte de uma rede, beneficiando da licença de utilizar um método ou fórmula de explorar uma empresa. Sobre a causa do pagamento de direito de entrada no *franchising*, cfr. igualmente MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *O contrato de franquia — Noção, natureza jurídica e aspectos fundamentais de regime*, Almedina, Coimbra, 2001, pp. 186 a 188, (sublinhando que, mesmo na hipótese de a marca ser desconhecida da clientela local, o franquiador põe à disposição do franquiado uma experiência sucedida e suscetível de ser explorada), ESPERANZA GALLEGO SANCHEZ, *La franquicia*, Trivium, Madrid, 1991, pp. 64-65, e WALTHER SKAUPY, *Franchising — Handbuch für die Betriebs und Rechtspraxis*, Vahlen, 1995, p. 135 (que destaca o custo do planeamento e construção do sistema). Na verdade, afigura-se-nos que a cobrança de novo valor de ingresso pela renovação de contrato de utilização de loja em centro comercial se apresenta ainda menos destituída de fundamento do que no contrato de franquia. Com efeito, o lojista não beneficia, no exercício da sua atividade individual de exploração da loja, da vantagem comercial de uma fórmula ou modelo de negócio ou da licença de utilização de bens de propriedade industrial pertencentes a outrem. A integração em centro comercial valoriza certamente o seu estabelecimento, na medida em que beneficia de fatores suscetíveis de atrair clientela de passagem, mas em nada contribui para o “saber-fazer” ou modelo de comércio adotado pelo lojista, no exercício da sua autónoma e individual atividade de comércio. Todavia, como também nota PESTANA DE VASCONCELOS, *ibidem*, p. 36, se não estiver em causa um contrato formado com base em clausulado contratual geral, e tendo sido cumpridos os deveres de esclarecimento e de informação determinados pela boa fé na fase pré-contratual, estará, em princípio, vedado ao julgador proceder à redefinição do equilíbrio interno do contrato.

título de reserva de ingresso, em momento anterior à inauguração do centro comercial, com fundamento em acordo de índole preliminar ou preparatória relativamente ao contrato de utilização de loja, no caso de a frustração do processo de negociações inviabilizar a definitiva instalação do lojista no centro comercial⁽³⁾. O lojista tem o direito de exigir a restituição da quantia entregue como remuneração da reserva de localização da loja e do acesso ao empreendimento, posto que se frustra a instalação no centro, ou, inversamente, tem a gestora o direito de conservar a quantia paga a esse título?

A resposta a esta questão não pode, quanto a nós, ser única, tendo antes de ser múltipla, porquanto se impõe considerar diferenciadamente as hipóteses de a frustração do processo negocial ser imputável ao lojista, ser imputável à gestora, ou ainda a de não ser possível individualizar um responsável principal pela inviabilização do processo de negociações (quer porque esta não seja imputável a nenhum dos contraentes, quer porque ambos contribuíram de modo não exclusivo ou dominante para a falta de conclusão do contrato definitivo).

Naturalmente que a solução do problema equacionado não pode ser adequadamente fornecida sem antes se indagar sobre a natureza e função do “acordo de reserva de ingresso” em centro comercial bem como da quantia a esse título paga. Na exposição subsequente, partimos daquelas que julgamos serem as hipóteses mais típicas (socialmente) ou paradigmáticas, sem, evidentemente, ignorarmos que a atuação da autonomia contratual não dispensa uma análise casuística do conteúdo do acordo celebrado.

⁽³⁾ A obrigação de pagamento de reserva de ingresso pode igualmente integrar o conteúdo do contrato definitivo de utilização de loja, celebrado em momento anterior à inauguração do centro comercial, e cujos efeitos adquirem, na sua generalidade, eficácia nesta data. Habitualmente, o pagamento do valor de ingresso terá de ser totalmente pago antes deste momento; nos casos em que fica previsto um pagamento em prestações, a última prestação coincide com a data da inauguração. Por regra, pelo menos em parte, o valor de ingresso é satisfeito em momento anterior ao da celebração do contrato definitivo, com a aceitação da proposta de ingresso. Desse pagamento é habitualmente feita menção na parte individualizada do contrato de utilização de loja.

1. Natureza e função do acordo de reserva de ingresso em centro comercial e da quantia paga a título de remuneração do direito de ingresso

1.1. O acordo de reserva de ingresso em centro comercial

O acordo de reserva de ingresso constitui, tipicamente, um dos elementos documentais escritos que integram o processo negocial conducente à instalação de um lojista em certo *shopping center*. A complexidade, especificidade técnica e necessária delonga do processo de implementação de um centro comercial reflete-se, naturalmente, na pluralidade intrincada de efeitos jurídicos decorrentes dos vários documentos negociais subscritos pelas partes tendo em vista a exploração de loja. O acordo de reserva de ingresso corresponde, pois, a uma etapa jurídica do período faseado conducente à instalação de um lojista em determinado centro comercial, sendo negociado (ou, em boa medida, proposto para adesão) no decurso da conceção, construção imobiliária, equipamento técnico e implementação do *shopping center*. Se bem que a rica diversidade da *praxis* negocial dificulte a obtenção de uma resposta unitária e inequívoca sobre a sua qualificação ou delimitação de natureza jurídica, uma coisa se nos afigura certa: o acordo de reserva de ingresso não constitui a meta final do processo de negociação, não se identifica com o negócio definitivo, ou seja, não vincula os contraentes ao cumprimento das típicas obrigações de um contrato de utilização de loja. Este apenas será celebrado ou tornar-se-á eficaz (conforme a configuração jurídica eleita pelos contraentes) no momento em que o centro comercial for inaugurado e entrar em funcionamento.

Como é sabido, durante o processo de negociações tendente à celebração de um contrato definitivo são firmados acordos e subscritos documentos dotados de diversa eficácia e natureza jurídica. Estes acordos podem estar desprovidos de efeito vinculativo de índole contratual, porquanto comprometem as partes a prosseguirem negociações de boa fé, sem as vincularem a específicos direitos e obrigações, ou podem já estar dotados de natureza contratual, obrigando os contraentes à realização de prestações, a adotar ou a abster-se de adotar

determinado comportamento. A expressão máxima de vinculação negocial, nesta fase que antecede a celebração de contrato definitivo, é representada pelo contrato-promessa, posto que este consubstancia a obrigação de os contraentes emitirem as declarações negociais correspondentes ao contrato final⁽⁴⁾. Conforme assinala ANA PRATA, no quadro de convenções criadoras de vínculos preliminares, o contrato-promessa diferencia-se por obrigar as partes à celebração de um contrato ulterior cujo conteúdo essencial logo define⁽⁵⁾.

Ora, o acordo de reserva de ingresso pode ou não ser configurado como promessa bilateral de contratar a instalação definitiva no centro comercial. De todo o modo, ainda que não consubstancie um contrato-promessa, o acordo de reserva de ingresso também não se limita a vincular genericamente os negociantes à observância dos ditames da boa fé, ultrapassada que está a fase pré-contratual de anúncio de implementação de um centro comercial, com convite à apresentação de propostas de ingresso e aceitação das (ou algumas das) propostas formuladas⁽⁶⁾. No processo destinado à instalação de lojista em centro comercial, o acordo de reserva de

(4) Sobre a natureza e eficácia jurídica dos acordos firmados pelas partes durante a fase de negociações para a celebração de um contrato e sobre a diversidade de contratos preliminares já dotados de específica relevância contratual, ver, entre nós, SANTOS JÚNIOR, *Acordos intermédios: entre o início e o termo das negociações para a celebração de um contrato*, ROA, ano 57 (Janeiro de 1997), pp. 565 e ss., e MENEZES LEITÃO, *Negociações e responsabilidade pré-contratual nos contratos comerciais internacionais*, ROA, ano 60 (Janeiro de 2000), pp. 49 e ss. Sublinha a diferença entre acordos preliminares sem eficácia contratual específica e acordos instrumentais ou preparatórios geradores de direitos e obrigações independentes que constituem, em si mesmos, contratos autónomos, o Acórdão do STJ de 18 de Fevereiro de 2014, in <www.dgsi.pt>. Sobre o compromisso de negociar com fundamento em carta de intenção, cfr. MARIANA COSTA, *Ruptura de negociações pré-contratuais e cartas de intenção*, Coimbra Editora, 2011, pp. 107 e ss.

(5) *O contrato-promessa e o seu regime civil*, Almedina, Coimbra, 1999, p. 17.

(6) Tratar-se-á, em tal hipótese, de propostas ditas pré-contratuais ou impróprias (cf. FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos I — Conceito — Fontes — Formação*, Almedina, Coimbra, 2008, p. 159), visto que não contém um projeto completo de contrato nem exprimem uma vontade firme e precisa de contratar. A aceitação destas propostas não importa a celebração do contrato de utilização de loja, que apenas em momento ulterior virá a ocorrer, nem tão pouco celebração de contrato preparatório dotado de específica relevância contratual. Naturalmente que hipótese diversa poderá configurar-se na prática, sendo formulada genuína proposta contratual cuja aceitação importe a conclusão do acordo de reserva de ingresso.

ingresso surge, habitualmente, dotado de específica eficácia contratual, ainda que preliminar ou preparatória. De facto, por efeito deste acordo, vinculam-se os intervenientes a direitos e obrigações de índole jurídico-negocial, dos quais o vínculo mais relevante (suscetível só por si de converter um mero compromisso de negociar num efetivo compromisso obrigacional) será mesmo, talvez, a obrigação de o futuro lojista pagar o preço da reserva e direito de ingresso no centro comercial; reciprocamente, o empreendedor do centro comercial obriga-se a reservar ao lojista a utilização de um determinado espaço do empreendimento e o acesso a esse mesmo empreendimento, com a possibilidade de este beneficiar de estudos de viabilidade comercial e de otimização logística como também a de vir a integrar um lugar privilegiado para o comércio.

Com frequência, o contrato de reserva de ingresso envolve igualmente as promessas corresponsivas dos outorgantes de tomar de uso uma certa loja e de garantir a respetiva utilização. A interpretação deste enunciado negocial leva-nos a considerar estarmos perante um verdadeiro contrato-promessa que vincula à celebração de um ulterior compromisso negocial definitivo. Se os contraentes querem assumir a obrigação de contratar, então esta promessa é parte integrante do conteúdo do contrato de reserva de ingresso, ficando os contraentes obrigados à celebração do contrato de utilização de loja, isto é, a emitir as declarações negociais correspondentes (respetivamente, cessão da exploração do espaço para comércio e assunção do dever de respeitar todas as obrigações correspondentes ao funcionamento do centro comercial, constantes do respetivo regulamento interno, além do pagamento das contrapartidas pela utilização da loja), cujo conteúdo essencial fica logo definido, com conhecimento das partes.

Embora assim possa ser, não cremos, todavia, que a promessa de contratar seja sempre (talvez nem sequer habitualmente) a correta configuração jurídica deste tipo de negócio. Na verdade, não existirá contrato-promessa nas hipóteses em que os outorgantes não têm a intenção de se vincularem à obrigação de emitir novas futuras declarações negociais correspondentes ao contrato definitivo. Muitas vezes sucederá que estas declarações até já foram emitidas (ou são emitidas na mesma data) e constam de um documento

conjunto assinado pelas duas partes. Simplesmente, este contrato (final ou definitivo) não produz imediatamente os seus efeitos posto que só assume interesse prático comercial relevante quando o centro comercial abrir as portas ao público e o lojista der início ao exercício da sua atividade comercial. Antes disso, *medio tempore*, há, porém, que definir prazos e regras para a realização de obras na loja e termo para a respetiva conclusão, além das consequências ligadas ao respetivo incumprimento ou, até, também a eventualidade de não ocorrer a inauguração do centro comercial e as consequências por esta falta determinadas. O acordo de reserva de ingresso vem, pois, reger as relações entre lojista e gestora/promotora no período que antecede a inauguração do conjunto comercial, tendo em vista a mais perfeita concretização desse momento. Com a inauguração do centro comercial, tem início a produção dos efeitos jurídico-negociais do contrato de utilização de loja ou, em alternativa, se a reserva de ingresso coenvolve a promessa de contratar, são emitidas as declarações correspondentes ao contrato definitivo.

Em suma, a implementação de um centro comercial é uma tarefa complexa e progressiva, o que, necessariamente, se comunica aos instrumentos negociais que lhe servem de base. O acordo de reserva de ingresso é uma etapa do processo comercial destinado à instalação de um lojista num centro comercial, que está dotado de eficácia contratual específica, vinculando os outorgantes ao cumprimento das obrigações aí assumidas, sob pena de responsabilidade contratual. O conteúdo concreto e portanto a configuração jurídica deste acordo é variável, mas contém sempre a obrigação de o lojista pagar uma quantia a título de remuneração do direito de ingresso em centro comercial. Habitualmente, a sua finalidade é a de reger as relações entre as partes no período posterior à fase das negociações e anterior à eficácia do acordo definitivo de utilização de loja, que ocorrerá na data da inauguração do centro comercial. O acordo de reserva de ingresso é uma antecâmara do contrato de utilização de loja, tendo por função conferir seriedade ao compromisso comercial (isto é, tornar firme a vontade de exploração de loja em centro comercial) e dotar de eficácia imediata certas obrigações cuja execução atual é imprescindível para a boa consecução do

objetivo almejado de implementação e funcionamento do centro comercial.

Entre o contrato preliminar ou preparatório, seja ou não contrato-promessa, e o contrato definitivo estabelece-se uma conexão funcional: o acordo de reserva de ingresso assegura a adesão do lojista ao empreendimento, constituindo para a gestora a garantia de que o lojista não vai desistir ou falhar a preparação da sua loja antes da inauguração, na medida em que o vincula a desembolsar imediatamente uma quantia pecuniária pelo direito de ingresso. O negócio preliminar prepara a execução do negócio definitivo e o lojista paga antecipadamente pelo menos uma parte da quantia devida por uma vantagem de que só virá a colher os frutos quando tiver início o funcionamento do centro comercial. Independentemente da concreta configuração do acordo de ingresso, julgamos que se estabelece uma coligação negocial entre o contrato preparatório e o definitivo porquanto aquele se destina a preparar e garantir a execução do segundo. Esta coligação entre os dois negócios é, por vezes, evidenciada pelo estabelecimento de uma dependência entre a celebração do contrato definitivo e o cumprimento das obrigações predispostas no contrato preliminar. O cumprimento das (ou algumas das) obrigações do acordo de reserva (nomeadamente, o pagamento atempado das prestações do preço de ingresso ou elaboração e apresentação do projeto da loja ou realização das obras no tempo devido) é, em tais hipóteses, erigido em condição para a celebração ou para a produção dos efeitos do contrato de utilização de loja⁽⁷⁾.

(7) Como já em outro lugar tivemos oportunidade de mencionar (*A condição como elemento accidental do negócio jurídico — Ensaio em torno de modalidades especiais de compra e venda*, Universidade Católica, Porto, 2012, pp. 45-46), uma das formas de constituir uma coligação negocial é a de estabelecer num contrato uma condição que diz respeito à eficácia de outro contrato. Falar-se em condição para a celebração de um contrato corresponde, todavia, a um emprego impróprio ou não técnico do conceito.

1.2. Função e natureza jurídica do pagamento da quantia de ingresso

Conforme assinalámos *supra*, o valor de ingresso (“direito de entrada”, “chave”, “*initial fee*”, “*key money*”, “*front money*”) tem por causa remunerar os custos que a promotora do centro comercial suporta com a respetiva conceção e implementação. A criação de um empreendimento comercial desta natureza acarreta, evidentemente, despesas avultadas com a realização de estudos de mercado, destinados a aferir a viabilidade económica de implementação do *shopping* em certo lugar e o tipo de clientela-alvo, com a elaboração de fórmulas de *marketing* para captar o segmento de clientela eleito (nomeadamente, a idealização dos espaços de lazer, a angariação dos lojistas cujas marcas possam servir como motor de atração de consumidores) e otimizar a distribuição dos vários ramos de atividade e respetivos lojistas no complexo imobiliário, com o pagamento de consultas jurídicas, projetos arquitetónicos e de engenharia, etc. Se bem que nos documentos negociais não seja habitualmente feita menção deste aspeto, o pagamento do valor de ingresso destina-se igualmente a contribuir para custear as dispendiosas obras de construção do complexo imobiliário.

O acesso a esta estrutura, vocacionada para o exercício do comércio, confere à loja um valor empresarial adveniente do incremento da sua capacidade lucrativa pelo que o pagamento da quantia inicial de ingresso é apresentado como contrapartida do acesso ao empreendimento de conjunto, isto é, o preço a pagar pela integração num lugar privilegiado para o comércio.

Por outro lado, atendendo a que o contrato definitivo não foi celebrado ou, quando menos, não adquire eficácia antes da inauguração do centro comercial, o pagamento do valor de ingresso desempenha a importante função de conferir firmeza ou seriedade ao compromisso negocial, confirmando a intenção do lojista de aderir ao empreendimento de conjunto. A quantia de ingresso serve como garantia de que o lojista não irá desistir do projeto ou falhar a preparação da sua loja na data prevista. Para este efeito, prevê-se, habitualmente, a perda das quantias já vencidas, a título de reserva de ingresso, nas hipóteses quer de o lojista desistir do contrato

definitivo quer de faltar ao cumprimento das obrigações preliminares constantes do acordo de reserva de ingresso. O pagamento da chave acaba por ter igualmente, nesta medida, uma feição compulsória e/ou indemnizatória.

Sendo certo que a prática negocial é capaz de oferecer, na sua rica variedade, exemplo de configuração negocial em que se estabeleça correspondência sinalagmática entre o pagamento do valor de ingresso e a mera reserva de localização de loja — o que segundo o entendimento professado pela Relação de Lisboa, no Acórdão de 22 de Outubro de 2009, teria sucedido no litígio submetido à sua apreciação⁽⁸⁾ — julgamos que, habitualmente, o valor

⁽⁸⁾ *In* <ww.dgsi.pt>. Com base na previsão contratual de que “como contrapartida da reserva de localização da loja acima indicada e devido ao facto de se tratar de um empreendimento único e com elevado nível de procura, haverá lugar ao pagamento do valor de 14 meses de remuneração fixa correspondentes a direitos de ingresso, no valor total de €22 413,44”, o tribunal concluiu que se tratava de um acordo de reserva de localização em centro comercial, pacto inominado, de natureza preliminar. Deste acordo bilateral resultava para o lojista a obrigação de pagar a quantia combinada e, para a gestora, a obrigação de reservar a loja indicada. A prestação pecuniária — decidiu a Relação de Lisboa — “era exclusivamente devida pela simples conservação da atribuição de espaço comercial e não tinha ligação com qualquer contraprestação ulterior relativa ao «contrato de utilização de loja» que as partes se propunham celebrar posteriormente”. Sendo assim, qualquer que fosse o destino do contrato posterior, não teria de haver lugar à restituição da totalidade ou de uma parte do preço pago. Este não tinha a função de prevenir o incumprimento ou reforçar o direito do credor ao cumprimento, mas sim constituir contrapartida da prestação efetuada pela gestora: reservar um espaço no centro comercial. Ainda que a decisão de reconhecer à gestora o direito de conservar o valor de reserva pudesse, no caso concreto, ser justa e adequada, discordamos, conforme melhor se perceberá do discurso subsequente, do enquadramento jurídico que lhe serviu de base. Em face de cláusula contratual com redação assemelhada — “no acto de celebração do presente contrato, a primeira outorgante compromete-se a reservar o espaço destinado à loja identificada, nomeadamente não o cedendo a terceiro enquanto vigorar o presente contrato”; “pela reserva referida no número anterior e como contrapartida do cumprimento desta obrigação por parte da primeira outorgante, a segunda outorgante pagará à primeira outorgante a quantia de €20 128,00 (...)” — e apesar de a análise do STJ não ter recaído especificamente sobre a causa do pagamento do valor da reserva, no Acórdão de 24 de Outubro de 2013, *in* <www.dgsi.pt>, o Supremo Tribunal terá provavelmente partido de idêntico entendimento. Com efeito, tendo mantido parte da decisão judicial anteriormente proferida — anulabilidade do contrato com base em erro sobre os motivos e condenação da gestora a restituir ao lojista o valor dos “direitos de ingresso” e a indemnizá-lo pelo investimento feito na loja —, revogou-a na parte respeitante à obrigação de restituir o valor de ingresso à lojista, decidindo que a gestora tinha direito a conservar essa quantia. Como é sabido, a

de ingresso tem a função de remunerar não tanto a reserva de um certo espaço no complexo imobiliário, mas sobretudo o acesso a um empreendimento comercial e a todas as vantagens ou utilidades associadas ao seu pleno funcionamento. Apesar de o acordo que faz surgir a obrigação de pagamento do valor de ingresso assumir feição preliminar ou preparatória (em relação ao contrato definitivo de instalação de lojista em centro comercial), a quantia de ingresso tem por causa a participação no empreendimento comercial de conjunto que o centro virá a ser depois de inaugurado, ultrapassada a fase preparatória ou de projeto. Somente depois de iniciada a exploração do seu estabelecimento virá o lojista a beneficiar das utilidades proporcionadas pelo funcionamento do conjunto, isto é, da capacidade lucrativa adicional derivada da sua integração num centro vocacionado para o comércio, resultante dos estudos de viabilidade e de planeamento ou definição de estratégia comercial desenvolvidos pela promotora; ou seja, o pagamento do valor de ingresso está conexaso com a prestação ulterior da promotora/gestora do centro de conceder a exploração de uma loja num local a que conferiu feição ideal para o comércio⁽⁹⁾.

Conquanto a celebração de um acordo de reserva de ingresso assumia feição instrumental relativamente ao contrato definitivo de utilização de loja, estabelece-se uma clara conexão entre os dois negócios de tal modo que o sucesso do segundo repercutir-se-á, em princípio, de algum modo, sobre os efeitos do primeiro. Consideramos assim, ao contrário da Relação de Lisboa, no Acórdão citado *supra*, que a falta de celebração do negócio definitivo pode reper-

anulação de um negócio tem por consequência a destruição retroativa dos efeitos produzidos e a reposição do *status quo ante*. Ora, se o pagamento do valor de ingresso fosse configurado como contrapartida sinalagmática da licença de acesso a um projeto comercial, o seu pagamento deveria ser restituído, visto que a anulação do contrato elimina retroativamente a licença de exploração de loja.

(9) Além disso, para que ao valor da reserva de localização se assinalasse tão-só uma finalidade de garantia ou caução, seria necessário que, com a celebração do contrato definitivo de utilização de loja, aquela quantia fosse devolvida ao lojista ou computada no valor da prestação pecuniária devida pela exploração da loja (“rendas”). Na verdade, mesmo nas hipóteses em que, com a proposta de ingresso se exige ao lojista o pagamento de uma caução, esta não é devolvida no momento da celebração do contrato de utilização de loja, antes deduzida ou computada no valor global de ingresso a satisfazer.

cutir-se sobre o destino a dar à quantia paga pelo lojista a título de “reserva de ingresso”.

Com a ressalva de ter sido efetivamente essa a intenção negocial dos contraentes, julgamos que o pagamento da quantia inicial, antes de ter início a exploração da loja, não desempenha a função característica de “preço de imobilização”. Por um lado, o acordo de reserva de ingresso que constitui a obrigação de pagamento não se configura como vínculo unilateral que obriga apenas um dos sujeitos, deixando o outro livre para decidir se quer ou não aceder ao gozo ou utilização de uma coisa pelo que deva compensar o promitente, temporariamente impedido de negociar com outros potenciais interessados a utilização do mesmo espaço. Tão pouco se configura como um pacto de opção, suscetível de conferir ao lojista o direito potestativo de escolher entre instalar-se definitivamente no centro comercial ou ficar de fora desse projeto, ou seja, de aceitar ou não o contrato⁽¹⁰⁾. O acordo de reserva de ingresso estabelece um compromisso bilateral destinado a vincular ambas as partes a um conjunto de obrigações específicas na fase que antecede a inauguração do centro comercial, coenvolvendo a obrigação de tomar de uso a loja do centro comercial. Por outro lado, também não se nos afigura que a quantia de ingresso constitua, em princípio, o preço do direito de arrependimento ou de desistência do *tradens*, não assumindo tipicamente a feição de “sinal penitencial”; ainda que possa ser esta a configuração adequada (ou mais próxima) do pagamento de “valor de reserva”, nas hipóteses em que se esvazie este da sua função de remunerar o acesso ao empreendimento, sobrepujando-se a tarefa de servir como contraprestação da reserva de localização de um espaço, na medida em que se constitua como contrapartida da desistência da promessa de tomar de uso a loja⁽¹¹⁾.

⁽¹⁰⁾ Sobre o conceito de “preço de imobilização” e a diferença entre promessa unilateral de venda e pacto de opção, cf., na doutrina portuguesa, CALVÃO DA SILVA, *Sinal e contrato-promessa*, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 35 e ss. Sublinha que a promessa unilateral remunerada não constitui um contrato-promessa bilateral, mas não deixa de ser um contrato bilateral, que gera obrigações para ambas as partes, RIBEIRO DE FARIA, *O contrato-promessa. Alguns pontos do seu regime*, Scientia Iuridica, 2001, n.º 291, pp. 145 e ss.

⁽¹¹⁾ O sinal constituirá, em tal caso, o preço do arrependimento ou da desistência, reservando-se o devedor a faculdade de substituir a prestação devida por uma prestação

Segundo cremos, a função negocial do pagamento do valor de ingresso não é a de salvaguardar a liberdade do lojista mediante um preço, isto é, permitir a desvinculação lícita e discricionária do lojista, mas antes, diversamente, a de garantir o compromisso negocial deste. A gestora exige o pagamento da quantia de ingresso (na sua totalidade ou em parte) como meio de custear o empreendimento e como forma de compelir o lojista ao respeito do vínculo assumido⁽¹²⁾; o lojista, por seu turno, paga esta quantia tendo em vista a futura integração no centro comercial, muito mais como antecipação do cumprimento da futura obrigação de remunerar a mais-valia comercial que lhe é concedida do que como compra de um direito ao arrendamento. Importa ter presente que a loja individual é entregue em “tosco”, “vazia de acabamentos”, antes da entrada em funcionamento do centro comercial, para que o lojista proceda à respetiva montagem e equipamento. Se, com a celebração do acordo de ingresso, o lojista recebe a loja, dando início à respetiva preparação, conforme regras e prazos fixados pela promotora e paga um valor de ingresso, mal se compreende que o objetivo deste acordo e do pagamento da dita quantia seja o de salvaguardar a licitude da desistência de exploração de loja em centro comercial.

Conforme decorre do que viemos de dizer, afigura-se-nos que o pagamento do valor de ingresso (em data anterior ao início da exploração da loja) assume, para o lojista, a índole de antecipação do pagamento da totalidade ou de uma parte da obrigação de remunerar a mais-valia comercial adveniente da instalação em *shopping center*; para a gestora, o pagamento desta quantia é uma forma de “prender” a contraparte ao compromisso negocial assumido, compulsando o lojista a respeitá-lo e acautelando os danos sofridos com uma eventual desistência deste (tendo que, por exemplo,

diferente da devida, conforme NUNO PINTO OLIVEIRA, *Ensaio sobre o sinal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 271.

⁽¹²⁾ O pagamento de um montante correspondente a 14 meses de renda (conforme estipulado no acordo de reserva de localização submetido à apreciação da Relação de Lisboa no Acórdão de 22 de Outubro de 2009) ultrapassará, em princípio, o dano previsivelmente sofrido pela gestora com a desistência do lojista.

encontrar rapidamente um outro parceiro negocial para evitar a existência de uma loja vazia no centro). Sendo assim, julgamos que, nesta medida, o pagamento do valor de ingresso desempenha, no processo negocial conducente à exploração de loja em centro comercial, a função característica do “sinal confirmatório”.

Como é sabido, o sinal consiste na entrega por um dos contraentes ao outro de uma quantia em dinheiro logo no momento em que se celebra o contrato (habitualmente, dotado de feição preliminar ou preparatória ou, se definitivo, ainda com eficácia total ou parcialmente suspensa)⁽¹³⁾. Tradicionalmente, o sinal desempenha ou uma função confirmatória, ou uma função penitencial, ou uma mistura das duas e serve, assim: para confirmar a celebração do contrato (que, por algum motivo, não é imediatamente cumprido), conferindo solidez, segurança, às declarações proferidas; para permitir a qualquer das partes desistir licitamente do contrato, constituindo o preço do direito de arrependimento; como critério da sanção aplicável ao faltoso em caso de não cumprimento do contrato (perda da prestação se o faltoso é o *tradens* e restituição do sinal em dobro se é o *accipiens* o inadimplente). O sinal envolve ainda uma antecipação de cumprimento, de modo que a quantia entregue é computada na prestação devida ou restituída se isso não for possível⁽¹⁴⁾. Ora, o pagamento do valor de ingresso em centro comer-

(13) A qualificação como sinal não fica necessariamente comprometida por não ter ocorrido uma efetiva “deslocação física” do dinheiro, bastando a imediata constituição do crédito a favor do *accipiens*, conforme sublinha o Acórdão STJ de 25 de Outubro de 2012, in <www.dgsi.pt>.

(14) Assim, PINTO MONTEIRO, *Cláusula penal e indemnização*, Almedina, Coimbra, 1999, pp. 164-165. Cf., sobre as funções do sinal no quadro das mutações da lei civil portuguesa, BRANDÃO PROENÇA, *Do incumprimento do contrato-promessa bilateral — A dualidade execução específica-resolução*, Coimbra Editora, Coimbra, 1996, pp. 61 e ss. Sobre as características e funções do sinal, consultar ANA PRATA, *O contrato-promessa...*, cit., pp. 743 e ss., CALVÃO DA SILVA, *Sinal...*, cit., pp. 89 e ss., 189 e ss., ANA COIMBRA, *O sinal: contributo para o estudo do seu conceito e regime*, O Direito, 122 (1990), pp. 642 e ss., e NUNO PINTO OLIVEIRA, *Ensaio sobre o sinal*, cit., pp. 9 e ss. Este Autor rejeita, todavia, uma conceção unitária do sinal, sustentando, por um lado, que o sinal penitencial tem uma índole e regime diverso do sinal com função confirmatória (pp. 89 e ss.) e quanto a este, por outro lado, que as funções compulsiva-sancionatória e indemnizatória do sinal excluem-se reciprocamente (p. 40). Cf. ainda sobre as funções do sinal no direito civil português: ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em geral*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2000,

cial partilha a estrutura e a função da cláusula de sinal. De facto, o valor de ingresso consiste na entrega de uma quantia pecuniária por um dos contraentes ao outro em fase anterior à eficácia plena do contrato definitivo de utilização da loja. Seja porque se destine a remunerar o acesso ao empreendimento — que ainda não está em funcionamento — caso em que se destaca a feição confirmatória e a componente de antecipação de cumprimento; seja porque constitua contrapartida da reserva de localização de loja, hipótese em que ganha relevância a índole penitencial, verifica-se igualmente uma afinidade funcional entre as duas cláusulas.

Sendo certo que aos contraentes pode muito bem faltar a vontade de conferir ao pagamento do valor de ingresso, na fase de construção e implementação do centro comercial, a feição de sinal — relembre-se que apenas no contrato-promessa de compra e venda se presume ter “carácter de sinal toda a quantia entregue pelo promitente-comprador ao promitente-vendedor”, presunção, aliás, ilidível (art. 441.º CC) —, não é o menos que os contraentes preveem, frequentemente, a perda das importâncias pagas a título de reserva no caso de desistência do lojista ou do incumprimento por este de outras obrigações previstas no acordo de ingresso, o que, segundo cremos, confere à cláusula de reserva a natureza de sinal (penitencial/penal).

Fora do núcleo de hipóteses de promessa de compra e venda, é necessário que os contraentes confirmem carácter de sinal à quantia em dinheiro entregue por uma das partes à outra, em momento anterior ao da eficácia plena do contrato definitivo. Se assim não for, a coisa entregue por um dos contraentes ao outro, que coincida com a prestação a que este fica adstrito, poderá ser havida como antecipação de cumprimento, devendo ser imputada na prestação devida ou restituída quando a imputação não for possível (art. 440.º CC)⁽¹⁵⁾.

pp. 310-313, e, rejeitando a atribuição ao sinal de uma feição de antecipar o cumprimento, *Sobre o contrato-promessa*, cit., pp. 101-102; MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil português*, I, 1, 2005, p. 736.

⁽¹⁵⁾ Para ANTUNES VARELA, *Sobre o contrato-promessa*, Coimbra Editora, Coimbra, 1989, p. 67, a antecipação do cumprimento só tem lugar em relação a contratos definitivos que envolvam prestação de coisa; diversamente, o sinal poderia acompanhar quer a celebração de contratos definitivos quer a celebração de contratos preliminares. Cf. tam-

Nesta hipótese, os danos que qualquer uma das partes venha a sofrer com o incumprimento das obrigações assumidas pela outra serão calculados em concreto (segundo o regime que decorre dos arts. 798.º e ss. em ligação com os arts. 562.º e ss. CC), sem que a quantia entregue possa servir como critério abstrato de fixação da indemnização. Para que à quantia entregue seja aplicado o regime do sinal é, pois, imperioso que os contraentes tenham querido atribuir-lhe tal carácter. Haverá portanto que proceder à interpretação da estipulação negocial do acordo de reserva de ingresso para determinar o alcance e sentido da imediata obrigação de pagamento de certa quantia em dinheiro. Da previsão contratual de que a desistência do lojista tem por consequência a perda da quantia entregue a título de ingresso deve deduzir-se a vontade de convencionar um sinal? Certamente que a cláusula de sinal não terá de ficar expressamente convencionada, mas será necessário que os contraentes queiram aplicar à obrigação de pagar uma quantia inicial aquela feição. Ora, conforme fomos indicando, e com a reserva de uma resposta adequada não prescindir de uma análise cuidada do acordo concreto, julgamos que a cláusula de perda da quantia entregue pelo lojista à gestora, a título de pagamento de todo ou parte do valor de ingresso, conjugada com a promessa de tomar de uso a loja e de assegurar a respetiva montagem a tempo da inauguração do centro corresponde a ou, pelo menos, revela afinidade bastante com uma cláusula de sinal⁽¹⁶⁾. Tratar-se-á, além do mais, em princípio,

bém PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil anotado*, Coimbra Editora, Coimbra, 1987, Vol. I, anot. art. 440.º. De igual modo, MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2014, p. 207, acentua que a coisa entregue por uma das partes à outra no âmbito de contrato-promessa nunca se poderia qualificar como antecipação do cumprimento, porquanto nunca pode coincidir com a prestação (de facto jurídico) a que o promissário fica adstrito. Em sentido contrário, GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, Coimbra Editora, Coimbra, 1997, p. 128, sublinha que de antecipação de cumprimento só deve falar-se relativamente a obrigação ainda não constituída.

(16) O Acórdão da Relação do Porto de 29 de Maio de 2006, in <www.dgsi.pt>, qualificou o acordo de reserva de ingresso em centro comercial *sub iudice* como contrato-promessa de arrendamento comercial por existir vontade das partes de se obrigarem a celebrar o contrato prometido, mas entendeu que a quantia entregue pelo lojista à gestora (20% do direito de entrada) não constituía um sinal antes apenas um princípio de pagamento. Conquanto o tribunal tenha entendido bem que, na dúvida, a entrega parcial deve

de um sinal confirmatório porquanto, em caso de dúvida sobre se o sinal é confirmatório ou penitencial deve entender-se (com NUNO PINTO OLIVEIRA) que o sinal é confirmatório⁽¹⁷⁾.

Com efeito, somos de crer que o pagamento do valor de ingresso, na fase anterior à inauguração do centro comercial, apresenta afinidade bastante com o pagamento do sinal para que se considere a aplicação do regime do segundo ao primeiro. O pagamento do valor de ingresso poderá assim, quanto a nós, servir como critério para fixar a indemnização devida quando a frustração do processo negocial fique a dever-se principalmente a uma das partes.

2. Destino da quantia paga pelo lojista a título de reserva de ingresso no caso de inviabilização do contrato definitivo de utilização de loja

2.1. Falta de celebração (ou de eficácia) do contrato imputável ao lojista

No caso de a frustração do processo negocial conducente à exploração de loja em centro comercial ser imputável ao lojista — este recusa-se a celebrar o contrato definitivo, desiste, sem motivo atendível, da instalação da sua loja ou incumpe outras obrigações

ser havida como começo de cumprimento decide, inconsequentemente, que a gestora tinha o direito de reter a quantia que lhe fora entregue, porquanto o lojista tinha desistido do contrato e não lograra provar o enriquecimento injustificado da gestora com a conservação da percentagem de direito de entrada paga. Na verdade, o pagamento antecipado deve ser restituído *ao tradens* sempre que não possa ser computado na prestação definitiva. No caso de desistência ilícita do contrato por qualquer das partes os danos sofridos terão de ser calculados em concreto. Ora, além de não estarmos certos de que a desistência do lojista lhe fosse imputável a título principal (o interesse em contratar dependia da inexistência de outras lojas vocacionadas para o exercício de atividade concorrente), o certo é que a conservação da quantia pela gestora dependia da respetiva alegação e prova de que sofrera danos em idêntico montante em consequência da revogação unilateral do contrato pelo lojista.

⁽¹⁷⁾ *Ensaio sobre o sinal*, cit., pp. 276. Conforme melhor esclarece o Autor, quando as partes constituem um sinal têm em vista reforçar e não enfraquecer os deveres de prestação.

negociais assumidas — a gestora do centro comercial tem o direito de manter a totalidade da quantia paga a título de reserva de ingresso ou deverá devolvê-la, considerando que a causa do respectivo pagamento (remunerar a mais-valia comercial proporcionada pelo empreendimento de conjunto) veio afinal a frustrar-se?

Julgamos que, nesta situação, a gestora terá, em princípio, o direito de conservar a quantia que lhe foi entregue pelo lojista. Na verdade, nas hipóteses em que o acordo de reserva de ingresso (ou a cláusula de reserva de ingresso inserta no contrato de utilização de loja) preveja a perda de 100% das importâncias entregues pelo lojista à gestora a título de reserva de ingresso ou de reserva de localização da loja, em caso de desistência do contrato definitivo, o problema não estará sequer em questionar o direito da gestora de manter o dinheiro que lhe foi entregue pelo lojista (por aplicação da 1.^a parte do art. 442.º, n.º 2, CC a que conduzisse a qualificação da cláusula como sinal), mas antes em equacionar, por um lado, a admissibilidade de redução equitativa do valor satisfeito por aquele (ou seja, da possibilidade de uma parte da quantia paga ser devolvida ao lojista, a despeito mesmo da previsão contratual) e, por outro lado, a possibilidade de a gestora receber uma indemnização suplementar ao valor da reserva entregue (ou devida) pelo lojista.

Como é sabido, o ordenamento jurídico português admite a possibilidade de redução equitativa da quantia convencionalmente fixada para a hipótese de inadimplemento, quando aquela se revelar “manifestamente excessiva”. Expressão de um princípio de proporcionalidade ou de um princípio geral de proibição do abuso na conformação contratual dos direitos do credor, a aplicabilidade (análogica) da norma do art. 812.º CC a outras cláusulas que, a despeito de apresentarem estrutura diversa, revelem afinidade de função com a cláusula penal tem sido reconhecida pela doutrina e também pela jurisprudência portuguesas (ainda que de modo não unânime). O problema tem-se colocado sobretudo com respeito à cláusula de sinal, isto é, saber se, respetivamente, o *tradens* ou o *accipiens* faltosos têm a faculdade de solicitar ao tribunal a redução equitativa da quantia entregue ou da sua restituição em dobro. Apesar de o sinal, diversamente da pena convencional, consistir na

imediate entrega de uma quantia coincidente (em parte ou totalmente) com a prestação definitiva e não na prévia determinação de uma quantia a satisfazer na hipótese de incumprimento das obrigações contratuais, a correspondência funcional revelada pelas duas cláusulas — cálculo abstrato e pré-fixado do montante indemnizatório que previne as dificuldades de liquidação do valor dos danos sofridos com o incumprimento e que visa compelir ao cumprimento — fundamenta a aplicabilidade analógica do disposto no art. 812.º CC à hipótese prevista no art. 442.º, n.º 2, CC⁽¹⁸⁾. Deste modo, se, atendendo às circunstâncias do caso concreto (nomeadamente, o reduzido grau de culpa do faltoso, o diminuto montante dos danos efetivos, a situação económica das partes, os eventuais benefícios auferidos pelo devedor com a violação), a cláusula de

(18) Sustentam a possibilidade de redução equitativa do sinal por aplicação do art. 812.º CC: PINTO MONTEIRO, *op. cit.*, pp. 200 e ss., BRANDÃO PROENÇA, *Do incumprimento do contrato-promessa...*, *cit.*, pp. 133 e ss., e *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 342-343, ANA PRATA, *O contrato-promessa...*, *cit.*, pp. 793-795, ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 428, n. 2, e NUNO PINTO DE OLIVEIRA, *Ensaio sobre o sinal*, *cit.*, pp. 226 e ss. (que, todavia, rejeitando uma conceção unitária de sinal exclui a aplicação do art. 812.º CC ao sinal penitencial, pp. 263-264). Nota que o legislador civil configurou o sinal com uma natureza análoga à cláusula penal RUI DE ALARCÃO, *Direito das Obrigações*, Coimbra, 1983, p. 146. Admite, de um modo geral, a aplicação analógica do art. 812.º CC a casos em que há desvantagens excessivas se alguém não cumprir ou cumprir defeituosamente uma obrigação VAZ SERRA, *Anotação*, RLJ, 102.º, p. 237. Na jurisprudência, decidem pela redução equitativa do sinal: o Acórdão STJ de 8 de Março de 1977, BMJ, n.º 265, p. 210; o Acórdão STJ de 1 de Fevereiro de 1983, BMJ, n.º 324, pp. 552 e ss.; o Acórdão STJ de 18 de Novembro de 2004, in <www.dgsi.pt>. Recusam a aplicação da norma do art. 812.º CC ao sinal ANTUNES VARELA, *Anotação ao Acórdão STJ de 1 de Fevereiro de 1983*, RLJ, 119.º, pp. 346-348, CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, Universidade de Coimbra, Coimbra, 1995, pp. 303 e ss. (admitindo, todavia, que “em casos excepcionais, de concretos resultados clamorosamente excessivos e injustos, a redução equitativa do sinal poderá ter lugar”, p. 307; nesta linha, considerando que a redução deverá aplicar-se em situações excepcionais, pode ver-se o Acórdão da Relação de Guimarães de 26 de Maio de 2004, in <www.dgsi.pt>), e RAPOSO BERNARDO, *Sinal — Da sua irreduzibilidade por equidade*, ROA, 56, I, 1996, pp. 402 e ss. (esp. 413 e ss.). Para este último Autor, se o sinal for manifestamente excessivo não é indispensável o recurso ao art. 812.º CC, posto que o ordenamento jurídico contém soluções adequadas ao problema e, assim, nomeadamente, em caso de excessividade originária conjugada com vício da vontade a anulação ou modificação segundo juízos de equidade por usura (arts. 282.º e 283.º CC) ou, no caso de a excessividade se revelar supervenientemente, o recurso às normas que postulam uma atuação segundo a boa fé (arts. 334.º e 762.º, 2, CC).

sinal vier a revelar-se uma sanção excessiva poderá o tribunal determinar a sua redução. Sendo assim, tomando como fonte o critério de equidade, poderia o lojista requerer a redução do valor de reserva de ingresso já entregue à gestora (ou reclamado por esta) quando a perda da totalidade desta quantia se revele manifestamente excessiva em correlação com o reduzido montante do prejuízo sofrido pela gestora ou com o carácter pouco grave do inadimplemento do compromisso negocial assumido. Note-se que a possibilidade de redução do valor que a gestora do centro tenha o direito de conservar (ou de exigir) como resultado da falta imputável ao lojista não requer a qualificação da cláusula que fundamenta a respetiva cobrança como cláusula de sinal, posto que se reconheça que o art. 812.º CC revela um princípio aplicável a todas as hipóteses em que a obrigação de pagamento de uma quantia pré-fixada assuma função indemnizatória ou também compulsória do devedor ao cumprimento⁽¹⁹⁾.

No que diz respeito à segunda questão suscitada, começamos por sublinhar que a possibilidade de a gestora receber uma indemnização superior ao valor do sinal entregue (ou devido) não encontra acolhimento literal nem nas normas que compõem o regime do sinal — o art. 442.º, n.º 4, CC afasta inclusivamente o direito a uma indemnização suplementar — nem tão pouco no regime, suscetível de aplicação analógica, da cláusula penal (cf. art. 811.º, n.º 2, CC). Todavia, a doutrina portuguesa tem professado uma interpretação restritiva de tais preceitos, abrindo a porta à faculdade de o credor receber uma indemnização pelo prejuízo suplementar sofrido. Assim, PINTO MONTEIRO sublinha que o disposto no n.º 2 do art. 811.º CC não se aplica à cláusula penal com feição compulsória⁽²⁰⁾. MENEZES CORDEIRO admite a possibilidade de ser judicialmente determinado o agravamento da pena e, de igual modo, ANA PRATA reconhece a modificação judicial da cláusula penal manifestamente insuficiente, de acordo com a equidade, abrindo o campo

(19) Neste sentido, ver PINTO MONTEIRO, *Cláusula penal...*, cit., pp. 233-234 e BRANDÃO PROENÇA, *Lições...*, cit., p. 396. Esta perspetiva era também já sustentada por VAZ SERRA, *op. cit.*, p. 237..

(20) *Cláusula penal...*, cit., p. 432.

de aplicação desta correção à cláusula de sinal⁽²¹⁾. Referindo-se mais desenvolvidamente à cláusula de sinal, NUNO PINTO OLIVEIRA sustenta que o art. 442.º, n.º 4, CC não se aplica ao sinal penitencial, nem ao sinal confirmatório com função compulsória, e nem tão pouco ao sinal confirmatório com função indemnizatória quando o incumprimento seja imputável ao devedor a título de dolo ou de culpa grave; neste último caso, a não ressarcibilidade do dano excedente dotaria o sinal de uma função de limitação da responsabilidade, tendo por consequência a sua invalidade à luz da proibição do art. 809.º CC⁽²²⁾.

No Acórdão de 25 de Março de 2009⁽²³⁾, o STJ considerou que o litígio submetido à sua apreciação correspondia a uma hipótese de falta de celebração do contrato definitivo de utilização de loja em centro comercial por motivo imputável ao futuro lojista, o que conferia à gestora a faculdade de reter as quantias que lhe tinham sido pagas, a título de reserva de ingresso no centro comercial. Com efeito, quando intimado pela gestora para devolver a minuta do contrato definitivo de utilização de loja com a sua assinatura, o lojista dirigira à gestora a comunicação de que se encontrava objetivamente impossibilitado de celebrar o contrato definitivo, mais solicitando a marcação de uma reunião urgente para obter uma solução de consenso. Esta comunicação foi entendida pelo tribunal como recusa de celebração do contrato, isto é, como desistência. Consequentemente, o lojista perdia a favor da gestora todas as quantias que tinha entregado a esta, conforme previsto em cláusula do contrato para ingresso no centro comercial ou de reserva de localização, que o STJ entendeu tratar-se de um contrato preliminar atípico. O tribunal parece admitir a possibilidade de o valor da reserva pago ser reduzido, ou seja, parcialmente devolvido, por aplicação do art. 19.º, c), LCCG; todavia, exclui a redu-

(21) Respetivamente, *Direito das Obrigações*, 2.º Vol., AAFDL, 1990 (reimpresão), p. 428 e *op. cit.*, pp. 795-796.

(22) *Op. cit.*, pp. 216 e ss. Cfr. igualmente com referência à cláusula penal, *Cláusulas acessórias ao contrato — Cláusulas de exclusão e de limitação do dever de indemnizar — Cláusulas penais*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 57 e ss.

(23) *In* <www.dgsi.pt>.

ção da quantia, ao abrigo desta norma, porquanto tal redução não fora pedida pelo lojista nem tão pouco feita a alegação e prova de elementos suscetíveis de demonstrarem a desproporção entre a quantia entregue e os prejuízos sofridos pela promotora em virtude da desistência do lojista⁽²⁴⁾.

Atendendo aos factos dados como provados pelo STJ, afigura-se-nos dúbio que, na hipótese *sub iudice*, a frustração do processo negocial não tenha ficado a dever-se a faltas cometidas por ambas as partes ou, pelo menos, a uma divergência dos respetivos projetos ou plano de utilização do espaço imobiliário pelo lojista, caso em que a hipótese ficaria incluída no terceiro grupo de situações por nós aqui considerado (cf. 2.3). Com efeito, à vontade do lojista de proceder à reunião de três lojas para aí instalar a sua superfície comercial não podia aceder o empreendedor posto que um desses espaços estava já prometido a um outro lojista que não queria abdicar da sua utilização.

Por outro lado, se do que se trata é de ponderar a desproporção entre uma pena e os prejuízos efetivamente sofridos, a norma cuja aplicação deve ser considerada não é a al. c) do art. 19.º da LCCG, mas antes o art. 812.º CC. Conforme melhor esclarece NUNO PINTO OLIVEIRA, o juízo sobre a validade ou invalidade de uma cláusula é feito com referência ao momento em que as declarações negociais são proferidas pelo que o art. 19.º, al. c), LCCG

(24) Consabidamente, o problema da admissibilidade de redução oficiosa da cláusula penal não encontra resposta unânime na doutrina portuguesa: VAZ SERRA, *Pena convencional*, BMJ, n.º 67, pp. 224-226; ANA PRATA, *Cláusulas de exclusão e de limitação da responsabilidade contratual*, Coimbra, 1985 (reimpressão 2005), p. 642 e NUNO PINTO OLIVEIRA, *Cláusulas acessórias...*, *cit.*, pp. 77 e ss., pronunciam-se no sentido de o juiz reduzir, a título oficioso, a cláusula penal manifestamente excessiva; em sentido divergente, ver PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil anotado*, *cit.*, anot. art. 812.º; GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, p. 436, ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, p. 801, MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, *cit.*, p. 739, PINTO MONTEIRO, *Cláusula penal...*, *cit.*, pp. 735 e ss., e BRANDÃO PROENÇA, *Lições...*, *cit.*, p. 397, propugnam a necessidade do pedido do devedor. PINTO MONTEIRO reconhece, contudo, que a pena possa ser reduzida quando a atitude processual do devedor deixe perceber um desacordo relativamente ao montante da pena, em virtude do seu carácter excessivo (p. 736, n. 1654). Decidiu, nomeadamente, que o tribunal não podia reduzir oficiosamente a cláusula penal por incumprimento das obrigações assumidas em contrato de utilização de loja em centro comercial, o Acórdão STJ de 17 de Dezembro de 2009, in <www.colectaneadejurisprudencia.com>.

serve para impedir a desproporção entre a pena e os prejuízos previsíveis; verificando-se desproporção entre a pena e os prejuízos provocados pelo incumprimento, deve aplicar-se o art. 812.º CC: a cláusula é válida, a pena é que deve ser reduzida. Além disso, formular um juízo sobre a desproporção entre o montante da pena e o previsível valor do dano a ressarcir coaduna-se melhor com a índole abstrata do art. 19.º LCCG — a desproporção entre uma pena e os prejuízos realmente sofridos é um julgamento que só em concreto pode ser formulado⁽²⁵⁾. De todo o modo, a previsão convencional da perda das quantias entregues distancia-se da estrutura da cláusula penal, revelando-se antes a afinidade com a cláusula de sinal, pelo que estaria excluída uma aplicação direta tanto da norma da LCCG como do disposto no 812.º CC, o que, todavia, e como antes indicámos, não constituía obstáculo à possibilidade de redução equitativa do valor de reserva ou ingresso pago pelo lojista.

Digna de menção neste contexto, em que a quebra da relação contratual de utilização de loja em *shopping center* fica a dever-se a falta imputável ao lojista, é a sentença proferida pela Relação de Coimbra, em 11 de Fevereiro de 2014⁽²⁶⁾. O tribunal decidiu que havia abuso do direito de exigir o pagamento do valor de ingresso, no montante de 15 000 €, porquanto o lojista apenas usara a loja durante quatro dias e tinha pago dois meses de renda, além do que pouco tempo depois a gestora entregara a loja a um terceiro, não tendo sofrido quaisquer danos. Ainda que a cláusula de ingresso não subordinasse o pagamento à duração efetiva do contrato e que o lojista tivesse chegado a instalar-se no centro comercial, a Relação sublinhou que o contrato deve ser considerado no seu conjunto, com os seus riscos próprios e a repercussão económica que tem para as partes. Conquanto a decisão do tribunal da Relação de Coimbra seja de aclamar e venha — em sentido diverso da análise feita pelo Supremo no Acórdão de 25 de Março de 2009, supracitado — colocar em evidência que o pagamento de “direito de

⁽²⁵⁾ *Cláusulas acessórias ao contrato...*, cit., pp. 118 e ss.

⁽²⁶⁾ In <www.dgsi.pt>.

ingresso ou entrada” é a contrapartida do acesso a uma estrutura organizada que constitui uma “mais-valia comercial”, a hipótese *sub iudice* distancia-se daquela que nos propusemos abordar posto que já fora celebrado e começara a ser cumprido o contrato definitivo de utilização de loja.

2.2. Falta de celebração do contrato definitivo imputável à gestora

No caso de a frustração do processo negocial ficar a dever-se à promotora/gestora do *shopping center* (por exemplo, cede a um terceiro o espaço já prometido), não há dúvidas de que esta deve restituir a quantia que lhe foi entregue pelo lojista a título de remuneração do acesso ao empreendimento e/ou reserva de localização de loja. Esta será a consequência da resolução do contrato: restituição de tudo o que tiver sido prestado (arts. 433.º e 289.º, n.º 1, CC). Além do direito de resolver o contrato terá o lojista igualmente direito a receber uma indemnização pelos danos que lhe foram causados. Ora, o problema que aqui se suscita é exatamente o de saber se esta indemnização pode ser calculada em abstrato, ficando a gestora obrigada à restituição do dobro da quantia recebida (art. 442.º, n.º 2, CC), ou se o cálculo da indemnização terá de ser efetuado em concreto, dependendo da alegação e prova pelo lojista dos prejuízos efetivamente sofridos.

A resposta a dar à questão formulada depende do modo como se qualifique juridicamente a cláusula do acordo de reserva de ingresso em que se preveja a perda das quantias entregues pelo lojista à gestora em caso de desistência do contrato e/ou de incumprimento das obrigações aí assumidas. Se, conforme análise expendida, esta cláusula corresponde a um sinal confirmatório, aplica-se o regime constante da 2.ª parte do n.º 2 do art. 442.º CC, tendo aquele que constituiu o sinal a faculdade de exigir o dobro do que prestou. Com efeito, apesar de o acordo de reserva de ingresso prever, habitualmente, apenas as consequências do incumprimento ou desistência do lojista, a violação por parte da gestora das obrigações contratualmente assumidas no acordo bilateral deverá

desencadear a consequência associada à cláusula de sinal na hipótese de o inadimplente ser o *accipiens*.

Importa ainda considerar uma questão ulterior: a restituição do sinal em dobro poderá não ser suficiente para ressarcir os danos sofridos pelo lojista em consequência do facto de a gestora ter violado a obrigação de conceder o uso de certa loja no centro comercial. Pense-se na eventualidade de o lojista ter procedido a encomendas de mercadorias, de ter sido elaborado projeto arquitetónico para montagem e decoração da loja e até de se ter dado início às obras de acabamento e decoração da loja, com vista à instalação no *shopping*. Esta pergunta já foi equacionada atrás: trata-se de saber se a norma do art. 442.º, n.º 4, CC constitui obstáculo insuperável à indemnização do dano excedente. Se esta admissibilidade for de rejeitar, numa hipótese como a que apresentámos, a injustiça de falta de reparação do dano excedente resultará atenuada quando à restituição do sinal em dobro se adicione a obrigação de a gestora indemnizar as benfeitorias realizadas na loja (cf. arts. 1273.º CC e 1046.º CC)⁽²⁷⁾ ou, se assim não se entender, pelo menos a obrigação de a gestora restituir aquilo com que injustamente se tenha locupletado (arts. 473.º e 474.º CC)⁽²⁸⁾.

(27) Conforme notam PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *op. cit.*, anot. art. 442.º, a regra que exclui a indemnização suplementar não afasta o direito de receber outras indemnizações que não se fundem no não cumprimento e assim o direito de o possuidor ser indemnizado pelas benfeitorias feitas. Sendo certo que o lojista, antes da celebração do contrato de utilização de loja, não pode ainda considerar-se arrendatário do espaço (caso em que a lei lhe reconhece o direito de ser indemnizado por benfeitorias nos termos aplicáveis ao possuidor de má fé) há, nesta fase, identidade material bastante para que se aplique o mesmo regime. Relembre-se que o lojista recebe a loja “em tosco” ou “vazia de acabamentos” com a obrigação de realizar as obras finais de acabamento a que dá início depois da aprovação do projeto pela gestora.

(28) Como é sabido, a obrigação de restituir o enriquecimento sem causa tem, na nossa lei civil, natureza subsidiária, isto é, só se constitui quando a factualidade que a origina não preencher os pressupostos legais de um outro mecanismo de tutela do empobrecido. Ora, o pagamento da indemnização prevista no art. 442.º, n.º 2, CC não esgota a tutela jurídica da situação de facto; caso se entenda excluir a aplicação ao lojista do regime de indemnização das benfeitorias do art. 1273.º CC, estamos perante uma factualidade que não é regulada por qualquer norma específica e que integra os pressupostos do enriquecimento sem causa. Sobre o significado e alcance do art. 474.º CC, consultar DIOGO LEITE DE CAMPOS, *A subsidiariedade da obrigação de restituir o enriquecimento*, Almedina, Coimbra, 2003 (reimpressão da edição de 1974), esp. pp. 316 e ss., e, criticamente, sobre a regra

2.3. Frustração do processo negocial não imputável a título principal a nenhuma das partes

Não sendo possível individualizar um responsável pelo incumprimento do acordo de reserva de ingresso, designadamente, porque ambas as partes concluem que não estão afinal interessadas em celebrar (ou executar) o negócio definitivo ou surge algum motivo (caso fortuito ou de força maior ou facto de terceiro) que impossibilita a execução do acordo, julgamos que a quantia satisfeita a título de reserva de ingresso deve ser restituída. Apesar de reconhecermos o legítimo interesse da gestora de se assegurar contra o risco de frustração de outras hipóteses de negócio para a loja e de vir a deparar-se com espaços vazios no momento da inauguração (ou de ter de

da subsidiariedade, cf. MENEZES LEITÃO, *O enriquecimento sem causa no Direito Civil*, Cadernos de ciência e técnica fiscal, Lisboa, 1996, pp. 941 e ss. (considerando a subsidiariedade um requisito inútil e prejudicial, p. 944), e JÚLIO GOMES, *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1998, pp. 415 e ss. (concluindo, p. 427, que mais vale “não racionalizar o que não passa de puro acidente histórico”). Como também é sabido, a obrigação de restituir fundada em enriquecimento sem causa serve a finalidade de remover o valor com que o enriquecido injustamente se locupletou, tendo como limite o designado “enriquecimento patrimonial”. Sublinha que o enriquecimento patrimonial não é o objeto, mas sim o limite da obrigação de restituir, JÚLIO GOMES, *ibidem*, pp. 105 e ss. Sobre o conceito de “enriquecimento patrimonial”, correspondente à diferença entre a situação real e a situação hipotética do património do enriquecido, cfr., igualmente, PEREIRA COELHO, *O enriquecimento e o dano*, Almedina, Coimbra, 2003 (reimpressão da edição de 1999), pp. 36 e ss. No caso concreto, a obrigação de restituir corresponderia ao valor das vantagens auferidas pela gestora do centro com as obras efetuadas pelo lojista ou da utilização que aquela tenha feito ou possa fazer da loja em virtude das melhorias introduzidas pelo segundo. A gestora não teria de restituir ao lojista o valor de todas as obras feitas na loja, mas apenas daquelas de que pudesse tirar proveito, enriquecendo-se nessa medida (p. ex., cedendo a utilização da loja por um valor mais elevado que resulte das obras realizadas ou das benfeitorias introduzidas pelo lojista). Para a defesa de uma restituição do valor calculada objetivamente, de acordo com o valor de mercado do bem, cfr. MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 423-424. O enriquecimento da gestora será, ainda assim, em princípio, inferior ao valor das benfeitorias realizadas pelo lojista. Sobre as questões suscitadas pela obrigação de restituir as benfeitorias realizadas em coisa alheia com fundamento em enriquecimento sem causa, consultar JÚLIO GOMES, *ibidem*, pp. 322 e ss. No caso de se excluir a aplicação do art. 1273.º CC (o que não concita a nossa adesão) o enriquecimento sem causa funcionaria como fonte autónoma da obrigação de restituir todas as benfeitorias realizadas.

adiar, por esse motivo, a inauguração com conseqüente responsabilização perante os outros lojistas), reservando-se o direito de manter o valor de ingresso, afigura-se-nos que a solução mais acertada é a de impor, nas hipóteses assinaladas, a obrigação de restituir. A quantia é entregue em função de um contrato que não vem afinal a celebrar-se. O acordo de reserva de ingresso corresponde, tipicamente, quanto a nós (relembremo-lo), a um contrato preliminar que tem em vista a futura instalação definitiva do lojista no centro comercial; o pagamento do “*front money*” não se reduz a contraprestação pela mera reserva de um certo espaço no centro comercial.

Sendo assim, a aplicação do disposto no art. 442.º, n.º 1, 2.ª parte, CC (a quantia entregue a título de sinal deve ser restituída se a imputação na prestação devida não for possível) ou, caso se exclua a qualificação da quantia de ingresso como sinal, a aplicação da norma do art. 473.º, n.º 2, CC (há obrigação de restituir o que foi recebido em vista de um efeito que não se verificou, ou seja, deve ser restituída a prestação efetuada com o objetivo de um resultado futuro que não se produziu)⁽²⁹⁾ conduzem a este resultado: obrigação de a gestora restituir o valor de ingresso satisfeito pelo lojista⁽³⁰⁾. Acresce que, em caso de incumprimento por motivo não

⁽²⁹⁾ Conforme ensina ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, pp. 509 e ss., é preciso que se verifiquem três requisitos, para que se desencadeie uma hipótese de obrigação de restituir aquilo que foi recebido tendo em vista um efeito que não se realizou, a saber: 1) ter-se realizado uma prestação para obter, conforme o conteúdo do negócio jurídico, um especial resultado futuro; 2) depreender-se do conteúdo do negócio jurídico o fim da prestação; 3) que o resultado não se produza. Sobre os requisitos de verificação desta hipótese, consultar igualmente MENEZES LEITÃO, *O enriquecimento sem causa...*, *cit.*, pp. 518 e ss. e *Direito das Obrigações*, Vol. I, *cit.*, pp. 385-386. Conquanto o Autor note que a figura é de aplicação pouco frequente, visto que raramente se reúnem todos os pressupostos exigidos, julgamos que a hipótese considerada em texto corresponde, pelo menos parcialmente, à situação tipo indicada por MENEZES LEITÃO de “realização de prestações antecipadamente à constituição do contrato gerador das correspondentes obrigações”. Ora, na medida em que a quantia inicial paga pelo lojista corresponda a reserva de ingresso no centro comercial sem que se tenham constituído as obrigações do contrato definitivo, o valor de ingresso constituiu uma prestação antecipada tendo em vista um efeito que não se verificou.

⁽³⁰⁾ No Acórdão da Relação de Évora de 17 de Janeiro de 2013, *in* <www.dgsi.pt>, o tribunal fundamenta a obrigação de restituir a quantia entregue a título de direito de entrada ao abrigo de um contrato preparatório de um outro, definitivo, que nunca chega a ser celebrado, no art. 473.º, n.º 2, CC, por considerar que teria, pelo menos, ocorrido uma deslocação patrimonial que não tinha por base uma realidade justificativa. Todavia,

imputável a qualquer das partes, o dever de o *accipiens* restituir a quantia de ingresso, a fim de evitar o seu enriquecimento sem causa, encontra fundamento legal nos arts. 790.º e 795.º CC⁽³¹⁾.

A solução de restituir ao lojista a quantia por este entregue à gestora do centro comercial deverá também ser adotada na hipótese de a falta de celebração do contrato definitivo ser imputável a ambas as partes, ou seja, no caso em que, quer um, quer outro dos contraentes, contribuem culposamente para a inviabilização do processo negocial. A tipologia de falta de cumprimento da obrigação por motivo imputável a ambas as partes não é objeto de tratamento específico pela nossa lei civil. Todavia, esta hipótese tem sido alvo da atenção da doutrina⁽³²⁾. Concretamente, no que ao incumprimento bilateral do contrato-promessa diz respeito, a jurisprudência portuguesa tem decidido, com o suporte da doutrina, que o incumprimento de contrato-promessa, por motivo imputável a ambas as partes, confere ao *tradens* o direito à restituição do sinal em singelo⁽³³⁾. Não pode, todavia, ignorar-se (conforme sublinha BRANDÃO PROENÇA, na linha de VAZ SERRA) que o incumprimento bilateral acarreta necessariamente uma componente indemnizatória, que deverá ser concretamente determinada por aplicação do critério resultante do art. 570.º CC e cuja solução poderá não coincidir estritamente com a restituição do sinal em singelo⁽³⁴⁾.

nesta hipótese, a matéria de facto provada indica que teria havido incumprimento imputável ao *accipiens*, caso em que deveriam aplicar-se as regras da responsabilidade contratual.

⁽³¹⁾ Em qualquer das hipóteses, haverá igualmente a obrigação de restituir o enriquecimento resultante das benfeitorias eventualmente realizadas pelo lojista, nos termos atrás assinalados.

⁽³²⁾ Sobre o regime da impossibilidade de cumprir por causas imputáveis a ambos os contraentes, ver BRANDÃO PROENÇA, *Lições...*, cit., pp. 310 e ss.

⁽³³⁾ Cf. BRANDÃO PROENÇA, *Do incumprimento do contrato-promessa...*, cit., p. 104, que fundamenta esta solução no art. 442.º, n.º 1, CC e, no mesmo sentido, ANA PRATA, *op. cit.*, pp. 802-804. Consultar também CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento...*, cit., pp. 292-295, que defende a restituição do sinal com base na resolução do contrato e GALVÃO TELLES, *op. cit.*, p. 129. Ver ainda MENEZES LEITÃO, *op. cit.*, p. 209, notando que, na hipótese de o incumprimento ser imputável a ambas as partes, as recíprocas obrigações de indemnizar extinguem-se por compensação e subsiste a restituição do sinal em singelo.

⁽³⁴⁾ Respetivamente, *Lições...*, cit., p. 318, e RLJ, ano 110.º, p. 186. Cf. também CALVÃO DA SILVA, *ibidem*.

Julgamos que a situação apreciada pelo Acórdão da Relação de Lisboa, de 22 de Outubro de 2009, poderia corresponder a este terceiro grupo de hipóteses — frustração do processo negocial por motivo não imputável a título principal a nenhum dos negociantes — contanto que o contrato preliminar de reserva de ingresso tivesse sido celebrado (conforme pretendia o lojista) com uma cláusula de condição de obtenção de um financiamento bancário. A falta de sucesso do empréstimo bancário — desde que não ficasse a dever-se a desrespeito das obrigações assumidas para a verificação da condição — teria por consequência a falta de eficácia da promessa de tomar de uso certa loja de centro comercial. Se assim fosse, o malogro do contrato definitivo de utilização de loja não poderia ser atribuído a qualquer dos contraentes — teria ficado a dever-se à falta de verificação do evento futuro e incerto obtenção de financiamento bancário. Seria, necessário, porém, que a gestora tivesse querido assumir o risco negocial da eventualidade da falta de verificação do evento, isto é, que tivesse havido a vontade negocial de subordinar os efeitos do contrato à verificação de uma condição — a perda da quantia entregue a título de reserva poderá ser a consequência prevista não só para reagir ao incumprimento das obrigações assumidas no acordo, subjetivamente imputável ao lojista, como também a hipóteses que caibam na esfera de risco negocial deste. Apesar de se estabelecer uma condição de eficácia do contrato, esta poderá respeitar apenas a uma parte dos efeitos jurídico-negociais e assim, nomeadamente, a condição de obtenção de financiamento ter por consequência a ineficácia da obrigação de tomar de uso a loja, mas não a ineficácia da obrigação de entregar à gestora uma certa quantia a título de reserva⁽³⁵⁾.

Suscitavam-se, todavia, algumas dificuldades no enquadramento do caso decidido pela Relação de Lisboa que só em presença de um melhor conhecimento da situação de facto poderíamos devidamente apreciar. Com efeito, o tribunal considerou que

⁽³⁵⁾ Sobre a possibilidade de a condição respeitar apenas a uma parte dos efeitos de um negócio jurídico, cf. ANGELO FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Giuffrè, Milão, 1941, p. 252. Ver também a nossa *A condição como elemento acidental...*, *cit.*, p. 64.

teria havido violação do acordo celebrado por o lojista ter desistido súbita e inesperadamente da celebração do contrato definitivo e, além disso, inobservância do dever de proceder segundo a boa fé processual porquanto a cláusula de condição não constava do documento negocial, vindo a ser alegada com o intuito de o lojista se furtar ao cumprimento das obrigações assumidas. Ora, se ao óbice de a cláusula não constar de documento escrito se pudesse objetar, no caso de a formação do negócio ocorrer por adesão, que prevalecem as condições individualmente negociadas sobre o conteúdo do acordo pré-formulado (art. 7.º LCCG)⁽³⁶⁾, já uma apreciação fundamentada sobre o comportamento contrário à boa fé está fora do nosso alcance⁽³⁷⁾.

(36) No sentido de que a regra do art. 394.º CC não se aplica aos contratos celebrados por adesão, admitindo-se pois a prova por testemunhas de convenção contrária ou adicional ao conteúdo de negócio jurídico constante de documento escrito, ver CASSIANO DOS SANTOS, *O contrato de instalação de lojista em centro comercial (e a aplicação do art. 394.º do Código Civil quando celebrado por adesão)*, Cadernos de Direito Privado, n.º 24 (Outubro/Dezembro de 2008), p. 6. PEDROSA MACHADO, *Sobre cláusulas contratuais gerais e conceito de risco*, RFDUL, Vol. XXIX (1988), p. 113, n. 56, considera que os acordos individuais podem ser anteriores, concomitantes ou posteriores à conclusão do contrato, além do que podem indiferentemente ser escritos ou verbais, expressos ou tácitos; o problema é remetido para o ónus da prova do contrato individual ou singular. De modo mais restrito e cauteloso, ALMEIDA COSTA/MENEZES CORDEIRO, *Cláusulas contratuais gerais — Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro*, Almedina, Coimbra, 1986, p. 26, e ANA PRATA, *Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais — Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro*, Almedina, 2010, pp. 260-261, consideram que o acordo específico prejudica sempre as disposições gerais, mesmo que aquele seja nulo por falta de forma; neste caso, têm aplicação as normas supletivas pertinentes ou, se necessário, proceder-se-á à integração da lacuna. ANA PRATA, *ibidem*, p. 263, admite como válidas as cláusulas especificamente acordadas oralmente, desde que a lei não as sujeite à forma escrita. Atendendo a que a forma do acordo de ingresso é voluntária e seguindo o entendimento defendido por estes Autores, julgamos que deveria admitir-se a possibilidade de o lojista provar, ainda que por recurso a prova testemunhal, que a condição de obtenção de financiamento fazia parte do acordo (contanto, bem entendido, que este tivesse sido celebrado com base em clausulado contratual geral).

(37) Embora o tribunal tenha dado como provado que o lojista, no curso do processo de negociações, questionou a gestora sobre as consequências de uma eventual não obtenção de financiamento, o certo é que o respeito devido ao princípio da boa fé requeria que a importância da obtenção do empréstimo para a formação da vontade de contratar tivesse sido devidamente evidenciada no curso do processo negocial.

ACERCA DA RELEVÂNCIA DO CONCURSO PENAL EM SEDE DE ESPECULAÇÃO ILÍCITA DE PREÇOS

Especulação de preços *versus* outras formas de ilícito penal

Pelo Dr. Marcelino António Abreu(*)

SUMÁRIO:

1. Especulação de preços versus outras formas de ilícito penal (açambarcamento, falsificação, abuso de confiança, burla, fraude de mercadorias, abuso de informação privilegiada, ou manipulação do mercado) **visto à luz do ordenamento jurídico português vigente.**
1.1. Colocação do problema. **2. Especulação de preços versus outras formas de ilícito penal.** **2.1.** Especulação de preços versus açambarcamento. *2.1.1.* A (aparente) confusão entre especulação e açambarcamento. O açambarcamento como forma de comissão da especulação. **2.2.** Especulação de preços versus ilícito de falsificação (de documento ou de peso ou medida). **2.3.** Especulação de preços versus abuso de confiança. **2.4.** Especulação de preços versus burla. **2.5.** Especulação de preços versus fraude e mercadorias. **2.6.** Especulação de preços versus abuso de informação privilegiada. **2.7.** Especulação de preços versus manipulação do mercado. **Bibliografia.**

(*) Advogado, Mestre em Direito pela Universidade Lusíada do Porto; Pós-graduado em Direito Penal Económico e Europeu; Direito do Consumo e Direito do Ambiente, Urbanismo e Ordenamento do Território, tudo pela Universidade de Coimbra.

1. Especulação de preços versus outras formas de ilícito penal (açambarcamento, falsificação, abuso de confiança, burla, fraude de mercadorias, abuso de informação privilegiada, ou manipulação do mercado) visto à luz do ordenamento jurídico português vigente

1.1. Colocação do problema

O problema do concurso em matéria penal é, atrevo-me a dizê-lo, um, se não o maior, dos problemas que se coloca, ou pode colocar, em matéria penal.

Mais importante que saber se deve ou não criminalizar-se um dado comportamento por atentatório de um dado bem jurídico, ou saber se um bem jurídico tem, ou não, dignidade jurídico-penal, é saber, no caso concreto submetido a julgamento (e este problema surge sempre que a conduta do agente preenche diversos tipos legais) que norma ou normas aplicar. É este o problema que surge e se resolve em sede de concurso penal.

Não se pode sancionar um indivíduo por um crime que ele não cometeu ou por crime diverso daquele que praticou, sob pena de se violar o princípio da presunção de inocência do arguido, nem se pode punir diversas vezes um indivíduo pela prática dos mesmos factos, sob pena de se violar o princípio constitucional *ne bis in idem*.

Saber que norma ou normas se devem aplicar ao caso concreto é um problema que se coloca ao julgador a cada momento que é chamado a decidir. Resolver esse problema de escolha da lei a aplicar significa respeitar a lei, a constituição e os direitos de defesa do arguido.

Dentro do concurso em matéria penal, o concurso de normas (também conhecido por concurso aparente) é aquele que mais problemas de resolução levanta, o qual, como refere TERESA BELEZA⁽¹⁾,

⁽¹⁾ BELEZA, TERESA PIZARRO, 1984, Direito Penal, I Vol., 2.ª ed. revista e actualizada, AAFDL, p. 517.

“tem sobretudo que ver com problemas de interpretação e aplicação da lei penal”.

Ainda segundo esta professora da Escola de Lisboa, “no concurso de normas há várias normas que se podem aplicar ou são aplicáveis, e no entanto, por (ou devido a) um certo tipo de relação em que essas normas se encontram entre si, uma delas é excluída pela outra, ou algumas das normas são excluídas por uma outra”.

Por sua vez, e segundo EDUARDO CORREIA⁽²⁾ “se a actividade do agente preencher diversos tipos legais de crime, necessariamente se negam diversos valores jurídico-criminais e estamos, por conseguinte, perante uma pluralidade de infracções”. Contudo, ainda segundo o mesmo autor⁽³⁾, “a violação de várias disposições legais pode só aparentemente indicar o preenchimento de vários tipos e a correspondente existência de uma pluralidade de infracções”. É o caso, por exemplo, de um homicídio praticado por um dado indivíduo, cuja sua conduta atenta não só contra o bem jurídico vida, mas também contra o bem jurídico integridade física, sendo que o indivíduo, apesar de ofender com a sua conduta diversos bens jurídicos, devido à relação que existe entre as norma que tutelam tais bens (no caso concreto uma relação de consunção), não poderá ser punido pela violação dos “diversos valores jurídico-criminais” negados, mas somente pela ofensa ao bem jurídico vida, por essa ofensa consumir já a ofensa ao bem jurídico integridade física.

É, pois, possível que uma mesma acção delituosa, um mesmo comportamento, contenda com diversas previsões legais, mas que dessas várias normas violadas, a final, nem todas sejam passíveis de aplicação com vista à salvaguarda dos bens jurídicos lesados e à sanção do comportamento ofensivo.

⁽²⁾ In CORREIA, EDUARDO, 1996, *Unidade e Pluralidade de Infracções: Caso Julgado em Poderes de Cognição do Juiz: A Teoria do Concurso em Direito Penal (reimpresão)*, Coimbra, Almedina, apud. D'ALMEIDA, LUÍS DUARTE, 2004, *O “Concurso de Normas” em Direito Penal*, Coimbra, Almedina, p. 10.

⁽³⁾ In CORREIA, EDUARDO, 1996, *Unidade e Pluralidade de Infracções: Caso Julgado em Poderes de Cognição do Juiz: A Teoria do Concurso em Direito Penal (reimpresão)*, Coimbra, Almedina, apud. D'ALMEIDA, LUÍS DUARTE, 2004, *O “Concurso de Normas” em Direito Penal*, Coimbra, Almedina, p. 10.

Por outro lado, pode, também, acontecer que a actuação do agente viole diversos valores (bens) jurídicos, ou várias vezes um mesmo bem jurídico, sendo aplicáveis as diversas normas que tutelam, ou salvaguardam tais valores. É o caso, por exemplo, de um indivíduo matar uma determinada pessoa e seguidamente furtar um veículo pondo-se em fuga, ou então o indivíduo que viola outrem e, seguidamente, mata-o e oculta o seu cadáver.

Se no primeiro caso estamos perante uma situação de concurso legal, ou aparente, em que, como refere FIGUEIREDO DIAS⁽⁴⁾, existe uma “unidade criminosa”, pelo que “a única operação que tem que ser levada a cabo é a de estabelecer qual o crime pelo qual o agente deve ser efectivamente punido” — do que se cuida é, pois, saber qual a norma a aplicar de entre várias abstractamente aplicáveis —, no segundo, estamos perante uma situação de concurso real ou efectivo de ilícitos em que “o comportamento do agente preenche *vários* tipos de crime e constitui, *neste sentido* um concurso (não uma unidade) de crimes”⁽⁵⁾. Aqui não se procura encontrar qual de entre as várias normas abstractamente aplicáveis aquela que, em concreto, deve ser aplicada, aplicando-se, ao contrário disso, as diversas normas, porque diversos são os bens jurídicos violados, não se podendo estabelecer entre as normas que os salvaguardam uma qualquer relação de consunção, especialidade ou subsidiariedade, no sentido de que as normas que salvaguardem uns salvaguardem os outros, pelo que a violação dos vários bens jurídicos não constitui uma “unidade criminosa”.

Assim, se no primeiro caso o problema que se coloca é o de escolha de norma a aplicar, aqui coloca-se o da punibilidade de infracções praticadas, e conseqüentemente o problema de que pena aplicar e qual o limite dessa pena⁽⁶⁾.

⁽⁴⁾ FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português: As Consequências Jurídicas do Crime*, 1993, Aequitas e Editorial Notícias, p. 277.

⁽⁵⁾ FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal: Sumários e notas das lições ao 1º ano do curso complementar de ciências jurídicas da Faculdade de Direito de 1975-1976 (políc.)*, Coimbra, Universidade de Coimbra, 1976, p. 102, *apud*. D’ALMEIDA, LUÍS DUARTE, 2004, *O “Concurso de Normas” em Direito Penal*, Coimbra, Almedina, p. 11.

⁽⁶⁾ Como ensina FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português: As Consequências Jurídicas do Crime*, 1993, Aequitas e Editorial Notícias, p. 279, Perante um concurso efec-

Da cabal resposta às questões suscitadas pelo concurso de normas em matéria penal, se consegue o respeito pelo princípio constitucional *ne bis in idem*. Princípio este que (tenho que o dizer) nem sempre foi respeitado em decisões proferidas pelos tribunais nacionais, nomeadamente (o que é de estranhar) pelos tribunais superiores.

Senão veja-se: o Assento n.º 8/2000, proferido pelo STJ⁽⁷⁾, ao ter fixado jurisprudência segundo a qual “No caso de a conduta do agente preencher as previsões de falsificação e de burla do art. 256.º, n.º 1, alínea *a*), e do art. 217.º, n.º 1, respectivamente, do Código Penal, revisto pelo Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março, verifica-se concurso real ou efectivo de crimes” e o acórdão do mesmo Tribunal, de 19-02-1992⁽⁸⁾, ao ter decidido que “No caso de a conduta do agente preencher as previsões de falsificação e de burla do art. 228.º, n.º 1, alínea *a*) e do art. 313.º, n.º 1, respectivamente, do Código Penal, verifica-se concurso real ou efectivo de crimes”, são, quanto a nós, dois exemplos de erradas decisões proferidas em matéria de concurso penal e que, de resto, mereceu, no caso do referido assento, votos de vencido com o fundamento (quanto a nós acertadíssimo) de que “a falsificação (...), faz parte do tipo legal da burla e não pode ser autonomizada, em relação à burla de que faz parte, sob pena de violação do princípio constitucional de *ne bis in idem*”. Mal decidiu, pois, assim entendemos, o Tribunal.

Não podemos, ao contrário, deixar de reconhecer inteira razão ao Tribunal da Relação de Lisboa, no seu Acórdão de 20-11-2003⁽⁹⁾, que, discordando da posição adoptada naquele Assento e acórdão,

tivo de crimes, suscita-se imediatamente a questão de saber se devem ser ou não integralmente respeitados os princípios gerais ou normas de determinação da pena”.

(7) Assento n.º 8/2000, proferido pelo STJ, publicada no DR. n.º 119, I Série A, de 23 de Maio.

(8) Acórdão acessível na internet, no endereço electrónico: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/859c5169d1d1049e802568fc003a00c0?OpenDocument&Highlight=0,burla,falsifica%C3%A7%C3%A3o,concurso>>.

(9) Acórdão acessível na internet, no endereço electrónico: <<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/386f82a0cab13fb80256e3c005266c6?OpenDocument>>.

refere: “não concordamos com uma tal doutrina, quer porque não se nos afigura a dogmaticamente mais acertada, quer, sobretudo, porque é susceptível de menoscabar princípio de dignidade constitucional”. E continua mais adiante o mesmo acórdão: “aquele que agride outrem até matá-lo não comete, em concurso efectivo, um crime de ofensas à integridade física e um crime de homicídio; aquele que agride outrem para obrigá-lo a uma conduta não comete, em princípio, um crime de ofensas à integridade física e um crime de coacção; aquele que, violentamente, subtrai a outrem um objecto não comete, em princípio, um crime contra a integridade física e outro de roubo, etc. Em todos os casos apontados os bens jurídicos são distintos e nem por isso haverá concurso efectivo”.

Segundo este Tribunal da Relação (e bem) a resolução do problema de saber se estamos perante uma situação de concurso efectivo ou aparente não está na “similitude ou diferença dos bens jurídicos protegidos”, mas antes “em saber se uma determinada conduta, melhor, um “pedaço de vida” que integra uma determinada conduta criminalmente relevante, está ou não contida em outro comportamento típico mais abrangente. E, no caso de concurso entre burla e falsificação, suposta a unicidade de resolução criminosa (evidente na espécie em causa, mas não tida em conta em ambos os aludidos acórdãos do STJ), afigura-se-nos inequívoco que o “crime-meio” está contido no “crime-fim”. A falsificação é tão só um meio, aliás em consonância com o elemento subjectivo especial da ilicitude que comporta (não se olvidará que devido à incongruência entre o tipo objectivo e a intenção requerida pela lei, que vai mais além daquele elemento objectivo, o crime de falsificação é um caso arquetípico de um crime de “resultado cortado” ou, como outros preferem, de “tendência interna transcendente”), de atingir um determinado fim”.

É verdade que o art. 30.º, n.º 1, do nosso Código Penal vigente prevê que “o número de crimes determina-se pelo número de tipos de crime efectivamente cometidos, ou pelo número de vezes que o mesmo tipo de crime for preenchido pela conduta do agente”. Contudo, tal norma não pode ser entendida à letra, sob pena de, se assim for, nunca se poder admitir que as situações de concurso aparente (tais como aquelas em que alguém agride outrem até à morte,

ou então alguém, violentamente, subtrai a outrem um objecto (em qualquer dos casos estamos perante uma situação de concurso aparente — no primeiro caso, concurso aparente entre as normas do arts. 131.º e 143.º e, no segundo, entre as normas do arts. 203.º e 210.º, todos do Código Penal) sejam tratadas como tal e, ao contrário disso (porque efectivamente estão em causa, em cada uma das normas violadas diversos bens jurídicos), se tenha que admitir a punibilidade do agente pela prática dos diferentes ilícitos previstos em todos esses preceitos legais, o que redundaria numa violação clara do princípio constitucional *ne bis in idem*.

Não se pode considerar existir uma relação de concurso efectivo quando entre as várias normas existe uma relação de especialidade, subsidiariedade consunção.

Ora, no caso em que a violação de um bem jurídico faz parte do *modus operandi* do agente para a prática de um outro ilícito e esse *modus operandi* cabe, de alguma forma, dentro dos modos de comissão do delito-fim, do delito que o agente teve em mente e para o qual dirigiu o seu dolo, não podemos deixar de reconhecer que, nesses casos, estamos perante uma situação de concurso aparente, existindo, como refere FIGUEIREDO DIAS, uma “unidade criminosa”.

Não é pois pacífica a resolução dos problemas suscitados pelo concurso em matéria penal.

Feitas estas considerações gerais, propomo-nos fazer aqui uma abordagem à temática do concurso, tendo por base (por figura central), o bem jurídico estabilidade dos preços, tutelado com a criminalização da especulação de preços ocorrida no art. 35.º, do Decreto-lei 28/84 de 20 de Janeiro, face a diversos outros tipos de ilícitos penais.

Da análise da temática do concurso de normas, e, neste particular, tendo por base a criminalização da especulação de preços face a diversos outros tipos de ilícitos penais, poderemos, também (abro um parêntesis), daí retirar elações que contribuem para responder a uma outra questão, que não cuidaremos, é certo, aqui, qual seja a de saber de que forma a problemática do concurso em matéria penal tem relevância para aquilatar da dignidade jurídico-penal do bem jurídico estabilidade dos preços.

É certo que, a esse nível (ao nível da questão da dignidade jurídico-penal do bem jurídico estabilidade dos preços), poder-se-ia, à primeira vista, dizer que não existe qualquer relação, pelo menos directa, entre ambas as questões. A questão da dignidade jurídico-penal do bem jurídico estabilidade dos preços coloca-se essencialmente no plano axiológico e dogmático, já a questão do concurso (seja ele aparente ou efectivo) surge essencialmente, como refere TERESA BELEZA⁽¹⁰⁾, no plano da aplicabilidade e interpretação da norma jurídico-penal. Contudo, desde já digo que entendo não ser inteiramente assim e que do concurso de normas penais também se pode retirar contributos válidos (visto pelo prisma do princípio da necessidade) para aquilatar da referida dignidade jurídico-penal do bem jurídico estabilidade dos preços.

Feito este parêntesis, e podendo o ilícito de especulação de preços ser praticado por diversas formas de actuação, será pois essencialmente a este nível (comissão do ilícito e sua sanção) que a problemática do concurso em matéria penal mais relevará, pelo que será, então, a esse nível que iremos, aqui, abordar a questão do concurso em matéria penal.

Por outro lado, a abordagem que vamos fazer à problemática do concurso contribuirá para responder a duas questões relacionadas com a proibição das práticas especulativas. A primeira será a de saber se esta proibição das condutas especulativas visa somente a salvaguarda do bem jurídico estabilidade dos preços ou, concomitantemente, a protecção de outros bens jurídicos. A segunda prende-se com saber se a salvaguarda do bem jurídico — estabilidade dos preços — é conseguida somente através da proibição das condutas tidas na lei como especulativas, ou, ao contrário disso, poderá ser conseguida, também, através da proibição de outros comportamentos, ainda que não directamente, ou principalmente, perpetrados com vista a atentar contra a estabilidade dos preços. Haverá, numa situação de concurso entre as normas que punem a especulação de preços e as que punem outros comportamentos atentatórios de outros bens jurídicos, alguma relação de “crime-

⁽¹⁰⁾ BELEZA, TERESA PIZARRO, 1984, *Direito Penal*, I Vol., 2.ª ed. revista e actualizada, AAFDL, p. 517.

-meio” contido ou com visa a um “crime-fim”, como é referido naquele citado acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa?

Também a resposta a estas questões contribuirá para se perceber da necessidade, ou não, de recurso a normas penais para sancionar as práticas especulativas ilícitas, nomeadamente saber se estas já se encontram, ou não, sancionadas por outras proibições legais (ainda que não destinadas directamente a reprimi-las). O que permitirá, em função das respostas a dar, averiguar-se, também por aí, da relevância jurídico-penal do bem jurídico estabilidade dos preços, nomeadamente no sentido de se saber se se justifica a existência do tipo autónomo de ilícito de especulação de preços tal como é previsto no nosso ordenamento jurídico.

É pois manifesto que a análise da questão do concurso em matéria penal pode de alguma forma relevar e contribuir para a resposta a dar à questão da dignidade jurídico-penal do bem jurídico estabilidade dos preços — vista essa questão pelo lado da necessidade, ou não, de tutela do bem jurídico estabilidade dos preços com recurso ao Direito Penal.

Na esteira de FIGUEIREDO DIAS⁽¹¹⁾, entre especulação de preços e açambarcamento “podem parcialmente coincidir os modos de comissão”, mas as coincidências ficam por aí, já que, quanto ao essencial, os bens jurídicos tutelados são diversos. Contudo, também sabemos que a diversidade dos bens jurídicos só por si não é suficiente para que se afirme a existência de uma relação de concurso efectivo, sendo que para que tal exista não pode existir uma “unidade criminosa”, uma relação de especialidade, subsidiariedade ou consunção entre as normas que tutelam os vários bens jurídicos ofendidos.

Por outro lado, entre a manipulação dos preços e a violação da concorrência pode, em certos casos (como seja a do abuso de posição dominante, ou o caso das práticas concertadas de empresas), existir uma relação de causa e efeito, sendo que o dumping em particular (um comportamento anti-concorrencial por natureza) não

⁽¹¹⁾ DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, 1999, *Sobre o crime antieconómico de açambarcamento por recurso de venda*. In *Direito Penal Económico e Europeu: Textos doutrinários*, Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, p. 71.

deixa de, paralelamente, atentar contra a estabilidade dos preços e, nessa medida, consubstanciar uma prática especulativa.

Se é certo que a questão do concurso em Direito Penal só se coloca quando está em causa a aplicação de várias normas criminais, ou quando estão em causa vários ilícitos criminais e não a aplicação de normas dos diferentes ramos do direito (por isso, a questão do concurso penal não se coloca quando está em causa a aplicação das normas que proíbem as práticas especulativas face às que proíbem as práticas restritivas da concorrência) poder-se-á, contudo, colocar essa questão quando esteja em causa a aplicação das normas que proíbem as práticas especulativas face às que proíbem o açambarcamento, ou, então, quando está em causa a aplicabilidade das normas que proíbem as práticas especulativas e as normas que sancionam a fraude de mercadorias, a falsificação de documento, a burla, o abuso de informação privilegiada, ou a manipulação do mercado, quer porque, em termos abstractos, várias delas possam ser chamadas para a resolução da questão *decidendi* (por a conduta do agente preencher diversas previsões normativas), quer porque em causa está a violação de diversos bens jurídicos no sentido de saber se a aplicação das normas que tutelam alguns deles salvaguardem os demais.

Iremos, pois, de seguida abordar a questão do concurso penal tendo em conta aquelas diversas figuras jurídicas, tentando assim contribuir para responder àquelas questões acima suscitadas.

2. Especulação de preços versus outras formas de ilícito penal

2.1. Especulação de preços versus açambarcamento

Ficou dito atrás, na esteira de FIGUEIREDO DIAS⁽¹²⁾, que entre especulação e açambarcamento “podem parcialmente coincidir os

(12) DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, *Sobre o crime anti-económico de açambarcamento por recurso de venda*, in “Direito Penal Económico e Europeu: Textos doutrinários,” Vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 1999.

modos de comissão” dos ilícitos, sendo, contudo, diversos os bens jurídicos tutelados em ambas as figuras.

No seguimento disso, diremos também que o açambarcamento (o açambarcamento por recusa de venda) é, muitas vezes, a antecâmara ou uma forma de chegar à prática da especulação de preços.

Assim sendo, e embora no plano dos bens jurídicos tutelados estes sejam diversos (a proibição da especulação de preços visa a salvaguarda da estabilidade dos preços, ao passo que a proibição do açambarcamento visa a salvaguarda do regular abastecimento do mercado), no plano da comissão dos ilícitos, pode, em certos casos, nomeadamente em face de uma situação de recusa de venda (tenha ela em vista simplesmente o açambarcamento, tenha ela em vista a especulação ilícita de preços) estar-se perante uma situação em que, como refere EDUARDO CORREIA⁽¹³⁾ a actividade do agente preenche “diversos tipos legais de crime”, tendo-se, por isso, na esteira do mesmo autor negado “diversos valores jurídico-criminais”.

Ora, se assim é, cabe, desde logo, perguntar porque ilícito deverá ou poderá ser responsabilizado o agente: pela prática de açambarcamento? Pela prática de especulação de preços? Ou por ambos?

Desde já cabe referir que restringirei esta minha análise à situação em que esteja em causa, apenas, a recusa de venda, pois nas demais situações (por exemplo, quando esteja em causa uma actuação de manipulação dos preços e, simultaneamente, de ocultação de existências ou de armazenamento de bens em locais não indicados às autoridades de fiscalização, quando essa indicação seja exigida) não haverá dúvidas de que estaremos perante uma situação de concurso efectivo de ilícitos.

Feita esta salvaguarda, não raras vezes, deparamos, então, com situações de inexplicável carestia (quando não somente aparente carestia) de determinados bens no mercado que gera o seu consequente aumento de preço, para, mais tarde, essa carestia desaparecer, sem que, contudo, os preços desses bens voltem a bai-

⁽¹³⁾ CORREIA, EDUARDO, 1996, *Unidade e Pluralidade de Infracções: Caso Julgado em Poderes de Cognição do Juiz: A Teoria do Concurso em Direito Penal (reimpresão)*, Coimbra, Almedina, *apud* D'ALMEIDA, LUÍS DUARTE, 2004, *O “Concurso de Normas” em Direito Penal*, Coimbra, Almedina, p. 10.

xar para os níveis praticados anteriormente à situação de carestia. Não vai muito tempo, vivemos uma situação deste género provocada por empresas petrolíferas quando essas empresas provocaram diminuição (ou aparente diminuição) da quantidade de crude disponível no mercado, o que gerou a sua subida vertiginosa de preço, especialmente no consumidor final, para, mais tarde, essa escassez (ou pelo menos aparente escassez) desaparecer sem que, contudo, os preços regressassem aos níveis anteriormente praticados. O mesmo se diga relativamente ao que se verificou quanto aos cereais no mercado internacional.

Sendo o açambarcamento um comportamento antieconómico que se traduz na diminuição intencional das existências de determinado bem ou bens no mercado com prejuízo do seu regular abastecimento, em termos económicos e doutrinários o problema do açambarcamento pode colocar-se quer esteja, ou não, em causa bens essenciais ao indivíduo, nomeadamente bem de primeira necessidade, como sejam os bens alimentares.

Da nossa parte, e apesar de aceitarmos que a questão do açambarcamento (pelo menos em sede de ordenamento jurídico português) só tem sido colocada quando estão em causa os bens essenciais ao indivíduo, como sejam os bens alimentares, entendemos que, se este podia ser um entendimento aceitável em outras épocas, ou em economias planificadas, ou pouco desenvolvidas e onde o sector primário tem grande peso, tal entendimento não poderá, contudo, ser perfilhado numa economia global de cariz industrial e desenvolvida em que a falta ou carestia de um dado bem essencial à indústria (por exemplo, o crude) consegue causar tanto, ou mais, dano que a escassez de um dado produto agrícola de primeira necessidade.

Este entendimento foi, de resto, estamos em crer, perfilhado pelo legislador nacional, no Decreto-lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro, no seu art. 31.º, al. a), quando refere que comete o ilícito aí tipificado “Quem, com prejuízo do abastecimento do mercado destruir bens e matérias-primas referidas no art. 28.º”, não se restringindo aqui a previsão normativa aos bens e matérias-primas essenciais ou de primeira necessidade.

Posto isto, e numa primeira análise, partindo do pressuposto que o crude seja, neste momento e na sociedade industrializada em

que vivemos, um bem essencial à economia mundial do qual dependem todos os sistemas económicos (na medida em que é, desde logo, matéria-prima essencial para a produção de muitos outros bens necessários à actual forma de vida humana e social) poder-se-á dizer que teremos estado perante uma situação que poderemos considerar como açambarcamento, uma vez que alguém provocou, intencionalmente, uma anormal situação de escassez no mercado de um bem essencial à economia (neste caso o crude). Mas se se entender que a questão do açambarcamento não se pode colocar relativamente ao crude, então coloquemo-la relativamente aos cereais.

Contudo, não poderemos reduzir o problema das situações de recusa de venda a uma mera recusa de venda, tendo antes que se ver o que está para além dessa recusa.

Salvo os casos extremos, como sejam situações de conflito armado ou de catástrofe económica, ou ambiental, em que os bens essenciais escasseiam por haver falta deles e, por isso, quer os indivíduos, quer os operadores económicos procuram munir-se a todo o momento da maior quantidade possível desses bens, quer para seu consumo próprio, quer para garantirem o exercício futuro da sua actividade (terem stock disponível para comercialização durante o maior tempo possível), o que agrava ainda mais a sua escassez no mercado, na maioria das outras situações de açambarcamento haverá uma razão, que não a escassez do bem, que explica essa carestia, ou, melhor dizendo, essa recusa de venda e, conseqüente açambarcamento.

Numa época de estabilidade, ou de relativa estabilidade económica, estamos em crer que a principal razão que está por detrás das situações de recusa de venda, com o conseqüente prejuízo do normal abastecimento do mercado, será a intenção de fazer os preços desses bens subirem de uma forma generalizada com vista a obterem-se maiores lucros que de outro modo (de acordo com o normal funcionamento do mercado) não se obteriam. Ou seja, a razão que está por detrás destas situações de recusa de venda é um objectivo especulativo. Ora, se assim é, estamos em crer que devemos caracterizar estas situações de recusa de venda não como

situações de açambarcamento, mas como situações de verdadeira especulação ilegítima de preços.

É a finalidade ou objectivo do açambarcador que merece, ou deve merecer, uma especial atenção, não fosse aí que se encontra o móbil da sua actuação. Que outro interesse plausível existe por parte do açambarcador que seja um agente económico em recusar, em período de estabilidade, ou relativa estabilidade económica, abastecer normalmente o mercado dos bens que comercializa que não seja fazer subir os seus preços à custa dessa carestia infligida ao mercado? Podendo o açambarcamento traduzir-se numa recusa de venda de bens, se essa recusa em lançar os bens no mercado tiver por detrás o objectivo de os colocar mais tarde à venda a um preço mais elevado, tal conduta, embora se traduza materialmente numa recusa de venda, estamos em crer que, na sua essência, deve ser tida como especulação ilegítima de preços.

De acordo com a nossa legislação nacional vigente (Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro, art. 28.º, n.º 1, al. b)) pratica o ilícito de açambarcamento *quem, em situação de notória escassez ou com prejuízo do abastecimento regular do mercado de bens essenciais ou de primeira necessidade ou ainda de matérias-primas utilizáveis na produção destes recusar a sua venda segundo os usos normais da respectiva actividade*⁽¹⁴⁾. Caberá pois na previsão deste normativo a situação em que, por exemplo, o agente económico, comerciante de trigo, numa época de notória escassez do mesmo no mercado, se recusa em lançar neste as reservas que detém em armazém. E a situação em que o estado de escassez é criada através de uma recusa de venda com o objectivo de, mais tarde, os bens serem lançados no mercado a preços superiores caberá aqui? Estou certo que caberá, também, dentro da previsão normativa. No entanto, nesta situação última estamos, por certo, perante um caso

(14) Art. 28.º, n.º 1, al. b), do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro. Segundo este normativo legal pratica o ilícito de açambarcamento “quem, em situação de notória escassez ou com prejuízo do abastecimento regular do mercado de bens essenciais ou de primeira necessidade ou ainda de matérias-primas utilizáveis na produção destes:

b) Recusar a sua venda segundo os usos normais da respectiva actividade ou condicionar a sua venda à aquisição de outros, do próprio ou de terceiro.

de especulação ilícita de preços, disfarçada por uma, diga-se, deliberada e, por isso, anómala situação de escassez.

2.1.1. A (aparente) confusão entre especulação e açambarcamento. O açambarcamento como forma de comissão da especulação

Açambarcamento e especulação de preços sempre atraíram sobre si os olhares atentos dos governos, sendo essa atenção redobrada em épocas conturbadas a nível económico. Se em épocas de estabilidade ou prosperidade económica, comportamentos típicos de açambarcamento ou especulação poderão até, conforme os casos, ser tolerados, já em épocas de crise, não o serão. Como se alcança do parecer da nossa então Câmara Corporativa n.º 46/VI⁽¹⁵⁾ “a liberdade de preços é de lei geral em regime de mercado como aquele em que vivemos e, dentro deste, os preços variam segundo a acção das leis económicas, entre as quais a da oferta e da procura. A este regime pode o Estado pôr limites por motivos de interesse público e assim faz quando tabelas os preços, ou condiciona a venda ou determina o máximo dos lucros. Mas se não impõe concretamente nenhuma destas restrições não é de admitir que por meio de uma norma punitiva introduza um condicionamento indirecto, mas geral que só tem lugar em regime socialista”.

No plano factual, açambarcamento e especulação de preços sempre viveram paredes-meias, quando não até entre tocando-se ou confundindo-se. Dos exemplos deixados atrás, constatamos que, não raras vezes, um determinado comportamento que aparenta ser típico de açambarcamento, após uma análise mais cuidada do mesmo, se conclui consubstanciar, isso sim, uma actuação especulativa e não de açambarcamento, tendo apenas de comum o modo de comissão, ou então até é subsumível em termos normativos à previsão típica de ambos os ilícitos.

⁽¹⁵⁾ Parecer da Câmara Corporativa n.º 46/VI, *apud* DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, 1999, *Sobre o crime antieconómico de açambarcamento por recurso de venda*, In *Direito Penal Económico e Europeu: Textos doutrinários*, Vol. II. Coimbra, Coimbra Editora.

A própria Câmara Corporativa em parecer por si emitido confundiu ambos os comportamentos ao referir que “o açambarcamento caracteriza-se essencialmente pela retenção de mercadorias, impedindo o seu lançamento no comércio em certo momento, com o fim de mais tarde se procurar melhor preço e venda⁽¹⁶⁾”, fazendo assim do açambarcamento uma forma de comissão da especulação.

Mas, se a confusão existiu, e pode existir no plano factual, não deverá ela passar para o plano legislativo ou axiológico. Sem querer fazer aqui uma análise da evolução histórica das duas figuras, temos que admitir que, por vezes, entre ambas existiram situações de confusão. Confusão esta que levou FIGUEIREDO DIAS⁽¹⁷⁾, a sugerir que “«de jure condendo» pode pôr-se a questão de saber se deve manter-se uma incriminação autónoma de açambarcamento ao lado da de especulação, ou se diferentemente não será preferível — seguindo a que foi desde muito cedo a orientação francesa — considerar o açambarcamento só na medida em que ele possa constituir uma manobra fraudulenta atinente à manipulação dos preços e, assim, na medida em que caiba na punição prevista na especulação.”

Na nossa legislação vigente (Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro), quer o açambarcamento (art. 28.º), quer a especulação de preços (art. 35.º) são tuteladas e de modo autónomo. No entanto, se fizermos uma retrospectiva legislativa às duas figuras, nem sempre essa distinção foi tão nítida.

Mas..., confundir-se-ão ambas as figuras?

Como bem refere FIGUEIREDO DIAS⁽¹⁸⁾, especulação de preços e açambarcamento são coisas diversas. Segundo este professor da escola de Coimbra, em um e outro ilícito “podem parcialmente

(16) Parecer da Câmara Corporativa, in *Pareceres*, (n.º 2), pp. 117 ss., apud DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, *Sobre o crime antieconómico de açambarcamento por recurso de venda*, in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos doutrinários*, Vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 75, nota 18.

(17) DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, *Sobre o crime antieconómico de açambarcamento por recurso de venda*. In *Direito Penal Económico e Europeu: Textos doutrinários*, Vol. II, 1999, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 72, nota 14.

(18) DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, *Sobre o crime antieconómico de açambarcamento por recurso de venda*, in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos doutrinários*, Vol. II, 1999, Coimbra, Coimbra Editora, p. 75.

coincidir os modos de comissão”⁽¹⁹⁾, mas as coincidências ficam por aí, já que, quanto ao essencial, os bens jurídicos tutelados são diversos. Assim, enquanto no ilícito de açambarcamento (numa visão restritiva da figura) se visa obstar à escassez anormal de géneros de primeira necessidade, no ilícito de especulação de preços visa-se salvaguardar a estabilidade dos preços. É pois o bem jurídico e não a conduta do agente a pedra de toque que deve permitir e permite distinguir as várias figuras e, neste particular, o açambarcamento face à especulação de preços. Contudo será já a conduta do agente, especialmente a sua vontade (o seu dolo) que nos vai permitir saber se estamos perante uma ou outra forma de actuação antieconómica.

Visto o problema por aqui, pelo prisma do bem jurídico lesado, diremos que não há confusão entre ambas as figuras. Contudo, não será tão líquida essa inconfundibilidade se com a recusa de venda o agente económico visar atingir o objectivo da subida dos preços praticados no mercado, de modo a obter lucros que doutro modo não obteria. Neste caso, entendemos que estamos face a uma situação de especulação ilegítima, embora possa, em termos de forma de comissão, caber dentro da previsão normativa do açambarcamento. É que, o que o agente económico visou com a sua actuação foi a alteração de preços, com vista à obtenção de lucros ilegítimos. Já assim não será se o agente económico retém os bens não os lançando no mercado, mas com isso não visar uma qualquer alteração de preços.

Quando os modos de comissão do ilícito coincidirem, será apenas o elemento volitivo da actuação do agente que nos permitirá distinguir em presença de que figura estaremos, não se podendo esquecer que é o objectivo, a intenção do agente, que deve merecer uma especial atenção, não fosse aí que se encontra o móbil da sua actuação.

Do que fica dito, podemos retirar uma outra conclusão, a de que, não raras vezes, o açambarcamento é a antecâmara, ou uma

⁽¹⁹⁾ DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, *Sobre o crime antieconómico de açambarcamento por recurso de venda*, in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos doutrinários*, Vol. II, 1999, Coimbra, Coimbra Editora, p. 71.

forma de atingir a especulação ilegítima de preços. Daí que na esteira de FIGUEIREDO DIAS⁽²⁰⁾, “«de jure condendo» pode pôr-se a questão de saber se deve manter-se uma incriminação autónoma de açambarcamento ao lado da de especulação, ou se diferentemente não será preferível — seguindo a que foi desde muito cedo a orientação francesa — considerar o açambarcamento só na medida em que ele possa constituir uma manobra fraudulenta atinente à manipulação dos preços e, assim, na medida em que caiba na punição prevista na especulação.”

Da nossa parte entendemos que não foi descabida a posição defendida pela então Câmara Corporativa⁽²¹⁾ quando referiu que “o açambarcamento caracteriza-se essencialmente pela retenção de mercadorias, impedindo o seu lançamento no comércio em certo momento, com o fim de mais tarde se procurar melhor preço e venda”, pelo que não será de rejeitar aquela solução apresentada por aquele professor da Escola de Coimbra, tanto mais que, não raro, por detrás do açambarcamento está um objectivo especulativo e, se assim é, o que esta em causa é especulação e não açambarcamento.

Aqui chegados, e sem prejuízo de tudo que atrás ficou dito acerca do açambarcamento, uma situação de recusa de venda pode ocorrer quer estejam, ou não, em causa bens essenciais ou de primeira necessidade. Contudo, fazendo apelo ao que acontece em sede de ordenamento jurídico nacional, o ilícito de açambarcamento aí previsto, nomeadamente através da recusa de venda, só se verifica quando esteja em causa, como refere, e bem, o texto legal, uma “situação de notória escassez” ou de “prejuízo do abastecimento regular do mercado de bens essenciais ou de primeira necessidade ou ainda de matérias-primas utilizáveis na produção destes”. Deste modo, sem cuidar aqui do que se possa, ou deva,

(20) DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, *Sobre o crime antieconómico de açambarcamento por recurso de venda*, in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos doutrinários*, Vol. II, 1999, Coimbra: Coimbra Editora, p. 72, nota 14.

(21) Parecer da Câmara Corporativa, in *Pareceres*, (n.º 2), p. 117 ss., *apud* DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, *Sobre o crime antieconómico de açambarcamento por recurso de venda*, in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos doutrinários*, Vol. II, 1999, Coimbra: Coimbra Editora, p. 75, nota 18.

entender por bens essenciais ou de primeira necessidade, tenhamos, no entanto, em atenção duas situações: a primeira será aquela em que com a recusa de venda não estão em causa bens essenciais ou de primeira necessidade e, a segunda, a inversa, ou seja, em causa estão bens essenciais ou de primeira necessidade.

Na primeira situação não haverá uma qualquer situação de concurso até porque a previsão típica do ilícito de açambarcamento não se encontra preenchido. Teremos, por isso (se o agente com a recusa de venda tiver em vista a alteração dos preços desses bens no mercado, e tiver conseguido tal ensejo), tão-somente uma situação de especulação ilícita de preços.

Na segunda situação (quando em causa está a recusa de venda de bens essenciais ou de primeira necessidade), teremos que ter em conta se o agente com a sua conduta visa, ou não, a alteração dos preços desses bens no mercado.

Se ele não visa essa alteração dos preços, também não estaremos perante uma situação de concurso, pois não se encontrará preenchida a previsão típica do ilícito de especulação.

Diferente será se o agente com a sua conduta visa a alteração dos preços.

Dissemos atrás que numa situação de recusa de venda em que o agente económico, com tal recusa, tenha por objectivo alterar os preços desse bem no mercado, estaremos perante uma situação de especulação ilícita de preços. Contudo, não deixará de ser verdade que o agente com a sua conduta terá negado como refere EDUARDO CORREIA⁽²²⁾ “diversos valores jurídico-criminais” — a estabilidade dos preços e o regula abastecimento do mercado. Se assim é, por que ilícitos poderá ser punido?

Entendemos haver aqui uma situação de concurso aparente de normas, devendo o agente ser punido tão-somente por especulação ilícita de preços, já que a recusa de venda é tão-somente a forma de comissão do ilícito. É só o *corpus* da actuação do agente. Se olhar-

⁽²²⁾ CORREIA, EDUARDO, *Unidade e Pluralidade de Infracções: Caso Julgado em Poderes de Cognição do Juiz: A Teoria do Concurso em Direito Penal (reimpressão)*, 1996, Coimbra, Almedina, *apud* D'ALMEIDA, LUÍS DUARTE, *O “Concurso de Normas” em Direito Penal*, 2004, Coimbra, Almedina, p. 10.

mos ao *animus*, ao dolo, à intenção do agente, percebe-se que o que ele teve em mente foi a alteração dos preços. Será uma situação idêntica àquela em que *A* pega numa arma e mata *B*. Não há dúvida que com a sua actuação ele, além de ofender o bem jurídico vida, atentou, também, contra a integridade física da vítima. Contudo, será punido tão-somente pelo crime de homicídio e não por homicídio e ofensa à integridade física, sob pena de se violar o princípio constitucional do *ne bis in idem*.

No caso vertente será idêntico o que acontece, já que a sua conduta de recurso de venda não visou isso mesmo, mas algo mais — a alteração dos preços. A recusa de venda é só a parte visível da conduta do agente, já que por detrás dela há uma outra parte invisível, a sua intenção, o objectivo para o qual a actuação do agente foi pré ordenada e que, caso não consiga alterar os preços, pelo menos faz com que o tenha tentado.

Não podemos esquecer que o art. 35.º, do Decreto-lei n.º 28/84 de 20 de Janeiro, que no nosso ordenamento jurídico prevê o ilícito de especulação de preços, refere na al. b), do seu n.º 1 que pratica o ilícito de especulação de preços aquele que “alterar, sob qualquer pretexto ou por qualquer meio e com intenção de obter lucro ilegítimo, os preços que do regular exercício da actividade resultariam para os bens ou serviços”, sendo pois um ilícito de forma livre quanto ao modo de execução. Ora, a recusa de venda cabe dentro desses *quaisquer meios* de comissão do ilícito.

Estaremos, pois, aqui perante uma situação de concurso aparente de normas, onde existirá uma relação de consunção.

Assim sendo, mais uma vez, assista razão a FIGUEIREDO DIAS⁽²³⁾ quando refere que “«de jure condendo» pode pôr-se a questão de saber se deve manter-se uma incriminação autónoma de açambarcamento ao lado da de especulação, ou se diferentemente não será preferível — seguindo a que foi desde muito cedo a orientação francesa — considerar o açambarcamento só na medida em que ele possa constituir uma manobra fraudulenta atinente à manipulação

(23) DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, *Sobre o crime antieconómico de açambarcamento por recurso de venda*, in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos doutrinários*, Vol. II, 1999, Coimbra: Coimbra Editora, p. 72, nota 14.

dos preços e, assim, na medida em que caiba na punição prevista na especulação.”

2.2. Especulação de preços *versus* ilícito de falsificação (de documento ou de peso ou medida)

Que o ilícito de falsificação (seja ele de falsificação de documento, de peso, ou medidas) atenta contra bens jurídicos próprios da vida em sociedade, pondo em causa a fé pública que deve existir quanto às medidas e ao efeito probatório dos documentos, é algo que é pacífico.

Nenhuma relação (seja ela social, familiar ou de outra natureza) subsiste no tempo, sem um suporte de verdade, transparência e objectividade. O mesmo acontece nas relações económicas. Nenhuma relação a este nível subsistirá se não houver certeza, verdade, objectividade e transparência. E para essa certeza, verdade, objectividade e transparência contribuí e muito a integridade dos documentos, bem como a verdade dos pesos e medidas. Alguém aceitará entrar ou permanecer num mercado em que não se pode confiar nos documentos que aí circulam e que documentam as relações económicas que aí se estabelecem ou que servem de veículo às propostas negociais que aí se façam? Alguém aceitará entrar ou permanecer num mercado em que não se pode confiar nos pesos e medidas que aí são praticados? A resposta é óbvia: não!

A confiança que deve existir quanto aos pesos, às medidas e ao efeito probatório dos documentos contribui para a existência de tal certeza, verdade, objectividade e transparência — valores estes essenciais para a prosperidade dos mercados.

Se no ilícito de falsificação de documento estamos perante um ilícito que, nas palavras de FIGUEIREDO DIAS⁽²⁴⁾, se situa a “meio caminho entre os crimes contra os bens colectivos e os crimes patrimoniais”, sendo, nessa medida, “por vezes, visto como um

⁽²⁴⁾ DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, actas 1993, 297, *apud* MONIZ, HELENA ISABEL, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte especial*, Tomo II, 1999, Coimbra, p. 675.

acto preparatório de um crime patrimonial”⁽²⁵⁾ e em que se visa proteger a verdade intrínseca do documento enquanto tal”⁽²⁶⁾, no ilícito de falsificação de pesos e medidas, visa-se, por seu turno, proteger a “intangibilidade ou integridade do sistema legal de operações de medição”⁽²⁷⁾, sendo este um «um bem jurídico-meio, instrumental ou de perigo»⁽²⁸⁾ na medida em que através da sua salvaguarda se visa a integridade de outros, como seja o património.

Ora, são cada vez mais diversas as formas e tipos de negócio ou investimento em que o documento desempenha um papel preponderante, seja para efeitos de prova, negociação (transmissão das declarações negociais), ou celebração do negócio. Veja-se a título de exemplo, o mercado de capitais em que as acções transaccionadas materialmente não são mais que meros títulos, documentos, que sem os quais o mercado accionista não existiria.

Por outro lado, são cada vez mais diversos os fenómenos especulativos e com origem em fontes, também elas, cada vez mais díspares. Assim, pode acontecer, por exemplo (o que não deixará, é certo, de ser difícil de acontecer) que uma actuação especulativa (ou como actualmente está em voga dizer-se, uma bolha especulativa) tenha origem numa emissão abusiva ou falsificação de títulos, ou acções, que injectados no mercado façam alterar toda a cotação daquelas que são verdadeiras ou que foram emitidas regularmente. Ou então, pode até acontecer que a bolha especulativa tenha origem em notícias falsas que foram difundidas com o intuito de criar especulação num determinado sector económico. Veja-se, a título de exemplo, a difusão de uma notícia falsa onde conste que um dado banco vai fundir-se com um outro dando origem a uma

⁽²⁵⁾ ARTZ/WEBER, *Strafrecht* BT LH 4 130-131 e 133, *apud* MONIZ, HELENA ISABEL, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte especial*, Tomo II, 1999, Coimbra, p. 675.

⁽²⁶⁾ DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO/ANDRADE MANUEL DA COSTA, *apud* MONIZ, HELENA ISABEL, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte especial*, Tomo II, 1999, Coimbra, p. 679.

⁽²⁷⁾ MONTEIRO CRISTINA LÍBANO, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte especial*, Tomo II, 1999, Coimbra, p. 848.

⁽²⁸⁾ MONTEIRO CRISTINA LÍBANO, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte especial*, Tomo II, 1999, Coimbra, p. 848.

grande instituição financeira, desencadeando com isso uma maior procura das acções dessas instituições e o seu consequente aumento de preço. Ou então a notícia falsa que anuncia a eminente falência de um banco fazendo ‘cair’ a cotação as suas acções.

Por outro lado, olhando para o nosso ordenamento jurídico e de acordo com o que aí vigora (veja-se a este propósito, sem querer aqui deter-me acerca da natureza de tal comportamento, o que previu o legislador português no art. 35.º, n.º 1, al. c), do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro) é proibida a venda de bens “por preço superior ao que conste de etiquetas, rótulos, letreiros ou listas elaboradas pela própria entidade vendedora ou prestadora dos serviços” ou, então, a “venda de bens que por unidade devem ter certo peso ou medida, quando os mesmos sejam inferiores a esse peso ou medida ou contido em embalagens ou recipientes cujas quantidades foram inferiores às nestes mencionadas”. Dito de uma forma simplista, não se pode comercializar bens faltando à verdade quer quanto ao preço, quer quanto às medidas e pesos anunciados.

É, pois, manifesta a importância que a verdade e integridade dos pesos, medidas e documentos⁽²⁹⁾ têm para o sistema económico, para o funcionamento dos mercados.

Por outro lado, um acto especulativo (e pondo aqui de parte a questão de saber se o que prevê o art. 35.º, n.º 1, al. c) do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro, é realmente um fenómeno especulativo ou de outra natureza — a fraude de mercadorias) pode ter na sua origem o uso de documentos falsos ou de medidas, ou pesos adulterados, ou então, pode (como prevê este normativo legal acabado de citar), traduzir-se na venda de bens “por preço superior ao que conste de etiquetas, rótulos, letreiros ou listas elaboradas pela própria entidade vendedora ou prestadora dos serviços” ou, então, na “venda de bens que por unidade devem ter certo peso ou medida, quando os mesmos sejam inferiores a esse peso ou medida ou contido em embalagens ou recipientes cujas quantidades foram inferiores às nestes mencionadas”.

⁽²⁹⁾ Entendendo-se aqui por documento, a definição que nos é dada pelo art. 255.º, al. a) do Código Penal.

Assim, a questão que se coloca é a de saber porque ilícito, ou ilícitos, deverá ser punido o agente que, com vista à adulteração dos preços no mercado, ou à prática de preços diferentes daqueles que deveria praticar, falsificou documentos (por ex. preçários), pesos ou medidas.

Não se poderá também aqui esquecer que o ilícito de especulação de preços, nomeadamente em sede de ordenamento jurídico nacional, quanto à forma de comissão, é, em certos casos, de forma livre, na medida em que a lei prevê como ilícita a alteração “sob qualquer pretexto ou por qualquer meio” dos preços, pelo que a viciação, adulteração, ou falsificação de documentos, pesos ou medidas pode ser um meio de atingir tal resultado.

Pode pois acontecer que o agente económico, que pretende praticar preços diversos daqueles que são praticados pelos demais agentes a operar no mercado em que está inserido, como forma de ocultar tal acto, adultere documentos (por exemplo: etiquetas, letreiros, rótulos ou listas onde tem afixados os preços ou onde estes foram definidos), fazendo deles constar preço superior àquele que nesse mercado são praticados, ou, então, pode acontecer que faça constar preços diferentes daqueles que lhe é permitido praticar (o caso dos preços determinados administrativamente). Ou então, ainda, pode acontecer que faça constar nos bens indicação de peso ou medida diferente da que efectivamente têm, ou reduza, em termos de existências, às quantidades ou medidas indicadas, mantendo ou ajustando, por sua vez, o preço praticado à errada informação de quantidade ou medida.

Esquecendo aqui a questão da fraude de mercadorias, vamos ater, apenas, sobre a questão da adulteração efectuada. Deste modo, porque ilícito deveria ser punido o agente que, com vista à adulteração dos preços no mercado, ou à prática de preços diferentes daqueles que deveria praticar, falsificou documentos, pesos ou medidas?

Não esqueçamos, também, que o art. 256.º do nosso Código Penal em vigor prevê o crime de falsificação ou contrafacção de documentos e o art. 269.º, do mesmo diploma legal, o crime de contrafacção de selos, cunhos, marcas ou chancelas e o 270.º, também do mesmo diploma legal, o crime de falsificação de pesos e

medidas, pelo que existem diversas normas legais a proibir actos que se traduzam na falsificação de documentos, medidas ou pesos.

Posto isto, se estivermos perante um domínio em que vigore o regime de preços livres, o agente económico é livre de fixar os seus preços. Por isso, se ele altera as suas tabelas e passa a praticar novos preços (os aí agora anunciados), fá-lo no domínio de um poder que lhe assiste — fixar livremente os seus preços. Ora, se assim é, estamos certos de que nenhum ilícito comete se alterar as tabelas de preços e passar a praticar o novo preço daí constante. Contudo, partindo do pressuposto que não se está nessa zona de liberdade do agente económico (se estivermos no domínio dos preços fixados ou aprovados administrativamente), temos então que ver qual o intuito do agente e o que este conseguiu com a sua actuação. De facto, ninguém falsifica um documento, peso, ou medida sem ter uma intenção. E na temática que vimos abordando essa intenção assume grande relevo. Porquê determinada pessoa ou individuo adulterou documentos (por exemplo: tabelas) ou porquê adulterou pesos ou medidas? O que pretendia o agente com isso? A resposta a isto não é irrelevante e permitirá resolver problemas de concurso com vista a saber-se se foi cometido algum ilícito e qual. Embora, segundo CONCEIÇÃO VALDAGUA⁽³⁰⁾, “A relação de consunção verifica-se quando um tipo legal de crime inclui a realização de um outro tipo menos grave, não por necessidade lógico-conceptual, mas sim de um modo típico”, pelo que (do que discordamos) “se o agente como meio de realizar a burla simples praticar um crime de falsificação de documento simples, a que é aplicável a mesma pena que à burla simples (art. 256.º, n.º 1) verificar-se-á uma situação de consunção pura em que a burla (crime fim) consumirá a falsificação de documento (crime meio). Mas se o meio de realizar a burla simples, a que é aplicável pena de prisão até 3 anos ou multa (art. 217.º), for a falsificação de documento agravada, cuja pena, nos termos do art. 256.º, n.º 3, é de prisão de 6 meses a 5 anos ou multa de 60 a 600 dias, dar-se-á uma situação de consun-

⁽³⁰⁾ Neste sentido VALDAGUA, MARIA DA CONCEIÇÃO, *Síntese do Concurso*. Disponível na internet em <http://www.lis.ulsiada.pt/old/auditor/seguro/documentos/bib_7/2006/sinteseoconcurso_341_347.pdf>, p. 343.

ção impura, devendo o agente ser punido apenas pela falsificação agravada, cuja pena é superior à da burla simples”, discordamos desta posição e argumentação, pelo facto de que entendemos que não deve ser a moldura da pena a definir porque ilícito o agente deve ser punido, mas antes e, exclusivamente, seu dolo, elemento subjectivo do tipo.

Assim sendo, se a actuação do agente foi com vista a atingir como resultado final a adulteração dos preços, estou certo que só por especulação de preços deverá ser punido o agente, estabelecendo-se entre as normas que punem o respectivo ilícito de falsificação e a que pune a especulação uma relação de concurso aparente de normas, através de uma relação de consunção.

É essa intencionalidade do agente, que não podendo ser autonomizada relativamente à sua actuação desencadeada, de modo a autonomizar ali um ilícito face aos demais, que não permite sequer punir o agente em termos de concurso efectivo, por exemplo, por crime de falsificação de documento e por crime de especulação de preços. Apesar de o agente infractor no seu *iter criminis* e antes de atingir o resultado final pretendido ter violado diversos bens jurídicos susceptíveis, abstractamente, de serem valorados de forma autónoma ente si, certo é que, em concerto, a adulteração ou falsificação de documentos, pesos, ou medidas foi somente um meio, uma forma, de atingir um resultado final — a adulteração dos preços. Por via disso, entendemos que não deverá o agente ser punido em termos de concurso efectivo, mas somente pelo ilícito de especulação de preços.

Diferente de tudo isto será a situação de “vender bens ou prestar serviços por preço superior ao que conste de etiquetas, rótulos, letreiros ou listas elaborados pela própria entidade vendedora ou prestadora do serviço” (art. 35.º, n.º 1, al. *c*), do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro), ou, então, a situação típica prevista na al. *d*), do mesmo normativo legal, que prevê verificar-se o ilícito de especulação quando o agente “vender bens que, por unidade, devem ter certo peso ou medida, quando os mesmos sejam inferiores a esse peso ou medida, ou contidos em embalagens ou recipientes cujas quantidades forem inferiores às nestes mencionadas”. Nestes casos, não existe qualquer adulteração de etiquetas, rótulos,

letreiros ou listas, ou ainda, de pesos ou medidas. O que existe é, isso sim, uma actuação do agente contrária àquela que lhe é imposta quer pelas etiquetas, rótulos, letreiros ou listas de preços anunciadas, quer pela informação de peso ou medidas anunciadas, devendo, por isso, porque a lei assim o prevê, ser punido somente por especulação ilícita de preços.

2.3. Especulação de preços *versus* abuso de confiança

Sendo o ilícito de abuso de confiança um comportamento que atenta contra o bem jurídico propriedade, na medida em que se traduz, como refere FIGUEIREDO DIAS⁽³¹⁾, na “apropriação ilegítima de coisa móvel alheia que o agente detém ou possui em nome alheio”, que lhe foi entregue, como refere a previsão normativa do art. 205.º, n.º 1, do nosso Código Penal, “por título não translativo”, pode perguntar-se em que é que isso releva relativamente à especulação de preços.

Socorrendo-nos de uma situação prática, pode, pois, suceder que o titular de um elevado número de acções de um grande grupo económico, por exemplo, o titular de acções correspondentes a 3% ou 5% do capital de um grande banco as tenha confiado à guarda de alguém e que esse alguém, sabendo que a cotação dessas acções vai cair no mercado, ou então, sabendo que se alienar tais acções de uma só vez fará a sua cotação cair, vende de imediato tais acções, arrecadando, com isso, uma elevada quantia monetária e, posteriormente, volta a adquirir outras em número idêntico no mercado, agora a um preço inferior àquele pelo qual as vendeu, por forma a poder entrega-las a quem lhas confiou, mas reservando para si o lucro proporcionado por aquela transacção.

Efectivamente, estaremos, por certo, perante um abuso de confiança⁽³²⁾, na medida em que alguém utiliza o património de

⁽³¹⁾ Neste sentido DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte especial*, Tomo II, 1999, Coimbra, p. 94.

⁽³²⁾ DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte especial*, Tomo II, 1999, p. 104.

outrem, sem o seu consentimento, como se de seu património se tratasse, fazendo-o gerar frutos dos quais se apropria. Em sentido contrário, veja-se FIGUEIREDO DIAS, quando refere que “não falta hoje quem defenda que aquela confusão ou simples uso são, em si mesmos, insuficientes para integrar o elemento *objectivo da apropriação* (assim ente nós EDUARDO CORREIA, *RDES* 1945 65 s.; e depois na doutrina alemã, sobretudo Roxin, *H Mayer — FS* 1966 467 ss. e TIEDEMANN, *JUS* 70 110). Esta parece ser a doutrina mais correcta e mais próxima da realidade da vida”. De facto, no caso em análise, não fosse por outro motivo, o agente sempre se apropriou dos frutos, os lucros, gerados com a operação, ou negócio ocorrido. Por outro lado, se o agente com aquela actuação teve em mente provocar uma queda na cotação de tais acções, fazendo, por isso, alterar o seu valor (preço) no mercado, de modo a, com isso, obter lucro, ele praticou especulação de preços. Ora, se assim é, porque ilícito, ou ilícitos, poderá ele ser punido?

Pelas mesmas razões já atrás referidas, entendo que se o abuso de confiança foi um meio de conseguir adulterar o preço das acções no mercado, ele deverá ser punido apenas por especulação de preços, existindo entre as normas que punem os diversos ilícitos uma relação de consunção. Diferente será se esse não foi o seu objectivo. Nesse caso deve ser punido por abuso de confiança.

Como se disse já atrás, não deixa de ser verdade que o agente no seu *iter criminis* e antes de atingir o seu resultado final violou outro bem jurídico — o bem jurídico propriedade —, contudo o abuso de confiança foi apenas um meio para conseguir ofender o bem jurídico estabilidade dos preços, pelo que, por isso, não deverá ser punido em termos de concurso efectivo por ambos os ilícitos, mas somente por especulação de preços⁽³³⁾.

⁽³³⁾ Neste sentido, embora relativamente a crimes diversos, veja-se o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, acessível na internet, no endereço electrónico: <<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/386f82a0cabc13fb80256e3c005266c6?OpenDocument>>.

2.4. Especulação de preços *versus* burla

Se nos termos atrás vistos entre especulação de preços e abuso de confiança pode haver, não só, relação de concurso efectivo de ilícitos mas, também, de concurso aparente, o que dizer relativamente à burla por contraposição à especulação de preços?

Considerando-se burla como o acto através do qual o agente, com intenção de obter para si ou para terceiro enriquecimento ilegítimo, por meio de erro ou engano sobre factos que astuciosamente provocou, determina outrem à prática de actos que lhe causem a si, ou causem a outra pessoa, prejuízo patrimonial (art. 217.º, do nosso código penal), então o que dizer da actuação do indivíduo que adultera os preços com intenção de obter lucros que de outro modo não obteria? É que este comportamento também causa prejuízos patrimoniais a quem deles é vítima!

Se a burla se verifica quando o agente, com vista a obter enriquecimento ilegítimo, por meio de erro ou engano sobre factos que provocou, determina outrem à prática de acto que lhe causem prejuízos, na actuação em que o agente económico adultera os preços fazendo crer que a sua subida se deve a variações do mercado e que os preços agora praticados são legítimos, poder-se-á dizer que estamos, também, perante uma actuação enganosa que causa prejuízos a outrem — os que pagaram esse preço adulterado. Alguém paga um preço pensando que é o correcto, quando, de facto, não o é, e, com isso, está a ser prejudicado, e alguém engana outrem cobrando-lhe um preço que não deveria cobrar e com isso causa-lhe prejuízos.

Em ambas as situações é posto em causa o bem jurídico patrimonial (este o bem jurídico especificamente tutelado com a criminalização dos actos de burla). *Quid juris* então?

Não tenho dúvidas que burla e especulação de preços são actos lesivos de bens jurídicos diversos e que situações existem que não causam qualquer dúvida ao julgador quanto a saber porque ilícito punir o infractor. Já assim não será quanto às situações, comumente apeladas de zonas de fronteira, como seja, no caso do nosso ordenamento jurídico, a situação específica prevista na al. c) do art. 35.º do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro — as

situações em que o agente económico, por exemplo, altera os preços constantes em etiquetas, rótulos, letreiros ou listas e faz crer aos adquirentes de tais bens que o preço certo é o ali aposto (o preço adulterado).

Nesta situação, se estivermos perante um domínio em que vigore o regime de preços livres, o agente económico é livre de fixar os seus preços. Por isso, se ele altera as suas tabelas, fá-lo no domínio de um poder que lhe assiste — fixar livremente os seus preços. Ora se assim é, nenhum ilícito comete se alterar as tabelas de preços e passar a praticar o novo preço daí constante. Contudo, não foi a pensar nisto que o legislador criou aquela norma legal, nem é aqui que as dúvidas surgem. O problema surge no domínio dos preços fixados administrativamente, vg. preços legais. Aqui, o preço afixado ou anunciado terá que ser aquele que é permitido ao agente económico praticar e não outro. Ora, se o agente económico adultera os preços constantes de etiquetas, rótulos, letreiros ou listas fazendo crer aos adquirentes de tais bens que o preço ali aposto (o preço adulterado) é o correcto, poder-se-á dizer, que estamos, aqui, perante uma actuação enganosa que causa prejuízos a outrem.

Perante esta situação, o que foi posto em causa? O bem jurídico *património*, o bem jurídico *estabilidade dos preços*, ou os dois?

Cabe aqui chamar atenção para o seguinte: Na concreta situação prevista na al. c), do art. 35.º, do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro, em bom rigor, quem foi lesado foi aquele concreto adquirente, que pagou um preço viciado, naquele concreto negócio que celebrou. Desta actuação do agente infractor não ficou (e dificilmente ficará) em causa o bem jurídico estabilidade dos preços. Estes continuam, ou continuarão, estáveis. Não é um acto isolado de venda de um dado bem ou até a alteração de preços por parte de um agente económico (falando de um agente económico de reduzida ou nula expressão no mercado, por exemplo um café de bairro) no seu estabelecimento comercial que tem capacidade de alterar os preços do mercado (já assim não será tão liquido se estivermos a falar de um agente económico que age em regime de monopólio — por exemplo um concessionário prestador de servi-

ços públicos essenciais — ou um grande grupo económico cuja actuação, não ao nível de um acto económico isolado, mas ao nível de uma actuação duradoura, altera os preços).

A vítima, muito provavelmente, apenas dirá: ‘olha, agora é mais caro!’, ou ‘aqui é mais caro!’ Aquela concreta actuação não teve em vista qualquer adulteração dos preços do mercado, mas apenas dos preços praticados naquele estabelecimento, ou naquele concreto negócio.

Posto isto, estou certo que poderemos, pois, dizer que entre a norma da al. c), do art. 35.º do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro, e a norma do n.º 1, do art. 217.º do código penal, existe uma situação de concurso aparente, com a norma do art. 217.º, através de uma relação de consunção, a esgotar a protecção conferida pelo ordenamento jurídico-penal ao bem jurídico colocado em crise⁽³⁴⁾.

2.5. Especulação de preços *versus* fraude e mercadorias

Prevê o art. 23.º, n.º 1, al. b), do Decreto-lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro que quem, com intenção de enganar outrem nas relações negociais, fabricar, transformar, importar, exportar, tiver em depósito ou em exposição para venda, vender ou puser em circulação por qualquer outro modo mercadorias de natureza diferente ou de qualidade e quantidade inferiores às que afirmar possuírem ou aparentarem, será punido com prisão até 1 ano e multa até 100 dias, salvo se o facto estiver previsto em tipo legal de crime que comine para mais grave.

Visa este normativo legal a tutela do bem jurídico que, nas palavras de SILVA DIAS⁽³⁵⁾, se traduz no “direito a uma informação

⁽³⁴⁾ Neste sentido DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte especial*, Tomo II, 1999, Coimbra, p. 287, referindo-se desta feita ao crime de publicidade fraudulenta previsto no art. 40.º, n.º 2 do Decreto-lei n.º 28/84 em confronto com a norma do art. 217.º do Código Penal.

⁽³⁵⁾ DIAS, AUGUSTO SILVA, in *Protecção Jurídico Penal de Interesses dos Consumidores*, Edição policopiada, das “lições” ao curso de pós-graduação em direito penal económico e europeu, Faculdade de Direito de Coimbra, 2001, Coimbra, p. 91.

veraz sobre a natureza e características das mercadorias postas no mercado e pelos interesses económicos dos adquirentes”.

Ainda de acordo com este autor, visa-se a “protecção dos interesses económicos dos consumidores (e dos adquirentes em geral, mesmo fora das relações de consumo) respaldado pela veracidade e lealdade na produção, distribuição e venda de mercadorias”⁽³⁶⁾.

Pretende-se, pois, por um lado, evitar situações de fraude, de indução dos consumidores em engano e, por outro, garantir a “qualidade e genuinidade dos géneros”⁽³⁷⁾ colocados no mercado.

Ora, uma das formas de atentar contra o bem, ou bens jurídicos tutelados é a colocação à venda, ou a efectiva venda, ou colocação em circulação de bens de qualidade e quantidade inferiores às que afirmar possuem ou aparentarem.

Por outro lado, numa situação de venda de bens com peso, ou quantidade inferior àquela que deveria ter, ou aparenta ter, há, também, como atrás se disse, um engano e um conseqüente prejuízo para os consumidores ou adquirente dos bens.

Ora, se este comportamento consubstancia uma fraude de mercadorias, também não deixará de ser, como se viu atrás, uma situação de burla. Contudo, o art. 35.º, n.º 1, al. *d*), do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro (dispositivo legal que, como sabemos, no nosso ordenamento jurídico vigente criminaliza diversas actuações, ou comportamento no mercado que qualifica como comportamentos especulativos) pune, por o considerar um comportamento especulativo, a venda de bens “que, por unidade, devem ter certo peso ou medida, quando os mesmos sejam inferiores a esse peso ou medida, ou contidos em embalagens ou recipientes cujas quantidades forem inferiores às nestes mencionadas”.

Estamos, pois, perante mais um normativo legal que regula a mesma matéria.

⁽³⁶⁾ DIAS, AUGUSTO SILVA, in *Protecção Jurídico Penal de Interesses dos Consumidores*, Edição policopiada, das “lições” ao curso de pós-graduação em direito penal económico e europeu, Faculdade de Direito de Coimbra, 2001, Coimbra, p. 93.

⁽³⁷⁾ DIAS, AUGUSTO SILVA, in *Protecção Jurídico Penal de Interesses dos Consumidores*, Edição policopiada, das “lições” ao curso de pós-graduação em direito penal económico e europeu, Faculdade de Direito de Coimbra, 2001, Coimbra, p. 94.

Ora, penso não restar dúvidas de que este comportamento terá tudo a ver com fraude de mercadorias, mas não terá, por certo, nada a ver, com especulação de preços. Daí que assista razão a COSTA ANDRADE⁽³⁸⁾ quando refere que “nem todas as condutas incriminadas e punidas como especulação nos vários números e alíneas do art. 35.º do Decreto-Lei n.º 28/84 resultarão num atentado directo á estabilidade dos preços. Tal só sucederá de forma mediata com as práticas previstas na al. d) do n.º 1: «Vender bens que, por unidade, devem ter certo peso ou medida, quando os mesmos sejam inferiores a esse peso ou medida, ou contidos em embalagens ou recipientes cujas quantidades forem inferiores às nestes mencionadas». Práticas que mais não são, aliás, do que casos especiais de fraude de mercadorias e que como tais já seriam punidas”. O que nos leva, também, a concordar com este autor e com SILVA DIAS⁽³⁹⁾ no sentido de que “«de jure condendo» o tipo da al. d) do n.º 1 do art. 35.º devia ser incluído no art. 23.º ou simplesmente suprimido por se considerar que a conduta já se encontra prevista na al. b) o n.º 1 do art. 23.º”.

É pois manifesto que numa situação de colocação à venda, ou de efectiva venda, ou colocação em circulação de bens de qualidade e quantidade inferiores às que afirmar ou aparentarem possuírem, há uma situação de concurso aparente, ou de normas, entre, não só, como se disse atrás, a norma do n.º 1, do art. 217.º, do Código Penal, e a do art. 35.º, n.º 1, al. d), do Decreto-lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro, mas também uma situação de concurso aparente com a norma da al. b), do art. 23.º, deste mesmo decreto-lei, sendo que, neste caso, a norma da al. b), do art. 23.º, esgota a protecção conferida pelo ordenamento jurídico-penal ao bem jurídico colocado em crise.

(38) Neste sentido ANDRADE, MANUEL DA COSTA, *A nova lei dos crimes contra a economia (Dec.-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro) à luz do conceito de «bem jurídico»*. In *Direito Penal Económico e Europeu: Textos doutrinários*, Vol. I, Problemas gerais, 1998, Coimbra, Coimbra Editora, p. 409.

(39) DIAS, AUGUSTO SILVA, in *Protecção Jurídico Penal de Interesses dos Consumidores*, Edição policopiada, das “lições” ao curso de pós-graduação em direito penal económico e europeu, Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 2001, nota 185, p. 94.

2.6. Especulação de preços *versus* abuso de informação privilegiada

Segundo o art. 378.º, n.º 3, do Código de Valores Mobiliários, entende-se por informação privilegiada “toda a informação não tornada pública que, sendo precisa e dizendo respeito, directa ou indirectamente, a qualquer emitente ou a valores mobiliários ou outros instrumentos financeiros, seria idónea, se lhe fosse dada publicidade, para influenciar de maneira sensível o seu preço no mercado”.

Com a proibição do abuso de informação privilegiada (*insider trading*) procura-se impedir que aqueles que detêm informação privilegiada que não seja pública, e, desse modo, têm uma posição mais vantajosa no mercado face aos demais que não detêm tal conhecimento, possam usar tal informação em seu proveito ou em proveito de alguém. Pretendeu-se, como referem FARIA COSTA e ELISABETE RAMOS⁽⁴⁰⁾, “por um lado, tutelar a confiança dos investidores no correcto funcionamento do mercado e, por outro, proteger a decisão económica individual no sentido de que esta seja tomada em situação de igualdade de informação para todos os potenciais intervenientes o mercado. Criando-se, assim, as condições de livre concorrência entre os investidores”.

Por outras palavras, procura-se evitar posições de vantagem entre concorrentes no mercado. Todos devem estar em pé de igualdade e com as mesmas oportunidades de negócio, de investimento. O mercado tem que ser transparente, para que todos os seus intervenientes sintam confiança. Como referem aqueles autores atrás citados, “a falta de confiança dos investidores — gera-se a suspeita de que aquele título é alvo de *insider trading* — pode conduzir à depreciação do seu valor de mercado”⁽⁴¹⁾.

⁽⁴⁰⁾ COSTA, JOSÉ DE FARIA/RAMOS, MARIA ELISABETE, O crime de abuso de informação privilegiada (Insider Trading) A informação Enquanto Problema Jurídico-Penal, 2006, Coimbra, pp. 37 e 38.

⁽⁴¹⁾ COSTA, JOSÉ DE FARIA/RAMOS, MARIA ELISABETE, O crime de abuso de informação privilegiada (Insider Trading) A informação Enquanto Problema Jurídico-Penal, 2006, Coimbra, p. 36.

Recorrendo ainda às palavras de FARIA COSTA e ELISABETE RAMOS (com os quais concordados integralmente), com a proibição do *insider trading* “o que está em causa é, justamente, a existência do próprio mercado de valores mobiliários enquanto «connected system» e não o mercado enquanto justaposição de posições individuais”⁽⁴²⁾. Ainda segundo estes autores “Quando é cometido o crime de abuso de informação privilegiada, é possível que uma ou várias pessoas possam ter sido lesadas. É mesmo natural que tudo se desenvolva a partir de uma queixa de tais pessoas. Todavia, a infracção existe não para proteger o direito daquela concreta pessoa a comprar os bens a um preço justo e não especulativo, mas antes para proteger o bem jurídico supra-individual expresso no valor que a *livre concorrência* de mercado representa”. A proibição da *insider trading* consagra, nas palavras de ALEXANDRE BRANDÃO DA VEIGA⁽⁴³⁾ “a informação como uma das pedras fundamentais do mercado”.

Se fosse admissível a intervenção no mercado a coberto de informações privilegiadas, o que não faria, por exemplo, um especulador bolsista, na posse de uma dessas informações!? Com certeza que procuraria agir em função das informações de que dispunha (e que lhe proporcionavam uma posição mais vantajosa relativamente aos demais em termos de conhecimento das condições do mercado) tirando daí os maiores benefícios possíveis, provavelmente e com alguma frequência recorreria a comportamentos tidos como *short sale*⁽⁴⁴⁾, o que, se por um lado, poderia, inicial-

(42) COSTA, JOSÉ DE FARIA/RAMOS, MARIA ELISABETE, O crime de abuso de informação privilegiada (Insider Trading) A informação Enquanto Problema Jurídico-Penal, 2006, Coimbra, p. 37.

(43) VEIGA, ALEXANDRE BRANDÃO DA, Crime de Manipulação, Defesa e Criação de Mercados, 2001, Almedina, p. 154.

(44) Quanto a este fenómeno veja-se, entre outros, REIS CÉLIA/SOUSA RITA DUARTE/VIDAL ISABEL/WILTON PEDRO, Operações de Short Selling, in Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários: <http://www.cmvm.pt/CMVM/Publicacoes/Cadernos/Documents/c4147258a9f84d17a0b37465f7df68b9short_selling.pdf>, p. 160. Segundo estes autores, pronunciando-se acerca do conceito: “Quando alguém faz uma *short sale*, tal significa que vende valores mobiliários cuja titularidade não detém ou cuja titularidade detém mas *de forma financiada*. No âmbito do mercado a contado, o vendedor fica, portanto, *em dívida* (assume uma *posição curta*) quanto ao activo objecto da venda, porquanto i) deu

mente, gerar elevadíssimos lucros para o detentor de tais informações, acabaria inevitavelmente, por outro, por causar de forma generalizada instabilidade e insegurança nos preços e por minar a confiança e estabilidade que deve existir no mercado, o que acarretaria o fim do mesmo e prejuízos não só para os investidores, como para a própria economia.

É pois de concluir que o abuso de informação privilegiada é mais um meio capaz (idóneo) para adulterar (viciar) o normal funcionamento do mercado (que deve funcionar em obediência à regra do livre jogo da oferta e da procura) e, em consequência disso, viciar os seus preços, podendo ser, nessa medida, mais uma forma de se fazer especulação ilegítima de preços⁽⁴⁵⁾.

Assim, se um dado agente do mercado detiver uma dada informação privilegiada (não públicas) e fizer uso dela, negociando, ou aconselhando alguém a negociar de acordo com essa informação que detém, deverá ser punido porque delito? Não esqueçamos, como atrás se referiu, que informação privilegiada será “toda a informação não tornada pública que, sendo precisa e dizendo respeito, directa ou indirectamente, a qualquer emitente ou a valores mobiliários ou outros instrumentos financeiros, seria idónea, se lhe fosse dada publicidade, para influenciar de maneira sensível o seu preço no mercado”. Estamos, pois, em face de informação capaz de causar alterações anormais nos preços. Por outro lado, especulação será “o comportamento ou actuação do agente económico que, por qualquer meio, ainda que limitando-se a aproveitar as condições favoráveis e transitórias do mercado, nele ou

uma ordem de venda de valores mobiliários sem ser titular dos mesmos, tendo de os obter para os entregar ao respectivo comprador, ou *ii*) deu uma ordem de venda de valores mobiliários de que é titular, mas obteve essa titularidade em consequência da celebração de um empréstimo, pelo que terá de obter os valores para os *devolver* a quem lhos emprestou”. Ainda segundo Eles “a noção de *short selling* não é determinada pelo critério, jurídico, da titularidade dos valores mobiliários, porque, tal como acabou de se expor, alguém pode ser *titular* dos valores mobiliários cuja venda ordena e, não obstante, estar a actuar em *short selling*”.

⁽⁴⁵⁾ Neste sentido VEIGA, ALEXANDRE BRANDÃO DA, *Crime de Manipulação, Defesa e Criação de Mercados*, 2001, Almedina, p. 154, nomeadamente quando refere “nada impede que alguém associe a manipulação ao *insider trading*”.

fora dele, com vista a obter, mediata ou imediatamente lucros que de outro modo não obteria, provoque a alteração, ou o receio de alteração dos preços que, por decisão administrativa ou do normal funcionamento do mercado, resultam para os bens ou serviços”⁽⁴⁶⁾.

Entendo, e volto a referi-lo, que teremos que ter sempre em atenção duas questões: uma, aquela que se traduz no acto em si mesmo, visto em termos de factualidade objectiva; a outra, à intenção do agente, os efeitos do acto praticado e a sua aptidão para gerar efeitos nefastos à economia ou ao mercado. Dito de outro modo: o que pretendeu o agente e quais as consequências do seu acto?

Mais uma vez, volto a dizê-lo, o agente teve em mente uma finalidade última. Se a sua finalidade foi apenas actuar em função de uma informação privilegiada, mas daí nenhum efeito resultou para o mercado em termos de alteração dos seus preços, entendo que não estaremos perante qualquer ilícito de especulação. Contudo, se o agente teve em vista a adulteração (manipulação) dos preços no mercado, sendo o uso da informação privilegiada que detém um meio para conseguir tal objectivo, aí entendo, então, que o agente deva ser punido por especulação de preços e não por abuso de informação privilegiada, existindo, quanto a nós, entre as normas que punem ambos os ilícitos uma relação de consunção, já que a actuação, ainda que ao abrigo da informação privilegiada, não é mais que uma forma de especular.

Já assim não será se o agente com aquela sua actuação não tiver em mente a alteração dos preços no mercado. Aqui só poderá ser punido por abuso de informação privilegiada, já que não se encontra integralmente preenchida a previsão típica do ilícito de especulação de preços previsto na al. *b*), do n.º 1, do art. 35.º Decreto-lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro, não se podendo falar de uma relação de concurso entre os diversos tipos legais.

Contudo, há algo mais que temos aqui que referir. O agente económico que negocia, ou leva a que outrem negocie com base

⁽⁴⁶⁾ Definição esta de especulação ilegítima de preços que apresentamos na nossa dissertação de mestrado defendida perante o júri de provas públicas a que nos apresentamos na Universidade Lusíada do Porto, em Setembro de 2011.

em informação privilegiada procurará sempre que do uso dessa informação resulte um benefício para si ou para terceiro, que se traduzirá em um ganho monetário. Por outro lado, nem sempre o uso dessa informação privilegiada limita os seus efeitos ao âmbito daquele concreto negócio realizado com recurso a essa informação. Por vezes o uso de informação privilegiada tem efeitos mais amplos, que se estendem ao mercado. É o caso por exemplo de o recurso à informação privilegiada gerar no mercado uma alteração dos preços ou o receio dessa alteração e, deste modo, ‘influenciar’ os preços futuros a praticar. Se assim acontecer, então estaremos perante uma situação de especulação de preços.

Ora, assim sendo, nesta situação concreta, em que temos diversos tipos legais violados e em que temos diversas normas jurídicas abstractamente aplicáveis ao caso concreto, deveremos punir o agente por qual ilícito? Especulação ou abuso de informação privilegiada?

Entendo que neste caso concreto, apesar de diversas normas legais serem violadas e de diversos valores (interesses) serem ofendidos, entendemos que o abuso de informação privilegiada é uma forma especial de especulação de preços e, nessa medida, há entre as várias normas legais uma relação de especialidade, aplicando-se ao caso concreto as que punem o abuso de informação.

2.7. Especulação de preços *versus* manipulação do mercado

Prevê o art. 379.º, n.º 1, do Código dos Valores Mobiliários, que “quem divulgue informações falsas, incompletas, exageradas ou tendenciosas, realize operações de natureza fictícia ou execute outras práticas fraudulentas que sejam idóneas para alterar artificialmente o regular funcionamento do mercado de valores mobiliários ou de outros instrumentos financeiros é punido com prisão até 5 anos ou com pena de multa”.

Por sua vez, o n.º 2, desse mesmo normativo legal prevê que “consideram-se idóneos para alterar artificialmente o regular funcionamento do mercado, nomeadamente os actos que sejam susceptíveis de modificar as condições de formação dos preços, as

condições normais da oferta ou da procura de valores mobiliários ou de outros instrumentos financeiros ou as condições normais de lançamento e de aceitação de uma oferta pública.

Este preceito legal está inserido, sistematicamente, tal como o preceito que pune o abuso de informação privilegiada, dentro do Título VIII, Capítulo I, Secção I, relativa aos crimes contra o mercado. Entenda-se, aqui, mercado de valores mobiliários.

É, pois, um ilícito que, dentro do específico mercado de valores mobiliários, pune determinados comportamentos tipificados “que sejam idóneas para alterar artificialmente o regular funcionamento do mercado de valores mobiliários ou de outros instrumentos financeiros”, procurando-se, desse modo, salvaguardar o normal funcionamento do mercado de valores⁽⁴⁷⁾, de modo a que neste imperem as leis do mercado, tais como a da transparência, verdade, igualdade de oportunidade e de acesso ao mercado, das quais depende, em muito, a estabilidade e desenvolvimento do mercado.

Por outro lado, como se viu, considera o legislador que, entre outros, são “idóneos para alterar artificialmente o regular funcionamento do mercado, nomeadamente, os actos que sejam susceptíveis de modificar as condições de formação dos preços”. Ora, que actos serão esses?

Desde logo, cabe aqui qualquer acto praticado no mercado de valores mobiliários que possa considerar-se nesse mercado como prática especulativa de preços e, se assim é, então daqui resultará que estamos perante uma situação em que os actos que nesse mercado se possam qualificar como comportamentos especulativos, na medida em que atentam contra a estabilidade dos preços aí praticados, podem concomitantemente qualificar-se como ofensivos da estabilidade desse mercado e do normal funcionamento do mercado de valores⁽⁴⁸⁾.

⁽⁴⁷⁾ Neste sentido VEIGA, ALEXANDRE BRANDÃO DA, *Crime de Manipulação, Defesa e Criação de Mercados*, 2001, Almedina, p. 159, quando refere que “a especulação está centrada nos preços e medidas, ao contrário da manipulação que se centra no financiamento do mercado”.

⁽⁴⁸⁾ Neste sentido VEIGA, ALEXANDRE BRANDÃO DA, *Crime de Manipulação, Defesa e Criação de Mercados*, 2001, Almedina, p. 159, quando refere que “a manipulação de preços é apenas uma das muitas possibilidades de manipulação”.

Esta conclusão leva-nos desde logo a uma outra constatação, que é a de que, no mercado de valores mobiliários, a estabilidade dos preços, deve ser vista não como uma finalidade última, mas como uma finalidade intermédia da qual dependem, essa sim, a finalidade última, a estabilidade desse mercado.

Ora se assim é, uma outra conclusão, a meu ver, se pode retirar, qual seja a de que bastaria a previsão típica do art. 379.º, do Código de Valores Mobiliários, quanto a nós até mais abrangente para aquele específico sector económico, para se considerar aí tutelada a estabilidade dos preços e reprimidas as actividades especulativas.

Posto isto, e a terminar, concluir-se-á que em presença de uma actividade especulativa ocorrida no mercado de valores mobiliários deve a mesma ser punida não como especulação de preços mas antes como ilícito de manipulação de mercado, verificando-se entre o normativo legal que pune actividade especulativa e o que pune a manipulação do mercado uma relação de especialidade, na medida em que os comportamentos que são idóneos a preencher a previsão típica de ilícito de especulação (refiro-me aqui à previsão típica da al. *b*), do n.º 1, do art. 35.º do Decreto-lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro), são também idóneos a preencher a previsão típica do ilícito previsto naquele art. 379.º⁽⁴⁹⁾, mas também porque a situação de manipulação de mercado é, ou pode ser, um caso especial de especulação de preços, pelo que, havendo normas que em especial punem tais comportamentos são essas que se devem aplicar ao caso concreto, sendo que esses comportamentos não deixam, contudo, de ser especulação.

(49) Como refere VEIGA, ALEXANDRE BRANDÃO DA, Crime de Manipulação, Defesa e Criação de Mercados, 2001, Almedina, p. 160, “pode mesmo dar-se o caso de a especulação ser instrumental à manipulação”.

Bibliografia

Obras/Textos

- ANDRADE, MANUEL DA COSTA, *A nova lei dos crimes contra a economia (Dec.-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro) à luz do conceito de «bem jurídico»*. In *Direito Penal Económico e Europeu: Textos doutrinários*, Vol. I, Problemas gerais. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.
- ARTZ/WEBER, Strafrecht BT LH 4 130-131 e 133; Através de:
- BELEZA, TERESA PIZARRO, *Direito Penal*, I Vol., 2.ª ed. revista e actualizada, AAFDL, 1984.
- CORREIA, EDUARDO, *Unidade e Pluralidade de Infracções : Caso Julgado em Poderes de Cognição do Juiz: A Teoria do Concurso em Direito Penal (reimpressão)*; 1996. Através de:
- COSTA, JOSÉ DE FARIA/RAMOS, MARIA ELISABETE, *O crime de abuso de informação privilegiada (Insider Trading). A informação enquanto problema Jurídico-Penal*, Coimbra, 2006.
- D'ALMEIDA, LUÍS DUARTE, *O “Concurso de Normas” em Direito Penal*, Coimbra, Almedina, 2004.
- DIAS, AUGUSTO SILVA, *Protecção Jurídico-Penal de Interesses dos Consumidores*, edição policopiada, das “lições” ao curso de pós-graduação em Direito Penal económico e europeu, Faculdade de Direito de Coimbra. Coimbra, 2001.
- FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português: As Consequências Jurídicas do Crime*, Aequitas e Editorial Notícias, 1993.
- _____, *Direito Penal: Sumários e notas das lições ao 1.º ano do curso complementar de ciências jurídicas da Faculdade de Direito de 1975-1976 (polic.)*, Coimbra, Universidade de Coimbra, 1976; Através de:
- _____, *Sobre o crime antieconómico de açambarcamento por recurso de venda*. In *Direito Penal Económico e Europeu: Textos doutrinários*, Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.
- _____, *Actas 1993, 297, apud MONIZ, HELENA ISABEL, Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte especial, Tomo II*, Coimbra, 1999.
- _____, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte especial, Tomo II*, Coimbra, 1999.
- MONIZ, HELENA ISABEL, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte especial, Tomo II*, Coimbra, 1999.

- MONTEIRO CRISTINA LÍBANO, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte especial*, Tomo II, Coimbra, 1999.
- REIS CÉLIA/SOUSA RITA DUARTE/VIDAL ISABEL/WILTON PEDRO, *Operações de Short Selling*, in “Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários”, acessível em: <http://www.cmvm.pt/CMVM/Publicacoes/Cadernos/Documents/c4147258a9f84d17a0b37465f7df68b9short_selling.pdf>.
- VALDAGUA, MARIA DA CONCEIÇÃO, *Síntese do Concurso*, acessível em: <http://www.lis.ulusiada.pt/old/auditor/seguro/documentos/bib_7/2006/sinteseedoconcurso_341_347.pdf>.
- VEIGA, ALEXANDRE BRANDÃO DA, 2001, *Crime de Manipulação, Defesa e Criação de Mercados*, Almedina.

Jurisprudência

- Assento n.º 8/2000, do Supremo Tribunal de Justiça, publicado no DR n.º 119, I Série A, de 23, de Maio.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 19-02-1992, acessível na internet, no endereço electrónico: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/859c5169d1d1049e802568fc003a00c0?OpenDocument&Highlight=0,burla,falsifica%C3%A7%C3%A3o,curso>>.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 20-11-2003, acessível na internet, no endereço electrónico, <<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/386f82a0cab13fb80256e3c005266c6?OpenDocument>>.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, acessível na internet em: <<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/386f82a0cab13fb80256e3c005266c6?OpenDocument>>.

O CONTENCIOSO PRÉ-CONTRATUAL PÚBLICO PORTUGUÊS — PROPOSTA DE REVISÃO À LUZ DO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA(*)

Pelo Doutor Pedro Cerqueira Gomes(**)

SUMÁRIO:

Lista de abreviaturas. **1. Introdução.** **1.1.** Delimitação do objeto de investigação. **1.2.** Metodologia e sequência. **2. A europeização do contencioso pré-contratual público — as diretivas recursos.** **2.1.** O porquê das diretivas recursos. **2.2.** As primeiras diretivas recursos — 89/665/CEE e 92/13/CEE. **2.3.** A insuficiência das diretivas 89/665 e 92/13 e as modificações operadas pela diretiva 2007/66/CE. **2.4.** Há vida para além das diretivas recursos? **3. Os problemas do contencioso pré-contratual público português.** **3.1.** Fatores endógenos. **3.1.1.** A nova lógica suspensiva e o regime português; **3.1.2.** A contratação excluída do art. 100.º CPTA. **3.2.** Fatores exógenos. **3.3.** Síntese. **4. Perspetivas de reforma — uma visão de *iure constituendo*.** **4.1.** Arbitragem necessária e institucionalizada vs entidade administrativa com poderes para-judiciais. **5. Conclusão. Bibliografia.**

(*) O presente texto corresponde à minha dissertação de Mestrado entregue, em Dezembro de 2013, na Universidade Católica do Porto. Desta feita não posso deixar de agradecer ao meu orientador Professor Mário Aroso de Almeida, à minha arguente Professora Raquel Carvalho, ao Miguel Cerqueira Gomes, à Sofia Brito da Silva e ao Nuno Sousa e Silva o trabalho e a paciência que tiveram a rever este texto.

(**) Advogado-estagiário e Assistente Convidado no Instituto de Contabilidade e Administração do Porto. Email: <pedrocerqueiragomes@gmail.com>.

Lista de abreviaturas

AG	Advogado(a)-Geral
art.	artigo
arts.	artigos
CCP	Código dos Contratos Públicos
CDFUE	Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia
CEDH	Convenção Europeia dos Direitos do homem
CPTA	Código do Processo dos Tribunais Administrativos
CRP	Constituição da República Portuguesa
DL	Decreto-lei
DUE	Direito da União Europeia
EA	Entidade Adjudicante
EM	Estado Membro
ETAF	Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
INCI	Instituto da Construção e do Imobiliário
JOUE	Jornal Oficial da União Europeia
LAV	Lei da Arbitragem Voluntária
LCSP	Ley de Contratos del Sector Público
para.	parágrafo
p.	página
pp.	páginas
STA	Supremo Tribunal Administrativo
ss.	seguinte(s)
TC	Tribunal de Contas
TCA	Tribunal Central Administrativo
TFUE	Tratado de Funcionamento da União Europeia
TJ	Tribunal de Justiça da União Europeia
TRLCS	Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público
TUE	Tratado da União Europeia
UE	União Europeia

1. Introdução

1.1. Delimitação do objeto de investigação

O presente artigo incide sobre as influências europeias no contencioso pré-contratual público português.

Hoje em dia, é inegável que a ingerência europeia, em matéria de tutela pré-contratual, obriga os EM à criação de inúmeros instrumentos jurídicos vocacionados para garantir a plena efetividade da regulamentação europeia (Tratados Europeus e diretivas recursos). Sendo que, para lograr esse objetivo, o legislador europeu privilegiou, de forma clara, a utilização de mecanismos de tutela preventiva, isto é, que permitissem uma correção das ilegalidades numa fase em que estas ainda pudessem ser corrigidas, por intermédio de meios céleres e eficazes.

Ora, partindo de uma reflexão séria, profunda e crítica, procuraremos, neste estudo, por um lado, aferir da compatibilidade do regime português com as ditas exigências de cariz europeu, *máxime* quando as ilegalidades residam sobre o ato de adjudicação e, por outro lado, procurar possíveis soluções para os problemas encontrados, através de uma análise de direito comparado. Fora do âmbito deste trabalho ficam a tutela pós-contratual; a impugnação de outros atos procedimentais que não a decisão de adjudicação; e as exceções previstas para os setores especiais da contratação pública.

1.2. Metodologia e sequência

Em termos metodológicos centramo-nos, num primeiro momento, na análise das exigências europeias, em sede de tutela pré-contratual, mormente através do estudo da jurisprudência relevante do TJ e da literatura nacional e internacional que releva nesta matéria.

Num segundo momento, aferimos da compatibilidade do contencioso português para dar cumprimento às *reivindicações* das diretivas recursos, tendo consultado, para o efeito, literatura nacio-

nal e alguma jurisprudência dos tribunais administrativos. Por fim, no último capítulo, propomos algumas soluções para os óbices encontrados, através de uma análise de direito comparado.

2. A europeização do contencioso pré-contratual público — *as diretivas recursos*

2.1. O porquê das diretivas recursos

O papel de destaque assumido, desde cedo, pela contratação pública na construção do projeto europeu, conduziu ao aparecimento de uma ampla convergência normativa europeia das regras jurídicas substantivas, operada pelas diretivas que vieram regular a coordenação dos procedimentos de adjudicação relativos a diversos tipos de contratos públicos em distintos setores (gerais e especiais)⁽¹⁾. Porém, desde cedo, se reconheceu que a *europeização* das regras de direito material da contratação pública teria que ser, igualmente, alargada aos *meios processuais* de tutela em matéria de procedimentos adjudicatórios públicos. A heterogeneidade e ineficácia destes mecanismos de tutela nos diversos EM⁽²⁾ estariam a eivar a eficácia das normas europeias da contratação pública e, conseqüentemente, o regular funcionamento do mercado interno.

⁽¹⁾ Encontram-se atualmente em vigor, quanto aos aspetos *procedimentais*, as diretivas: 2004/18/CE (relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços); 2004/17/CE (relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais); 2009/81/CE (relativa à coordenação dos processos de adjudicação de determinados contratos de empreitada, contratos de fornecimento e contratos de serviços por autoridades ou entidades adjudicantes nos domínios da defesa e da segurança, e que altera as diretivas 2004/17/CE e 2004/18/CE). Note-se que as diretivas 2004/17 e 2004/18 encontram-se num estado avançado de revisão que deverá terminar com a publicação, no início de 2014, de um novo pacote legislativo, no qual se inclui uma nova diretiva relativa às concessões. Esta reforma visa conferir uma maior flexibilidade e modernização à contratação pública europeia, com destaque para a utilização de procedimentos que envolvam uma fase de negociação e a utilização de meios eletrónicos. Criticando alguns aspetos da reforma, S. ARROWSMITH, 2012: 71 ss.

⁽²⁾ I. CELESTE FONSECA, 2006: 511.

Desta feita, o legislador europeu movido pela necessidade de dar cumprimento ao princípio da efetividade⁽³⁾ decidiu restringir a autonomia processual dos EM⁽⁴⁾, por via legislativa⁽⁵⁾, pois constatou que era imperativo conferir um maior grau de *enforcement* às normas substantivas de DUE da contratação pública, através da criação de um conjunto uniforme de regras capazes de conferir uma tutela efetiva aos potenciais candidatos/concorrentes⁽⁶⁾.

Coube, assim, às primeiras *diretivas recursos*⁽⁷⁾, estabelecer os requisitos mínimos de tutela que deveriam ser encontrados em todos os EM para os contratos abrangidos pelas diretivas 2004/17 e 2004/18.

(3) A emergência do princípio da efetividade, no seio da UE, prendeu-se com o facto de o DUE pretender manter ao nível da sua execução elevados níveis de descentralização, ou seja, a execução dos seus comandos normativos seria realizada, maioritariamente, por entidades pertencentes aos EM. Isto conduziu a uma verificação prática de défices de aplicação das normas de cariz europeu. O TJ viu-se, pois, forçado a desenvolver determinados princípios que assegurassem a efetividade da ordem jurídica europeia, tais como o do primado; efeito direto; interpretação conforme; tutela jurisdicional efetiva; equivalência e um modelo de responsabilidade do Estado por violação do DUE. Porém, neste estudo, apenas nos iremos referir ao princípio da efetividade na sua vertente limitativa da autonomia processual dos Estados.

(4) Podemos definir autonomia processual dos EM como a faculdade de os mesmos definirem o complexo normativo jurídico-processual responsável pela definição da tramitação e resolução jurisdicional dos litígios. Para uma definição similar ver, M. PRATA ROQUE, 2011: 69.

(5) A base legitimadora no Tratado para esta restrição expressa encontra-se prevista no art. 114.º TFUE.

(6) Para D. PACHNOU, 2003:74-76, a *ratio* subjacente às diretivas recursos reflete um duplo propósito: (i) o respeito pelas regras procedimentais estabelecidas pelas diretivas 2004/17/CE e 2004/18/CE e (ii) a proteção dos potenciais candidatos/concorrentes contra possíveis violações de DUE na contratação pública. A este respeito S. ARROWSMITH, 1992: 49, apesar de assumir a existência daquele duplo propósito, advoga que o objetivo primário é sempre o de garantir a eficácia das Diretivas europeias referentes às regras substantivas concursais. Não nos iremos ocupar desta discussão doutrinária. Partimos, pois, da premissa que o princípio da efetividade será sempre o objetivo primário, sendo o desenvolvimento do princípio da tutela jurisdicional efetiva o meio mais adequado para atingir esse objetivo.

(7) Diretiva 89/665/CEE e 92/13/CEE.

2.2. As primeiras *diretivas recursos* — 89/665/CEE e 92/13/CEE⁽⁸⁾

Por forma a lograr o presente desidrato - nomeadamente garantir a plena aplicação e efetividade do direito substantivo europeu da contratação pública, por intermédio da imposição de um conjunto de normas aptas a proteger os direitos e interesses legalmente protegidos dos particulares que gravitam no *universo* pré-contratual público — surgiram as primeiras *diretivas recursos*⁽⁹⁾. Estas privilegiavam, sobretudo, a utilização de mecanismos de *tutela preventiva ou antecipatória*⁽¹⁰⁾, isto é, que permitissem a correção das infrações numa fase em que estas ainda pudessem ser emendadas, através de meios céleres e eficazes⁽¹¹⁾.

Dentro desta lógica *preventiva*, as *diretivas recursos* começaram por impor aos EM, além da obrigatoriedade de concederem indemnizações aos lesados⁽¹²⁾, a implementação de um *recurso de tutela urgente*⁽¹³⁾, que fosse capaz de decretar as medidas provisórias⁽¹⁴⁾ e definitivas necessárias para a correção de alegadas viola-

⁽⁸⁾ No presente estudo não iremos atender às exceções impostas pela diretiva 92/13/CEE (relativa aos setores especiais da contratação pública). Sendo que, salvo referência em contrário, doravante todos os artigos citados no ponto 2.2. pertencem à diretiva 89/665/CEE.

⁽⁹⁾ Não iremos, neste ponto, efetuar uma análise detalhada de todos os pontos da diretiva, mas apenas salientar aqueles que serão relevantes para a nossa exposição.

⁽¹⁰⁾ D. PRETIS, 2010: 3.

⁽¹¹⁾ Neste sentido, I. CELESTE FONSECA, 2006: 512.

⁽¹²⁾ Art. 2.º, n.º 1, al. c). Pese embora, não possamos considerar a obrigatoriedade de indemnizar os lesados por ilegalidades ocorridas num procedimento pré-contratual uma *dimensão direta* de tutela preventiva, esta não deixa de cumprir um importante papel. X. ZHANG, 2007: 328 e 339 evidencia a potencialidade dissuasora que *generosas* indemnizações por lucros cessantes conseguiram ter no comportamento das EA. Contudo, o mesmo autor, alerta para o efeito perverso destas *generosas* indemnizações, na medida em que poderão comprometer o *erário público*, afetando a disponibilidade financeira das EA para satisfazer necessidades coletivas futuras. Pela nossa parte, é necessário arranjar um equilíbrio quanto ao *quantum indemnizatório*, por forma a não provocar situações de autêntica impunidade, mas, também, sem prejudicar de forma excessiva o *erário público*.

⁽¹³⁾ Art. 1.º, n.º 1 “...as decisões das entidades adjudicantes possam ser objecto de recursos eficazes e, sobretudo, tão céleres quanto possível...”

⁽¹⁴⁾ Art. 2.º, n.º 1, al. a) “Tomar o mais rapidamente possível, através de um processo de urgência, medidas provisórias destinadas a corrigir...”

ções⁽¹⁵⁾, impedindo, assim, o surgimento de novos danos. Por conseguinte, conferiu-se às instâncias de recurso a hipótese de decretarem a suspensão do procedimento adjudicatório. Sendo que, a decisão de suspensão do procedimento adjudicatório deveria obedecer a uma ponderação igualitária dos interesses em jogo⁽¹⁶⁾, nomeadamente, o interesse público e os direitos subjetivos dos particulares⁽¹⁷⁾.

No que concerne à instância de recurso responsável por conduzir este mecanismo *urgente e eficaz*, a diretiva deixou alguma margem de liberdade. Era, pois, necessário respeitar a cultura jurídica de resolução de litígios públicos vigente nos diversos EM. Daí a possibilidade de entregar este *recurso urgente*, em primeira instância, a Tribunais (judiciais ou administrativos)⁽¹⁸⁾ ou a entidades administrativas independentes das EA. Todavia, caso a instância responsável pelo recurso fosse uma entidade administrativa independente, as suas decisões deveriam ser, por um lado, fundamentadas por escrito e, por outro lado, passíveis de *recurso jurisdiccional*⁽¹⁹⁾, obedecendo a nomeação dos seus membros a estritos critérios⁽²⁰⁾.

⁽¹⁵⁾ Anulando decisões ilegais, incluindo a supressão de especificações técnicas, económicas ou financeiras discriminatórias constantes de qualquer relacionado com o procedimento pré-contratual — art. 2.º, n.º 1, al. b).

⁽¹⁶⁾ Art. 2.º, n.º 4.

⁽¹⁷⁾ A este propósito, C. FERNANDES CADILHA/A. CADILHA, 2013: 28-46.

⁽¹⁸⁾ Existia alguma *diferenciação* quanto à natureza jurídica dos contratos emergentes de procedimentos pré-contratuais públicos. Nalguns países assumia as vestes de contrato privado (Alemanha, Dinamarca e Reino Unido) estando submetidos à jurisdição civil; e noutros países as vestes de contrato público (Espanha, França e Portugal) encontrando-se alocados à jurisdição administrativa, S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, 2010: 47-52. Em regra, os EM que entregavam os litígios à jurisdição civil enfrentaram grandes problemas de adequação às exigências estabelecidas nas Diretivas. Por uma banda, quanto à nova configuração dos procedimentos adjudicatórios com regras favoráveis à transparência e concorrência e por outra banda, quanto aos traços de urgência e eficácia do mecanismos de tutela, forçando Estados como a Dinamarca a optar pela criação de uma entidade administrativa independente com poderes para-judiciais.

⁽¹⁹⁾ A entidade responsável pelo recurso tem que preencher os requisitos do conceito de “órgão jurisdiccional nacional” na aceção do art. 267.º TFEU (art. 2.º, n.º 8). Para uma análise dos requisitos *vide*, no plano nacional, M. FONTAINE CAMPOS, 2012: 181, ss.

⁽²⁰⁾ Art. 2.º, n.º 8.

2.3. A insuficiência das diretivas 89/665 e 92/13 e as modificações operadas pela diretiva 2007/66/CE

Com o decorrer dos anos as instituições europeias constataram que as exigências garantísticas de recurso, patentes nas primeiras diretivas, não estavam a conseguir alcançar os objetivos traçados pelo legislador europeu⁽²¹⁾. Emergia a necessidade de uma reforma legislativa. Assim, em 2007, a diretiva 2007/66/CE⁽²²⁾ veio modificar as anteriores diretivas 89/665 e 92/13/CEE. Aquela animada, mais uma vez, pela lógica de melhorar a *eficácia do recurso em matéria de adjudicação de contratos públicos*, procurou resolver três problemas considerados nucleares. Primeiro, o aumento do número de ajustes diretos ilegais⁽²³⁾. Segundo, o fenómeno da *corrida à assinatura do contrato*⁽²⁴⁾. E, ainda, a ineficácia da tutela pós-contratual, em face das inúmeras dificuldades probatórias dos operadores económicos em demonstrarem que, se não fosse a ilegalidade ocorrida, estes teriam sido os legítimos vencedores do procedimento adjudicatório. Estas dificuldades quando aliadas a uma quantificação irrisória dos danos decorrentes das violações das regras de DUE da contratação pública, tornavam a tutela pós-contratual incapaz de produzir um qualquer efeito dissuasor e corretivo⁽²⁵⁾.

O modo de resolução destes óbices à eficácia em matéria adjudicatória foi realizado através da adoção de três medidas fundamentais:

(21) Conforme se verifica da análise do relatório da Comissão em 2006, *Impact Assessment Report — Remedies in the field of public procurement*, 4 de Maio de 2006, ref.: SEC (2006) 557.

(22) No ponto 2.3, salvo menção em contrário, todos os artigos pertencem à diretiva 2007/66/CE.

(23) Segundo o TJ é a violação mais grave de DUE da contratação pública, caso C-26/03 *Stadt Halle* para. 37.

(24) A ausência de um prazo suspensivo mínimo entre o momento da adjudicação e a celebração do contrato havia criado uma tendência, por parte das EA europeias, que pretendiam tornar irreversíveis as consequências da adjudicação, designada por "*corrida à assinatura do contrato*" que anulava qualquer chance de uma tutela antecipatória.

(25) Neste sentido, C. DE KONINCK/P. FLAMEY, 2009: pp. 4-7. No plano nacional, numa argumentação não totalmente coincidente, I. CELESTE FONSECA, 2008: pp. 49-71; M. JOÃO ESTORNINHO, 2011: pp. 24-25.

(i) *Standstill*

Em primeiro lugar, a previsão de um período mínimo de suspensão, de 10 ou 15 dias consecutivos⁽²⁶⁾, dependendo do meio de comunicação utilizado, entre a decisão de adjudicação e a celebração do contrato (o chamado prazo *standstill* — art. 2.º-A). Esta medida resulta de uma codificação da jurisprudência do TJ nos casos *Alcatel*⁽²⁷⁾ e *Comissão vs. Áustria*⁽²⁸⁾. Segundo R. CARANTA⁽²⁹⁾, nestes casos, o TJ considerou indispensável que fosse facultado aos concorrentes um período de tempo suficiente para analisarem a decisão de adjudicação, sendo este mesmo período parte incidível de um princípio de tutela efetiva. Contudo, são permitidas exceções a este prazo suspensivo nas situações elencadas no art. 2.º-B, designadamente nos casos de aquisições particularmente urgentes ou efetuadas mediante acordos-quadro⁽³⁰⁾.

(ii) Efeito suspensivo automático

Em segundo lugar, mantém-se a possibilidade de adotar medidas provisórias⁽³¹⁾, podendo estas levar ou não à suspensão do procedimento pré-contratual o que dependerá sempre de uma análise e ponderação casuística dos interesses presentes. No entanto, a nova diretiva impôs a existência de um *efeito suspensivo automático* quando o recurso incida sobre o ato de adjudicação — art.2.º, n.ºs 3, 4 e 5 — devendo o procedimento permanecer suspenso até que o órgão responsável pelo recurso, em primeira instância, tenha decidido sobre a manutenção ou o levantamento

⁽²⁶⁾ Alguns EM decidiram fazer coincidir o período de *standstill* com o prazo de caducidade para instaurar o *recurso pré-contratual* dos contratos abrangidos pelas diretivas, por forma a respeitar o *espírito suspensivo* desta medida, apesar de a diretiva não o exigir expressamente. A título de exemplo veja-se o regime Italiano, onde vigora aquele modelo, R. DE NICTOLIS, 2010: ponto 5.4. b).

⁽²⁷⁾ C-81/98, para. 43.

⁽²⁸⁾ C-212/02, para. 23.

⁽²⁹⁾ R. CARANTA, 2011: p. 75.

⁽³⁰⁾ Para uma análise crítica das exceções ao prazo de *standstill*, em especial para as situações de acordos-quadro, ver G. M. RACCA, 2011: pp. 95-97.

⁽³¹⁾ Atente-se que as medidas provisórias poderão ser alcançadas, quer pela via de uma tutela principal, quer por uma tutela cautelar.

do efeito suspensivo⁽³²⁾. Quanto aos critérios que deverão presidir à decisão de manutenção ou levantamento do efeito suspensivo, a diretiva é omissa, remetendo a sua regulamentação para os EM. Porém, os critérios estabelecidos nunca poderão colocar o princípio da efetividade de DUE em causa⁽³³⁾.

(iii) “Privação de efeitos”

Por último, o estabelecimento da “privação de efeitos” como sanção para a adjudicação ilegal de contratos, mormente para pôr cobro aos ajustes diretos ilegais⁽³⁴⁾. Alargando, pela primeira vez, a tendência de *europização* dos contratos públicos à disciplina substantiva que rege a própria execução dos contratos, igualmente influenciada pelo TJ^(35/36). O objetivo deste tipo de sanção seria, por uma banda, esclarecer que certas violações graves de DUE no domínio dos contratos públicos não poderiam continuar a ser protegidas sob o manto do princípio *pacta sunt servanda*⁽³⁷⁾ e, por outra banda, funcionar como uma alternativa à fraca cultura indemnizatória dos EM, que não produzia o efeito *desencorajador* necessário⁽³⁸⁾. As EA podem, todavia, evitar esta sanção, se respeitarem os requisitos cumulativos. A título exemplificativo, veja-se o art. 2.º-D, n.º 4 que permite o afastamento da “privação de efeitos” quando: *a*) a diretiva 2004/18 permita a celebração do contrato sem a prévia publicação no JOUE; *b*) a EA tenha publicado um *anúncio voluntário de transparência ex-ante*, nos termos do art. 3.º-A da diretiva; *c*) tenha sido respeitado o período *standstill*. Por último, a instância de recurso independente da EA, depois de uma ponderação dos interesses em causa, poderá considerar que o contrato, mesmo ilegal não será desprovido de efeitos, uma vez que existem

(32) Art. 2.º, n.º 3.

(33) S. TREUMER, 2011: p. 30.

(34) O art. 2.º-D estabelece as situações que deverão ser sancionadas com a “privação de efeitos” do contrato.

(35) C-503/04 *Comissão v Alemanha*, para um análise do caso S. TREUMER, 2011: pp. 22-25.

(36) I. CELESTE FONSECA, 2008: p. 63.

(37) C. BOVIS, 2012: pp. 195-197.

(38) S. TREUMER, 2007: pp. 371 ss.

razões imperiosas de interesse geral⁽³⁹⁾ que exigem a manutenção dos seus efeitos (art. 2.º-D, n.º 3), devendo a instância de recurso, nesse caso, optar por sanções alternativas, tais como a aplicação de sanções pecuniárias à EA ou a redução do contrato (art. 2.º-E, n.º 2)⁽⁴⁰⁾.

(iv) Síntese

Estes novos mecanismos vão além das típicas garantias de recurso impostas pelas primeiras diretivas recursos, porque pretendem introduzir, igualmente, modificações de natureza *substantiva*. Na ótica de D. Pretis⁽⁴¹⁾ este novo alargamento intende formar um verdadeiro *sistema europeu de tutela preventiva*, pautado por características de celeridade e eficácia. Refutando, na nossa humilde opinião, a lógica das primeiras diretivas de requisitos mínimos e criando uma nova lógica de requisitos integradores de um sistema de tutela unitário, fruto de um forte ativismo judicial por parte do TJ⁽⁴²⁾.

2.4. Há vida para além das diretivas recursos?

(i) a problemática dos contratos não abrangidos pelas diretivas 2004/17 e 2004/18

Conforme destacamos, foi a necessidade de garantir a plena aplicação e execução do DUE da contratação pública que justificou o aparecimento das *diretivas recursos*. O seu aparecimento veio fixar de forma expressa requisitos e características de tutela que os EM deveriam sempre observar quando estivessem em causa os contratos abrangidos pelas diretivas 2004/17 e 2004/18. Não

⁽³⁹⁾ O art. 2.º-D, n.º 3 exclui como razão imperiosa de interesse geral o interesse económico diretamente relacionado com o contrato em causa.

⁽⁴⁰⁾ Sobre a transposição desta *sanção* para o ordenamento jurídico português, vide R. CARVALHO, 2011: pp. 51 ss; e N. SOUSA E SILVA/P. CERQUEIRA GOMES, 2012: pp. 57-63.

⁽⁴¹⁾ D. PRETIS, 2010: p. 7.

⁽⁴²⁾ Criticando, em termos generalistas, as frequentes interpretações do TJ além da *letra da lei*, A. ARNULL, 2006: pp. 607, ss.

obstante, urge perguntar se existe alguma imposição de *tutela*, decretada pela UE, quanto aos contratos não abrangidos pelas diretivas 2004/17 e 2004/18.

Segundo D.U. GALLETA, desde o caso *Rewe*⁽⁴³⁾ que o TJ defende que não existe um verdadeiro princípio da autonomia processual dos EM, pois mesmo não existindo instrumentos de direito secundário europeu, os órgãos responsáveis pelos recursos nos EM estão sempre *funcionalizados* à aplicação do DUE. Esta jurisprudência veio fixar dois *requisitos princípios lógicos* que os Estados deveriam sempre garantir quando estivessem em causa *direitos conferidos pelo ordenamento jus-europeu*: (1) proibição de conferir um tratamento menos favorável a direitos da UE do que aquele que é dado pelos EM em casos similares — *princípio da equivalência*; e (2) proibição de os meios disponibilizados pelos ordenamentos jurídicos nacionais tornarem impossível ou extremamente oneroso o exercício de um direito conferido pela União — *princípio da efetividade*⁽⁴⁴⁾. Entendimento, este, consagrado atualmente no art. 19.º, n.º 1 do TUE⁽⁴⁵⁾; e nos arts. 6.º da CEDH e 45.º CDFUE, ambos parte integrante dos Tratados Europeus, segundo o art. 6.º TUE⁽⁴⁶⁾.

Um olhar menos atento ao universo europeu das regras da contratação pública poderia fazer-nos negar a aplicabilidade da jurisprudência *Rewe* aos procedimentos pré-contratuais não abrangidos pelas diretivas, uma vez que seríamos tentados a afirmar que não existiriam mais direitos, de cariz europeu, a tutelar fora dos casos previstos nas diretivas substantivas. Avizinhava-se, portanto, uma total harmonização e coincidência entre os direitos conferidos pelas diretivas e os direitos conferidos pelo ordenamento europeu aos operadores económicos que pretendam fazer parte de um procedimento pré-contratual.

(43) C-33/76.

(44) D. U. GALLETA, 2010: pp. 7-22.

(45) Acompanhamos aqui a opinião de M. P. CHITTI, 2011:500 quando este realça o art. 19.º do TUE como um elemento probatório crucial para negar a existência de uma verdadeira autonomia processual dos EM.

(46) A *funcionalização* da autonomia processual prende-se, também, com o facto de a aplicação e execução do DUE estar entregue aos EM, através de um modelo de *execução descentralizada*.

Este último raciocínio apresenta-se, porventura, ilusório e falacioso. Para uma melhor compreensão das razões que nos levam a considerar este raciocínio ferido de premissas falaciosas, torna-se necessário recordar os casos *Telaustria*⁽⁴⁷⁾ e *Coname*⁽⁴⁸⁾ e as Comunicações interpretativas da Comissão em 2006⁽⁴⁹⁾ e 2008⁽⁵⁰⁾. Muito sucintamente esta jurisprudência e Comunicações intentam aclarar que, quando um contrato tiver relevância para o mercado interno⁽⁵¹⁾, o simples facto de o mesmo se encontrar excluído das diretivas da contratação pública⁽⁵²⁾ não dispensa as EA de respeitarem os princípios dos Tratados, nomeadamente o da não-discriminação e igualdade. Ficando, desta forma, as EA vinculadas a uma *obrigação de transparência*. Esta *obrigação de transparência* obrigaria à publicidade da decisão de contratar; a procedimentos pré-contratuais imparciais e não discriminatórios; e a um sistema de recursos apto a conceder uma tutela jurisdicional efetiva. Este entendimento criou bastante contestação entre os EM e alguma doutrina⁽⁵³⁾, chegando mesmo a originar um litígio entre o Estado Alemão e a Comissão⁽⁵⁴⁾. Instau-

⁽⁴⁷⁾ C-324/98.

⁽⁴⁸⁾ C-231/03.

⁽⁴⁹⁾ Comunicação interpretativa da Comissão sobre o direito comunitário aplicável à adjudicação de contratos não abrangidos, ou apenas parcialmente, pelas diretivas comunitárias relativas aos contratos públicos, 2006/C 179/02.

⁽⁵⁰⁾ Comunicação interpretativa da Comissão sobre a aplicação do direito comunitário em matéria de contratos públicos e de concessões às parcerias público-privadas institucionalizadas (PPPI), 2008/C 91/02.

⁽⁵¹⁾ Isto é, seja passível de despertar o interesse de outros operadores económicos noutro EM. Este conceito foi densificado na jurisprudência europeia, atente-se ao C-147/06 e C-148/06 *Secap e Santorso v Comune di Torino*, para. 31. E na Comunicação Interpretativa da Comissão de 2006 179/02, ponto 1.3. Analisando o conceito na doutrina internacional, P. TELLES, 2013: pp. 11-14.

⁽⁵²⁾ Art. 17.º da diretiva 2004/18. Na jurisprudência citada, neste ponto, apenas estaria em causa a sujeição das concessões de serviços públicos às regras europeias da contratação pública.

⁽⁵³⁾ Arrowsmith entende que o entendimento do TJ é uma manifesta restrição à liberdade dos EM. Chegando mesmo a alegar que, este entendimento é uma violação do princípio da separação de poderes, dado que o TJ saiu do seu domínio judicial e entrou na esfera legislativa, competência do Parlamento e do Conselho. Por último, também viola o princípio geral de direito europeu da segurança jurídica, S. ARROWSMITH, 2010: 82. Neste sentido ver também S. MARS, 2013: pp. 316 e ss.

⁽⁵⁴⁾ C-258/06. Para uma análise completa do acordo Z. PETERSON, 2010: pp. 215-220.

rando aquele, sem sucesso, uma ação de anulação com vista a afastar a Comunicação Interpretativa de 2006, onde argumentava que esta Comunicação criava novas obrigações para os Estados quando comparadas com as obrigações típicas que já decorreriam dos princípios do TFUE, violando o princípio da subsidiariedade (art. 5.º, n.º 3 TUE).

Munidos então das premissas essenciais quanto a esta matéria, devemos voltar à questão que mais interessa para o nosso propósito, isto é, se o conjunto garantístico das diretivas recursos deverá *vincular* exclusivamente a contratação pública abrangida pelas diretivas substantivas; ou, se deverá abranger a contratação pública excluída do seu âmbito de aplicação, à luz dos princípios gerais dos Tratados da União.

Tomando uma opção mais maximalista oferece destaque a posição assumida por R. CARANTA⁽⁵⁵⁾. Este assinala que as imposições das diretivas recursos deverão ser aplicadas à maioria da contratação pública, independentemente do facto de se encontrar excluída das diretivas 2004/17 e 2004/18. Para o autor, estamos perante um argumento de *maioria de razão*. Ora, se os princípios da igualdade e não discriminação e a obrigação de transparência se aplicam a todos os procedimentos pré-contratuais em que exista um interesse transfronteiriço certo, a situação em apreço não poderá ter um tratamento distinto. Logo, o facto de existirem princípios gerais da efetividade e da tutela jurisdicional efetiva⁽⁵⁶⁾, desenvolvidos de forma independente da contratação pública, é justificação bastante para obrigar os EM a providenciarem um nível de tutela equivalente aquele presente nas diretivas recurso, para a maioria dos contratos públicos. Em sentido favorável a esta presunção encontra-se a referência feita pela Comissão, na sua Comunicação interpretativa de 2006, à aplicabilidade do princípio da tutela jurisdicional efetiva na contratação excluída⁽⁵⁷⁾.

⁽⁵⁵⁾ R. CARANTA, 2011: pp. 57-60.

⁽⁵⁶⁾ Art. 19.º, n.º 1 do TUE; art. 6.º da CEDH ; art. 45.º CDFUE.

⁽⁵⁷⁾ Comunicação interpretativa da Comissão sobre o direito comunitário aplicável à adjudicação de contratos não abrangidos, ou apenas parcialmente, pelas directivas comunitárias relativas aos contratos públicos, 2006/C 179/02, ponto 2.3.1; 2.3.2.; e 2.3.3.

Pela nossa parte, acrescentamos, em primeiro lugar, que o grande grupo de contratos excluídos pela diretiva 2004/18, aptos a potenciar um interesse transfronteiriço e, conseqüentemente, a criar direitos de natureza europeia carecedores de tutela, são, maioritariamente: as concessões de serviços públicos e alguns contratos nos domínios da defesa e da segurança. Atualmente, os primeiros estão em vias de se tornarem abrangidos por normas de direito derivado da união. Deverá entrar em vigor, no início de 2014, a primeira diretiva relativa a concessões⁽⁵⁸⁾. Pode ler-se na primeira versão consolidada⁽⁵⁹⁾ que os arts. 44.º e 45.º operarão uma modificação às atuais diretivas recursos alargando as suas garantias de tutela, também, às concessões de serviços públicos, tornando estéril a problemática anterior quanto a este tipo de contratação pública. No que concerne a alguns contratos no sector da defesa e da segurança a diretiva 2009/81/CE, nos seus arts. 55.º e ss, edifica um sistema próprio de recursos, dado o cariz *especial* que emerge desta tipologia contratual, que, no entanto, se mantém bastante próximo do sistema presente nas diretivas⁽⁶⁰⁾. Esta *inflação* legislativa irá imprimir um maior clima de *segurança jurídica* no ordenamento jurídico europeu tão requerido, nesta sede, pelos EM.

Por fim, perguntar-se-á ainda que tutela conferir aos restantes contratos não abrangidos pelo escopo aplicativo de direito derivado europeu. Entendemos, aqui, que, pese embora a exclusão do âmbito de aplicação das diretivas recurso⁽⁶¹⁾, não existirá, em todo o caso, uma *res nullius* de tutela. Veja-se que os mesmos estão sujeitos ao art. 19.º, n.º 1 do TUE; ao art. 6.º da CEDH⁽⁶²⁾ e ao

⁽⁵⁸⁾ Para uma análise da primeira proposta da Comissão, R. WILLIAMS, 2012: pp. 104-15; A. SANCHEZ GRAELLS, 2012: pp. 3-5, este último questiona mesmo a necessidade de um diretiva autónoma quanto às concessões.

⁽⁵⁹⁾ Disponível em: <<http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&t=PDF&gc=true&sc=false&f=ST%2011748%202013%20INIT&r=http%3A%2F%2Fregister.consilium.europa.eu%2Fpd%2Fen%2F13%2Fst11%2Fst11748.en13.pdf>>.

⁽⁶⁰⁾ Ver, a propósito, M. TRYBUS, 2013: pp. 135 ss. O autor explicita o porquê de um sistema diferenciado de recursos para este tipo de contratos.

⁽⁶¹⁾ Mormente contratos abaixo dos limiares europeus fixados no art. 7.º da diretiva 2004/18 e no regulamento UE n.º 1336/2013 da Comissão de 13 de dezembro de 2013.

⁽⁶²⁾ Sobre a concretização do que significa um processo de plena de jurisdição à luz do art. 6.º CEDH, *vide* M. ALLENA, 2012: pp. 267 ss.

art. 45.º da CDFUE. Na prática torna-se bastante difícil distinguir as exigências decorrentes deste conjunto de artigos, daquelas impostas pelas diretivas recursos, sendo que, por razões de praticabilidade e unidade sistemática de tratamento, julgámos que devem encontrar-se subjugados ao mesmo conjunto garantístico e à mesma instância de recurso.

Se olharmos para a legislação dos diversos EM concluímos que a questão não é pacífica. Estados como França e Itália seguiram uma opção maximalista de tutela alargada à maior parte dos contratos, por outro lado, Reino Unido e Alemanha optaram por um regime minimalista.

(ii) a potencialidade do princípio da efetividade para corrigir imperfeições estruturais do sistema de recursos

Aferir o correto alcance do princípio da efetividade, quando aplicado às diretivas recursos, assume um papel nevrálgico na nossa discussão. Sabemos que, quando aplicado a situações de vazio normativo europeu, a jurisprudência *Rewe* densifica-o como “*a proibição de os meios disponibilizados pelos ordenamentos nacionais tornarem impossível ou extremamente oneroso o exercício de um direito conferido pela União*”. Questão distinta é a de mensurar o significado deste princípio tendo por referência um quadro normativo de exigências e atos legislativos europeus concretos.

D. PANCHOU⁽⁶³⁾ indica que apesar de o TJ nunca ter contribuído, de forma precisa, para clarificar o verdadeiro sentido do princípio da efetividade nas diretivas recurso, este princípio nunca deveria ser definido segundo a lógica do caso *Rewe*, mas antes da seguinte forma: “*Efetividade significa que as disposições europeias das diretivas recursos deveriam ser implementadas e aplicadas, por forma a garantir a efetividade das normas substantivas da contratação pública, através de uma tutela verdadeiramente cor-*

(63) D. PANCHOU, 2003: p. 73. A autora realça sobretudo a jurisprudência *Alcatel* (C-81/98) como uma oportunidade perdida pelo TJ para densificar o princípio em causa.

retiva e preventiva”(64). Esta interpretação representaria, na visão da autora, um *plus* de tutela absolutamente essencial(65).

Hoje em dia, vemos que o TJ nunca se afastou, formalmente, da definição de efetividade do acórdão *Rewe*. A título de exemplo, cita-se o caso *Comissão v Irlanda*(66) onde no parágrafo 62 se pode ler o seguinte: “*O mencionado objectivo de celeridade não permite aos Estados-Membros abstrair do princípio da efetividade, segundo o qual as regras de aplicação dos prazos nacionais de caducidade não devem ser susceptíveis de tornar impossível ou excessivamente difícil o exercício dos direitos que o direito comunitário possa conferir aos interessados, princípio que está subjacente ao objectivo da eficácia do recurso explicitado no artigo 1.º, n.º1, da referida diretiva*”. Noutras decisões a referência ao princípio da efetividade é feita sem qualquer pretensão de aclaração quanto ao seu escopo(67).

Na nossa perspectiva, o facto de estarmos perante um conjunto de normas de DUE, designadamente as diretivas recursos, é fundamento, *per si*, da essencialidade das mesmas como garante de *eficácia* das diretivas substantivas e naturalmente do regular funcionamento do mercado interno, permitindo-nos concluir que o alcance do princípio da efetividade terá, forçosamente, que se apresentar mais forte em situações de *presença normativa* do que em situações de *ausência normativa*.

Contudo, não cremos que seja necessário partir de definição distinta, daquela que foi apurada no caso *Rewe*, para conferir um maior alcance ao princípio da efetividade. Defendemos que esse papel caberá ao TJ, através de uma metodologia puramente casuística. Desta feita, o TJ deverá flexibilizar os conceitos de *impossibilidade* ou *extrema onerosidade* quando as garantias em causa estejam previstas nas diretivas recursos, por forma a assegurar a operacionalidade, individual, de cada *remédio* assegurado pelas

(64) D. PANCHOU, 2003: p. 73. A tradução não é textual e resulta de uma interpretação pessoal do pensamento da autora.

(65) D. PANCHOU, 2003: pp. 72-75.

(66) C-456/08 para. 62.

(67) Exemplificativamente C-406/08, para. 24; C-314/09, para. 39.

mesmas. Importa notar que, na nossa senda, esta flexibilização já é uma realidade — lembre-se o caso *Comissão v Áustria* que originou a futura obrigação de *standstill*⁽⁶⁸⁾.

Isto posto, somos agora levados a questionar-nos se será possível, à luz deste princípio, o TJ forçar um EM a corrigir deficiências estruturais do seu sistema de recurso. Destarte, é possível o seguinte cenário: onde um EM, independentemente do facto de ter transposto as diretivas para o seu ordenamento jurídico, padeça de um conjunto de agentes patogénicos, conexos com a operabilidade e orgânica do seu sistema, nomeadamente, situações de grande morosidade dos tribunais; falta de preparação dos julgadores para lidar com assuntos da contratação pública. Criando, por conseguinte, uma situação de bloqueio dos instrumentos disponibilizados, em abstrato, pelo sistema ou uma total ineptidão para rececionar esses requisitos de tutela.

A maioria da doutrina, com a qual concordamos, refere que a utilização do princípio da efetividade com vista à imposição de mudanças de ordem institucional é uma afronta ao princípio da subsidiariedade (art. 5.º TUE)⁽⁶⁹⁾. No entanto, há que reconhecer que por via *indireta*⁽⁷⁰⁾ o princípio da efetividade pode influenciar mudanças estruturais no sistema de recurso dos EM, sendo paradigmático o exemplo espanhol⁽⁷¹⁾. A necessidade de adequar o regime de recurso espanhol às reivindicações europeias, designadamente a padrões de celeridade do contencioso administrativo aliada a uma condenação no TJ por incumprimento de transposição da diretiva⁽⁷²⁾

(68) Ponto 2.3. (i) do presente texto.

(69) D. PANCHOU, 2003: 77-78; F. SNYDER, 1993: p. 53.

(70) Numa linha argumentativa distinta, mas chegando a uma conclusão similar é interessante transcrever, no original, as palavras de S. MUÑOZ MACHADO, 2009: p. 616 — “*Aunque este (direito europeu) preserva la denominada autonomía institucional de los Estados miembros, para que dispongan con plena libertad de la propia organización de su aparato administrativo, son relativamente frecuentes las normas comunitarios que imponen, directa o indirectamente, criterios de organización que han de ser secundados por los ordenamientos internos*”.

(71) Poderíamos aqui fazer igual menção à Alemanha, Dinamarca, Polónia, Roménia que operaram modificações verdadeiramente estruturais para fazer frente às exigências das diretivas.

(72) C-444/06 *Comissão v Espanha* — O reino de Espanha não detinha um período suspensivo entre a adjudicação e a celebração do contrato, posteriormente designado por

conduziram o legislador espanhol à criação de um conjunto de novas instâncias de recurso, de natureza administrativa, mas dotadas de independência e poderes para-judiciais, designadas por *Tribunales Administrativo Central de Recursos Contractuales*⁽⁷³⁾.

Em suma, quando a *impossibilidade* de exercício de direitos da UE esteja intimamente relacionada com insuficiências estruturais, existe uma necessidade de reflexão e mudança a operar pelos EM. R. CARANTA⁽⁷⁴⁾ realça, com grande perspicácia, o recente papel das entidades administrativas independentes com poderes para-judiciais, como uma solução eficiente, especializada e de baixo custo para os EM com dificuldades em dotar os tribunais judiciais ou administrativos de mecanismos pró-europeus, isto é, verdadeiramente urgentes e efetivos.

3. Os problemas do contencioso pré-contratual público português

Não se pretende, nesta secção, uma análise descritiva dos mecanismos de tutela pré-contratual pública disponibilizados pelo legislador português ou até uma narração exaustiva da transposição das diretivas recursos. Aquilo que almejamos é uma análise seletiva e crítica daquelas enfermidades que, na nossa ótica, geram um maior défice de tutela. Isto dito, somos levados a dividir as patologias do contencioso pré-contratual público em *endógenas* (inerentes aos próprios mecanismos de recurso pré-contratual, particularmente *a falta de um verdadeiro efeito suspensivo automático*) e *exógenas* (relacionadas com aspetos estruturais, externos ao recurso pré-contratual, mas com uma incidência determinante no mesmo, especialmente a morosidade da justiça, falta de sensibilidade do julgador em face da complexidade da disciplina jurídica

standstill na diretiva 2007/66. Para mais detalhes sobre o caso e o processo espanhol de transposição das diretivas, ver J. GIMENO FELIÚ, 2011: pp. 47-108.

⁽⁷³⁾ M. PULIDO QUECEDO, 2010: p. 25

⁽⁷⁴⁾ R. CARANTA, 2011: pp. 83-84.

em causa e, por fim uma fraca cultura indemnizatória verdadeiramente dissuasora).

3.1. Fatores endógenos

3.1.1. A nova lógica *suspensiva* e o regime português

Recorde-se que o legislador europeu, com as alterações providenciadas pela diretiva 2007/66, pretendeu instaurar, definitivamente, uma tutela verdadeiramente antecipatória, privilegiando a utilização de instrumentos jurídicos capazes de corrigir ilegalidades numa fase em que as infrações ainda pudessem ser corrigidas.

Ora, atendendo, quer à natureza do ato de adjudicação como ato administrativo culminante do procedimento adjudicatório⁽⁷⁵⁾ — que comporta uma definição fundamental sobre o concorrente com quem a EA irá contratar e a conseqüente preterição de outros concorrentes em face do adjudicatário⁽⁷⁶⁾ —, quer à proximidade temporal do mesmo com o ato capaz de criar situações definitivas de facto consumado⁽⁷⁷⁾, isto é, com a outorga do contrato⁽⁷⁸⁾, não é de estranhar que a imposição de um *efeito paralisante automático* seja alocada num momento posterior à decisão de adjudicação. Entendemos, pois, que o ato de adjudicação funciona como *último reduto* da tutela preventiva⁽⁷⁹⁾, uma vez que com a outorga do contrato somos remetidos para o universo da tutela pós-contratual.

(75) B. AZEVEDO, 2010: p. 224.

(76) M. e R. ESTEVES DE OLIVEIRA, 2011: pp. 1008-1009.

(77) C. FERNANDES CADILHA/A. CADILHA, 2013: p. 290.

(78) Segundo B. AZEVEDO, a outorga do contrato deve ser vista como uma verdadeira formalidade *ad substantiam*, ou seja, a emergência do vínculo contratual entre a EA e adjudicatário só se verifica com a celebração do contrato, salvo as exceções do art. 95.º, n.º 3 do CCP. Com isto o autor não nega o efeito de ato constitutivo de direitos ao ato de adjudicação, mas apenas que o mesmo não é dotado, por si só, da energia bastante para fazer nascer o vínculo contratual, *in* B. AZEVEDO, 2010: pp. 225-226.

(79) J. GOLDING/P. HENTLY salienta que o próprio TJ, no caso *Comissão v Áustria* (C-212/02), já havia decidido que era após o momento adjudicatário que se deveria seguir o momento da paralisação do procedimento, *in* J. GOLDING/P. HENTLY, 2008: p. 147.

Em coerência com o exposto compreende-se a existência de um termo suspensivo obrigatório entre a adjudicação e a celebração do contrato (*standstill* — art. 2.º-A da diretiva 2007/66) e o automático prolongamento desse mesmo efeito suspensivo caso o recurso incida sobre o ato de adjudicação, devendo este perdurar até que o órgão responsável pelo recurso decida, em primeira instância, do fundo da causa ou sobre a manutenção e levantamento do efeito suspensivo, após uma ponderação equitativa e igualitária dos interesses em jogo (art. 2.º, n.ºs 3, 4 e 5 da diretiva 2007/66)⁽⁸⁰⁾. Estas medidas operam, em conjunto, para lograr o mesmo objetivo de evitar o fenómeno da *corrida à assinatura do contrato*⁽⁸¹⁾.

Ao contrário do que seria expectável, o DL n.º 131/2010, de 14 de dezembro fracassou no seu intento⁽⁸²⁾. Este DL tinha como propósito transpor para o ordenamento português esta dupla obrigação suspensiva, decorrente da diretiva 2007/66 (art. 1.º DL n.º 131/2010), de 14/12.

(i) *Standstill* — art. 104.º do CCP

A obrigação de *standstill* (art. 104.º/1 al. a) do CCP) exige que o contrato não possa ser celebrado antes de decorridos 10 dias contados da data de notificação da decisão de adjudicação a todos os concorrentes (art. 77.º do CCP). Note-se que este prazo de suspensão já vigorava em Portugal desde 2008, nos arts. 95.º e 104.º do CCP, mas com um conjunto de exceções bastante menos abrangentes do que as atuais. O DL n.º 131/2010, de 14/12, veio ampliar o conjunto de situações onde é possível prescindir deste efeito

⁽⁸⁰⁾ Ponto 2.3. (i) e (ii) do presente texto.

⁽⁸¹⁾ De acordo com E. CHITI ainda existirá uma terceira via suspensiva regulamentada no art. 1.º, n.º 5 da diretiva 2007/66: “Os Estados-Membros podem exigir que o interessado solicite previamente à entidade adjudicante a alteração da sua decisão. Nesse caso, os Estados-Membros devem assegurar que a apresentação de tal pedido implique a suspensão imediata da possibilidade de celebrar o contrato”. Não nos debruçaremos sobre as impugnações administrativas (controlo exclusivamente administrativo) no CCP e as suas implicações no plano contencioso. Remetemos para o excelente estudo de A. RAQUEL MONIZ, 2012: pp. 154-158.

⁽⁸²⁾ O DL n.º 131/2010, de 14/12, terá apenas alterado o CCP, olvidando-se que a diretiva 2007/66 também impunha uma modificação do regime contencioso.

paralisante e celebrar o contrato de imediato, isto é, logo após o momento adjudicatório.

A redação inicial do art. 104.º, n.º al. *a*) e *b*) do CCP, apenas permitia o afastamento do período *standstill* quando a escolha do procedimento assentasse num critério de *urgência*⁽⁸³⁾ ou o valor do contrato se situasse abaixo dos limiares europeus⁽⁸⁴⁾. Hoje em dia, a redação do art. 104.º, n.º 2, als. *a*) e *b*) foi modificada, acompanhando textualmente o art. 2.º-B, al. *a*) da diretiva 2007/66, pelo seguinte escrito: “*Não tenha sido publicado anúncio do procedimento no Jornal Oficial da União Europeia*”.

Acompanhamos aqui a perplexidade de M. JOÃO ESTORNINHO⁽⁸⁵⁾ quanto a este alargamento. Na conceção da autora, embora aparentemente em consonância com as exigências da diretiva⁽⁸⁶⁾, o facto de o período de suspensão ser também ele um instrumento de garantia dos princípios fundamentais da atividade concursal administrativa, nomeadamente a legalidade, proteção do interesse público, imparcialidade, transparência e concorrência, deveria justificar uma opção mais restritiva⁽⁸⁷⁾. No entanto, acrescentamos que o Governo deveria ter mantido a redação anterior ao DL n.º 131/2010, de 14/12, porque era, igualmente, aquela que melhor se adequava à *representação* da realidade social nacional. Destarte, num panorama nacional onde as entidades adjudicantes optam 95,9% das vezes por procedimentos de ajuste direto⁽⁸⁸⁾ (não abertos à concorrência), consideramos capital que a maior parte dos mesmos esteja sujeito a um momento de paralisação, dado que isso permitiria uma melhor monitorização de potenciais ajustes diretos ilegais, devendo apenas ficar isentos

(83) Ajuste direto com base num critério material de urgência (art. 24.º, n.º 1, al. *c*) ou concurso público urgente (art. 155.º do CCP).

(84) Art. 19.º, al. *a*); art. 20.º, n.º 1, al. *a*); art. 21.º, n.º 1, al. *a*) do CCP.

(85) M. JOÃO ESTORNINHO, 2012: p. 407.

(86) Art. 2.º-B, al. *a*) diretiva 2007/66.

(87) M. JOÃO ESTORNINHO, 2012: p. 408.

(88) Relatório do Instituto da Construção e do Imobiliário referente à Contratação Pública em 2011, Quadro 7, p. 27, disponível em: <http://www.inci.pt/Portugues/inci/EstudosRelatoriosSectoriais/EstudosRelatorios%20Sectoriais/RelContr_Pub_2011_final.pdf>.

aqueles contratos que visem a satisfação de necessidades públicas *urgentes*⁽⁸⁹⁾.

Juntamos aos argumentos já expostos uma motivação, agora de carácter europeu. A lógica do direito europeu da contratação pública faz finca-pé no pressuposto de que, mesmo quando a contratação pública se encontra excluída do âmbito de aplicação das diretivas, as entidades adjudicantes estão subordinadas a uma *obrigação de transparência* decorrente dos Tratados, desde que exista um *interesse transfronteiriço*⁽⁹⁰⁾. Todavia, a questão primordial, aqui, é a de saber se o *grau desta obrigação de transparência* poderá obrigar a uma publicação no Jornal Oficial da União Europeia (JOUE).

Na explicação de A. BROWN⁽⁹¹⁾, o TJ e a Comunicação interpretativa de 2006⁽⁹²⁾ nunca deram uma resposta clara e inequívoca sobre a questão. Atente-se, contudo, que a circunstância de a comunicação da Comissão eleger a publicação no JOUE como uma solução “...*interessante para grandes contratos*” e o facto da AG Sharpston, no caso *Comissão v Finlândia*⁽⁹³⁾ julgar que o *adequado nível de publicidade* haverá de ser determinado pela EA, tendo por referência o *potencial mercado* do contrato em causa, denota que em algumas situações de fronteira será obrigatório publicar no JOUE, por forma a dar cumprimento à obrigação de transparência que decorre do TFUE⁽⁹⁴⁾.

Quanto a nós, as discrepâncias com o DUE não terminam por aqui. Conforme já o dissemos, o período *standstill* e o efeito sus-

⁽⁸⁹⁾ Claro que não excluimos a isenção do período *standstill* nas restantes situações previstas no art. 2.º-B da diretiva 2007/66, todavia estas foram corretamente transpostas para o nosso ordenamento jurídico (art. 104.º, n.º 2, c) e d) do CCP), pelo que não merecerão a nossa atenção.

⁽⁹⁰⁾ Ver ponto 2.4. (i) do presente trabalho.

⁽⁹¹⁾ A. BROWN, 2010: pp. 171-176.

⁽⁹²⁾ Comunicação interpretativa da Comissão sobre o direito comunitário aplicável a adjudicação de contratos não abrangidos, ou apenas parcialmente, pelas diretivas comunitárias relativas aos contratos públicos, 2006/C 179/02.

⁽⁹³⁾ C-195/04.

⁽⁹⁴⁾ Num sentido discordante C. FERNANDES CADILHA/A. CADILHA, 2013: pp. 292-203. Os autores saudam o alargamento do DL n.º 131/2010, de 14/12, numa lógica de ponderação dos interesses públicos e privados em jogo nos procedimentos adjudicatórios.

pensivo automático decorrente da impugnação do ato de adjudicação cooperam, entre si, para combater o surgimento de situações de facto consumado decorrentes da *corrida à assinatura do contrato*. Daí não compreendermos a falta de sincronismo entre o final do período de *standstill* e o atual prazo de caducidade de um mês, a contar da notificação, para recorrer à via contenciosa (quer principal — art. 101.º CPTA; quer cautelar — art. 123.º, n.º 1, al. a)⁽⁹⁵⁾ CPTA). Logo, existe um hiato temporal de 20 dias sem carácter suspensivo. Advogamos, sem apoio textual na lei, que a *ratio* da diretiva força os EM a uma coincidência entre estes dois períodos para garantir a efetividade dos seus instrumentos de tutela pré-contratual⁽⁹⁶⁾.

(ii) O efeito suspensivo automático decorrente da impugnação do ato de adjudicação

Nenhum dos meios contenciosos disponibilizados pelo CPTA tem a virtualidade de conferir um verdadeiro efeito suspensivo automático decorrente da impugnação do ato de adjudicação. Desta forma, as exigências das diretivas recursos foram transpostas para o nosso ordenamento jurídico através de, por um lado, a consagração de um processo principal urgente (art. 100.º a 103.º CPTA)⁽⁹⁷⁾ e de, por outro lado, um mecanismo cautelar próprio (art. 132.º CPTA)⁽⁹⁸⁾, possuem essa particularidade *paralisante*.

⁽⁹⁵⁾ Quando o processo cautelar tiver por referência contratos não abrangidos pelo art. 100.º do CPTA o prazo estende-se para 3 meses ou um ano (art. 58.º do CPTA). No entanto, não nos debruçaremos sobre esta problemática, pois perfilhamos o entendimento que o carácter de urgência se deveria estender à maioria dos contratos.

⁽⁹⁶⁾ A. MESQUITA NUNES parece propagar uma solução semelhante, *in* A. MESQUITA NUNES, 2009: p. 48

⁽⁹⁷⁾ Exaustivamente na doutrina nacional sobre o tema, entre outros, P. GONÇALVES, 2004: pp. 3-11; P. GONÇALVES, 2007: 3-10; R. ESTEVES DE OLIVEIRA, 2009: p. 3-16; M. AROSO DE ALMEIDA, 2010: pp. 136; 340-344; 408.

⁽⁹⁸⁾ Atente-se que o único critério de atribuição da mesma assenta numa ponderação de interesses semelhante àquela que se encontra prevista no art. 120.º, n.º 2 CPTA (art. 132.º, n.º 6). Em todo o caso concordamos com M. AROSO DE ALMEIDA quando o autor refere que o requisito do *periculum in mora* não se encontra excluído, uma vez que é sempre necessário a existência de uma situação de risco, associada à demora do processo principal. Somente se exclui o *fumus boni iuris* como critério de atribuição (com exceção da situação do art. 120.º, n.º 1, al. a) CPTA), *in* M. AROSO DE ALMEIDA, 2010: p. 490.

Tão pouco a progressiva superação da jurisprudência de 2007 do STA⁽⁹⁹⁾, que negava a aplicabilidade de outros tipos de processos cautelares, tais como a suspensão de eficácia do ato (art. 128.º CPTA) e o decretamento provisório de providências cautelares (art. 131.º CPTA), logra trazer para *bom porto europeu* o contencioso pré-contratual português.

Contrariamente ao pensamento de C. VIANA⁽¹⁰⁰⁾, não vemos no mecanismo de suspensão de eficácia do ato, previsto no art. 128.º, a melhor solução para dar resposta às exigências da diretiva, pese embora aquele garanta um efeito suspensivo automático com a mera interposição do processo cautelar. Enfatizamos aqui a preocupação de M. AROSO DE ALMEIDA⁽¹⁰¹⁾ relativa à falta de jurisdicionalização do art. 128.º CPTA. Segundo este autor, é ainda necessário suprimir o mecanismo de resolução fundamentada⁽¹⁰²⁾, nos termos em que está configurado no número 1 do art. 128.º, por forma a conferir a esta estrutura normativa um sentido verdadeiramente conforme à diretiva. De acordo com o considerando 12 da diretiva 2007/66 o efeito suspensivo só deverá terminar com uma *decisão* definitiva (sobre o fundo da questão) ou provisória/cautelar (relativa ao levantamento ou manutenção da suspensão) por parte da instância responsável pelo recurso, ou seja, a decisão sobre o término do efeito suspensivo não pode ficar a cargo da EA⁽¹⁰³⁾.

⁽⁹⁹⁾ Cf. Acórdão de 20 de Março de 2007 (proc. n.º 1191/06) do STA, através do qual o Tribunal sustentando-se em argumentos de ordem, essencialmente, jurídico formal e sistemática rejeitava a aplicabilidade dos arts. 128.º e 131.º do CPTA ao universo de processos cautelares disponíveis no contencioso pré-contratual. Em sentido bastante crítico na doutrina lusa, principalmente, M. AROSO DE ALMEIDA/C. FERNANDES CADILHA, 2010: 880-881; C. VIANA, 2008: pp. 26 ss.

⁽¹⁰⁰⁾ C. VIANA, 2012: pp. 48-53. A autora congratula-se com o entendimento do TCA sul de 28/10/2010 (proc. 6616/10), contrário ao do STA em 2007, ao alargar o art. 128.º ao universo de providências cautelares disponíveis no recurso pré-contratual cautelar. Considerando este alargamento suficiente para cumprir as imposições da diretiva 2007/66.

⁽¹⁰¹⁾ M. AROSO DE ALMEIDA, 2012: pp. 3-8.

⁽¹⁰²⁾ O art. 128.º, n.º 1, prevê a possibilidade de a entidade demandada emitir uma resolução fundamentada alegando que o diferimento da execução do ato suspenso seria “*gravemente prejudicial para o interesse público*”.

⁽¹⁰³⁾ M. OLAZABAL CABRAL, 2012: p. 47; e C. FERNANDES CADILHA/A. CADILHA, 2013: p. 309.

No que respeita à insuficiência do art. 131.º do CPTA em satisfazer o requisito imposto pela diretiva concordamos, integralmente, com a posição assumida por C. FERNANDES CADILHA/A. CADILHA⁽¹⁰⁴⁾, quando os mesmos afirmam que: (1) o mecanismo aí previsto não garante um prolongamento do efeito suspensivo automático decorrente do “*standstill*”, que evite a celebração do contrato; e (2) o facto da jurisprudência administrativa se ter revelado bastante restritiva no decretamento provisório de providências cautelares, com base no critério de “*especial urgência*”, torna praticamente impossível os operadores económicos retirarem algum efeito útil deste mecanismo⁽¹⁰⁵⁾.

3.1.2. A contratação excluída do art. 100.º CPTA⁽¹⁰⁶⁾

O processo principal urgente do art. 100.º, n.º 1 CPTA não engloba no seu escopo proteccionista todos os procedimentos adjudicatórios de direito público tendentes à celebração de contratos, ficando fora do âmbito objetivo do art. 100.º, n.º 1 CPTA, nomeadamente contratos de parcerias público-privadas institucionalizadas, concessões de serviços públicos, concessão de exploração de jogos de fortuna e azar, contratos originados em procedimentos concorrenciais de formação de atos administrativos, etc.⁽¹⁰⁷⁾. Ora, atendendo ao pensamento expresso no ponto 2.4. (i) onde concluímos que não deveria existir uma discrepância quanto aos níveis de tutela disponibilizados para os contratos abrangidos pelas diretivas e aqueles que não se encontram abrangidos⁽¹⁰⁸⁾, somos forçados a considerar o âmbito objectivo do art. 100.º desconforme com as recentes *tendências* europeístas.

⁽¹⁰⁴⁾ C. FERNANDES CADILHA/A. CADILHA, 2013: pp. 311-312.

⁽¹⁰⁵⁾ Em sentido contrário, I. CELESTE FONSECA, 2008: p. 69.

⁽¹⁰⁶⁾ Apesar de os meios cautelares disponibilizados pelo CPTA se aplicarem a todos litígios com origem em procedimentos adjudicatórios, consideramos os mesmos insuficientes para garantir uma tutela efetiva e preventiva desejada.

⁽¹⁰⁷⁾ Para uma enumeração completa de todos os contratos excluídos, R. ESTEVES DE OLIVEIRA, 2009: pp. 3-6.

⁽¹⁰⁸⁾ R. ESTEVES DE OLIVEIRA, 2009: p. 6.

3.2. Fatores exógenos

Conforme já fizemos menção existem outros fatores de ordem *estrutural* ou *cultural*, externos ao recurso pré-contratual, capazes de prejudicar a efetividade do contencioso pré-contratual público⁽¹⁰⁹⁾. Procuraremos, em poucas linhas, identificar de forma sumária a situação portuguesa. Lamentando, desde já, a falta de dados estatísticos, mais certos, sobre a prática nos Tribunais, para justificar a nossa linha argumentativa.

No entanto, valendo-nos dos dados *empíricos* expostos por M. OLAZABAL CABRAL⁽¹¹⁰⁾, na qualidade de mandatária, conseguimos recolher as seguintes premissas: (a) o tempo médio de duração de um processo urgente principal, respeitante ao contencioso pré-contratual (art. 100.º CPTA), pode variar entre um a três anos; (b) a duplicação de meios urgentes na disponibilidade dos operadores económicos, designadamente o processo cautelar (art. 128.º; 131.º; 132.º CPTA) e o processo urgente principal (art. 100.º e ss CPTA), ao contrário do que seria expectável, agrava a crise de falta de urgência, pois o juiz tende a não decretar medidas cautelares de natureza suspensiva conduzindo, portanto, à celebração e execução do contrato e com estas se dilui o elemento justificativo de uma tutela urgente (evitar a outorga e execução do contrato); (c) a ponderação de interesses, figura muito desequilibrada levando, na maior parte das ocasiões, ao não decretamento da providência cautelar, porque os interesses dos concorrentes, *máxime* a não celebração do contrato, situam-se, a mais das vezes, num plano de inferioridade em comparação com o suposto interesse público da Administração em celebrar o contrato; (d) a decisão favorável no processo principal aparece num momento em que o contrato já foi celebrado e executado, deixando o autor apenas com a possibilidade de recorrer à via indemnizatória, dado que existirá uma impossibilidade de executar a sentença por causa legítima de inexecução.

⁽¹⁰⁹⁾ Ponto 2.4. (ii).

⁽¹¹⁰⁾ M. OLAZABAL CABRAL, 2012: pp. 39-40.

Do exposto, retiramos dois problemas de índole estrutural:

(i) Morosidade

É inegável que a justiça em Portugal atravessa uma *crise de morosidade crónica*⁽¹¹¹⁾ e que estes atrasos na justiça têm afetado, em grande parte, o contencioso pré-contratual público. É absolutamente incompreensível que os tribunais nacionais demorem entre um a três anos para decidir, a título definitivo, questões do contencioso pré-contratual urgente, completamente ao arrepio das obrigações europeias⁽¹¹²⁾.

Estas exigências de matriz europeia para uma tutela preventiva e urgente⁽¹¹³⁾, já deveriam vigorar, hoje em dia, no plano do direito interno. Isto posto, o legislador nacional quando densifica a dimensão de *direito prestacionalmente dependente* incidível à garantia da tutela jurisdicional efetiva dos administrados (art. 268.º, n.os 4 e 5 CRP) necessitava de ter desenhado, não só um regime legal apto a providenciar um nível de tutela capaz de corrigir as infrações emergentes do procedimento pré-contratual, a título definitivo, num momento em que estas ainda pudessem ser emendadas, como também dotar os tribunais dos meios institucionais e humanos indispensáveis para assegurar este nível de proteção⁽¹¹⁴⁾.

No plano do direito vigente, quer nos parecer que a existência de prazos consideravelmente mais curtos, tais como aqueles pre-

(111) Sintomático do estatuído é a posição recentemente ocupada pelo Estado português no estudo da Comissão Europeia de 2013 intitulado “The EU Justice Scoreboard 2013 — COM (2013)”. Portugal é o EM com menor capacidade em resolver litígios de natureza não criminal de forma célere em comparação com os seus congéneres europeus, onde se incluem os litígios sob a *alçada* dos Tribunais Administrativos e Fiscais (art. 4.º ETAF). Ocorre, igualmente, referir que Portugal tem sido alvo de inúmeras condenações no Tribunal Europeu dos Direitos Humanos por lentidão processual. Para uma investigação de cariz jurisprudencial, ver R. TAVARES, 2012: pp. 169-181. Na literatura nacional apontando caminhos reformistas para o governo da justiça e atrasos na justiça destacamos as excelentes reflexões de Nuno Garoupa e Conceição Gomes, em N. GAROUPA, 2011; C. GOMES, 2011.

(112) Art. 1.º, n.º 1 diretiva 2007/66 “...as decisões das entidades adjudicantes possam ser objecto de recursos eficazes e, sobretudo, tão céleres quanto possível”.

(113) I. CELESTE FONSECA, 2009: p. 238.

(114) Justificando a dimensão de direito prestacionalmente dependente da garantia de tutela jurisdicional efetiva dos administrados, S. TAVARES DA SILVA, 2010: pp. 127-128.

vistos no art. 102.º, n.º 3 CPTA, se aliados a uma correta tutela cautelar, poderiam porventura estar em consonância com o DUE. Contudo, na prática, aqueles prazos mais exíguos não são respeitados, na nossa opinião, porque existe uma insuficiência de meios institucionais e humanos dos tribunais administrativos e fiscais, responsáveis por resolver estes litígios em primeira instância (art. 4.º, n.º 1, als. *b*), *e*) e *f*) ETAF), acrescida de uma compreensão errada ou incompleta dos interesses que gravitam no contencioso pré-contratual⁽¹¹⁵⁾.

(ii) A indemnização por causa legítima de inexecução⁽¹¹⁶⁾

Não funcionando a via da tutela preventiva somos levados, agora, para o plano indemnizatório, que assume um papel claramente secundário⁽¹¹⁷⁾.

Enganar-se-á quem pense que a regulamentação europeia é completamente omissa quanto às indemnizações a conceder pelas EA. Além da obrigatoriedade de conceder indemnizações (art. 2.º, n.º 1, al. *c*) diretiva 2007/66), a UE decretou, também, uma flexibilização do nexo de causalidade (art. 2.º, n.º 7 diretiva 92/13)⁽¹¹⁸⁾. Para sermos mais precisos, o elo de ligação entre o evento lesivo e os prejuízos e danos ressarcíveis será aferido segundo um critério de “...possibilidade real⁽¹¹⁹⁾ de *lhe ser atribuído o contrato que foi prejudicado por essa violação*”⁽¹²⁰⁾.

Apenas queremos realçar que a jurisprudência nacional não tem responsabilizado desta forma as EA, especialmente quando

⁽¹¹⁵⁾ M. OLAZABAL CABRAL, 2012: p. 41.

⁽¹¹⁶⁾ A inserção da cultura indemnizatória no grupo de fatores exógenos deve-se ao facto de esta resultar de uma tendência jurisprudencial errada, ou seja, não é necessário proceder a uma alteração legislativa para modificar esta tendência, mas sim uma mudança comportamental por parte dos juízes.

⁽¹¹⁷⁾ R. CARDONA FERREIRA, 2013: p. 11.

⁽¹¹⁸⁾ Sem prejuízo desta norma se incluir nas diretivas para os setores especiais, ela não deixa de se considerar aplicável a outras entidades adjudicantes por razões de ordem sistemática, E. MEALHA, 2008: p. 111

⁽¹¹⁹⁾ Quanto a este conceito no panorama internacional, ver D. FAIRGRIEVE/ /F. LICHÈRE, 2011.

⁽¹²⁰⁾ P. CERQUEIRA GOMES, 2012: p. 160.

afere do *quantum indemnizatório* nas situações onde existe uma causa legítima de inexecução da sentença (arts. 45.º; 102.º, n.º 5 CPTA; ou arts. 173.º e ss CPTA)⁽¹²¹⁾.

Por outras palavras, em face das dificuldades probatórias⁽¹²²⁾ a maior parte dos interessados não consegue provar que teria sido ele o adjudicatário caso não tivesse ocorrido a ilegalidade⁽¹²³⁾. Deixando o julgador, a maior parte das vezes, entre dois cenários possíveis: (a) o interessado não tinha qualquer hipótese de ser escolhido como adjudicatário; (b) o interessado não consegue provar que deveria ter sido escolhido como adjudicatário, mas também o julgador não consegue afirmar categoricamente que ele não tinha qualquer hipótese de o ser. Em ambas as situações, a jurisprudência concede indemnizações, com base na equidade, somente aptas a reintegrar o direito à legalidade disciplinadora do procedimento pré-contratual⁽¹²⁴⁾, ignorando que na segunda situação também está obrigado a indemnizar o concorrente pelo grau de *possibilidade real* que este tinha na vitória do concurso.

De acordo com M. AROSO DE ALMEIDA⁽¹²⁵⁾, a indemnização pela perda de utilidade da execução da sentença apenas deve compensar na primeira situação o bem imaterial da perda da legalidade procedimental. Pelo contrário, na segunda hipótese, o montante indemnizatório deve refletir a *graduação da proposta* e a *intensidade da possibilidade real* de o concorrente vir a ganhar o concurso, ao contrário do entendimento da jurisprudência que recusa este tipo de indemnização ao abrigo das *causas legítimas de execução*. Ou seja, somente quando a jurisprudência passar a graduar o montante indemnizatório que a EA terá que pagar ao concorrente,

(121) M. AROSO DE ALMEIDA, 2013: p. 15.

(122) R. CARDONA FERREIRA é bastante crítico da recusa da jurisprudência em graduar as propostas, em sede indemnizatória, por entender que estão em causa verdadeiros juízos de discricionariedade administrativa, quando na realidade estamos perante uma discricionariedade meramente técnica in R. CARDONA FERREIRA, 2013: pp. 20-22.

(123) Nestas situações é pacífico na jurisprudência que o interessado deve ser indemnizado pelo interesse contratual positivo, M. AROSO DE ALMEIDA, 2013: p. 18; R. CARDONA FERREIRA, 2013: p. 18; P. MOTA PINTO, 2010: pp. 288-289.

(124) M. AROSO DE ALMEIDA, 2013: p. 18.

(125) M. AROSO DE ALMEIDA, 2013: p. 18.

tendo como critério a *possibilidade real* do mesmo vir a ganhar o concurso é que poderemos vir a ter indemnizações verdadeiramente dissuasoras e capazes de conferir um adequado nível de tutela aos concorrentes⁽¹²⁶⁾.

Pela nossa parte, como já o evidenciamos⁽¹²⁷⁾, é inegável o potencial dissuasor que generosas indemnizações, principalmente por lucros cessantes, conseguiram ter no comportamento das EA. Contudo, na contratação pública, existe um efeito perverso inerente às mesmas. Não podemos esquecer que estas poderão comprometer o *erário público*, afetando a disponibilidade financeira das EA para satisfazer necessidades coletivas futuras, sendo necessário obter um equilíbrio relativamente ao *quantum indemnizatório*⁽¹²⁸⁾, por forma a não provocar situações de autêntica impunidade, mas, também, sem prejudicar de forma excessiva o *erário público*⁽¹²⁹⁾.

3.3. Síntese

O quadro caótico em que o contencioso pré-contratual se encontra obriga a uma reflexão profunda. O facto dos operadores económicos não conseguirem obter um nível efetivo de tutela preventiva não prejudica, exclusivamente, os direitos subjetivos e os interesses legalmente protegidos dos mesmos, mas de igual forma o interesse público.

Este cenário lesa de forma considerável a construção de um verdadeiro *mercado da contratação pública*, uma vez que o *sector privado* vai ter cada vez menos interesse em participar em procedimentos pré-contratuais, porque, na eventualidade de ocorrerem ilegalidades, este sabe que não vai lograr obter qualquer efeito *corre-*

⁽¹²⁶⁾ Remetendo para jurisprudência nacional com indemnizações irrisórias, cf. R. CARDONA FERREIRA, 2013: pp. 11-13.

⁽¹²⁷⁾ Nota de rodapé n.º 12.

⁽¹²⁸⁾ Englobará, forçosamente, aquilo que V. EIRÓ, 2013: p. 544, denomina por *indemnização de mercado* (despesas com a preparação da proposta; participação no procedimento e taxa de justiça) à qual se deverá juntar a indemnização por perda de chance.

⁽¹²⁹⁾ X. ZHANG, 2007: pp. 328-339.

tivo (isto é, tutela antecipatória ou indemnizatória dissuasora) junto dos tribunais. Ora, sem um ambiente concorrencial na contratação pública⁽¹³⁰⁾, capaz de seleccionar os melhores, a tarefa estadual de satisfação das necessidades públicas fica comprometida, especialmente num momento em que a contratação pública é vista, também, como um motor estratégico de promoção de políticas horizontais na UE, nomeadamente através da inovação, promoção de políticas sociais e ambientais⁽¹³¹⁾.

4. Perspetivas de reforma — uma visão de *iure constituendo*

No último capítulo da presente dissertação procuraremos, através de um *óculo de direito comparado*⁽¹³²⁾, traçar um caminho reformista apto a conferir aos candidatos/concorrentes, que participam em procedimentos adjudicatórios, uma verdadeira tutela efetiva.

É facto assente que a conceção europeia de efetividade representa, no plano processual, uma opção deliberada por mecanismos de tutela preventiva⁽¹³³⁾. Nos dizeres de F. CINTOLI⁽¹³⁴⁾, esta opção obriga à criação de instrumentos de natureza adjetiva que permitam garantir a *proteção real* dos bens jurídicos do recorrente, dado que, esta *proteção real* apenas é assegurada caso o concorrente

⁽¹³⁰⁾ Na verdade, não podemos ignorar que, o princípio da concorrência na contratação pública funciona como um vetor normativo que garante o princípio da igualdade (art. 266.º, n.º 2 CRP) obrigando EA a utilizar, via de regra, procedimentos abertos, que confirmam a todos os operadores económicos condições de igualdade de acesso e tratamento. Ao que acresce que, sem o valor da concorrência no mercado dos contratos públicos, não seria possível retirar uma eficiência economicista na afetação dos recursos e, consequentemente a prossecução do interesse público ficaria comprometida, P. COSTA GONÇALVES, 2013: pp. 489-494; No mesmo sentido, M. ASSIS RAIMUNDO, 2013: pp. 369-415.

⁽¹³¹⁾ Sobre a utilização da contratação pública para promover políticas horizontais, Estratégia Europa 2020; S. ARROWSMITH/P. KUNZLIK, 2009.

⁽¹³²⁾ Chamando a atenção do direito comparado como uma ciência jurídica com virtualidades reformistas, C. FERREIRA DE ALMEIDA, 1998: p. 19.

⁽¹³³⁾ D. PRETIS, 2010: p. 3; F. SAITTA, 2010: para. 7.

⁽¹³⁴⁾ F. CIONTIOLI, 2012: p. 6.

mantenha intacta a possibilidade de vir a celebrar o contrato com a administração⁽¹³⁵⁾. Esta solução reflete, de forma clara, as preocupações que as garantias da concorrência assumem na contratação pública, fruto do advento cada vez mais coincidente entre os interesses do Estado e do mercado.

A existência de um período *standstill*, entre a adjudicação e a outorga do contrato *coligado* com um efeito suspensivo automático, decorrente da impugnação do ato de adjudicação, são os ingredientes fundamentais, escolhidos pelo legislador europeu, para conferir operabilidade a qualquer sistema que se queira verdadeiramente antecipatório. De acordo com a nossa opinião, já expressa neste estudo, a desconformidade do nosso ordenamento jurídico é notória, uma vez que o desenho processual vigente não dá resposta a este tipo de exigências, colocando em causa a garantia da tutela jurisdicional efetiva dos administrados (art. 268.º, n.ºs 4 e 5; art. 2.º e art. 3.º CPTA) que no âmbito do contencioso da contratação pública reivindica uma tutela, principalmente, preventiva, por força de uma *metamorfose* europeísta. Neste sentido, vimos propor a seguinte reforma:

(i) *standstill* — direito a constituir

É necessário que exista um prolongamento do período *standstill* (10 dias — art. 104.º, n.º 1, al. *a*) CCP), por forma a que este coincida com o atual prazo de caducidade de um mês para impugnar o ato de adjudicação (art. 101.º CPTA; 123.º, n.º 1, al. *a*). Só assim se

⁽¹³⁵⁾ Daí a tutela ressarcitória ser meramente uma via subsidiária. Reflexo desta opção é a decisão do TJ no caso *Alcatel* (C-81/98) “*As disposições conjugadas do art. 2.º, n.ºs 1, alíneas a) e b), e 6, segundo parágrafo, da Directiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de fornecimentos e de obras, devem ser interpretadas no sentido de que os Estados-Membros são obrigados, no que diz respeito à decisão da entidade adjudicante, que precede a celebração do contrato, e pela qual esta escolhe o proponente que participou no processo de adjudicação com o qual celebrará o contrato, a prever sempre um processo de recurso que permita ao recorrente obter a anulação da decisão quando as respectivas condições estiverem preenchidas, independentemente da possibilidade de obter indemnizações quando o contrato foi celebrado*”.

conseguirá obter um período suspensivo ininterrupto que evite, verdadeiramente, a assinatura do contrato⁽¹³⁶⁾. Consequentemente, defendemos, tal como no ordenamento jurídico italiano, uma extensão do período de *standstill* para 35 dias⁽¹³⁷⁾. Alternativamente consideramos, similarmente, eficaz a solução espanhola onde o prazo de *standstill* tem a duração de 15 dias apenas, mas o prazo para exercer o direito de ação é reduzido para 15 dias a contar da decisão de adjudicação⁽¹³⁸⁾. Nestes cenários um concorrente que pretenda recorrer à via contenciosa sabe que o contrato não será concluído até que prazo que este dispõe para exercer o seu direito de ação termine.

Quanto às derrogações do período de *standstill* propugnamos uma diminuição das situações elencadas no art. 104.º, n.º 2 CCP, revogando o atual art. 104.º, n.º 2 al. a) CCP: “*Não tenha sido publicado anúncio do procedimento no Jornal Oficial da União Europeia*”, mas mantendo as restantes situações (art. 104.º, n.º 2, als. c) e d) CCP)⁽¹³⁹⁾. Somos apologistas de uma nova redação que apenas englobe situações de *urgência* e não todas aquelas onde não seja exigida publicação no JOUE.

Todavia, note-se que, uma total coincidência com o critério de urgência presente nos artigos 24.º, n.º 1 c) CCP⁽¹⁴⁰⁾ e 155.º CCP⁽¹⁴¹⁾, como acontecia na redação anterior, tornar-se-ia de certa forma restritivo, em face da linha jurisprudencial bastante rígida no preenchimento dos seus fundamentos de utilização⁽¹⁴²⁾. Deste

⁽¹³⁶⁾ Claro está que partimos da premissa que existirá um prolongamento do efeito suspensivo automático aquando da impugnação do ato de adjudicação.

⁽¹³⁷⁾ Art.11.º, cl. 10, *Codici Appalti*, M. COMBA, 2011: p. 242.

⁽¹³⁸⁾ Arts. 310.º, n.º 1 e 314.º n.º 2, LCSP, J. MORENO MOLINA: 2010: p. 20. Apesar de considerarmos que a solução espanhola não acautela corretamente esta situação, pois não *desconta* os dias *perdidos* com a notificação de suspensão do procedimento efetuada pelo órgão responsável do recurso à EA.

⁽¹³⁹⁾ 104.º, n.º 2, al. c) “*Se trate da celebração de contrato ao abrigo de acordo quadro cujos termos abranjam todos os seus aspectos ou que tenha sido celebrado apenas com uma entidade*”; art. 104.º, n.º 2, al. d) “*Só tenha sido apresentada uma proposta*”.

⁽¹⁴⁰⁾ Escolha de ajuste direto com base em critérios materiais de urgência.

⁽¹⁴¹⁾ Escolha de concurso público urgente.

⁽¹⁴²⁾ A título de exemplo veja-se a interpretação que os nossos tribunais fazem dos requisitos de utilização do art. 24.º, n.º 1, c) CCP, Ac. do TCA Sul de 21-06-2007, proc. 02613/07; Ac. do TC n.º 27/2010, de 13-07; Ac. do TC n.º 26/2010, de 13-07, Ac. do TC n.º 35/2009.

modo, a nova redação deveria incluir, além das situações estatuídas no art. 24.º, n.º 1, al. *c*) e art. 155.º, ambos do CCP, também, uma outra que teria dois requisitos de preenchimento cumulativo: (1) a não publicação de anúncio do procedimento no JOUE; e (2) que o atraso na execução do contrato provoque graves danos ao interesse público⁽¹⁴³⁾.

Esta é a solução que melhor se adequaria a uma correta monitorização da realidade concursal pública nacional, sem pôr em causa a *eficiência* da atividade pré-contratual pública, uma vez que o interesse público estaria sempre salvaguardado⁽¹⁴⁴⁾. Aquilo que pretendemos é alargar, ao maior número possível de situações, a monitorização de ilegalidades contratuais pelos operadores económicos. Mais se alega que é este o entendimento que melhor se adequa às necessidades internas e europeias.

Do ponto de vista interno, Portugal assume-se, por um lado, como um dos EM que mais recorre aos ajustes diretos (95,9%) e, por outro lado, como um dos países europeus com pior lugar no *ranking* da luta contra a corrupção⁽¹⁴⁵⁾ — um fenómeno muitas vezes associado a ajustes diretos ilegais.

Do ponto de vista europeu, este raciocínio é mais conforme com DUE, em especial quanto aos contratos não abrangidos pelas diretivas. Nesta linha, o próprio Conselho de Estado francês veio impor, recentemente, que certos contratos abaixo dos limiares europeus e aqueles regulados no Anexo II. B da diretiva 2004/18 (prestações de serviços) deveriam beneficiar de um período de *standstill*⁽¹⁴⁶⁾.

⁽¹⁴³⁾ Solução semelhante ao art. 11.º, cl. 9 *Codici di Appalti* conjugada com o parecer do *Consigli di Stato* n.º 368/2010 que efetua uma interpretação corretiva da norma, in D. PRETIS, 2010: pp. 15-16.

⁽¹⁴⁴⁾ Em sentido contrário, C. FERNANDES CADILHA/A. CADILHA, 2013: p. 293.

⁽¹⁴⁵⁾ De acordo com os dados recolhidos pela organização internacional mais reputada nesta matéria, denominada *Transparência internacional*, no seu relatório anual (*corruption internacional index*), o Estado português tem uma das piores classificações quando comparado com os seus congéneres europeus, in <http://www.transparency.org/country#PRT_DataResearch>.

⁽¹⁴⁶⁾ F. LICHÈRE/N. GABAYET, 2011: pp. 307-308 — 29 Bis, 19 Janvier 2011, n.º 343435.

(ii) recurso de impugnação do ato de adjudicação — direito a constituir

Quando a impugnação incida sobre o ato de adjudicação, sabemos que o DUE exige que o período de suspensão inicial, imposto pelo *standstill*⁽¹⁴⁷⁾, se prolongue até que a entidade responsável pelo recurso decida, em primeira instância, do fundo da causa ou sobre a adoção de medidas cautelares (art.2.º, n.ºs 3, 4 e 5 diretiva 2007/66). Contudo, nenhum dos meios disponibilizados pelo CPTA consegue alcançar tal desidrato. Aproveitamos, então, esta total desconformidade do ordenamento jurídico nacional para dar ao leitor uma visão de *iure constituendo*.

Não cremos que a adoção de providências cautelares de cariz conservatório — designadamente uma providência cautelar semelhante ao nosso art. 128.º CPTA, mas, desta feita, reformada com critérios de *jurisdicionalidade*⁽¹⁴⁸⁾ — venham a melhorar a falta de tutela preventiva em Portugal. Isto porque, os tribunais administrativos quando confrontados com situações onde têm que ponderar entre, por uma banda, os interesses económicos dos concorrentes e, por outra banda, os prejuízos imateriais da Administração em prosseguir tarefas administrativas que lhe estão funcionalizadas, optam sempre por estes últimos em detrimento dos primeiros. A consequência prática será a outorga do contrato e remessa da pretensão do concorrente para o universo da tutela pós-contratual, dado que o processo principal urgente apresenta, hoje em dia, elevados níveis de morosidade⁽¹⁴⁹⁾. Consideramos, então, que o efeito suspensivo da impugnação do ato de adjudicação se mantenha até à decisão da ação principal, em primeira instância.

Neste contexto, a ação principal, no âmbito do contencioso pré-contratual, terá que ser dotada de *ritmo processual urgente*⁽¹⁵⁰⁾

⁽¹⁴⁷⁾ Atente-se que o efeito suspensivo automático decorrente do ato de adjudicação só é obrigatório nas situações em que seja necessário um período de *standstill*.

⁽¹⁴⁸⁾ Ponto 3.1.1. (ii).

⁽¹⁴⁹⁾ C. FERNANDES CADILHA/A. CADILHA, 2013: pp. 320-322; M. OLAZABAL CABRAL, 2013: pp. 42-46.

⁽¹⁵⁰⁾ Confirmado pela jurisprudência do TJ nos casos *Universale-Bau AG* (C-470/99 para. 72-74) e *Santex* (C-327/00 para. 50-66); *Uniplex* (C-406/08, para 37-43).

M. RAMAJOLI⁽¹⁵¹⁾ aponta que, a diretiva 2007/66 provocou uma aplicação do princípio da efetividade ao *ritmo do processo*, em especial quando este incida sobre o ato de adjudicação, figurando, hoje em dia, a celeridade no contencioso pré-contratual europeu como um verdadeiro *interesse subjetivo europeu* dos concorrentes que deverá ser tutelado pelos EM.

A título de exemplo veja-se, em termos extremamente sumários, a situação de dois congêneres europeus quando a impugnação recai sob o ato de adjudicação:

- a) Espanha — o recurso especial em matéria de contratação pública edificado, recentemente, pelo legislador espanhol (arts. 46.º e 47.º da TRLCSP), impõe que o julgador resolva do fundo da questão em 5 dias úteis. Tendo o recurso a duração média de 15 a 25 dias, desde que entra na esfera da entidade responsável pelo recurso⁽¹⁵²⁾, ficando o recurso, em primeira instância, a cargo de uma entidade administrativa independente com poderes para-judiciais (*Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales*).
- b) Dinamarca — aqui o sistema de recursos é extremamente eficaz⁽¹⁵³⁾, apesar de assente em providências cautelares, o processo possui uma duração média de 30 dias (art. 12.º do *Act of enforcement of the Public Procurement Rules*)⁽¹⁵⁴⁾. Estando o recurso, igualmente, a cargo de uma entidade administrativa independente com poderes para-judiciais (*Complaints Board for public procurement disputes*).

Esta jurisprudência foi encontrada em L. RICHER, 2009: pp. 342-343 e em M. RAMAJOLI, 2010: p. 122, nota 1.

⁽¹⁵¹⁾ Apoiando-se no considerando 25 da diretiva 2007/66 a autora explica que a presença da expressão segurança jurídica indicia uma preferência clara por um processo principal ultra urgente, in M. RAMAJOLI, 2010: p. 124.

⁽¹⁵²⁾ J. LIZARRAGA, 2010: pp. 39-44.

⁽¹⁵³⁾ Vale a pena transcrever a expressão de S. TREUMER no original “(Complaints Board for public procurement disputes) is actually so eficiente that many practitioners and politicians considered to be too eficiente which allegedly makes many contracting entities hesitate to tender out”, in S. TREUMER, 2011: p. 225.

⁽¹⁵⁴⁾ S. TREUMER, 2011: 262; S. POULSEN/P. JAKOBSEN/S. HJELMBORG, 2012: pp. 537, ss.

Conforme resulta dos exemplos demonstrados os EM providenciam prazos de decisão extremamente exíguos⁽¹⁵⁵⁾. Ora, Portugal, por motivações de ordem orgânica, *máxime* a morosidade dos tribunais e falta de especialização e preparação dos juízes, nunca conseguirá atingir um patamar de celeridade processual equivalente.

Concluimos, portanto, que os tribunais administrativos não se encontram aptos a resolver litígios de natureza pré-contratual, em primeira instância. Tão pouco nos parece suficiente a proposta de revisão do CPTA⁽¹⁵⁶⁾ que, pese embora preveja a existência de um efeito suspensivo automático, quer no âmbito da ação principal, quer no âmbito da ação cautelar, não será capaz de fazer os julgadores cumprirem os exíguos prazos de decisão e efetuarem uma correta ponderação de interesses em jogo. Não caímos, assim, na tentação, resultante de uma certa tendência legislativa, de propor a criação de um tribunal de competência especializada⁽¹⁵⁷⁾, porque se assume praticamente impossível, no nosso quadro constitucional e legislativo, responsabilizar magistrados pelo desrespeito de eventuais prazos processuais urgentes ditados pelo legislador português. A solução passará pela arbitragem necessária ou por um órgão administrativo independente com poderes para-judiciais.

Ambas as soluções são compatíveis com o nosso ordenamento constitucional que não exige um *duplo grau de jurisdição*. Quando não estão em causa direitos liberdades e garantias, o direito de acesso aos tribunais (art. 20.º CRP) apenas obriga a um *grau de jurisdição*⁽¹⁵⁸⁾. É, igualmente pacífico, entre nós, que, por um lado, não vigora em Portugal uma reserva de jurisdição estadual no que concerne aos litígios que envolvam a Administração

⁽¹⁵⁵⁾ O ordenamento jurídico francês é um dos poucos exemplos onde existe uma grande preocupação por parte dos juízes em dirimir, num curto espaço de tempo, os litígios pré-contratuais (*réfère précontractual*) cf. F. D'ANGELO, 2012: pp. 355 ss; O. DORCHIES, 2010: pp. 4-22; F. LICHÈRE/N. GABAYET, 2011: pp. 299-355.

⁽¹⁵⁶⁾ Disponível em <<http://www.portugal.gov.pt/media/1352316/20140225%20mj%20prop%20lei%20cpta%20etaf.pdf>>.

⁽¹⁵⁷⁾ A lei n.º 46/2011, de 24 de Junho que criou os tribunais de competência especializada para a regulação, concorrência e supervisão e propriedade intelectual.

⁽¹⁵⁸⁾ J. VIEIRA DE ANDRADE, 2012: pp. 146-147; J. MIRANDA/R. MEDEIROS, 2010: p. 418.

Pública⁽¹⁵⁹⁾ e, por outro lado, que é possível criar entidades administrativas independentes com poderes para judiciais (art. 267.º/3 CRP)⁽¹⁶⁰⁾.

Em conclusão, é possível submeter a resolução de litígios pré-contratuais, em primeira instância, à arbitragem necessária ou a órgãos administrativos independentes com poderes para-judiciais, desde que seja possível recorrer para os tribunais das suas decisões e aqueles respeitem as restrições da diretiva (art. 2.º/9 diretiva 2007/66).

4.1. Arbitragem necessária e institucionalizada vs entidade administrativa com poderes para-judiciais

Podemos definir arbitragem necessária como uma técnica de composição jurisdicional de litígios em que a resolução de certos litígios é cometida a um ou mais particulares (árbitros), por determinação legal, estando vedado o acesso aos tribunais, em primeira instância⁽¹⁶¹⁾. Podendo esta arbitragem ser institucionalizada ou *ad hoc*. A vertente que nos interessa, para este ponto, é a institucionalizada. Na arbitragem institucionalizada a resolução do diferendo fica a cargo de uma instituição especializada de carácter permanente à qual as partes se dirigem para o dirimir⁽¹⁶²⁾.

As vantagens inerentes à técnica arbitral para fazer frente a pretensões mais complexas que os tribunais não conseguem dar resposta são massivamente conhecidas⁽¹⁶³⁾, daí o seu putativo potencial para combater os óbices do contencioso pré-contratual português, no que toca à celeridade da decisão e especialização dos árbitros.

⁽¹⁵⁹⁾ M. AROSO DE ALMEIDA, 2012a: p. 210. De acordo com o art. 209.º, n.º 2 CRP os tribunais arbitrais encontram-se expressamente previstos como alternativa à jurisdição administrativa.

⁽¹⁶⁰⁾ G. CANOTILHO, 2003: p. 517.

⁽¹⁶¹⁾ M. P. BARROCAS, 2010: p. 89.

⁽¹⁶²⁾ J. ESQUÍVEL, 2004: p. 117. Na arbitragem administrativa institucionalizada destaca-se o papel desenvolvido pelo CAAD, N. VILLA-LOBOS/M. BRITO VIEIRA, 2010.

⁽¹⁶³⁾ Não podemos deixar de remeter para os estudos extraordinários de A. SHAVELL, 1995: pp. 1-29; H. BROWN/A. MARRIO, 2011: pp. 1-666; M. L. MOSES, 2008: pp. 1-239.

Atualmente não é possível submeter os litígios decorrentes dos procedimentos pré-contratuais, quer à arbitragem voluntária (art. 180.º CPTA), quer institucionalizada (art. 187.º CPTA)⁽¹⁶⁴⁾, pois o legislador ainda não terá tomado essa opção. Note-se que, a admissibilidade da arbitragem em matéria administrativa não resulta de um critério geral, único patente na LAV, mas, sim, de opções casuísticas do legislador administrativo⁽¹⁶⁵⁾. Todavia, a Lei n.º 3-B/2010, de 28/04, no seu art. 128.º, n.º 3, als. *i* e *j*), continha uma autorização legislativa, entretanto caduca, que previa alargar a arbitragem voluntária e institucionalizada ao contencioso pré-contratual⁽¹⁶⁶⁾. Na visão do legislador estas medidas e outras constantes no mesmo artigo iriam *concluir* a transposição da diretiva 2007/66 para o ordenamento português. Na nossa humilde opinião, a presente solução não seria uma alternativa viável.

Primus, o facto da arbitragem não ser necessária prejudica a sua qualificação como um órgão jurisdicional nacional⁽¹⁶⁷⁾ e, por conseguinte, anula a sua capacidade de reenvio prejudicial (art. 267.º TFUE). É sabido que a matéria da contratação pública sofre inúmeras restrições e imposições da UE, daí acharmos conveniente manter aberta a possibilidade de reenvio.

Secundus, merece menção o caso polaco. Até 2007 o sistema de recursos polaco, em matéria pré-contratual pública, determinava que em primeira instância os litígios eram dirimidos por um órgão de arbitragem institucionalizada e necessária (*arbitration board*). No entanto, este sistema revelou-se insuficiente, uma vez que existia uma enorme instabilidade e diversidade jurisprudencial, resultado de um número bastante vasto de árbitros selecionáveis. Além disso, a própria qualidade dos árbitros não era a mais indicada, sendo necessário partir para a sua especialização. Traçado este cenário, o legislador polaco em 2007 criou um órgão administrativo independente com poderes para-judiciais, onde os

⁽¹⁶⁴⁾ Num sentido divergente, A. PRETELO OLIVEIRA, 2010: pp. 131 e ss; R. RELVAS VENTURA, 2011: pp. 235-277.

⁽¹⁶⁵⁾ M. AROSO DE ALMEIDA, 2012*b*: p. 9.

⁽¹⁶⁶⁾ M. AROSO DE ALMEIDA, 2012*b*: p. 24.

⁽¹⁶⁷⁾ M. FONTAINE CAMPOS, 2012: pp. 188-190.

juizadores têm que prestar provas num exame equivalente ao que é feito para a magistratura, tendo, inclusive, um regime muito próximo da magistratura, por forma a garantir a sua independência⁽¹⁶⁸⁾. Os resultados deste órgão têm sido bastante satisfatórios e eficazes, segundo G. LANG. Por último, esta órgão preenche o *status* de órgão jurisdicional da UE (art. 267.º TFUE), reconhecido pelo TJ no caso *Forposta*⁽¹⁶⁹⁾.

Em suma, tão-pouco se torna viável a via da arbitragem necessária e institucionalizada. A solução mais correta passará pela criação de órgão administrativo independente com poderes para-judiciais.

Se nos munirmos de *aquele óculo de direito comparado* é inegável o importante papel que este tipo de entidades têm vindo a alcançar na UE. Alerta-se, contudo, que não estamos aqui a defender a criação de uma entidade *reguladora* com poderes para-judiciais para a contratação pública⁽¹⁷⁰⁾. Buscamos somente a criação de órgão administrativo independente com poderes para-judiciais, sem poderes regulatórios, capaz de dirimir litígios com base na lei.

Na Europa os níveis de efetividade destes órgãos são notoriamente reconhecidos. Desde a Alemanha⁽¹⁷¹⁾, Dinamarca⁽¹⁷²⁾, Espa-

⁽¹⁶⁸⁾ G. LANG, 2013: pp. 136-139.

⁽¹⁶⁹⁾ C-465/11.

⁽¹⁷⁰⁾ A temática da *entidade reguladora* não é desprovida de interesse. A própria proposta da Comissão para uma nova diretiva do Parlamento e Conselho de 20 de Dezembro de 2011, relativa à contratação pública previa nos seus arts. 83.º e 84.º a criação de uma entidade reguladora para a contratação pública com poderes de supervisão e controlo dos procedimentos pré-contrauais. Na apreciação da Comissão esta entidade teria uma papel fulcral na melhoria dos procedimentos adjudicatórios e iria diminuir drasticamente o número de ilegalidades procedimentais. No entanto, a proposta não passou nas negociações com o Conselho por alegada violação do princípio da subsidiariedade, P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ/R. FERNÁNDEZ AACEVEDO, 2013: pp. 317-318. Cremos que seria um bom complemento para a efetividade da contratação pública se Portugal, independentemente de regulamentação europeia, avançasse para a criação desta entidade reguladora sem poderes para-judiciais. O InCI, teoricamente com a *alçada* da regulação da contratação pública, não tem obtido resultados dissuasores visíveis. O modelo italiano, em teoria, parece-nos ser mais eficaz — *A Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, in S. PIGNATARO, 2010: pp. 5-232.

⁽¹⁷¹⁾ M. BURGI, 2011: pp. 111-112 (para. 104 II GWB); L. HORN, 2014: pp. 1-8.

⁽¹⁷²⁾ S. TREUMER, 2011: p. 262; S. POULSEN/P. JAKOBSEN/S. HJELMBORG, 2012: pp. 537, ss.

nha⁽¹⁷³⁾, Polónia⁽¹⁷⁴⁾ e Roménia⁽¹⁷⁵⁾, todos eles possuem órgãos administrativos independentes, ou seja, não jurisdicionais, com competência para julgar litígios da contratação pública.

De acordo com M. P. CHITTI⁽¹⁷⁶⁾, aquilo que varia entre eles é o grau de independência e o sistema de nomeação e poderes dos julgadores. Os requisitos impostos, pela diretiva 2007/66, para a criação destes órgãos, são bastante parcos. Veja-se que diretiva apenas requer que o órgão seja: *a)* independente da EA; *b)* independente da *orgânica administrativa* do EM; *c)* respeite os requisitos do art. 2.º, n.º 9, diretiva 2007/66; *d)* respeite o princípio do contraditório; *e)* e as suas decisões sejam juridicamente vinculantes⁽¹⁷⁷⁾. Segundo o autor, a diretiva criou uma nova categoria de autoridade administrativa independente, distinta das entidades reguladoras, porque irá deter características de *independência* mais fortes.

Concluimos que esta solução será a mais acertada para Portugal. A nível constitucional a sua criação encontrará abrigo no vasto art. 267.º, n.º 3 CRP e baseando-nos nas experiências e resultados satisfatórios noutros EM, será aquela que melhor acautelará as exigências de tutela preventiva no contencioso pré-contratual, sendo, na nossa humilde opinião, uma situação clara onde o princípio da efetividade da UE, obrigará Portugal, por via indireta, a adotar uma mudança estrutural no sistema de recursos, dependendo a efetividade desta solução de aspetos sob os quais, infelizmente, não nos podemos deter, designadamente: o grau de independência do órgão; os mecanismos de recurso disponíveis; cumprimento de prazos de decisão; os poderes, nomeação e grau de especialização dos julgadores.

⁽¹⁷³⁾ MOLINA, 2010.

⁽¹⁷⁴⁾ G. LANG, 2013: pp. 136-139.

⁽¹⁷⁵⁾ D. DRAGOS/B. NEAMTU/R. VELISCU, 2011: pp. 156-166.

⁽¹⁷⁶⁾ M. P. CHITTI, 2010: p. 163.

⁽¹⁷⁷⁾ M. P. CHITTI, 2010: p. 164.

5. Conclusão

No presente trabalho concluímos que, a UE obriga os EM a construir um sistema de recursos pré-contratual que privilegie a utilização de mecanismos de tutela preventiva. É opinião do legislador europeu que esta é a única forma de conseguir assegurar a efetividade do direito europeu da contratação pública. Mais se concluiu que para os EM cumprirem esse objetivo é essencial, por um lado a correta aplicação de um período *standstill* aliada a um efeito suspensivo automático decorrente da impugnação do ato de adjudicação, e por outro lado, a existência de um recurso pautado por características de celeridade processual.

É por demais evidente a desconformidade do ordenamento jurídico português para cumprir estas exigências de cariz europeísta. Deste modo, urge uma reforma legislativa de fundo. Assim, através de uma análise das soluções contempladas por outros EM traçamos um caminho reformista, baseado nas seguintes propostas: *a)* uma coincidência entre o período *standstill* e o prazo de caducidade para os candidatos/concorrentes exercerem o direito de acção; *b)* uma diminuição das exceções ao período *standstill*; *c)* a adopção de um recurso urgente, com prazos de decisão céleres, quando esteja em causa a impugnação do ato de adjudicação; *d)* a criação de órgão administrativo independente com poderes parajudiciais para dar *abrigo* a este novo mecanismo de recurso *ultra célere*.

Utilizando um vocábulo que, agora, nos é deveras caro estes poderão ser os primeiros *passos* para o contencioso pré-contratual público sair da sua *crise*.

Bibliografia

A) Monografias e artigos de revista

- ALLENA, MIRIAM, “L’ art. 6 CEDU come parâmetro di effettività della tutela procedimentale e giudiziale all’ interno degli stati membri dell’ unione europea”, *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, n.º 2, 2012, pp. 267-299.
- ANDRADE VIEIRA, JOSÉ CARLOS, *A Justiça Administrativa (Lições)*, 12.ª ed., Almedina, Coimbra 2012.
- ARNULL, A., *The European Union and its Court of Justice*, 2.ª ed., 2006.
- AROSO DE ALMEIDA, MÁRIO, “Art. 128.º do CPTA: realidades e perspectivas”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 93, 2012, pp. 3-8.
- _____, “Ilegalidades pré-contratuais, impossibilidade de satisfazer a pretensão do autor e indemnização indevida”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 98, 2013.
- _____, *Manual de Processo Administrativo*, Almedina, Coimbra 2010.
- _____, “Tópicos sobre o problema do âmbito subjetivo da arbitragem sobre relações jurídicas multilaterais ou poligonais de Direito Administrativo”, in *V Congresso do Centro de Arbitragem Comercial — Intervenções*, Almedina, Coimbra 2012(a), pp.209-221.
- _____, “Sobre o âmbito das matérias passíveis de arbitragem de direito administrativo em Portugal”, *Estudos em homenagem a Miguel Galvão Teles*, vol. II, Almedina, Coimbra 2012(b), pp. 9-26.
- AROSO DE ALMEIDA/FERNANDES CADILHA, MÁRIO/CARLOS, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010.
- ARROWSMITH, SUE, *EU Public Procurement — an introduction*, 2010, disponível em <<http://www.nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/asia/linkmaterials/eupublicprocurementlawintroduction.pdf>>, consultado em 16-12-2013.
- _____, *Remedies for Enforcing the Public Procurement Rules. Public Procurement in the European Community: Vol. IV.*, Winteringham: Earlsgate Press, 1993.
- _____, “Modernising the EU’s Public Procurement Regime: a Blueprint for Real Simplicity and Flexibility”, *Public Procurement Law Review*, 21, 2012, pp. 71 e ss.

- ARROWSMITH/KUNZLIK, SUE/PETER, *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law New Directives and New Directions*, Cambridge, 2009.
- ASSIS RAIMUNDO, MIGUEL, *A Formação dos Contratos Públicos — uma concorrência ajustada ao interesse público*, AAFDL, Lisboa, 2013.
- AZEVEDO, BERNARDO, “Adjudicação e celebração do contrato no Código dos Contratos Públicos”, *Estudos de Contratação Pública — II*, org. Pedro Gonçalves, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 224-271.
- BARROCAS, MANUEL PEREIRA, *Manual de Arbitragem*, Almedina, Coimbra, 2010.
- BOVIS, CHRISTOPHER, “Access to Justice and Remedies in Public Procurement”, *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, n.º 3, 2012, pp. 195-202.
- BROWN, ADRIAN, “EU primary law requirements in practice: advertising, procedures and remedies for public contracts outside the procurement directives”, *Public Procurement Law Review*, 5, 2010, pp. 169-181.
- BROWN, HENRY/MARRIOT, ARTHUR, *ADR: Principles and Practice*, third edition, Sweet & Maxwell, 2011.
- BURGI, MARTIN, “EU Procurement Rules — A report about the German Remedies System”, in *Enforcement of the EU Public Procurement Rules* eds. Steen Treumer & François Lichère, Djof Publishing, Copenhagen, 2011, pp. 105-153.
- CANOTILHO, GOMES, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2003.
- CARANTA, ROBERTO, “Many Different Paths, but Are All Leading to Effectiveness”, in *Enforcement of the EU Public Procurement Rules* eds. Steen Treumer & François Lichère, Djof Publishing, Copenhagen 2011, pp. 53-92.
- CARDONA FERREIRA, RUI, “A responsabilidade das entidades adjudicantes”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 97, 2013.
- CARVALHO, RAQUEL, “O regime de invalidade derivada nos contratos administrativos. Da alteração operada pela transposição da Directiva 2007/66/CE”, *Revista de Contratos Públicos*, n.º 3, 2011, pp. 51-70.
- CELESTE FONSECA, ISABEL, “A directiva (recursos) n.º 2007/66/CE: o reforço da efectividade do contencioso pré-contratual: what else?”, *Revista Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Coimbra Editora, 2008.

- _____, “O contencioso dos contratos da Administração Pública: notas sobre um domínio do contencioso administrativo de feição muito urgente”, in: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 501-535.
- _____, *Processo Temporalmente Justo e Urgência*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.
- CERQUEIRA GOMES, PEDRO, “O conceito de possibilidade real no regime da responsabilidade extracontratual do estado”, *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*, n.º 21, 2012, pp. 159-167.
- CHITI, EDOARDO, “Directive 2007/66 and the Difficult Search for Balance in Judicial Protection Concerning Public Procurements”, *Italian Journal of Public Law*, n.º 1, 2010, pp. 125 e ss.
- CHITI, MARIO, *Diritto Amministrativo Europeo*, 4.^a ed., Giuffrè Editore, Milão, 2011.
- _____, “Le Misteriose “Sanzioni Alternative” nella Direttiva Ricorsi Appalti ed I Limiti Dell’Ingerenza Dell’Unione Europea Nel Diritto Processuale”, in *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in europa*, cura di G. Greco, Giuffrè Editore, Milão 2010, pp. 158-180.
- CIONTIOLI, FABIO, “Le Innovazioni Del Processo Amministrativo Sui Contratti Pubblici (Ancora in Difesa Del Processo di Parti)”, *Diritto Processuale Amministrativo*, n.º 1, 2012, pp. 3-45.
- COMBA, MARIO, “Enforcement of EU Procurement Rules — The Italian System of Remedies”, in *Enforcement of the EU Public Procurement Rules* eds. Steen Treumer & François Lichère, Djof Publishing, Copenhagen, 2011, pp. 235-254.
- COSTA GONÇALVES, PEDRO, “Concorrência e Contratação Pública (a integração de preocupações concorrenciais na contratação pública)”, in *Estudos de Homenagem a Miguel Galvão Teles*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2012.
- D’ANGELO, FLAMINIA, “Il recepimento della direttiva ricorsi 2007/66/CE, in Francia ed Italia”, *Revista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, n.º 2, 2012, pp.349-271.
- DE KONINCK E FLAMEY, CONSTANT E PETER, *European Public Procurement Law Part II — Remedies*, Wolters Kluwer, 2009.
- DE MARS, SYLVIA, “The limits of general principles: a procurement case study”, *European Law Review*, 38(3), pp. 316-334.
- DE NICTOLIS, ROSANNA, *Il recepimento della direttiva ricorsi nel codice appalti e nel nuovo codice del processo amministrativo*, 2010, disponi-

- vel em <http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/studi_contributi/2010_7_DENICTOLIS_II_recepimento_direttiva.htm>, consultado a 14-11-2013.
- DE PRETIS, DARIA, “Il sistema della protezione preventiva”, in *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in europa*, cura di G. Greco, Giuffrè Editore, 2010, pp. 3-45.
- DORCHIES, OLIVER, “Recursos jurisdiccionales especiales en matéria de contratación pública: el modelo francés”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 23, 2010, pp. 1-22.
- DRAGOS, DACIAN/NEAMTU, BODGANA/VELISCU, RALUCA, “Remedies in Public Procurement in Romania”, in *Enforcement of the EU Public Procurement Rules*, eds. Steen Treumer & François Lichère, Djof Publishing, Copenhagen, 2011, pp. 155-200.
- EIRÓ, VERA, *A obrigação de indemnizar das entidades adjudicantes — fundamentos e pressupostos*, Almedina, Coimbra, 2013.
- ESQUÍVEL, JOSÉ LUÍS, *Os Contratos Administrativos e a Arbitragem*, Almedina, Coimbra, 2004.
- ESTEVES DE OLIVEIRA, MÁRIO e RODRIGO, *Concursos e outros procedimentos de contratação pública*, Almedina, Coimbra, 2011.
- ESTEVES DE OLIVEIRA, RODRIGO, “O contencioso urgente da contratação pública”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 78, 2009, pp. 3-16.
- ESTORNINHO, MARIA JOÃO, “A recente transposição da Directiva 2007/66/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Dezembro, no ordenamento jurídico português”, *Revista dos Contratos Públicos*, n.º 1, 2011, pp. 21-30.
- _____, *Curso de Direito dos Contratos Públicos — por uma contratação pública sustentável*, Almedina, Coimbra, 2012.
- FAIRGRIEVE/LICHÈRE, DUNCAN/FROINÇOIS, *Public Procurement Law: Damages as an Effective Remedy*, Hart Publishing, 2011.
- FERNANDES CADILHA/CADILHA, CARLOS/ANTÓNIO, *O Contencioso Pré-Contratual e o Regime de Invalidez dos Contratos Públicos*, Almedina, 2013.
- FERREIRA DE ALMEIDA, CARLOS, *Introdução ao Direito Comparado*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1998.
- FONTAINE CAMPOS, MANUEL, “Princípio da Uniformidade na Interpretação e Aplicação do Direito da União”, in: *Princípios Fundamentais de*

- Direito da União Europeia — uma abordagem jurisprudencial*, coord. Sofia Oliveira Pais, 2.^a ed., Almedina, Coimbra 2012, pp. 177-217.
- GALLETA, DIANA-URANIA, *Procedural Autonomy of EU Member States: Paradise Lost?*, Springer, 2010.
- GAROUPA, NUNO, *O Governo da Justiça*, Fundação Manuel dos Santos, Lisboa 2011.
- GIMENO FELIÚ, JOSÉ MARIA, *Reformas Legales de la ley 30/2007, de Contratos del Sector Público: Alcance y Efectos Practicos*, Civitas ediciones, 2011.
- GOLDING e HENTY, JANE e PAUL, “The new Remedies Directive of the EC: standstill and ineffectiveness”, *Public Procurement Law Review*, 3, 2008, pp. 146-154.
- GOMES CANOTILHO/MOREIRA, JOSÉ/VITAL, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. II, arts. 108.º a 296.º, Coimbra Editora, 2010.
- GOMES, CONCEIÇÃO, *Os Atrasos da Justiça*, Fundação Manuel dos Santos, Lisboa 2011.
- GONÇALVES MONIZ, ANA RAQUEL, “As Peças do Procedimento (Algumas Reflexões)”, *Estudos de Contratação Pública*, Vol. IV, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, pp. 80- 179.
- GONÇALVES, PEDRO, “Contencioso administrativo pré-contratual”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 44, 2004, pp. 3-11.
- , “Avaliação do regime jurídico do contencioso pré- contratual urgente”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 62, 2007, pp. 3-10.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, SANTIAGO, “La normativa europea procesal de contratación pública y el sistema actual de recursos contractuales”, *Revista Documentación Administrativa*, n.º 288, 2010, pp. 43-63.
- HORN, LUTZ, “GÖRG Partnerschaft von Rechtsanwälten — Germany”, in Julian Ellison/ Laure Baudrihayé (editors), *The International Comparative Legal Guide to Public Procurement 2014*, 6.th Edition, Global Legal Group, pp. 70-77.
- LANG, GRZEGORZ, “From Slow and Simple to Rapid but Complex Remarks on the Evolution of the Polish Remedies System”, *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, n.º 2, 2013, pp. 132-142.
- LICHÈRE/GABAYET, FRANÇOIS/NICOLAS, “Enforcement of the Public Procurement Rules in France”, in *Enforcement of the EU Public Procurement Rules* eds. Steen Treumer & François Lichère, Djof Publishing, Copenhagen, 2011, pp. 299-329.

- LIZARRAGA RAZQUIN, JOSÉ ANTÓNIO, “El sistema especial de recursos en la contratación pública tras la reforma de la ley de contratos del sector público”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 25, 2010, pp. 1-54.
- M. RACCA, GABRIELLA, “Derogations from standstill period, ineffectiveness and remedies in the new tendering procedures: efficiency gains vs. risk of increasing litigation, in *Enforcement of the EU Public Procurement Rules* eds. Steen Treumer & François Lichère, Djof Publishing, Copenhagen, 2011, pp. 95-103.
- MEALHA, ESPERANÇA, “Responsabilidade civil nos procedimentos de adjudicação dos contratos públicos”, *Julgar*, n.º 5, 2008.
- MESQUITA NUNES, ADOLFO, “Contratação Pública a duas velocidades: a transposição da directiva 2007/66/CE”, *Revista de Direito Público e Regulação*, n.º 1, 2009, pp. 35-54.
- MORENO MOLINA, JOSÉ ANTONIO “La Ley 34/2010 y La Adaptación en España del Derecho de La Unión Europea en Materia de Recursos en los Procedimientos de Adjudicación”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 25, 2010.
- MOSES, MARGARET, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, Cambridge, 2008.
- MOTA PINTO, PAULO, “Responsabilidade por violação de regras de concurso para celebração de um contrato (em especial o cálculo da indemnização)”, in *Estudos de Contratação Pública*, Vol. II, Coimbra, 2010, pp. 273-295.
- MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho public general III. La organización territorial del Estado. Las Administraciones Públicas*, Iustel, Madrid, 2009.
- OLAZABAL CABRAL, MARGARIDA, “Processos urgentes principais — Em especial, o contencioso pré-contratual”, n.º 94, 2012, pp. 38-48.
- PACHNOU, DESPINA, *The effectiveness of bidder remedies for enforcing the EC public procurement rules: a case study of the public works sector in the United Kingdom and Greece*, Thesis submitted to the University of Nottingham for the degree of Doctor of Philosophy, March 2003.
- PETERSON, ZSOFIA, “Below-threshold contract awards under EU primary law: Federal Republic of Germany v Commission (T-258/06) — case comment”, *Public Procurement Law Review*, 6, 2010, pp. 215-220.
- PINGATARRO, SERGIO, *L'Authority di vigilanza nel codice dei contratti pubblici*, Seconda Edizione, G. Giappichelli Editore, Torino, Bari 2010.

- POULSEN, SUNE TROELS/JAKOBSEN, STIG PETER/KALSMOSE-HJELMBORG, SIMON EVERS, *Eu Public Procurement Law*, 2.^a ed., Djof Publishing, Copenhagen, 2012.
- PRATA ROQUE, MIGUEL, *Direito Processual Administrativo Europeu*, Coimbra Editora, 2011.
- PRESTELO OLIVEIRA, ANA, “Da arbitragem administrativa à arbitragem fiscal: notas sobre a introdução da arbitragem em matéria tributária”, in Nuno de Villa-Lobos/Mónica Brito Viera, *Mais justiça administrativa e fiscal — Arbitragem*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 131 e ss.
- PULIDO QUECEDO, MANUEL, *El Nuevo Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales*, Thomson Reuters, 2010.
- RAMAJOLI, MARGHERITA, “Il Processo in Materia di Appalti Pubblici da Rito Speciale a Giudizio”, in *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in europa*, cura di G. Greco, Giuffrè Editore, Milão, 2010, pp. 121-156.
- RELVAS MOREIRA, RAÚL, “A Arbitrabilidade Autónoma dos Actos Procedimentais de Formação de Contratos Públicos”, in *Themis*, n.º 20/21, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 235-277.
- RICHER, LAURENT, *L’Europe des Marchés Publics*, LGDJ, 2009.
- SAITTA, FABIO, “Contratti pubblici e riparto di giurisdizione: prime riflessioni sul decreto di recepimento della direttiva n. 2007/66/CE”, disponível em <http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/studi_contributi/2010_5_Saitta_Contratti_giurisdizione_e_direttiva.htm>.
- SANCHEZ GRAELLS, ALBERT, “What Need and Logic for a New Directive on Concessions, Particularly Regarding the Issue of Their Economic Balance?”, *European Procurement & Public Private Partnership*, 2, 2012, pp. 94-104.
- SHAVELL, STEVEN, “Alternative Dispute Resolution — an economic analysis”, *The Journal of Legal Studies*, Vol. XXVI, 1995, pp. 1-28.
- SNYDER, FRANCIS, “The effectiveness of european community law: institutions, processes, tools and techniques”, *Modern Law Review*, Vol. 56, 1993, pp. 19-56.
- SOUSA E SILVA e CERQUEIRA GOMES, NUNO E PEDRO, “Invalidades Contractuais no CCP — Visita de Estudo”, *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*, n.º 21, 2012, pp. 43-72.

- TAVARES DA SILVA, SUZANA, “Revisitando a garantia da tutela jurisdicional efectiva dos administrados (algumas notas)”, *Revista de Direito Público e Regulação*, n.º 5, 2010, pp. 127-139.
- TAVARES, RAQUEL, *Portugal no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem – jurisprudência seleccionada*, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2012.
- TELLES, PEDRO, “The Good, the Bad and the Ugly: EU’s Internal Market, Public Procurement Thresholds and Cross-Border Interest”, *Public Contract Law Journal*, Vol. 43, 2013, pp. 3-25.
- TREUMER, STEEN, “Enforcement of the EU Public Procurement Rules: The State of Law and Current Issues” in *Enforcement of the EU Public Procurement Rules* eds. Steen Treumer & François Lichère, Djof Publishing, Copenhagen, 2011, pp. 17-49.
- _____, “Enforcement of the Public Procurement Rules: Danish Regulation and Practise”, in *Enforcement of the EU Public Procurement Rules* eds. Steen Treumer & François Lichère, Djof Publishing, Copenhagen 2011, pp. 255-297.
- _____, “Towards an Obligation to Terminate Contracts Concluded in Breach of the EC Public Procurement: the end of the Statues of Concluded Contracts as Sacred Cows”, *Public Procurement Law Review*, 16, 2007.
- TRYBUS, MARTIN, “The hidden Remedies Directive: review and remedies under the EU Defence and Security Procurement Directive”, *Public Procurement Law Review*, 4, 2013, pp. 135-155.
- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ/FERNÁNDEZ ACEVEDO, PATRICIA/RAFAEL, “Órganos Consultivos y de Recursos Para El Control de la Contratación Pública en España” *Amministrazione pubblica dei contratti*, Editoriale Scientifica Napoli XXXIII, Napoli, 2013, pp. 309-375.
- VIANA, CLÁUDIA, “A interpretação e aplicação do art. 128.º do CPTA em conformidade com o direito europeu dos contratos públicos, anotação ao Ac. do TCA Sul de 28.10.2010”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 91, 2012, pp. 41-53.
- _____, “A prevenção de “facto consumado” nos procedimentos de contratação pública — uma perspectiva de direito comunitário, anotação ao Ac. STA de 20.03.2007, proc. n.º 1191/06, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 68, 2008, pp. 26 e ss.
- VILLA-LOBOS, NUNO/BRITO VIERA, MÓNICA, *Mais justiça administrativa e fiscal — Arbitragem*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.
- WILLIAMS, RHODRI, “Comission Proposals to modernise public procurement”, *Public Procurement Law Review*, 3, 2012, pp. 101-105.

ZHANG, XINGLIN, “Supplier review as a mechanism for securing compliance with government procurement rules: a critical perspective”, *Public Procurement Law Review*, 16, 2007, pp. 325-351.

B) Comunicações e Relatórios

Comunicação interpretativa da Comissão sobre a aplicação do direito comunitário em matéria de contratos públicos e de concessões às parcerias público-privadas institucionalizadas (PPPI), 2008/C 91/02.

Comunicação interpretativa da Comissão sobre o direito comunitário aplicável à adjudicação de contratos não abrangidos, ou apenas parcialmente, pelas directivas comunitárias relativas aos contratos públicos, 2006/C 179/02.

Relatório da Comissão — *Impact Assessment Report — Remedies in the field of public procurement*, 4 de Maio de 2006.

Relatório do Instituto da Construção e do Imobiliário referente à Contratação Pública em 2011, Quadro 7, p. 27, disponível em: <http://www.inci.pt/Portugues/inci/EstudosRelatoriosSectoriais/EstudosRelatorios%20Sectoriais/RelContr_Pub_2011_final.pdf>.

The EU Justice Scoreboard — a tool to promote effective justice and growth — Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Central Bank, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions COM(2013) 160 final.

Jurisprudência
Crítica

ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA MOROSA:
LA STORIA CONTINUA...

Anotação ao acórdão do STA, de 15.05.2013,
Proc. n.º 0144/13⁽¹⁾

Pelo Dr. Ricardo Pedro⁽²⁾

SUMÁRIO:

1. O ponto de partida: o acórdão em anotação. 2. O caminho percorrido: 2.1. A lei; 2.2. A jurisprudência; 2.2.1. A jurisprudência nacional; 2.2.2. A jurisprudência do TEDH. 3. Alguns pontos de chegada: tópicos assentes e tópicos em diálogo...

1. O ponto de partida: o acórdão em anotação

O acórdão em anotação é apenas o *leitmotiv* para revisitarmos o tema da tutela reparatória por violação do direito a uma decisão em prazo razoável e deixarmos reafirmadas as principais coordena-

⁽¹⁾ Todos os acórdãos nacionais citados podem encontrar-se em: <www.dgsi.pt> e todos os acórdãos do TEDH podem encontrar-se em: <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>>.

⁽²⁾ Mestre e doutorando em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.

das que, no nosso entender, devem orientar o intérprete e aplicador do direito⁽³⁾.

O acórdão em referência esclarece no sumário que “[é] de admitir a revista em que está em causa determinar se foi ou não violada a vinculação de administrar justiça em prazo razoável, imposta pelo art. 6.º da CEDH”.

Neste aresto está em causa a admissão de um recurso de revista excecional⁽⁴⁾, previsto no art. 150.º, n.º 1 do CPTA⁽⁵⁾, apenas admitido, de acordo com aquele quadro legal, “quando esteja em causa a apreciação de uma questão que, pela sua relevância jurídica ou social se revista de importância fundamental ou quando a admissão do recurso seja claramente necessária para uma melhor aplicação do direito”.

Face aos requisitos de excecionalidade previstos naquele artigo, o STA decidiu, por unanimidade⁽⁶⁾, admitir o recurso, reconhecendo a necessidade de apreciação do tema da “responsabilidade do Estado por alegados atrasos na administração da justiça, com alegada violação do direito a uma decisão em prazo razoável”.

Independentemente da bondade da solução de mérito do acórdão recorrido e da futura decisão que sobre este caso venha a recair a final — sobre a qual não iremos pronunciar uma única palavra —, o que nos interessa e, em alguma medida, nos aproxima da razão

(3) Muitas das coordenadas que aqui elencamos encontram desenvolvimento no nosso *Contributo para o estudo da responsabilidade civil do Estado por violação do direito a uma decisão em prazo razoável ou sem dilações indevidas*, Lisboa, AAFDL, 2011.

(4) Sobre o tema e para outros desenvolvimentos, MIGUEL ÂNGELO OLIVEIRA CRESPO, *Recurso de revista no contencioso administrativo*, Coimbra, Almedina, 2007, *passim*.

(5) Assumimos que todos os acrónimos usados neste breve estudo fazem já parte da nossa cultura jurídica, dispensando-nos de qualquer outro esclarecimento.

(6) Trata-se de uma evolução, uma vez que nem sempre tem sido este o entendimento do STA. Cf. acórdão do STA, de 21 de setembro de 2006, proc. n.º 791/06 e veja-se também as referências feitas pela Corte de Estrasburgo à jurisprudência nacional nos acórdãos do TEDH: de 10 de junho de 2008, caso Martins Castro e Alves Correia de Castro c. Portugal; de 23 de fevereiro de 2010, caso Anticor-Sociedade de Anti-Corrosão, Lda, c. Portugal; e de 25 de setembro de 2012, caso Novo e Silva c. Portugal. Neste último aresto pode ler-se que o STA não admitiu o recurso de revista sobre o tema que aqui tratamos; tendo, a final, o Estado português sido condenado pelo TEDH por violação do direito a uma decisão em prazo razoável.

que motivou a admissão desta revista pelo STA é “*possibilitar uma contribuição para firmar qual seja a melhor aplicação do direito*”, e o que nos afasta é que não o faremos tendo em vista este ou qualquer outro caso concreto, mas simplesmente visando contribuir para uma melhor compreensão da teoria geral da responsabilidade civil do Estado por violação do direito a uma decisão em prazo razoável.

Apesar de não nos ser permitido — atendendo à economia do estudo — apresentar todos os problemas levantados nesta matéria, iremos, no entanto, enunciar os principais traços caracterizadores do tema, procurando dar nota da evolução legislativa, jurisprudencial e doutrinária que o tema da responsabilidade civil do Estado por violação do direito a uma decisão em prazo razoável tem sofrido. Terminaremos com o elenco das questões essenciais que, na nossa opinião, se devem ter como *imperativamente assentes* e outros tópicos que devem acompanhar o *passo* da jurisprudência do TEDH.

2. O caminho percorrido:

2.1. A Lei

Desde a ratificação da CEDH (1978) que Portugal se encontra obrigado ao cumprimento do direito a uma decisão judicial em prazo razoável. Este dever estadual foi reforçado na revisão constitucional de 1997, que consagrou o direito fundamental a uma decisão em prazo razoável (cf. art. 20.º, n.º 4 da CRP)⁽⁷⁾. Por fim, este direito pode ainda encontrar-se concretizado em várias leis processuais ordinárias (v.g. CPTA, CPC e CPPT)⁽⁸⁾.

Para além da afirmação expressa daquele direito — enquanto *indirizzò* que se impõe ao legislador, ao administrador e ao tribu-

(7) Sobre a caracterização deste direito, cf., o nosso, *Contributo...*, pp. 33-51.

(8) Quando os tribunais nacionais aplicam direito da União Europeia deve também ser assegurado o direito a uma decisão em prazo razoável. Sobre o tema e para mais desenvolvimentos, o nosso, “Notas sobre o direito a uma decisão judicial em prazo razoável na União Europeia”, no prelo.

nal —, o regime aprovado pelo RRCEE⁽⁹⁾, em vigor desde 30 de janeiro de 2008, positivou no ordenamento jurídico português, de acordo com o previsto no art. 12.º daquele diploma, um regime de tutela reparatória⁽¹⁰⁾ por violação do direito a uma decisão em prazo razoável⁽¹¹⁾. Esta legislação limita-se a afirmar o dever do Estado reparar os danos ilicitamente causados pela administração da justiça — nomeadamente por violação do direito a uma decisão judicial em prazo razoável — nada esclarecendo quanto ao modo de determinação do conceito de prazo razoável⁽¹²⁾.

Deve deixar-se claro que este regime encontra amparo processual no contencioso administrativo⁽¹³⁾. Não deve subsistir qualquer dúvida que o tribunal competente para a decisão destas ações será sempre — quando a causa de pedir seja apenas morosidade inde-

⁽⁹⁾ Este diploma sobre a responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas foi aprovado pela Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro, alterado pela Lei n.º 31/2008, de 17 de julho, e revogou o regime da responsabilidade da administração por atos de gestão pública, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 48051, de 21 de novembro de 1967.

⁽¹⁰⁾ Importa que fique claro que, para além do mecanismo de reparação de danos, podem, pelo menos de *iure condendo*, ponderar-se outras reações pela violação do direito a uma decisão em prazo razoável. Cf. para outros desenvolvimentos, o nosso, *Contributo...*, pp. 51-54.

⁽¹¹⁾ Sobre um mecanismo específico criado para os processos urgentes de despedimento ilícito, cf., o nosso, “Salários de tramitação: brevíssima referência ao disposto no art. 98.º-N do CPT”, *O Direito*, IV, 2012, pp. 851-865.

⁽¹²⁾ Sublinhando o carácter lacunar da legislação nacional, AA VV, *Comentário ao Regime da responsabilidade Civil do Estado e Demais Entidades Públicas*, Lisboa, Universidade Católica Portuguesa, 2013, p. 331.

⁽¹³⁾ A ação de responsabilidade civil extracontratual por violação do direito a um processo sem dilações indevidas segue a forma de ação administrativa comum (cf. art. 37.º, n.º 2, al. f) do CPTA), podendo assumir várias formas de processo, consoante o valor da causa. De *iure condendo*, já anteriormente nos manifestámos no sentido de — face à necessidade de uma maior celeridade da ação reparatória, nomeadamente reivindicada pela jurisprudência internacional — aproveitar um processo urgente disponível no contencioso administrativo, isto é, o processo urgente de intimação para a proteção de direitos, liberdades e garantias. Para mais desenvolvimentos, o nosso, *Contributo...*, pp. 162-175.

Quanto à tutela cautelar, o recorrente que tenha sido lesado pela demora na administração da justiça pode lançar mão de providências cautelares adequadas ao caso concreto (cf. art. 112.º do CPTA). *In casu* afiguram-se mais adequadas a providência cautelar de regulação provisória do pagamento de quantias (cf. arts. 112.º, n.º 2, al. e) e 133.º do CPTA) e a providência cautelar de arbitramento de reparação provisória (cf. arts. 403.º-405.º CPC *ex vi* 112.º, n.º 2 do CPTA).

vida — o tribunal administrativo. No entanto, caso se esteja perante uma causa de pedir complexa tudo dependerá dos seus elementos constituintes. Se, por exemplo, se cumular o título de imputação morosidade indevida com o erro judiciário (ocorrido na jurisdição cível) entendemos que o tribunal competente deve ser o cível⁽¹⁴⁾.

Importa também deixar expresso que o outro modo de tutela do direito a uma decisão em prazo razoável⁽¹⁵⁾ se encontra por via do aceleramento dos processos⁽¹⁶⁾. Esta forma de atuação preventiva tem, nomeadamente, sido referenciada pelo TEDH como uma forma de acautelar/efetivar os direitos em julgamento⁽¹⁷⁾.

Esta leitura da administração da justiça em tempo adequado — ao impor uma maior diligência ao Estado — repercute-se numa maior diligência de todos os operadores da administração da justiça, nomeadamente, dos representantes das partes, podendo esta ser sindicada pelo juiz, especialmente na aferição do conceito de prazo razoável ou na determinação do montante indemnizatório — por via da consideração da culpa do lesado (cf. art. 4.º do RRCEE).

Na nossa opinião — à luz do ordenamento jurídico vigente — a consideração do acionamento de um meio de aceleração processual — para efeitos de determinação da culpa do lesado — apenas deverá ter lugar em processo penal, pois só neste ramo do Direito o legislador positivou tal meio efetivo (cf. arts. 108.º-110.º do CPP).

Nos restantes ramos do Direito não encontramos um mecanismo similar, ainda que esteja na disponibilidade das partes — ao abrigo, nomeadamente, do disposto no art. 20.º, n.º 4 da Constituição ou norma ordinária que repita aquele conteúdo — requerer a aceleração processual ou apresentar queixa ao Provedor de Justiça pela administração da justiça morosa (cf. art. 23.º, n.º 1 da CRP).

⁽¹⁴⁾ Para mais desenvolvimentos, o nosso, *Contributo...*, pp. 161-162.

⁽¹⁵⁾ Descontando aqui as muitas medidas específicas que o Estado pode adotar em concreto, nomeadamente, ao nível legislativo para evitar processos tão longos.

⁽¹⁶⁾ Cf. AA VV, *Pilot Judgment Procedure in the European Court of Human Rights: and the Future Development of Human Rights' Standards and Procedures Third Informal Seminar for Government Agents and Other Institutions*, Warsaw, Kontrast, 2009, p. 17.

⁽¹⁷⁾ Acórdão do TEDH, de 29 de março de 2006, caso Apicella c. Itália.

Em ambas as hipóteses, a não diligência das partes na aceleração processual não deve ser sancionada em sede de apreciação de culpa do lesado⁽¹⁸⁾.

2.2. A jurisprudência nacional

Podem encontrar-se várias dezenas de acórdãos proferidos pelos nossos tribunais superiores, que refletem mais de 20 anos de jurisprudência sobre este tema; como se confirma pela análise do *leading case*⁽¹⁹⁾ que prefigurou o caso *Garagem Pintosinhos, Lda*⁽²⁰⁾, de 1989, até às mais recentes decisões do STA, de que é exemplo o acórdão aqui em referência, datado de 2013⁽²¹⁾.

A jurisprudência dos nossos tribunais superiores (excluindo aqui o TC, referido *infra*) há muito que vai no sentido — não sem grandes avanços e recuos — da admissão da responsabilidade civil do Estado por este título de imputação. Tem sido, sobretudo, a jurisprudência administrativa o motor do desenvolvimento/acolhimento dogmático desta matéria, quer por via da sua atuação criativa, quer pela receção dos contributos oferecidos pelo TEDH (cf. *infra*). Mas não é menos verdade que esta jurisprudência tem, nalguma medida, sido acompanhada pela jurisprudência dos tribunais comuns⁽²²⁾.

Na jurisprudência recente dos tribunais administrativos podem destacar-se duas fases⁽²³⁾. Numa primeira fase, os tribunais

⁽¹⁸⁾ Para mais desenvolvimentos, o nosso, *Contributo...*, pp. 95-98.

⁽¹⁹⁾ Assim o denomina GOMES CANOTILHO, in “Ac. do STA de 7 de março de 1989 — anotação”, *RLJ*, Ano 123, n.º 3799, 1991, pp. 293-307.

⁽²⁰⁾ Acórdão do STA, de 7 de março de 1989, proc. n.º 26524, António Samagaio.

⁽²¹⁾ Para a referência das decisões nacionais até 2009, cf., o nosso, *Contributo...*, pp. 76-79. Posteriormente a essa data deve ter-se em conta, entre muitos, acórdão do TCAN, de 26 de outubro de 2012, proc. n.º 01490/09.1BEPRT, Antero Pires Salvador, e acórdão do STA, de 06 de novembro de 2012, proc. n.º 0976/11, Fernanda Xavier.

⁽²²⁾ Acórdão do STJ, de 17 de junho de 2003, proc. n.º 02A4032, Moreira Camilo, e acórdão do STJ, de 08 de setembro de 2009, proc. n.º 368/09.3 YFLSB, Sebastião Póvoas.

⁽²³⁾ Esta jurisprudência, com as devidas distâncias, parece seguir o caminho trilhado pelo legislador italiano que — numa primeira fase positivou os critérios de concreti-

portugueses centravam a atenção no preenchimento de alguns pressupostos da tutela reparatória do direito a uma decisão em prazo razoável, especialmente, na metódica adequada para a determinação do conceito indeterminado *prazo razoável*, mormente, pela receção da doutrina desenvolvida a este propósito pelo TEDH — para efeitos de verificação do pressuposto *facto ilícito*.

Numa segunda fase — parecendo assumir-se já como adquirido a concretização do conceito de prazo razoável⁽²⁴⁾ — os nossos tribunais administrativos, vêm a inovar, detendo-se com a preocupação atinente à fixação do *quantum* indemnizatório, nomeadamente, com o modo de compensação dos danos não patrimoniais — uma vez mais pela receção da doutrina desenvolvida a este propósito pelo TEDH — para efeitos de ponderação de quais os danos não patrimoniais que apresentam dignidade para ser objeto de reparação⁽²⁵⁾.

Mais pobre e, portanto, menos útil tem sido a jurisprudência do nosso Tribunal Constitucional, que se tem pautado pela *ausência de sentido* sobre o tema do prazo razoável⁽²⁶⁾, sobretudo, quando se equaciona este conceito para efeitos de responsabilidade civil do Estado. No entanto, o tema do prazo razoável consta já da *ratio decidendi* de muitos dos seus acórdãos — principalmente, no contexto do direito de acesso ao direito e à tutela jurisdicional efetiva — embora, salvo algum erro, está ainda por decidir qual o modo de concretização do direito a uma decisão judicial em prazo razoável.

zação do conceito de prazo razoável e desenhou um processo célere de reparação de danos por violação daquele direito (cf. *Lei Pinto*, aprovada pela *Legge 24 marzo 2001, n.º 89*, com a última alteração dada pela *Legge 6 giugno 2013, n. 64*) — estava convicto ter criado um recurso efetivo veio, posteriormente — numa segunda fase — a ser condenado pelo TEDH por o montante indemnizatório relativo aos danos não patrimoniais atribuído pelo juiz nacional ficar aquém do montante atribuído pela Corte de Estrasburgo.

⁽²⁴⁾ Cf. a título de exemplo o acórdão do TCAN, de 26 de outubro de 2012, proc. n.º 01490/09.1BEPRT, Antero Pires Salvador, no qual são exaustivamente explicitados os critérios de determinação do conceito de prazo razoável definidos pelo TEDH.

⁽²⁵⁾ Cf. acórdão do STA, de 28 de novembro de 2007, proc. n.º 0308/07, Políbio Henriques.

⁽²⁶⁾ Insistindo alguns autores em que o TC não pode continuar sem manifestar a sua posição expressa sobre este tema, cf. ISABEL CELESTE M. FONSECA, “A propósito do direito à prolação de sentença em prazo razoável: a (ausência) de posição do Tribunal Constitucional”, *Revista de Direito Público*, Coimbra, a. 1, n.º 2, 2009, pp. 65 e 87.

Este tribunal — ainda que no contexto da apreciação da inconstitucionalidade de certa norma (ou interpretação) por desconformidade com o direito a uma decisão em prazo razoável⁽²⁷⁾ — já se pronunciou sobre o direito a uma decisão em prazo razoável, aceitando que tal direito se concretiza “*pela obtenção do órgão jurisdicional competente [de] uma decisão dentro dos prazos legais pré estabelecidos, ou, no caso de esses prazos não estarem fixados na lei, de um lapso temporal proporcional e adequado à complexidade do processo*”. Pretende significar-se “*com isto que a prontidão na administração da justiça é fundamental para que o direito à tutela judicial tenha efetiva realização. E isso exige celeridade processual, com observância dos prazos, tanto pelo juiz, como pelas partes*”⁽²⁸⁾.

A consideração desta jurisprudência no contexto da apreciação da constitucionalidade de normas por violação do direito a uma decisão em prazo razoável faz surgir a *dúvida* se, no caso de *inconstitucionalidade*, tal resultado equivale a *ilicitude* para efeitos de responsabilidade civil do Estado⁽²⁹⁾.

Tal *dúvida* ganha elevado sentido prático quando se confronta aquela jurisprudência do TC com a ademais jurisprudência do STA que tem esclarecido que o direito a uma decisão judicial em prazo razoável deve ser entendido no sentido de “*que não basta a simples ou mera violação dum prazo previsto na lei para a prática de certo ato judicial, facto que não pode ter-se como banal e como aceitável ou justificável sem mais, para se concluir logo no sentido de que foi violado o direito à justiça em prazo razoável*”⁽³⁰⁾.

O contraste entre ambas as jurisprudências será *aparente* ou *real*, consoante se responda negativa ou positivamente à *dúvida*

(27) Cf., entre outros, acórdãos do TC: de 17 de novembro de 1998, proc. n.º 446/97, Messias Bento; de 05 de abril de 2000, proc. n.º 596/99, Artur Maurício; de 04 de junho de 2002, proc. n.º 89/2002, Bravo Serra; de 17 de maio de 2006, proc. n.º 1043/05, Maria Helena Brito; e de 20 de junho de 2007, proc. n.º 740/2003, Pamplona de Oliveira.

(28) Acórdão do TC, de 26 de abril de 1996, proc. n.º 712/93, Messias Bento.

(29) Subsídios para a compreensão do tema podem encontrar-se em MARIA LÚCIA C. A. AMARAL PINTO CORREIA, *Responsabilidade do Estado e dever de indemnizar do legislador*, Lisboa, Coimbra Editora, 1998, pp. 688 e ss.

(30) Entre muitos, acórdão do TCAN, de 30 de março de 2006, proc. n.º 00005/04.2 BEPRT, Carlos Luís Medeiros de Carvalho.

acima referida. Independentemente da resposta a dar à dúvida suscitada deve, na nossa opinião, ficar claro que a aferição do pressuposto ilicitude — para efeitos de responsabilidade civil do Estado — deve ter por base a noção de prazo razoável aferida em concreto, isto é, à luz das circunstâncias do caso concreto, sendo irrelevante se o legislador fixou ou não um prazo razoável para aquele tipo de processos.

2.3. A jurisprudência do TEDH

A tutela do direito a uma decisão em prazo razoável deve ser assumida em primeira mão pela ordem interna, adotando o TEDH uma posição de subsidiariedade (cf. arts. 35.º e 41.º da CEDH)⁽³¹⁾ e de *ultima ratio* na proteção deste direito. Se assim é, do ponto de vista formal e institucional, assim não nos parecer ser do ponto de vista da compreensão do conteúdo do direito a aplicar, isto é, quando se trata de aferir do conteúdo do conceito de prazo razoável. Nestes casos — o direito criado pelo TEDH — que a jurisprudência nacional deve considerar — impõe uma proteção equivalente⁽³²⁾, nomeadamente, por meio de uma interpretação uniforme do direito interno com o direito europeu.

O não respeito pela jurisprudência do TEDH na conformação do direito a uma decisão judicial em prazo razoável tem originado demasiadas condenações do Estado português⁽³³⁾. Considerando-

⁽³¹⁾ Para outros desenvolvimentos, FAUSTO DE QUADROS, “O princípio da exaustão dos meios internos na Convenção Europeia dos Direitos do Homem e a ordem jurídica portuguesa”, *Separata da ROA*, n.º 1, A. 50, 1990, pp. 119-157; TIAGO SERRÃO, “A subsidiariedade da tutela jurisdicional conferida pelo TEDH no âmbito do direito à obtenção de uma decisão em prazo razoável”, *O Direito*, Coimbra, a. 143, 2011/IV, pp. 793-838; e DIMITRIS XENOS, *The positive obligations of the State under the European Convention of Human Rights*, London, Routledge Taylor and Francis Group, 2012, pp. 187-191.

⁽³²⁾ A ideia de proteção equivalente pode ver-se por exemplo em ALBERTO VENTURELLI, “Struttura risarcitoria e funzione indennitaria dell’equa riparação per l’irragionevole durata del processo”, *La nuova giurisprudenza civile commentata*, Padova, a. 25, n.º 5, 2009, Parte prima, pp. 530-540, p. 534. A não verificação daquela proteção implicará potencialmente um “*retorno a Strasburgo*”, *idem*, p. 537.

⁽³³⁾ Totalizam 106 desde a data de assinatura a 2012. Cf. <http://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_1959_2012_ENG.pdf>.

se as mais das vezes que o aparelho judicial português, além de não decidir em prazo razoável, violando os arts. 5.º, n.º 3 e 6.º, n.º 1 da CEDH, não dispõe de um recurso útil e eficaz para indemnizar as vítimas da demora irrazoável na administração da justiça, violando o art. 13.º da CEDH⁽³⁴⁾ e, em consequência, condenando-se o Estado na *reparação razoável* (cf. art. 41.º da CEDH).

Este tribunal, através das suas pautas interpretativas, tem permitido aos nossos tribunais densificar o conceito de prazo razoável e também atribuir valores indemnizatórios com base nos casos similares decididos pelo TEDH. Fixa-se, em regra, um prazo de 3 meses para o cumprimento efetivo dessas decisões e considera-se que não se pode exigir ao lesado que intente uma ação executiva para o cumprimento daquelas decisões.

A jurisprudência do TEDH impõe a sua *necessária consideração*, parecendo sugerir *um diálogo forçado*⁽³⁵⁾ entre o juiz nacional e o juiz europeu — sendo a própria jurisprudência do TEDH a impor a contemplação da sua jurisprudência⁽³⁶⁾ pelo juiz nacional, especialmente, atendendo à conformação do conteúdo dos normativos previstos nos arts. 6.º, n.º 1, 13.º e 41.º da CEDH.

Podemos, em termos muito amplos, adiantar os seguintes temas relativamente aos quais — obedecendo a um princípio da interpretação uniforme — o juiz nacional — de modo a assegurar uma proteção jurídica equivalente — se deve guiar pelo juiz europeu, garantindo o *standard* de proteção imposto pela CEDH e assegurando um

⁽³⁴⁾ A jurisprudência marcante nesta matéria encontra-se no acórdão do TEDH, de 25 de outubro, caso Kulda c. Polónia. Deve, no entanto, notar-se que o TEDH vem considerando nos últimos tempos que inexistente no ordenamento jurídico/judiciário nacional um recurso efetivo para a reparação dos danos causados por violação do direito a uma decisão em prazo razoável. Cf., entre outros, acórdão do TEDH de 31 de maio de 2012, caso Sociedade de Construção Martins e Vieira, Lda e O. c. Portugal (n.º 4).

⁽³⁵⁾ A este propósito será de ter em conta (para além da Lei Pinto — já citada) os desenvolvimentos legislativos que tiveram lugar tendo em vista a proteção do direito a uma decisão em prazo razoável na Eslovénia e na Polónia. Cf. AA VV, *Pilot Judgment...*, pp. 241-260.

⁽³⁶⁾ Cf. ISABEL CELESTE M. FONSECA, “O regime de responsabilidade civil extracontratual do Estado e a (des)consideração do direito europeu: a metodologia de superação como um *work in progress*” in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Volume I, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 298.

recurso nacional fungível e assim antecipando-se à necessidade do *recurso a Estrasburgo* para: concretização do conceito indeterminado prazo razoável; efetividade do recurso interno para a reparação dos danos causados pela justiça morosa; e danos reparáveis.

3. Alguns pontos de chegada: tópicos assentes e tópicos em diálogo...

O direito a uma decisão judicial em prazo razoável, enquanto dimensão do direito à tutela jurisdicional efetiva, é um dos direitos processuais mais importantes, desenvolvido pelos sistemas constitucionais contemporâneos e com proteção ao nível comunitário⁽³⁷⁾ e internacional.

Trata-se de um direito com uma transcendência sobre todos os direitos submetidos a julgamento, ou seja, a eficácia do ordenamento jurídico está, em alguma medida, dependente da efetividade do direito a uma decisão em prazo razoável.

A administração da justiça em tempo surge, entre nós, sob a designação de *prazo razoável* ou *dilações indevidas*⁽³⁸⁾. Trata-se de uma expressão — com um conteúdo muito bem delimitado — que corresponde àquilo que nos ordenamentos estrangeiros se designa *dilaciones indebidas*⁽³⁹⁾ no direito espanhol; *irragionevole durata del processo*⁽⁴⁰⁾ no direito italiano; *délai raisonna-*

⁽³⁷⁾ Para além da jurisprudência do TEDH não se deve descurar que quando esteja em causa a interpretação e aplicação de direito da União Europeia será de ter em conta não só os normativos comunitários sobre este tema como ainda a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, cf. o nosso, “Notas...”, no prelo.

⁽³⁸⁾ Entre muitos, o nosso, *Contributo ...*, *passim*.

⁽³⁹⁾ RIÁSARES LÓPEZ MUNOZ, *Dilaciones indebidas y responsabilidad patrimonial de la administración de justicia*, 2.^a ed., Granada, Editorial Comares, 2000, *passim* e MANZÓN-CABEJA OLMEDA, Araceli, *La atenuante analógica de dilaciones indebidas*, Madrid, Grupo Difusión, 2007, *passim*.

⁽⁴⁰⁾ Cf., entre muitos, MICHELANGELA SCALABRINO, “L’irragionevole durata dei processi italiani e la L. 24 Marzo 2001, N. 89: un commodus discensus”, *Rivista internazionale dei diritti dell’uomo*, Milano, 2001/II, p. 365-415 e ALBERTO VENTURELLI, “Struttura risarcitoria...”, pp. 530-540.

ble⁽⁴¹⁾ em França; *reasonable time*⁽⁴²⁾ no direito anglo-saxónico e *angemessener Frist*⁽⁴³⁾ na Alemanha.

Já anteriormente insistimos na necessidade da consideração *in totum* da jurisprudência do TEDH — devendo verificar-se uma proteção equivalente à oferecida pela CEDH⁽⁴⁴⁾ — pois só deste modo se poderá cumprir a CEDH, seja pelo cumprimento do disposto no art. 6.º, n.º 1 — na dimensão prazo razoável —, seja pelo cumprimento do art. 13.º⁽⁴⁵⁾ — recurso interno capaz de reparar os danos causados por uma administração da justiça morosa⁽⁴⁶⁾. Para além do Estado português poder, deste modo, cumprir o compromisso internacional assumido com a assinatura da CEDH, pode — e é isto que interessa sublinhar — beneficiar de um instrumento já bastante testado e altamente útil, evitando-se, desta maneira, o que alguns autores designam de “anarquia jurisprudencial”⁽⁴⁷⁾.

Apesar de tudo o que se referiu não se pode deixar de sublinhar, e este é o motivo da presente anotação, que inexistente à luz da compreensão nacional a configuração jurisprudencial estabilizada do tema do *prazo razoável*, pelo que se impõe ter por assentes os seguintes tópicos:

(41) JEAN-FRANÇOIS FLAUSS, Le délai raisonnable au sens des arts. 5.º, n.º 3 e 6.º, n.º 1, de la Convention Européenne des Droits de l’Homme dans la jurisprudence française, *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, Bruxelles, 1991/5, pp. 49-57.

(42) MERRIS AMOS, *Human rights law*, Oxford, Hart Publishing, 2006, pp. 310 e ss.

(43) VOLKER SCHLETTE, *Der Anspruch auf gerichtliche Entscheidung in angemessener Frist. Verfassungsrechtliche Grundlagen und praktische*, Berlin, Duncker & Humblot GmbH, 1999, *passim*.

(44) Cf., o nosso, *Contributo...*, p. 42.

(45) Sobre a violação deste artigo pelo Estado português, por este não dispor de um recurso interno capaz de reparar os danos causados pela violação do direito a decisão em prazo razoável, cf., entre outros, acórdão do TEDH de 25 de setembro de 2012, caso Novo e Silva c. Portugal, e acórdão do TEDH, de 20 de novembro de 2012, caso Alexandre c. Portugal.

(46) O tema do cumprimento do disposto no art. 13.º tem sido objeto de decisão do TEDH, que se tem manifestado pela inexistência de um meio interno capaz de cumprir aquela obrigação, cf. acórdão do TEDH de 31 de maio de 2012, caso Sociedade de Construção Martins e Vieira, Lda e O. c. Portugal (n.º 4).

(47) Cf. JACQUES VÉLU/RUSEN ERGEC, *La Convention Européenne des Droits de l’Homme*, Bruxelles, Emile Bruylant, 1990, p. 1077.

§ 1 — O conceito de *prazo razoável* é um conceito autónomo totalmente independente do conceito de *prazo disciplinador*. Aliás, o primeiro tem préstimo em sede de tutela secundária (para efeitos de cumprimento dos requisitos da responsabilidade civil do Estado), já o segundo restringe-se à tutela primária (furtando-se às consequências que tal ultrapassem teria se fosse um prazo perentório — tal como acontece para os advogados — com implicações ao nível do exercício dos direitos).

Interessa o prazo decorrido, sendo irrelevante se o prazo é imputado ao juiz ou a qualquer outra entidade pública que contribui para o atraso indevido. O sujeito passivo desta responsabilidade é o Estado (em sentido amplo — incluindo não só todas as instâncias judiciais, como as restantes manifestações de função estadual com impacto na administração da justiça) respondendo diretamente; apenas relevando a atitude do juiz em sede de direito de regresso⁽⁴⁸⁾.

Ao administrado deve ser garantida administração da justiça em prazo razoável, não fazendo a Constituição qualquer distinção quanto ao sujeito incumpridor do prazo, pois trata-se de uma garantia estadual constitucionalmente assumida e que naturalmente se impõe aos diferentes atores da administração da justiça.

Por outro lado, o juiz não pode descorar que a violação de um prazo indicia a morosidade da administração da justiça, devendo, por consequência apurar — em concreto — a confirmação ou infirmação de tal indício.

§ 2 — O modo de determinação do conceito de prazo razoável não se pode fazer em abstrato⁽⁴⁹⁾, mas, em concreto, por apelo aos

⁽⁴⁸⁾ E não pela natureza do prazo, mas pela apreciação do elemento culpa. Trazer para apreciação do conceito de prazo razoável o conceito de prazo disciplinador é incluir na discussão um elemento que nada auxilia na análise, antes complica. O tema já teve desenvolvimentos no acórdão do STA, de 10 de setembro de 2009, proc. n.º 083/09, Costa Reis.

⁽⁴⁹⁾ O que pode — como se referiu — é uma duração longa do processo indiciar a violação do direito a uma decisão em prazo razoável, embora a confirmação de tal indício apenas possa ocorrer mediante uma análise em concreto. Neste sentido, parece caminhar o acórdão do STA, de 06 de novembro de 2012, proc. n.º 0976/11, Fernanda Xavier. É neste sentido que entendemos a doutrina que se refere a médias de prazos para a duração de primeira instância. Cf. AA VV, *Comentário*..., p. 333.

critérios desenvolvidos pelo TEDH: complexidade da causa; conduta das autoridades; conduta das partes; e interesse do litígio para o interessado⁽⁵⁰⁾. Esta deve ser a metodologia para se responder à pergunta: *how long is too long?*

A determinação do conceito de prazo razoável surge por apelo analógico a casos semelhantes e cabe ao Estado o ónus de alegação e da prova de que o prazo razoável não foi ultrapassado.

Especiais cautelas devem ter-se quando esteja em causa um processo urgente ou prioritário, no entanto, parece-nos que estas preocupações podem ser acauteladas pelo juiz aquando da apreciação do critério complexidade da causa e do interesse do litígio para o interessado, seja porque, em regra, os processos urgentes ou prioritários não devem apresentar complexidade maior, seja porque a justificação para a prioridade ou urgência se encontra, precisamente, na importância que tais assuntos representam para as partes. Entre os processos urgentes a ter em conta estão, nomeadamente, aqueles que se referem à prisão preventiva⁽⁵¹⁾.

§ 3 — A apreciação ou cômputo do prazo razoável pode ter lugar de acordo com uma *perspetiva pontual* ou de acordo com uma *perspetiva global*.

Na perspetiva pontual⁽⁵²⁾ computam-se especificamente e apenas os tempos mortos⁽⁵³⁾ ou de paralisação do procedimento e que, só por si, também podem conduzir à conclusão pela existência de violações do direito a uma decisão em prazo razoável. O momento

⁽⁵⁰⁾ Para mais desenvolvimentos, sobre cada um destes critérios e sua apreciação, o nosso, *Contributo...*, pp. 105-112 e o nosso, “Notas...”, no prelo. Estes critérios podem ver-se replicados na lei eslovena relativa à proteção do direito a uma decisão em prazo razoável. Cf. AA VV, *Pilot Judgment...*, p. 243.

⁽⁵¹⁾ Para outros desenvolvimentos, cf. o nosso, *Contributo...*, pp. 118-120.

⁽⁵²⁾ Por exemplo, a apreciação da razoabilidade da duração de uma fase processual. Sobre a aferição da razoabilidade da duração do inquérito penal, cf., entre outros, acórdão do STJ, 24 de março de 2011, proc. n.º 88/2002.L1.S1, Orlando Afonso.

⁽⁵³⁾ Por “*tempos mortos*” pode entender-se “*situação de paragem anormal que impede que o processo avance para o passo seguinte*”. Neste sentido, CONCEIÇÃO GOMES, *O tempo dos tribunais: Um estudo sobre a morosidade da Justiça*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 263.

inicial a ter em conta na *perspetiva pontual* é o início de uma paralisação do processo e o *dies ad quem* será o fim do tempo morto ou da paralisação do processo. Todavia, o lesado poderá desencadear a ação de responsabilidade mesmo antes do tempo morto ou da paralisação processual ter terminado.

Na perspetiva global⁽⁵⁴⁾ toma-se em consideração a duração da totalidade do processo. Nesta perspetiva, a jurisprudência de Estrasburgo costuma distinguir o cômputo do prazo consoante se esteja perante o processo penal ou perante o processo civil.

Em processo penal, para o arguido, o processo tem início quando a pessoa é formalmente acusada ou quando, sendo ainda suspeito, esta condição tem repercussões importantes sobre a sua situação⁽⁵⁵⁾. Já para o assistente, o prazo conta-se desde a data da constituição de assistente ou da dedução do pedido de indemnização cível⁽⁵⁶⁾ e termina (para o arguido e para o assistente) com o trânsito em julgado da causa.

Em processo civil inicia-se com a apresentação da petição inicial ou com a contestação⁽⁵⁷⁾, isto é, inicia-se no primeiro momento em que as partes têm intervenção processual. Neste tipo de processos deve ter-se em conta a fase declarativa e a fase executiva⁽⁵⁸⁾, ou seja, deve computar-se a execução das decisões judiciais transitadas em julgado como parte integrante do processo para efeitos do art. 6.º, n.º 1 da CEDH⁽⁵⁹⁾.

O tempo decorrido em instâncias de recurso deve ser tomado em consideração para o cômputo total do prazo a fim de examinar o

⁽⁵⁴⁾ Entre muitos, acórdãos do TEDH, de 19 de fevereiro de 1992, caso *Viezzler*; e de 28 de junho de 1978, caso *Konig*.

⁽⁵⁵⁾ Entre muitos, Acórdãos do TEDH, de 16 de novembro de 2000, caso *Martins e Garcia Alves c. Portugal*; de 31 de outubro 2002, caso *Gil Leal Pereira c. Portugal* e de 13 de fevereiro de 2003, caso *Louerat c. França*.

⁽⁵⁶⁾ Acórdãos do TEDH, de 27 de fevereiro de 2003, caso *Hamer c. França*; de 27 de fevereiro de 2003, caso *Textile Traders c. Portugal*, e de 3 de abril de 2003, caso *Sousa Marinho e Meireles Pinto c. Portugal*.

⁽⁵⁷⁾ Acórdão do TEDH, de 23 de abril de 1987, caso *Erkner e Hofauner c. Áustria*.

⁽⁵⁸⁾ Entre muitos, Acórdãos do TEDH, de 23 de junho de 1986, caso *Guincho c. Portugal*; de 26 de outubro de 1988, caso *Martins Moreira c. Portugal* e de 23 de março de 1994, caso *Silva Pontes c. Portugal*.

⁽⁵⁹⁾ Acórdão do TEDH, de 6 de julho de 2004, caso *Bocancea c. Moldova*.

caráter razoável do processo⁽⁶⁰⁾. Nos processos administrativos e fiscais deve atender-se aos prazos consumidos em “recursos” administrativos necessários (obrigatórios) para aceder à via judicial⁽⁶¹⁾.

§ 4 — A jurisprudência do TEDH impõe uma especial atenção no que se refere aos *danos não patrimoniais* decorrentes da administração da justiça morosa, destacando-se os seguintes tópicos:

(i) Deve admitir-se uma *presunção de dano não patrimonial* a favor do administrado por uma justiça morosa, isto é, deve presumir-se que a duração excessiva de um processo causa nas partes⁽⁶²⁾ um dano não patrimonial que estas não estão obrigadas a provar⁽⁶³⁾. Como já deixámos expresso outrora⁽⁶⁴⁾, trata-se de uma jurisprudência que deve ser entendida *cum grano salis*, devendo ser compreendida como um princípio geral que não desobriga o juiz de verificar se no caso concreto a simples constatação da violação não constitui já de *per se* uma reparação razoável.

Na jurisprudência imediatamente referida assume-se que a emergência de danos não patrimoniais é uma consequência normal, ainda que não automática, da violação do direito a uma decisão em prazo razoável, o que tem por efeito a desnecessidade de fazer prova destes. Por consequência, sempre que o juiz se pretenda afastar da referida jurisprudência está obrigado a uma fundamentação acrescida.

(ii) O anterior tópico deve ser complementado com a ideia de que o dano patrimonial a considerar é o dano comum (*general*

⁽⁶⁰⁾ Acórdão do TEDH, de 8 de março de 2001, caso Pinto de Oliveira c. Portugal, e Acórdão do TCAN, de 30 de março de 2006, proc. n.º 5/04.22BEPRT, Carlos Luís Medeiros de Carvalho.

⁽⁶¹⁾ Cf. as referências doutrinárias e jurisprudenciais citadas por JORGE DE JESUS FERREIRA ALVES, *Morosidade da Justiça — Como podem ser indemnizados os injustiçados por causa da lentidão dos Tribunais à luz da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e da Legislação Nacional*, Porto, Legis Editora, 2006, p. 80.

⁽⁶²⁾ Acórdão do TEDH, de 29 de março de 2006, caso Riccardi Pizzati c. Itália.

⁽⁶³⁾ Acórdão do TEDH, de 22 de junho de 2004, caso Bartl c. República Checa.

⁽⁶⁴⁾ Cf., o nosso, *Contributo...*, pp. 135 e ss.

damage)(⁶⁵). Não se trata, portanto, de todo e qualquer dano, mas de um dano não patrimonial que presuntivamente sofrem todas as pessoas que se dirigem aos tribunais e não vêm as suas pretensões resolvidas num prazo razoável. Em suma, um dano que sofrem, em regra, de acordo com a experiência da vida em sociedade todos os cidadãos “vítimas” de uma administração da justiça morosa.

Fora do âmbito daquela presunção estão os danos não patrimoniais especiais ou específicos, isto é, aqueles que vão além do dano não patrimonial geral resultante da administração da justiça morosa. No leque destes danos situam-se os danos não patrimoniais que resultam de uma depressão psicológica que provoque desalento, incapacidade generalizada e desinteresse pela vida(⁶⁶). Estes danos não patrimoniais especiais merecem, obviamente, proteção indemnizatória devendo, no entanto, para esse efeito ser alegados e provados. Ou seja, todo o dano não patrimonial superior ao dano comum deve ser provado, não beneficiando de presunção.

(iii) Outro tópico — que se deve ter por assente — e que se infere do confronto dos resultados da análise da jurisprudência dos tribunais nacionais com a jurisprudência do TEDH é a de que se deve assumir uma interpretação do art. 496.º, n.º 1 do CC conforme à jurisprudência do TEDH(⁶⁷), isto é, o dano causado pela violação estatal do direito a uma decisão em prazo razoável, para efeitos de avaliação da *gravidade* do dano não patrimonial exigida pelo art. 496.º, n.º 1 do CC, deve ser a de considerar o dano não patrimonial suficientemente grave de modo a merecer, em regra, a reparação.

(iv) Outro tema em que se deve prestar atenção na jurisprudência do TEDH refere-se à *indemnizabilidade de danos não patri-*

(⁶⁵) Já aceite no acórdão do TCAN, de 22 de fevereiro de 2013, proc. n.º 01945/05.7BEPRT, Maria Brandão.

(⁶⁶) Acórdão do STA, de 28 de novembro de 2007, proc. n.º 308/07, Políbio Henriques.

(⁶⁷) Orientação distinta encontra-se no acórdão do TCAN, de 30 de março de 2006, proc. n.º 10/04.9 (não publicado), com voto de vencido no sentido do texto.

moniais a pessoas coletivas. O tema da compensação dos danos não patrimoniais causados às pessoas coletivas ou pessoas jurídicas não é de todo unânime na nossa jurisprudência⁽⁶⁸⁾.

Acresce que o TEDH também se tem pronunciado sobre o tema — no contexto que aqui tratamos^(69/70). Vejamos as linhas essenciais desta jurisprudência.

Por um lado, aquele tribunal deixou claro que tendo em conta a prática dos Estados “europeus”⁽⁷¹⁾ e “à luz da sua própria jurisprudência e prática que, o Tribunal não pode, portanto, excluir a possibilidade de a uma sociedade comercial poder ser atribuída uma indemnização por danos não patrimoniais”⁽⁷²⁾. Por outro lado, esclareceu que “os danos não patrimoniais sofridos pelas sociedades comerciais podem incluir questões que podem ser ‘objetivas’ ou ‘subjettivas’. Entre estas, deve ser tida em conta a reputação da empresa, a incerteza na tomada de decisões, planeamento, desorganização na gestão da empresa (para os quais não existe método preciso de calcular as consequências) e, por último,

⁽⁶⁸⁾ A favor: acórdão do STJ, de 8 de março de 2007, proc. n.º 7B566, e acórdão do TRL, de 21 de setembro de 2006, proc. n.º 4621/2006-8. Contra: acórdãos do STJ, de 9 de junho de 2005, proc. n.º 05B1616, Araújo Barros e de 27 de novembro de 2003, proc. n.º 03B3692, Quirino Soares.

⁽⁶⁹⁾ Acórdão do TEDH, de 6 de abril de 2000, caso Comingersoll S.A. c. Portugal, (com voto de vencido do Sr. Juiz C. L. Rozakis). O processo “viajou” por várias instâncias portuguesas durante 17 anos e 6 meses estando ainda pendente (“estacionado”), sem trânsito em julgado, à data em que o TEDH proferiu esta decisão.

⁽⁷⁰⁾ Entre outros, acórdãos do TEDH, de 18 de maio de 2000, caso Fertiladour S.A. c. Portugal; de 27 de fevereiro de 2003, caso Têxtil Traders c. Portugal, e de 31 de julho de 2003, caso Sociedade Agrícola do Peral S.A. c. Portugal. Antes de 2000, vale a pena esclarecer que o Comité de Ministros já tinha aprovado várias Resoluções de condenação do Estado português por danos não patrimoniais a sociedades comerciais e o Governo nunca as contestou — vd. Resolução DH (96) 604, de 15 de novembro de 1996, caso de Dias & Costa, Lda. e Resolução DH (99) 708, de 3 de dezembro de 1999, caso de Biscoiteria, Lda.

⁽⁷¹⁾ Acórdão do TEDH, de 6 de abril de 2000, caso Comingersoll S.A. c. Portugal, no considerando n.º 34 pode ler-se: “O Tribunal tem também tido em conta as práticas dos Estados membros do Conselho da Europa, em tais casos. Embora seja difícil identificar com precisão a regra comum a todos os Estados membros, a prática judiciária, em vários dos Estados, mostra que a possibilidade legal de a uma pessoa jurídica poder ser atribuída uma indemnização por danos não patrimoniais não pode ser excluída”.

⁽⁷²⁾ Acórdão do TEDH, de 6 de abril de 2000, caso Comingersoll S.A. c. Portugal, considerando n.º 35.

apesar de em menor grau, a ansiedade e inconveniente causado aos membros da equipa de gestão”.

Desta forma, a Corte de Estrasburgo parece superar uma das fragilidades que se vem apontando à figura da personalidade coletiva⁽⁷³⁾, desconsiderando-a, optando por uma *conceção substancialista* da personalidade coletiva (não absolutizadora do “princípio da separação”)⁽⁷⁴⁾ e atribuindo uma compensação que considera os danos não patrimoniais sofridos pelos sócios ou acionistas⁽⁷⁵⁾.

Ora, tendo presente a necessária consideração daquela jurisprudência e a não menos necessária consideração do mandamento de uniformização da jurisprudência nacional face aos casos similares decididos pelo TEDH, só resta à judicatura nacional considerá-la na “norma de decisão” que formular para o caso concreto, sob pena de fazer incorrer o Estado português em responsabilidade internacional e obrigando o TEDH à *reparação razoável* em falta.

(v) Já a caminhar-mos para o fim, deve deixar-se expressa a necessidade da constante atualização de modo a acompanhar o passo da jurisprudência do TEDH, nomeadamente, quanto ao *montante indemnizatório dos danos não patrimoniais*. A jurisprudência do TEDH tem insistido neste ponto. Num lote de quase uma dezena de acórdãos⁽⁷⁶⁾ condenou o Estado italiano à reparação de danos não patrimoniais, quando este Estado — por via do recurso interno que tinha criado para o efeito (a já referida “*Lei Pinto*”) — tinha reconhecido internamente em sede judicial a reparação des-

⁽⁷³⁾ MARIA MANUEL VELOSO, “Danos não patrimoniais a sociedade comercial? — Anotação ao acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 20.04.2004, Apelação n.º 430/04”, *Cadernos de Direito Privado*, n.º 18, 2007, p. 42.

⁽⁷⁴⁾ Sobre este assunto, entre muitos, JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial — Das Sociedades*, Vol. II, Coimbra, Almedina, 2002, p. 175. No sentido de se ter verificado, no caso concreto, a desconsideração da personalidade jurídica ou o levantamento do véu está o voto de vencido do Juiz Rozakis.

⁽⁷⁵⁾ No caso concreto considerou-se que a sociedade Comingersoll, os seus diretores e acionistas sofreram, por causa da demora irrazoável do processo, consideráveis transtornos e prolongada incerteza na condução dos seus assuntos quotidianos.

⁽⁷⁶⁾ Acórdãos do TEDH, de 29 de março de 2006 (todos da mesma data), caso Scordino c. Itália; caso Cocchiarella c. Itália; caso Musci c. Itália; caso Zullo c. Itália; caso Riccardi c. Itália; caso Giuseppina e Ornestina Procaccini c. Itália; caso Giuseppe Mostaciuolo c. Itália e caso Apicella c. Itália.

ses danos, embora num montante muito mais baixo do que os montantes atribuídos pelo TEDH.

Ou seja, exige-se, à luz daquela jurisprudência, que as decisões sobre reparação dos danos não patrimoniais resultantes da violação do direito a uma decisão em prazo razoável cheguem a resultados equivalente em *casos similares ou semelhantes* decididos pelo TEDH. Entendendo-se por *casos semelhantes* “*aqueles em que dois conjuntos de procedimentos se prolongaram o mesmo número de anos, por um mesmo número de jurisdições, com interesses de importância equivalente, o mesmo comportamento das partes e em relação ao mesmo país*”⁽⁷⁷⁾.

Apesar de cada país revelar o seu contexto económico e social, os juízes nacionais deverão ter sempre em conta os montantes concedidos pelo TEDH em *casos semelhantes* — reiteramos o que escrevemos noutro lugar que *esta é a lição que se retira do “caso italiano”*⁽⁷⁸⁾.

§ 5 — Por fim — por razões de elementar justiça e para não cair no esquecimento — não podemos deixar de sublinhar que na hipótese de o TEDH vir a conceder uma reparação razoável por administração da justiça morosa, estando ainda a decorrer nos tribunais nacionais um pedido de indemnização pelos mesmos factos, o juiz nacional não poderá de deixar de considerar o montante da compensação (reparação razoável) já oferecida pelo TEDH a tal título⁽⁷⁹⁾.

⁽⁷⁷⁾ Acórdão do TEDH, de 29 de março de 2006, caso Scordino c. Itália, considerando n.º 267.

⁽⁷⁸⁾ Cf., o nosso, *Contributo...* pp. 148-152. Não deixa de ser interessante ter em conta que o legislador em alteração à Lei Pinto tenha estabelecido uma moldura da medida da indemnização — *misura dell'indennizzo* — não inferior a 500,00 € e não superior a 1500,00 € por cada ano ou fração de ano superior a seis meses, se for excedido o prazo razoável. Resta saber se tal moldura está capaz de cobrir todos os casos que a realidade oferece, sobretudo, se o TEDH aumentar o montante indemnizatório em casos semelhantes. Não deixamos de notar que seguir a jurisprudência do TEDH se pode revelar trabalhoso, no entanto, a melhor solução poderá passar por a estudar. Num sentido próximo, MERRIS AMOS, *Human rights...*, pp. 151 e ss.

⁽⁷⁹⁾ Cf., entre outros, acórdão do TEDH de 31 de maio de 2012, caso Sociedade de Construção Martins e Vieira, Lda e O. c. Portugal (n.º 4).

Jurisprudência
dos Conselhos

DIREITO DE CONSULTA DOS AUTOS E
CONFIANÇA DO PROCESSO

Processo 39/PP/2008-G

Relator: *Dr. A. Pires de Almeida*

Parecer

Foi remetido ao Sr. Bastonário “*cópia integral de todo o expediente que deu origem ao pedido de Parecer n.º 46/PP/2008-P, solicitado pelo Sr. Dr.*” e aprovado em sessão plenária do Conselho Distrital do Porto, do dia 10/10/2008.

Efectivamente, do ponto III de tal “Parecer”, aprovado, consta a decisão daquela “remessa” para o Conselho Geral da OA, para “*conhecimento e para os demais fins tidos por convenientes, designadamente, para decidir sobre a pertinência de uma tomada de posição por parte da OA*”.

Na base de tal “Parecer” do Conselho Distrital do Porto da OA esteve a “comunicação”, feita a este órgão pelo Ilustre Colega, Sr. Dr., que capeava uma cópia de um requerimento dirigido a sua Excelência o Procurador da República junto do Círculo Judicial de Penafiel, dando notícia a este Magistrado da impossibilidade de consulta dos autos, que identificou (Proc. n.º, do Tribunal Judicial de Valongo), no prazo legal, apesar de a ter requerido e de a mesma (consulta) ser fundamental para a defesa

do direito do seu constituinte, a cumprir pena de prisão, junto do Tribunal de Execução de Penas.

Após ter-se discorrido sobre o teor daquela comunicação e sobre o teor de algumas disposições legais atinentes à mesma (art. 89.º do Código de Processo Penal e arts. 50.º, 67.º e 74.º, todos do Estatuto da Ordem dos Advogados), foram propostas, e aprovadas, uma reunião com o Sr. Procurador da República do Círculo Judicial de Penafiel, para conhecimento deste Magistrado dos *“factos reportados pelo Senhor Advogado e outros casos análogos participados ao CDP e de ver definidas orientações concretas aos senhores magistrados e funcionários judiciais no sentido do cumprimento da lei”* e a *“remessa”* ao Conselho Geral, já atrás referida.

Certamente por se haver entendido que o teor da *“comunicação”* em causa do Ilustre Colega, Sr. Dr., e do *“Parecer”* que se lhe seguiu, se enquadram nas alíneas *b)* e *e)* do art. 3.º e nas alíneas *d)* e *j)* do n.º 1 do art. 45.º, ambos do Estatuto da Ordem dos Advogados (EOA), ordenou o Sr. Bastonário a emissão de Parecer, cujo objecto, tendo em conta estas últimas disposições legais mencionadas, versará, especificamente, sobre o direito que o advogado tem na consulta de processo, pendente em Tribunal, e da sua confiança, para exame no seu escritório, como corolário do exercício da profissão na defesa dos direitos e legítimos interesses de quem o representa.

Parecer

São conhecidas as dificuldades que, efectivamente, os advogados, um pouco por todo o país, vêm sentindo no acesso à consulta de *“autos”*, mormente, em sede processual penal, que não se encontram em segredo de justiça e lhes sejam fornecidas, em tempo útil, *“cópia, extracto ou certidão”*, por si pedidas dos mesmos.

Temos para nós, salvo o devido respeito, que aquelas dificuldades têm na sua génese, as mais das vezes, e à partida, uma atitude de excesso de zelo dos Senhores Magistrados e dos funcionários aos mesmos afectos que, invocando o *“segredo de justiça”*, os

“superiores interesses do Inquérito”, da “Instrução” e/ou do “Processo Penal”, no seu conjunto, acabam por vedar ou dificultar o direito de consulta dos autos pelo advogado e de obter certidão dos mesmos e/ou de tais direitos serem satisfeitos em tempo útil, em desrespeito das normas legais respectivas.

Na verdade, prescreve o **n.º 1 do art. 74.º do EOA** que *“no exercício da sua profissão, o advogado tem o direito de solicitar em qualquer tribunal ou repartição pública o exame de processos, livros ou documentos que não tenham carácter reservado ou secreto, bem como requerer, oralmente ou por escrito, que lhe sejam fornecidas fotocópias ou passadas certidões, sem necessidade de exhibir procuração”*.

Este é, pois, um **“direito específico”** de os advogados poderem *“solicitar em qualquer tribunal... o exame de processos... que não tenham carácter reservado ou secreto, bem como requerer, oralmente ou por escrito, que lhe sejam fornecidas fotocópias ou passadas certidões, sem necessidade de exhibir procuração”* (negrito nosso).

Tal norma (do art. 74.º do EOA) é **especial em relação às normas gerais**, insertas, respectivamente, nos **arts. 163.º, 164.º, 165.º, 167.º, 168.º e 169.º do Código de Processo Civil (CPC)** e nos **arts. 86.º, 89.º e 90.º do Código de Processo Penal (CPP)**, já que foi intenção, inequívoca, do legislador em consagrar no EOA aquele direito específico/especial do advogado no exercício do seu *munus* e não “revogá-lo” ou pô-lo em causa, afectando-o ou restringindo-o, naquelas disposições gerais, atrás citadas dos CPC e CPP.

Assim, entendemos que é **direito do advogado, no exercício da sua profissão e sem necessidade de exhibir procuração, solicitar em qualquer tribunal o exame de processos, que não tenham carácter reservado ou secreto, bem como requerer, oralmente ou por escrito, que lhe sejam fornecidas fotocópias ou passadas certidões.**

Tal direito de exame só não existirá, em sede de processo penal, nomeadamente durante o Inquérito, se o processo se encontrar em segredo de justiça e o Ministério Público a tal se opuser por, **fundamentadamente**, considerar que tal consulta do advo-

gado pode prejudicar a investigação ou os direitos dos participantes processuais ou das vítimas (cf. n.º 3 do art. 86.º do CPP).

Foi, de resto, introduzida pela Lei n.º 48/2007, de 29/08, a redacção do n.º 1 do art. 86.º do CPP que tinha, anteriormente, a seguinte redacção:

O processo penal é, sob pena de nulidade, público, a partir da decisão instrutória ou, se a instrução não tiver lugar, do momento em que já não pode ser requerida. O processo é público a partir do recebimento do requerimento a que se refere o art. 287.º, n.º 1, alínea a), se a instrução for requerida apenas pelo arguido e este, no requerimento, não declarar que se opõe à publicidade.

Tendo, actualmente, a que segue:

O processo penal é, sob pena de nulidade, público, ressalvadas as excepções previstas na lei (negrito nosso).

Ora, incontornável é, também, o facto de a “**publicidade**”, conforme estatua a al. c) do n.º 2 do art. 86.º do CPP, na sua versão anterior, comportar, além do mais, o **direito de “consulta do auto e obtenção de cópias, extractos e certidões de quaisquer partes dele”**.

Considerando aquela alteração legislativa, aliás, estruturante, não poderá, pois, seja em que fase for que se encontre o processo penal, designadamente em fase de Inquérito, ser vedada a sua consulta ao advogado que nisso manifeste interesse, se não for lançada mão do mecanismo previsto no cit. n.º 3 do art. 86.º do CPP e sem embargo de tal decisão do Ministério Público estar sujeita a validação pelo juiz de instrução no prazo máximo de 72 horas, sob pena de violação, ostensiva, do preceituado no n.º 1 daquele preceito, que é, de resto, cominada com nulidade pelo mesmo Diploma.

De notar, ademais, que no **art. 89.º do CPP** (até por contraposição ao que dispõe o art. 90.º do mesmo Diploma Legal) **apenas se prevê “a consulta de auto e obtenção de certidão e informação por sujeitos processuais”** (cf. epígrafe do referido art. 89.º), a saber, “*arguido, assistente, ofendido, lesado e responsável civil*”, que não a “**consulta**” ou o “**requerimento**” de advogado, relati-

vamente a processo pendente em qualquer tribunal, previstas no aludido art. 74.º do EOA.

Aliás, bem se compreende tal diferenciação de “consulta” e “requerimento” de e em autos processuais, civis ou penais, relativamente a advogados, no exercício da sua profissão e àqueles mencionados “sujeitos processuais”.

Com efeito, o **advogado**, nessa “consulta” e “requerimento” (oral ou escrito), quando no exercício da sua profissão, **está sujeito a deveres ético-deontológicos a que**, obviamente, **aqueles “sujeitos processuais” não estão**, nomeadamente o de manter reserva ou sigilo profissional, se for o caso e, jamais, usar tal “consulta” ou “requerimento” senão no estrito exercício do seu *munus*.

Evidentemente que **aquele direito de consulta** de autos deve **ser satisfeito** pela Secretaria, isto é, pelo funcionário judicial, de **imediato à solicitação do advogado**, dentro das possibilidades objectivas dos serviços.

No que concerne às **fotocópias** ou **certidões** requeridas (por escrito ou oralmente), **as mesmas têm de ser fornecidas ou pasadas no prazo legal geral respectivo** (cinco dias), salvo nos casos de manifesta urgência ou de manifesta impossibilidade, em que se deva consignar o dia em que devem ser levantadas (cf. n.º 1 do art. 71.º do CPC, aplicável aos processos de natureza penal, *ex vi* do art. 3.º do CPP).

Uma última questão, quanto à **“confiança do processo”** aos mandatários judiciais constituídos pelas partes, **para exame fora da secretaria do Tribunal.**

Tal solicitação de “confiança”, por escrito ou verbal, pelos mandatários judiciais constituídos pelas partes, pelos Magistrados do Ministério Público e dos que exerçam o patrocínio por nomeação oficiosa, relativamente a processos pendentes, **está consagrada no n.º 1 do art. 165.º do CPC**, prevendo-se no n.º 2 deste mesmo normativo que tal “confiança” pode ser requerida por qualquer pessoa capaz de exercer o mandato judicial, a quem seja lícito examinar os ditos processos na secretaria.

No Código de Processo Penal, designadamente no art. 89.º, não se prevê, expressamente, a possibilidade de aqueles mandatários judiciais constituídos pelas partes, magistrados do Ministério

Público, pelo que tal lacuna legislativa sempre teria de ser colmatada pelo estatuído no referido art. 165.º do CPC, como sabemos, de aplicação subsidiária.

Mesmo que assim não fosse, não se descortina qual o fundamento legal, em relação a processos penais pendentes, não sujeitos ao segredo de justiça e sem embargo do regular e normal funcionamento das diligências processuais e do respeito pelos direitos dos outros sujeitos processuais, para se proibir ou vedar a sua confiança, para exame fora da secretaria do tribunal, aos mandatários judiciais constituídos pelas partes ou dos que exerçam o patrocínio por nomeação oficiosa, tanto mais que os magistrados, judiciais ou do Ministério Público, têm, ou poderão ter, a “confiança” desses mesmos processos, a qualquer momento, nos seus gabinetes, fora, portanto, da secretaria.

Acresce, ainda, que jamais pode ser vedada ao advogado, no exercício sagrado do seu *munus*, mormente no direito de defesa do arguido, aquela “confiança” do processo, que a consulta na secretaria tornará, tantas vezes, inviável, não só pelo volume dos autos, como, também, pela impossibilidade do mandatário poder, eventualmente, apreender e obter pela simples consulta na secretaria, toda a dimensão da “informação” que julgue necessária para o exercício cabal daquele direito de defesa do seu constituinte.

De resto, quer no processo civil, quer no processo penal, estão subjacentes os princípios da “igualdade de armas” dos sujeitos processuais e de um “processo justo e equitativo”.

Logo, podendo, em sede penal, o Ministério Público aceder, a todo o momento, ao processo e examiná-lo no seu gabinete, mal se compreenderia, em respeito daqueles princípios, que fosse proibido, vedado ou dificultado ao defensor do arguido ou ao patrono do ofendido/assistente/demandante aquela “confiança”.

Em conclusão:

- I) O n.º 1 do art. 74.º do EOA prevê um direito específico de os advogados poderem, no exercício da sua profissão, solicitar em qualquer tribunal ou repartição pública o exame de processos, livros ou documentos, que não tenham carácter reservado ou secreto, bem como requerer, oralmente ou por escrito, que lhe sejam fornecidas fotocópias ou passadas certidões, sem necessidade de exhibir procuração;
- II) Este artigo é especial em relação às normas gerais, insertas, respectivamente, nos arts. 163.º, 164.º, 165.º, 167.º, 168.º e 169.º do Código de Processo Civil (CPC) e nos arts. 86.º, 89.º e 90.º do Código de Processo Penal (CPP);
- III) Tal direito de exame, em sede de processo penal, nomeadamente durante o Inquérito, só não existirá se este se encontrar em segredo de justiça e o Ministério Público a tal se opuser por, fundamentadamente, considerar que a sua consulta pode prejudicar a investigação ou os direitos dos sujeitos processuais ou das vítimas, sem embargo de tal decisão estar sujeita a validação pelo Juiz de instrução no prazo de 72 horas (cf. n.º 3 do art. 86.º do CPP);
- IV) Considerando a nova redacção do art. 86.º do CPP, introduzida pela Lei n.º 48/2007, de 29/08, que consagrou uma verdadeira alteração ao paradigma existente, passando a publicidade do processo penal a ser a regra geral, não poderá, seja em que fase for que este se encontre, ser vedada a sua consulta ao advogado, que nisso manifeste interesse, sob pena de violação, ostensiva, do preceituado no n.º 1 daquela norma, cominada, de resto, com nulidade;

- V) **O direito de consulta dos autos deve ser satisfeito pela Secretaria, isto é, pelo funcionário judicial, de imediato à solicitação (oral ou por escrito) do advogado, dentro das possibilidades objectivas dos serviços;**
- VI) **As fotocópias ou certidões requeridas (por escrito ou oralmente) têm de ser fornecidas ou passadas no prazo legal geral devido (cinco dias), salvo nos casos de manifesta urgência ou de manifesta impossibilidade, consignando-se o dia em que devem ser levantadas (cf. n.º 1 do art. 71.º do CPC, aplicável aos processos de natureza penal, ex vi do art. 3.º do CPP);**
- VII) **A solicitação, por escrito ou oral, da “confiança” de processos pendentes, pelos mandatários judiciais constituídos pelas partes, pelos Magistrados do Ministério Público e pelos que exerçam o patrocínio por nomeação oficiosa, está consagrada no n.º 1 do art. 165.º do CPC (aplicável, subsidiariamente, aos processos de natureza penal, como referido em VI).**

É este, s.m.o., o n/parecer.

À próxima reunião do Conselho Geral, para deliberação.

Viseu, 7 de Janeiro de 2014

O RELATOR,

A. Pires de Almeida

*Aprovado na sessão do Conselho Geral de 13 de Março
de 2014*

INCOMPATIBILIDADES

CONSELHO SUPERIOR

Parecer n.º 66/2013-CS/R

Recurso de Deliberação do Conselho Geral

Relator: Júlio Elvas Pinheiro

Introdução

O Conselho Distrital de Lisboa (CDL) da Ordem dos Advogados foi destinatário de uma missiva em que se “*vem dar conhecimento e solicitar a intervenção desse Conselho quanto a uma situação de incompatibilidade no exercício da Advocacia. A D.^{ra} ... acumula ilegalmente o exercício da Advocacia com as funções de jurista na CML, além de prestar assessoria no Gabinete da Sra. Vereadora, violando as cláusulas do contrato de exclusividade que tem com a CML e o art. 77.º, als. g) e j) do EOA*” (fls. 2).

A referida missiva acha-se subscrita por ..., não existindo qualquer outro elemento identificativo do declarante; está aposta como registo de entrada do documento no CDL a data de 14 de Outubro de 2010.

O Sr. Presidente do CDL remeteu a missiva ao Sr. Bastonário, estando aposta como registo de entrada do documento no Conselho Geral a data de 15 de Outubro de 2010.

No mesmo documento, conforme declaração manuscrita datada de 1 de Fevereiro de 2011, o Sr. Bastonário autuou como parecer e indicou para Relator o Sr. Dr. Marcelino Pires.

Por Parecer datado de 18 de Janeiro de 2012, para ser remetido à sessão seguinte do Conselho Geral, o Sr. Relator entendeu que *“não tem este Conselho Geral elementos para se pronunciar sobre a questão suscitada, razão porque deve ser notificada a D.^{ra} ... para vir informar os autos se exerce funções de jurista na CML e de assessora da Vereadora, bem como (caso exerça de facto, essas funções) para juntar aos autos documento que comprove que exerce a sua atividade em regime de subordinação e exclusividade nessa entidade.”*

Notificada para o efeito pelo Conselho Geral a 17 de Fevereiro de 2012, por ofício 0028 (Processo de Averiguação de Compatibilidade n.º 1/PP/2011-G), respondeu a S.^{ra} Advogada por carta, acompanhada de 7 documentos, datada de 5 de Março de 2013 (fls. 15 a 33).

Na ocasião, a S.^{ra} Advogada informa acerca das funções que exerce na CML, que iniciou em 3 de Setembro de 2001 com a celebração de contrato de trabalho a termo certo, o qual renovou ao longo de dois anos.

Mais refere que por despacho de 29 de Julho de 2003 da S.^{ra} Vereadora foi autorizada a abertura de procedimento por consulta prévia para a celebração de um contrato de avença tendo a prestação de serviço sido adjudicada em 19 de Agosto de 2003 e assinado em 1 de Setembro de 2003 o respetivo contrato de prestação de serviço (cujo objeto refere ser a assessoria e consultoria jurídicas ao Departamento de Conservação de Edifícios Particulares).

Mais declara que o contrato foi sendo renovado por períodos de doze meses ao longo dos anos de 2003 a 2008; neste ano foi constituído um Tribunal Arbitral com o objetivo da adequação dos vínculos do pessoal do Município de Lisboa tendo sido determinada por decisão de 7 de Outubro de 2008 a integração da aqui

Recorrente no quadro de Pessoal de Direito Privado do Município de Lisboa, na sequência do que celebrou um contrato individual de trabalho por tempo indeterminado.

Refere ainda nunca ter sido exigido que exercesse funções em regime de exclusividade e que as mesmas sempre foram de consultoria jurídica, desempenhando-as ininterruptamente desde que iniciou a prestação de serviços no Município, pelo que deve considerar-se como data originária a da celebração do contrato de trabalho a termo certo, ou seja, desde 3 de Setembro de 2001.

Refere ainda que, aquando da referida data vigorava o DL n.º 84/84, de 16/3 (EOA) cujo art. 69.º, n.º 1, al. i) dispunha ser incompatível o exercício da advocacia com as funções de “funcionário ou agente de quaisquer serviços públicos de natureza central, regional ou local, com exceção dos docentes de disciplinas de Direito.

Sustenta ainda que sempre entendeu que a respetiva situação estava incluída na exceção do n.º 2 do mesmo artigo, segundo o qual

“As incompatibilidades atrás referidas (...) só não compreendem os funcionários e agentes administrativos providos em cargos com funções exclusivas de mera consulta jurídica, previstos expressamente nos quadros orgânicos do correspondente serviço, e os contratados para o mesmo efeito.”

Conclui declarando que, não obstante o art. 77.º, n.º 1, al. j) do EOA em vigor (Lei n.º 15/2005, de 26 de janeiro) estabelecer que é incompatível as funções de funcionário, agente ou contratado de quaisquer serviços de interesses público, de natureza central, regional ou local, o art. 81.º do mesmo EOA estabelece que “As incompatibilidades e impedimentos criados pelo presente Estatuto não prejudicam os direitos legalmente adquiridos ao abrigo de legislação anterior.”

Com data de 19 de Julho de 2012, o Sr. Relator subscreveu Proposta de Deliberação, composta por Introdução, Descrição dos Factos e Fundamentação, a que se segue a Deliberação proposta.

Na Introdução, o Sr. Relator refere que *“a questão que importa averiguar neste processo é a (in)existência de incompatibilidade”*

tibilidade entre o exercício de funções de Advogado com os cargos de assessoria jurídica na CML e no Gabinete da Vereadora”, após o que refere que “cumpre em primeiro lugar aferir da legitimidade deste Conselho Geral para declarar e aplicar as incompatibilidades e impedimentos dos cargos exercidos por advogados. Ora tal competência resulta, de forma clara, da leitura conjugada do art. 45.º, n.º 1, al. d) do EOA com o art. 76.º, n.º 5, do EOA.”

Após a descrição dos Factos, que dou aqui por reproduzidos (fls. 34v e 35) , o Sr. Relator na sua Fundamentação começa por transcrever o art. 77.º do EOA, referindo que “o art. 77.º, n.º 1 contém uma presunção de incompatibilidade. Nessa medida, aqueles que prestem a sua atividade profissional numa das entidades aí elencadas (ou em outras que se encontrem em situação análoga) encontram-se numa situação de incompatibilidade, não podendo exercer a advocacia. No entanto, os n.ºs 2, 3 e 4 do citado normativo contêm exceções a essa regra. Existindo, como existe, uma presunção de incompatibilidade, a prova de que o caso concreto se inclui numa das exceções cabe aquele que a alega.

Deste modo, e tendo em conta o supra exposto, cabe à Sra. Dra. ... provar que a sua situação profissional configura uma das exceções previstas no referido artigo. No entanto, salvo melhor opinião, é nosso entendimento que a S.^{ra} D.^{ra} não logrou tal objetivo.”

De seguida, o Sr. Relator desenvolve a respetiva fundamentação, considerando diversos preceitos da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro (“Regime de Vinculação, de Carreiras e de Remunerações dos Trabalhadores que exercem funções públicas, aplicável aos serviços da administração direta e indireta do Estado”), e o EOA, apreciando a situação da eventual incompatibilidade do exercício da advocacia pela S.^{ra} D.^{ra}, sendo esta trabalhadora do município (fls 36 a39, que aqui dou por reproduzidas, *brevitatis causa*).

Conclui propondo ao Conselho Geral, para deliberação deste que “face à situação de incompatibilidade com o exercício da advocacia vinda de enunciar, notifique-se a D.^{ra} no sentido de requerer a suspensão, nos termos do disposto na alínea d) do

art. 86.º do EOA, da inscrição na Ordem dos Advogados, no prazo de trinta dias, sob pena de, não o fazendo, ser comunicada a situação ao Conselho de Deontologia de Lisboa.”

A fls. 50 os autos consta a seguinte declaração, subscrita pelo Exmo. Sr. Bastonário: “Aprovado por unanimidade em sessão do Conselho Geral de 3 de Outubro de 2012”, tendo a aqui Recorrente sido notificada da deliberação mediante carta subscrita por (Assistente Administrativo do Departamento de Processos do Conselho Geral) datada de 12 de Novembro de 2012.

A fls 52 consta cota subscrita pelo referido Assistente Administrativo que refere “aos dezasseis de Novembro de 2012 foram os presentes autos consultados nesta Secretaria pela Ex.^{ma} Senhora D.^{ra} (..).”

A fls. 53 e 53 v. consta requerimento manuscrito então subscrito pela S.^{ra} D.^{ra} ao Ex.^{mo} Relator na qual declarava pretender interpor recurso para o Conselho Superior da referida Deliberação do Conselho Geral e solicitava:

- “a) Fotocópia da missiva da denunciante, assim como dos documentos que foram anexado à mesma (*prints* da página da OIA e meios e recursos da CML);
- b) Fotocópia do envelope que serviu para remeter a missiva supra indicada, a qual não foi colocada no processo;
- c) Fotocópia dos documentos constantes de fls.6, 6v, 7, 8, 11 e 50.”

Por Despacho a fls. 55, o Ex.^{mo} Relator determinou fossem extraídas e remetidas à interessada as fotocópias de fls. 2,3,4, 6, 6v., 7, 8, 11 e 50.

O recurso subscrito pela Sra. Dra. .. (fls 58 a 74) deu entrada no Conselho Geral em 29 de Novembro de 2012, tendo sido inicialmente indeferido por Despacho do então Senhor Relator, com fundamento em intempestividade (fls. 76) e objeto de pedido de reapreciação efetuado pela Senhora Advogada Recorrente (fls. 81 e 82) mercê do que o então Senhor Relator proferiu novo Despacho (fls. 85), o qual admitiu o recurso e determinou a subida dos autos a este Conselho Superior.

Refere, em suma, a Motivação do Recurso efetuado pela S.^{ra} D.^{ra} ... (fls. 58 a 74):

- O procedimento teve início numa missiva remetida por alguém que disse chamar-se “Isabel Silva”, sem contudo apresentar identificação completa;
- Por ofício com a referência B 0028 a denunciada foi notificada para informar se efetivamente exercia funções de Jurista na CML e de assessora da Vereadora e, em caso afirmativo, para comprovar documentalmente que exercia tal atividade em regime de subordinação e exclusividade nessa entidade.
- Em 26 de Novembro de 2012 a Recorrente recebeu correio registado no seu escritório contendo as fotocópias dos documentos solicitados em 16/11/2012, exceto o documento solicitado na alínea *b*) do seu requerimento (“fotocópia do envelope que serviu para remeter a missiva supra indicada a qual não foi colocada no processo”) sendo a decisão omissa no que respeita a esta alínea. A Recorrente desconhece o motivo pelo qual o referido documento não lhe foi remetido, contudo mantém a sua pretensão.
- Entende a Recorrente que todo o procedimento, ao ter início a partir de uma missiva de alguém que não apresentou identificação completa, iniciou-se a partir de uma denúncia anónima, mercê da qual a Ordem dos Advogados deveria ter tomado uma única posição — proceder ao arquivamento dos autos — e considerado nulo todo o processado, atento o facto de a Recorrente invocar ter-lhe sido coartado o direito fundamental à Justiça e à Cidadania, nos termos dos art. 133.º, n.ºs 1 e 2, alínea *d*) do CPA e arts. 20.º e 26.º da CRP;
- Mais refere ser no mínimo curiosa a interpretação que o Conselho Geral fez da missiva enviada pela referida Isabel Silva: “depreendemos que esta pretende que este Conselho emita parecer sobre a questão”, interpretação de que a Recorrente discorda em absoluto, “uma vez que a pre-

tensão da denunciante é bem clara: dar a conhecer uma situação e que a mesma seja averiguada, entendendo a Recorrente que o Conselho Geral extrapolou o que lhe era solicitado, emitindo oficiosamente um parecer que não lhe foi requerido”;

- Segundo a Recorrente, a tal Isabel Silva não demonstrou ser titular de um direito, ter interesse em agir, ter interesse pessoal e legítimo, nem muito menos demonstrou estar perante interesses legalmente protegidos”;
- Ainda refere que “O Senhor Relator, Dr. Marcelino Pires, violou o disposto no art. 53.º, n.º 1 do CPA, porquanto, embora tivesse, com todo o zelo, suscitado e analisado a questão da legitimidade do Conselho Geral para emitir parecer, não demonstrou qualquer preocupação em analisar a legitimidade da denunciante para apresentar o pedido que efetuou, como é sua obrigação”;
- Acerca da impossibilidade de consulta do processo, do não envio da identificação da denunciante e da cópia da denúncia após requerimento, e em face de no parecer do Senhor Relator, aprovado pelo Conselho Geral, não existir qualquer justificação ou fundamentação para que se pudesse concluir que tal informação é irrelevante e muito menos que tal informação não deveria ter sido fornecida à Senhora Recorrente, alega esta terem sido violados os arts. 124.º do CPA, 268.º, n.º 3 da CRP, 61.º do CPA e 268.º, n.º 1 da CRP;
- Alega por outro lado que o pedido de reprodução de vários documentos que solicitou em 16/11/2012 se enquadra no art. 63.º do CPA, tendo este preceito sido violado ao ser submetido a Despacho do Senhor Relator aquele pedido;
- Mais alega a Recorrente ter havido violação dos art. 100.º e 101.º do CPA, porquanto entre a notificação efetuada em Fevereiro de 2012 e a que notificou a Recorrente da deliberação do Conselho Geral que fixou o prazo de 30 dias para requerer a suspensão da sua inscrição na OA, com

fundamento em incompatibilidade, não foi dado à Recorrente conhecer o projeto de Deliberação;

- Invoca também a Recorrente diversas faltas de menções obrigatórias no acto praticado a que se refere o supra mencionado ofício B0259, do que resulta, em seu entender, a violação do art. 123.º do CPA;
- Refere, por outro lado, ter ocorrido violação do princípio da imparcialidade, porquanto da consulta do site da Ordem dos Advogados (fls. 72 a 74) a Recorrente conclui que “o Ilustre Relator, Dr. Marcelino Pires, que emitiu o parecer, também o votou favoravelmente, enquanto Vogal do Conselho Geral”, sendo esta “dupla intervenção do Dr. Marcelino Pires atentatória daquele princípio e violadora do arts. 44.º e 51.º do CPA, e do art. 266.º da CRP;
- Relativamente ao conteúdo do parecer, a Recorrente sustenta extensamente a incorreção jurídica daquele, com fundamentos constantes a fls. 65 a 67;
- Pelo que conclui a Recorrente o respetivo Recurso solicitando o seu provimento e, por conseguinte, conforme transcrição integral a que procedo:

“1. Deverá ser nula a Deliberação do Conselho Geral de 3/10/2012 por ter aceite a denúncia anónima, a qual viola os direitos e interesses da denunciada, ora recorrente, assim como todo o processado, devendo por conseguinte a denúncia ser arquivada; caso assim não se entenda, o que por mera hipótese se refere;

2. Seja a Deliberação do Conselho Geral da Ordem dos Advogados anulada por violar as disposições legais supra referidas do CPA; se ainda assim não se entender, o que por mera cautela se refere;
3. Deverá ser considerada a data de 3/9/2001 não só para efeitos de antiguidade mas, também, para efeitos de salvaguarda dos direitos e interesses do recorrente, e enquadrar-se a sua situação no art. 69.º, n.º 2 do EOA,

na versão aprovada pelo DL n.º 84/84, de 16/3, sendo o exercício da advocacia compatível com o exercício de funções prestadas por “(...) funcionários e agentes administrativos providos em cargos com funções exclusivas de mera consulta jurídica, previstos expressamente nos quadros orgânicos do correspondente serviço, e os contratados para o mesmo efeito” e o art. 81.º do EOA na versão de 2005, o qual estabelece que “as incompatibilidades e impedimentos criados pelo presente Estatuto não prejudicamos direitos legalmente adquiridos ao abrigo de legislação anterior.”

Apreciação

A S.^{ra} D.^{ra} ... suscita no seu Recurso múltiplas e diferenciadas questões, quanto à natureza e relevância nestes autos, cujo conhecimento importará apreciar nesta sede.

A primeira das quais é, manifestamente, a da admissibilidade, pelo Conselho Geral, da missiva subscrita por Isabel Silva que, por escassamente identificada, deveria, no parecer da Recorrente, ter levado à liminar rejeição daquela e ao correlativo arquivamento da denúncia.

Crê-se não ter aqui razão a S.^{ra} D.^{ra}, se bem atentarmos à natureza específica da denúncia em causa e às atribuições legalmente cometidas à nossa Ordem.

Recorde-se que a denúncia relata um alegado caso de exercício ilícito de advocacia, concretamente o exercício em violação de regras de incompatibilidade.

Constitui atribuição primária da OA, “atribuir o título profissional de advogado e de advogado estagiário, bem como regulamentar o exercício da respetiva profissão” (art. 3.º, alínea *c*) do EOA); por outro lado, a Lei que regula as Associações Públicas Profissionais (Lei n.º 2/2013, de 10 de Janeiro e, à data do Recurso, a Lei n.º 6/2008, de 13 de Fevereiro, por aquela revogada) comete

expressamente às associações públicas “a regulação do acesso e do exercício da profissão” (art. 5.º, n.º 1, alínea *c*).

Como tal, a definição e a compreensão do perímetro dos membros do colégio dos profissionais — no caso, do colégio dos advogados — assim como as regras do respetivo exercício, constituem matérias necessariamente cometidas à respetiva ordem profissional, que podem seguramente identificar-se, destarte, como atribuições primárias da associação pública profissional, como resulta linearmente da Lei.

Como tal, não poderá nunca a Ordem alhear-se do conhecimento de quem são os respetivos membros, se estes exercem regularmente a respetiva atividade ou mesmo — não é manifestamente, o caso dos autos — se alguém se arroga o exercício da profissão sem a devida licença. E para a cabal prossecução destas atribuições, a Ordem pode e deve conhecer oficiosamente. Deste ponto de vista, a aplicação de uma regra de legitimidade adjetiva (como parece pretender a Recorrente, a fls. 59 e 60) quedaria sem sentido e conduziria a resultado indesejável, exatamente porque **não faz jus nem se adequa à dimensão administrativa e não jurisdicional** que o Conselho Geral foi especificamente chamado, na Deliberação em crise, a apreciar: curar de esclarecer se determinado Senhor Advogado preenche os requisitos legalmente exigíveis para exercer licitamente a profissão.

Estando, manifestamente, no âmbito tipicamente administrativo da atividade da Ordem (concretizado no escrutínio da licitude do exercício da atividade, por parte de um dos membros do colégio dos profissionais), o arquivamento da denúncia com fundamento em ilegitimidade da denunciante deixaria a Ordem impossibilitada de, no caso concreto, prosseguir a indeclinável atribuição estatutária que lhe está cometida pelos sobreditos art. 5.º, n.º 1, alínea *c*) da Lei n.º 2/2013, de 10 de Janeiro e art. 3.º, alínea *c*) do EOA).

Vimos que a OA é uma associação pública profissional, não é um clube de advogados nem um sindicato de advogados: daí que se imponha o conhecimento oficioso da matéria objeto da denúncia, ainda que a denunciante se ache escassamente identificada ou, no limite, fosse possível sustentar a ilegitimidade daquela.

Se bem se atentar, a própria Senhora Advogada Recorrente assinala e reconhece aquela intervenção oficiosa, quando, escreve:

“A recorrente discorda em absoluto com esta interpretação, uma vez que a pretensão da denunciante é bem clara: dar a conhecer uma situação e que a mesma seja averiguada, e entende a recorrente que o Conselho Geral extrapolou o que lhe era solicitado, *emitindo oficiosamente um parecer* que não lhe foi requerido.”

Concluo portanto, pelo acerto do Conselho Geral ao aceitar a denúncia recebida e ao instaurar o processo de averiguação de incompatibilidade a que se refere a Deliberação ora em crise, que instaurou no âmbito das respetivas atribuições estatutárias e no necessário desempenho dos seus poderes públicos, *in casu* na parte especificamente relativa ao conhecimento do (lícito) exercício da atividade por parte dos membros do respetivo colégio.

Num outro plano, a Senhora Advogada Recorrente invoca a Lei das Associações Públicas Profissionais, para assinalar o reforço da sujeição dos seus regulamentos ao ordenamento administrativo (fls 59).

Isto mesmo resulta cristalinamente do art. 4.º da Lei atual (Lei n.º 2/2013, de 10 de Janeiro), quando refere que “em tudo o que não estiver regulado na presente lei e na respetiva lei de criação, bem como nos seus estatutos, são subsidiariamente aplicáveis às associações públicas profissionais: a) no que respeita às suas atribuições e ao exercício dos poderes públicos que lhes sejam conferidos, o Código do Procedimento Administrativo, com as necessárias adaptações, e os princípios gerais de direito administrativo.”

Tem razão a Senhora Advogada Recorrente quando menciona a aplicação de regras e princípios de direito administrativo quando está em causa o exercício de poderes públicos pelas associações profissionais.

Ora, estando aqui em causa um processo de averiguação de incompatibilidade, manifestamente de índole administrativa, não jurisdicional, repete-se, como aquele que foi originariamente apreciado pelo Conselho Geral da Ordem, afigura-se que a Senhora

Advogada, enquanto particular interessado, deveria ter — nos termos do art. 100.º do Código do Procedimento Administrativo — podido previamente conhecer o projeto de decisão final (correspondente à proposta de Deliberação apresentada pelo Senhor Relator ao Conselho Geral) e o respetivo sentido provável daquela decisão.

Ocorre aqui uma ilegalidade que vicia o procedimento administrativo e que foi expressamente invocada pela Senhora Advogada Recorrente (fls. 62 e 71), e que o Direito sanciona com a invalidade da proposta de Deliberação subscrita pelo Senhor Relator em 19 de Julho de 2012.

Deliberação

Procede o recurso apresentado pela S.^{ra} D.^{ra} relativamente à Deliberação do Conselho Geral no âmbito do Processo de Averiguação de Incompatibilidade n.º 66/2013-CS-R, por motivo de violação de regras legais imperativas em matéria de procedimento e de imparcialidade, de acordo com a fundamentação antecedente.

Os autos deverão, em conformidade, ser remetidos ao Conselho Geral, para os devidos efeitos, prosseguindo o processo de Averiguação de Incompatibilidade e praticando-se os actos e procedimentos necessários à formulação de uma vontade válida daquele órgão quanto à matéria da denúncia recebida em 14 de Outubro de 2010.

Notifique-se a Recorrente e a Senhora Bastonária.

Lisboa, 27 de Março de 2014

O Relator
JÚLIO ELVAS PINHEIRO

Acórdão

Acordam os do Conselho Superior, reunidos e, Plenário, em aprovar o parecer do Relator que antecede e assim, deliberar procedente o recurso por se considerar viciado o procedimento administrativo, por não ter sido concedido o direito de audiência prévia. Mais deliberam remeter os autos para o Conselho Geral.

*Aprovado em Sessão Plenário do Conselho Superior
de 15 de Maio de 2014*

DELIBERAÇÃO N.º 1074/2014

O Conselho Geral da Ordem dos Advogados, reunido em sessão plenária de 27 de fevereiro de 2014, ao abrigo do disposto nas alíneas *m*) e *dd*) do n.º 1, do artigo 45.º do Estatuto da Ordem dos Advogados, aprovado pela Lei n.º 15/2005, de 26 de janeiro, deliberou:

- a) Alterar o disposto nos números 4.3 e 4.4, sob a epígrafe 4 — Sociedades de Advogados, da Tabela de Emolumentos e Preços devidos pela emissão de documentos e prática de atos no âmbito dos serviços da Ordem dos Advogados, publicada em anexo à Deliberação n.º 2089/2011, publicada no *Diário da República*, 2.ª série, n.º 210, de 2 de Novembro de 2011, com as alterações constantes da Deliberação n.º 992/2012, publicada no *Diário da República*, 2.ª série, n.º 136, de 16 julho de 2012 e da Deliberação n.º 1400/2012, publicada no *Diário da República*, 2.ª série, n.º 196, de 10 outubro de 2012.
- b) Alterar a redação dos referidos números 4.3 e 4.4., da Tabela de Emolumentos e Preços identificada na alínea anterior, pelo seguinte modo:

4 — Sociedades de Advogados:

[...]

4.3 — Registo de alteração de pacto social (exceto alteração da sede) — 225,00€;

4.4 — Outros atos sujeitos a registo — 225,00€.

- c) As alterações à Tabela de Emolumentos e Preços, aprovadas pela presente Deliberação, entram em vigor no dia imediato à sua publicação na 2.^a série do *Diário da República*.

6 de maio de 2014

A Presidente do Conselho Geral, *Elina Fraga*.