

REVISTA

da Ordem dos Advogados

Actualidade

António Monteiro Fernandes: *“A REFORMA LABORAL CONTINUA”*
Pág. 389

João Leal Amado: *“DE NOVO SOBRE UMA VELHA QUESTÃO: A COMPENSAÇÃO POR CADUCIDADE NOS CONTRATOS A TERMO CERTO”* Pág. 411

Doutrina

Paula Costa e Silva e Nuno Trigo dos Reis: *“ACÇÃO MODIFICATIVA DO CASO JULGADO ARBITRAL — UM MEIO DE IMPUGNAÇÃO ESQUECIDO”*
Pág. 425

Maria João Mimoso e Ricardo A. C. Rodrigues: *“DAS CONTAS COLETIVAS SOLIDÁRIAS NO CASO DE MORTE DE UM DOS SEUS COTITULARES — UMA NOVA PERSPETIVA DA APLICAÇÃO DO ART. 516.º DO CCP”* Pág. 443

Cátia Fernandes: *“O REGISTO INTERNACIONAL DE NAVIOS DA MADEIRA — UMA VIAGEM POR MAR”* Pág. 457

André Ferreira de Oliveira: *“DA CORRUPÇÃO — RECEBIMENTO E OFERTA INDEVIDOS DE VANTAGEM”* Pág. 487

Tiago Lourenço Afonso: *“A RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA-CONTRATUAL DO ESTADO POR ACTO DA FUNÇÃO JURISDICCIONAL”* Pág. 513

Diogo Lemos e Cunha: *“A DESTITUIÇÃO DE ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES ANÓNIMAS: EM PARTICULAR O ALCANCE E O SENTIDO DA JUSTA CAUSA DE DESTITUIÇÃO”* Pág. 575

Jurisprudência Crítica

Luís Manuel Teles de Menezes Leitão: “*ANOTAÇÃO AO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL N.º 468/2014 (LEI DO ORÇAMENTO DO ESTADO DE 2014)*” (Relator: Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha) Pág. 625

Jurisprudência dos Conselhos

- Processo n.º 6/PP/2014-G — Eventual incompatibilidade entre a frequência do estágio emprego previsto na Portaria n.º 204-B/2013 de 18 de junho Pág. 639
- Processo n.º 59/2014 — CS/R — Incompatibilidade absoluta Pág. 647

Vida Interna

- Regulamento da Comissão Nacional de Prevenção e Combate à Procuradoria Ilícita de 2014 Pág. 659

A REFORMA LABORAL CONTÍNUA

Pelo Doutor António Monteiro Fernandes

SUMÁRIO:

§ 1. Observações preliminares. § 2. A correcção de inconstitucionalidades. § 3. As renovações extraordinárias de contratos a termo. § 4. A redução das compensações por cessação do contrato de trabalho e os fundos de compensação e garantia. § 5. O procedimento de combate ao trabalho falsamente autónomo. § 6. Duas notas finais.

§ 1. Observações preliminares

1. Perante a publicação da grande reforma de 2012 — contida na Lei 23/2012, de 25 de Junho —, seria lícito pensar-se que estaria completo o ciclo das alterações ao Código do Trabalho, fundadas em compromissos assumidos no âmbito do *Memorando de Entendimento* de 2011 ou, simplesmente, na viragem ideológica que a acção governativa revelou por essa mesma altura. A codificação das normas de trabalho, considerada por muitos, ao longo do tempo, como indesejável (além de demasiado difícil) por introduzir um factor de immobilismo numa legislação que se quer adaptável, já tinha, entretanto, manifestado clara compatibilidade com toda a sorte de ajustamentos e até inflexões político-jurídicas. A própria sucessão entre versões do Código — ela mesma resul-

tante da diversidade de modulações regulatórias entre duas distintas maiorias parlamentares — tinha decorrido sem dificuldades de maior, ainda que ao preço de um emaranhado de disposições transitórias e revogatórias, algumas destas sob condição suspensiva⁽¹⁾. E a verdade é que a codificação não perdeu textura com a reforma de 2012, apesar do carácter penetrante que esta assumiu. De facto, com a Lei 23/2012, operou-se não só um conjunto de modificações pontuais ao Código — em execução de medidas contempladas no *Memorando* e/ou no *Compromisso sobre o Crescimento, a Competitividade e o Emprego* estabelecido, já no início de 2012, no quadro da concertação social — mas, sobretudo, uma inversão da política legislativa em matéria laboral, em vários sentidos desfavoráveis aos interesses dos trabalhadores nas relações de trabalho: acentuação da individualização das condições de trabalho, derrogabilidade de regimes de protecção anteriormente imperativos, redução de diversos benefícios económicos (acréscimos remuneratórios por trabalho suplementar, compensações por cessação do contrato de trabalho e de tempos de descanso), facilitação de despedimentos por motivo não disciplinar, anulação dos regimes convencionais anteriores que fossem mais favoráveis aos trabalhadores⁽²⁾. A situação de “emergência financeira” declarada em 2011 e a evolução desfavorável do mercado de trabalho — a taxa de desemprego subiu rapidamente aos dois dígitos e situava-se, em meados de 2013, acima dos 17% — forneceram um quadro favorável a essa profunda mudança de orientação do ordenamento legal, ao ponto de se ter passado a falar da entrada em cena de um “novo” legislador do trabalho, com a missão de produzir um “direito do trabalho regressivo”. Como se observou atrás, o Código do Trabalho não perdeu textura, mas mudou claramente de substância. A magnitude dessa manobra legislativa seria de molde a gerar a expectativa de que um

(¹) Recorde-se, com efeito, a trama labiríntica do art. 12.º da Lei 7/2009, de 12 de Fevereiro, que aprovou o Código desse ano.

(²) Sobre o conteúdo dessa manobra legislativa, pode ver-se ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *A “reforma laboral” de 2012 — Observações em torno da Lei 23/12*, Revista da Ordem dos Advogados, Abr-Set 2012, pp. 545 e segs.; JORGE LEITE, *A reforma laboral em Portugal*, Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, n.º 34 (2013), pp. 1 e segs.

período de estabilidade normativa iria seguir-se. No entanto, não foi isso que ocorreu.

2. Duas ordens de razões convergiram no sentido de manter vivo o fluxo de alterações legislativas nesse domínio.

A primeira resultou de conveniências atinentes ao próprio desenvolvimento da reforma pretendida⁽³⁾: por um lado, a necessidade de atenuar ou gradualizar o efeito traumático de algumas das alterações contempladas no *Memorando* e/ou no *Compromisso*, em especial as referentes à radical modificação dos factores de cálculo das compensações por cessação do contrato de trabalho⁽⁴⁾; por outro, o imperativo de conceber e estruturar (com notórias dificuldades de vária ordem) um instrumento de aligeiramento dos encargos patronais em caso de cessação de contratos (e também de garantia do recebimento das compensações pelos trabalhadores), já várias vezes referido em documentos programáticos anteriores: o “fundo de compensação do trabalho ou mecanismo equivalente”⁽⁵⁾; enfim, a conveniência de prolongar no tempo a aplicação de algumas medidas “de emergência”, como a permissão da renovação extraordinária de contratos a termo ou a suspensão dos regimes convencionais mais favoráveis, nomeadamente em matéria de acréscimos remuneratórios por trabalho suplementar.

⁽³⁾ Haverá que atribuir um lugar à parte à Lei 47/2012, de 29 de Agosto, que, entre outras matérias, alterou as normas do Código do Trabalho respeitantes às condições de admissão de jovens ao emprego.

⁽⁴⁾ Iniciado esse processo com a Lei 53/2011, de 14 de Outubro, referente apenas aos contratos de trabalho futuros (relativamente a esses, a compensação passava a ser de 20 dias de retribuição base mais diuturnidades por mês de antiguidade, com o limite de 12 meses, ele foi continuado pela Lei 23/2012, que estendeu a regra a todos os contratos, e concluído (ao menos por agora) pela Lei 69/2013, de 30 de Agosto, que reduziu de 20 para 12 dias o primeiro factor de cálculo.

⁽⁵⁾ A ideia aparece referida, e até algo pormenorizada, no *Acordo Tripartido* celebrado, no âmbito da concertação social, em Março de 2011, e ao qual são feitas, neste e noutros pontos, referências directas no *Memorando de Entendimento* elaborado pouco depois. Também o *Compromisso* celebrado em Janeiro de 2012 retomou o tema. Finalmente, a Lei 70/2013, de 30 de Agosto, estabeleceu os regimes, não de um, mas de dois fundos: o “fundo de compensação do trabalho” e o “fundo de garantia de compensação do trabalho”. Estas designações são de tal modo enigmáticas que a natureza de tais figuras só pode ser descortinada através da leitura do diploma.

A segunda ordem de explicações para a continuidade do fluxo legislativo encontra-se no facto de o Tribunal Constitucional ter, já em 2013, mais de um ano após a publicação da Lei 23/2012, emitido um acórdão⁽⁶⁾ em que se declarou a inconstitucionalidade de algumas das normas contidas nessa lei, impondo a repristinação dos textos anteriores ou a correcção dos novos. Essa importante decisão teve, em todo o caso, um impacto reduzido na globalidade da reforma legislativa empreendida a partir de 2011. Desde logo, e ao contrário da versão mais corrente segundo a qual o Tribunal Constitucional teria assumido um papel obstrutivo da política legislativa em execução, o acórdão assenta num conjunto de pressupostos e de referenciais decisórios que patenteia clara homogeneidade com o pensamento do legislador⁽⁷⁾. Surpreendentemente, o quadro de “emergência financeira” e os “compromissos” assumidos para a superar — incluindo os objectivos de “aumento da produtividade e da competitividade da economia”⁽⁸⁾ — surgem investidos de materialidade constitucional e, o que não é de menor importância, elevados a uma prioridade geral e sistemática sobre os direitos e garantias dos trabalhadores explicitamente consagrados na Lei Fundamental. Só os derradeiros pilares do Estado de Direito — a igualdade e a protecção da confiança — são tomados em conta, no referido acórdão, como imperativos insuperáveis na escolha dos meios de combate à “crise”. Depois, a verdade é que só uma parte muito reduzida das alterações legislativas constantes da Lei 23/2012 mereceu a censura do Tribunal Constitucional. Neste ponto, a decisão serviu também para evidenciar até que ponto são infundadas as críticas dirigidas à Constituição portuguesa, por nela se querer ver obstáculos intransponíveis à “flexibilização laboral”.

(6) Acórdão TC n.º 602/2013, de 20 de Setembro, acessível em <www.dgsi.pt>.

(7) Veja-se uma breve demonstração no nosso *O Tribunal Constitucional perante a “reforma laboral” de 2012*, JURISMAT, n.º 4, 2014, pp. 149 segs.

(8) A dado passo do acórdão, na fundamentação de uma das decisões de conformidade constitucional — sobre a suspensão de cláusulas das convenções colectivas referentes ao trabalho suplementar —, lê-se o seguinte: “também se mostra adequada, necessária e equilibrada em vista da salvaguarda de *interesses constitucionalmente relevantes como o cumprimento das metas e compromissos assumidos internacionalmente no quadro do MoU e a própria competitividade da economia nacional*” (itálico nosso).

Como se disse, a reforma de 2012 representou uma autêntica inversão de marcha na evolução do sistema regulador das relações de trabalho. Perante ela, um Tribunal Constitucional suspeito de “activismo judiciário” e de procurar a “judicialização da política” produziu uma decisão claramente “mínima”, que pouca influência teve na nova configuração do ordenamento laboral. De qualquer modo, como se disse atrás, ela determinou a necessidade de legislação correctiva.

§ 2. A correcção de inconstitucionalidades

3. Pela sua importância e dimensão, vale a pena considerar, em primeiramente, as novas medidas legislativas destinadas a dar execução à decisão do Tribunal Constitucional.

Recorde-se que essa decisão compreendia a declaração de inconstitucionalidade de algumas alterações aos regimes das duas modalidades de despedimento individual não disciplinar: o despedimento por extinção do posto de trabalho e o despedimento por inadaptação do trabalhador. Tratava-se, em suma, daquilo que qualificámos como “uma incursão experimental num domínio vedado”⁽⁹⁾, uma de várias operações do mesmo tipo empreendidas desde os anos oitenta, consistentes em tentativas mais ou menos imaginativas de superar os obstáculos constitucionais à liberdade de despedir. A frustração de tais tentativas quase nunca foi total: se os aspectos mais salientes e ostensivos têm sido erradicados por rotundas declarações de inconstitucionalidade, sempre ficou um resíduo mais ou menos importante — por vezes, estrategicamente *muito* importante — que se traduz num avanço significativo daquela prerrogativa patronal⁽¹⁰⁾. Tal foi, mais uma vez, o saldo da “incursão” tentada com a Lei 23/2012.

⁽⁹⁾ Cf. o nosso *O Tribunal Constitucional perante a “reforma laboral” de 2012*, cit., p. 156.

⁽¹⁰⁾ Esclareça-se que alguns desses avanços eram indispensáveis, dado o carácter disfuncional (ou até mesmo contraproducente) que as normas repressivas do despedimento

Tanto no respeitante ao despedimento por extinção do posto de trabalho como quanto ao despedimento por inadaptação, o legislador de 2012 pretendeu eliminar o ónus de *repêchage* — tentativa de oferecer ao trabalhador ocupação alternativa — que o regime legal dessas modalidades sempre impôs ao empregador⁽¹¹⁾. Entendendo, de modo unânime, que essa alteração vulnerava a exigência constitucional de justa causa de despedimento, o Tribunal Constitucional não teve dúvidas em considerá-las inconstitucionais, por violação do disposto no art. 53.º da Lei Fundamental.

A reprivatização automática dos textos alterados (arts. 368.º/4 e 375.º/1-d)) decorreria, como é sabido, da mera aplicação do disposto no art. 282.º/1 da Constituição. No entanto, a Lei 27/2014, de 8 de Maio, veio tornar incontroverso esse retorno aos textos anteriores, convertendo a reprivatização em nova alteração ao enunciado das referidas disposições, no teor que lhes tinha conferido a Lei 23/2012.

Creemos que, sob a aparência de uma operação de simples ajustamento de textos, normativamente neutral, existe algo mais, um “resíduo” útil na perspectiva da estratégia de aligeiramento do regime dos despedimentos. O ponto diz respeito ao despedimento por inadaptação do trabalhador.

assumiam, na fórmula estabilizada em 1976. Era, nomeadamente, forçoso admitir — sem vulneração do critério constitucional da justa causa de despedimento — hipóteses de resolução do contrato de trabalho pelo empregador com fundamentos não disciplinares, o que só foi possível, após forte controvérsia constitucional e política, com o Decreto-lei 64--A/89, de 27 de Fevereiro.

⁽¹¹⁾ A formulação correspondente a essa vinculação não é igual para as duas modalidades. Quanto à primeira (extinção do posto de trabalho), o art. 368.º/4 dispõe: “uma vez extinto o posto de trabalho, considera-se que a subsistência da relação de trabalho é praticamente impossível quando o empregador não disponha de outro compatível com a categoria profissional do trabalhador” — é, pois, directamente evidenciada a inerência dessa condição à verificação de justa causa. Já para a segunda modalidade (inadaptação do trabalhador), a fórmula legal, constante do art. 375.º/1-d), surge, aparentemente, desligada dessa verificação: o despedimento “só pode ter lugar” desde que (entre outras condições cumulativamente exigidas) “não exista na empresa outro posto de trabalho disponível e compatível com a qualificação profissional do trabalhador”. O resultado, porém, é exactamente o mesmo, pois o conjunto das condições requeridas pelo art. 375.º/1 não é mais do que o pressuposto da verificação da justa causa de despedimento. Há, no entanto, um “resíduo”, como adiante se notará.

É sabido que, na sua versão anterior à reforma laboral de 2012, o Código do Trabalho previa e regulava somente a possibilidade de despedimento por “inadaptação superveniente do trabalhador ao posto de trabalho” (art. 373.º) numa situação particular: a de terem sido “introduzidas modificações no posto de trabalho” (art. 375.º/1-a)). A resolução do contrato pelo empregador era justificada pela irremediável incapacidade de ajustamento do trabalhador ao posto de trabalho *modificado*. Para que tal justificação se tornasse irrefragável, a lei formulava exigências adicionais, uma das quais era (e é) a da tentativa de recolocação do trabalhador (*repêchage*), aludida na al. d) desse mesmo artigo. A tentativa de eliminação desta alínea (pela Lei 23/2012) foi, como se disse, frustrada pelo Tribunal Constitucional, e a Lei 27/2014 encarregou-se de a repor formalmente.

No entanto, a Lei 23/2012 “criou”, como é também sabido, uma outra modalidade de “inadaptação superveniente”: a que se manifeste, *sem modificação do posto de trabalho*, pela “modificação substancial da prestação realizada pelo trabalhador” (art. 375.º/2-a)), isto é, pela redução da qualidade e/ou do rendimento da prestação de trabalho, *sem culpa* de nenhuma das partes. Reentrou assim no sistema a possibilidade do despedimento individual por *perda de aptidões* do trabalhador, que estava excluída desde 1976.

Esta modalidade apareceu, na Lei 23/2012, subordinada a um conjunto de requisitos (elencados no art. 375.º/2), *entre os quais se não contava o ónus da tentativa de recolocação*. A reposição dessa exigência, pela Lei 27/2014, para cumprimento da decisão do Tribunal Constitucional, diz apenas respeito à modalidade de despedimento por inadaptação *que já existia* e sobre cujo regime a Lei 23/2012 tinha agido de modo considerado inconstitucional, eliminando o referido ónus. A omissão dele no regime da inadaptação sem modificação do posto de trabalho — isto é, por perda de aptidões do trabalhado — surge assim como uma *aquisição* da “reforma laboral” deixada incólume pelo escrutínio constitucional.

É certo que se trata de uma aquisição muito modesta e precária. O regime da nova modalidade está ainda coberto pela exigência geral de impossibilidade prática da subsistência da relação de

trabalho⁽¹²⁾ e mantém-se, assim, dentro do perímetro de legitimidade reconhecido pela Constituição no art. 53.º. A verificação dessa impossibilidade prática deverá, mesmo no silêncio da lei (um silêncio que, em todo o caso, sugere contextualmente uma linha de actuação), passar frequentemente pela procura e eventual oferta de ocupação alternativa, ainda que em nível hierárquico e remuneratório inferior⁽¹³⁾, quanto mais não seja por razões prudenciais. Poucas serão as situações em que a inexistência do prosseguimento da relação de trabalho por perda de aptidões do trabalhador seja imediatamente apreensível, verificável e demonstrável. Aquisição modesta, pois. Mas também precária, dado que a assimetria entre os dois regimes de inadaptação, neste ponto específico, é de tal modo notória e difícil de explicar que os riscos judiciais associados — inclusivamente no plano da fiscalização concreta de constitucionalidade (arts. 204.º e 280.º da Constituição) — não podem deixar de considerar-se elevados.

4. Outra inconstitucionalidade denunciada pelo acórdão 602/2013 dizia respeito ao *critério de escolha do trabalhador a despedir*, em caso de extinção de um dos postos de trabalho de um conjunto em que todos têm conteúdo funcional idêntico.

No regime anterior do Código, essa escolha era condicionada por um critério “social” de prioridades legalmente imposto (art. 368.º/2) — um critério manifestamente inspirado na protecção dos menos empregáveis (mais velhos ou mais antigos)⁽¹⁴⁾. Naturalmente controverso, esse condicionamento tinha por si, pelo menos, o facto de justificar uma ingerência legal, por representar uma limitação à livre decisão do empregador, face ao sentido mais provável que essa decisão tomaria. De qualquer modo, o sentido *fundamental* da

(12) Na verdade, o n.º 2 do art. 375.º, em que surgem os requisitos dessa nova modalidade, refere-se à “situação referida no n.º 1 do artigo anterior”, que é caracterizada por essa “impossibilidade prática”.

(13) cremos, com efeito, que a “compatibilidade” com a categoria do trabalhador deve ser entendida em termos muito amplos, tendo em conta a provável prevalência do interesse na manutenção do emprego.

(14) De notar o facto surpreendente da inexistência de qualquer constrangimento legal da escolha dos trabalhadores a despedir, em caso de despedimento colectivo.

norma derivava de preocupações de tutela de pessoas em situação vulnerável, e não, propriamente, duma exigência abstracta de “objectividade” da escolha, isto é, de prevenção do arbítrio ou da discriminação, que sempre seria alcançável por outros meios e tractos jurídicos.

A Lei 23/2012 atingiu, nesse ponto, o *climax* da afirmação ideológica: pretendeu substituir o critério *legal* de prioridades pelo critério *do empregador*, sob o enigmático condicionamento de que se tratasse de “critérios relevantes e não discriminatórios face aos objectivos subjacentes à extinção do posto de trabalho”. Apesar da abundância das questões de interpretação que este trecho poderia suscitar, o que era relevante era, afinal, o omitido: a lei prescindia de qualquer cuidado relativamente à escolha em causa, nomeadamente pelo que respeita à posição dos despedidos face às oportunidades de trabalho. A posição do legislador face à questão passava a ser de *neutralidade* — uma neutralidade que, neste domínio, não o é realmente, pois redundava na atribuição de prevalência ao interesse e à vontade de um dos contraentes.

O Tribunal Constitucional, como se assinalou, viu neste regime uma incompatibilidade com a Constituição, mas partindo de um pressuposto — o de que o critério legal visava essencialmente a “objectivação” da escolha, exigida pela noção de justa causa — que, com a vénia devida, julgamos menos certo, pelas razões indicadas. O facto de a fórmula introduzida pela Lei 23/2012 ser um conjunto de conceitos vagos e indeterminados — o que parece incontestável — seria incompatível com uma noção de justa causa isenta de todo o subjectivismo por parte de quem a invoque. O Tribunal não se mostrou, pois, particularmente sensível — e pode bem perguntar-se se existiria fundamento constitucional suficientemente sólido para que outra fosse a sua postura — às preocupações sociais que, de ordinário, servem de fundamento às intervenções do legislador do trabalho neste campo.

Face ao carácter discutível do critério de escolha anteriormente fixado no Código, sobretudo no quadro de uma política legislativa manifestamente votada à recuperação dos espaços do poder patronal na empresa e ao favorecimento dos interesses da gestão, entende-se bem que a mera repriminção do normativo

anterior não fosse considerada solução satisfatória. Assim, a Lei 27/2014 lançou uma nova redacção do art. 368.º/2, em que se estabeleceu uma “ordem de critérios relevantes e não discriminatórios” a observar na escolha do trabalhador a despedir, na hipótese que temos vindo a considerar (extinção de um posto de trabalho dentro de um conjunto de postos funcionalmente idênticos). Seguindo a vereda sinalizada pelo Tribunal Constitucional, a nova norma enuncia uma ordem de prioridades para o despedimento que, manifestamente, procura interpretar com a maior aproximação possível os critérios que seriam mais provavelmente adoptados por um empregador médio, à luz das normais conveniências de gestão da empresa: deverá ser escolhido o trabalhador com pior avaliação de desempenho, ou menos habilitado ou qualificado, ou mais custoso, ou com menor experiência na função, ou, enfim, com menor antiguidade na empresa⁽¹⁵⁾. A finalidade assumida — por indicação do acórdão — é a de garantir a “objectividade” da escolha, obstando a que o empregador despeça por capricho, mera antipatia ou mesmo encapotada discriminação. Como se disse, esse objectivo seria alcançável por outros meios jurídicos. Mas de toda a evolução resultou um efeito “residual” útil, na perspectiva da inversão de política legislativa em curso: a erradicação de um qualquer critério “social” de escolha do trabalhador a despedir, que constituía a única verdadeira e convincente razão de uma intervenção do legislador neste ponto.

E com este resultado se completou o pequeno quadro de alterações legislativas introduzidas pela Lei 27/2014, em cumprimento da decisão do Tribunal Constitucional.

⁽¹⁵⁾ A propósito desta ordem de prioridades, gerou-se um curioso, embora inteiramente estéril, esforço hermenêutico em torno das expressões utilizadas pelo legislador. Na perspectiva em que situamos a nossa análise, o que é interessante e significativo é o facto de, previsivelmente, em muitos casos, a escolha vir a ser feita em termos correspondentes aos do critério antigo (menor experiência, menor antiguidade).

§ 3. As renovações extraordinárias de contratos a termo

5. Por duas vezes — até ao momento em que redigimos estas notas —, foi legalmente estabelecido um regime de renovação extraordinária dos contratos de trabalho a termo certo. Foram pois mantidos — como regras — os limites que o Código do Trabalho estabelece quanto ao número de renovações e à duração total dos vínculos a termo: três renovações, o que significa quatro períodos; três anos de duração total, para os casos gerais, e dois anos ou 18 meses, para os casos particulares de início de actividade ou de candidato ao primeiro emprego, respectivamente (art. 148.º/1).

Os regimes de renovação extraordinária foram fixados pelas Leis 3/2012, de 10 de Janeiro, e 76/2013, de 7 de Novembro⁽¹⁶⁾. A sua inspiração é muito semelhante à do remoto Decreto-lei 781/76, de 28 de Outubro, medida de emergência adoptada num quadro de congelamento do emprego, através da qual já se confiou então, por conseguinte, à contratação a prazo o papel de válvula de segurança para disfunções do mercado de trabalho⁽¹⁷⁾. Agora, o legislador procura, através do alongamento da duração dos contratos transitórios — em todo o caso, não automático, mas dependente da vontade dos contraentes e envolvendo, por conseguinte, o acordo de renovação a que alude o art. 149.º/2 —, refrear a hemorragia de empregos que diversos factores conjunturais, incluindo a nova legislação sobre despedimentos e suas compensações, iriam necessariamente desencadear. Acreditou-se que a possibilidade de manter, por mais tempo, postos de trabalho como precários — apesar de, por-

⁽¹⁶⁾ O diploma de 2012 visava os contratos que atingissem os limites legais até 30 de Junho de 2013, e admitia duas renovações adicionais, com a duração total de 18 meses. O de 2013, por seu turno, tomou como alvos os contratos que, até 7 de Novembro de 2015, atingissem os limites legais gerais (não tendo havido renovações extraordinárias) ou os da Lei 3/2012 (tendo sido extraordinariamente renovados), e admite mais duas renovações, com a duração máxima de 12 meses.

⁽¹⁷⁾ No caso, o próprio legislador, no preâmbulo do diploma, se explicava com clareza: “Tendo ainda em conta que a contratação a prazo, desde que rodeada das necessárias cautelas, pode propiciar, a breve trecho, um significativo aumento da oferta de emprego, susceptível de posterior estabilização...”

ventura, lhes corresponderem características de permanência — poderia amortecer a destruição de empregos. Afigura-se muito difícil apurar em que medida essa convicção foi confirmada ou infirmada pelos factos. Em todo o caso, o mais recente dos diplomas referidos — a Lei 76/2013 — prevê a elaboração, no quadro da Comissão Permanente de Concertação Social, de um “relatório intercalar” sobre o impacto do regime de renovação extraordinária, após um ano de vigência desse mesmo diploma, ou seja, em Novembro de 2014.

6. Em simultâneo com a actuação desses regimes de renovação extraordinária, desenvolvia-se um outro processo, a que faremos referência um pouco adiante: o da modificação dos factores de cálculo das compensações por cessação do contrato de trabalho, no sentido da sua progressiva redução. Esse processo iniciara-se, por imperativo do *Memorando*, antes mesmo da reforma de 2012⁽¹⁸⁾, e visava, além do mais, a uniformização do processo de cálculo para contratos a termo e sem termo⁽¹⁹⁾, pretendendo acautelar os “direitos adquiridos”⁽²⁰⁾.

Explica-se deste modo o facto de os regimes de renovação extraordinária conterem, no que toca ao cálculo das compensações por caducidade, disposições de carácter transitório, aliás de teor diferente⁽²¹⁾, que, por sua vez, remetem para outras, particularmente intrincadas, como as que constam do art. 6.º da Lei 69/2013, de 30 de Agosto.

⁽¹⁸⁾ Referimo-nos à Lei 53/2011, de 14 de Outubro, que estabeleceu “um novo sistema de compensação em diversas modalidades de cessação do contrato de trabalho, *aplicável apenas aos novos contratos de trabalho*”. Esse “novo sistema” consistiu, fundamentalmente, na substituição da base de cálculo de um mês por 20 dias de retribuição e diuturnidades, a multiplicar pelo número de anos completos de antiguidade, e pela fixação de um limite máximo (12 meses de retribuição mais diuturnidades) onde antes só existia um mínimo (três meses) que também foi eliminado. Note-se que o *Memorando* impunha a redução da base de cálculo para 10 dias.

⁽¹⁹⁾ Na versão anterior do Código, os arts. 344.º e 345.º estabeleciam um regime específico de compensação em caso de caducidade do contrato a termo certo ou incerto: “três ou dois dias de retribuição base e diuturnidades por cada mês de duração do contrato, consoante esta não exceda ou seja superior a seis meses, respectivamente”.

⁽²⁰⁾ Ponto 4.4.ii) do *Memorando*.

⁽²¹⁾ Art. 4.º da Lei 3/2012; art. 4.º da Lei 76/2013.

§ 4. A redução das compensações por cessação do contrato de trabalho e os fundos de compensação e garantia

7. Uma boa parte das medidas incidentes na “regulação do mercado de trabalho” era dirigida à redução dos custos dos despedimentos e, mais amplamente, da eliminação de postos de trabalho. Os documentos programáticos que enquadraram a “reforma laboral”, com natural saliência para o *Memorando*, assentavam claramente — embora não declaradamente — na convicção de que a regeneração económica do país teria que envolver um forte *turnover* da mão-de-obra, com provável destruição de um grande número de empregos excedentários ou subqualificados. No mesmo sentido, pensava-se — embora em nenhum lugar se dissesse abertamente — que a baixa produtividade do trabalho em Portugal teria o seu remédio no aumento das cargas de trabalho sem acréscimo dos salários. Era o chamado “ajustamento” — um dos eufemismos que a gestão da “crise” produziu às dúzias. E uma das vias desse aumento de cargas sem custos — para além das formas de adaptabilidade dos tempos de trabalho, da redução de tempos de repouso e da drástica diminuição de compensações por trabalho extra — consistiria em se confiar os mesmos volumes de produção a menos trabalhadores. A manobra deparava, no entanto, com obstáculos, não só derivados das dificuldades legais de despedir — uma “anomalia” com que houve que lidar, dado a sua protecção constitucional — mas também dos custos que o pagamento das compensações respectivas implicava.

Tudo isso se reflectiu em medidas constantes do *Memorando* e dos acordos de concertação social firmados antes e depois dele. Já se viu como foi tentada, com a Lei 23/2012, a facilitação dos despedimentos individuais por causa não disciplinar, e como foi reduzido (embora não nulo) o sucesso dessa tentativa.

Pelo lado dos custos da extinção de contratos, o *Memorando* contém (no seu ponto 4.4) um programa de acção gradual tendente, em simultâneo, à forte diminuição desses custos e à uniformização do seu processo de cálculo para qualquer tipo de vínculo laboral.

8. O processo foi iniciado, como atrás se disse, com a *Lei 53/2011*, de 14 de Outubro, aplicável somente aos contratos (a termo ou sem termo) celebrados a partir de 1 de Novembro daquele ano⁽²²⁾. O factor básico de cálculo passava, nesses casos, de 30 para 20 dias, fixando-se ainda o limite máximo de 12 meses de retribuição e diuturnidades e pondo-se de lado o limite mínimo anteriormente vigente.

O segundo momento da concretização do programa de embaatecimento dos despedimentos situou-se na entrada em vigor da *Lei 23/2012*, que cuidou de estender a todos os contratos aquele mesmo regime, embora procurando — através de um complexo sistema de normas transitórias (art. 6.º) — ressaltar aquilo que, aliás impropriamente, se rotulou no Memorando de “direitos adquiridos”: um contrato celebrado antes de 1 de Novembro de 2011 e extinto após a entrada em vigor desta nova Lei daria lugar ao cálculo de uma compensação com duas partes: uma baseada no tempo de vigência anterior à *Lei 23/2012*, e definida pela fórmula antiga; outra, baseada no tempo restante, e calculada pela nova fórmula.

A manobra concluiu-se com a *Lei 69/2013*, de 30 de Agosto, que impôs nova redução do factor básico de cálculo: passou de 20 a 12 dias por ano.

9. Em consequência desta evolução legislativa, do intento de aplicação imediata de cada um dos sucessivos regimes e da preocupação de salvaguarda dos chamados “direitos adquiridos”, o modo de cálculo das compensações passou a ser determinado pela “antiguidade” dos contratos.

Relativamente aos *anteriores a 1 de Novembro de 2011*, e que não foram, portanto, atingidos pela *Lei 53/2011*, haveria que calcular parcelas correspondentes à vigência de cada um dos diplomas sobre o assunto: quanto ao período anterior a 31/10/2012, uma parcela calculado de acordo com o regime antigo (um mês por ano);

⁽²²⁾ Para o efeito, o diploma introduziu um artigo próprio no Código do Trabalho — o art. 366.º-A —, mantendo em vigor, para os contratos anteriormente celebrados, o art. 366.º, na sua forma originária. O carácter evidentemente pouco durável dessa duplicidade de regimes teria porventura aconselhado outra solução técnica.

quanto ao período de 1/11/2012 até 30/09/2013, outra parcela, calculada de acordo com as regras da Lei 23/2012 (20 dias por ano); quanto ao período posterior a 1/10/2013, uma subparcela referente aos primeiros 3 anos, à razão de 18 dias por ano, e outra a partir daí, na base de 12 dias por ano⁽²³⁾.

Para os contratos celebrados *entre 1 de Novembro de 2011 e 30 de Setembro de 2013*, aplica-se (por efeito da Lei 53/2011) a regra de 20 dias por ano relativamente ao período em que vigorem até esta última data; quanto ao tempo de vigência posterior a essa data (ou seja, a partir de 1/10/2013), calculam-se as duas subparcelas acima mencionadas: uma referente aos primeiros 3 anos (18 dias por ano) e outra daí em diante (12 dias por ano).

Finalmente, há que considerar os contratos celebrados *depois de 30 de Setembro de 2013*. Eles ficam directa e inteiramente submetidos ao regime da Lei 69/2013: toda a compensação pela sua cessação será calculada na base de 12 dias por ano.

De resto, a redução das compensações não é apenas determinada pela diminuição progressiva — em todo o caso, muito acentuada — do factor básico de cálculo que consiste no número de dias de retribuição mais diuturnidades a multiplicar pelo número de anos completos de antiguidade do trabalhador. Logo com a Lei 53/2011 se definiu um conjunto de parâmetros condicionantes do resultado desse cálculo, e os diplomas posteriores (Leis 23/2012 e 69/2013) limitaram-se a reproduzi-lo: o valor da retribuição base mais diuturnidades não pode exceder 20 vezes a retribuição mínima mensal garantida (ou seja, actualmente, 9.700 euros); o valor da compensação não pode superar 12 vezes a retribuição base mais diuturnidades; o valor diário a considerar é o resultante da divisão da retribuição base e diuturnidades por 30⁽²⁴⁾.

⁽²³⁾ Manteve-se a regra de que, “em caso de fracção de ano, a compensação é calculada proporcionalmente” (art. 366.º/2 do Código).

⁽²⁴⁾ Recorde-se que o processo de cálculo da retribuição horária definido no art. 271.º do Código resulta em que a retribuição diária é o produto da divisão da retribuição mensal pelo número de dias de trabalho (22, em regra).

10. A avaliação do impacto da alteração do processo de cálculo das compensações pode ser ilustrada com um exemplo. Se imaginarmos um contrato celebrado em 1 de Fevereiro de 2009 e extinto no âmbito de um despedimento colectivo em 30 de Junho de 2014 — ou seja, um contrato dos mais “poupados” pela evolução legislativa descrita, uma vez que beneficiaria na máxima medida da gradualização da redução —, sendo de 1000 euros o valor da retribuição mais diuturnidades, a compensação calculada de acordo com o regime antigo (um mês por ano) totalizaria 5.416,6 euros; seguindo os novos parâmetros, seria de 4.811 euros — ou seja, teria uma quebra de cerca de 11%.

Se, porém, admitirmos a hipótese de um contrato iniciado em 1 de Dezembro de 2011 e extinto em 30 de Junho de 2014, com o mesmo valor de base, o resultado será bem diferente. Pelo processo primitivo, a compensação atingiria 2.533,3 euros; com as novas regras, seria de 1672 euros — ou seja, 34 % menos. Os despedimentos tornaram-se, na verdade, bem mais económicos.

11. Uma segunda vertente da revisão do sistema de compensações por despedimento consistiu na regulamentação, pela Lei 70/2013, de 30 de Agosto, de um “fundo de compensação do trabalho” (FCT), de um “mecanismo equivalente” (ME) e de um “fundo de garantia de compensação do trabalho” (FGCT). Estas expressões inteiramente destituídas de significado reflectem, de algum modo, as hesitações e dúvidas conceptuais que, pelo menos desde o *Acordo Tripartido* de 2011, se espraíram em torno de uma ideia bastante concreta: a de baixar o coeficiente de responsabilidade dos empregadores pela efectivação das compensações devidas aos trabalhadores em caso de despedimento não disciplinar. Ainda em fase de total indecisão quanto à fisionomia que deveria ser assumida por tais mecanismos, já a Lei 53/2011 manejava a noção de um “fundo de compensação do trabalho” inexistente, ao qual os empregadores deveriam obrigatoriamente aderir... Na realidade, o regime legal dos “fundos” declara aplicar-se apenas aos novos contratos de trabalho (celebrados após a sua entrada em vigor, isto é, depois de 31 de Agosto de 2013) (art. 2.º/2). A enorme maioria dos contratos existentes fica, pois, à margem desse regime.

O FCT e o FGCT são “fundos autónomos”, dotados de personalidade jurídica, sem qualquer relação com a Segurança Social. Os empregadores são obrigados a inscreverem-se, e a fazerem entregas mensais, que são inscritas em contas individualizadas de cada trabalhador, salvo se preferirem o chamado “mecanismo equivalente” — do tipo seguro, ou outro —, que tem que oferecer garantia idêntica da efectivação das compensações. O FCT tem a finalidade de “amortecer” o encargo da compensação para o empregador: depois de a pagar, este pode pedir ao FCT o reembolso do saldo da conta respeitante ao trabalhador em causa (art. 34.º da Lei 70/2013). Por seu turno, o FGCT é accionável pelo trabalhador despedido, para garantir o valor de metade da compensação devida. Isto significa que, se o empregador tiver pago metade ou mais dessa compensação, o Fundo nada pagará⁽²⁵⁾.

É sabido que, em muitos casos, os despedimentos pretendidos não se concretizam por falta de recursos para o pagamento das compensações legais. Dentro da perspectiva atrás apontada, segundo a qual importa facilitar o “ajustamento” da economia e das empresas, em nome da produtividade e da competitividade, o sistema dos “fundos”, conjugado com a drástica redução das compensações — os “fundos” irão actuar já somente perante contratos sujeitos ao regime de cálculo de compensações na base de 12 dias por ano —, visa claramente atenuar ou mesmo superar aquela dificuldade, viabilizando a concretização de despedimentos que, de outro modo, talvez se mantivessem em suspenso. Trata-se, sempre e de qualquer modo, de acentuar a dinâmica do mercado de trabalho. Os factos têm, no entanto, posto em evidência uma consideração teimosamente ignorada na concepção das políticas de emprego: a dinâmica do mercado de trabalho só é benigna e proveitosa se estiver directamente conexas à dinâmica da economia, sendo dela expressão e corolário. A “criação” dessa dinâmica

⁽²⁵⁾ O regime legal não é claro. No entanto, admitindo que estamos a interpretá-lo correctamente, arrisquemos um exemplo. Se a compensação legalmente devida a um trabalhador for de 1000, e o empregador só lhe tiver pago 300, aquele pode requerer ao FGCT o pagamento de 200; se o empregador tiver avançado com 600, o Fundo nada terá que suportar; mas se o empregador nada pagar, o FGCT terá que entregar ao trabalhador 500.

por estímulos legais de qualquer natureza só pode gerar desequilíbrios nefastos. Na verdade, a destruição de postos de trabalho, facilitada de tantas maneiras, não tem sido acompanhada da criação de outros — porque esta criação depende de uma economia viva, capitalizada e a crescer...

§ 5. O procedimento de combate ao trabalho falsamente autónomo

12. Se é verdade que as medidas legislativas examinadas até agora podem considerar-se de sentido “regressivo” em relação à vocação originária e à razão de ser do ordenamento juslaboral, mostra-se forçoso assinalar um desvio a esse padrão: o regime contido na *Lei 63/2013*, de 27 de Agosto, que instituiu um procedimento destinado a despistar casos de trabalho falsamente autónomo e a viabilizar o formal reconhecimento da existência de contrato de trabalho nesses casos. Não se trata de uma alteração ao Código do Trabalho⁽²⁶⁾, mas sim ao regime processual aplicável às contra-ordenações laborais e de Segurança Social (*Lei 107/2009*, de 14 de Setembro) e ao próprio Código do Processo do Trabalho.

Vinha de longe — pelo menos desde os acordos de concertação social firmados em 1996 — o propósito, nunca concretizado, de combater o fenómeno de fuga à lei laboral através de um processo de certificação formal da existência de contrato de trabalho, em muitas situações em que — nomeadamente pelo uso dos chamados “recibos verdes” — se procura criar aparências de trabalho independente. É indiscutível que a publicação da *Lei 63/2013* marca um momento relevante no combate a tais práticas, visando contribuir para a redução do enorme défice de efectividade de que enferma a legislação laboral portuguesa.

(26) De notar, porém, que o Código previne essas situações, no art. 12.º, conferindo-lhes relevância contra-ordenacional agravada.

13. O procedimento estabelecido por esse diploma culmina numa acção judicial de tipo específico — a “acção de reconhecimento da existência de contrato de trabalho” — que passou a estar regulada nos arts. 186.º-K a 186.º-R do Código de Processo do Trabalho. A iniciativa da acção pertence ao Ministério Público, com base em participação da Autoridade para as Condições de Trabalho (ACT). Para se chegar a esse ponto, é necessário que um inspector do trabalho “verifique a existência de indícios de uma situação de prestação de actividade, aparentemente autónoma, em condições análogas ao contrato de trabalho” e que, notificado o empregador para regularizar a situação, este não proceda em conformidade⁽²⁷⁾ (novo art. 15.º-A da Lei 107/2009, já citada).

A decisão final do tribunal pode ser — ou não — no sentido do reconhecimento da existência de contrato de trabalho, devendo ainda, neste caso, “fixar a data do início da relação laboral” (art. 186.º-O do Código do Processo do Trabalho). Trata-se, pois, de uma sentença que pode ser, em parte, declarativa e, noutra parte, constitutiva — quando da prova produzida não resulte a data em que a relação contratual se tenha realmente iniciado. Dessa decisão cabe recurso de apelação, para a Relação, com efeito devolutivo.

Como é sabido, grande parte dos litígios laborais levantam como questão-chave a da qualificação da relação contratual. Estabelecida esta, com as conhecidas dificuldades — resultantes do facto de existir a famosa “zona cinzenta” entre as duas qualificações alternativas, e agravadas pelas manobras simulatórias dos contraentes —, as concretas pretensões controvertidas rapidamente obtêm resposta positiva ou negativa. Acresce que, também em regra, essa questão-chave se suscita *a posteriori*, isto é, depois de terminadas as relações contratuais, o que em nada facilita o seu esclarecimento. O novo procedimento — nas suas fases administrativa e judicial — manifesta a particularidade muito relevante de

(27) A lei parece, com efeito, não admitir outra hipótese, nomeadamente a de o empregador convencer a ACT de que se trata de verdadeiro trabalho autónomo. Para que o procedimento seja arquivado (e, por conseguinte, não haja lugar a participação ao Ministério Público), é preciso que o empregador apresente o contrato de trabalho ou documento com significado equivalente.

ocorrer, tipicamente, na pendência da relação contratual, a partir de uma intervenção inspectiva incidente sobre factos e situações actuais, o que, só por si, aumenta consideravelmente a sua eficiência potencial. Por outro lado, constitui um meio preventivo da multiplicação e do alongamento dos litígios em que é suscitada a aplicação da legislação do trabalho.

§ 6. Duas notas finais

O panorama legislativo que se procurou desenhar neste texto diz, obviamente, respeito apenas ao regime das relações individuais de trabalho⁽²⁸⁾. Nesse domínio, porém, nem tudo foi mencionado. Salientámos, antes do mais, as medidas de concretização de compromissos de legislar assumidos no quadro do *Memorando* de 2011 ou da concertação social, e referimos, ainda, uma importante inovação que, isolada no meio de intervenções socialmente regressivas, parece susceptível de melhorar a efectividade do que resta dos regimes de protecção dos trabalhadores como contraentes débeis.

No entanto, houve algo mais. Foi, nomeadamente, publicada a *Lei 47/2012*, de 29 de Agosto, com o propósito de ajustar as condições do acesso de menores ao trabalho em função do regime de escolaridade obrigatória definido pela *Lei 85/2009*, de 27 de Agosto.

E, sobretudo, tem que salientar-se a *Lei 48-A/2014*, de 31 de Julho⁽²⁹⁾, que prorrogou, até 31 de Dezembro de 2014, a suspensão das disposições das convenções colectivas e as cláusulas dos con-

(28) No domínio do Direito Colectivo, haveria ainda que referir a *Lei 55/2014*, de 25 de Agosto, que, por um lado, estreitou os requisitos temporais da caducidade das convenções colectivas (ainda em obediência ao *Memorando* de 2011) e, por outro, regulou a suspensão temporária da vigência das convenções em casos de dificuldade das empresas. Infelizmente, o estado em que se encontra a contratação colectiva em Portugal acaba por remeter a um nível de menor relevância imediata essa alteração legislativa.

(29) Mereceria talvez alguma reflexão o facto de quase toda a legislação do trabalho, desde 2011, ter sido publicada em pleno Verão (Julho/Agosto), ou na sua proximidade.

tratos de trabalho que estabeleçam “acréscimos de pagamento de trabalho suplementar superiores aos estabelecidos pelo Código do Trabalho” ou que prevejam “retribuição do trabalho normal prestado em dia feriado, ou descanso compensatório por essa mesma prestação, em empresa não obrigada a suspender o funcionamento nesse dia”⁽³⁰⁾. Esta medida legislativa deve ser devidamente contextualizada.

Ela visa alongar no tempo a aplicação de uma norma da Lei 23/2012 que sobreviveu ao controlo de constitucionalidade — aliás, a única norma que ficou de pé, de entre as que constituíam o art. 7.º daquele diploma. Esse artigo pretendeu criar uma situação de “tábua rasa” em relação à contratação colectiva anterior sobre benefícios que a mesma lei quis reduzir ou eliminar. Assim, declarou “nulas” as cláusulas das convenções colectivas e dos contratos individuais pré-vigentes que regessem certas matérias em sentido mais favorável do que o que se queria impor, e declarou “suspensas” por dois anos (isto é, até ao fim de Julho de 2014) outras cláusulas sobre outras matérias (as que referimos acima), preconizando o seu ajustamento aos padrões legais, sob pena de redução por força da lei. O Tribunal Constitucional, sem grande surpresa para ninguém, considerou a “anulação” de cláusulas incompatível com o direito de contratação colectiva, e, em conformidade com a sua usual perspectiva de máxima tolerância relativamente à política legislativa em actuação, considerou constitucionalmente admissível a “suspensão”, justamente pelo seu carácter excepcional e temporário. A Lei 48-A/2014 veio prorrogar por alguns meses essa suspensão, resultando, ao mesmo tempo, claro que o não ajustamento das cláusulas suspensas ao padrão legal não poderá dar lugar à sua redução *ope legis*.

⁽³⁰⁾ Trechos provenientes das alíneas *a*) e *b*) do n.º 4 do art. 7.º da Lei 23/2012.

DE NOVO SOBRE UMA VELHA QUESTÃO: A COMPENSAÇÃO POR CADUCIDADE NOS CONTRATOS A TERMO CERTO

Pelo Prof. Doutor João Leal Amado()*

SUMÁRIO:

1. O problema. 2. Revisitando o problema. 3. Iluminando o problema. 4. Ensaçando uma solução para o problema.

1. O problema

Lê-se no sumário do Acórdão da Relação de Lisboa, de 22/04/2009 (Desembargadores José Feteira, Filomena Carvalho e Ramalho Pinto):

- «I — A caducidade, enquanto causa de cessação do contrato de trabalho, opera, em regra, automaticamente, sem que o trabalhador tenha, em regra, direito a uma compensação pela verificação da mesma;
- II — Na outorga de um contrato de trabalho a termo certo, tendo-se estipulado entre as partes contratantes que o

(*) Professor Associado da Faculdade de Direito de Coimbra.

mesmo era celebrado por um período de três meses, eventualmente renovável por um único e igual período de tempo, a cessação do mesmo, após esta renovação, não decorrente de qualquer declaração nesse sentido emitida pela entidade empregadora, mas por simples verificação do decurso do prazo, não confere ao trabalhador o direito a compensação por caducidade».

Lê-se, por seu turno, no sumário do Acórdão da Relação de Évora, de 11/05/2010 (Desembargadores Acácio André Proença, António Gonçalves Rocha e Chambel Mourisco, que votou vencido):

- «1. É válida a cláusula inserta no contrato de trabalho a termo certo, nos termos da qual o contrato cessará no termo estipulado sem necessidade de qualquer comunicação prévia da entidade patronal.
2. Ocorrendo a cessação do contrato no termo estipulado, na sequência daquela cláusula contratual, mutuamente acordada, não assiste ao trabalhador o direito à compensação a que alude o artigo 388.º n.º 2 do Código do Trabalho».

Eis a questão: *a caducidade de um contrato a termo certo confere ao trabalhador o direito a receber uma compensação pecuniária?* Dir-se-ia: sim em certos casos, não em outros casos, “nim” numa terceira categoria de situações. Os dois arestos da Relação acima sumariados converteram o “nim” em não, nesta terceira categoria de situações, contando, para o efeito, com o apoio de bastantes vozes no campo doutrinal, mas também com a discordância de outras tantas⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Nesse mesmo sentido negativo opinaram, à luz do Código de Trabalho de 2003, autores como PAULA PONCES CAMANHO, «O contrato de trabalho a termo», *A Reforma do Código do Trabalho*, CEJ-IGT, Coimbra Editora, 2004, pp. 300-303, e JÚLIO GOMES, *Direito do Trabalho*, vol. I, Coimbra Editora, 2007, p. 923. Em sentido contrário, convertendo o “nim” em sim, ainda no âmbito de vigência do CT de 2003, MARIA IRENE GOMES, «Considerações sobre o regime jurídico do contrato de trabalho a termo certo no Código do Trabalho», *Questões Laborais*, n.º 24, 2004, pp. 166-169, PAULO MORGADO DE

Pela nossa parte, tivemos já ensejo de escrever a este respeito o seguinte:

“Quanto ao *modus operandi* da caducidade, já se disse que, em princípio, esta não opera automaticamente, carecendo de ser accionada pelo sujeito interessado (denúncia escrita com aviso prévio de 15 ou 8 dias, consoante seja feita pelo empregador ou pelo trabalhador). Quanto aos efeitos da caducidade, lê-se no n.º 2 do art. 344.º do CT: «Em caso de caducidade de contrato de trabalho a termo certo decorrente de declaração do empregador nos termos do número anterior, o trabalhador tem direito a compensação correspondente a 18 dias de retribuição base e diuturnidades por cada ano completo de antiguidade, calculada nos termos do art. 366.º». Esta norma tem suscitado algumas dificuldades aplicativas, designadamente quanto aos casos em que a compensação é devida ao trabalhador. Vejamos.

A compensação será devida ao trabalhador em caso de caducidade do contrato «decorrente de declaração do empregador nos termos do número anterior». A solução legal compreende-se: perante um contrato a termo certo, caso este caduque por iniciativa do empregador é justo que o trabalhador seja compensado pela perda do emprego, em cuja continuidade estava interessado; caso o contrato caduque em virtude de declaração do trabalhador, a lei já entende que aquela compensação não lhe será devida, pois a perda do emprego deve-se aqui, em exclusivo, à decisão extintiva do trabalhador (o empregador, pela sua parte, estava disposto a renovar o contrato). Mais difícil é a resposta quando, nos moldes descritos

CARVALHO, «Percurso pelo regime da cessação do contrato de trabalho no Código do Trabalho», *Sub judice*, n.º 27, 2004, p. 17, e ALBINO MENDES BAPTISTA, *Estudos sobre o Código do Trabalho*, 2.ª ed., Coimbra Editora, 2006, pp. 155-156.

Já no âmbito de vigência do Código do Trabalho de 2009, pronunciaram-se em sentido negativo autores como DIOGO VAZ MARECOS, *Código do Trabalho Anotado*, Coimbra Editora, 2010, p. 824, PEDRO FURTADO MARTINS, *Cessação do Contrato de Trabalho*, 3.ª ed., Principia, Cascais, 2012, pp. 56-67, e ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II — Situações Laborais Individuais*, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2014, pp. 309-311. Em sentido positivo, LUÍSA ANDIAS GONÇALVES, «Compensação por extinção do contrato de trabalho», *Questões Laborais*, n.º 43, 2013, pp. 254-255, e ALICE PEREIRA DE CAMPOS, *O Contrato de Trabalho a Termo*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2013, pp. 204-205.

acima, as partes inseriram no contrato uma cláusula de caducidade automática (art. 149.º, n.º 1). Nesta hipótese, o contrato caducará pelo simples decurso do prazo, sem prévia comunicação de qualquer dos sujeitos. E terá o trabalhador direito à compensação prevista no n.º 2 do art. 344.º? Julgo que sim. É certo que a lei apenas alude à compensação em caso de caducidade «decorrente de declaração do empregador». Mas, note-se, estamos a interpretar o n.º 2 do art. 344.º, norma que, logicamente, surge na sequência do n.º 1 do mesmo artigo. E o n.º 1 apenas contempla duas hipóteses: caducidade accionada pelo empregador ou caducidade accionada pelo trabalhador. Neste registo diádico, o trabalhador tem direito à compensação no primeiro caso, mas não no segundo. Ora, o problema da eventual caducidade automática do contrato não foi, manifestamente, previsto pela lei no n.º 2 do art. 344.º Teremos de apelar ao elemento racional para resolver a questão. E, se levarmos em conta esse elemento, julga-se que a resposta deverá ser afirmativa: por um lado, porque, como ninguém ignora, a inclusão de tal cláusula de caducidade no contrato dever-se-á, as mais das vezes (sempre?), à vontade da entidade empregadora, à qual o trabalhador se limita a aderir; por outro lado, porque, seja como for, neste caso o contrato caducará *também* por vontade do empregador — e, sendo compreensível que o empregador não tenha de compensar o trabalhador pela perda do emprego, caso essa perda decorra da vontade exclusiva do trabalhador, já não se compreenderia essa solução quando o empregador não está disposto a prolongar aquela relação laboral, como sucede caso as partes insiram no contrato a cláusula de que fala o n.º 1 do art. 149.º⁽²⁾.

2. Revisitando o problema

Tendo em conta a controvérsia que continua a fazer-se sentir em relação a este ponto, julga-se que vale a pena revisitá-lo e reflectir um pouco mais sobre o mesmo. E a questão central a

(2) *Contrato de Trabalho*, 4.ª ed., Coimbra Editora, 2014, pp. 118-119.

enfrentar deverá, a nosso ver, ser a seguinte: *qual é a razão de ser do direito à compensação estabelecido no art. 344.º do CT? O que é que se visa compensar na esfera do trabalhador; atribuindo-lhe este crédito? Qual é, afinal, a ratio do preceito?*

Diga-se desde já que, na tentativa de dilucidar esta questão, subscrevemos na íntegra a prevenção metodológica formulada por PEDRO FURTADO MARTINS, ao sublinhar que «analisando o problema à luz dos novos dados normativos, importa começar por afastar soluções apriorísticas que, desconsiderando esses dados normativos, assentem na prévia afirmação de uma solução que ignore a concreta configuração que o Código do Trabalho deu ao instituto. Queremos com isto dizer que não é aceitável que se inverta a ordem do processo interpretativo, começando por afirmar qual o fim que se entende ser o fundamento da atribuição da compensação por caducidade, para só depois considerar os dados normativos. A razão de ser ou o fundamento da compensação dependem do concreto regime legal que a consagra e tem de ser encontrada a partir e com base nesse regime. Fazer o contrário é seguir caminho metodologicamente incorrecto»⁽³⁾. Também assim pensamos.

Voltemos, pois, à questão: atendendo ao regime estabelecido no actual CT, qual é a *ratio* da compensação por caducidade do contrato a termo? Responde PEDRO FURTADO MARTINS, Autor que, como vimos, converte o “nim” em não: «Pensamos que a diferenciação se explica pela circunstância de, nos contratos irrenováveis, o trabalhador não poder contar com o prolongamento do vínculo, ao contrário do que ocorre nos contratos a termo certo sem cláusula de irrenovabilidade, em que a solução de que se parte é precisamente a inversa, na medida em que a lei estabelece um regime de renovação automática do prazo acordado. Esta solução implica que, em regra, as partes contem com a renovação do contrato, sendo que a prática demonstra que assim efetivamente sucede na generalidade das situações. Não se confirmando esta expectativa, porque o empregador decide impedir a renovação ou a conversão do contrato (nos casos em que se esgotaram as renovações admi-

(3) *Cessação do Contrato de Trabalho*, cit., p. 58.

das ou o período máximo de duração do contrato a termo), a lei associa a esta opção a obrigação de pagar a compensação de caducidade». E o Autor conclui: «Diferentemente, quando se estipula a cláusula de irrenovabilidade, desde o momento em que é admitido que o trabalhador não conta (ou não pode contar) com o prolongamento do vínculo, pois à partida sabe que, se tudo correr como previsto, o contrato terminará no final do prazo acordado, tendo-se expressamente excluído a renovação automática que corresponde ao modelo ou situação típica em que assenta o regime legal»⁽⁴⁾.

Faz sentido. Atendendo ao regime jurídico do contrato de trabalho a termo certo, levando em conta o disposto no CT sobre o *modus operandi* da caducidade destes contratos, sobre a regra supletiva da renovação automática dos mesmos e sobre a cláusula de irrenovabilidade que as partes podem inserir no contrato, dir-se-ia: *a compensação por caducidade visa, em rectas contas, compensar a frustração de uma legítima expectativa do trabalhador, a expectativa de renovação do seu contrato a termo*; sendo o contrato automaticamente renovável, ao abrigo da lei, o trabalhador, ainda que contratado a prazo, tende a alimentar essa expectativa de renovação contratual, com a concomitante manutenção do seu emprego; se essa expectativa resulta frustrada, porque o empregador acciona a caducidade do vínculo, então o trabalhador deverá ser compensado; se for o trabalhador, ele mesmo, a accionar a dita caducidade, compreende-se que não seja ressarcido; e, nesta linha de raciocínio, o mesmo valeria na hipótese de um contrato a termo irrenovável, pois também aqui não existiria tal expectativa legítima do trabalhador, pelo que a caducidade não importaria qualquer direito a compensação para este.

A ratio da compensação em apreço consistiria, portanto, na tutela das legítimas expectativas do trabalhador na renovação do vínculo contratual. Esta compensação não visaria, pois, nem desincentivar o recurso à contratação a termo, nem compensar o trabalhador pela maior precariedade do seu vínculo laboral relativamente ao modelo *standard* de contrato de trabalho, nem compensá-lo pela perda do seu

⁽⁴⁾ *Idem*, p. 65.

emprego. *Tratar-se-ia, tão-só, de tutelar uma expectativa, de compensar o fim de um sonho: quando o trabalhador desperta desse sonho para o pesadelo do desemprego, porque o empregador não renova o seu contrato, então a lei compensa-o, atribuindo-lhe o crédito pecuniário correspondente; mas nos outros casos já não, seja porque é o trabalhador, ele mesmo, que decide não renovar o vínculo, seja porque, sendo o vínculo irrenovável, nem em sonhos o trabalhador poderia aspirar a uma tal renovação...*

3. Iluminando o problema

Repita-se: faz sentido. Porém, salvo o devido respeito, cremos que os defensores daquela tese incorrem, precisamente, no vício metodológico para o qual tão avisada e denodamente nos advertiram: o de tentar explicar o fundamento e a teleologia de certo instituto — *in casu*, o da compensação pela caducidade de contrato a termo — abstraindo do (ou desconsiderando o) respectivo regime jurídico. É que, note-se, a figura da compensação pela caducidade do contrato a termo não é privativa dos contratos a termo certo. Também existe em caso de caducidade de contrato a termo incerto, por força do disposto no art. 345.º do CT. Ora, como é sabido, este contrato a termo incerto não é renovável. Quando o celebra, o trabalhador não adquire qualquer expectativa de renovação do mesmo, até porque tal renovação, essa sim, é mecanismo privativo dos contratos a termo certo. Ao celebrar o contrato a termo incerto, o trabalhador sabe que, em princípio, o seu contrato vigorará até que se verifique o evento resolutivo, *certus an incertus quando*. Quanto esse evento se verificar (regresso do trabalhador temporariamente impedido, conclusão da obra, projecto ou actividade, etc.) o contrato de trabalho caducará e o seu emprego esfumar-se-á.

Seja-nos permitido, uma vez mais, remeter para o que escrevemos, a este propósito, no nosso *Contrato de Trabalho*: “Tendo em conta a natureza da cláusula de termo resolutivo incerto, compreende-se que não haja aqui lugar para qualquer renovação do contrato (ao invés do que sucede em matéria de contrato a termo

certo). Aliás, em bom rigor pode dizer-se que o contrato a termo incerto caduca, automaticamente, aquando da verificação do respectivo termo resolutivo. Ainda assim, o CT procura evitar que o trabalhador seja surpreendido pela brusca extinção do seu contrato, pelo que obriga o empregador a proceder a um aviso prévio. Nos termos do n.º 1 do art. 345.º, «o contrato de trabalho a termo incerto caduca quando, prevendo-se a ocorrência do termo, o empregador comunique a cessação do mesmo ao trabalhador, com a antecedência mínima de sete, 30 ou 60 dias, conforme o contrato tenha durado até seis meses, de seis meses a dois anos ou por período superior». Só que, note-se, a falta de cumprimento deste dever patronal de conceder pré-aviso não implica qualquer renovação do vínculo contratual nem significa, por si só, que o contrato se irá transformar num contrato sem termo. Como esclarece o n.º 3 do mesmo artigo, «na falta da comunicação a que se refere o n.º 1, o empregador deve pagar ao trabalhador o valor da retribuição correspondente ao período de aviso prévio em falta».

A verificação do termo resolutivo constitui, portanto, condição necessária, mas também condição suficiente, para que o contrato caduque. Ou, dizendo as coisas de outro modo: o aviso prévio patronal não é condição indispensável para a caducidade do contrato. Caducando o contrato a termo incerto, o trabalhador sempre terá direito a uma compensação pecuniária, calculada nos termos do art. 345.º, n.º 4: 18 dias de retribuição base e diuturnidades por cada ano completo de antiguidade, no que respeita aos três primeiros anos de duração do contrato; 12 dias de retribuição base e diuturnidades por cada ano completo de antiguidade, nos anos subsequentes; em caso de fracção de ano, o montante da compensação será calculado proporcionalmente, como decorre do disposto no art. 366.º, n.º 2, al. d). Se a caducidade ocorrer sem que o empregador tenha emitido o competente aviso prévio, a essa compensação adicionar-se-á o montante indemnizatório previsto no n.º 3 do art. 345.º⁽⁵⁾.

Ou seja: o contrato a termo incerto não é renovável, o trabalhador sabe que ele se extinguirá, como que “por morte natural”,

(5) *Contrato de Trabalho*, 4.ª ed., cit., pp. 121-122.

quando o evento resolutivo se verificar, haja ou não aviso prévio por parte do empregador — e todavia, ainda neste caso, o trabalhador será credor da compensação por caducidade, calculada nos moldes previstos no art. 345.º... Porquê, se aqui não há qualquer expectativa de renovação contratual que possa ser tutelada pela figura da compensação?

Arriscamos responder: justamente porque, ao invés do que alguns sustentam, a lei não criou esta compensação em ordem a ressarcir o trabalhador que despertou e viu o seu sonho renovatório desvanecer-se bruscamente; tudo visto e ponderado, parece que a lei concebeu esta figura em moldes mais latos e abrangentes, como forma de compensar o trabalhador pela perda do seu emprego. É isso que explica, parece-nos, que tal compensação seja devida no âmbito de contratos a termo não renováveis como são os contratos a termo incerto, os quais se extinguem automaticamente aquando da verificação do evento resolutivo⁽⁶⁾ e nos quais, portanto, o trabalhador não depositou nem poderia depositar quaisquer expectativas de renovação. Esse trabalhador, contudo, perde o emprego e, por isso mesmo, a lei entendeu compensá-lo, constituindo o empregador na obrigação de satisfazer esse crédito suplementar ao trabalhador.

É disso, pois, que, na perspectiva da lei, se trata: *compensar o trabalhador contratado a termo, pela perda do seu emprego*. Com-

⁽⁶⁾ Pelo exposto, não acompanhamos PEDRO FURTADO MARTINS quando este Autor escreve que, «ainda a propósito do caso, supostamente paralelo, dos contratos a termo incerto, importa observar que nestes a caducidade pela ocorrência do termo tem sempre associada uma declaração do empregador, como expressamente decorre do n.º 1 do art. 345.º». Menos ainda acompanhamos o Autor quando escreve que «também se pode afirmar que a compensação só é devida quando a caducidade tenha associada uma declaração do empregador, seja o contrato a termo certo ou incerto. A diferença reside apenas na circunstância de no termo incerto ter sempre de existir essa declaração, *sem a qual a caducidade não opera*» (*Cessação do Contrato de Trabalho*, cit., pp. 61-62, itálico nosso). Perdão, mas a caducidade opera sim, com ou sem declaração prévia do empregador! A falta de aviso prévio implicará, tão-só, o dever de o empregador pagar ao trabalhador o valor da retribuição correspondente ao período de aviso em falta, nos termos do n.º 3 do art. 345.º, a que acrescerá o dever de lhe pagar a compensação decorrente da caducidade do contrato, nos termos do n.º 4 do mesmo artigo.

Em alternativa, o contrato poderá converter-se num contrato sem termo, mas apenas no caso de o trabalhador permanecer em actividade decorridos 15 dias após a verificação do termo resolutivo, conforme estabelece o art. 147.º, n.º 2, al. c), do CT.

pensação pela perda do emprego, repete-se, não tanto compensação pela natureza precária do vínculo contratual do trabalhador (pois, se assim fosse, ou se fosse só assim, a mesma deveria ser sempre devida ao trabalhador, mesmo nos casos em que fosse este a accionar a caducidade do contrato)⁽⁷⁾, a qual, acessoriamente, ao tornar o recurso a esta modalidade contratual potencialmente mais oneroso para o empregador, funciona também como instrumento desincentivador da contratação a termo.

Por isso o trabalhador faz jus à compensação em caso de caducidade do contrato a termo incerto. Por isso, também, faz jus a essa compensação em caso de caducidade do contrato a termo certo decorrente de declaração do empregador. Por isso, também, não faz jus a essa compensação em caso de caducidade do contrato a termo certo decorrente de declaração sua, emitida pelo próprio trabalhador — visto que aí, dir-se-ia, ele não perde o emprego, ele abdica do emprego, a despeito de o empregador estar disposto a conservar a relação. Mas, também por isso, estamos convictos de que o trabalhador faz jus à compensação em caso de caducidade contratual automática, resultante da cláusula de irrenovabilidade inserida no contrato, ao abrigo do disposto no art. 149.º, n.º 1, do CT⁽⁸⁾.

(7) Com efeito, se a *ratio* da figura consistisse, tão-só, em compensar a situação de precariedade contratual vivida pelo trabalhador ao longo da relação laboral, então o direito a essa compensação não deveria desaparecer pelo simples facto de, aproximando-se o final do prazo, o trabalhador resolver accionar a caducidade do vínculo. Ainda assim, dir-se-ia, ele atravessou alguns meses, quiçá anos, numa situação de emprego precário (com todos os efeitos corrosivos que isso implica), pelo que ainda assim lhe deveria ser paga a dita compensação de caducidade. Ora, como sabemos, não é esta a solução vertida na nossa lei, pelo que também não nos parece que seja esta a razão de ser da compensação em apreço.

(8) Segundo o n.º 2 do art. 149.º do CT, «na ausência de estipulação a que se refere o número anterior e de declaração de qualquer das partes que o faça cessar, o contrato renova-se no final do termo, por igual período se outro não for acordado pelas partes». Não ignoramos que a redacção desta norma, sobretudo quando utiliza a conjunção copulativa “e” em lugar da disjuntiva “ou”, tem alimentado dúvidas sobre se, afinal, mesmo num contrato a termo irrenovável subsiste um dever de comunicação atempada da intenção de fazer caducar o contrato... sob pena de o mesmo se renovar — neste sentido, embora com dúvidas, ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho*, II, *cit.*, pp. 307-308. Mas não nos parece que a lei deva ser lida deste modo, pensamos que aquilo que o legislador quis dizer, ainda que de forma algo deficiente, foi que, caso nem uma nem outra das hipóteses se verifique — isto é, caso ambas falhem, caso não exista cláusula de irrenovabilidade nem exista declaração prévia de qualquer das partes — então sim, o contrato renova-

Nestes casos, a similitude com o que sucede em matéria de contrato a termo incerto é manifesta: *em ambos os casos o contrato a termo não é renovável e é integralmente cumprido até à verificação do evento resolutivo, ele morre de “morte natural” quando esse evento se verifica e o trabalhador, num e noutro caso, deverá receber a compensação de caducidade prevista na lei laboral. Isto porque, repete-se, caso a razão de ser da compensação por caducidade residisse na tutela das legítimas expectativas do trabalhador na renovação do vínculo contratual, então a única opção coerente do legislador consistiria em não atribuir tal direito ao trabalhador contratado a termo incerto, pois este, tal como o contratado a termo certo com cláusula de irrenovabilidade, sabe desde o início que o seu contrato não será renovado, não podendo, portanto, alimentar qualquer expectativa legítima a este respeito.*

4. Ensaando uma solução para o problema

Pensamos, pois, que, para captar a razão de ser da compensação por caducidade tal como esta se encontra estabelecida na lei, o intérprete deverá levar em conta os ensinamentos decorrentes da previsão de tal compensação em caso de caducidade de contrato a termo incerto. A nosso ver, levar em conta este dado implica rejeitar uma concepção estreita da *ratio* da compensação, que vê nesta, tão-só, uma forma de tutela das expectativas renovatórias defraudadas do trabalhador. E, em conformidade com essa visão mais compreensiva da *ratio* da compensação — compensação pela perda do emprego —, cremos que a mesma é também devida ao trabalhador em caso de caducidade automática de contrato a termo certo irrenovável⁽⁹⁾.

-se no final do termo, por igual período. Neste sentido, SUSANA SOUSA MACHADO, *Contrato de Trabalho a Termo — A transposição da Directiva 1999/70/CE para o ordenamento jurídico português: (in)compatibilidades*, Coimbra Editora, 2009, pp. 269-271, e PEDRO FURTADO MARTINS, *Cessação do Contrato de Trabalho*, cit., pp. 66-67.

⁽⁹⁾ Discordamos, portanto, da tese que obteve vencimento a nível jurisprudencial, nos dois acórdãos da Relação sumariados no início deste texto, bem como da doutrina que tem convertido o “nim” legal num “não”. Mas, com a devida vênica, discordamos mais

De resto, haverá de convir-se: em termos substanciais, prático-económicos, a situação do trabalhador que subscreve um contrato a termo contendo uma cláusula de não renovação aproxima-se muito mais daquela que existe quando a caducidade é unilateralmente accionada pelo empregador do que da situação em que a caducidade é accionada unilateralmente pelo trabalhador, nos moldes previstos no art. 344.º, n.º 1, do CT. A relação de trabalho é uma relação fortemente assimétrica, sendo que, tratando-se de um trabalhador precário como o contratado a prazo, essa assimetria é ainda mais acentuada. É o empregador, não são “as partes”, quem redige a cláusula: o trabalhador ou adere ou, provavelmente, não logra sequer ser contratado e vê o emprego fugir-lhe. E, aderindo o trabalhador, na substância esse passa a ser um contrato a termo certo que o empregador, ao abrigo do disposto no art. 149.º, n.º 1, não permite que seja renovável⁽¹⁰⁾. Esse passa a ser um contrato que o empregador não quer renovar, não quer prolongar para além do prazo inicialmente estabelecido. *Quando esse contrato caducar, automaticamente, isso não exprime qualquer real vontade de o trabalhador abdicar do seu emprego; isso corresponde, tão-só, ao*

ainda da posição de ROSÁRIO PALMA RAMALHO, Autora que, como vimos na nota anterior, entende resultar do art. 149.º, n.º 2, do CT que não existem, em bom rigor, contratos a termo certo irrenováveis, pois, ainda que tal cláusula seja inserida no contrato, sempre subsistirá o dever de comunicação atempada da intenção de fazer caducar o mesmo, sob pena de ele se renovar, mas, ainda assim, sustenta que, existindo tal cláusula e verificando-se essa comunicação prévia por banda do empregador, nem por isso o trabalhador teria direito a receber compensação pela caducidade do contrato (*Tratado de Direito do Trabalho, II, cit.*, pp. 309-311). Não podemos acompanhar esta leitura da lei, a qual, no fundo, acaba por conduzir o intérprete à estranha conclusão de que, afinal, a inserção de uma “cláusula de irrenovabilidade” no contrato a termo certo não torna esse contrato irrenovável, mas já permite que o empregador se exima ao pagamento da compensação de caducidade, mesmo quando for ele a obstar à renovação contratual. Parece-nos, ao invés, que se, na leitura da Autora, este contrato é sempre renovável, então o trabalhador bem poderá sonhar com a respectiva renovação, pelo que nem a *ratio* (frustração de expectativas legítimas) nem a letra (declaração emitida pelo empregador) do preceito autorizam, a nosso ver, a conclusão negativa extraída pela Autora.

⁽¹⁰⁾ Em perspectiva muito crítica sobre esta cláusula de não renovação do contrato a termo certo, considerando-a uma “maldade” estranhamente permitida ou estimulada pela lei, mas entendendo que tal cláusula produz o efeito de evitar a obrigação de compensação legalmente imposta, vd. JORGE LEITE, «A reforma laboral em Portugal», sep. da *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 34, 2013, pp. 18-19.

desejo patronal, previamente anunciado, inscrito no próprio contrato, de extinguir esse emprego. É precisamente isso que acaba por acontecer, mas, por isso mesmo, o empregador deverá, também nestas hipóteses, pagar ao trabalhador a compensação de caducidade prevista no art. 344.º, n.º 2, do CT⁽¹¹⁾.

A compensação pela perda do emprego encontra-se estabelecida em muitas e variadas situações de extinção do contrato de trabalho. É, por exemplo, devida ao trabalhador em caso de despedimento colectivo. Em caso de despedimento por extinção do posto de trabalho. Em caso de despedimento por inadaptação superveniente do trabalhador. Em caso de cessação do contrato decorrente de denúncia da comissão de serviço laboral (“comissão externa sem garantia de emprego”). Em caso de caducidade do contrato, por morte de empregador, extinção de pessoa colectiva ou encerramento da empresa⁽¹²⁾. Em caso de caducidade de contrato a termo

⁽¹¹⁾ Compensação correspondente a 18 dias de retribuição base e diuturnidades por cada ano completo de antiguidade. Como é sabido, antes das recentes revisões da lei laboral a caducidade do contrato conferia ao trabalhador o direito a uma compensação correspondente a três ou dois dias de retribuição base e diuturnidades por cada mês de duração do vínculo, consoante o contrato tivesse durado por um período que, respectivamente, não excedesse ou fosse superior a seis meses. Ou seja, um contrato que caducasse ao cabo de seis meses conferia direito a uma compensação correspondente a 18 dias, um contrato que caducasse ao cabo de um ano conferia direito a uma compensação correspondente a 24 dias. Agora, essa compensação corresponderá, respectivamente, a 9 e a 18 dias... Por outro lado, como a compensação será calculada nos termos do disposto no art. 366.º do CT, isso implica que o valor diário da retribuição base e diuturnidades será o resultante da divisão por 30 da retribuição base mensal e diuturnidades (art. 366.º, n.º 2, al. c), não sendo aplicável a estes casos o cálculo do valor da retribuição horária contemplado no art. 271.º do CT, o que, como bem observa MARIA IRENE GOMES, representa uma descida significativa do valor da retribuição a ter em conta para efeitos de compensação — «Compensação a três tempos ou... talvez não», *Questões Laborais*, n.º 43, 2013, p. 237. Dir-se-ia: *all the way down*...

⁽¹²⁾ Registe-se que, por força do disposto no n.º 6 do art. 366.º do CT, e ao contrário do que até aqui acontecia, a compensação prevista nos arts. 344.º e 345.º passou a constituir o modelo de cálculo da compensação dos contratos a termo, independentemente da sua forma de cessação. Com efeito, o disposto nestas normas deixou de ter o seu âmbito de aplicação limitado às situações de caducidade por via da ocorrência do evento resolutivo, para passar a funcionar como paradigma de cálculo das compensações em caso de cessação de contrato a termo, *maxime* em caso de despedimento por razões objectivas — a este propósito, LUISA ANDIAS GONÇALVES, «Compensação por extinção de contrato de trabalho», *cit.*, p. 265.

incerto. E, pensamos, *também em caso de caducidade de contrato a termo certo, salvo se essa caducidade for unilateralmente accionada pelo trabalhador, exprimindo um genuíno desejo deste de abdicar daquele emprego precário*. É o que corresponde, julgamos, à materialidade da situação, sobretudo quando comparamos o contrato a termo certo irrenovável com o contrato a termo incerto.

Tomemos um exemplo, para terminar. Suponhamos que, numa determinada empresa, um trabalhador entra de licença sem retribuição. Com base nessa situação, a entidade empregadora poderá contratar um substituto a termo, seja a termo certo seja a termo incerto⁽¹³⁾: pode contratar o substituto, por hipótese, pelo prazo de seis meses, convencionando que esse contrato é irrenovável; ou pode contratar o substituto a termo incerto, convencionando que o contrato se extinguirá quando a licença sem retribuição do substituído vier a terminar. Em qualquer das hipóteses, o trabalhador substituto não tem qualquer expectativa de renovar o seu contrato e o mesmo extinguir-se-á por integral cumprimento, por exaurimento, de “morte natural”, seis meses depois ou na data do regresso do substituído à empresa. A lei impõe, sem quaisquer dúvidas, que o trabalhador cujo contrato caducou seja compensado, na hipótese de o vínculo ter sido titulado por um contrato a termo incerto. A mesma consequência decorre da lei, a nosso ver, ainda que em moldes menos claros, na hipótese de o vínculo ter sido titulado por um contrato a termo certo irrenovável. Por tudo o que se deixa exposto *supra*, não vislumbramos motivos bastantes para tratar estes dois casos em moldes distintos, atribuindo num e negando no outro a tutela compensatória. Pensamos, por isso, que o assunto merece ser reponderado pela doutrina e, claro, também pela jurisprudência.

⁽¹³⁾ A este propósito, *vd.* o disposto no art. 140.º do CT, em particular nos n.º 2-c) e n.º 3.

ACÇÃO MODIFICATIVA DO
CASO JULGADO ARBITRAL⁽¹⁾:
UM MEIO DE IMPUGNAÇÃO ESQUECIDO

*Por Paula Costa e Silva
e Nuno Trigo dos Reis*

SUMÁRIO:

I. O ponto de partida: a sensibilidade da decisão aos desvios de previsão na obrigação de indemnizar. II. O meio processual adequado a operar a modificação da decisão. III. Os casos centrais abrangidos pela acção modificativa do caso julgado. IV. A questão a enfrentar no presente estudo. V. A neutralidade do fundamento da jurisdição para a prevalência da realidade. VI. Os meios de impugnação de decisões arbitrais e a modificação do caso julgado.

I. O ponto de partida: a sensibilidade da decisão aos desvios de previsão na obrigação de indemnizar

1. Nos estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles ocupou-nos o problema da estabilidade e do caso julgado no direito da obrigação de indemnizar. Tentámos, ali e num primeiro momento, dar resposta quanto à articulação dos limites temporais de deduti-

⁽¹⁾ A bem do rigor, o título da presente intervenção deveria ser mais extenso, ali se devendo ler “Acção modificativa do caso julgado formado sobre decisão arbitral.”

bilidade de factos geradores de alterações à obrigação de indemnizar judicialmente reconhecida e os princípios fundamentais da obrigação de indemnizar. Fizemos, depois, incidir a nossa atenção naquela que consideramos ser uma das verdadeiras hipóteses de antecipação de tutela no sistema jurídico português: o da condenação do devedor em indemnização por danos futuros, ao abrigo do art. 564.º/2 CC.

Neste conjunto de casos, a pergunta que esteve sempre subjacente foi a seguinte: como deve ser entendida a sentença que condena o lesante a indemnizar imediatamente (e não apenas no momento em que o dano venha efectivamente a ocorrer, razão pela qual a solução contida no art. 564.º/2 antecipa uma tutela, não se confundindo nem com o pedido de condenação *in futurum* nem com a sentença de condenação *in futurum*) o lesado por um dano que ainda não se verificou no momento do proferimento da condenação? E qual a relevância das circunstâncias ulteriores que agravam ou diminuem o montante do dano ou que, por outra razão, implicam a redução ou a exclusão da obrigação de indemnizar? E daquelas que vêm a impedir a própria verificação do dano futuro, e que chegam a tornar impossível a sua ocorrência? Deve ela ser entendida como um título de distribuição de risco pela verificação ou não verificação do dano que o lesado foi condenado a indemnizar? Deve ela, ao invés, ser entendida como uma mera solução pragmática que anula para o lesado a necessidade de propositura de nova acção se e quando o dano futuro e provável se verificar, mas nunca como um critério material excepcional conformador dos limites da obrigação de indemnizar?

Decidimo-nos, então, pela primeira via, por razões de ordem jus-substantiva e de natureza processual. Quanto às primeiras, diremos, resumidamente, que não resulta do direito positivo português, designadamente do n.º 2 do art. 566.º CC, a consagração de uma teoria da diferença que impusesse um método de cômputo do dano que compreenda como único referente temporal o último momento processualmente admissível para a modificação do objecto do processo, e que, pelo contrário, vários argumentos do direito da obrigação de indemnização depõem já no sentido da atribuição de relevância a estados de coisas ocorridos tanto antes

como após aquele momento processual, desde logo, o próprio *princípio da compensação*⁽²⁾, que, por um lado, impõe que todas as consequências danosas imputáveis ao comportamento do lesante sejam incluídas no crédito indemnizatório do lesado⁽³⁾, e, por outro, obsta a que certas superveniências favoráveis ao lesado, como a percepção de vantagens causadas pelo evento lesivo ou a verificação de factos que desagravem o dano anterior, quando relevantes de um ponto de vista material, permaneçam fora do cômputo do dano, de modo a prevenir que a prestação indemnizatória se revele um meio para o enriquecimento do lesado.

Pronunciámo-nos, assim, pela adopção de um modelo de solução móvel quanto aos referentes temporais a adoptar para proceder ao juízo comparativo de que depende a determinação de um dano, com uma abordagem diferenciadora em razão do tipo de situações materiais (como a estrutura, instantânea ou continuada, temporária ou duradoura, dos prejuízos) e do escopo das normas em causa, e defendendo, a título de regra geral, que a estabilização dos efeitos da indemnização apenas ocorre, em princípio, com o cumprimento da prestação indemnizatória.

2. Mas verificámos igualmente que ponderosas razões de natureza processual depunham no sentido da sensibilidade da decisão jurisdicional sobre o dano futuro às ocorrências relevantes posteriores ao momento da fixação definitiva do objecto do processo. Além da difícil conjugação com o princípio da instrumentalidade do processo por referência ao direito substantivo, a proposta de extrair do encerramento da audiência de discussão e julgamento um efeito preclusivo da discussão relativa a todos os factos ulteriores relativos à pretensão indemnizatória implicaria admitir como

(2) V. P. MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, Coimbra Ed., Coimbra, 2008, pp. 565-566, afirmando que a comparação entre duas situações *actuais*, uma real e outra hipotética, que exclua todas as variações ocorridas quer antes quer após o termo da audiência de discussão e julgamento não é a única forma de interpretar o princípio da compensação nem será, porventura, a forma preferível.

(3) É comum na doutrina e na jurisprudência nacionais a afirmação de que o regime dos danos futuros constitui uma excepção à teoria da diferença; v., por ex., L. MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*⁹, I, *cit.*, p. 420.

boa a solução de atribuir-se à decisão a potencialidade de transformar a probabilidade de verificação de um facto futuro em verdade indiscutível por efeito do caso julgado.

Supondo poder aceitar-se que se não nos imputará um total desconhecimento das teorias materiais e criativas do caso julgado, relembremos o que então dissemos. A apreciação jurisdicional sobre o direito ao ressarcimento de um dano futuro encontra-se duplamente condicionada por razões processuais. Desde logo, o juiz apenas pode fundamentar a sua decisão nos factos que compõem o objeto da ação de responsabilidade: os argumentos que anteriormente aduzimos, no sentido do alcance processual do n.º 2 do art. 566.º, que limita a decisão sobre o apuramento da indemnização ao momento mais próximo possível do proferimento da decisão em que ainda possa haver contraditório entre as partes, tem aqui aplicação plena.

3. O segundo constrangimento processual é, possivelmente, ainda mais impressivo. Na apreciação de um pedido de indemnização de um dano futuro, o juiz tem em consideração a probabilidade quanto à evolução do estado de coisas relativamente aos bens do lesado. Nos seus pressupostos, a decisão encontra-se vinculada à verificação de um certo conjunto de circunstâncias, que tanto podem traduzir-se na suposição de uma modificação das circunstâncias atuais (como a diminuição do património ou a perda de uma vantagem, no dano emergente), como na sua manutenção (como a falta de verificação do incremento do património ou a perda dos proveitos de uso de um bem).

4. A questão de saber se o quadro das circunstâncias que serve de fundamento à decisão se vem ou não a verificar não pode, pela natureza das coisas, ter sido discutida na ação. No entanto, dela depende o preenchimento das previsões normativas em jogo e, com isso, a possibilidade de obtenção dos efeitos jurídicos pretendidos pelo autor. Trata-se de factos que, sendo inerentes ao objecto do processo, nele não foram, nem poderiam ter sido, integrados. A dessintonia entre o objecto do processo e os factos jurídicos essenciais à apreciação do mérito do litígio é corrigida pela modi-

fição do primeiro, em observância dos princípios gerais do processo, o dispositivo — que sujeita a modificação ao impulso e ao ónus de alegação e de prova das partes — e o contraditório — que postula a audiência da contraparte e a proibição da indefesa sobre os novos factos.

Acresce que, neste tipo de acções, o grau de prova é compreensivelmente reduzido à mera justificação. À semelhança do que sucede no direito dos procedimentos cautelares (art. 387.º, n.º 1 CPC), há que admitir-se a correção do juízo de prognose e a reposição da conformidade entre a *realidade tal como pretérita e intraprocessualmente pressuposta* e a *realidade tal como intraprocessual e postumamente provada*.

5. A conclusão a que chegámos é perfeitamente harmonizável com a teoria dos limites objectivos do caso julgado porque o juízo de prognose sobre o estado de coisas futuro não se encontra, ele próprio, compreendido pelo âmbito material do caso julgado. A intangibilidade do caso julgado depende da conexão entre o pedido e os factos jurídicos definidores do objecto do processo e os efeitos da decisão⁽⁴⁾. Os factos futuros não integram o objecto do processo, pelo que a sua invocação e o seu conhecimento não são precludidos pelo proferimento da decisão⁽⁵⁾, podendo ser objeto de uma acção

⁽⁴⁾ M. TEIXEIRA DE SOUSA, «Objecto da sentença e o caso julgado material», *BMJ*, 325, pp. 49 e ss.

⁽⁵⁾ A questão de saber se o juízo de prognose integra o objecto do processo tem sido intensamente debatida: no sentido afirmativo, por ex., H. OETKER, «Die materielle Rechtskraft und ihre zeitliche Grenzen bei einer Änderung der Rechtslage» *ZZP*, 115 (2002), pp. 3 e ss.; ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, § 158. Não nos sendo possível desenvolver aqui o problema, que exigiria uma atenção demorada à noção de causa de pedir, a fim de se determinar em que medida os estados subjectivos das partes e do tribunal se objetivizam numa alegação de facto que tenha como conteúdo proposicional a probabilidade de verificação de determinado estado de coisas futuro, diremos ainda assim, que, mesmo que se admita que a probabilidade de verificação de um facto futuro é um «facto essencial» (uma alegação de facto à qual se pode atribuir um valor de verdade ou de falsidade) que integra a causa de pedir, nos parece duvidoso que esse facto possa confundir-se como a própria evolução da realidade (*ie.*, com os estados de coisas futuros) ou mesmo que esta seja condicionante do juízo sobre a veracidade daquela alegação de facto, da mesma forma como não parece adequado dizer-se que a divergência entre a realidade e o juízo prévio constitui um «erro sobre o futuro», mas apenas que a divergência

ulterior. Esta possibilidade é *independente* do acerto da decisão anterior acerca da previsibilidade da verificação do dano, do seu montante ou da sua imputabilidade ao réu. A sua verificação não determina uma incorreção *ex post facto* da decisão pretérita mas, apenas, a extinção da sua eficácia para a composição do litígio⁽⁶⁾.

6. Fundados nestes pressupostos, tomámos, então, de forma necessariamente breve, posição acerca do meio que permitiria demonstrar o desvio entre o prognóstico e a realidade. A aparente dificuldade da solução radicava, desde logo, na falta de previsão expressa. Na verdade, casos análogos e, por isso, não iguais permitiam que a parte interessada requeresse uma modificação do caso julgado. Esta via estaria aberta sempre que o réu houvesse sido condenado a prestar alimentos ou a satisfazer outras prestações dependentes de circunstâncias especiais quanto à sua medida ou duração (cf. art. 619/2 CPC).

entre o futuro e os pressupostos da declaração presente pode justificar a remoção ou a adaptação dos efeitos da própria declaração. Este aspecto, que explica uma aproximação linguística, ainda que não dogmaticamente alicerçada, à «alteração das circunstâncias» (em detrimento da hipótese de anulabilidade da decisão ou da sua revogabilidade com base na incorreção), leva-nos a ver na modificação dos efeitos da decisão transitada com base em ocorrências supervenientes não uma derrogação do princípio da imutabilidade do caso julgado, mas uma decisão incidente sobre factos jurídicos que são parcialmente idênticos e parcialmente inovadores relativamente ao objeto da ação pretérita e que, por isso, não podem considerar-se compreendidos no âmbito objetivo do caso julgado da decisão transitada, sendo, pois, a relação entre os efeitos da decisão modificanda e da decisão modificadora não uma relação de conflito ou de contradição, mas de integração ou complementação. Considerando já que o art. 671.º, n.º 2 convoca um problema localizado na teoria dos limites objetivos do caso julgado, J. DE CASTRO MENDES, *Limites Objectivos do Caso Julgado em Processo Civil*, Ática, Lisboa, 1968, pp. 59 e ss. (a indiscutibilidade da decisão por referência ao momento do encerramento da audiência de discussão e julgamento é uma indiscutibilidade com relação a certa causa de pedir, que não cede ao mero decurso do tempo, mas ao surgimento de factos que enformem uma causa de pedir nova); diversamente, entendendo tratar-se de um verdadeiro problema de limites temporais do caso julgado, v. ISABEL ALEXANDRE, na sua Dissertação de Doutoramento, ainda por publicar, *Modificação do caso julgado material civil por alteração das circunstâncias*, Lisboa, 2010, pp. 844 e ss.

⁽⁶⁾ M. TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos Sobre o Novo Processo Civil*, Lex, Lisboa, 1997, pp. 586 e ss., distingue entre a cessação da situação de facto subjacente à decisão, que determina a caducidade do caso julgado e a alteração da situação de facto, fundamentadora da substituição da decisão transitada por uma outra.

Nenhum destes pressupostos estaria preenchido quando nos ativésemos aos casos de condenação imediata em indemnização integral de dano futuro. Assim como também não estávamos perante obrigações duradouras (cf. art. 282/2 CPC), não apenas por não ser essa a qualificação do dever de indemnização de um dano futuro, mesmo nos casos em que a indemnização é fixada sob a forma de renda, mas igualmente porque o preceito não tem aplicação ao caso do pagamento imediato de uma prestação indemnizatória (instantânea) de um dano futuro.

O nosso problema era insensível ao modo de solver a obrigação, ele tinha que ver com aquilo que, em decisão transitada em julgado, fora considerado um dano indemnizável e com a extensão dos efeitos da responsabilidade tendo como referência o juízo de prognose acerca da situação do lesado no futuro.

7. Porém, um ponto sensível permitiu a aproximação entre os diversos conjuntos de casos: o de a decisão se ter fundado em certos pressupostos que vieram a alterar-se (núcleo de hipóteses com previsão legal) ou a concluir-se não se poderem verificar (conjunto de casos que nos serviu de situação de partida). Em todos estes casos, a prognose revelou-se desconforme com a realidade que visava antecipar. Deste modo, porque superados os problemas meramente aparentes de violação do caso julgado, e na medida em que numa solução pragmática se não poderia identificar, sem mais, atendendo aos princípios gerais que informam aquela situação jurídica, a convolação da obrigação de indemnizar um dano futuro numa prestação cujo resultado definidor abstraísse da remoção de um dano concreto, ou seja num *aliud*, não poderia deixar de aplicar-se à modificação da decisão que tivesse condenado o lesante a indemnizar o lesado por dano futuro, ainda que transitada em julgado, o meio genericamente previsto para os demais casos em que tivesse ocorrido alteração nos pressupostos da decisão.

II. O meio processual adequado a operar a modificação da decisão

8. Chegados a este ponto, em que se reconhece a possibilidade de apreciação das modificações da situação de facto que se repercutem sobre o dever de indemnizar, importa tecer algumas considerações quanto ao regime processualmente aplicável ao exercício da pretensão neles fundada.

Uma das vias possíveis seria admitir a propositura de uma ação totalmente autónoma, através da qual o devedor pudesse exigir a restituição do que fora prestado por conta de um dano que se veio a não verificar, ou em que o credor pudesse obter a parte da prestação indemnizatória que se referisse ao agravamento imprevisto do dano anteriormente apreciado ou a danos consequenciais entretanto verificados. Em favor desta solução, poder-se-ia argumentar que o objeto do processo seria, no segundo momento, diverso daquele que fora apreciado na primeira ação e, além disso, que a correção dos efeitos da decisão incidente sobre a indemnização do dano futuro não quadra nas previsões típicas da modificabilidade da sentença em razão da «alteração das circunstâncias» (arts. 292.º, 671.º, n.º 2 e 1411.º, n.º 1 CPC).

Contra ela, dir-se-ia que a medida da diferença entre objetos processuais é, nesta hipótese, mais próxima daquela que se verifica na situação típica da modificação do que nos casos de autonomia entre objetos processuais. Isto porque a coincidência parcial entre os factos jurídicos principais de ambas as ações é inevitável. Acresce que não é certo que as disposições legais que aparentemente consagram regras excecionais para as decisões *rebus sic stantibus* não sejam, afinal, emanação de um princípio mais geral de adaptabilidade da decisão jurisdicional com fundamento na modificação sensível da situação de facto relevante ou de modificação póstuma do objeto da ação.

Neste sentido, poder-se-ia ver no regime da modificação do objecto do processo com base na superveniência de factos (arts. 588.º e 589.º CPC) e na norma que determina a atendibilidade de factos ocorridos após a apresentação da petição inicial para o proferimento da decisão na medida em que estes tenham influência na decisão

sobre a existência ou o conteúdo da relação material controvertida, «*de modo que a decisão corresponda à situação existente no momento do encerramento da discussão*» (art. 611.º CPC), elementos reconduzíveis a uma ideia comum e geral da máxima congruência possível entre a composição do objecto do processo, os pressupostos da decisão e a realidade, na sua forma presente.

9. A proximidade entre a adaptação dos efeitos da decisão transitada com base em estados de coisas relevantes posteriores ao termo da audiência de discussão e julgamento e, por outro, a modificação do objecto do processo com fundamento na superveniência de factos é notória, tanto a um nível *estrutural*, quanto *funcional*. A proximidade estrutural advém da circunstância de em ambos os casos se aduzirem factos novos e essenciais, susceptíveis de influenciar a decisão da causa; a admissibilidade invocação impõe-se por força do direito fundamental à acção, na medida em que a obtenção de uma tutela jurisdicional para a posição jurídica com efeito útil depende da possibilidade de o tribunal poder ter em conta a actual conformação da realidade como pressuposto da decisão, e o princípio do contraditório exige que a contraparte possa pronunciar-se sobre os novos factos e diante deles deduzir os meios de defesa que considere adequados. O *aspecto funcional* manifesta-se pela cedência do princípio estático — do princípio da estabilidade da instância na superveniência de factos, da imutabilidade da decisão, no caso julgado — em favor de uma plasticidade das formas processuais favorecedora da economia processual e do aproveitamento dos actos: a acção dirigida à modificação dos efeitos da decisão transitada em julgado desvela, no fundo, uma solução de superveniência qualificada, em que, sob a forma de uma nova instância, são «introduzidas» as novas alegações de facto relevantes para o proferimento de uma decisão adequada à realidade presente, com eficácia *ex nunc*.

A favorecer este entendimento ainda mais uma linha de argumentação: o objeto da nova ação confinar-se-á à rediscussão da decisão pretérita nos estritos limites em que o desvio no decurso da realidade nela pressuposta a atinja. Tudo quanto se mantenha, porque não atingido pela erosão dos fundamentos da decisão, não

pode ser reapreciado e redecidido⁽⁷⁾. A decisão não será revogada e substituída por outra: ao invés, mantendo-se necessariamente incólumes os seus fundamentos jurídicos, proceder-se-á a uma adaptação do decidido à nova realidade. Isto nos afasta de uma aproximação do nosso conjunto de casos do recurso de revisão⁽⁸⁾. Para além da barreira imposta pela tipicidade fechada dos seus fundamentos, em certa medida susceptível de superação (recordem-se as dificuldades sentidas tanto pela jurisprudência como pela doutrina no tratamento das hipóteses em que, v.g., evoluções do estado da arte em domínios tangidos pelo objecto do processo permitem a realização de prova que contraria os resultados a que se chegara em acções pretéritas, sendo desenvolvida em torno desta problemática a teoria da relatividade do caso julgado ou da relativização da coisa julgada), o escopo do recurso de revisão consiste na destruição de uma decisão pretérita, sendo o fundamento dessa destruição contemporâneo da decisão.

Todos estes argumentos confluíram, assim, para um resultado final quanto à escolha do meio processual através do qual se deve operar a modificação de uma decisão transitada: estar-se-á perante uma acção modificativa do caso julgado, à qual é extensível, por analogia, o regime previsto para a modificação da decisão, designadamente a do aproveitamento dos actos e a de uma segurança acrescida da protecção da intangibilidade da decisão não afectada pela modificação do estado de coisas relevante.

(7) ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, pp. 42 e ss. Quanto ao fundamento dogmático dessa «vinculação» ao decidido na acção pretérita, acompanhamos ISABEL ALEXANDRE, *Modificação...*, *op. cit.*, pp. 791 e ss., quando o configura o problema a partir dos *limites à jurisdição* do tribunal competente para a acção modificativa.

(8) Sobre a distinção entre a acção modificativa e o recurso de revisão, v., com maiores desenvolvimentos, ISABEL ALEXANDRE, *Modificação...*, *op. cit.*, pp. 861 e ss.

III. Os casos centrais abrangidos pela acção modificativa do caso julgado

10. A circunstância de termos visado resolver os problemas que a condenação em dano futuro suscita não deve levar-nos a perder de vista que a hipótese que escolhemos é a mais complexa exactamente porque, para ela, não prevê a lei nenhuma solução directamente aplicável.

Na verdade, e como deixámos sublinhado, a modificação do caso julgado está expressamente prevista para um vasto conjunto de casos, sendo um meio comum de ingerência numa decisão transitada em julgado. Apesar da abrangência desta figura — para além de todas as decisões proferidas em processos de jurisdição voluntária (cf. art. 988.º CPC), a ela se reconduzem, por expressa previsão legal e para além de outros conjuntos de casos identificados pela doutrina⁽⁹⁾, a condenação em obrigação alimentar (art. 282.º/1), a decisão acerca de uma obrigação duradoura (art. 282.º/2 CPC), a condenação em prestação dependente de circunstâncias especiais quanto à sua medida ou duração, aqui havendo que recordar as hipóteses de condenação em indemnização em renda, prevista no art. 567.º CC —, por regra ela é esquecida quando se analisa a matéria da impugnação das decisões judiciais. Supomos que não tanto pela irrelevância prática das hipóteses a que a modificação do caso julgado dá resposta mas porque este meio é tipicamente estudado em ligação com a problemática geral dos limites temporais do caso julgado e não em conexão imediata com a impugnação das decisões.

11. Antes de prosseguimos, talvez seja conveniente sublinhar um aspecto. A identificação de uma pretensão à modificação do caso julgado não corresponde a uma idiosincrasia ou especialidade do direito português. Na verdade, a acção modificativa é admitida, em domínios e sob pressupostos diversos, noutras ordens jurídicas, como é o caso da alemã (§§ 323-323b da

(9) V. ISABEL ALEXANDRE, *Modificação...*, *op. cit.*, pp. 246 e ss.

ZPO)⁽¹⁰⁾, e a brasileira (arts. 471.º e 1111.º do Código de Processo Civil brasileiro)⁽¹¹⁾, a italiana (arts. 440.º do *Codice Civile* e 742.º do *Codice di Procedura Civile*)⁽¹²⁾, a espanhola (art. 775.º da *Ley de Enjuiciamiento Civil*)⁽¹³⁾, e a francesa (art. 209.º do *Code*

(10) No § 323 da ZPO (modificação de sentenças), determina-se:

- (I) No caso de a sentença incidir sobre uma obrigação a prestações periódicas vincendas, qualquer das partes pode requerer a respectiva modificação. A acção só é admissível quando o autor apresentar factos dos quais resulte uma modificação substancial das circunstâncias fácticas ou jurídicas que fundamentaram a decisão.
- (II) A acção só pode apoiar-se em fundamentos ocorridos após o encerramento da audiência de discussão do processo anterior e que não seja ou tenha sido possível invocar em sede de oposição.
- (III) A modificação é admissível para o período subsequente à pendência da acção.
- (IV) Caso se verifique uma alteração substancial das circunstâncias fácticas ou jurídicas, deve adaptar-se a decisão, com observância dos respectivos fundamentos.

Na doutrina, v., com referências, ISABEL ALEXANDRE, *Modificação...*, *op. cit.*, pp. 188 e ss.

(11) O art. 471.º fixa um regime geral para a modificabilidade das decisões: «nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo: I — se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de facto ou de direito, caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuido na sentença.

II — nos demais casos prescritos em lei».

No domínio dos processos de jurisdição voluntária, o art. 1111.º do Código de Processo Civil determina que «a sentença poderá ser modificada, sem prejuízo dos efeitos já produzidos, se ocorrerem circunstâncias supervenientes».

(12) Cf. art. 440.º, 1.ª parte, da lei civil italiana: «Se depois da fixação de alimentos se modificarem as condições económicas de quem os presta ou de quem os recebe, a autoridade judiciária determina a sua cessação, redução ou aumento, de acordo com as circunstâncias. Os alimentos podem ser reduzidos em virtude da conduta desordenada ou reprovável do credor». No art. 742.º do Código de Processo Civil, relativo à revogabilidade das providências tomadas em *Camara di Consiglio* (correspondentes às resoluções adoptadas no âmbito de processos de jurisdição voluntária no direito português), determina-se que aquelas podem ser «modificadas ou revogadas a todo o tempo, com ressalva dos direitos adquiridos de boa fé por terceiro com fundamento em convenções anteriores à modificação ou revogação».

(13) Em matéria de disposições fixadas em matéria de relação entre os cônjuges, dispõe o art. 775.º, n.º 1, da LEC: «1. O Ministério Fiscal, havendo filhos menores ou incapazes, e, em qualquer caso, os cônjuges poderão solicitar ao tribunal a modificação das medidas acordadas entre os cônjuges ou adoptadas em caso de falta desse acordo, sempre que tiverem alterado substancialmente as circunstâncias tidas em conta ao aprová-las ou ao acordá-las».

Civil)⁽¹⁴⁾. O princípio da sensibilidade dos efeitos da decisão a estados de coisas relevantes ocorridos após o último momento admissível para a alteração do objecto da acção, com maior ou menor amplitude, é um traço característico da teoria do caso julgado tal qual ela é recebida pelas ordens jurídicas da tradição romano-germânica.

IV. A questão a enfrentar no presente estudo

12. Depois deste excursão, chegámos, finalmente, à pergunta a que agora tentaremos dar resposta.

Pergunta-se: se tiver sido um tribunal arbitral a condenar o lesante a indemnizar o lesado por um dano futuro, devemos afastar-nos das conclusões a que então chegámos? A questão que acabámos de colocar é generalizável para os conjuntos de casos previstos tanto no direito material, quanto no direito processual acima identificados e nos quais se admite uma modificação do caso julgado.

Ora, o que cumpre saber é se a natureza (arbitral) da jurisdição determina que as decisões se devam manter incólumes à erosão dos seus pressupostos quando é certo que, sendo elas proferidas por tribunais estaduais, seriam susceptíveis de alteração. E se, por ventura, não se puderem apontar razões substantivas que justifiquem uma diversidade de soluções materiais — sublinhe-se que as conclusões a que chegámos quanto à necessidade de encontrar um meio processual apto a resolver os desvios entre a prognose e a realidade assentam em valorações materiais e não em razões processuais ou formais —, cumpre determinar que meio processual será adequado à modificação do caso julgado arbitral ou, com

⁽¹⁴⁾ Dispõe o art. 209.º do Code Civil que «quando aquele que presta ou aqueloutro que recebe os alimentos é colocado num estado tal que não os possa mais prestar ou que deixe deles precisar, em todo ou em parte, pode ser requerida a respectiva cessação ou redução».

maior rigor, à modificação da decisão arbitral sobre a qual se formou caso julgado.

V. A neutralidade do fundamento da jurisdição para a prevalência da realidade

13. Saber se o caso julgado arbitral é susceptível de modificação é questão que, por quanto conseguimos verificar, não foi ainda enfrentada entre nós. Na investigação realizada não nos foi possível localizar referências a esta matéria.

Este estado de coisas fez-nos imediatamente suspeitar da possibilidade de haver alguma razão directamente relacionada com a natureza arbitral da jurisdição que se opusesse a que as decisões proferidas por árbitros fossem susceptíveis de modificação ainda que os pressupostos em que assentaram viessem a alterar-se ou a verificar-se já não se poderem verificar ou já não se verificarem no momento em que a decisão produz — ou ainda produz — os seus efeitos. O caso julgado, porque formado sobre uma decisão arbitral, teria tanto a potencialidade de abranger mais do que abrange o caso julgado formado sobre decisões proferidas por tribunais estaduais — assim sucederia, *v.g.*, nos casos de condenação em dano futuro, em que os factos futuros se considerariam abrangidos pela decisão pretérita -, como justificaria um reforço da sua eficácia constitutiva ou criativa, tornando a decisão incólume aos desvios que viessem a verificar-se entre a realidade futura pressuposta e a realidade pressuposta tal como tornada presente.

14. Mas será efectivamente possível derivar argumentos da natureza da jurisdição para que, nuns casos, se aceite a sensibilidade da decisão à erosão dos seus pressupostos (decisão proferida por tribunais estaduais) e, noutros (decisões proferidas por tribunais arbitrais), se afaste essa sensibilidade?

A resposta a esta questão é negativa. Sem prejuízo de demonstração, antecipe-se a conclusão: a natureza de uma jurisdição é neutra no que respeita à modificabilidade das decisões.

Com efeito, a admissibilidade da modificação da decisão cujos efeitos se não esgotam imediatamente e que se reporta a factos cuja verificação superam, temporalmente, o momento do seu proferimento, radica em razões de justiça material⁽¹⁵⁾ e não em questões de ordem processual. O que justifica a possibilidade de adaptação de um título a circunstâncias futuras, mas cuja verificação aquele pressupõe com base num juízo de prognose, é a necessidade de garantir o acerto da decisão por acerto dos seus pressupostos. Porque as valorações legais ínsitas na decisão permanecem mas porque mudam as circunstâncias de facto que justificaram a solução concreta, assente naquelas valorações, a adaptação da decisão mais não é do que o reflexo de uma necessidade de respeito pelo seu conteúdo. Atribuir a um lesado uma indemnização por um dano futuro, mas que se vem a verificar que não pode ser sofrido, é, não apenas alterar os parâmetros da obrigação de indemnizar, como, também, desrespeitar o decidido. Isto porque aquilo que se decidiu foi atribuir aquilo que se supôs que, num futuro mais ou menos próximo, pudesse vir a ser sofrido. Quando a realidade revela que assim não é, ignorar este desvio entre prognose e realidade é atribuir à decisão um efeito que ela não admite: o de se considerar justificada uma atribuição patrimonial, cuja causa era o dano, quando o dano afinal não se pode verificar.

15. Para além de se argumentar que a decisão arbitral não pode produzir mais efeitos do que a decisão judicial⁽¹⁶⁾, sublinhe-se que nenhuma qualidade da jurisdição interfere com os pontos de referência justificativos de uma modificação. Com efeito, admitir que, por ser arbitral a jurisdição, todo o desvio de prognose deixaria incólume o título, significaria ler na convenção de competência/arbitragem uma renúncia abdicativa à pretensão de adaptação de uma

⁽¹⁵⁾ Assim, MünchK [GOTTWALD], 323.I.1; ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, Zivilprozessrecht, § 158.I.1.

⁽¹⁶⁾ SCHWAB/WALTER, Schiedsgerichtsbarkeit, 21.10.

decisão, cujos efeitos pressupõem a verificação de factos num tempo histórico que supera o tempo do próprio processo, à realidade. Ter-se-ia de admitir que as partes, ao recorrerem à arbitragem, renunciariam a critérios materiais de justiça. Ora, nenhuma razão pode militar neste sentido. Seja qual for a natureza da pretensão à modificação e mesmo que se admitisse a sua renunciabilidade (o que implicaria um agravado ónus argumentativo já que a modificação radica na cláusula geral *rebus sic stantibus*), tal renunciabilidade não é inerente ou pressuposta pela atribuição do poder de decisão a árbitros.

VI. Os meios de impugnação de decisões arbitrais e a modificação do caso julgado

16. A pergunta que agora cumpre enfrentar é a seguinte: algum dos meios de impugnação de decisões arbitrais permite o exercício da faculdade de modificação do caso julgado?

Se a resposta a esta interrogação for positiva, não haverá que construir um meio próprio e autónomo para o exercício daquela pretensão: ela deverá ser exercida através do meio determinado por lei. Na hipótese contrária, aquele exercício não pode ser dispensado.

17. O meio de impugnação cuja pertinência imediatamente se questionará é a acção de anulação. Porém, e independentemente de uma análise dos fundamentos que concretamente abrem esta via de impugnação, suspeitar-se-á, também quase no imediato, da inadequação potencial deste meio. Na verdade, a acção de anulação visa a destruição de um título ao qual se imputa um qualquer fundamento que justifica o surgimento de uma causa de invalidade. Nada disto ocorre nas hipóteses que estamos analisando. Nestas, a decisão, tal como foi proferida, foi bem proferida. E, ainda que o não tenha sido, não é deste problema que se curará na acção modificativa. Esta não serve para destruir uma decisão inválida mas para adaptar uma decisão ao modo como se verificam circunstâncias que nela foram pressupostas.

É evidente que esta intuição tem de ser testada perante os concretos fundamentos de anulação previstos na lei. Com efeito, a lei poderia ter disposto um sistema híbrido para os casos em que a decisão tivesse de ser modificada: esta seria, numa primeira etapa, anulada, sendo, numa segunda etapa, substituída por outra que adaptasse já o decidido à nova realidade. Também este sistema, porque totalmente atípico, se poderá suspeitar não ser aquele que a lei veio a consagrar. Desde logo porque a decisão, sendo realmente anulada, deixaria sem título efeitos pretéritos cuja verificação é totalmente justificada. Isto porque somente se pretende modificar a decisão para o futuro; não se quer (nem haveria razão que fundamentasse que assim se quisesse), uma destruição do passado com base em alteração do futuro. Para além de que o juízo acerca da pertinência da modificabilidade há-de competir à jurisdição de que proveio a decisão a modificar.

Testando todas estas intuições na regra que enuncia os fundamentos de anulação da decisão arbitral, chega-se a uma conclusão: a acção de anulação não está disposta por lei para operar uma modificação da decisão arbitral nem para funcionar como antecâmara de uma decisão modificativa do caso julgado.

Agosto de 2014

DAS CONTAS COLETIVAS SOLIDÁRIAS NO CASO DE MORTE DE UM DOS SEUS COTITULARES — UMA NOVA PERSPETIVA DA APLICAÇÃO DO ART. 516.º DO CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS

*JOINT ACCOUNTS UPON DEATH OF ONE OF THE
HOLDERS — A NEW PERSPECTIVE ON THE APPLICATION
OF ART. 516.th OF PORTUGUESE CIVIL CODE*

Pela Prof. Doutora Maria João Mimoso
Professora associada. Docente do Departamento de Direito UPT

e Mestre Ricardo Alexandre Cardoso Rodrigues
Investigador. Membro do Instituto Jurídico Portucalense

SUMÁRIO:

1. Do contrato de depósito bancário. 2. Das doações de valores em depósito. **Conclusões.**

Resumo

A modernidade trouxe a desmaterialização de diversas realidades, *ex maxime* a moeda/papel, e a instantaneidade das operações. Aspetos que deverão ser tidos em consideração no apurar da vontade real aquando da declaração negocial. De facto, a abertura de uma conta coletiva solidária pode con-

substanciar uma doação manual, nos termos do art. 516.º CC. Entendimento diverso pressupõe um total desenlace entre o facto e o direito, realidades que devem estar em profunda harmonia.

Palavras chave: Contas coletivas solidárias — doação manual — *traditio brevi manu* — *traditio longa manu*

Abstract

Modernity has brought dematerialization of different realities, ex maxime currency and the immediacy of operations. Aspects to be taken under consideration when determining the actual intention regarding business declaration. In fact, the opening of a joint bank account may constitute a manual donation, pursuant to art. 516.º CC. Different understanding requires a total separation between fact and law, realities that must be in deep harmony.

Keywords: *Joint accounts — manual donation — traditio brevi manu — traditio longa manu*

Parecer Jurídico

Questão jurídica colocada:

Da cotitularidade de uma conta coletiva solidária poder-se-á inferir a existência de uma doação manual?

Breve contextualização fáctica:

Em 11 de outubro de 2007, A., solteira, depositou, a quantia de 91.953,63 euros, na conta n.º X do Banco Y, através de um cheque bancário n.º 00000000 emitido à sua ordem pelo Banco Z;

A esta seguiram-se outros depósitos realizados por A. na mesma conta, bem como juros de quantias monetárias a prazo e, ainda, outras aplicações, perfazendo o montante de 61.041,84 euros;

A conta X era uma conta coletiva, solidária, ativa, titulada por A. e por I., sobrinha da primeira;

A. faleceu de morte natural a 15 de novembro de 2010;

Em 24 de janeiro de 2011 I. procedera à transferência da quantia de 152.995,47 euros, da conta X para a conta W, n.º 0000000000, aberta junto de outra entidade bancária;

Este montante corresponde à quantia depositada na conta n.º X do Banco Y, a 11 de outubro de 2007 e a todos os depósitos que se lhe seguiram, bem como, a todos os juros de ativos.

1. Do Contrato de depósito bancário

Noção do contrato de depósito

Contrato pelo qual uma pessoa, denominada depositante, entrega a uma entidade bancária, denominada depositário, uma soma ou montante de dinheiro ou bens móveis de valor, para que este os guarde e restitua quando o depositante o exigir^(1/2).

Esclarecemos, que o depósito bancário de quantias monetárias deve ser encarado em sentido estrito como “o contrato pelo qual uma pessoa entrega uma quantia pecuniária a um banco, o qual dela poderá livremente dispor, obrigando-se a restituí-la, mediante solicitação, e de acordo com as condições estabelecidas”⁽³⁾.

Tipologia

De acordo com o critério do número de titulares, encontramos perante uma conta, plural, tendo por titulares A e I, esta sobrinha da primeira.

A conta X, do Banco Y é uma conta conjunta, na modalidade solidária, ou seja, qualquer das credoras, depositantes ou titulares da conta, possuem a faculdade de exigir, *per se*, a prestação integral.

Falamos do reembolso da quantia depositada e, quiçá, dos respetivos juros se os houver. Esta prestação libera o banco depositário, devedor, para com todos os seus credores, art. 512.º do CC⁽⁴⁾.

(1) Cf. art. 1185.º do CC. Trata-se de uma noção ampla, abrangendo a mesma as várias configurações possíveis sobre a natureza jurídica do contrato de depósito bancário, discutidas pela doutrina e acolhidas pela jurisprudência.

(2) Vide CAMANHO, PAULA PONCES, *Do contrato de depósito bancário*, Coimbra: Almedina, 1998, pp. 69 e ss. E respetivas referências.

(3) *Ibidem*, p. 93. E doutrina estrangeira no mesmo sentido, citada pela autora. Cf. nota 233.

(4) *Ibidem*, p. 132.

Em suma, qualquer das cotitulares da conta, pode, livremente, e por si só, realizar qualquer tipo de operação⁽⁵⁾. Designadamente, atos de mera gestão, bem como, atos de disposição.

2. Das doações de valores em depósito

Das doações em geral

A doação é o contrato pelo qual uma pessoa, por espírito de liberalidade e à custa do seu património, dispõe gratuitamente de uma coisa ou de um direito, ou assume uma obrigação, em benefício do outro contraente (art. 940.º do CC).

Trata-se, regra geral, de um contrato por obediência ao princípio *invito beneficium non datur*. Implicando a aceitação por parte do donatário, ainda que presumida, no caso de doações manuais (art. 947.º, n.º 2 do CC).

As doações podem ter por objeto bens patrimoniais: móveis ou imóveis, simples ou complexos, fungíveis ou infungíveis, consumíveis ou não consumíveis, divisíveis ou indivisíveis. Com as restrições previstas nos artigos 942.º n.ºs 1 (consequentemente o art. 956.º, n.º 1) e 2, todos do CC.

Da noção decorrem 3 elementos fundamentais:

- Espírito de liberalidade (*animus donandi*) — por mera espontaneidade ou generosidade;
- Nova posição patrimonial positiva (*corpus donandi*) — por incremento patrimonial ou redução do passivo;
- Diminuição do património do doador, distinguindo-se da prestação de serviços gratuita (art. 1154.º do CC) ou do contrato de comodato (art. 1129.º do CC).

⁽⁵⁾ *Ibidem*, p. 132. O depósito conjunto, se movimentado a débito, só pode ser concretizado por todos os seus titulares.

Trata-se de um contrato típico, nominado, gratuito, não sinalagmático, podendo assumir-se como contrato de execução instantânea ou periódica, residualmente formal, essencialmente consensual, obrigacional e/ou, concomitantemente, real *quoad effectum*.

Com interesse, cumpre destacar:

- A desformalização do contrato de doação sobre coisas móveis (art. 947.º, n.º 2, e por inferência do disposto no n.º 1 do mesmo preceito), por decorrência da quantidade e/ou diversidade de tipos de bens, pela desmaterialização de alguns e do seu, tendencial, *modus operandi* negocial duplamente instantâneo (contrato-*traditio*).

Falamos, necessariamente, de coisas fungíveis, objeto de contratos de depósito bancário e valores mobiliários⁽⁶⁾. Neste último caso, atente-se às semelhanças entre as particularidades do regime jurídico da transmissão das ações escriturais com o regime aplicável à transferência bancária de quantias monetárias depositadas. Estas, ordenadas pelo seu titular, para uma outra conta em que um dos dois titulares é, também, cotitular da conta ordenante.

Aliás, o suporte material (registo contabilístico bancário-nominativo) que permite a modificação subjetiva da titularidade de determinado montante (quantia ordenada) apresenta uma similitude intrínseca com o registo eletrónico da transmissão das ações escriturais⁽⁷⁾.

- O carácter essencialmente consensual — e não real *quoad constitutionem* — da doação significa que o contrato, regra geral, tem existência jurídica anterior à entrega da coisa, pois o legislador estabelece, expressamente, uma obrigação autónoma de entrega (art. 954.º, *b*), CC). Diversamente, na doação verbal de coisas móvel.

⁽⁶⁾ Veja-se o regime jurídico consubstanciado para as ações escriturais no art. 80.º, n.º 1 do CVM. As ações escriturais transmitem-se pelo registo na conta do adquirente [constituindo este o suporte (materializável) de legitimação].

⁽⁷⁾ Retomaremos este raciocínio em sede de doações manuais.

Neste caso, a sua validade depende da ocorrência simultânea da *traditio* da coisa, que, a par da aceitação (quando esta não é presumida), terá que ocorrer em momento posterior. Contudo, dentro do período de vida do doador, revitalizando a eficácia e regenerando a validade (art. 945.º, n.ºs 1 e 2, por inferência e o art. 969.º, n.º 2, todos do CC). Pelo que se trata de um contrato real *quoad constitutionem*.

Atente-se para o facto de a *traditio* assumir diversas formas, com *iters*, muitos deles, visualmente ténues, porque, meramente, simbólicos.

- A doação enquanto contrato obrigacional e/ou concomitantemente real *quoad effectum*: no primeiro caso — contrato exclusivamente obrigacional — sempre que o doador se obrigue perante um outro contraente (art. 940.º, *in fine*, e art. 954.º todos do CC); no segundo caso — contrato obrigacional e real *quoad effectum* — quando, simultaneamente, se transmite a propriedade sobre a coisa ou a titularidade do direito para o donatário (art. 954.º, *a*) e se onera o doador com a obrigação de entregar a coisa (art. 954.º, *b*)); por último — contrato exclusivamente real *quoad effectum* — como se verifica numa doação manual de coisas móveis.

Das doações manuais

A doação manual (doação mão em mão) é o contrato pelo qual um *tradens*, com *animus donandi*, entrega bem móvel (*corpus donandi*), ao *accipiens* que, pelo simples facto de o receber e dele tomar posse, revela vontade de aceitar a liberalidade⁽⁸⁾.

⁽⁸⁾ Vide acórdão do T.R.P., processo n.º 0822226, de 22 de abril de 2008. Disponível em DGSJ. Atente-se o carácter subtil, discreto da operação. “*As doações manuais são aquelas que, tratando-se de doação verbal, o doador efectua, discretamente, mediante a pura tradição ou entrega da coisa doada, tendo a ver com a natureza móvel da mesma*”. Acórdão T.R.C., processo n.º 1201/04, de 11 de maio de 2004, disponível em DGSJ.

De facto, e como tivemos oportunidade de constatar, a configuração deste contrato, *aproxima-o de um mero negócio jurídico unilateral*, porque os efeitos decorrem do próprio ato, *em virtude da presunção de aceitação*, não sendo, salvo elisão da presunção, tributários da vontade do donatário.

Encontra previsão legal no art. 947.º, n.º 2, e para ser celebrado, válida e eficazmente, exige o preenchimento de 3 de requisitos:

- *animus donandi* — elemento volitivo com espírito de liberalidade;
- *corpus donandi* — bens móveis objeto da doação; e a
- *traditio* — material ou meramente simbólica.

Com interesse, faremos uma breve incursão sobre modus de traditio admitidos pelo nosso legislador:

De entre as diversas formas legais admitidas, a transmissão da posse da coisa opera por tradição material e simbólica (al. *b*) do art. 1263.º do CC):

A tradição material pressupõe *uma atividade exterior que se traduz nos atos de entregar e receber*, por sua vez, *na tradição simbólica, tudo se passa ao nível da comunicação humana, sem direta interferência no controlo material da coisa*⁽⁹⁾.

Esta última subdivide-se em 3 tipos essenciais:

- *Traditio longa manu*: a coisa é colocada à disposição do adquirente por mera indicação à distância⁽¹⁰⁾;
- *Traditio ficta*: tudo se passa no plano simbólico, bastando a entrega de um símbolo ou a realização de ato simbolizador da coisa (ex.: entrega das chaves de um imóvel — *Traditium clavium* — com a consequente tradição do

⁽⁹⁾ MENEZES CORDEIRO, A., *A posse: perspectivas dogmáticas actuais*, Coimbra: Almedina, 2000, p. 107. No mesmo sentido, vide SANTOS JUSTO, A., *Direitos reais*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 195.

⁽¹⁰⁾ MENEZES CORDEIRO, *ibidem*, p. 108. Vide SANTOS JUSTO, *ibidem*, p. 96.

recheio móvel; entrega de um documento — *Traditio instrumentorum* ou *Traditio per chartam* — com a consequente *Traditio* da coisa titulada)⁽¹¹⁾;

- *Traditio brevi manu*: por acordo das partes, o detentor-adquirente converte-se em possuidor (ex.: compra e venda de um bem ao seu depositário ou arrendatário)⁽¹²⁾.

Traditio simbólica — perspectiva atualista

No caso em apreço, a cotitularidade de uma conta bancária, coletiva solidária, consubstancia uma doação manual com tradição simbólica, muito embora, se imponha que façamos uma interpretação atualista das modalidades de *traditio* simbólica.

Sabemos que a realidade social evoluiu muitíssimo, e que os registos contabilísticos eletrónicos acabam por representar verdadeiras operações contratuais. Não se diga, nos dias de hoje, que a introdução de um cotitular para uma conta bancária, nos termos acima descritos, configura apenas “um empréstimo do nome” para a agilização prática de atos de gestão corrente, ou seja, simples atos meramente formais.

A solidariedade bancária é muito mais do que isso, significa que o designado primeiro titular, no caso **A**, pretendeu “chamar” a sua sobrinha, **I**, fitando, pelo menos, a partilha do domínio e propriedade sobre os ativos monetários existentes na respetiva conta, isto compreende todos os ativos depositados. Preste-se atenção à configuração do tipo de conta co titulada.

De facto, um entendimento diferente não parece aceitável neste termos.

Porque chamaremos nós para uma conta de que somos únicos titulares, com disponibilidade monetária exclusiva, um parceiro, com poderes iguais, para a cotitular?

⁽¹¹⁾ SANTOS JUSTO, *ibidem*, p. 196 e respetivas notas. Vide MENEZES CORDEIRO, *ibidem*, p. 108.

⁽¹²⁾ SANTOS JUSTO, *ibidem*, p. 196 e respetivas notas. Vide MENEZES CORDEIRO, *ibidem*, p. 108.

Será ou não para que, em caso de passagem, outrem possa vir a beneficiar daquilo que inicialmente era só nosso e quisemos acautelar, partilhando?

Consideramos que a solidariedade nas contas bancárias deve ser entendida como uma verdadeira doação manual. Pois, o art. 516.º do CC presume, em caso de dúvida, que os credores solidários participam em partes iguais no(s) crédito(s).

“Tal presunção será ilidida se se provar que o dinheiro do depósito provém da exclusiva propriedade de um dos titulares *e de não se provar o motivo de abertura da conta em regime de solidariedade ativa*”^(13/14).

A elisão da presunção pressupõe o preenchimento cumulativo dos dois requisitos anteriormente mencionados.

Veja-se, que o próprio legislador considera, no momento da morte, *in extremis*, a compropriedade, no caso, da quantia monetária depositada.

Cremos que, atualmente, face à panóplia de instrumentos legais e contratuais que temos ao nosso dispor, podemos, livremente, eleger aquele que melhor acautelará os nossos ensejos.

Decorre do comportamento de A a clara intenção de doar — *animus donandi*, através da abertura da conta coletiva solidária — a parte correspondente a metade das quantias monetárias depositadas — *corpus donandi*, **por aplicação do disposto no art. 516.º do CC** — acompanhada da *traditio simbólica* — *longa manu* — que emana da própria configuração da modalidade da conta, coletiva solidária, *in casu*, **ativa**.

Ficar-nos-á por resolver o destino a dar à outra metade, propriedade de A, que, pelo que se sabe, tinha outros herdeiros legítimos e que, após o falecimento de sua irmã, elegeu, de entre todos os sobrinhos, I para sua cotitular.

Estamos convencidos que a proprietária “dos restantes valores monetários” tinha clara intenção de deixa-los àquela sobrinha,

⁽¹³⁾ Veja-se o acórdão STJ, de 27 de janeiro de 1998: CJ/STJ,1998, 1.º-42 (negrito nosso).

⁽¹⁴⁾ Vide NETO, ABÍLIO, *Código Civil Anotado*, Lisboa: Ediforum, 2010, anotação ao art. 516.º, p. 575.

aliás, intenção que a lei admite provar através de prova testemunhal⁽¹⁵⁾.

Se assim for, observam-se todos os requisitos impostos pela lei, nesta sede. Em particular, a *traditio*, configura-se em *brevi manu*, convertendo-se, em virtude do *animus donandi*, aquele que era mero detentor, num verdadeiro possuidor.

Logo, torna-se, aquele, num verdadeiro donatário das quantias monetárias que se encontravam à e na sua disposição.

Caso assim não se entenda,

Estaremos, sempre, face a um contrato-promessa de doação.

A título preliminar, cumpre-nos afirmar que a promessa de um contrato apresenta como finalidade fundamental preparar, antecipando, a celebração de um negócio, podendo ocorrer em diversas circunstâncias e por diversos motivos. Certo é, com a realização de um contrato-promessa de doação — que consubstancia também ele uma doação, visto, existir, *animus donandi*, *corpus donandi*, aumento do passivo do doador e do ativo do donatário — cerceia-se, relativamente à sua base negocial, a liberdade contratual, *in concreto*, o espírito de liberalidade.

Todavia, essa limitação decorre de uma vontade prévia em ver cumprido um desiderato espontâneo. Daqui decorre a sua natureza relativa e *donatória*.

Assim sendo, o cumprimento da promessa, ou execução da mesma, participa do contrato-promessa previamente celebrado. Estendendo-se, desta feita, o espírito de liberalidade da promessa ao contrato prometido⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁵⁾ *Ibidem*, LOPES, B., *Das Doações*, Coimbra: Almedina, 1970, p. 45.

⁽¹⁶⁾ No sentido da validade do contrato promessa de doação, *vide* ERIDANO DE ABREU, “Da doação de direitos obrigacionais” em *Dir* 84 (1952), pp. 217-235, especialmente (pp. 226 e ss.); VAZ SERRA “Anotação Ac. STJ 18/5/1976” na *RLJ* 110 (1977), pp. 207-208 e 211-214, e *BMJ* 76; ANTUNES VARELA, “Anotação Ac. 16/7/1981”, em *RLJ* 116 (1983), pp. 30-32 e 57-64 (61 e ss.), *Das Obrigações em Geral*, Coimbra: Almedina, Vol. I, 2012, p. 275 e PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado* em anotação ao art. 940.º, n.º 9, p. 240. Com algumas reservas, ANA PRATA, O contrato-promessa e o seu regime civil, Coimbra, Almedina, 1995, pp. 305 e ss. Especialmente (p. 315).

De facto, o contrato prometido dá cumprimento a uma obrigação anterior, o que poderia colocar em causa a sua natureza enquanto contrato de doação. No entanto, como não perde o carácter livre e espontâneo, enquanto projeção do contrato-promessa (relação jurídica que lhe deu causa), converte-se num contrato *solutório* imperfeito, permitindo que seja qualificado juridicamente como uma doação (art. 954.º, al. c) do CC)⁽¹⁷⁾.

Sublinhe-se, o papel fundamental do contrato-promessa, o seu carácter funcional, que, por sua vez, inviabiliza a execução específica do contrato prometido, para garantir o preceituado no art. 969.º, n.º 1 do CC, a livre revogabilidade do ato de doar (elemento fundamental da natureza do contrato que afasta a execução específica, art. 830.º, n.º 1 do CC)⁽¹⁸⁾, ainda que se admita a indeterminação, nos termos gerais, por confronto com o cariz vinculativo da promessa.

Quanto à forma, se o contrato-promessa respeitar à doação de coisa imóvel—, como o contrato prometido, nos termos do art. 947.º, n.º 1 do CC, revestirá a forma de escritura pública ou de documento particular autenticado — em cumprimento do disposto no art. 410.º, n.º 2, deverá ser celebrado por documento particular assinado.

(17) “Acórdãos 410/01 da 6.ª Secção em que foi Relator o Conselheiro Afonso de Melo; e 407/01 da 1.ª Secção em que foi Relator o Conselheiro Pinto Monteiro; BMJ 309/283, (...) comentado por Antunes Varela na RLJ 116 [1983], pp. 61 e segs: “*Que, sendo uma atribuição solvendi causa “o contrato prometido não representa uma segunda doação, mas não pode deixar de ser considerado uma disposição (ou atribuição) gratuita feita pelo disponente a favor do beneficiário, visto ser efectuado sem nenhum correspectivo ou contraprestação por parte deste”. Mas, “o facto de o contrato prometido (...) não constituir em si mesmo uma doação (por falta do espírito de liberalidade, próprio da disposição donandi causa), não impede que ele integre uma doação, visto que a sua causa (a relação jurídica subjacente) está no contrato-promessa marcada por esse espírito de liberalidade”*. Acórdão STJ, proc. n.º 06A3608, de 21 de novembro de 2006. Disponível em DGSI. No mesmo sentido, vide MENEZES LEITÃO, *ob. cit.*, pp. 193-196. E respetivas referências.

(18) “(A) sua natureza justifica que as partes conservem a possibilidade de desistir do contrato definitivo até à celebração deste, embora incorrendo em responsabilidade pelo incumprimento do contrato promessa”. ALMEIDA COSTA, M. J., *Direito das Obrigações*, Coimbra: Almedina, 2009, p. 279; pelo mesmo autor, RLJ, ano 118, pp. 24 e segs. *Vide*, no mesmo sentido, ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, p. 286. Também, ANA PRATA, *O Contrato-promessa (...)*, p. 315.

O mesmo se passa se respeitar a bens móveis, visto que o disposto no art. 947.º, n.º 2, exige, para todas as doações, que não sejam realizadas mediante *traditio*, a forma escrita. No entanto, a promessa de doação, seja ou não manual, reveste sempre natureza meramente obrigacional⁽¹⁹⁾, e por esta razão, a forma escrita impõe-se, aliás único meio de prova.

Entendimento diverso será, se, por ventura, o doador colocar à disposição, por meio idóneo, do donatário, bem certo e determinado (traditio longa manu).

Neste caso, o contrato-promessa de doação está sujeito ao princípio da liberdade de forma, art. 947.º, n.º 2, art. 410.º, n.º 2 e art. 219.º, todos do CC.

Conclusões

Face à questão de direito colocada, cremos que a mesma poderá consubstanciar duas situações distintas:

- 1.ª A transferência bancária — no valor de 91.953,63 euros, operada ainda em vida por A, no dia 11 de outubro de 2007, para uma conta coletiva solidária titulada pela ordenante e pela sua sobrinha I — conjugada com todas as verbas correspondentes a outros depósitos realizados na mesma conta, e ainda, os juros de quantias monetárias e aplicações a prazo aí também depositadas, que ascendem a 61.041,84 euros, constituem, em bloco, uma verdadeira doação manual, nos termos do art. 516.º do CC, sendo que traditio operada, tem natureza meramente simbólica, tratando-se de uma traditio longa manu;*
- 2.ª A 24 de janeiro de 2012, a I, transferiu da mesma conta, o montante de 152.995,47 euros, para uma outra conta em que era cotitular com o seu marido. Esta operação constitui um ato legítimo, porque procedente de uma*

⁽¹⁹⁾ MENEZES LEITÃO, *ob. cit.*, pp. 193-196. E respetivas referências.

*manifestação de animus donandi dirigida à ordenante.
Sendo que a traditio se apresenta brevi manu;*

- 3.^a *Não se aceitando o consubstanciado na segunda conclusão estaremos, sempre, face a um contrato-promessa de doação manual com traditio longa manu, que não sendo cumprido dará lugar à correspondente indemnização prevista no art. 798.º do CC, onde, no seu quantum, deverão ser tidos em consideração os prejuízos resultantes do incumprimento da obrigação contratual e, ainda, a frustração das expectativas jurídicas emergentes de todos os circunstancialismos descritos.*

O REGISTO INTERNACIONAL DE NAVIOS DA MADEIRA

Uma viagem pelo *MAR*(*)

*Pela Doutora Cátia Fernandes(**)*

SUMÁRIO:

1. Introdução. **2. Natureza do MAR.** **3. Contexto histórico e objectivos.** **4. Âmbito.** **5. Características genéricas.** **6. Do regime de registo.** **6.1.** O registo duplo. *6.1.1.* Considerações críticas. **6.2.** O registo temporário. **6.3.** O registo provisório. **7. Outras atribuições e competências do MAR.** **8. Outras vantagens do regime do MAR.** **8.1.** Compra e venda e hipotecas de navios registados no MAR. **8.2.** Tripulações e lotações. **8.3.** Regime fiscal. **9. Conclusões.** **Bibliografia.** Outras fontes utilizadas.

1. Introdução

O presente trabalho é sobre o Registo Internacional de Navios da Madeira (MAR), sua natureza, objectivos, âmbito, principais características e regime.

(*) Este texto corresponde, com algumas alterações, ao texto preparado em 2013 no âmbito da Pós-Graduação em Direito Administrativo do Mar, organizada pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

(**) Advogada na Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva & Associados, Sociedade de Advogados, R. L.

Este trabalho procura ser informativo e simultaneamente crítico do regime vigente. Pretende ser um contributo para a divulgação das vantagens associadas a este registo de navios e incentivo à reflexão e aperfeiçoamento de temas com ele relacionados.

Por uma questão de economia do presente trabalho, o mesmo exclui do seu âmbito o regime relativo às embarcações de recreio, cujas referências são meramente laterais.

2. Natureza do MAR

O MAR é o segundo registo de navios Português e corresponde a um registo de natureza especial, insular e ultraperiférico.

Com efeito, paralelamente à existência do Primeiro Registo, Registo Clássico ou Convencional de navios, Portugal conta com este segundo registo de navios que possui um regime jurídico especial ou diferenciado, que foi instituído pelo Decreto-Lei n.º 96/89, de 28 de Março (adiante designado apenas por “Decreto-Lei” ou por “Regime”)⁽¹⁾. Do ponto de vista geográfico, o MAR caracteriza-se por ser um registo insular e ultraperiférico⁽²⁾, na medida em que se situa na Região Autónoma da Madeira (RAM)⁽³⁾, que, no

(¹) Conforme alterado pelos Decreto-Lei n.º 393/93, de 23 de Novembro; Decreto-Lei n.º 5/97, de 9 de Janeiro; Decreto-Lei n.º 31/97, de 28 de Janeiro; Decreto-Lei n.º 331/99, de 20 de Agosto; e, finalmente, pelo Decreto-Lei n.º 248/2002, de 8 de Novembro.

(²) Tal como o Registo Especial de Navios de Canárias (REBECA). De acordo com DOMÍNGUEZ CABRERA, MARIA DEL PINO — *El Registro Especial de Buques de Canarias*, in “El Registro de Buques, Embarcaciones y Artefactos Navales”, DILEX S.L., 2005, “*Os registros de buques pueden ser registros situados en territorios o posesiones de ultramar (registros off-shore), o bien segundos registros de carácter especial y situados dentro del próprio territorio estatal, continental o insular, como ocurre en el caso español con el Registro de Buques y Empresas Navieras de Canarias*”.

(³) A Constituição da República Portuguesa (CRP), no seu art. 5.º (Território), n.º 1, consagra que “Portugal abrange o território historicamente definido no continente europeu e os arquipélagos dos Açores e da Madeira”. A CRP estabelece ainda, no seu art. 6.º (Estado Unitário), n.º 2, que “Os arquipélagos dos Açores e da Madeira constituem regiões autónomas dotadas de estatutos político-administrativos e de órgãos de governo próprio”.

seio da União Europeia, tem o estatuto de região ultraperiférica do território da União, conforme estabelecido no art. 299.º, n.º 2, do Tratado da União Europeia⁽⁴⁾.

3. Contexto histórico e objectivos

O MAR foi criado em 1989 numa altura em que proliferavam outros segundos registos de navios em diversos Estados europeus, como a França, a Noruega, a Dinamarca e a Alemanha. O desenvolvimento do transporte aéreo, o aumento notável do número de Bandeiras de Conveniência (BdC)⁽⁵⁾ e o declínio generalizado do sector

⁽⁴⁾ Sobre a classificação dos segundos registos, *vide* BÖHM-AMOLLY, ALEXANDRA VON — *Registo de navios*, in “II Jornadas de Lisboa de Direito Marítimo. O Navio”, CDMT/FDUL, 2012. “Os segundos registos integram-se numa das três categorias alternativas: (i) situam-se numa área do território nacional, submetido a um regime jurídico especial (p. ex. em Portugal, o Registo Internacional de Navios da Madeira e, em Espanha, o Registo das Ilhas Canárias) ou no qual estão excluídas as normas comunitárias (p. ex. os segundos registos britânicos das Ilhas Virgens Britânicas, das Falkland, das Ilhas do Canal e de Gibraltar e o segundo registo das Antilhas Holandesas) ou (ii) constituem uma segunda lista do registo ordinário nacional (como, entre outros, o ISR alemão, o DIS dinamarquês e o NIS norueguês) ou (iii) criam-se como únicos registos de Estados que, anteriormente, não possuíam registo de navios (p. ex. Luxemburgo).”

⁽⁵⁾ As bandeiras de conveniência podem ser genericamente definidas como bandeiras abertas, de baixo custo, desburocratizadas, fiscalmente atractivas e com requisitos operacionais pouco exigentes.

De acordo com o Parecer n.º 4/97 da Procuradoria-Geral da República (PGR), in Diário da República II Série, n.º 269, de 20 de Novembro de 1997, ponto V, “Os pavilhões de conveniência são essencialmente caracterizados pelo controlo dos navios por cidadãos estrangeiros, pela facilidade de obtenção da matrícula, pelo pagamento de reduzidos impostos, pela desconformidade negativa entre o desenvolvimento económico global e a sua frota mercante, pela autorização de recurso a tripulação estrangeira, pela não ratificação das convenções internacionais sobre direitos sociais e segurança ou impossibilidade de assegurar o controlo do cumprimento das suas regras”.

Segundo BOCZEK, *Flags of Convenience — An International Legal Study*, 1962, Harvard University Press, p. 2, “Functionally, a ‘flag of convenience’ can be defined as the flag of any country allowing the registration of foreign-owned and foreign-controlled vessels under conditions which, for whatever reasons, are convenient and opportune for the persons who are registering the vessels”.

No mesmo sentido, AMÉZAGA, J. SAN JOSÉ — *Segundos Registros de Buques*, in “IV Jornadas de Derecho Marítimo de San Sebastián”, Donostia, 1997, uma das característi-

da marinha mercante — causado, em especial, pelo aumento dos encargos das empresas com contribuições para a Segurança Social e com a adopção de medidas de segurança na navegação e de condições de trabalho das tripulações mais exigentes — levou a que diversos países europeus, essencialmente países com maior tradição marítima, sentissem a necessidade de criar os seus próprios segundos registos de navios, como alternativa moderna, segura e eficiente.

Os objectivos destes Estados tradicionais eram, por um lado, os de poder recuperar os níveis de tonelagem nacional outrora existentes⁽⁶⁾ e, por outro lado, oferecer aos armadores nacionais e internacionais condições económicas e operacionais atractivas sem, contudo, negligenciar os níveis de segurança ambientais, laborais e de navegação⁽⁷⁾.

Em Portugal, especificamente, foram vários os motivos subjacentes à criação do MAR, nomeadamente, a forte competição internacional no sector da marinha de comércio, que conduziu à reduzida rentabilidade do sector em Portugal, a criação por vários Estados europeus dos seus próprios segundos registos como forma de travar a saída de navios dos seus registos convencionais para BdC, a constatação do recurso de armadores nacionais a essas BdC, a vocação internacional do sector e características especiais

cas principais das BdC é que a propriedade do navio e a nacionalidade das pessoas, físicas ou jurídicas, proprietárias do navio não têm relação com o país da bandeira.

Também a respeito da caracterização das BdC, *vide* o Relatório emitido pelo *Rochdale Committee* “*Rochdale Report*” — um relatório emitido pelo Governo do Reino Unido em 1970, ainda hoje usado pela Federação Internacional dos Trabalhadores em Transportes (ITF) para determinar se um registo de navios específico é, ou não, uma BdC — *Committee of Enquiry into Shipping: Report*, London, HMSO 1970.

⁽⁶⁾ Alguns países optaram por constituir os seus segundos registos como registos abertos apenas a navios detidos por proprietários nacionais. É o caso da Alemanha com a criação do Registo Internacional Alemão (GIS) em 1988.

⁽⁷⁾ A este respeito, damos conta do caso da Noruega como exemplo de sucesso face aos resultados alcançados: a Noruega criou em 1987 o Registo Internacional de Navios Norueguês (NIS), com o principal objectivo de recuperar a sua frota nacional que, até à década de 80, abandonara o país atraída pelo fenómeno das BdC, particularmente com a redução de custos operacionais com a tripulação que estas bandeiras proporcionavam face ao registo nacional Norueguês. O NIS conseguiu, em dois anos, duplicar o número de navios registados e, deste modo, reconquistar o seu lugar de destaque enquanto potência marítima europeia.

da actividade marítima, aliadas à existência em Portugal, concretamente na RAM, de uma Zona Franca criada para proporcionar a dinamização e diversificação da economia desta Região⁽⁸⁾.

4. Âmbito

É neste ambiente de crise nacional que é criado o MAR, enquanto quarto e último sector de actividade integrado no âmbito institucional da Zona Franca da Madeira (ZFM)⁽⁹⁾.

O regime da ZFM corresponde a um regime de Auxílios de Estado sob a forma fiscal, devidamente aprovado pela Comissão Europeia⁽¹⁰⁾.

De acordo com a decisão da Comissão de 2 de Junho de 2009 (auxílio estatal N 421/2006), que aprovou o regime actualmente em vigor, o auxílio de Estado concedido a Portugal destina-se “a promover o desenvolvimento regional e a diversificação da estrutura económica da Madeira, dando às empresas estabelecidas nessa região, considerada ultraperiférica, as condições para compensarem as suas desvantagens naturais de carácter estrutural”. Ainda, nos termos daquela decisão, “a ZFM prevê o estabelecimento de um regime fiscal preferencial e é constituída por uma zona franca

⁽⁸⁾ A criação da Zona Franca da Madeira foi implementada pelo Decreto-Lei n.º 500/80, de 20 de Outubro. Sobre as razões justificativas da sua criação, *vide* exórdio do Decreto-Lei e ponto IV do Parecer n.º 4/97 da PGR citado na nota 5.

⁽⁹⁾ Também designada de Centro Internacional de Negócios da Madeira.

De acordo com XAVIER, ALBERTO — *Direito Tributário Internacional*, 2.ª ed. actualizada, Almedina, 2007, “A expressão *zona franca institucional* reveste um significado amplo que recobre uma pluralidade de instituições dotadas de autonomia conceitual: uma zona franca industrial em sentido restrito; um centro financeiro *off-shore*; um sistema de serviços internacionais; um sistema de trust *off-shore*; e um sistema de registo de navios”.

⁽¹⁰⁾ Em 1987, a Comissão autorizou, a título da derrogação prevista no n.º 3, alínea a), do ex-art. 92.º do Tratado CE, um regime de auxílios financeiros e fiscais na Zona Franca da Madeira constituída por um registo internacional de navios, uma zona franca industrial, um centro de serviços financeiros e um centro de serviços internacionais (auxílio estatal N 204/86 — carta SG (87) D/6736 de 27.5.1987). Por três vezes, a Comissão autorizou a prorrogação do regime de auxílios a favor da ZFM durante 3, 6 e 4 anos, respectivamente (auxílios estatais E 13/91, E 19/94 e N 222/A/2002 e N 222/B/2002).

industrial, um centro de serviços internacionais e um registo marítimo internacional (MAR)”.

Assim, o MAR é criado no contexto deste regime de auxílios de Estado concedido pela Comissão Europeia a Portugal, figurando hoje como um dos três sectores de actividade existentes no âmbito do Centro Internacional de Negócios da Madeira⁽¹¹⁾.

5. Características genéricas

O MAR caracteriza-se por ser um registo aberto, selectivo e duplo.

Aberto porque permite o registo de navios independentemente de serem propriedade de pessoas físicas ou jurídicas nacionais⁽¹²⁾. De acordo com o regime estabelecido, qualquer entidade não residente com legitimidade para o efeito pode registar os seus navios no MAR, desde que mantenha uma forma de representação na RAM dotada de todos os poderes necessários e que assegure uma representação plena dessa entidade perante os organismos e autoridades públicas e privadas estaduais e regionais⁽¹³⁾.

Esta é uma característica que assiste à maioria dos segundos registos de navios, embora com *nuanças* e especificidades próprias⁽¹⁴⁾,

⁽¹¹⁾ Sobre o Centro Internacional de Negócios da Madeira, seus sectores de actividade, benefícios fiscais, serviços de apoio, *etc.*, consultar: <www.ibc-madeira.com/pt>.

⁽¹²⁾ *Vide* art. 15.º, n.º 1, do Decreto-Lei.

⁽¹³⁾ O art. 15.º, n.º 1, do Decreto-Lei determina que são objecto de registo no MAR os navios de que sejam proprietários: *a*) as entidades *off-shore* licenciadas a que se refere o art. 8.º; e *b*) as entidades não inseridas no âmbito institucional da Zona Franca da Madeira, desde que devidamente representadas em conformidade com o art. 11.º, n.ºs 2 e 3.

⁽¹⁴⁾ O NIS admite o registo de navios propriedade de entidades não residentes; porém, nestes casos, determina que a gestão náutica ou comercial do navio deve ser levada a cabo por uma sociedade com sede na Noruega ou por um escritório de representação desta, situado fora da Noruega. Sobre o regime, características e pressupostos do NIS, consultar: <www.nis-nor.no>.

No caso do REBECA, a admissibilidade do registo depende, pelo menos, da existência de um estabelecimento ou de uma representação permanente por forma a dar cumprimento aos deveres e exercer os direitos decorrentes da legislação espanhola aplicável.

e é um dos aspectos que lhes permite atribuir um carácter verdadeiramente internacional.

Selectivo na medida em que exclui do seu âmbito de aplicação as embarcações de pesca. Efectivamente, a noção de “navio” estabelecida para efeitos da aplicação do regime do MAR abrange “toda a embarcação de comércio ou de recreio que opere no meio ambiental marinho, incluindo plataformas fixas ou flutuantes, embarcações auxiliares e rebocadores”⁽¹⁵⁾, deixando, assim, de fora as embarcações de pesca⁽¹⁶⁾.

Finalmente, o MAR assenta num sistema de registo duplo à semelhança, aliás, do que acontece com o registo das embarcações mercantes registadas no registo convencional⁽¹⁷⁾, conforme análise no ponto que se segue.

6. Do regime de registo

6.1. O registo duplo

De acordo com os arts. 1.º e 3.º, n.º 2, alíneas *a)*, *m)* e *n)*, do Decreto-Lei, compete ao MAR (*i*) efectuar o registo de navios de comércio, incluindo os contratos de construção e das embarcações de recreio, (*ii*) efectuar a inscrição dos factos jurídicos a ele sujeitos e referentes aos navios registados e (*iii*) realizar os demais actos inerentes às obrigações do registo.

⁽¹⁵⁾ Conforme art. 5.º do Decreto-Lei.

⁽¹⁶⁾ Em regra, os regimes dos segundos registos de navios europeus excluem do seu âmbito de aplicação as embarcações de pesca e os navios afectos ao serviço de defesa nacional (é também o caso do NIS e do REBECA).

⁽¹⁷⁾ De acordo com o art. 72.º, n.º 1, do Regulamento Geral das Capitánias (RGC), publicado pelo Decreto-Lei n.º 265/72, de 31 de Julho, conforme alterado, as embarcações nacionais, com excepção das pertencentes à Armada, estão obrigatoriamente sujeitas a registo de propriedade. Ainda, o n.º 3 do mesmo artigo estabelece que as embarcações mercantes estão também obrigatoriamente sujeitas a registo comercial nos termos da respectiva lei. Finalmente, resulta do art. 19.º do RGC que são embarcações mercantes as de comércio, de pesca, rebocadores e auxiliares.

Do mesmo modo, estabelece o art. 4.º, n.º 2, do Decreto-Lei que “compete à comissão técnica do MAR pronunciar-se sobre os actos relativos ao registo dos navios [...]”.

Por outro lado, dispõe o art. 1.º, n.º 2, do mesmo Decreto-Lei que os serviços de registo de navios⁽¹⁸⁾ ficam integrados na Conservatória de Registo Comercial privativa da ZFM⁽¹⁹⁾.

Ainda, por força do referido art. 1.º, n.º 2, do Decreto-Lei, compete-lhe o registo de factos jurídicos sobre os navios registados no MAR, ainda que sejam propriedade de entidades não inseridas no âmbito institucional da ZFM⁽²⁰⁾.

Efectivamente, compete a esta Conservatória, de acordo com o art. 2.º, n.º 1, do Decreto-Lei referido na nota anterior (19), a prática de todos os actos que se encontram cometidos às conservatórias do registo comercial respeitantes às entidades que operem exclusivamente no âmbito institucional da ZFM.

De uma forma geral, podemos afirmar que o MAR e a Conservatória desempenham as funções que a Autoridade Marítima Nacional e as conservatórias do registo comercial desempenham no registo convencional no que respeita às embarcações de comércio.

Posto isto, cumpre esclarecer como se articulam as atribuições e competências de cada uma destas entidades — MAR, por um lado, e Conservatória da ZFM, por outro — no que respeita ao registo de navios.

Com efeito, o MAR tem a seu cargo o registo da matrícula ou da propriedade do navio⁽²¹⁾. É o MAR que qualifica o ingresso no sistema do estatuto da propriedade do navio, no fundo decidindo quem é o titular do direito de propriedade de determinado navio e emitindo o respectivo título de propriedade.

⁽¹⁸⁾ No sentido de serviços relativos ao registo comercial dos navios.

⁽¹⁹⁾ Esta Conservatória foi criada pelo Decreto-Lei n.º 234/88, de 5 de Julho, na dependência do Ministro da Justiça, por forma a garantir os níveis de competitividade, desburocratização e especialização próprios de uma zona franca que se quer dinâmica e moderna.

⁽²⁰⁾ Deste modo, entendemos que a palavra “entidades” inserida no art. 2.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 234/88 deve ser interpretada no sentido de incluir também os navios.

⁽²¹⁾ No âmbito do registo convencional, o registo da propriedade das embarcações é da competência da AMN e é feito nas repartições marítimas.

Contudo, este registo tem por objecto o direito em si (de propriedade) e não o facto jurídico causal que está na sua base. Com efeito, embora a propriedade deva ser comprovada perante a autoridade marítima, o facto jurídico causal subjacente nem sequer é mencionado no título de propriedade⁽²²⁾. Trata-se, por isso, de um registo com natureza predominantemente administrativa ou técnica, pese embora compreenda, também, a apreciação de aspectos jurídicos do navio, em especial o estatuto da propriedade⁽²³⁾.

Diversamente, os actos de registo da competência da Conservatória da ZFM têm por objecto os factos jurídicos que determinam o direito de propriedade então registado em sede de registo de propriedade⁽²⁴⁾. Trata-se de uma competência que comporta um controlo da legalidade material dos factos a ele sujeitos e, conseqüentemente, faz presumir a sua existência, validade e exactidão, produzindo efeitos jurídico-privados *erga omnes*.

Este registo rege-se pelos princípios da legalidade, validade, fé pública, oponibilidade, trato sucessivo e publicidade e visa a segurança do comércio jurídico, à semelhança do que acontece com os demais registos de natureza comercial⁽²⁵⁾.

⁽²²⁾ Conforme esclarece o Parecer da Direcção-Geral dos Registos e Notariado (DGRN) P. R. Co. 10/2006 DSJ-CT, homologado por despacho do Senhor Director-Geral, em 26.03.2007.

⁽²³⁾ O ordenamento jurídico espanhol também adoptou o sistema de registo duplo, quer no que respeita ao registo convencional quer ao REBECA. Sobre esta matéria, em especial sobre a natureza e efeitos dos registos administrativo e jurídico sobre os navios, vide RIVACOBÁ, RAMÓN DURÁN — *Proyección registral del Buque*, in “Estudios de Derecho Marítimo”, José Luis García-Pita y Lastres (Director) e Maria Rocío Quintáns Eiras / Angélica Díaz de la Rosa (Editoras), Aranzadi, 2012.

⁽²⁴⁾ Cf. Parecer indicado na nota 22, o objecto da publicidade registral a cargo das conservatórias são os factos jurídicos, ou melhor, as situações jurídicas implicadas nestes factos. Sobre a distinção entre factos jurídicos e situações jurídicas enquanto objecto do processo registral e objecto da relação registral respectivamente, vide ALMEIDA, CARLOS FERREIRA DE — *Publicidade e Teoria dos Registos*, Livraria Almeida, 1966, pp. 157 e ss.

⁽²⁵⁾ De referir que o registo comercial das embarcações mercantes está regulado pelo Decreto-Lei n.º 42 644 e pelo Regulamento aprovado pelo Decreto-Lei n.º 42 645, ambos de 14 de Novembro de 1959, cujas disposições relativas ao registo de navios se mantêm em vigor por força do n.º 2 do art. 5.º do Decreto-Lei n.º 403/86, de 3 de Dezembro, que aprovou o actual o Código do Registo Comercial.

Dito isto, podemos afirmar que o registo no MAR visa, essencialmente, proporcionar publicidade oficial dos factos sujeitos a registo sem, contudo, comportar um controlo da legalidade material dos mesmos. Trata-se de um registo de carácter público-administrativo que tem por finalidade o exercício pelo Estado Português das suas faculdades e deveres enquanto Estado da bandeira. Efectivamente, de acordo com as regras adoptadas pelo ordenamento português, é o registo de propriedade que atribui nacionalidade portuguesa ao navio, ainda que o facto jurídico causal esteja sujeito a registo comercial⁽²⁶⁾.

Em conclusão, as competências de uma e outra entidades comportam âmbitos e finalidades distintas, que não se sobrepõem, mas que requerem uma coordenação sistemática total e absoluta.

6.1.1. Considerações críticas

Com efeito, o legislador estabeleceu uma relação muito estreita⁽²⁷⁾ entre os dois registos, nomeadamente ao determinar que para a matrícula de navio é necessário apresentar certificado de registo de propriedade passado pela competente capitania ou delegação marítima⁽²⁸⁾ e que nenhum facto respeitante a navios pode ser definitivamente registado sem que seja apresentado o título da

(26) De acordo com o art. 120.º, n.º 1, alínea *a*), do RGC, as embarcações têm direito ao uso da bandeira portuguesa como indicação da sua nacionalidade, se estiverem registadas numa repartição marítima.

Ainda, de acordo com o art. 3.º do Decreto-Lei n.º 201/98, de 10 de Junho, “consideram-se nacionais os navios cuja propriedade se encontra registada em Portugal” e “a atribuição da nacionalidade portuguesa confere ao navio o direito ao uso da respectiva bandeira, com os direitos e as obrigações que lhe são inerentes”.

(27) Segundo CORREIA, MIGUEL MÁRIO PUPO — *Legislação sobre Registo Comercial Anotada*, Coimbra, Atlântida Editora, 1969, p. 198, estabelece-se uma “ligação íntima” entre ambos os registos nomeadamente porque, também o cancelamento da matrícula deve ser precedido do cancelamento do registo da propriedade na repartição marítima respectiva.

(28) Cf. arts. 49.º, 50.º e 51.º do Regulamento do registo comercial dos navios mercantes aprovado pelo Decreto-Lei n.º 42 645, ambos de 14 de Novembro de 1959.

propriedade do navio ou a certidão do seu registo, passado pela capitania ou delegação marítima⁽²⁹⁾.

É certo que este complexo sistema de registo, tal qual como está desenhado, comporta, ou pode em teoria comportar, problemas ao nível da publicidade do direito real de propriedade do navio, mormente nas situações em que o MAR emite um título de propriedade em nome de determinada entidade, convencido da suficiência do título que lhe foi apresentado para o efeito, e essa mesma entidade não logre obter o registo definitivo daquele facto jurídico porque o Conservador não se convenceu da idoneidade do título.

Apesar da sua relevância no plano jurídico, admitimos que estas questões tenham pouca relevância prática, posto que, conforme ficou dito, o registo no MAR não se limita à apreciação das questões técnicas mas envolve também uma avaliação jurídica⁽³⁰⁾, ainda que de âmbito diferente da que é efectuada pela Conservatória.

Ainda relativamente ao registo, concretamente sobre o âmbito das competências atribuídas ao MAR, interessa aferir, atenta a ambiguidade da letra da lei, quem tem legitimidade para instruir o registo junto da Conservatória da ZFM: o MAR (e apenas este), no uso das competências que lhe são atribuídas pelo Decreto-Lei? Ou, a par deste, qualquer interessado no registo conforme determina o art. 29.º do Código do Registo Comercial, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 403/86, de 3 de Dezembro (conforme alterado)?

Inclinamo-nos, pois, para a segunda hipótese apresentada. A legitimidade para a instrução do registo comercial dos navios, enquanto registo destinado a dar publicidade à situação jurídica destes, deve, pois, seguir os princípios gerais da legalidade, da instância e da representação estabelecidos no Código do Registo Comercial, aplicáveis à generalidade dos actos de registo comercial.

⁽²⁹⁾ Cf. art. 88.º do Regulamento citado na nota anterior.

⁽³⁰⁾ A este respeito, salientamos que o MAR está dotado de um Serviço de Apoio Funcional criado pelo Decreto Legislativo Regional n.º 18/2004/M, de 28 de Julho, que conta com um Gabinete Jurídico com competência designadamente para: emitir pareceres jurídicos relativamente a questões jurídicas suscitadas pela Comissão Técnica, zelar pelo cumprimento do processo de registo ou cancelamento dos navios e verificar a documentação de suporte necessária aos registos e prestar informação sobre a conformidade desta.

Neste sentido, têm legitimidade para apresentar e instruir os registos dos navios MAR e qualquer interessado ou seu representante, nomeadamente, procurador, advogado, solicitador ou notário⁽³¹⁾.

Em qualquer caso, do ponto de vista normativo, seria desejável que existisse um regime com regras mais claras, precisas e articuladas por forma a evitar interpretações e actuações díspares quanto a esta matéria. A ambivalência da letra da lei patente no art. 3.º do Decreto-Lei, em especial no que se refere às expressões “efectuar o registo” e “efectuar a inscrição”, constantes nas alíneas *a*) e *m*), geram, em nosso entender, dificuldades de interpretação do sentido da norma.

6.2. O registo temporário

O regime do MAR admite o registo temporário de navios fretados em casco nu⁽³²⁾, desde que devidamente autorizados pelos seus proprietários e pela autoridade competente do país do registo de propriedade. Ainda, o MAR pode autorizar o registo temporário no estrangeiro de navios afretados em casco nu. Admite-se, pois, o registo provisório nas suas duas vertentes: activa (*bareboat charter in registration*) e passiva (*bareboat charter out registration*)⁽³³⁾.

A figura do registo temporário de navios é o resultado de um notável (embora controverso)⁽³⁴⁾ desenvolvimento no âmbito do registo de navios e traduz-se no facto de um navio registado num

⁽³¹⁾ Em conformidade com o art. 30.º do Código do Registo Comercial.

⁽³²⁾ Cf. art. 33.º do Decreto-Lei n.º 191/87, de 29 de Abril, o contrato de fretamento em casco nu é aquele em que o fretador se obriga a pôr à disposição do afretador, na época, local e condições convencionados, um navio, não armado nem equipado, para que este o utilize durante certo período de tempo.

⁽³³⁾ Cf. arts. 15.º, n.º 2, e 18.º do Decreto-Lei.

⁽³⁴⁾ Inicialmente, uma das principais vantagens associadas a este regime era a de permitir aos armadores registar temporariamente os seus navios em países com um baixo nível salarial e, nesta medida, contratar tripulantes nacionais desse país a custo reduzido, escapando assim ao estigma das BdC e evitando possíveis reacções adversas por parte da ITF.

determinado Estado poder navegar, durante um determinado período de tempo, sob a bandeira de um outro Estado.

Esta situação surge na sequência da celebração de um contrato de fretamento, mediante o qual um navio registado no Estado A é tomado de frete, durante um certo período, por nacionais do Estado B que, durante o tempo de vigência do frete, operam o navio sob bandeira do Estado B. É uma realidade que depende, pois, da compatibilidade dos regimes existentes no Estado A — que autoriza o *flagging-out* do navio — e no Estado B, que autoriza o *flagging-in*.

No nosso ordenamento jurídico, o regime do registo temporário do navio está previsto e regulado no Decreto-Lei n.º 287/83, de 22 de Junho, conforme alterado pelo Decreto-Lei n.º 199/84, de 14 de Junho.

De acordo com este diploma, as embarcações de comércio tomadas de fretamento em casco nu, com opção de compra, por armadores nacionais inscritos podem, mediante autorização do Ministro da tutela, ser registadas a título temporário nas competentes repartições marítimas, nos termos dos arts. 72.º e segs. do RGC⁽³⁵⁾.

O regime esclarece que este registo não confere aos requerentes a propriedade das embarcações e que as mesmas estão, por isso, dispensadas de registo comercial, embora nele deva ser inscrito o contrato de fretamento em casco nu, com opção de compra, com referência à matrícula do afretador, conforme art. 7.º, n.º 2, do referido Decreto-Lei.

Isto significa que estes navios não estão sujeitos a registo comercial, sendo certo que, se o afretador for uma entidade não residente (*i.e.* não inserida no âmbito institucional da Zona Franca da Madeira), nem o contrato de fretamento a casco nu será inscrito no registo comercial. Estaremos, portanto, perante um caso paradigmático de navios que arvoram a bandeira Portuguesa⁽³⁶⁾, sem contudo estarem

⁽³⁵⁾ Segundo os princípios e com as formalidades estabelecidas no RGC. Efetuado o registo temporário do navio, a repartição marítima emitirá o correspondente certificado (cf. arts. 4.º e 6.º, n.º 1, do RGC).

⁽³⁶⁾ Conforme art. 7.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 287/83, de 22 de Junho.

matriculados na Conservatória da ZFM, ficando, por isso, omissos quanto à publicidade dos factos jurídicos a eles referentes, com todas as consequências adversas que esta situação pode acarretar.

As embarcações registadas nos termos deste diploma têm direito ao uso da bandeira Portuguesa e, logo, ficam sujeitas ao cumprimento dos mesmos requisitos técnicos que são exigidos aos navios nacionais (cf. arts. 7.º, n.º 3, e 14.º daquele diploma). A expressão “navios nacionais” usada por este art. 14.º não foi feliz, porquanto deixa transparecer dúvidas sobre se, apesar de arvorarem a bandeira Portuguesa, símbolo que assinala a localização jurídica do navio, isto é, a sua nacionalidade, os mesmos não se consideram nacionais, contrariando, assim, a regra segundo a qual a nacionalidade é adquirida em razão da sua matrícula ou abandeiramento⁽³⁷⁾.

De referir, também, que o registo temporário levanta problemas práticos da maior importância relacionados com a separação existente entre o registo da matrícula e o registo comercial, nomeadamente: qual a situação do navio no seu registo de origem durante a vigência do registo temporário? Este registo determina a suspensão do registo no Estado A durante o período do frete estabelecido? Quais os efeitos dessa suspensão? Existe, ou deve existir, coordenação e transferência de anotações entre ambos os registos? Quais os efeitos e consequências do registo temporário para os credores hipotecários?

São questões que não encontram resposta clara e inequívoca no nosso ordenamento jurídico nem, tão pouco, na legislação internacional.

6.3. O registo provisório

A realidade do registo temporário não se confunde com a do registo provisório, embora os conceitos sejam muitas vezes usados de forma indiscriminada. O registo provisório corresponde a uma fase intermédia do processo de registo definitivo.

⁽³⁷⁾ Sobre a nacionalidade do navio, *vide* Parecer n.º 4/97 da PGC, citado na nota 5, ponto IX-5.1.

Na realidade, é possível efectuar-se o registo provisório do navio na sequência da submissão de um pedido formal de registo acompanhado da documentação técnica requerida pelo MAR para o efeito. A avaliação e consequente aprovação técnica do navio pelo MAR determina a emissão de documentos e certificados provisórios do navio, nomeadamente o título de propriedade com validade de 3 meses⁽³⁸⁾.

De referir que este prazo de validade não resulta de forma inequívoca da letra da lei. Na realidade, o regime do MAR não estabelece um prazo para a conversão em definitivo do registo provisório, fora dos casos das embarcações de recreio (ER) reguladas pelo Decreto-Lei n.º 192/2003, de 22 de Agosto. Este Decreto-Lei estabelece expressamente a possibilidade de as ER poderem, excepcionalmente⁽³⁹⁾, ser registadas a título provisório no MAR ou nos consulados de Portugal nos termos gerais. No que respeita ao registo no MAR, estabelece o art. 4.º, n.º 2, daquele Decreto-Lei que o requerente dispõe de um prazo de 90 dias para converter o registo, sob pena de caducidade.

Ora, não vislumbramos razões para, face à ausência de regra expressa no que concerne às restantes embarcações susceptíveis de registo no MAR, negar a aplicação analógica daquele prazo às restantes embarcações.

Em todo o caso, chamamos à colação a regra constante do art. 7.º, n.º 4, do Decreto-Lei n.º 150/88, de 28 de Abril, referente à propriedade do navio, com a redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 119/95, de 30 de Maio, que estabelece o prazo de 6 meses para a conversão do registo provisório em definitivo das embarcações de comércio, rebocadores e embarcações auxiliares adquiridas no estrangeiro e registadas nos consulados Portugueses.

Fica no ar a dúvida sobre o diploma com melhor aplicação ao caso das embarcações registadas no MAR (fora do caso das ER): se o aplicável ao das ER, enquanto legislação específica do sub-

⁽³⁸⁾ Durante este período, o armador deve proceder ao registo definitivo do navio disponibilizando toda documentação necessária para o efeito.

⁽³⁹⁾ Admitimos dificuldades de interpretação quanto à natureza e âmbito da expressão “excepcionalmente” constante do art. 3.º, n.º 2, daquele Decreto-Lei.

sistema do MAR com aplicação subsidiária às restantes embarcações; se o aplicável à propriedade das embarcações de comércio adquiridas no estrangeiro estabelecido no âmbito do nosso direito interno.

De notar, quanto a este último ponto, que o regime do MAR também estabelece a possibilidade de os navios poderem ser registados provisoriamente nos consulados de Portugal⁽⁴⁰⁾, remetendo a sua regulamentação, nomeadamente termos e requisitos, para decreto regulamentar específico. Porém, ao arripio do que seria desejável, esta regulamentação nunca chegou a ser publicada.

Parece-nos óbvio que, do ponto de vista da competitividade e internacionalização do nosso regime, seria de todo conveniente regulamentar este procedimento, tornando-o simples, célere e eficaz e, simultaneamente, dotar as estruturas consulares existentes dos meios humanos e materiais necessários ao seu bom funcionamento e desempenho.

Finalmente, do ponto de vista substantivo, alertamos para o facto de a realidade do registo provisório poder suscitar questões jurídicas de complexa solução relacionadas com a ambiguidade própria de um registo parcial ou incompleto, nomeadamente no que se refere à nacionalidade do navio e à vinculação ou ligação deste a mais de um Estado.

7. Outras atribuições e competências do MAR

O MAR funciona hoje na dependência do Ministério da Justiça e do Ministério da Agricultura e do Mar (MAM)⁽⁴¹⁾. Genericamente, incumbe ao MAR, além do registo de todos os actos e contratos referentes aos navios a ele sujeitos — nos termos referidos

⁽⁴⁰⁾ Cf. art. 16.º do Decreto-Lei.

⁽⁴¹⁾ Em 1989, ano da criação do MAR, este funcionava na dependência dos Ministérios da Justiça e do Mar, conforme resulta do art. 1.º, n.º 1, do Decreto-Lei.

Relativamente à missão do MAM, *vide* art. 1.º do Decreto-Lei n.º 18/2014, de 4 de Fevereiro (Lei Orgânica do Ministério da Agricultura e do Mar).

acima — o controlo dos requisitos de segurança exigidos pelas convenções internacionais aplicáveis⁽⁴²⁾.

Para a prossecução destas atribuições, compete ao MAR, nomeadamente (i) fiscalizar as condições técnicas dos navios; (ii) efectuar inspecções aos navios; (iii) emitir os certificados dos navios; (iv) emitir, validar e controlar os papéis de bordo; (v) controlar a actividade das sociedades de classificação com as quais o Estado Português celebrou acordos, em articulação, com a Direcção-Geral de Recursos Naturais, Segurança e Serviços Marítimos (DGRN)⁽⁴³⁾; (vi) fixar as lotações mínimas dos navios e emitir os respectivos certificados; e (vii) reconhecer os certificados técnicos emitidos por administrações marítimas estrangeiras referentes à actividade das marinhas de comércio e de recreio⁽⁴⁴⁾.

O regime do MAR, instituído pelo Decreto-Lei n.º 96/89, de 28 de Março, encontra-se regulamentado mediante a Portaria

⁽⁴²⁾ Cf. art. 1.º, n.º 1, do Decreto-Lei e art. 31.º do Decreto-Lei n.º 7/2012, de 17 de Janeiro.

Portugal ratificou várias Convenções Internacionais em matéria de segurança, entre as quais destacamos a Convenção Internacional para a Salvaguarda da Vida Humana no Mar (*Solas Convention*) e a Convenção Internacional para a Prevenção da Poluição por Navios (*Marpol Convention*).

⁽⁴³⁾ A DGRN corresponde a um serviço central que integra a administração directa do Estado, no âmbito do MAMAOT, conforme resulta dos arts. 3.º e 4.º do Decreto-Lei n.º 7/2012, de 17 de Janeiro. De acordo com o art. 34.º, n.º 3, alínea l), subalínea ii) deste Decreto-Lei, resulta que é extinto, sendo objecto de fusão, o Instituto Portuário e dos Transportes Marítimos, I. P., sendo as suas atribuições no domínio da regulamentação, supervisão e fiscalização do sector marítimo-portuário e da náutica de recreio integradas na Direcção-Geral de Recursos Naturais, Segurança e Serviços Marítimos. A DGRN é criada pelo Decreto-Lei n.º 49-A/2012, de 29 de Fevereiro e a sua missão e atribuições constam do art. 2.º desse Decreto-Lei. De referir ainda que a sua estrutura nuclear, o número máximo de unidades orgânicas flexíveis do serviço e as competências das respectivas unidades orgânicas nucleares foram fixados pela Portaria n.º 394/2012, de 29 de Novembro. De acordo com esta Portaria, cabe à Direcção de Serviços de Administração Marítima (DSAM), entre outros, promover a segurança e protecção marítima; assegurar a certificação das embarcações, nomeadamente através da realização de vistorias; assegurar a certificação dos marítimos nacionais e a formação profissional no sector do transporte marítimo e avaliar e controlar a actividade das organizações reconhecidas.

Ainda, nos termos do art. 35.º do referido Decreto-Lei, as referências feitas aos serviços, organismos e estruturas objecto de extinção, fusão e reestruturação, consideram-se feitas aos serviços e organismos que passam a integrar as respectivas atribuições.

⁽⁴⁴⁾ Cf. art. 3.º, n.º 1, alíneas b), c), f), g), h), i) e l) do Decreto-Lei.

n.º 715/89, de 23 de Agosto. Esta Portaria teve como objectivo harmonizar os actos de registo e de certificação dos navios com os das restantes entidades nacionais que efectuam os mesmos actos, reconhecendo a conveniência em conformar os procedimentos e a documentação de todos os navios nacionais, facilitando o seu controlo pelo Estado do porto⁽⁴⁵⁾.

Assim, de acordo com esta Portaria, determina-se que os formulários a preencher e a documentação necessária para o registo de um navio, seja definitivo ou temporário, devem seguir os critérios e parâmetros da Inspeção-Geral de Navios (referência que se considera feita à actual DGRN, conforme nota 43). Ainda, estabelece a Portaria que a emissão dos certificados de arqueação dos navios registados no MAR é feita pela DGRN ou por sociedade de classificação reconhecida em Portugal⁽⁴⁶⁾, caso o navio nela se encontre classificado, sempre com o apoio da DGRN.

Do mesmo modo, a atribuição do indicativo de chamada da estação de radiocomunicações do navio e de outros tipos de identificação, o estabelecimento do código da entidade responsável pela liquidação das contas de radiocomunicações, a consignação de frequências e a emissão da respectiva licença de estação de navio são da responsabilidade da DGRN.

No que respeita a vistorias, o regime estabelece que as vistorias a efectuar aos navios nacionais, quer em portos nacionais quer estrangeiros, visando o seu registo e certificação pelo MAR (incluindo as vistorias de construção ou modificação, de registo, de

(45) Relativamente aos objectivos desta portaria, pode ler-se no seu preâmbulo que “considerando que os navios a registar no MAR arvoarão a Bandeira Portuguesa, há que providenciar para que tais navios obedeçam aos requisitos técnicos de segurança, de prevenção da poluição do mar e da habitabilidade estabelecidas pelas normas em vigor no ordenamento jurídico português e não operem com deficiências, mormente em relação às Convenções Internacionais sobre Segurança Marítima, Poluição do Mar e Bem-Estar a Bordo, de que Portugal é parte”.

(46) As sociedades classificadoras denominam-se “Organizações Reconhecidas” (OR) assim que passam a constar da lista de sociedades classificadoras aprovadas. A aprovação é feita por meio de contrato celebrado entre o Estado da Bandeira e a sociedade classificadora. Portugal conta com as seguintes OR: American Bureau of Shipping; Bureau Veritas, Det Norske Veritas; Germanischer Lloyd; Lloyd’s Register; RINA; RINAVE; e, mais recentemente, com a ClassNK.

manutenção, de avarias e suplementares), serão feitas por peritos a indicar pela DGRN ou, no caso de navios classificados em sociedades de classificação reconhecidas em Portugal, por peritos destas. Apenas as inspecções periódicas podem ser realizadas por membros da comissão técnica do MAR ou por peritos indicados pela DGRN.

Também os aspectos técnicos de qualquer inquérito a efectuar referente a acidente ocorrido com navio registado no MAR deverão ter a coordenação da DGRN, tendo em vista a aplicação da regra 21 do capítulo I, parte C, da Convenção Internacional para a Salvaguarda da Vida Humana no Mar, de 1974, e do seu Protocolo de 1978.

No que à certificação dos marítimos diz respeito, estabelece a Portaria que a Comissão Técnica do MAR providenciará junto das entidades nacionais ou estrangeiras competentes no sentido de harmonizar os procedimentos a seguir no que respeita ao rol de tripulação, às lotações e ao reconhecimento dos certificados de profissionais dos marítimos estrangeiros.

Dos exemplos elencados, retiramos que uma parte significativa das atribuições cometidas ao MAR requer a coordenação e intervenção activa da DGRN que de um modo geral articula com a Comissão Técnica do MAR as “modalidades de aplicação”⁽⁴⁷⁾ das normas e procedimentos necessários ao exercício das funções desta última.

De acordo com o art. 6.º do Decreto-Lei, a Comissão Técnica do MAR é constituída por um representante do membro do Governo responsável pelo sector dos transportes, o qual presidirá à Comissão, um representante da Região Autónoma da Madeira e um representante da DGRN.

Tendo em conta, por um lado, o âmbito de intervenção (excessivamente) alargado da DGRN junto da Comissão Técnica do MAR e, por outro lado, a composição desta Comissão — que inclui na sua orgânica representantes das autoridades centrais —,

⁽⁴⁷⁾ Expressão usada pelo legislador de difícil concretização. *Vide* art. 4.º, n.º 5, do Decreto-Lei.

não vislumbramos razões que possam justificar a imposição de limites e restrições ao exercício das funções da comissão, pelo menos ao nível que se verifica na prática.

Sendo certo que os procedimentos, avaliações e controlo a seguir, nas mais diversas vertentes da actividade (*e.g.* segurança marítima, poluição do mar e bem-estar a bordo), devem estar devidamente harmonizados e em linha com os preconizados a nível central, consideramos que seria de todo vantajoso atribuir à Comissão Técnica mais autonomia no exercício das suas competências, nomeadamente no que se refere às matérias acima indicadas.

A natureza e finalidade do MAR, enquanto registo internacional de navios criado para atrair armadores/investidores nacionais e estrangeiros de qualidade e, bem assim, proporcionar o desenvolvimento sustentado da economia da Região Autónoma da Madeira, legitimam (ou deveriam legitimar) uma maior autonomia na gestão das competências atribuídas à Comissão Técnica sem, naturalmente, descurar ou diminuir os níveis de exigência na segurança e protecção marítimas promovidos e instituídos pelo nosso ordenamento jurídico.

Indo um pouco mais além, atrever-nos-íamos a lançar o debate sobre as vantagens e eventuais desvantagens da privatização do MAR: a privatização dos serviços contribuiria para aumentar os níveis de competitividade e diligência do nosso segundo registo? Qual a viabilidade da privatização do MAR na perspectiva do nosso ordenamento jurídico? São questões incipientes mas que merecem, no nosso entender, alguma reflexão.

8. Outras vantagens do regime do MAR

8.1. Compra e venda e hipotecas de navios registados no MAR

Justifica-se uma incursão às especificidades do regime do MAR no que se refere à transmissão de propriedade e hipoteca de navios aí registados.

A respeito da transmissão de propriedade dispõe o Decreto-Lei que a compra e venda de navios registados no MAR não está sujeita a qualquer autorização.

Ainda, o regime estabelece que esta compra e venda pode efectivar-se mediante mera declaração de venda (*bill of sale*), com reconhecimento presencial da assinatura do vendedor⁽⁴⁸⁾.

Ora, de acordo com o regime geral, e no que à autorização diz respeito, estabelece o Decreto-Lei n.º 150/88, de 28 de Abril⁽⁴⁹⁾, que a compra e venda não depende de qualquer autorização⁽⁵⁰⁾. Não obstante, o regime determina que a mesma deve ser comunicada às autoridades competentes no prazo de 5 dias a contar da celebração do contrato pelo qual se transfira a propriedade⁽⁵¹⁾.

Quanto à formalização da compra e venda, terá aplicação o regime constante do estatuto legal do navio, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 201/98, de 10 de Julho, segundo o qual o contrato deve ser celebrado por escrito, com reconhecimento presencial da assinatura dos outorgantes⁽⁵²⁾.

Assim resulta que o regime do MAR é menos burocrático e formalista que o regime geral.

Relativamente às hipotecas, o MAR dispõe de um regime verdadeiramente inovador: em primeiro lugar, e no que se refere à forma, estabelece-se que a constituição, a modificação ou a extinção da hipoteca ou de direito a ela equivalente deve constar de documento assinado pelo titular do navio, com reconhecimento presencial da sua assinatura.

⁽⁴⁸⁾ Cf. arts. 13.º e 14, n.º 1, do Decreto-Lei em causa.

⁽⁴⁹⁾ Com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 119/95, de 30 de Maio.

⁽⁵⁰⁾ Resulta do preâmbulo do Decreto-Lei sujeito a anotação que a exigência da prévia autorização ministerial à construção, aquisição e alienação de embarcações de comércio condiciona a indústria marítima, de carácter iminentemente internacional. Assim, o diploma estabelece, como princípio, que são livres a aquisição de embarcações de comércio já construídas ou a construir e a sua alienação.

⁽⁵¹⁾ Cf. arts. 1.º, n.º 2, e 6.º do Decreto-Lei em causa.

⁽⁵²⁾ Admitimos dificuldades de articulação e conjugação jurídica deste regime com o constante no art. 3.º do Decreto-Lei n.º 150/88, de 28 de Abril, ainda em vigor, referente às embarcações de comércio, rebocadores e embarcações auxiliares, que estabelece a mera forma escrita, com reconhecimento presencial da assinatura do vendedor, do contrato de compra e venda destas embarcações.

De referir que, no âmbito do regime geral, vigora a regra anteriormente referida a respeito da transmissão do direito de propriedade, isto é, exige-se documento escrito com o reconhecimento presencial de ambos os intervenientes.

Em segundo lugar, o regime do MAR permite que as partes possam designar a lei aplicável à hipoteca ou direito equivalente, sem prejuízo da aplicação das normas constantes das convenções internacionais que vinculam internacionalmente o Estado Português⁽⁵³⁾. Trata-se de uma regra especial, inovadora e sem paralelo no nosso ordenamento jurídico, que representa um exemplo de competitividade e modernização do subsistema do MAR. Esta regra permite que armadores e bancos financiadores estrangeiros possam aplicar à hipoteca sobre um navio registado no MAR a sua legislação nacional, cujos termos e condições conhecem e confiam⁽⁵⁴⁾.

8.2. Tripulações e lotações

No que às tripulações diz respeito, o regime estabelece que o comandante e pelo menos 50% dos tripulantes dos navios registados no MAR devem ser cidadãos de nacionalidade portuguesa ou nacionais de países europeus ou de língua oficial portuguesa⁽⁵⁵⁾. Contudo, o regime prevê a possibilidade de derrogação desta regra mediante autorização expressa do membro do Governo responsável pela área dos transportes marítimos, em casos especiais devidamente justifica-

⁽⁵³⁾ A respeito do alcance e sentido da segunda parte desta norma (art. 14.º, n.º 3, do Decreto-Lei) recomendamos uma leitura atenta do Parecer n.º 4/97 da PGR citado na nota 5, embora sem a relevância prática atribuída à data da sua feitura, tendo em conta o recesso da Convenção Internacional para a Unificação de Certas Regras Relativas aos Privilégios e Hipotecas Marítimas, de 10 de Abril de 1926, ocorrido mediante Aviso do Ministério dos Negócios Estrangeiros n.º 194/2011, de 20 de Setembro.

⁽⁵⁴⁾ Nestes casos, com o pedido de registo deve ser junta cópia da legislação em causa, assinada pelas partes, depois de traduzida, excepto quando o conservador dispense a tradução ou determine que esta seja feita por perito por ele escolhido. A escolha deve ser inscrita em conjunto com o próprio registo da hipoteca.

⁽⁵⁵⁾ Trata-se de mais uma característica do regime — traduzida numa imposição ou requisito — que manifestamente o diferencia das BdC.

dos, quando, comprovadamente, não seja possível o recrutamento de marítimos nacionais dos países referidos no número anterior, permitindo, neste caso, o embarque de marítimos de outras nacionalidades, para além do limite previsto no número anterior.

De um modo geral, esta excepção permite ultrapassar situações em que a falta ou inexistência de tripulantes nacionais daqueles países disponíveis para trabalhar a bordo dos navios registados no MAR⁽⁵⁶⁾ constitui um obstáculo ao registo desses mesmos navios, contrariando, em última análise, o espírito competitivo e internacional subjacente ao MAR. No âmbito da concessão desta excepção, julgamos que a Federação Internacional dos Trabalhadores em Transportes (ITF) deve assumir um papel importante enquanto entidade que representa (e defende) os interesses dos sindicatos dos trabalhadores em transportes e dos seus membros.

8.3. Regime fiscal

Os navios registados no MAR beneficiam de um conjunto alargado de vantagens fiscais estabelecidas, essencialmente, no Decreto-Lei n.º 96/89, de 28 de Março, e nos arts. 36.º e 33.º⁽⁵⁷⁾ do Estatuto dos Benefícios Fiscais (EBF).

Existem benefícios fiscais atribuídos às sociedades que desenvolvem a actividade de transportes marítimos no âmbito da ZFM⁽⁵⁸⁾ e aos tripulantes dos navios registados no MAR.

⁽⁵⁶⁾ Esta excepção tem vindo a ser concedida casuisticamente ao longo dos últimos anos. A ausência de tripulantes com a nacionalidade requerida pelo regime e a promoção da segurança marítima a bordo dos navios têm servido de fundamento à autorização do embarque de 100% de marítimos de nacionalidade distinta daquela referida. Acreditamos, contudo, que, atenta a conjuntura económica europeia actual, a disponibilidade de marítimos de nacionalidade europeia tenderá a aumentar.

⁽⁵⁷⁾ A aplicação do art. 33.º do EBF é feita por remissão do art. 36.º do mesmo diploma e considera-se efectuada para a redacção em vigor em 31 de Dezembro de 2011, cf. n.º 4 do art. 146.º da Lei n.º 64-B/2011, de 30 de Dezembro.

⁽⁵⁸⁾ A par de outras sociedades que exercem actividades industriais e comerciais, nos termos previstos naquele art. 36.º.

No que se refere aos benefícios concedidos às sociedades, o regime estabelece que os rendimentos resultantes da sua actividade licenciada⁽⁵⁹⁾, exceptuados os derivados do transporte de passageiros ou de carga entre portos nacionais, podem beneficiar de uma taxa reduzida de imposto sobre o rendimento das pessoas colectivas (IRC) de 5% até 31 de Dezembro de 2020. O benefício da redução de taxa está, contudo, sujeito ao cumprimento de determinados requisitos.

Em primeiro lugar, deve a sociedade iniciar a sua actividade no prazo de 1 ano a contar da data do licenciamento. Ainda, esta deve proceder à criação de 1 a 5 postos de trabalho nos primeiros 6 meses de actividade e à realização de um investimento mínimo na aquisição de activos fixos corpóreos ou incorpóreos no montante de 75 mil euros, nos primeiros 2 anos de actividade. Este último requisito — referente ao investimento mínimo — poderá ser dispensado se forem criados 6 ou mais postos de trabalho nos primeiros 6 meses de actividade⁽⁶⁰⁾.

Acresce que, de acordo com este regime, o benefício a conceder fica limitado a *plafonds* máximos da matéria colectável sujeita à taxa reduzida, em função do número de postos de trabalho criados. Estes *plafonds* variam entre 2 milhões de euros, pela criação de 1 e até 2 postos de trabalho, até 150 milhões de euros, pela criação de mais de 100 postos de trabalho⁽⁶¹⁾. Isto significa que, ao montante da matéria colectável que ultrapasse o *plafond* aplicável a uma sociedade (determinado em função do número de trabalhadores), será aplicada a taxa geral de IRC em vigor na Região Autónoma da Madeira, que, actualmente, é de 25%⁽⁶²⁾ mais derrama regional⁽⁶³⁾.

Estas sociedades gozam ainda, por força da remissão genérica constante do n.º 9 do art. 36.º do EBF, de outros benefícios, nomea-

(59) Actividade que constitui o seu objecto social e em relação à qual foi emitido despacho do Secretário Regional do Plano e Finanças que autoriza o seu funcionamento no âmbito da ZFM.

(60) Cf. determina o art. 36.º, n.º 2, do EBF.

(61) De acordo com o art. 36.º, n.º 3, do EBF.

(62) Cf. art. 16.º do Decreto Legislativo Regional n.º 42/2012/M, de 31 de Dezembro, que estabelece o Orçamento da Região Autónoma da Madeira para 2013.

(63) Nos termos aprovados pelo art. 17.º do Decreto Legislativo Regional referido na nota antecedente.

damente isenção de retenção na fonte de juros pagos a não residentes⁽⁶⁴⁾, isenção de imposto de selo⁽⁶⁵⁾ e isenção de imposto municipal sobre imóveis quanto aos prédios ou parte de prédios destinados directamente à realização dos seus fins⁽⁶⁶⁾.

A par da atribuição destas vantagens fiscais de natureza especial, tratando-se de sociedades que prossigam uma actividade comercial exercida em alto mar, as mesmas beneficiam das isenções em sede de imposto sobre o valor acrescentado (IVA) previstas no art. 14.º do Código do IVA. Finalmente, enquanto sociedades Portuguesas sujeitas à generalidade das regras e princípios estabelecidos no ordenamento jurídico português, beneficiam também das Directivas comunitárias e dos acordos sobre dupla tributação ratificados pelo Estado Português⁽⁶⁷⁾.

No que se refere aos tripulantes de navios registados no MAR, estes estão isentos de imposto sobre as pessoas singulares (IRS) relativamente às remunerações auferidas nessa qualidade, enquanto tais registos se mantiverem válidos, sem prejuízo do englobamento dos rendimentos isentos, para efeitos de determinação da taxa a aplicar, conforme resulta do art. 22.º, n.º 4, do CIRS⁽⁶⁸⁾.

Ainda, de acordo com o regime do MAR, os tripulantes e as empresas proprietárias de navios registadas naquele registo não estão obrigadas a descontar para a Segurança Social⁽⁶⁹⁾, sem prejuízo, porém, de serem assegurados os sistemas de segurança decorrentes das convenções internacionais em vigor na ordem jurídica portuguesa⁽⁷⁰⁾.

(64) Nos termos e sujeito às condições impostas pelo n.º 4 do art. 33.º do EBF.

(65) Nos termos e sujeito às condições impostas pelo n.º 11 do art. 33.º do EBF.

(66) Cf. art. 44.º, n.º 1, alínea g) do EBF.

(67) Excepções feitas às Convenções celebradas com o Brasil e com os EUA que excluem as sociedades da ZFM do seu âmbito de aplicação.

(68) Cf. art. 44.º, n.º 8, do EBF.

(69) Os tripulantes que exerçam actividade em navios inscritos no MAR estão sujeitos ao regime do Seguro Social Voluntário previsto nos arts. 169.º e seguintes do Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social, aprovado pela Lei n.º 110/2009, de 16 de Setembro, com a redacção dada pela Lei n.º 119/2009, de 30 de Dezembro.

(70) Cf. estabelece o art. 25.º do Decreto-Lei.

Finalmente, os actos de registo comercial relativos quer às sociedades que prosseguem a actividade de transportes marítimos no âmbito da ZFM quer aos navios registados no MAR estão isentos de quaisquer taxas ou emolumentos registrais⁽⁷¹⁾.

De referir que os navios registados no MAR estão sujeitos ao pagamento de uma taxa de registo devida com a efectivação do primeiro registo no MAR e uma taxa anual de manutenção. Ambas constituem receita da Região Autónoma da Madeira⁽⁷²⁾.

9. Conclusões

O MAR representa um elemento de dinamização e competitividade da RAM e de Portugal. No essencial, cumpriu (e tem vindo a cumprir ao longo dos anos) com os objectivos subjacentes à sua criação e é hoje internacionalmente reconhecido como um registo credível, sólido e de qualidade⁽⁷³⁾.

Apresenta um conjunto de características, requisitos e vantagens que permitem que se apresente como uma alternativa viável, estável e segura.

Não obstante, e conforme julgamos ter mostrado ao longo desta incursão sobre o subsistema do MAR, cremos que há maté-

⁽⁷¹⁾ Cf. estabelece o art. 26.º do Decreto-Lei.

⁽⁷²⁾ Vide art. 27.º do Decreto-Lei.

O montante das taxas de registos e de outros serviços a prestar pelo MAR consta da Portaria n.º 134/92, de 20 de Maio, conforme alterada, no respeitante a navios de comércio, e da Portaria n.º 135/94, de 1 de Agosto, conforme alterada, no respeitante às embarcações de recreio.

O incumprimento do pagamento das taxas devidas implica o imediato cancelamento do registo. A este respeito, determina a Portaria n.º 715/89, de 23 de Agosto, no seu art. 32.º, que as certidões ou outros documentos a emitir pelo MAR relativos e necessários ao cancelamento dos registos só poderão ser entregues depois de satisfeitos os pagamentos e outros compromissos do navio, proprietário ou operador para com a Zona Franca da Madeira.

⁽⁷³⁾ De acordo com o Relatório Anual de 2011 da Paris MoU on Port State Control, o MAR consta da lista branca daquela Organização. Sobre a Paris MoU, sua missão e objectivos, vide: <www.parismou.org>.

rias em que é possível aperfeiçoar o Regime⁽⁷⁴⁾, nomeadamente através da criação de regras mais claras e modernas que permitam, por um lado, uma maior articulação normativa com o Direito Marítimo interno (já de si bastante disperso e difuso)⁽⁷⁵⁾ e, por outro lado, um ajustamento sistemático com os modelos europeus e, de uma forma geral, com a realidade internacional.

Matérias relacionadas com uma maior qualidade e eficiência na administração dos serviços prestados passam, em nosso entender, por uma reestruturação ao nível das competências e atribuições cometidas ao MAR. Julgamos que o MAR tem possibilidade de desenvolver um papel mais activo e autónomo na gestão e administração das suas competências, assegurando e promovendo a segurança marítima do mesmo modo e ao mesmo nível dos organismos centrais.

Apostar na desburocratização e simplificação de procedimentos, na criação de infra-estruturas de apoio ao Registo (locais e no estrangeiro) e na delegação de mais competências às OR (em articulação com o MAR) são alguns exemplos de medidas a desenvolver com vista à afirmação do MAR e de Portugal no quadro internacional.

Portugal tem potencial para se tornar num actor marítimo de relevo a nível global⁽⁷⁶⁾ e deve continuar a desenvolver esforços nesse sentido. A participação activa e o acompanhamento da realidade internacional são factores decisivos na tomada dessa posição⁽⁷⁷⁾.

⁽⁷⁴⁾ Sendo certo que algumas das críticas enunciadas reportam-se, também, ao regime geral adoptado pelo nosso ordenamento jurídico.

⁽⁷⁵⁾ A respeito da renovação do Direito Marítimo em Portugal, *vide* RAPOSO, MÁRIO, in Estudos sobre o Novo Direito Marítimo; Realidades Internacionais e situação Portuguesa, p. 109.

⁽⁷⁶⁾ A este respeito, *vide* Relatório Final “O Hipercluster da Economia do Mar” SaeR/ACL, Lisboa, 17 de Fevereiro de 2009.

⁽⁷⁷⁾ A este respeito, urge ratificar a *Maritime Labour Convention*. Sobre esta convenção, *vide*: <www.ilo.org>.

Bibliografia

- ALMEIDA, CARLOS FERREIRA DE, *Publicidade e Teoria dos Registos*, Livraria Almeida, 1966.
- AMÉZAGA, J. SAN JOSÉ, *Segundos Registros de Buques*, in “IV Jornadas de Derecho Marítimo de San Sebastián”, Donostia, 1997.
- ARROYO MARTINEZ, IGNACIO, *Curso de Derecho Marítimo*, 2.^a ed., 2005.
- BOCZEK, BOLESŁAW ADAM, *An International Legal Study*, Harvard University Press, 1962.
- BÖHM-AMOLLY, ALEXANDRA VON, *Registo de navios*, in “II Jornadas de Lisboa de Direito Marítimo. O Navio”, CDMT/FDUL, 2012.
- COLES, RICHARD, *Ship Registration. Law and Practice*, LLP, London, Hong Kong, 2002.
- CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Da natureza jurídica do navio*, in “II Jornadas de Lisboa de Direito Marítimo. O Navio”, CDMT/FDUL, 2012.
- CORREIA, MIGUEL MÁRIO PUPO, *Legislação sobre Registo Comercial Anotada*, Coimbra, Atlântida Editora, 1969.
- DIOGO, LUÍS DA COSTA/JANUÁRIO, RUI, *Direito Comercial Marítimo, Conceitos e Institutos de Direito Comercial Marítimo — Direito Marítimo Institucional — Direito Marítimo Aplicado*, Quid Juris, Sociedade Editora, 2008.
- DOMÍNGUEZ CABRERA, MARIA DEL PINO, *El Registro Especial de Buques de Canarias*, in “El Registro de Buques, Embarcaciones y Artefactos Navales”, DILEX S.L., 2005.
- ESTEVES, JOSÉ M. P. VASCONCELOS, *Fretamento de navio para transporte de mercadorias*, in “I Jornadas de Lisboa de Direito Marítimo. O contrato de transporte marítimo de mercadorias”, CDMT/FDUL, 2008.
- FALKANGER, THOR/BULL, HANS JACOB/BRAUTASET, LASSE, *Scandinavian Maritime Law, The Norwegian Perspective*, 3.rd ed., Universitetsforlaget, 2011.
- GABALDÓN GARCÍA, JOSÉ LUÍS/RUIZ SOROA, JOSÉ MARIA, *Manual de derecho de la navegación marítima*, 2.^a ed., Marcial Pons, 2002.
- GOMES, M. JANUÁRIO DA COSTA, *O ensino do Direito Marítimo. O soltar das amarras do Direito da Navegação Marítima*, 2005.
- , *Leis Marítimas — Direito Interno Institucional — Direito Interno Material — Convenções e Documentos Internacionais — Direito Comunitário*, Almedina, Coimbra, 2004.

- LEDESMA, CARMEN ALONSO, *El estatuto jurídico del buque*, in “IV Jornadas de Derecho Marítimo de San Sebastián”, Donostia, 1997.
- MARTÍNEZ JIMÉNEZ, MARIA ISABEL, *Abanderamiento y nacionalidad del buque*, in “Estudios de Derecho Marítimo en Homenaje a Ricardo Vigil Toledo”, pp. 119-247, Bosh, Barcelona, 2000.
- PINHEIRO, LUÍS LIMA, *O navio em Direito Internacional*, in “II Jornadas de Lisboa de Direito Marítimo. O Navio”, CDMT/FDUL, 2012.
- PULIDO BEGINEZ, JOSÉ LUÍS, *Instituciones de Derecho de la Navegación Marítima*, 2009.
- RAPOSO, MÁRIO, *Estudos sobre o novo direito marítimo — Realidades internacionais e situação portuguesa*, Coimbra Editora, Coimbra, 1999.
- RIVACOBÁ, RAMÓN DURÁN, *Proyección registral del Buque*, in “Estudios de Derecho Marítimo”, José Luis García-Pita y Lastres (Director) e María Rocío Quintáns Eiras/Angélica Díaz de la Rosa (Editoras), Aranzadi, 2012.
- RUIZ SOROA, JOSÉ MARIA, *Manual de Derecho Marítimo: El Buque, El Naviero, Personal Auxiliar*, HAEE/IVAP, 1990.
- VIDIGAL, CARLOS, *Breve Apontamento sobre o Registo de Navios*, in “Revista Jurídica”, n.º 24, Abril 2001, AADFL.
- XAVIER, ALBERTO, *Direito Tributário Internacional*, 2.ª ed. actualizada, Almedina, 2007.

Outras fontes utilizadas

- Centro Internacional de Negócios da Madeira / Sociedade de Desenvolvimento da Madeira: <<http://www.abc-madeira.com>>.
- Comissão Europeia: <<http://ec.europa.eu>>.
- International Labour Organization: <<http://www.ilo.org>>.
- International Maritime Organization: <<http://www.imo.org>>.
- International Transport Workers’ Federation: <<http://www.itfglobal.org>>.
- Norwegian International Ship Register: <<http://www.nis-nor.no>>.
- O Hipercluster da Economia do Mar — Relatório Final, SaeR/ACL, Lisboa, 17 Fevereiro de 2009: <[http://www.cienciaviva.pt/img/upload/Hypercluster%20da%20Economia%20do%20Mar\(5\).pdf](http://www.cienciaviva.pt/img/upload/Hypercluster%20da%20Economia%20do%20Mar(5).pdf)>.

Parecer da Direcção-Geral dos Registos e Notariado P. R. Co. 10/2006 DSJ-CT, homologado por despacho do Senhor Director-Geral, em 26.3.2007.

Parecer n.º 4/97 da Procuradoria-Geral da República, in Diário da República, II Série, n.º 269, de 20 de Novembro de 1997.

Paris Memorandum of Understanding on Port State Control: <<http://www.parismou.org>> Rochdale Report, Committee of Enquiry into Shipping: Report, London, HMSO 1970.

DA CORRUPÇÃO: RECEBIMENTO E OFERTA INDEVIDOS DE VANTAGEM(*)

Pelo Doutor André Ferreira de Oliveira

SUMÁRIO:

1. Introdução. 2. Evolução histórica. 3. Regime punitivo da corrupção *strictu sensu*. 4. O “recebimento indevido de vantagem”: breve análise. 5. Conclusão. 6. Material de apoio/Bibliografia.

1. Introdução

De entre o catálogo de crimes do sistema-legal punitivo português a corrupção é um dos mais estreneamente regulados; será porque a corrupção em Portugal é mais imaginativa e endémica que em outros quadrantes geográficos e culturais?

O legislador criminaliza, no Código Penal Português e outros diplomas avulsos, a corrupção de agentes públicos (funcionários e/ou de titulares de cargos públicos), no fenómeno desportivo, no setor privado, de agente público estrangeiro no comércio internacio-

(*) Curso de Mestrado Científico em Ciências Jurídico-Criminais, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2013/2015.

nal; criminaliza a corrupção própria ou para acto ilícito, a corrupção imprópria ou para acto lícito, a corrupção ativa e passiva, a corrupção antecedente e subsequente — e, o que nos move no presente trabalho, a corrupção sem demonstração de acto concreto pretendido, sob o *nomem iuris* de “*recebimento indevido de vantagem*”.

E é *mister* questionar: será que o legislador penal luso, na sua ânsia de tudo prever e punir, aplacando a ira popular nesta era de massificada (e pouco qualificada) cobertura dos órgãos de comunicação social e redes sociais, ao criminalizar de forma expressa o “*recebimento indevido de vantagem*” no art. 372.º do Código Penal, verdadeiramente operou alguma *neo-criminalização*, mesmo que com *válvulas de escape*?

Analisaremos a evolução histórica da temática da corrupção e do atual quadro geral da corrupção no Código Penal português (arts. 372.º a 374.º-B), seguindo-se-lhe a análise da temática da punição expressa do “*recebimento indevido de vantagem*”

2. Evolução histórica

Data das Ordenações Filipinas (1603) a primeira previsão legal do fenómeno da corrupção *latu sensu*: o Livro V previa os comportamentos corruptivos como lesivos da pessoa e autoridade do Rei, punindo “*desembargadores e julgadores, e... quaisquer outros oficiais... que... recebam para si... dádivas... presentes... posto que com eles não traga requerimento de despacho algum*” com uma sanção proporcional ao valor subjacente — impondo a pena de degredo quando o valor recebido ultrapassasse um cruzado.

O Código Penal Português de 1852 regulava a matéria da corrupção nos arts. 318.º e seguintes, prevendo o art. 318.º (“*Peita, Suborno e Corrupção*”) que “*todo o empregado público, que cometer o crime...recebendo dádiva, ou presente — por si, ou por pessoa interposta com sua autorização, para fazer um acto das suas funções — se este acto for injusto e for executado, será punido com a pena de prisão maior temporária, e multa corres-*

pondente a um ano — se este acto porém não for executado, será condenado em suspensão de um a três anos e na mesma multa”.

O Código Penal de 1982 prevê a corrupção entre os “*crimes cometidos no exercício de funções públicas*”, nos arts. 420.º a 423.º (estatuindo crimes de corrupção passiva para acto ilícito, corrupção passiva para acto lícito, corrupção “*em causa criminal*” e corrupção ativa). Excetuando a retificação da grafia de uma daquelas normas, o regime legal manteve-se inalterado até ao Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março, que aprovou o Código Penal (de 1995).

O Código Penal de 1995 também prevê os crimes de corrupção como “*crimes cometidos no exercício de funções públicas*”, nos arts. 372.º e seguintes (estatuindo crimes de corrupção passiva para acto ilícito, corrupção passiva para acto lícito e crimes de corrupção ativa); a construção legal do crime de corrupção foi alterada pela Lei n.º 108/2001, de 28 de Novembro, pela Lei n.º 32/2010, de 2 de Setembro, e pela Lei n.º 4/2011, de 6 de Fevereiro.

A Lei n.º 108/2001 inova com a eliminação da exigência de prova de sinalagma — na Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 91/VII, precursora da Lei n.º 108/2001, refere-se que “*No domínio da corrupção, as alterações justificam-se... sobretudo pela necessidade de aumentar a eficácia da repressão criminal destas condutas... Um dos principais obstáculos à punição efectiva pela prática de crimes de corrupção prende-se com a necessidade da prova do nexo de causalidade entre a entrega por parte do agente da corrupção activa e a prática do acto, lícito ou ilícito, por parte do agente da corrupção passiva... este é um pseudo-sinalagma, na medida em que devem ser considerados crimes de corrupção e punidos como tal aqueles casos em que, à luz dos critérios de expectativa comum, a simples dádiva — tendo em conta, cumulativamente, o seu exagerado valor e as circunstâncias em que ocorreu ou a pessoa de quem proveio — não se mostre justificável de outro modo...”.*

Na origem das alterações legislativas introduzidas pela Lei n.º 32/2010 ao Código Penal está, sobretudo, o Projeto de Lei n.º 220/XI do Grupo Parlamentar do Partido Socialista, que, reforçando a eliminação de exigência de prova do sinalagma para a

consumação do crime de corrupção, refere: *“A punibilidade da corrupção tem...uma tipologia assente na solicitação ou aceitação de vantagem, patrimonial ou não patrimonial, não devida a funcionário pelo exercício das funções. Afasta-se, de forma inequívoca, a exigência de verificação de umnexo causal entre a vantagem e o acto ou omissão do funcionário, antecedente ou subsequente... esclarece-se que a censura ético-social recai sobre a solicitação ou aceitação de vantagem não devida, relevando aqui a perigosidade inerente à criação de condições que possam conduzir ao cometimento do favor, lícito ou ilícito. Deste modo, a vantagem não necessita de estar referida a uma determinada actuação funcional, mas apenas ao exercício de funções em geral.”*

A Lei n.º 4/2011 apenas alterou a grafia do art. 374.º-A, que prevê a *“Agravação”*.

3. Regime punitivo da corrupção *strictu sensu*

Apenas analisaremos os actos de funcionários abrangidos pelas normas dos arts. 372.º a 374.º-B do Código Penal, detendo-nos sobretudo na análise da norma do art. 372.º (sendo que se mostra equivalente o regime da Lei n.º 34/87, de 16 de Julho, relativamente titulares de cargos políticos ou de altos cargos públicos).

Nos termos do disposto na norma do art. 386.º do Código Penal, são *“Funcionários”* os funcionários civis, agentes administrativos e árbitros, jurados e peritos e aqueles que *“mesmo provisória ou temporariamente, mediante remuneração ou a título gratuito, voluntária ou obrigatoriamente, tiver(em) sido chamado(s) a desempenhar ou a participar no desempenho de uma actividade compreendida na função pública administrativa ou jurisdicional, ou, nas mesmas circunstâncias, desempenhar funções em organismos de utilidade pública ou nelas participar”*.

A mesma norma equipara a funcionários *“os gestores, titulares dos órgãos de fiscalização e trabalhadores de empresas públicas, nacionalizadas, de capitais públicos ou com participação maioritária de capital público e ainda de empresas concessioná-*

rias de serviços públicos”; ademais e “*para efeitos do disposto nos arts. 372.º a 374.º*”, equipara a funcionários os “*magistrados, funcionários, agentes e equiparados da União Europeia, independentemente da nacionalidade e residência... Os funcionários nacionais de outros Estados membros da União Europeia, quando a infracção tiver sido cometida, total ou parcialmente, em território português... Todos os que exerçam funções idênticas às descritas no n.º 1 no âmbito de qualquer organização internacional de direito público de que Portugal seja membro, quando a infracção tiver sido cometida, total ou parcialmente, em território português e... Todos os que exerçam funções no âmbito de procedimentos de resolução extrajudicial de conflitos.*” Como se percebe, aplicada diretamente ou por equiparação, a norma tem um âmbito lato de aplicação, adaptada aos moldes público-privados de ação que têm vindo a grassar no âmbito do Direito Administrativo.

A alteração mais profunda à construção legal-codicista do fenómeno da corrupção surgiu com a Lei n.º 32/2010, de 2 de Setembro; que alterações trouxe?

A Lei n.º 32/2010 consagrou o tipo legal de crime de “*Recebimento indevido de vantagem*”, art. 372.º (*infra* analisado de forma mais detida), e previu duas novas normas, “*Agravação*” e “*Dispensa ou atenuação de pena*”, arts. 374.º-A e 374.º-B.

A par do “*recebimento indevido de vantagem*”, manteve-se a previsão da “*corrupção ativa*” (art. 374.º), deixando de estar prevista em diferentes artigos a corrupção passiva para acto lícito e ilícito (n.ºs 1 e 2 do art. 373.º).

O art. 374.º-A (“*Agravação*”) alarga as molduras penais em função dos valores da vantagem, recorrendo a uma construção legal tecnicamente incorreta: os critérios de valor inscritos no art. 202.º CP (remetendo para diplomas legais diversos, numa opção que parece violar o princípio da segurança jurídica na vertente da determinabilidade) são relativos a crimes contra o património, sendo o bem jurídico protegido pelas normas dos arts. 372.º e seguintes CP (corrupção) diverso — a autonomia intencional do Estado, na posição defendida por Almeida Costa (a integridade do exercício das funções públicas pelo funcionário para Paulo Pinto de Albuquerque — ou a autonomia intencional do agente que

desempenha funções em esferas de atuação pública, em nosso entender e como exporemos).

O legislador em 2012 obnubila o *facto* de, na prática, reduzidas vantagens patrimoniais poderem gerar benefícios bem superiores a jusante; e não se percebe que se puna de forma mais gravosa o agente do crime de corrupção em função do valor da vantagem (patrimonial ou não patrimonial) quando o crime se consuma sem sinalagma (desde a alteração de 2001), *i.e.*, mesmo inexistindo efetiva vantagem — o mesmo é dizer, não faz sentido punir de forma mais severa o agente do crime em função do valor de uma vantagem...que pode inexistir!

O art. 374.º-B (“*Dispensa ou atenuação de pena*”) é outra catástrofe de construção legislativa, confundido desde logo “*acto*” e “*facto*”. Esta norma integra-se no movimento de Direito Pre-mial, mas possui um fundamento ético deveras questionável — e criticável! — porquanto premeia a delação...

O n.º 1 do art. 374.º-B prevê a dispensa de pena (declaração de culpa sem pena — o agente não é condenado a pena alguma): a alínea *a*) apenas é válida para casos de corrupção ativa para acto lícito (art. 374.º, n.º 2 CP); na alínea *b*), onde se lê “*facto*” deve ler-se “*acto*” (prevêem-se as situações nas quais o agente público da corrupção passiva, antes de praticar o acto que mercadejou, se arrepende e repudia a vantagem). Na alínea *c*) também se deve ler “*acto*” onde está “*facto*” (valendo para os casos de corrupção ativa).

No n.º 2 prevêem-se hipóteses de atenuação de pena (são encurtados os limites mínimos e máximos da pena a aplicar): na alínea *b*) deve ler-se “*facto*” em vez de “*acto*”, valendo para os casos nos quais o agente de corrupção ativa oferece a vantagem a solicitação do funcionário.

Além dos erros de construção legislativa que referimos, temos ainda a norma do n.º 3 do art. 372.º, cláusula (geral) de exclusão de ilicitude, perfeitamente dispensável porquanto reflexo da consagração do princípio geral da adequação social.

Quais as modalidades de corrupção legislativamente consagradas nos arts. 372.º e seguintes? Relativamente ao agente, a corrupção é, desde logo, passiva ou ativa:

- a corrupção *passiva* refere-se à conduta de um agente corrupto, que ou é funcionário (art. 386.º CP) ou político (nos termos do art. 3.º da Lei n.º 34/87, de 16 de Julho); é, portanto, um crime *específico próprio*, pois o seu agente apenas pode ter aquelas características, sendo a conduta mais ilícita, mais culposa, logo punida de forma mais gravosa;
- a corrupção *ativa* é um crime comum, qualquer pessoa pode ser seu agente.

Os crimes de corrupção passiva e ativa têm autonomia dogmática, *i.e.* pode existir condenação por corrupção ativa sem condenação por corrupção passiva: *v. g.* A, condutor de veículo automóvel, é interceptado a circular a 160 km/hora em auto-estrada: quando é abordado por B, agente da Brigada de Trânsito, oferece-lhe €250,00 para não ser autuado e B recusa a oferta indevida — A consuma o crime de corrupção ativa para acto ilícito (art. 374.º n.º 1 CP), inexistindo prática do crime de corrupção passiva.

A corrupção *passiva* está prevista nas normas do art. 372.º, n.º 1 e do art. 373.º do Código Penal, estando a corrupção *ativa* prevista na norma do art. 373.º, n.º 2 e do art. 374.º do Código Penal.

Mostra-se necessário também distinguir entre corrupção *própria*, corrupção *imprópria* e corrupção *sem demonstração de acto concreto pretendido* (até à entrada em vigor da Lei n.º 108/2001 apenas se distinguia entre corrupção própria e imprópria — sendo que existem autores que defendem que, não obstante não prevista normativamente, a sua existência resultaria da interpretação doutrinária):

A corrupção *própria* é a corrupção para acto *ilícito*: a corrupção *própria passiva* está prevista no art. 373.º, n.º 1 CP: *v. g.* A, Juiz do Tribunal de Execução de Penas de Coimbra, solicita a B, pai de recluso a cumprir pena em estabelecimento prisional, a entrega de €5.000 para lhe conceder licença de saída jurisdicional, não se cumprindo os pressupostos da mesma — o crime consuma-se no momento em que o pedido de A chega ao conhecimento de B, não sendo necessário que A receba o dinheiro ou que conceda a licença; a corrupção *própria ativa* encontra-se regulada no art. 374.º, n.º 1: *v. g.* C, recluso no Estabelecimento Prisional de Aveiro, entra em contato com D, guarda prisional no mesmo, prometendo-lhe a

entrega de €2.500 se lhe trouxer cocaína para dentro do estabelecimento — o crime consuma-se quando a promessa do pagamento é feita, não sendo necessário que a cocaína entre no espaço prisional.

A corrupção *imprópria* é a corrupção para acto *lícito*: a corrupção *imprópria passiva* está prevista no art. 373.º, n.º 2 do Código Penal: v. g. A, enfermeira nos HUC, solicita a B, familiar de paciente internado naqueles, a entrega de €500 para ser mais eficiente no atendimento — a enfermeira solicita uma vantagem para praticar um acto que já devia praticar, o atendimento correto; a corrupção *imprópria ativa* está prevista no art. 374.º, n.º 2: v. g. C, familiar de paciente dos Hospitais dos Covões, oferece €1000 a D, cirurgião, para que este tenha uma atenção acrescida na realização da intervenção cirúrgica agendada.

A corrupção *sem demonstração de acto concreto pretendido* corresponde ao crime previsto no art. 372.º do Código Penal (“*Recebimento indevido de vantagem*”), estando a forma *passiva* prevista no n.º 1 (v. g. Médico do Sobral Cid pede uma salva de prata a laboratório, sem preceituar medicamentos por este produzidos) e a sua forma *ativa* no n.º 2 da mesma norma (v. g. Multinacional farmacêutica oferece um computador portátil à família de um médico que com ela nunca trabalhou).

A corrupção para *acto ilícito* (corrupção *própria*), até à entrada em vigor da Lei n.º 32/2010, estava prevista no art. 372.º, n.º 1 quando *passiva* e no art. 374.º n.º 1 quando *ativa* — com a Lei n.º 32/2010 passou a estar prevista a forma *passiva* no art. 373.º, n.º 1 e a forma *ativa* no art. 374.º, n.º 1 CP, sendo os tipos exatamente iguais.

A corrupção para acto *lícito* (corrupção *imprópria*) até 2011 estava prevista no art. 373.º, n.º 1 (*passiva*) ou art. 374.º, n.º 2 (*ativa*); a partir de Março de 2011 a forma *passiva* passou a estar previsto no art. 373.º n.º 2 CP e a forma *ativa* continua a estar prevista no art. 374.º, n.º 2 CP, mantendo-se inalterado o tipo; a moldura penal passa de um limite máximo de 2 para 5 anos, no caso de corrupção passiva para acto lícito, passando a corrupção ativa para acto lícito de um limite máximo de seis meses para 3 anos de prisão.

Entre 2001 e Março de 2011 a corrupção sem demonstração do acto concreto pretendido estava prevista no art. 373.º n.º 2

quando *passiva* e no art. 374.º, n.º 2 quando *ativa* (conjuntamente com a corrupção ativa para acto lícito); a partir de Março de 2011 no art. 372.º, n.º 1 do Código Penal temos um crime de recebimento indevido de vantagem (forma *passiva*) e no n.º 2 temos um crime de oferta indevida de vantagem (forma *ativa*).

Existe, por força do art. 373.º, n.º 1 CP (“*ainda que anteriores àquela*”), uma absoluta equiparação entre a corrupção antecedente (mercadeja-se primeiro, com vista à pratica de acto futuro) e a corrupção subsequente (pratica-se o acto e apenas depois se merca-deja): como não se consegue determinar quando foi praticado o acto de corrupção, o legislador tenta evitar a isenção de responsabilidades.

Até à Lei n.º 108/2001, não sendo feita a prova do acto concretamente pretendido, o agente do crime era absolvido: *v. g.* A, enfermeiro de hospital público, recebe €10.000 em cheques viagem de uma multinacional farmacêutica sem que se perceba qual o objetivo de tal entrega. Para evitar lapsos de punição (com o que isto apresenta de questionável...) a Lei n.º 108/2001 criou a terceira modalidade de corrupção, sem demonstração de acto concreto pretendido — mas previu uma presunção de culpa?

Desde 1982 o legislador punia mais gravemente casos de corrupção para acto ilícito (corrupção em sentido próprio) do que os casos de corrupção para acto lícito (corrupção em sentido impróprio); o Sindicato dos Magistrados do Ministério Público entendia que deveria ser feita uma total equiparação entre corrupção própria e corrupção imprópria, desde logo porque a distinção do acto pretendido se mostra amiúde difícil, mas também porque a corrupção mais grave (de agentes poderosos) ocorre em espaços de discricionariedade técnica, de silêncio, remetidos para o âmbito da corrupção imprópria (punida de forma menos gravosa).

Existem algumas figuras jurídicas que apresentam pontos de contato com a corrupção que se mostra necessário explicitar, começando por traçar as diferenças daquele com o crime de tráfico de influências, previsto na norma do art. 335.º CP: desde logo o tráfico de influência, cronologicamente, está mais longe do acto pretendido; ademais, enquanto a corrupção passiva é um crime específico próprio (o seu agente será ou funcionário, nos ternos do

art. 386.º CP, ou político, nos termos do art. 3.º da Lei n.º 34/87, de 16 de Julho), no tráfico de influências o vendedor de influência não tem que ser agente público, pode ser qualquer pessoa (quer na venda, quer na compra de influência), é um crime comum.

A distinção entre tráfico de influência e corrupção em participação nem sempre é óbvia: *v. g.* A, autarca, e seu amigo B almoçam e falam de C, empresário que pretende construir na autarquia de A: se B diz a A que conhece C e que consegue que este pague x, dividindo com ele o valor em partes iguais, aceitando A será B com ele participante no crime de corrupção passiva para acto ilícito (art. 373.º, n.º 1 CP) — o tráfico de influência só ganha autonomia quando alguém oferece ou vende a sua influência, real ou não, prévia à corrupção.

Outra figura próxima da corrupção é a concussão, previsto na norma do art. 379.º CP: todavia a corrupção é um crime contra a autonomia intencional do Estado, ao passo que a concussão é um crime de abuso de autoridade; adicionalmente, na corrupção passiva o agente mercadeja com o cargo em troca de vantagem, enquanto na concussão o agente público não mercadeja, antes abusa do seu poder (através de coação ou criando/aproveitando erro da vítima) para obter vantagem patrimonial.

Sendo este o quadro geral da corrupção inscrito no Código Penal, questionemos: a percepção popular de um clima de corrupção generalizado em Portugal encontra paralelo judicial e judiciário? A massificação de inquéritos, julgamentos e condenações foi de tal ordem que justificou uma redefinição do quadro normativo-legal? E existiam falhas de previsão legislativa que justificassem a criminalização do recebimento/oferta indevida de vantagem?

A realidade da corrupção deve ser analisada também do ponto de vista da prática judiciária, pelo que analisaremos alguns dados oficiais; comecemos pelo gráfico relativo aos crimes de corrupção registados pelas autoridades policiais (período 1994-2012):

94	95	96	97	98	99	00	01	02	03	04	05	06	07	08	09	10	11	12
144	173	173	152	416	353	90	102	121	115	72	105	106	122	103	62	51	65	52

Segue-se-lhe o gráfico relativo ao número de arguidos pelo crime de corrupção:

94	95	96	97	98	99	00	01	02	03	04	05	06	07	08	09	10	11	12
70	47	41	67	50	43	62	68	82	63	69	189	147	79	102	133	167	129	86

Terminemos com o gráfico relativo às condenações em 1^a instância por crimes de corrupção:

94	95	96	97	98	99	00	01	02	03	04	05	06	07	08	09	10	11	12
49	32	26	46	33	24	43	38	57	55	49	60	71	48	59	64	72	46	48

Nos anos de 1998/1999 verificou-se um exponencial aumento do número de casos de corrupção registados pelas “*autoridades policiais*”, constata-se uma acentuada diminuição dos mesmos nos últimos anos — e uma tendência de estabilização em números inferiores à média após as alterações ao Código Penal introduzidas pela Lei n.º 32/2010.

Nos anos de 2005/2006 e no período 2008-2010 houve um significativo aumento do número de arguidos constituídos pelo crime de corrupção, sendo que o ano de 2012 se integra na média das últimas duas décadas. Todavia, o número de condenações não acompanha o movimento referido, antes se mantém estável — existindo mesmo uma diminuição não muito significativa em 2011 e 2012.

Numa leitura meramente numérica, podemos afirmar que as alterações legislativas, *maxime* da Lei n.º 32/2010, não podem ser justificadas a montante pela necessidade de dar resposta a um fenómeno criminoso em exponencial aumento, nem podem ser justificadas a jusante pelo aumento de eficácia punitiva alcançada: o período (curto/médio-prazo) prévio à elaboração da Lei n.º 32/2010 não está marcado por números endémicos de processos-crime de corrupção e o número de absolvições não aumentou de uma forma tal que pudéssemos dizer que os vazios legais impediam o combate judiciário a tal fenómeno.

Justificadamente podemos admitir que o legislador luso foi permeável à compreensão social do fenómeno da corrupção, patente em estudos de organizações não-governamentais como a *Transparency International* — a República Portuguesa é percecionada pelos seus cidadãos quase como um paraíso para os corruptores, apontada fora das nossas fronteiras como um Estado permeável, relapso no combate à economia paralela e mesmo favorecedor de um clima de promiscuidade económica nas mais altas esferas de poder.

4. O “recebimento indevido de vantagem”: breve análise

Estaremos, no art. 372.º do Código Penal perante uma presunção de culpa, punindo-se *inclusive* uma mera promessa de vantagem que pode até nem ser patrimonial, sem que se exija adicional prova, sequer um efetivo mercadejar? Estaremos perante uma mera proibição de comportamento, sem que à norma esteja associada a proteção de um bem jurídico concreto? Estaremos perante uma neo-criminalização?

Demonstraremos ser a resposta às três questões colocadas negativa, mostrando-se imperioso fazer análise mais aprofundada (dentro das existentes possibilidades) sobre o regime do “*recebimento indevido de vantagem*”, que consagra a corrupção sem demonstração de acto concreto pretendido.

O primeiro passo que deveremos trilhar para a compreensão da norma passa pela definição da existência (ou não) de um bem jurídico protegido: se existir apenas uma mera proibição de comportamento, sendo “*proibido proibir*” sem mais, encontrar-nos-emos perante uma norma inconstitucional, o que determinaria a sua eliminação do elenco codicista. No n.º 2 do art. 372.º a punição não é do funcionário (conforme descrito no art. 386.º CP) mas daquele que pretende influenciar o seu comportamento, é questionável se a punição deva ter lugar mesmo que alteração alguma do comportamento do funcionário resulte da atuação do terceiro, mas

reconhece-se existir um bem jurídico na base desta norma e em toda a Secção I do Capítulo IV do Código Penal — qual?

A resposta não parece sair da jurisprudência: se (como *infra* referiremos) existem autores que reconhecem ser a corrupção sem demonstração de acto concreto pretendido prevista legalmente (pelo menos) desde a Lei n.º 108/2001, certo é que a jurisprudência a esse respeito é escassa: até à entrada em vigor da Lei n.º 32/2010, de 2 de Setembro, podemos referir (sem que nos conduza a resposta quanto à questão do bem jurídico protegido) apenas os Acórdãos do Tribunal da Relação de Coimbra de 02/10/2002 (que refere que “*casos há em que o crime de corrupção se deve ter por preenchido independentemente do facto de a vantagem ou a promessa terem por objecto imediato um acto determinado*” e do Supremo Tribunal de Justiça de 22/06/2005 (que refere que com o n.º 2 do art. 373.º do Código Penal na Lei n.º 4/2001, “*criminaliza-se também aquelas situações em que o mercadejar do cargo de funcionário não tem em vista um acto ou omissão concreta do funcionário mas uma relação funcional, digamos que privilegiada, entre ele e determinada pessoa*”).

Podemos apelar ao Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa no Processo 504/04.6JFLSB.L1-5 (Relator Artur Vargues) para tentar vislumbrar o bem jurídico protegido: “*O bem jurídico protegido no crime de corrupção é a legalidade da actuação dos agentes públicos, a quem está interdito mercadejar com o cargo... ou, conforme o entendimento de Almeida Costa... a autonomia intencional do Estado, sendo que num Estado de Direito o desempenho de funções públicas tem de se pautar por exigências de legalidade, objectividade e independência, que o funcionário infringe ao colocar os poderes funcionais ao serviço dos seus interesses privados quando transaccionar com o cargo*” — mas sem perder de vista que o “*recebimento indevido de vantagem*” apenas entrou em vigor em Março de 2011.

Atento o facto de a inserção sistemática do “*recebimento indevido de vantagem*” apenas ter tido lugar com a Lei n.º 32/2010, o tratamento dogmático da matéria do bem jurídico protegido assenta na análise global à temática da corrupção, sendo que devemos analisar sobretudo duas visões:

António Manuel de Almeida Costa defende que “...*não obstante o carácter instrumental que reveste, também a própria administração, atenta a relevância dos objectivos que serve, pode, em si mesma, assumir a natureza de bem jurídico-criminal. Neste sentido aponta a sua imprescindibilidade para a realização ou satisfação de finalidades fundamentais, indispensáveis em qualquer sociedade organizada. Posto isto, ao transaccionar com o cargo, o empregado público corrupto coloca os poderes funcionais ao serviço dos seus interesses privados... abusando da posição que ocupa... “substitui”(se) ao Estado, invadindo a sua respectiva esfera de actividade...o bem jurídico da corrupção consiste na autonomia intencional do Estado”*”.

Débora Thais de Melo refere que “*O núcleo do delito... consiste... no “transaccionar com o cargo” que, em última análise, põe em causa o exercício objetivo da função pública... o mercadejar da função pública malfere a legalidade da actuação dos agentes públicos face à vedação legal do recebimento de qualquer vantagem relacionado com o desempenho do cargo e...põe em causa a objectividade decisional do Estado, que actua por meio de tais funcionários...ao pedir e aceitar suborno, o agente público abusa...da posição ocupada para locupletamento privado, substituindo-se ao Estado e subvertendo critérios que, em uma ordem democrática e de direito, devem necessariamente presidir ao desempenho das funções públicas, como exigências de legalidade, objectividade e independência, enquanto condições essenciais à prossecução do interesse público”*”.

Paulo Pinto de Albuquerque (para quem estamos, nesta secção, perante crimes de mera atividade) defende que “*o bem jurídico protegido... é a integridade do exercício das funções públicas pelo funcionário. Por um lado só se abrangem as “funções públicas” e não a atividade privada do funcionário e, por outro lado, os funcionários sujeitos ao tipo não são apenas os funcionários do Estado, uma vez que o conceito penal de funcionário inclui também os gestores e os trabalhadores de empresas concessionárias de serviços públicos, que não se integram no Estado (não procedendo, por estas duas razões, a definição do bem jurídico como a “autonomia intencional do Estado...)”*”.

Parece-nos que Paulo Pinto de Albuquerque, fazendo apelo ao critério lato de funcionário que resulta do art. 386.º CP, abrangendo também agentes de Direito Privado atuando em esferas de atuação pública, tem razão quando especifica que a ação passível de assumir relevância criminal é aquela que tanja a parte pública do comportamento ativo/omissivo; porém, utilizando tal argumento, parece-nos que deixa de ter razão quando rejeita a posição defendida por Almeida Costa de o bem jurídico protegido ser a autonomia intencional do Estado, no substrato público do termo, pois que apenas a titularidade de funções em esferas de atuação pública, mesmo que estatutariamente privadas, permite a inserção do comportamento concreto no espaço de previsão normativa do art. 372.º CP.

Podemos afirmar que o bem jurídico protegido (nas normas do art. 372.º e seguintes) será a autonomia intencional dos agentes que desempenhem funções em esferas de atuação pública, abrangendo todos aqueles que interajam com tais esferas sob contrato de trabalho em funções públicas, como funcionário público (no sentido tradicional do termo), nomeado, prestador de serviços públicos ou, também, como trabalhador de um órgão não integrante da Administração Pública (central, regional e/ou local) mas prosseguindo um escopo que se inclua na prossecução do interesse público — aquilo a que se convencionou chamar o Estado Social.

O recebimento/oferta/entrega/promessa de indevida vantagem pelo/ao funcionário é um crime novo ou tem antecedentes entre nós?

Euclides Dâmaso Simões defende que “*A criação d(o) clima de “permeabilidade” ou “simpatia” era já considerada abrangida pela previsão do art. 322.º do Código Penal de 1886, classificando-a os comentadores... como “suborno indirecto”*”, defendendo Cláudia Cruz Santos a mesma origem, secundando a posição (de não originalidade de tal incriminação) referindo que, mesmo antes da entrada em vigor das alterações introduzidas pela Lei n.º 4/2011, de 28 Novembro, “*havia já quem defendesse (Almeida Costa), ainda que a título excepcional, a relevância típica (mero recebimento ou solicitação de uma qualquer vantagem por parte de um agente público, independentemente da*

demonstração de que essa vantagem visa a compensação de qualquer conduta, já adoptada ou a adoptar no futuro).

A solução consagrado no art. 372.º CP pela Lei n.º 32/2010, de 2 Setembro, para Paulo de Sousa Mendes, “...é inspirado, inclusive na própria designação, na *Vorteilsannahme* (§ 331 Abs. 1 StGB) da Lei de Combate à Corrupção Alemã (*Gesetz zur Bekämpfung der Korruption — KorrBekG...* que prevê as situações em que um funcionário... exige, permite que se lhe prometa ou aceita uma vantagem (*Vorteil*), para si ou para terceiro, para o exercício do serviço... Do lado activo, a oferta ou promessa de vantagem é inspirada na *Vorteilsgewährung* (§ 333 Abs. 1 StGB), que abrange as situações em que o particular oferece, promete ou concede a um funcionário... uma vantagem, para si ou para terceiro, para o exercício do serviço”; porém, Euclides Dâmaso Simões defende que “...Enquanto o parágrafo 331.º, n.º 1 do C. Penal alemão se refere à aceitação de vantagens “como contraprestação por o funcionário ter tido uma actuação profissional ou vir a tê-la no futuro” e o parágrafo 333.º se refere à concessão de vantagens a funcionário “para realizar no futuro uma actuação profissional”, o art. 372.º do Código português refere-se, mais latamente, à solicitação ou aceitação (n.º 1) ou à dádiva ou promessa (n.º 2) de vantagem a funcionário “no exercício de funções ou por causa delas”. Isto é, a Lei alemã pressupõe efetivamente a existência de um acordo em vista à prática de um acto, já ocorrido ou a ocorrer no futuro, reconduzindo-se, assim, aos parâmetros das tradicionais modalidades de corrupção antecedente e subsequente... ao passo que (o)... art. 372.º, não aludindo a qualquer tipo de actuação por parte do funcionário, baseia-se no simples facto de a vantagem lhe chegar em razão de estar investido no exercício de funções públicas.”

Na norma do art. 372.º CP pune-se o que se designa por “*mercadejar com o cargo*”, i.e. o acto de solicitação/aceitação/oferta/promessa de vantagens que se mostrem suscetíveis de criar um “*clima de permeabilidade*” ou “*simpatia*” favoráveis às pretensões do agente. Portanto, quando o funcionário solicita ou aceita vantagem, quando manifesta a intenção de receber vantagem que não lhe seja devida e que esteja interrelacionada com o exercício das suas funções, o crime consuma-se.

Solicitando o funcionário vantagens que lhe não são devidas no/pelo exercício de funções de natureza pública, ou lhe sendo aquelas oferecidas, o seu espírito e ação ficam condicionados, a prossecução do interesse público deixa de ser o critério norteador da sua ação/inação, falha a imprescindível objectividade, resulta conspurcado o seu normal processo decisional.

Essencial para que possamos afirmar (pelo menos) formalmente possível a punição de um comportamento *ex vi* art. 372.º CP é que esteja em causa a pretensão de introduzir uma indevida influência no processo decisional do “*funcionário*” ou um aproveitamento por este do estatuto de suas funções para a obtenção de uma vantagem que, à luz de critérios de normalidade (que não apenas jurídica), não seria devida.

A norma do art. 372.º, nos n.ºs 1 e 2, prevê o “*exercício das suas funções ou por causa delas*”: em causa pode não estar o fulcro da função em esferas de atuação pública, mas aspectos reflexos, “*ou por causa delas*”, pode o fim visado não ser diretamente a função primacial daquele concreto “*funcionário*” mas o acesso à vantagem (indevida) pretendida ser com esta conexo — não pode bastar uma ligação acidental ou indireta, o nexos de ligação exigível tem que ser passível de ser considerado como adequado por um *bonus pater familias*. Estes aspectos reflexos têm que estar diretamente correlacionados com as funções, sob pena de se abrir um espaço de sobre-punição e de o bem jurídico materialmente protegido ser de tal forma lato que caímos numa situação de punição pela punição, logo passível de declaração de inconstitucionalidade.

Dito isto, podemos e devemos incluir no espaço de previsão normativo comportamentos como *v. g.* o de um Vereador de Câmara Municipal, pai de estudante de colégio com contrato de associação com a República Portuguesa, que promete ao Diretor de Turma de seu filho a indicação como cabeça de lista a eleições autárquicas pelo seu partido se atribuir uma média académica que permita ao jovem entrar no curso superior desejado.

E a punição deverá ter lugar mesmo que o Vereador não indique o Diretor de Turma como cabeça de lista ou que não se consiga provar a correspondência entre a promessa de nomeação e a atribuição da desejada média: com a Lei n.º 108/2001 deixou de ser exigida a

prova da correspondência da vantagem a um acto concreto do funcionário para haver punição efectiva pela prática de crime, mostrando-se necessário contudo uma correspondência entre o acto de “suborno” dirigido a/aceite por alguém que, num determinado período temporal, possui um interesse associado às funções que exerce.

O escambo de vantagens como contrapartida do exercício de funções em esferas de atuação pública, não tendo que ser temporalmente sucedâneo, também não pode estar totalmente desligado, exige-se uma conexão razoável entre o momento de solicitação/oferta da indevida vantagem e o da prática do acto indevido do funcionário, não basta uma ligação virtual ou uma presunção de ligação.

Certo que não se deve exigir um pré-definido intervalo temporal entre ambos os momentos: numa análise casuística, podendo ser afirmada a relação entre oferecimento/solicitação da vantagem indevida e prática indevida de acto, poderá a situação estar abrangida no previsão da norma, incluindo situações nas quais o acto foi praticado antes de solicitada a vantagem, desde que seja possível interligar ambas as situações.

E não se exige sequer a demonstração do concreto acto (indevido) que seja a contrapartida do comportamento “*corruptivo/corruptor*”! Não se perca de vista que a Lei n.º 32/2010 tem, na sua base, o Projeto de Lei n.º 220/XI; textualmente se indica que “*Afasta-se, de forma inequívoca, a exigência de verificação de um nexos causal entre a vantagem e o acto ou omissão do funcionário, antecedente ou subsequente... a censura ético-social recai sobre a solicitação ou aceitação de vantagem não devida, relevando aqui a perigosidade inerente à criação de condições que possam conduzir ao cometimento do favor, lícito ou ilícito. Deste modo, a vantagem não necessita de estar referida a uma determinada actuação funcional, mas apenas ao exercício de funções em geral...*”.

Com a criação deste art. 372.º CP não estamos perante um novo e autónomo tipo legal de crime, antes a “*diferenciação típica*” de um comportamento que, já com a Lei n.º 108/2001, estava legalmente consagrado, naquilo que alguma doutrina designava por “*corrupção sem demonstração do acto pretendido*” — sendo tal opção encarada por Sergio Seminara como pouco conseguida.

Mas existe uma parificação de regime entre a solicitação/aceitação indevida de vantagens (art. 372, n.º 1 CP) e o anterior n.º 2 do art. 373.º do Código Penal [*“Na mesma pena (prisão até 2 anos ou multa até 240 dias) incorre o funcionário que por si, ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, solicitar ou aceitar, para si ou para terceiro, sem que lhe seja devida, vantagem patrimonial ou não patrimonial de pessoa que perante ele tenha tido, tenha ou venha a ter qualquer pretensão dependente do exercício das suas funções públicas”*]?

Cláudia Cruz Santos referia que *“No n.º 2 do art. 373.º do Código Penal (introduzido pela Lei n.º 108/2001) contemplam-se as hipóteses daquilo a que se poderia chamar “corrupção sem acto”...no sentido de que nem é necessário demonstrar-se a existência prevista ou em concreto desejada do acto. São aqui enquadráveis os casos em que se demonstra que um funcionário solicitou ou recebeu uma vantagem oriunda de alguém que esteve, está ou previsivelmente virá a estar em uma relação de índole profissional com ele. Não se faz prova de que com tal pedido ou aceitação se pretenda compensar um qualquer acto praticado ou a praticar pelo funcionário. O que se sabe é que tal conduta não pode ser compreendida a não ser no contexto de criação de um clima de viciação da sua objectividade decisional... o suborno visa compensar e independentemente da descoberta do “rasto do dinheiro”*”.

Sendo certo que existem algumas similitudes, até de objetivos de política criminal, entre o tipo legal de crime previsto no n.º 2 do art. 373.º CP e o crime de recebimento indevido de vantagens, também o é que as diferenças são reais; mas até que ponto? Serão as diferenças entre as normas meramente de pormenor ou, ao invés, estaremos perante inultrapassáveis diferenças no que tange à sua aplicabilidade?

O anterior art. 373.º, n.º 2 CP regulava a *“corrupção passiva para acto lícito”*, ao passo que o *“recebimento indevido de vantagens”*, autonomizado normativamente no art. 372.º CP, encima a Secção relativa aos crimes de corrupção, sinal claro da relevância conferida pelo legislador na Lei n.º 32/2010: não é que tal crime tenha sido eivado a corolário da corrupção, sequer que lhe caiba a moldura penal mais severa, mas reforça-se a intenção já constante

do Projeto de Lei n.º 220/XI do Partido Socialista de não deixar escapar por entre as frestas de previsão legal comportamentos ínvios, mas de prova (mais) complexa.

A pressão mediática à qual o legislador de 2010 não foi (*hélas...*) alheio redundou em demasiados erros de construção legal, alguns dos quais referimos *supra*, de forma não esgotante:

O *nomem iuris* escolhido pelo legislador para o art. 372.º é incorreto a vários níveis: o legislador penal “*tomou a nuvem por Juno*”, denominando o comportamento ilícito-típico em consideração apenas à sua face passiva (n.º 1, solicitação/aceitação feita pelo “*funcionário*”), mas obnubilando a existência da sua face ativa (n.º 2, oferta/promessa de oferta a “*funcionário*”); mal andou o legislador visto que o fulcro da norma, o comportamento ilícito-típico, é a referida solicitação/aceitação/oferta/promessa de vantagens indevidas, para ou pelo “*funcionário*” para efeitos do art. 386.º CP, em virtude do desempenho, por este, de funções em esferas de atuação pública para a criação de um clima de simpatia ou permeabilidade favorável às pretensões do agente.

Seguindo na comparação entre o art. 372.º e o anterior n.º 2 do art. 373.º CP, duas posições antagónicas se revelam, separando aqueles que defendem o alargamento do âmbito de incriminação da norma jurídica mais recente e aqueles que pugnam por um alargamento de tal âmbito e aqueles que entendem verificar-se em 2010 um encurtamento do seu espaço de aplicação — ambas as posições secundando as suas conclusões na eliminação do trecho “*pessoa que perante ele (funcionário) tenha tido, tenha ou venha a ter qualquer pretensão dependente do exercício das suas funções públicas*”.

Eliminando-se a exigência gráfica de funcionalidade, há quem diga que se deverão punir todos os pedidos de vantagem feitos pelo funcionário a qualquer pessoa (ou a sua aceitação de vantagem oferecida por qualquer pessoa). Porém rejeitamos esta visão, que pretende criminalizar relações de mera pessoalidade, porquanto o bem jurídico protegido pela norma atém-se ao campo da funcionalidade, desde logo — qualquer que seja a posição defendida (autonomia intencional do Estado, Almeida Costa; integridade do exercício das funções públicas pelo funcionário, Paulo

Pinto de Albuquerque; autonomia intencional dos agentes que desempenham funções em esferas de atuação pública), a oferta/aceitação apenas releva do caráter público da atuação do funcionário; rejeitamo-la também por um argumento de literalidade: o *nomem iuris* do art. 372.º realça a natureza *indevida* da vantagem (e ofertas de familiares e/ou amigos, não sendo objeto de punição, não se mostram indevidas), reforçada no corpo da norma ao estabelecer-se que a vantagem patrimonial ou não patrimonial “*não lhe (funcionário) seja devida*” e o funcionário, agente do crime de corrupção, solicita ou aceita a vantagem indevida “*no exercício das suas funções ou por causa delas*”.

Sendo de rejeitar o alegado alargamento do âmbito de aplicação da norma do art. 372.º, é-o também relativamente à sua redução: deixando de estar graficamente prevista a origem da indevida vantagem solicitada a/oferecida por pessoa que com o funcionário tenha tido ou venha a ter relação funcional, certo é que não se opera apenas a criminalização da solicitação/oferta de vantagem pela pessoa que, no concreto momento daquela(s), tem perante o funcionário uma relação que excede o campo da pessoalidade, o âmbito incriminador não se limita ao mero exercício de funções pelo funcionário, prevêem-se também as vantagens que resultam “*por causa delas*” (funções), *i.e.*, as situações nas quais as (indevidas) vantagens (patrimoniais ou não patrimoniais) solicitadas pelo funcionário ou oferecidas a funcionário são o anverso (retribuidor) de indeterminados actos passados ou futuros.

Parecendo excessivo que qualquer ligação com o “*funcionário*”, prévia, posterior ou hodierna com o acto corruptivo possa fundamentar a condenação, parece-nos ter andado bem o legislador na redefinição do desenho normativo, passando a exigir que a indevida vantagem seja “*solicitada*”/“*aceite*”, ou “*oferecida*”/“*prometida*” pelo/ao “*funcionário*” em virtude do desempenho de funções em esferas de atuação pública.

Mas punem-se todas as indevidas vantagens que se venham a obter “*no exercício das suas funções ou por causa delas*”?

Cláudia Cruz Santos defende que “*Não se restringe a incriminação às hipóteses em que o funcionário está “no exercício das suas funções”, mas também se abarcam expressamente as hipóte-*

ses em que o pedido ou a aceitação da vantagem ocorrem “por causa delas”, ou seja, aqueles casos em que o pedido ou a aceitação só ganham sentido no contexto de uma retribuição de actos futuros ou passados, ainda que indeterminados”.

O carácter indevido das vantagens, percebe-se, é o fulcro para que se possa cogitar a tipicidade do comportamento em análise; mas todas as vantagens serão indevidas, provenham ou não do exercício de funções em esfera de atuação pública?

Não: existe um duplo juízo de análise, combinando ambos os critérios e provando o correlacionamento de forma estrénuo; caso subsistam dúvidas de que determinada vantagem foi recebida por um funcionário muito após o momento da solicitação do comportamento contrário ao normal desempenho de funções, o juízo sobre a criação do clima de permeabilidade é ainda mais apertado.

Parece-nos ser conveniente, embora tal tarefa deva ser casuística e desenvolvida pela jurisprudência, estabelecer patamares temporais mínimos: a retribuição de um acto passado/futuro deve ter limites, não se pode aceitar que todo e qualquer efeito reflexo do exercício de funções em esfera de atuação pública (*“por causa delas”*) seja passível de punição, sob pena de serem as normas dos n.ºs 1 e 2 do art. 372.º CP declaradas inconstitucionais por violação do princípio da segurança jurídica na vertente da determinabilidade.

Concluindo o breve esforço comparatístico entre a norma do art. 372.º, n.º 1 e o anterior n.º 2 do art. 373.º CP temos que referir as diferenças ao nível da pena aplicada: se nesta norma o comportamento típico-ilícito era punido com pena de prisão até 2 anos ou multa até 240 dias, a norma do n.º 1, art. 372.º CP (solicitação por funcionário) prevê pena de prisão até 5 anos ou pena de multa até 600 dias e a norma do n.º 2 (oferta a funcionário) prevê pena de prisão até 3 anos ou pena de multa até 360 dias.

Significa tal diferença que o *“recebimento indevido de vantagens”* é um crime de tal forma desvalioso que justifique uma diferenciação de previsão abstracta de pena superior a 100% no caso de solicitação pelo funcionário, art. 372.º, n.º 1 CP? A análise da previsão de pena das normas dos n.ºs 1 e 2 do art. 372.º não pode ser feito em desprendimento às normas dos arts. 373.º (*“corrupção*

passiva”) e 374.º CP (“*corrupção ativa*”), o que permite perceber a lógica de conjunto: o comportamento corrupto passivo é sempre punido de forma mais severa, mesmo que na forma de “*recebimento indevido de vantagem*”.

Tudo o que nos mostra que não operou o legislador da Lei n.º 32/2010 qualquer neocriminalização com a consagração do crime de “*recebimento indevido de vantagem*”, antes individualizou normativamente os comportamentos (passivo e ativo) anteriormente previstos nos n.ºs 2 dos arts. 373.º e 374.º, com origens anteriores na legislação portuguesa e doutrinalmente defendido por autores como Almeida Costa (ainda das referidas alterações).

Concluindo a análise da norma do art. 372.º CP, breves palavras sobre o n.º 3: “*Excluem-se dos números anteriores as condutas socialmente adequadas e conformes aos usos e costumes*”.

Welzel refere que “*deixam-se excluir do conceito de ilícito as condutas que se movem dentro dos quadros de valoração social historicamente desenvolvidos de uma comunidade*”, sendo secundado por Paula Ribeiro de Faria, para quem “*condutas socialmente toleradas ou aceitáveis não podem constituir ilícito*”.

Apenas casuisticamente pode ser feita a avaliação da adequação social e conformidade com os usos e costumes: não que isso se traduza numa *via verde* para a perpetuação de comportamentos *borderline* corruptivos, mas porque os concretos agentes e espaços de atuação implicam avaliações diferenciadas: *v. g.* parece socialmente adequado (pelo menos conforme aos usos) que seja oferecida uma placa de prata com votos de boas festas ao Presidente do Conselho de Administração de empresa pública por uma empresa privada que tenha vencido um concurso internacional — já o mesmo se não pode afirmar de um elemento de núcleo de investigação criminal face à oferta de um particular previamente referenciado.

Parece-nos, por isso, que definir patamares máximos das “*ofertas*” não seja o caminho: muito embora se compreenda o “*escopo moralizador*” pretendido, temos que rejeitar soluções que *v. g.* consagrem um montante máximo de €25 para os actos de *graciosidade*, ou que *v. g.* estabelecem como valor máximo a unidade de conta (atualmente €102,00), por referência aos critérios definidos na norma do art. 202.º CP.

Sendo certo que o que se visa combater é a criação do clima de permeabilidade no exercício de funções em esferas de atuação pública, não podemos deixar de atender ao enquadramento social de gestos que, de tão disseminados e socialmente enraizados, perderam a sua influência corruptiva v. g. o pedido feito por funcionários municipais da recolha de lixo em Coimbra na altura do Natal.

De outro modo cairíamos em situações de tal forma desajustadas da realidade cultural lusa que a validade imanente à norma, imprescindível em qualquer ordenamento jurídico-penal, falharia por completo a sua legitimação, redundando num ainda maior fracasso — sob a capa de uma luta sem quartel contra a corrupção estaríamos, ao invés, a potenciar os comportamentos passíveis de ser punidos a tal título.

5. Conclusão

Não pode o legislador perder de vista o perene equilíbrio entre o pulsar comunitário e a efetiva necessidade de intervenção; nem pode querer construir uma para-realidade social que não encontre correspondente sequer em números oficiais — e vimos que o fenómeno da corrupção, apresentado como endémico na nossa sociedade, não encontra correspondência judiciária.

Sendo certo que o fenómeno da corrupção, pelas suas características, é próprio de espaços de silêncio e poder, também o é que as alterações legislativas, *maxime* de 2001 e 2010, não redundaram em combate mais eficaz ao crime ou em alterações sociológicas profundas: muitas vezes a legislação tem que ser o motor das alterações sociais, estando “*à frente do seu tempo*” e a República Portuguesa pode orgulhar-se dos seus contributos (pense-se na abolição da pena de morte, na interrupção voluntária da gravidez, na proteção dos direitos de personalidade, nos fins das penas) — porém *in casu* percebemos que o movimento legislativo (ainda não encontra paralelo na prática judiciária e jurisprudencial.

A repercussão económica do fenómeno corruptivo (120 mil milhões de Euros anuais na União Europeia, de acordo com o pri-

meiro Relatório sobre anticorrupção da Comissão Europeia, de Fevereiro de 2014) exige uma alteração do paradigma legislativo atual, reativo ao clamor popular, reforçando-se a aposta na prevenção a montante (entre outras medidas, com a definição de uma ainda inexistente estratégia nacional de luta contra a corrupção).

Se não são perscrutáveis avanços na luta contra a corrupção com a previsão normativa autonomizada do “*recebimento indevido de vantagem*”, a tal não pode estar alheio o facto de as alterações introduzidas pela Lei n.º 32/2010 terem apenas três anos de vigência; mas, acima de tudo, que o legislador não procedeu a qualquer neo-criminalização com a inclusão do crime de “*recebimento indevido de vantagem*” no art. 372.º CP, que mais não é, com um incorreto *nomem iuris*, a corrupção sem demonstração de acto concreto pretendido, já previsto e punido anteriormente.

6. Material de Apoio/Bibliografia

Material consultado:

Ministério da Justiça (Sistema de Informação das Estatísticas da Justiça): <http://www.siej.dgpj.mj.pt/webeis/index.jsp?username=Publico&pgmWindowName=pgmWindow_635194399062968750> (consultado em 01/03/2014).

Bibliografia:

ALMEIDA COSTA, ANTÓNIO MANUEL DE, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Tomo III*, Coimbra Editora, 1999, anotação aos artigos 372.º e seguintes.

—, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Tomo III*, Coimbra Editora, 2001, anotação ao artigo 372.º.

CRUZ SANTOS, CLÁUDIA, “A corrupção [da luta contra o crime na intersecção de alguns (distintos) entendimentos da doutrina, da jurisprudência e do

- legislador]”, in *Liber Disciplinorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, 2003.
- , “A corrupção de agentes públicos em Portugal: reflexões a partir da lei, da doutrina e da jurisprudência”, in *A Corrupção — Reflexões (a partir da Lei, da Doutrina e da Jurisprudência) sobre o seu regime Jurídico-Criminal em expansão no Brasil e em Portugal*, Coimbra Editora, 2009;
- , “Os crimes de corrupção de funcionários e a Lei n.º 32/2010, de 2 de Setembro — (“é preciso mudar alguma coisa para que tudo continue na mesma”?)”, in *As alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código do Processo Penal*, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra Editora, 2011;
- DAMIÃO DA CUNHA, JOSÉ MANUEL, *A reforma legislativa em matéria de corrupção — uma análise crítica das Leis n.ºs 32/2010, de 2 de Setembro e 41/2010, de 3 de Setembro*, Coimbra Editora, 2011.
- MELO, DÉBORA THAÍS, “Os bens jurídicos ofendidos pela corrupção e o problema específico dos bens jurídicos colectivos”, in *A Corrupção — Reflexões (a partir da Lei, da Doutrina e da Jurisprudência) sobre o seu regime Jurídico-Criminal em expansão no Brasil e em Portugal*, Coimbra Editora, 2009.
- MENDES, PAULO DE SOUSA, “Os novos crimes de recebimento e de oferta indevidos de vantagem”, in *As alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código do Processo Penal*, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra Editora, 2011.
- PINTO DE ALBUQUERQUE, PAULO, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia de Direitos do Homem*, 2.ª ed., Lisboa, Universidade Católica Editora, 2011, anotação aos artigos 372.º e seguintes.
- SIMÕES, EUCLIDES DÂMASO, *Contra a Corrupção — As leis de 2010*, in “As alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código do Processo Penal”, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra Editora, 2011.

A RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL DO ESTADO POR ACTO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL:

A alínea *c*) do n.º 1 do artigo 225.º do Código
Processo Penal e a absolvição, por falta de prova,
do arguido em prisão preventiva(*)

Pelo Mestre Tiago Lourenço Afonso

SUMÁRIO:

Abreviaturas. Resumo. Introdução. I. Nota prévia. II. Ordem de exposição. § 1. A Responsabilidade civil extracontratual do Estado por actos da função jurisdicional. 1.1. O artigo 22.º da Constituição da República Portuguesa. 1.1.1. A função jurisdicional. 1.1.2. O acto lícito. 1.1.3. A aplicabilidade directa. 1.2. O n.º 5 do artigo 27.º da Constituição da República Portuguesa. 1.3. O DL n.º 48051 e a Lei n.º 67/2007. § 2. A alínea *c*) do n.º 1 do artigo 225.º do CPP e a absolvição por falta de prova. 2.1. Enquadramento histórico-sistemático do artigo 225.º do CPP. 2.2. Análise do regime actual da alínea *c*) do n.º 1 do artigo 225.º do CPP. 2.3. O juízo de (in)constitucionalidade e o princípio *in dubio pro reo*. 2.3.1. Análise ao Ac. do TC n.º 185/2010, de 12 de Maio de 2010. 2.3.2. A jurisprudência europeia e direito comparado. 2.4. Proposta de alteração da alínea *c*) do n.º 1 do artigo 225.º do CPP. § 3. A Responsabilidade civil extracontratual por acto lícito da função jurisdicional. 3.1. A jurisprudência nacional. § 4. O pedido de indemnização. 4.1. Jurisdição competente. 4.2. Prazo e legitimidade. Conclusões. Notas bibliográficas.

(*) O presente texto corresponde à dissertação do Mestrado em Direito Administrativo apresentada, em Julho de 2013, na Universidade Católica do Porto, sob a orientação do Professor Doutor Mário Aroso de Almeida.

Se um direito tem de ser sacrificado ao interesse público, torna-se necessário que esse sacrifício não fique iniquamente suportado por uma pessoa só, mas que seja repartido pela colectividade. (...) Convertendo o direito sacrificado no seu equivalente pecuniário (justa indemnização) pago pelo erário público para o qual contribui a generalidade dos cidadãos mediante a satisfação dos impostos⁽¹⁾.

MARCELO CAETANO

Deixo o agradecimento ao meu caríssimo orientador Senhor Professor Doutor Mário Aroso de Almeida, por toda a disponibilidade, atenção e sensibilidade.

Devo ainda um agradecimento ao Doutor Rui Medeiros pela discussão informal e esclarecedora que contribuiu para o nortear da presente dissertação

Modo de citar

As obras citadas são referidas pelo método autor/obra/data, encontrando-se as referências completas na bibliografia final.

A jurisprudência nacional é citada através da identificação do tribunal e da data da decisão e, pontualmente, com o nome do relator, encontrando-se informação mais detalhada na bibliografia final.

A jurisprudência europeia optou-se, como vem sendo prática comum, por identificar apenas as partes em juízo, encontrando-se a informação completa na bibliografia final.

⁽¹⁾ In *Manual de Direito Administrativo*, Tomo II, 10.^a ed., 3.^a reimpressão, revista e actualizada por Freitas do Amaral, Coimbra, Almedina, 1986, p. 1239.

Abreviaturas

Ac.(s)	Acórdão(s)
art.	artigo
arts.	artigos
CC	Código Civil
CEDH	Convenção Europeia dos Direitos do Homem
CJ	Colectânea de Jurisprudência
CJA	Cadernos de Justiça Administrativa
CPA	Código de Procedimento Administrativo
CPP	Código de Processo Penal
CPTA	Código de Processo dos Tribunais Administrativos
CRP	Constituição da República Portuguesa
DL	Decreto-Lei
DR	Diário da República
DUDH	Declaração Universal dos Direitos do Homem
ETAF	Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais
MP	Ministério Público
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial n.º 6/1985, de 1 de Julho
PGR	Procuradoria-Geral da República
PIDCP	Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos
RC	Revisão Constitucional
Rec.	Recomendação
RFA	República Federal Alemã
RLJ	Revista de Legislação e Jurisprudência
RRCEE	Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas
STA	Supremo Tribunal Administrativo
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
StrEG	Lei alemã sobre indemnização por medidas de perseguição penal
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional

TCAN	Tribunal Central Administrativo Norte
TCAS	Tribunal Central Administrativo Sul
TConf.	Tribunal de Conflitos
TEDH	Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	Tribunal da Relação do Porto
TRE	Tribunal da Relação de Évora
TRG	Tribunal da Relação de Guimarães

Resumo

A presente dissertação insere-se no âmbito do curso de Mestrado em Direito Administrativo, leccionado na Escola de Direito da Universidade Católica do Porto.

Nas versões de 1987 e 1998, o art. 225.º do CPP (“Da Indemnização por Privação da Liberdade Ilegal ou Injustificada”) fora assaz criticado pela doutrina, na medida em que restringia o seu âmbito de aplicação aos casos de culpa/erro na aplicação das medidas. Argumentava-se que a ofensa a um bem umbilicalmente ligado à dignidade da pessoa humana, como o direito à liberdade, beneficiava de uma tutela bem mais precária, repare-se, que a ofensa a bens materiais (p. ex. a indemnização por expropriação pública).

O paradigma transforma-se com a aprovação da Lei n.º 48/2007, de 29 de Setembro, surgindo um novo fundamento de indemnização por privação injustificada da liberdade: a comprovação no processo criminal de que o arguido não foi agente do crime (al. c), n.º 1, art. 225.º do CPP).

Desta feita, a detenção, prisão preventiva ou obrigação de permanência na habitação formalmente lícitas, que se revelem *ex post* injustificadas, por juízo absolutório, no qual se comprove a inocência do arguido, constituem o Estado, em Responsabilidade Civil Extracontratual por acto da função jurisdicional, e consequente

obrigação de indemnizar os danos causados pela injusta privação da liberdade.

Contudo, cabe-nos questionar se é possível que o arguido, alvo de juízo absolutório, ao abrigo do princípio *in dubio pro reo*, tenha acesso a esta tutela ressarcitória?

A resposta a essa questão é realizada tendo presente os princípios da igualdade dos cidadãos na repartição dos encargos públicos e, *in fine*, o princípio da presunção da inocência.

Em suma, os presentes trabalhos realizam uma análise crítica sob uma perspectiva jus-administrativista, do fundamento constitucional da Responsabilidade Civil do Estado e respectivas refrações infra-constitucionais, em ordem a encontrar uma solução que permita responsabilizar o Estado pelo acto jurisdicional lícito que causou danos ao arguido, cuja inocência não ficou positivamente comprovada.

Introdução

I. Nota prévia

Pretendemos realizar uma análise crítica à alteração introduzida pela Lei n.º 48/2007 de 29 de Agosto ao art. 225.º do CPP que veio a prever, de forma inédita, a possibilidade de o arguido, que tiver sofrido detenção, prisão preventiva ou obrigação de permanência na habitação, requerer indemnização ao Estado, desde que tenha comprovado a sua inocência ou actuado justificadamente.

Sucedem que, a solução implementada suscita sérias dúvidas nomeadamente, quando estamos perante uma prisão preventiva legal que vem a revelar-se injustificada, por decisão absolutória ao abrigo do princípio *in dubio pro reo*.

Desta forma, no presente ensaio, propomo-nos a dar resposta às seguintes questões:

Terá o arguido nas circunstâncias *supra* referidas, direito a indemnização, nos termos da *alínea c)* do n.º 1 do art. 225.º do CPP? Esta alteração legislativa viola o princípio da presunção de

inocência? Qual o caminho normativo a seguir, em ordem a defender a indemnização pela simples privação da liberdade? Qual a jurisdição competente?

II. Ordem de exposição

Com vista a esclarecer as questões *supra* colocadas, no Ponto 1 da dissertação começar-se-á por enquadrar a temática com o fundamento constitucional da responsabilidade do Estado no exercício da função jurisdicional. De seguida, serão abordados de forma geral, os traços relevantes dos diplomas que introduziram o regime aplicável à responsabilidade civil do Estado e demais entidades públicas.

No Ponto 2, analisaremos o respectivo regime do art. 225.º do CPP, à luz das alterações impostas pela Lei n.º 48/2007 de 29 de Agosto. A problemática será analisada de acordo com a argumentação do Ac. do TC n.º 108/2010 e respectiva jurisprudência do TEDH, culminando com a proposta de alteração do preceito.

No Ponto 3, debruçar-nos-emos acerca da possibilidade de defesa de uma responsabilidade do Estado por acto lícito, pela simples privação injustificada da liberdade.

No Ponto 4 e, num plano adjetivo, pronunciar-nos-emos acerca da jurisdição competente e do prazo de que dispõe o requerente para intentar a acção de indemnização.

In fine, procuraremos sumariar as principais conclusões do nosso percurso.

§ 1. A Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado por actos da Função Jurisdicional

1.1. O artigo 22.º da Constituição da República Portuguesa

Foi apenas no ano de 1976 que a CRP definiu os termos gerais em que se processa a responsabilidade civil do Estado. A redacção do

art. 22.º permanece inalterada desde a 1.ª RC (1982), dispondo que “*O Estado e as demais entidades públicas são civilmente responsáveis, em forma solidária com os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, por acções ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício, de que resulte violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem*”.

Contudo e, sem prejuízo da convivência inicial deste normativo com o DL n.º 48051 de 21 de Novembro de 1967⁽²⁾, a inércia do legislador fundamental quanto à redacção do referido preceito, não é sinónimo que o sentido do mesmo seja consentâneo. Aliás, com 38 anos de vigência, as considerações em torno do preceito jurídico-constitucional estão ainda longe de seguir um caminho uniforme.

1.1.1. A função jurisdicional

Em primeiro lugar, o referido normativo, ao consagrar um princípio geral em matéria de direitos fundamentais⁽³⁾, leva-nos inexoravelmente a considerar que se inserem neste artigo, todas as acções funcionais do Estado, designadamente, as acções no âmbito da função legislativa e **função jurisdicional**^(4/5/6).

⁽²⁾ Questão que será analisada infra no ponto 1.3.

⁽³⁾ RUI MEDEIROS, em *Ensaio sobre a responsabilidade civil do Estado por actos legislativos*, 1992, p. 86 e *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2010, p. 472.

⁽⁴⁾ *A contrario*, Parecer da PGR n.º 54/82.

⁽⁵⁾ Cf. MARIA MESQUITA, *Irresponsabilidade do Estado-Juiz por incumprimento do direito da União Europeia: um acórdão sem futuro*, in CJA, n.º 79, pp. 41-42. VIEIRA DE ANDRADE, in *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 1987, p. 337 e nota; CARLOS CADILHA, in *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas anotado*, 2011, p. 236; RUI MEDEIROS, *Constituição*, cit., p. 474; Rec. N.º 3/B/2004 da Provedoria de Justiça; CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.ª ed., 2007, p. 430; FAUSTO QUADROS, *Omissões Legislativas sobre Direitos Fundamentais, Nos dez anos da Constituição*, pp. 60 e ss; Em sentido contrário, entre outros, MARIA LÚCIA DA CONCEIÇÃO ABRANTES CORREIA, *Responsabilidade do Estado e dever de indemnizar do Legislador*, 1998, p. 443, afirmando que o art. 22.º prossegue um “outro telos” que não uma norma atributiva de um direito.

⁽⁶⁾ Cf. em França, a Lei de 5 de Junho de 1972, em Espanha, o art. 121.º da Constituição de 1978 e, em Itália, a Lei de 13 de Abril de 1988.

Não vislumbramos qualquer razão para excluir os actos jurisdicionais da responsabilidade do Estado, aliás, não existe solução mais acertada do que a de reconhecer dignidade constitucional ao princípio da responsabilidade civil do Estado por actos praticados no exercício da função jurisdicional e lesivos dos direitos dos cidadãos⁽⁷⁾.

Com efeito, da letra do mesmo não sobressai que este se refere somente a acções ou omissões praticadas no exercício de “funções administrativas” (solução sugerida por Sá Carneiro)⁽⁸⁾. Mesmo recorrendo a uma interpretação literal do preceito, a expressão “funcionário”, para efeitos de responsabilidade, abrange, inevitavelmente, os “funcionários” titulares de órgãos independentes (como o são os juízes). GOMES CANOTILHO⁽⁹⁾, chega mesmo a afirmar que, “*é sistemicamente contraditório e incoerente aceitar uma responsabilidade directa do Estado por actos da administração stricto sensu e rejeitar in limine a mesma responsabilidade quando está em causa a administração da justiça*”.

Através da leitura dos trabalhos preparatórios da RC de 1989⁽¹⁰⁾, compreendemos que a fórmula ampla em que foi redigido o artigo 22.º, naturalmente inclui todas as funções do Estado. Como refere LUÍS CATARINO⁽¹¹⁾, a vocação integradora do art. 22.º na responsabilidade do Estado por acto jurisdicional, não é caso único, aliás, essa vocação surge com traços idênticos em Itália, ou em Espanha, onde se tentou desde cedo, dogmática e jurisprudencialmente, a aplicação directa de disposições constitucionais.

Denote-se que a questão não foi, inicialmente, pacífica. Aliás, para esta teoria geral da responsabilidade do Estado por acto juris-

⁽⁷⁾ Cf. AVEIRO PEREIRA, in *Responsabilidade Civil por Actos Jurisdicionais*, 2001, p. 106.

⁽⁸⁾ *Uma Constituição para os anos 80 — Contributo para um projecto de Revisão*, 1979.

⁽⁹⁾ Anotação ao Ac. do STA de 9 de Outubro de 1990, in RLJ, n.º 3804, 124.º, ano 1991-1992, p. 83.

⁽¹⁰⁾ D.A.R., II, n.º 7 RC, 21 de Abril de 1988, p. 153; D.A.R., I, n.º 66, 20 de Abril de 1989, p. 2301.

⁽¹¹⁾ *Contributo para uma reforma do Sistema Geral de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado*, 2002, pp. 281-282.

dicional, contribuiu bastante a interpretação jurisprudencial do art. 22.º da CRP. Os pressupostos e condições dessa obrigação de indemnizar baseavam-se na aplicação directa dos princípios da responsabilidade aquiliana.

Assim e, após desusada resistência, é actualmente pacífico na jurisprudência, salvo escassas vozes em contrário⁽¹²⁾, que o art. 22.º da CRP consagra, em termos gerais, a responsabilidade civil do Estado por actos na *Juris Dictio*⁽¹³⁾.

Repare-se que o *Ac. STJ de 19.02.04* estendeu, de forma pioneira, a referida responsabilidade às denominadas “*fautes de service praticadas no exercício da função jurisdicional*”, ou seja, à Administração da Justiça.

Destarte, é clarividente que, a função judicial e o referido normativo constitucional caminham de “mãos dadas”, visto que a primeira, como função estadual, procura servir a justiça, defendendo direitos e interesses legalmente protegidos, ao passo que o segundo tem como finalidade a eliminação cabal de riscos e prejuízos que recaem sobre o contribuinte injustamente lesado que se colocou sob o guarda-chuva da justiça.

1.1.2. O acto lícito

Em segundo lugar, com repercussão directa na presente dissertação, partilhamos do entendimento, segundo o qual o presente artigo consagra um **princípio geral de responsabilidade civil do Estado**, quer por acto ilícito-culposo, quer por acto lícito/sacrifício⁽¹⁴⁾.

⁽¹²⁾ Cf. Acs. STJ de 8.03.07, de 11.09.08, de 03.12.09 e 11.10.11 e o Ac. STA de 09.10.90.

⁽¹³⁾ Cf. Acs. STJ de 1.06.04, de 29.06.05, de 08.09.09, de 14.01.10, TRL de 17.06.10 e STA de 7.03.89.

⁽¹⁴⁾ Cf. JORGE MIRANDA in *Manual de Direito Constitucional*, IV, cit., p. 269; VIEIRA DE ANDRADE, op. cit., p. 337; ANTÓNIO DIAS GARCIA, in *Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública*, 1995, p. 202; MARIA MESQUITA, in *Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública*, 2004, pp. 113 e seguintes, e *O fio da navalha: (ir)responsabilidade da Administração por facto lícito*, 2004, p. 50; BARBOSA DE MELO, *Parecer*, in CJ, XI, Tema 4, p. 36; FAUSTO QUADROS, op. cit., pp. 60

O próprio TC, nos Acs. n.º 153/90, n.º 12/05, n.º 13/05 e n.º 185/2010, deixa em aberto a questão, admitindo a hipótese de, em certas circunstâncias, o referido preceito garantir a responsabilidade extracontratual derivada de danos provocados por actos lícitos.

Nada neste normativo constitucional nos impõe que se limite a responsabilidade do Estado ao acto ilícito. Sem prejuízo da sua inserção sistemática e, de acordo com o argumento literal, este normativo, ao referir-se ao “*prejuízo*”, consagra uma responsabilidade por actos lícitos⁽¹⁵⁾. Aliás, repare-se que GOMES CANOTILHO⁽¹⁶⁾ acrescentava que “*a garantia institucional traduzida na existência de uma responsabilidade directa do Estado não significa que do âmbito normativo do art. 22.º esteja excluída a responsabilidade por actos lícitos*”.

Sem prejuízo desta linha de argumentação, esta modalidade de responsabilidade objectiva poderia ser sustentada no n.º 5 do art. 27.º da CRP⁽¹⁷⁾.

Contudo, tendo em conta que o princípio do Estado de Direito Democrático (e o princípio de igualdade dos cidadãos perante os encargos públicos)⁽¹⁸⁾ se encontra subjacente e ligado intrinsecamente ao princípio da responsabilidade civil do Estado, poder-se-ia defender que o âmbito normativo-material do art. 22.º da CRP não pode deixar de abranger a responsabilidade por actos lícitos e pelo

e ss; Não excluindo esta responsabilidade, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, in *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 1978, 1.ª ed., p. 87, mantendo uma posição híbrida, na 4.ª ed. (2007), *op. cit.*, pp. 430 e ss. Em sentido contrário, DIMAS LACERDA, *Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado*, 1985, pp. 73 e ss, RUI MEDEIROS, *op. cit.*, pp. 92 e 100-101, concluindo que “*os trabalhos preparatórios do art. 22.º da CRP são bastante incompletos e não esclarecem totalmente a mens legislatoris. Revelam, contudo, que o legislador constitucional, ao admitir a responsabilidade do Estado por acções ou omissões de que resulte prejuízo para outrem, não pretendeu afirmar um princípio de responsabilidade objectiva*” e ainda, as exaustivas alegações do MP, no Ac. do TC n.º 12/2005.

⁽¹⁵⁾ Cf. JORGE MIRANDA, *Manual, cit.*, p. 269.

⁽¹⁶⁾ *Anotação, cit.*, pp. 85.

⁽¹⁷⁾ Cf. RUI MEDEIROS, in *Ensaio, cit.*, p. 106.

⁽¹⁸⁾ Entre outros, GOMES CANOTILHO, *O problema, cit.*, p. 115, CARLOS CADILHA, *Regime, cit.*, p. 360, MARCELLO CAETANO, *Manual, cit.*, pp. 1238-1239 e na doutrina francesa, ANDRÉ DE LAUBADÈRE, JEAN-CLAUDE VENEZIA e YVES GAUDEMET, *Traité de droit administratif, T. I, Droit Administratif Général*, 15.ª ed., pp. 993 e 1003.

risco⁽¹⁹⁾, pois, caso contrário, lesar-se-ia o princípio geral da reparação de danos causados a outrem⁽²⁰⁾ e, no limite, deparar-nos-íamos com situações claudicantes em que a restrição ao direito de propriedade privada é alvo de maior protecção constitucional que o direito à liberdade⁽²¹⁾.

A jurisprudência constitucional converge exactamente neste sentido⁽²²⁾, de onde se pode retirar que “*constituindo missão do Estado de direito democrático a protecção dos cidadãos contra a prepotência, o arbítrio e a injustiça, não poderá o legislador ordinário deixar de assegurar a reparação de danos injustificados que alguém sofra em consequência de conduta de outrem*”⁽²³⁾.

Na jurisprudência nacional as opiniões caminham em sentidos divergentes.

De um lado, entre outros⁽²⁴⁾, os Acs. do STJ de 12.10.00, de 10.05.05, de 29.06.05, de 07.03.06 e de 21.03.06, postulando que o art. 22.º da CRP “*Abrange quer a responsabilidade por actos ilícitos, quer por lícitos, quer pelo risco (...)*” e que a “*norma matriz que alicerça o direito indemnizatório do lesado é a do art. 22.º da Lei Fundamental, e não a do art. 27.º, n.º 5*”.

E, em sentido inverso, entre outros⁽²⁵⁾, os Acs. do STJ de 11.09.08 e de 22.03.2011 que, no seu conjunto, se estribaram essencialmente nas recentes lições de GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA⁽²⁶⁾, assinalando que “*o normativo do art. 22.º parece não abranger a chamada responsabilidade por acto lícitos*”.

In fine, não poderemos deixar de aderir à tese segundo a qual este normativo consagra um direito geral à reparação indemnizató-

⁽¹⁹⁾ Cf. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *op. cit.*, 1.ª ed., pp. 185-186; embora admitam que a fórmula empregue sugere a restrição da responsabilidade aos danos causados por actos ou omissões ilícitos, *Constituição*, 4.ª ed., *cit.*, p. 169.

⁽²⁰⁾ Vide a interessante crítica de RUI MEDEIROS, in *Ensaio, cit.*, pp. 109 e ss.

⁽²¹⁾ Vide infra nos pontos 2.3 e 3.

⁽²²⁾ Cf. Ac. TC n.º 385/05.

⁽²³⁾ Cf. Ac. TC n.º 444/08.

⁽²⁴⁾ Vide Acs. STJ de 01.06.04, de 28.04.98, de 27.03.03.

⁽²⁵⁾ Vide Acs. STJ de 03.12.98, de 09.12.99, de 06.01.2000, de 04.04.00, de 19.09.02, de 13.05.03, de 27.11.03, de 18.03.04, de 19.10.04 e de 22.01.08.

⁽²⁶⁾ *Constituição*, 4.ª ed., *cit.*, pp. 430-431.

ria/compensatória no caso de lesão de direitos, liberdades e garantias, como será o caso da privação injustificada da liberdade.

1.1.1.3. A aplicabilidade directa

Em terceiro lugar, consideramos que o art. 22.º da CRP, consagra um direito fundamental de natureza análoga à dos direitos, liberdades e garantias (art. 17.º da CRP), e como tal, de acordo com o art. 18.º da CRP é **directamente aplicável**^(27/28), “*independentemente de mediação normativa infraconstitucional*”⁽²⁹⁾, sendo susceptível de ser invocado pelos particulares para fazer valer uma eventual pretensão indemnizatória contra o Estado-Juiz.

Salvo o devido respeito, rejeitamos a tese, segundo a qual o mesmo depende da concretização de lei ordinária para se tornar líquido e poder ser invocado pelo lesado. Pelo contrário, o direito de indemnização fixado na CRP, tem o seu conteúdo e respectivas linhas essenciais determinadas, não revestindo natureza de norma programática^(30/31).

Seguimos a linha de argumentação crítica de RUI MEDEIROS⁽³²⁾, realçando que o art. 22.º possui uma **dimensão subjectiva**, surgindo não apenas enquanto princípio objectivo e orientador, mas como instrumento fundamental de protecção dos particulares.

(27) Cf. MARIA MESQUITA, in *Responsabilidade*, cit., pp. 115-122; TIAGO SILVEIRA, *A Reforma da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado*, pp. 79-117 e LUÍS CATARINO, *Contencioso da Responsabilidade — uma Hidra de Lerna*, 2003, pp. 3-13; CATARINA VEIGA, *Prisão Preventiva, Absolvição e Responsabilidade do Estado*, II, 2005, p. 459; GOMES CANOTILHO, *Anotação*, cit., p. 86; a Desembargadora MARIA GOMES, na declaração de voto de vencido junta ao Ac. do TRL de 17.06.10.

(28) RUI MEDEIROS, restringe a aplicabilidade directa à responsabilidade por factos ilícitos e culposos, *Constituição*, cit., p. 476.

(29) Cf. Ac. STJ de 19.02.04.

(30) *A contrario*, vide art. 28.º da Constituição Italiana.

(31) Para a conveniência da intervenção legislativa e exequibilidade do preceito, vide LUÍS CATARINO, *A Responsabilidade pela Administração da Justiça. O erro judiciário e anormal funcionamento*, 1999, p. 170 e GOMES CANOTILHO, *Anotação*, cit., pp. 84-85.

(32) *Constituição*, cit., pp. 477-478.

Refutamos, assim, os entendimentos seguidos pelos *Acs. do TC n.º 236/04, 5/95, 12/05, 13/05 e 185/2010* que, no geral, afirmaram peremptoriamente que o art. 22.º da CRP acolhia o instituto que a legislação ordinária modelara (o DL n.º 48051), ao qual conferia dignidade constitucional, justificando, por sua vez, a qualificação do referido preceito como mera norma de garantia institucional⁽³³⁾. Por um lado, compreendemos a *ratio* do entendimento “reducionista”, seguido pelos *acs. supra* referidos, cuja intenção é impedir o risco de uma generalização das pretensões indemnizatórias contra os poderes públicos, alicerçadas na própria Constituição, procurando, ao invés, acentuar “*um espaço, maior ou menor, de liberdade de conformação legal*”⁽³⁴⁾. Contudo e, por outro lado, sem prejuízo de a “pretensa” incompletude da norma não legitimar a sua qualificação como simples garantia institucional, o reconhecimento de um papel reservado ao legislador na densificação do conteúdo do art. 22.º da CRP não é incompatível com a natureza subjectiva do mesmo. Aliás, neste sentido, foi o próprio *Ac. do TC n.º 683/06*, sublinhando não ser incompatível com a subjectivização do princípio da responsabilidade civil, a existência de um regime genérico de delimitação e definição dos pressupostos da responsabilidade civil extracontratual.

Ex expositis, consideramos que o art. 22.º da CRP é directamente aplicável^(35/36), “*não apenas contra legem, mas também na ausência de lei*”⁽³⁷⁾. Reconhece-se a possibilidade de o Estado ser responsabilizado por actos jurisdicionais ilícitos e lícitos, cabendo, por sua vez, ao julgador, a partir das coordenadas constitucionais e do sistema legal, a criação de normas de decisão no caso concreto.

⁽³³⁾ Cf. MARIA LÚCIA CORREIA, *op. cit.*, pp. 443 e ss. *Vide* VIEIRA ANDRADE, *op. cit.*, 2.ª ed., p. 140.

⁽³⁴⁾ Cf. *Ac. TC n.º 13/05*.

⁽³⁵⁾ Cf. *Acs. STJ de 31.03.04, 29.06.05, 21.03.06, 07.03.06, 08.09.09*.

⁽³⁶⁾ Em sentido contrário e minoritário, *vide Acs. STJ de 08.03.07 e de 19.06.08*.

⁽³⁷⁾ RUI MEDEIROS, *Constituição, cit.*, p. 480; LUÍS CATARINO frisa que, o art. 22.º da CRP “por regra não carece de mediação ou concretização legislativa, aplicando-se mesmo na ausência de lei, contra a lei e em vez da lei, sendo inválidas as normas que o contrariam”, *A Responsabilidade, cit.*, p. 170.

1.2. O n.º 5 do artigo 27.º da Constituição da República Portuguesa

Ao *supra* referido fundamento constitucional, acresce um outro, decorrente do n.º 5 do art. 27.º da CRP (introduzido na RC de 1982 — LC n.º1/82 de 30 de Setembro), cujo intuito é garantir a responsabilidade directa do Estado “*nos termos em que a lei estabelecer*”, em caso de privação de liberdade total ou parcial, contra o disposto na Constituição e na Lei.

Nas relações com o genérico art. 22.º da CRP, sufragamos a tese segundo a qual não há incompatibilidade mas sim complementaridade entre aquele e a previsão específica do n.º 5 do art. 27.º, já que este último inciso constitucional representa um alargamento (um “*majus*”) da responsabilidade civil do Estado já consagrada naquele anterior normativo^(38/39).

Acolhemos um entendimento segundo o qual, o referido normativo constitucional não necessita de outros incisos mais precisos para configurar esse direito/dever de indemnizar do Estado⁽⁴⁰⁾, sendo directamente aplicável (*art. 18.º da CRP*). Sem prejuízo de, este dever de indemnizar decorrer já do art. 22º da CRP, um entendimento contrário⁽⁴¹⁾, salvo o devido respeito, não merece acolhi-

⁽³⁸⁾ Cf. Acs. STJ de 12.11.98 e de 11.03.03.

⁽³⁹⁾ *A contrario*, vide Acs. STJ de 11.11.99, 26.02.04, e do TRL de 17.06.10.

⁽⁴⁰⁾ Cf. MOURAZ LOPES, *A responsabilidade civil do Estado pela privação da liberdade decorrente da prisão preventiva*, 2001, p. 76; GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição*, *cit.*, p. 485, ao esclarecerem que “o facto de a Constituição remeter para a lei a regulamentação da indemnização não tolhe a aplicabilidade directa e imediata do preceito (cf. art. 18.º-1), devendo os órgãos aplicadores do direito dar-lhe eficácia, mesmo na falta de lei.” e *Anotação*, *cit.*; RUI MEDEIROS, *Ensaio*, *cit.*, p. 105; PAULA RIBEIRO DE FARIA, *Indemnização por prisão preventiva injustificada — anotação ao acórdão do Tribunal Constitucional n.º 12/2005*, Jurisprudência Constitucional, n.º 5, Jan/Mar, pp. 11-18; MARIA GARCIA, *A responsabilidade civil do Estado e demais entidades públicas*, 1997, p. 38; GUILHERME PEREIRA FONSECA, *Declaração de voto*, Ac. STA de 09.10.1990, *cit.*, p. 82; e ainda, os Conselheiros MÁRIO TORRES e MARIA FERNANDA PALMA, nas suas luminosas declarações de voto de vencido aos Acs. do TC n.º 12/05 e n.º 13/05.

⁽⁴¹⁾ Sufragado pelos Acs. STA de 09.10.90, do STJ de 09.12.99 e de 04.04.00 e, tendencialmente pela jurisprudência do TC (n.º 80/94, 160/95, 12/05, 13/05, 185/10) que defende, de forma persistente, a insusceptibilidade de aplicação directa do preceito, concluindo que “*a Constituição deixa deliberada e intencionalmente dependente do legislador*”

mento. Com efeito, o art. 27.º, n.º 5, possui um conteúdo essencialmente determinável e constitui um sinal inequívoco da garantia (de um mínimo de compressão) do direito de liberdade, quando comparado com outros direitos, liberdades e garantias⁽⁴²⁾. Seria irrazoável, a sua desconsideração como direito fundamental⁽⁴³⁾ e consequente preclusão do respectivo regime que lhe está subjacente (18.º CRP).

Caminhando mais longe, e com repercussão para o raciocínio lógico dos presentes trabalhos, RUI MEDEIROS esclareceu que o referido normativo consagra o direito à indemnização independentemente de culpa, afirmando que *“nada, nem na mens legis, nem nos trabalhos preparatórios, permite concluir que o preceito constitucional faça depender a responsabilidade do Estado da existência de culpa”*⁽⁴⁴⁾. Aliás, o próprio Conselheiro VÍTOR GOMES⁽⁴⁵⁾, interpretou o normativo constitucional como *“não restringindo o direito a indemnização pela prisão preventiva feita ‘contra a Constituição e a lei’ às hipóteses de ilicitude da imposição da medida”*, já que a prisão preventiva lícita, materialmente injustificada *ex post*, não deixa de constituir uma lesão do direito de liberdade individual.

Não está, assim, dentro da livre disponibilidade do legislador ordinário (no art. 225.º do CPP) limitar a responsabilidade do Estado aos casos típicos de prisão preventiva ilegal ou injustificada⁽⁴⁶⁾.

a efectivação do princípio/direito por aquele reconhecido, não sendo possível extrair-se do mesmo, o dever de indemnizar sempre que o processo não finde com uma condenação.

⁽⁴²⁾ Cf. LUÍS CATARINO, in *Contributo, cit.*, p. 278, fórmulas responsabilizadoras (arts. 8.º e 16.º da CRP) semelhantes decorriam já da CEDH (n.º 5 do art. 5.º) e, do PIDCP (art. 9.º § 5.º) quiçá, de forma menos abrangente do que a acolhida pelo art. 27.º da CRP.

⁽⁴³⁾ Cf. Ac. TC n.º 90/84.

⁽⁴⁴⁾ *Ensaio, cit.*, p. 105; Neste sentido, LUÍS CATARINO, *A Responsabilidade, cit.*, pp. 355 e 380; AVEIRO PEREIRA, *op. cit.*, p. 215; CATARINA VEIGA, *op. cit.*, p. 448.

⁽⁴⁵⁾ Declaração de voto de vencido ao Ac. TC n.º 185/2010.

⁽⁴⁶⁾ Por não constar da ordem dos presentes trabalhos, aconselhamos a leitura do voto de vencido de MARIA MANUELA GOMES, ao ac. TRL de 17.06.10, no qual realça que *“os instrumentos de direito internacional que Portugal acolheu, por ratificação ou adesão, passaram a integrar o seu direito interno (...) e, o que não pode ser feito — por o Estado português se ter vinculado internacionalmente e, enquanto se mantiver —, é a criação de normas que lhes sejam contrárias, quer por revogação unilateral, quer por restrições ou ampliações injustificadas e, como tal violadoras do seu espírito.”*

Lamentavelmente, este entendimento, ao qual aderimos e, acolhido nomeadamente, pelos Acs. do STJ de 12.11.98 e de 11.03.03⁽⁴⁷⁾, tem sido escassamente seguido pela jurisprudência⁽⁴⁸⁾.

Repare-se que o cumprimento da injunção final do n.º 5 do art. 27.º da CRP só encontrou estatuição nos arts. 225.º e 226.º do CPP de 1987, sendo o primeiro alvo de sérias dúvidas de constitucionalidade⁽⁴⁹⁾. E, apesar de a Lei n.º 48/2007 de 29 de Agosto que alterou o CPP, ter modificado os termos do problema, a mesma não se revelou capaz de ultrapassar as dissidências doutrinárias e jurisprudenciais sobre este tema. Aliás, o aditamento da alínea *c*) do n.º 1 do art. 225.º, sem prejuízo de ter reconhecido a vocação do art. 27.º, n.º 5 da CRP, para a consagração de uma modalidade de responsabilidade objectiva do Estado por acto da função jurisdicional, não alterou a intenção restritiva⁽⁵⁰⁾ e condicionadora do legislador, quanto aos requisitos de concessão da respectiva indemnização⁽⁵¹⁾.

1.3. O DL n.º 48051 de 21 de Novembro de 1967 e a Lei n.º 67/2007 de 31 de Dezembro

Prosseguindo. Na verdade, e caminhando no sentido da objectividade, posteriormente ao CC de 1966, foi publicado o DL n.º 48051 de 21 de Novembro de 1967, primeiro diploma (e até

⁽⁴⁷⁾ *A contrario*, os Acs. STJ de 03.12.98, de 04.04.00, de 06.01.00, de 19.09.02, de 13.05.03, de 27.11.03, de 19.10.04, de 22.01.08 e de 11.10.11. Todos se pronunciaram no sentido de, rejeitar a responsabilidade objectiva geral do Estado por actos lícitos praticados no exercício da função jurisdicional, em termos de abranger a prisão preventiva legal, efectuada e mantida justificadamente, sem erro grosseiro.

⁽⁴⁸⁾ Cf. Acs. STJ de 11.11.99, 26.02.04, e TRL de 17.06.10.

⁽⁴⁹⁾ Cf. PAULA RIBEIRO DE FARIA, considerando que o art. 225.º CPP “*viola o núcleo fundamental consagrado no art. 27.º, n.º 5, uma vez que, enquanto norma concretizadora de um conteúdo constitucional, não pode conformar livremente esse direito, tendo que respeitar a própria natureza e significado do direito sob pena de incorrer numa inconstitucionalidade por ‘descaracterização’*”, *op. cit.*, p. 17.

⁽⁵⁰⁾ Cf. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição*, 2007, p. 485.

⁽⁵¹⁾ Cf. JOSÉ MOUTINHO *in* JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição, cit.*, p. 655.

recentemente) regulador da responsabilidade extracontratual do Estado pelos actos de gestão pública. Constituído por 10 artigos, consagra pela primeira vez, no seu art. 9.º, em termos genéricos, a responsabilidade do Estado por actos lícitos (afastando o seu carácter excepcional)⁽⁵²⁾, no exercício da actividade administrativa. O seu fundamento radicava no princípio da igualdade dos cidadãos perante os encargos públicos⁽⁵³⁾ “segundo a qual uma actividade que a todos beneficia não pode operar-se à custa dos direitos de alguns, mas igualmente à custa de todos, através da caixa fiscal comum”⁽⁵⁴⁾. Para tal bastava que estivéssemos perante um acto administrativo legal ou uma operação material lícita e que o dano verificado fosse especial e anormal.

O DL apenas se aplicava à função administrativa, precludindo a responsabilização do Estado por danos ilícita/licitamente provocados no âmbito da função legislativa e jurisdicional⁽⁵⁵⁾.

Este diploma convocou, durante anos, inúmeras discussões sobre uma eventual inconstitucionalidade por omissão, tendo, inclusive, sido alvo de censura pelos órgãos de justiça europeia⁽⁵⁶⁾.

Após a implementação da CRP e do seu art. 22.º (e ainda na vigência do DL n.º 48051), a jurisprudência largamente dominante ancorou neste preceito, a responsabilidade civil do Estado por acto ilícito, no exercício da função jurisdicional⁽⁵⁷⁾. Mais longe, uma parte da jurisprudência, que estendeu a responsabilidade por acto lícito, ao exercício da juris dictio⁽⁵⁸⁾.

Refira-se que a jurisprudência teve um papel de extrema relevância na concretização do princípio constitucional previsto no

⁽⁵²⁾ Cf. FREITAS DO AMARAL, *Direito Administrativo*, vol. III, 1989, p. 516 e MARIA GLÓRIA GARCÍA, *A responsabilidade*, cit., p. 45.

⁽⁵³⁾ Cf. LAUBADÈRE, *Traité*, cit., Tomo I, 12.ª ed., pp. 849-859; JEAN RIVERO, *Direito Administrativo*, pp. 308 e 327; RENÉ CHAPUS, *Droit Administratif General*, Tomo I, 7.ª ed., pp. 1060 e ss; GOMES CANOTILHO, *O Problema*, pp. 131 e ss.

⁽⁵⁴⁾ AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ, *Teoria dos Actos do Governo*, 1948, p. 218.

⁽⁵⁵⁾ Cf. Ac. STA de 9.10.90 e os Acs. STJ de 17.06.03, de 08.03.07 e de 03.12.09.

⁽⁵⁶⁾ Cf. Ac. TJCE de 14.10.2004, Proc. n.º C-275/03.

⁽⁵⁷⁾ Cf. Ac. STJ de 8.09.09.

⁽⁵⁸⁾ Cf. Acs. STJ de 12.11.98, de 12.10.00 e de 11.03.03.

art. 22.º CRP na vigência deste DL que, em grande parte, permaneceu obsoleto e, porventura, em parte, mesmo inconstitucional^(59/60).

Em 2008, e 30 dias após a sua publicação, entrou em vigor a Lei n.º 67/2007 de 31 de Dezembro⁽⁶¹⁾, aprovando, o regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas (RRCEE).

De carácter e âmbito global, revogou o DL n.º 48051 e, consequentemente, consagrou, ao nível infra-constitucional, um regime autónomo de responsabilidade do Estado por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional (capítulo III, arts. 12.º a 14.º), criando-se, desta forma, uma “norma de decisão” tendente a garantir um direito que a CRP no seu art. 22.º já garantira.

A forma unitária e sistemática como trata da matéria em causa, nomeadamente quanto à função jurisdicional (cuja normação era esparsa), trouxe uma evolução de maior significado à disciplina da responsabilidade civil do Estado⁽⁶²⁾.

Contudo, e sem prejuízo de ser tido como uma opção arrojada, o regime contraria o princípio constitucional consagrado no art. 22.º, ao precluir a responsabilidade objectiva na função jurisdicional, reportando-se apenas à responsabilidade por danos ilícitamente causados.

Felizmente, a mudança de rumo operada pelo seu art. 16.º (“Indemnização pelo Sacrifício”) permitiu uma crescente objectivação da culpa na responsabilidade civil da Administração. Aliás, do teor do preceito, sem prejuízo de abranger, de certa forma, a responsabilidade por actos lícitos anteriormente regulada no art. 9.º do DL n.º 48051, logo se depreende que não se limita, contudo, à actividade administrativa⁽⁶³⁾.

⁽⁵⁹⁾ Para a defesa da inconstitucionalidade superveniente, por inadequação, *vide* entre outros, os Acs. STJ de 06.05.86, do STA de 03.05.01 e, MARIA MESQUITA, *Âmbito e pressupostos da responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional*, 2009.

⁽⁶⁰⁾ Para a defesa da subsistência do regime do DL, *vide* Acs. STA de 22.05.90 e 29.04.99.

⁽⁶¹⁾ Com a aprovação da Proposta de Lei n.º 56/X.

⁽⁶²⁾ Para maiores desenvolvimentos, *vide* JOSÉ CARDOSO DA COSTA, *Sobre o novo regime da responsabilidade do Estado por actos da função judicial*, 2009, pp. 156 e ss.

⁽⁶³⁾ *Vide infra*, Ponto 3.

Em suma, e preterindo demais explanações, segue-se o cerne dos presentes trabalhos, cujo regime (arts. 225.º e 226.º do CPP) foi expressamente salvaguardado pelo n.º 1 do art. 13.º da Lei n.º 67/2007, constituindo uma excepção ao regime comum da responsabilidade por erro judiciário aí consagrada.

§ 2. A alínea c) do n.º 1 do artigo 225.º do Código de Processo Penal e a absolvição, por falta de prova

2.1. Enquadramento histórico-sistemático do artigo 225.º do CPP

I – A Liberdade

O direito de liberdade, como garante de uma “exigência ôntica”⁽⁶⁴⁾, refere-se a uma liberdade física, de movimentos corpóreos. Corresponde ao direito humano mais básico e, como tal, a sua afectação não poderá ser efectuada segundo qualquer fundamento.

MOURAZ LOPES, esclarece que “*se há direito fundamental cuja densificação não permite grandes divergências é absolutamente inequívoco que o direito de liberdade se encontra nessa situação*”⁽⁶⁵⁾.

Com efeito, o limiar mínimo de restrição ao conteúdo do direito de liberdade é estabelecido por alguns diplomas internacionais, como a DUDH (art. 3.º), a CEDH (art. 5.º) e o PIDCP (art. 9.º), cabendo ao legislador penal e civil o respeito pelo regime garantístico de tutela desse direito, constitucionalmente consagrado no art. 27.º da CRP.

II – Prisão Preventiva

De acordo com o n.º 1 do art. 27.º o direito de liberdade não se trata de um direito absoluto ou ilimitado, podendo ser afastado, dentro de determinados limites.

⁽⁶⁴⁾ Expressão retirada do Ac. TC n.º 607/03.

⁽⁶⁵⁾ *A Responsabilidade, cit.*, p. 71.

Concebida como a *ultima ratio* das medidas de coacção previstas no CPP (art. 202.º), e aplicada em respeito aos princípios da subsidiariedade (28.º n.º 2 da CRP) e da proporcionalidade (204.º do CPP), a prisão preventiva (191.º a 228.º do CPP) é sem margem de dúvida, aquela que possui maior potencial de eficácia de política criminal. Contudo, enquanto “mal necessário”⁽⁶⁶⁾ terá de se rodear das maiores cautelas na sua aplicação, tendo em conta que contende com o direito humano mais linear.

Reparamos que, contrariamente ao argumentado pelo TC nos seus Acs. (nomeadamente no Ac. n.º 185/2010) e à intenção do legislador, que tende em densificar os seus pressupostos (de forma a dificultar a aplicação desta medida de coacção), os relatórios efectuados pela Direcção Geral dos Serviços Prisionais permitem concluir que nos últimos três anos temos assistido a uma ligeira e crescente utilização deste instituto processual penal. No final do ano de 2010 e 2011, permaneciam em prisão preventiva, respectivamente, 2307 e 2470 reclusos, e em 2012, dos cerca de 13614 reclusos, 2661 permaneciam em prisão preventiva⁽⁶⁷⁾. Perante estes números, surge reforçada a convicção de que este instituto tem sido aplicado como mero auxiliar investigatório, e não como *ultima ratio*, sendo usado para suprir deficiências da investigação criminal.

Deste modo, torna-se necessário estabelecer balizas, de forma a garantir uma compensação pelos danos pessoais e sociais sofridos, especialmente nos casos em que a referida medida de coacção (licitamente aplicada) se venha a revelar injustificada (por juízo absolutório).

Neste âmbito, rege o já analisado art. 27.º, n.º 5 CRP, que em consonância com o art. 5.º da CEDH, estabelece que “*A privação da liberdade contra o disposto na Constituição e na lei constitui o Estado no dever de indemnizar os lesados nos termos que a lei estabelecer*”.

⁽⁶⁶⁾ Cf. PEDRO JORGE TEIXEIRA DE SÁ, *Scientia Juridica*, Tomo XLVIII, Julho-Dezembro, 1999, p. 400.

⁽⁶⁷⁾ Cf. Relatórios anuais de 2010, 2011 e 2012 publicados pela Direcção-Geral dos Serviços Prisionais em <<http://www.dgsp.mj.pt/>>; correndo o risco de voltar a atingir os números altíssimos verificados em 1998 e 1999, respectivamente, de 4250 e 4052 reclusos em prisão preventiva, cf. *Estatísticas da Justiça*, Gabinete de Estudos e Planeamento do Ministério da Justiça, 2000, p. 252.

III – O artigo 225.º do CPP

Sob a epígrafe “Da Indemnização por privação da liberdade ilegal ou injustificada”, este artigo consagra direito constitucional e direito internacional. De facto, ele concretiza e desenvolve o n.º 5 do art. 27.º da CRP e o n.º 5 § do art. 5.º da CEDH (incorporado pela nossa lei interna)^(68/69), sendo consentâneo com o n.º 5 do art. 9.º do PIDCP de 1966, segundo o qual “*Todo o indivíduo vítima de prisão ou de detenção ilegal terá direito a compensação*”.

Situado inequivocamente no âmbito da responsabilidade do Estado por actos da função jurisdicional (art.13.º da Lei n.º 67/07), o regime teve a sua previsão originária apenas no DL n.º 78/87 de 17 de Fevereiro^(70/71), cuja redacção condicionava a concessão da indemnização à existência de “*manifesta ilegalidade*” no decretamento da medida de coacção ou de “*erro grosseiro*” na apreciação dos pressupostos de facto, cumulativamente com a verificação de “*prejuízos anómalos e de especial gravidade*”⁽⁷²⁾. Cerca de uma

⁽⁶⁸⁾ Cf. PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário ao Código de Processo Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2011, p. 640; CARLOS CADILHA, *Regime*, cit., p. 251; MAIA GONÇALVES, *Código de Processo Penal Anotado*, 2009, p. 558. Magistrados do Ministério Público do Distrito Judicial do Porto, *Código de Processo Penal, Comentários e Notas Práticas*, 2009, p. 582.

⁽⁶⁹⁾ Cf. os Acs. STJ de 03.12.98, de 06.01.00, de 19.09.02, de 27.11.03 e de 19.10.04.

⁽⁷⁰⁾ LUÍS CATARINO, in *A Responsabilidade*, cit., p. 407, falava a propósito, numa “verdadeira história de omissão legislativa, perante a inexistência de uma actividade do Estado passível de, como qualquer outra, causar prejuízos aos seus utentes”.

⁽⁷¹⁾ Vide as estatísticas supra descritas. MOURAZ LOPES, em 2001, adiantara que o legislador de 1987 criou a norma do 225.º do CPP, como forma de evitar situações abusivas de recorrente utilização da prisão preventiva pelos tribunais, in *A Responsabilidade*, cit., p. 79. Tal desiderato decorria da exposição de motivos da proposta de lei n.º 21/VI que deu origem à lei n.º 43/86, de 26 de Setembro, autorização legislativa em matéria de processo penal.

⁽⁷²⁾ Curiosamente, reparámos, como LUÍSA NETO, in *A (Ir)responsabilidade dos Juízes*, 2006, p. 586, que a qualificação dos prejuízos sofridos, constitui solução análoga à contida no art. 9.º do DL n.º 48051 relativamente à responsabilidade do Estado por actos lícitos. Aliás, LUÍS CATARINO, chega a afirmar que o legislador parecia querer abranger uma responsabilidade objectiva, acrescentando contudo, que “*(...) a injusta privação da liberdade, só por si, constitui um dano especialmente grave e anormal por natureza.*” in *Contributo*, cit., p. 279.

década depois, o DL n.º 59/98, de 25 de Agosto, e com grande aplauso doutrinário⁽⁷³⁾, eliminou este último requisito⁽⁷⁴⁾, ainda que, os arguidos alvo de privação injustificada da liberdade (por absolvição), permanecessem sem o direito a qualquer compensação.

A situação flagrante nascia exactamente neste momento. A doutrina e as suas críticas propendiam no sentido de que o legislador, ao impor tantas restrições no regime de indemnização por privação ilegítima da liberdade, discriminava negativamente o arguido, ao qual foi licitamente aplicada a prisão preventiva, mas que posteriormente veio a ser absolvido⁽⁷⁵⁾.

A (in)constitucionalidade do preceito foi várias vezes suscitada, devido ao seu carácter excessivamente restritivo⁽⁷⁶⁾ em relação à norma habilitante do n.º 5 do art. 27.º da CRP, criando uma dúvida sobre a legitimidade dos limites impostos pela lei ordinária ao direito de indemnização constitucionalmente reconhecido. Contudo, nos vários acs., nomeadamente, os n.ºs 160/95, 116/02, 12/05, 13/05, 185/10, o TC pronunciou-se no sentido da constitucionalidade da solução ordinária⁽⁷⁷⁾, ainda que com as habituais e

(73) Cf. TAIPA CARVALHO: *“Inadmissivelmente, este normativo, no momento de chamar à responsabilidade do Estado, parece que esqueceu que houve sempre um bem inestimável – mas compensável – que foi violado: o bem liberdade que é sempre de particular importância (...)”* em *Sucessão de leis penais*, 2008, p. 427.

(74) *Vide* MÁRIO TORRES e a sua declaração (particularmente interessante) no Ac. do TC n.º 13/05, justificando que *“nem sequer se vislumbram bem que penosidades acrescidas teriam que se verificar para que os prejuízos causados pela privação de um bem tão relevante como a liberdade física houvesse de ser qualificados como ‘anómalos e de especial gravidade’”*.

(75) Cf. Recs. n.º R (2006) 2 do Conselho de Ministros e n.º R (2006) 13 do Conselho de Ministros, cuja intenção era evitar que a prisão preventiva servisse como auxiliar recorrente para suprir falhas do processo de inquérito, chamando à colação o ponto 34, sob a epígrafe “Compensation” que prevê a compensação para todos os detidos que não são posteriormente condenados pelos crimes que eram acusados. *Vide* Recs. n.º R (80) 11 e n.º R (84) 15 do Comité de Ministros do Conselho da Europa.

(76) Cf. RUI MEDEIROS, in *Ensaio, cit.*, pp. 104 e ss. JOSÉ MOUTINHO in *Constituição, cit.*, pp. 653-655; CATARINA VEIGA, *op. cit.*, p. 455, evidenciando que o sistema legal à altura vigente, *“parece pretender que o cidadão pague de modo definitivo com a liberdade “a eficácia” do sistema penal sem que ao Estado caiba parte do pagamento dessa factura quando o erro não seja grosseiro (...)”*.

(77) Cf. acs. STJ de 03.12.99, de 11.11.99, de 06.01.00, de 20.10.05, de 15.02.07, 22.01.08, 19.06.08, 11.09.08, 22.06.10, 22.03.11.

luminosas vozes contra, de PAULA RIBEIRO DE FARIA⁽⁷⁸⁾, FERNANDA PALMA, MÁRIO TORRES⁽⁷⁹⁾ e, mais recentemente, de VÍTOR GOMES⁽⁸⁰⁾.

Aliás, repare-se que propugnando por um regime indemnizatório mais amplo, tal como CANOTILHO⁽⁸¹⁾ e CATARINA VEIGA⁽⁸²⁾, a Provedoria de Justiça, em 2004⁽⁸³⁾, propôs que fosse expressamente consagrada, na legislação penal (como forma de evitar o descrédito da justiça penal), a imperatividade de o arguido ser ressarcido dos prejuízos sofridos em virtude de lhe ter sido aplicada (de forma legal) tal medida de coacção, no âmbito do processo penal e, pelo crime relativamente ao qual viria mais tarde a ser absolvido⁽⁸⁴⁾.

Adivinhavam-se alterações e a conseqüente mudança do paradigma no âmbito da indemnização por privação injustificada da liberdade.

2.2. Análise do regime actual da alínea c) do n.º 1 do artigo 225.º

A 29 de Agosto foi publicada a Lei n.º 48/2007, revisora do CPP e que introduziu um novo fundamento de indemnização contra o Estado: a comprovação no processo criminal de que o arguido não foi agente do crime ou que o mesmo actuou justificadamente.

Do elenco da privação de liberdade, relevante para efeitos indemnizatórios, passa a constar a obrigação de permanência na habitação⁽⁸⁵⁾,

⁽⁷⁸⁾ Cf. *op. cit.*, pp. 11-18.

⁽⁷⁹⁾ Cf. Ac. TC n.º 12/05 e n.º 13/05.

⁽⁸⁰⁾ Cf. Ac. TC n.º 185/10.

⁽⁸¹⁾ In *O Problema*, *cit.*, pp. 220 e ss.

⁽⁸²⁾ *Op. cit.*, p. 456.

⁽⁸³⁾ Cf. Rec. n.º 3/B/2004, Proc. P-19/94.

⁽⁸⁴⁾ Neste sentido, *vide* LUÍS CATARINO, *A Responsabilidade*, *cit.*, p. 341 e MIGUEL PEDROSA MACHADO, *Revogação da prisão preventiva*, in *Direito e Justiça*, Vol. V, 1991, pp. 281 e ss.

⁽⁸⁵⁾ Como já haviam sugerido JOÃO CAUPERS, in *Responsabilidade pelo exercício da função jurisdicional*, 2003, p. 49; PAULA RIBEIRO DE FARIA, *Indemnização*, *cit.*, p. 18 e a Provedoria de Justiça na Rec. N.º 3/B/2004.

equiparando-se às restantes medidas privativas da liberdade (prisão preventiva e detenção)⁽⁸⁶⁾.

Repare-se que até 2007, o requisito activador do regime indemnizatório, focava-se num juízo efectuado *ex ante*, isto é, efectuado no momento em que a medida de coacção era decretada. A partir de 15 de Setembro de 2007, o mesmo regime permite que seja indemnizado o arguido cuja medida de coacção era regular *ex ante*, mas que se vem a revelar injustificada *ex post*, por sentença absolutória, em que se comprove que não foi o agente do crime ou que actuou ao abrigo de uma causa de exclusão de ilicitude⁽⁸⁷⁾.

Destarte, amplia-se, de forma inevitável, o leque de titulares do direito de indemnização⁽⁸⁸⁾.

Sem prejuízo de a questão ter sido posta em causa pela primeira vez no Ac. do TC n.º 116/02, esta mudança de paradigma, ao nível dos pressupostos, realizou-se com grande aplauso da doutrina que há muito criticava o facto de o arguido (injustamente privado da liberdade) suportar de forma total e solitária, o ónus de realização da justiça⁽⁸⁹⁾.

De qualquer forma, salienta-se o “salto” efectuado pelo legislador ao aditar a alínea c) ao n.º 1 do referido preceito e a consequente consagração de uma responsabilidade do Estado por

⁽⁸⁶⁾ Tal como qualquer outra forma de “detenção” ordenada para fim processual, como por exemplo, a detenção para comparência em audiência, independentemente da natureza criminal ou não criminal do processo. Neste sentido, PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário, cit.*, p. 641 e LUÍS CATARINO, *A Responsabilidade, cit.*, pp. 361-362. *Vide*, os Acs. do TEDH, Harkman v. Estónia de 11/07/06 e Fedotov v. Rússia, de 25/10/05.

⁽⁸⁷⁾ Cf. Exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 109/X: “(...) apesar da medida de privação da liberdade ter sido correctamente aplicada, é justo que o Estado de Direito assuma a responsabilidade pelos danos sofridos por arguidos inocentes”.

⁽⁸⁸⁾ Neste sentido, *vide* a Proposta de Lei n.º 109/X e MAIA GONÇALVES, *Código, cit.*, p. 558.

⁽⁸⁹⁾ *Vide* as declarações de voto da Conselheira MARIA FERNANDA PALMA e do Conselheiro MÁRIO TORRES, aos Acs. TC n.º 12/05 e n.º 13/05, esclarecendo aquela, que “Num outro modo de abordagem, a pergunta fundamental será a de saber se é legítimo exigir-se, em absoluto e sem condições, a cada cidadão o sacrifício da sua liberdade em nome da necessidade de realizar a justiça penal, e quando tal cidadão venha a ser absolvido”; CATARINA VEIGA, *op. cit.*, p. 456.

acto lícito, no âmbito da função jurisdicional^(90/91). Esta opção passa por onerar o Estado quanto aos danos oriundos de uma inutilidade da prisão preventiva, preterindo a oneração exclusiva do arguido, que não deu causa à suspeita que sobre si recaiu e que antes surgiu como “*vítima de uma inexorável lógica investigatória*”⁽⁹²⁾.

Respeita-se, *in fine*, o princípio da igualdade na repartição de encargos públicos, equilibrando-se, de um lado, necessidades de índole processual (eficácia do sistema penal) e, por outro lado, o direito de liberdade do arguido, acautelado pela justa compensação⁽⁹³⁾.

i) A jurisprudência nacional: analepse e prolepse

Antes sequer de se imaginar este aditamento legal (previsto pela Lei n.º 48/2007), era defendido maioritariamente pelo STJ que “*a circunstância de alguém ser sujeito a prisão preventiva, legal e judicialmente estabelecida, e vir depois a ser absolvido em julgamento, e nessa altura libertado, por não se considerarem provados os factos que lhe eram imputados e que basearam aquela prisão, só por si, não possibilita, automaticamente, o direito à indemnização*”⁽⁹⁴⁾. Defendia-se que seria, em princípio, irrelevante (para a

⁽⁹⁰⁾ Neste sentido, vide LUÍS CATARINO, *Contributo para uma reforma do sistema geral de responsabilidade civil extracontratual do Estado: Propostas acerca da imputação por facto jurisdicional*, 2001.

⁽⁹¹⁾ Na nossa humilde opinião, pôs termo à discussão em torno do n.º 5 do art. 27.º da CRP, quanto à inclusão de uma responsabilidade objectiva do Estado. Cf. defendia RUI MEDEIROS, *Ensaio, cit.*, pp. 105-106.

⁽⁹²⁾ Qualificação de FERNANDA PALMA, *op. cit.*

⁽⁹³⁾ Ultrapassando a questão colocada por GOMES CANOTILHO: “*(...) o cerne do problema consiste em saber quando é que o sacrifício da detenção ultrapassou a álea geral originando uma desigualdade perante os encargos públicos merecedora de reparação*”, in *O Problema, cit.*, p. 220.

⁽⁹⁴⁾ Cf. MOURAZ LOPES, in *A Responsabilidade, cit.*, p. 90 e o Conselheiro HÉLDER ROQUE, na declaração de voto ao Ac. STJ de 11.10.11; e, ainda o Ac. TRL de 04.06.09, os Acs. STJ de 13.05.93, de 17.10.95, de 17.03.98, de 27.11.03, de 01.06.04, de 19.10.04, de 27.09.05, de 29.06.05, de 05.06.07 e, ainda que na vigência da Lei n.º 48/2007, os acs. de 22.01.08, de 29.01.08, de 11.09.08 e de 11.10.11.

apreciação ou qualificação do erro grosseiro) o facto de, *ex post*, o detido ser absolvido ou não ser submetido a julgamento por, entretanto, haverem surgido novas provas que afastaram a sua anterior indicição⁽⁹⁵⁾.

Contudo, e do outro lado da barricada, de forma absolutamente pioneira, ainda que minoritária, o STJ entendera, em três cruciais arestos, que o Estado seria responsável pelos eventuais prejuízos causados ao lesado (e provados por este), originados pela aplicação de forma legal, de prisão preventiva, a que sobreveio absolvição, ainda que não tendo sido detectado erro grosseiro nos pressupostos de facto de aplicação⁽⁹⁶⁾. Sem qualquer antecedente, alargavam, ineditamente, o regime legal estabelecido no CPP vigente à data, com base na existência de uma responsabilidade do Estado por acto lícito da função jurisdicional.

Após a vigência da Lei n.º 48/2007, vários foram os arestos que se furtaram à aplicação da nova redacção (alínea *c*) do n.º 1 do art. 225.º do CPP), os quais sustentaram que o referido preceito “*apesar de inserido num diploma de carácter adjectivo, assume natureza eminentemente substantiva*”⁽⁹⁷⁾, constituindo uma regra de direito privado comum. Destarte, sendo a acção de indemnização sobre o Estado um processo de natureza cível, a nova formulação do art. 225.º do CPP, nos termos do art. 12.º do CC, só logra aplicação aos casos de detenção ou prisão preventiva após o início de vigência daquela Lei (afastando assim a aplicação do art. 5.º do CPP)⁽⁹⁸⁾.

ii) A interpretação

Questionamo-nos, atento o teor da alínea *c*) do n.º 1 do art. 225.º do CPP, acerca da existência de um direito de indemniza-

⁽⁹⁵⁾ Cf. Acs. STJ de 17.10.95, de 03.12.98, de 04.04.00 e de 19.09.02.

⁽⁹⁶⁾ Cf. Acs. STJ de 12.11.98, de 12.10.00, de 11.03.03.

⁽⁹⁷⁾ Cf. MOURAZ LOPES, *A responsabilidade*, *cit.*, p. 79, esclarecendo a inequívocidade da natureza substantiva do preceito. Cf. o Ac. TC n.º 160/95.

⁽⁹⁸⁾ Cf. o Ac. TRL de 04.06.09, de 17.06.10 e os Acs. STJ de 22.01.08, de 29.01.08, de 11.09.08, de 19.03.09, de 22.03.11 e de 11.10.11.

ção do arguido sobre o Estado, quando aquele tenha sido absolvido, ao abrigo do princípio *in dubio pro reo*⁽⁹⁹⁾.

Contudo, esta questão não pode deixar de assumir natureza retórica, tendo em conta que as regras da hermenêutica jurídica não nos permitem retirar a solução mais desejável⁽¹⁰⁰⁾, ou seja, a indemnização de todas as sentenças absolutórias, com e sem prova da inocência⁽¹⁰¹⁾. Com efeito, atenta a bitola do n.º 2 do art. 9.º do CC, através da leitura da alínea c) do n.º 1 do art. 225.º CPP e dos seus trabalhos preparatórios, depreendemos que a escolha pelo legislador pelo conceito “comprovar”, quis significar que o direito de indemnização apenas está reservado ao arguido que tenha sido absolvido e cujas dúvidas acerca da inocência tenham sido totalmente dissipadas⁽¹⁰²⁾.

A contrario, é perceptível, de forma não menos dúbia, que o tribunal⁽¹⁰³⁾ estará autorizado a recusar a indemnização, sempre que o arguido não tiver comprovado positivamente a sua inocência e que, como tal, não tenha afastado as suspeitas de culpabilidade que sobre si recaem⁽¹⁰⁴⁾ (por exemplo, quando absolvido ao abrigo do princípio *in dubio pro reo* ou até em caso de prescrição do procedimento criminal).

Destarte, não poderemos deixar de expressar a nossa censura a esta medida de política legislativa⁽¹⁰⁵⁾.

⁽⁹⁹⁾ Para a distinção entre este e o princípio da presunção da inocência *vide* FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, Vol. I, 1974, p. 213.

⁽¹⁰⁰⁾ Neste sentido, veja-se em Espanha, a STS de 27.01.89, que entendeu não ser viável a interpretação extensiva do âmbito do art. 294.º da LOPJ, de modo a abranger as absolvições por falta de prova da participação no crime, restando ao interessado instar uma declaração de erro judicial, ao abrigo do art. 293.º da LOPJ.

⁽¹⁰¹⁾ Cf. defende GERMANO MARQUES DA SILVA, in *Curso de Processo Penal*, Vol. II, 4.ª ed., 2008, p. 367. O autor afirma que a lei não exige a prova da inocência, argumentando que a inocência presume-se até ser afastada pela condenação; e LENILMA MEIRELLES, in *Sentença Absolutória em Prisão Preventiva: Vinculação do Estado ao Dever de Indemnizar*, 2007, pp. 77-78, considerando que “*ambas as situações (absolvição com e sem intermédio do princípio in dubio pro reo) se equivalem, pois fazem da mesma lógica elementar*”.

⁽¹⁰²⁾ Neste sentido, EVA CALVETE TOMÉ, in *A Indemnização por Privação Ilegítima da Liberdade*, 2010, p. 54 e CARLOS CADILHA, *Regime*, cit., p. 254.

⁽¹⁰³⁾ Sobre a jurisdição competente, *vide infra*, ponto 4.1.

⁽¹⁰⁴⁾ Cf. PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário*, cit., p. 641.

⁽¹⁰⁵⁾ Sobretudo se tivermos em conta a lição de GOMES CANOTILHO, in *O Problema*, cit., p. 212: “*a inocência, posteriormente demonstrada, virá revelar, sim, um sacri-*

2.3. O juízo de (in)constitucionalidade e o princípio *in dubio pro reo*

2.3.1. Análise ao acórdão do TC n.º 185/2010 de 12 de Maio de 2010

I — A questão não é nova, quer no âmbito da jurisprudência do STJ⁽¹⁰⁶⁾, quer da jurisprudência do TC (Acs. n.º 116/02, n.º 12/05, n.º 13/05).

A norma da alínea *c*) do n.º 1 do art. 225.º do CPP é colocada em causa, no Ac. do TC n.º 185/2010, por violação do princípio da presunção de inocência⁽¹⁰⁷⁾ (n.º 2 do art. 32.º da CRP). Lamentavelmente, o TC considerou que o referido preceito não sofre de inconstitucionalidade, quando interpretado no sentido de não se considerar *injustificada* a prisão preventiva a um arguido que vem a ser absolvido com fundamento no princípio *in dubio pro reo*.

Contudo, o infeliz acórdão ilude a questão principal da violação da presunção da inocência⁽¹⁰⁸⁾. Senão vejamos.

Em primeiro lugar, apesar de o TC retirar correctamente a principal questão — por conta de quem deve correr o risco de, verificados os pressupostos legais, o indivíduo ser sujeito a prisão preventiva^(109/110) — o mesmo Tribunal, escusou-se a esta pondera-

ficio individual e grave, absolutamente inexigível sem compensação. (...) a sua inocência não perturba a legitimidade do acto jurisdicional, mas torna obrigatória a atribuição ao lesado ou herdeiros de uma justa indemnização”.

⁽¹⁰⁶⁾ Cf. Acs. STJ de 11.09.08 e de 11.10.11.

⁽¹⁰⁷⁾ Por não constituir o objecto do nosso trabalho, não iremos abordar o instituto jurídico-constitucional e as respectivas refrações jurídico-penais. Atemo-nos à sua relação com o cerne dos nossos trabalhos.

⁽¹⁰⁸⁾ Cf. PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário, cit.*, p. 643 e o Conselheiro VÍTOR GOMES, na sua declaração de voto ao Ac. TC n.º 185/2010.

⁽¹⁰⁹⁾ Questão que se colocava com maior acuidade nas anteriores redacções do art. 225.º, na medida em que, não existia qualquer razão válida para a indemnização por privação injustificada da liberdade ficar condicionada à existência de erro grosseiro. Invoçavam-se pertinentes argumentos (aos quais aderimos inteiramente), denominadamente: o facto de tal restrição não se verificar na indemnização por condenação injusta (462.º do CPP) e, de forma mais flagrante, em caso de danos causados na propriedade privada, por acto lícito da Administração Pública, tal como sucede, na indemnização por requisição ou expropriação pública (n.º 2 do art. 62.º da CRP), na intervenção e apropriação pública dos

ção de valores, concluindo, pauperrimamente, que não dispunha de condições para a efectuar.

Ora, e sem prejuízo de esta questão ter sido ultrapassada (de forma parcial) pelo legislador ordinário, com a consagração da alínea *c*) do n.º 1 do art. 225.º da CRP, consideramos que inexistente uma exigência, sem limites, de um “dever de cidadania”⁽¹¹¹⁾ que implique ao cidadão suportar, de forma solitária, de qualquer tipo de restrição à liberdade (ainda que, com fundamento legal) em detrimento da segurança pública e das bitolas do processo penal^(112/113).

Em segundo lugar, o TC furta-se à discussão da bondade do regime de responsabilidade civil do Estado por privação da liberdade injustificada, sob o argumento de “*afectar sensíveis equilíbrios sistémicos estabelecidos a nível legislativo*”. Contudo, acaba por pronunciar-se acerca desta hipotética medida de responsabilização solidária, através da atribuição de uma indemnização em casos de absolvição. Argumenta que tal solução, sem prejuízo do

meios de produção (83.º da CRP) e, no caso de inexecução lícita de sentenças pelos TAF (arts. 163.º e 166.º do CPTA). Neste sentido, o Conselheiro VÍTOR GOMES, *op. cit.*, MARIA PAULA RIBEIRO DE FARIA, *Indemnização, cit.*, GOMES CANOTILHO, *Anotação, cit.*, p. 83, GLÓRIA GARCIA, *op. cit.*, p. 41, os Conselheiros MÁRIO TORRES e MARIA FERNANDA PALMA, *op. cit.*, a Desembargadora MARIA MANUELA, *op. cit.*, JOSÉ MOUTINHO, *Constituição, cit.*, p. 654, RUI MEDEIROS, *Ensaio, cit.*, p. 106 e LUÍS CATARINO, *Contributo, cit.*, p. 274.

⁽¹¹⁰⁾ A este propósito, JOÃO CAUPERS, ironizava, de forma lapidar: “*Parece claro que o nosso sistema se preocupa mais em compensar a ofensa da propriedade do que em reparar a privação da liberdade. Enfim, princípios...*”, in *Responsabilidade, cit.*, p. 48.

⁽¹¹¹⁾ Questão colocada por GOMES CANOTILHO, in *Anotação, cit.*, p. 85.

⁽¹¹²⁾ Discordamos, salvo o devido respeito, de MIGUEL MORÓN, in *Consecuencias impuestas de la presunción de inocencia: La revisión de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad por error judicial por efecto de la sentencia Tendam del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, 2010, pp. 49-67. O autor aponta que, tendo sido absolvido por falta de prova, recai sobre o arguido um dever jurídico de suportar o dano causado pela prisão preventiva.

⁽¹¹³⁾ Cf. MOURAZ LOPES, *Responsabilidade, cit.*, p. 94. Adiantando que importa acautelar um modelo de concordância prática, não se enveredando por soluções maniqueístas ou totalitárias. No mesmo sentido, sob diferente argumentação, CATARINA VEIGA, *op. cit.*, p. 468, afirma que “*Se a priori, é lícito ao arguido enquanto dever de cidadania (porque sobre ele recaem fortes suspeitas da prática de um crime doloso) e ao Estado decretá-la enquanto garante da legalidade, a posteriori não será legítimo ao Estado não subtrair os danos por ela provocados à esfera do arguido, porque revelada, a final, lesiva de um seu direito fundamental*”, a Desembargadora MARIA MANUELA, *op. cit.*, e AVEIRO PEREIRA, *op. cit.*, pp. 215-219.

“amolecimento ósseo” da acção penal e da possível inflação de acções ressarcitórias sobre o Estado⁽¹¹⁴⁾, poderia redundar quer num *deficit*, quer num *superavit*, de prisões preventivas, e na consequente afectação de forma mais intensa, da liberdade individual do arguido⁽¹¹⁵⁾.

Este argumento, sem prejuízo de se desviar do cerne da questão, não merece acolhimento⁽¹¹⁶⁾.

Em terceiro e último lugar, o Ac. não se pronuncia acerca da preterição do princípio da presunção de inocência. Aliás, a seguinte passagem da decisão recorrida é elucidativa da manutenção de um labéu da suspeita sobre o arguido: “(...) *no acórdão penal absolutório não ficou provado que a ora recorrente não tenha sido autora dos crimes por que foi acusada (...)*”.

Repare-se que, apesar do juízo absolutório, não se vislumbra qualquer sinal no sentido de inocentar o arguido. A mancha provocada por tal entendimento, é irreparável.

II — Reportando-nos à questão omitida pelo Ac. do TC, expressamos, salvo o devido respeito, o juízo de censura à actual solução legislativa da al. c) do n.º 1 do art. 225.º do CPP.

Sem prejuízo de haver na actividade judiciária uma grande “margem de risco”, determinada, na maior parte das vezes, pela questão da insegurança da prova⁽¹¹⁷⁾, entendemos, de forma inequívoca, que a oneração do arguido absolvido, com a prova de que está limpo de toda a suspeição, para que possa obter a tutela ressar-

⁽¹¹⁴⁾ Cf. GOMES CANOTILHO, in *Anotação, cit.*, p. 85.

⁽¹¹⁵⁾ Neste sentido, em Espanha, MIGUEL MORÓN, *op. cit.*, p. 49-57. Contudo, ademais, em sentido contrário, às palavras do Conselheiro VÍTOR GOMES, *op. cit.*, esclarecendo que “*Proteger, a hipotética liberdade de todos os arguidos mediante a não compensação pública do sacrifício da liberdade do arguido efectiva e concretamente atingido pela prisão preventiva que a posteriori vem a revelar-se injustificada, é solução que me parece desproporcionada e repelida pelo princípio do Estado de Direito*”.

⁽¹¹⁶⁾ Cf. as sábias palavras do Conselheiro SEBASTIÃO PÓVOAS, qualificando este argumento de “ad terrorem”, in declaração de voto de vencido ao Ac. do STJ de 11.10.11.

⁽¹¹⁷⁾ Cf. Magistrados do Ministério Público do Distrito Judicial do Porto, in *Código, cit.*, p. 584. Defendem a actual solução legal, referindo que o legislador decidiu ponderadamente ao admitir a tutela ressarcitória, apenas aos arguidos que fossem completamente ilibados em sentença absolutória. Neste sentido, AMÉRICO MARCELINO, *A indemnização por prisão indevida*, 2007, p. 173 e MAIA GONÇALVES, *Código, cit.*, p. 558.

citória pela privação (injustificada) da liberdade, colide com o princípio da presunção de inocência^(118/119).

Aliás, essa exigência probatória (indirecta) é afrontadora da estrutura de um processo penal acusatório equilibrado por um princípio da investigação, que obriga o Ministério Público e o Tribunal à descoberta da verdade material^(120/121). O arguido não pode nem deve ter o ónus de auxiliar a investigação penal decorrente da incapacidade probatória do Ministério Público.

Um juízo provisório sobre a culpa do arguido não pode nunca ser mais valioso do que um juízo definitivo de absolvição, sob pena de estarmos perante uma limitação irremediável ao valor da presunção da inocência⁽¹²²⁾.

Repare-se que existe apenas um conceito de absolvição penal^(123/124) e, como tal, entendemos ser violador dos princípios da

⁽¹¹⁸⁾ Cf. o brilhante voto de vencido do Conselheiro VÍTOR GOMES: “*O princípio da presunção de inocência é incompatível com o entendimento de que, terminado o procedimento criminal pela absolvição do arguido por não ter a acusação logrado a prova dos factos que lhe imputava, sobre o mesmo possa continuar a recair o labéu da suspeita até que prove positivamente a inocência*”.

⁽¹¹⁹⁾ Vide arts. 372.º, n.º 2 e 425.º, n.º 2 do CPP e os Acs. do TEDH *Asan Rushiti v. Áustria* e *Lamana v. Áustria*, nos quais se considerou violador da presunção de inocência, o indeferimento da respectiva compensação ao arguido preso preventivamente, absolvido *ex post*, com um voto de vencido de um membro do tribunal, por este, manter de forma expressa, uma suspeita de culpabilidade.

⁽¹²⁰⁾ Se a acusação não conseguiu demonstrar a autoria imputada ou dissipar dúvidas que, porventura, se erigiram sobre o arguido e, dessa incapacidade probatória resultou a sua absolvição (por dúvidas ou não), o princípio da igualdade na repartição dos encargos públicos, exige que o Estado deva assumir uma quota-parte da responsabilidade pelos danos sofridos com a privação da liberdade, não sendo o arguido, exclusivamente, a arcar, com os danos resultantes de uma não prova que, justamente, competiria à acusação. Neste sentido, CATARINA VEIGA, *op. cit.*, pp. 466-468.

⁽¹²¹⁾ Causa-nos portanto, alguma perplexidade, a solução propugnada por MAIA GONÇALVES, in *Código, cit.*, p. 558, segundo a qual, restará ao arguido cuja inocência não foi comprovada, intentar uma acção declarativa contra o Estado, visando obter uma declaração de inocência e consequente indemnização. Vide Ac. da Comissão Constitucional n.º 168 que considerou violador da presunção da inocência, a inversão do ónus da prova em processo penal. Vide art. 62.º da Constituição Ucraniana.

⁽¹²²⁾ Cf. DELMAS-MARTY, *Procédures Pénales d'Europe*, 1995, pp. 498 e ss.

⁽¹²³⁾ No sentido de não condenação, CATARINA VEIGA, *op. cit.*, p. 465.

⁽¹²⁴⁾ Não fazendo qualquer distinção quanto ao juízo absolutório, as Rec. n.º R (80) 11 e n.º R (2006) 13 do Conselho da Europa.

igualdade e da presunção da inocência (comportando uma “incompreensível diferença”)(¹²⁵), a criação discriminatória de duas categorias de sentenças absolutórias: aquelas em que se comprovou a inocência do arguido ou a justificação do acto (1.ª categoria) e as decretadas, por falta de prova, ao abrigo do *princípio in dubio pro reo* (2.ª categoria), na medida em que estas últimas, privam os arguidos do respectivo direito de indemnização sobre o Estado, fazendo pender sobre estes o labéu da suspeita(¹²⁶).

O legislador deveria ter optado por uma de duas opções: ou indemnizava todos os arguidos que tenham estado detidos e sejam absolvidos (como na RFA) ou não indemniza nenhum arguido absolvido(¹²⁷).

Esta compressão da presunção de inocência torna-se ainda mais insustentável se tivermos em conta que, à luz do n.º 6 do art. 215.º do CPP, no caso de homicídio qualificado punido com 20 anos de prisão confirmada pelo TR, o limite máximo de prisão preventiva é de 10 anos. Assim sendo, se o arguido vier a ser absolvido por força do princípio *in dubio pro reo*, ele terá sofrido injustificadamente 10 anos de prisão preventiva sem direito a qualquer indemnização(¹²⁸).

Apesar de duvidarmos da bondade da medida de política legislativa introduzida pela Lei n.º 48/07, frisamos que “*além da abordagem gramatical é fundamental a leitura sistémica dos dispositivos constitucionais*”(129).

(125) Palavras de FARIA COSTA, in *Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em homenagem a Jorge Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, 2009, p. 455.

(126) Cf. PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário, cit.*, p. 642, esclarecendo que tal entendimento constitui “*um retrocesso à dogmática pré-liberal, anterior à revolução francesa que distinguia vários tipos de absolvidos*”; TERESA PIZARRO BELEZA, *Prisão Preventiva e Direitos do arguido*, in Mário Monte e outros (coord.), *Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em homenagem a Jorge Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, pp. 683-684, sustentando que “*à luz da Constituição um arguido nessas circunstâncias será inocente, mas à luz do CPP não terá fundamento para demandar o Estado pela privação da liberdade a que foi sujeito. A antinomia não é aceitável*” e, ainda o Conselheiro HÉLDER ROQUE, in declaração de voto ao Ac. STJ de 11/10/2011.

(127) Cf. PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário, cit.*, p. 642.

(128) *Vide* Ac. TC n.º 68/88.

(129) LENILMA MEIRELLES, *Sentença, cit.*, pp. 77-78.

Ex positis, não nos resta outro juízo que não o de considerar, a alínea *c*) do n.º 1 do art. 225.º do CPP, inconstitucional, por violação dos arts. 1.º, 2.º, 13.º, e 32.º, n.º 2 da CRP⁽¹³⁰⁾.

2.3.2. A jurisprudência europeia e direito comparado

Com efeito, o Ac. do TC n.º 185/2010 ignorou a vasta jurisprudência do TEDH, que tem identificado a violação do princípio da presunção da inocência (n.º 2 do art. 6.º da CEDH)⁽¹³¹⁾, nos casos de recusa de indemnização aos arguidos detidos/presos e *ex post*, absolvidos por intermédio do princípio *in dubio pro reo*⁽¹³²⁾.

Destacamos os seguintes exemplos paradigmáticos⁽¹³³⁾:

- i*) O Ac. *Sekanina vs. Áustria (1993)* constitui a base de toda a problemática, sendo citado pelo TEDH em grande parte dos seus arestos. Neste acórdão, lê-se que o Tribunal austríaco recusou a referida indemnização, sob a argumentação de que esta era apenas devida aos arguidos cujas suspeitas tivessem sido totalmente afastadas por sentença absolutória⁽¹³⁴⁾.

⁽¹³⁰⁾ Votando a inconstitucionalidade, os Conselheiros MÁRIO TORRES, MARIA FERNANDA PALMA e VÍTOR GOMES nas declarações de voto já citadas, a Desembargadora MARIA MANUELA, *op. cit.*, PINTO DE ALBUQUERQUE, in *Comentário, cit.*, p. 643, TAIPA CARVALHO, in *Sucessão, cit.*, p. 431 e PAULA RIBEIRO DE FARIA, in *Indemnização, cit.*, pp. 11-18.

⁽¹³¹⁾ Quanto ao princípio da interpretação do direito interno em conformidade com o direito comunitário, *vide* GOMES CANOTILHO, in *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., pp. 1227 e ss. Quanto à aplicabilidade directa da CEDH, leia-se de forma conjugada, os arts. 16.º, n.º 2 e 8.º, n.º 2 da CRP.

⁽¹³²⁾ Cf. IRENEU CABRAL BARRETO, in *Convenção Europeia dos Direitos do Homem — anotada*, 2011, p. 203 e IÑAKI ESPARZA LEIBAR/JOSÉ FRANCISCO ETXEBARRIA GURIDI, in *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Derecho a un proceso equitativo, Lasagabaster Herrarte, I, 2.ª ed., 2009, pp. 243-244.

⁽¹³³⁾ Repare-se que no Brasil, a jurisprudência maioritária, defende que “*a prisão preventiva quando fundamentada, não gera ao Estado obrigação de indenizar o acusado, em face da sua absolvição por insuficiência de prova, posto ser um ato de persecução criminal que repousa em juízo provisório*”. Cf. DIJONILSON VERÍSSIMO, in *Não caracterização da responsabilidade civil do Estado em decorrência de decretação de prisão preventiva, com posterior absolvição do acusado por insuficiência de provas*, 2013, disponível em <<http://www.conteudojuridico.com.br>>.

⁽¹³⁴⁾ O júri considerou que as suspeitas sobre o Sr. Sekanina, não eram suficientes para fundamentar uma sentença de condenação, ainda que essas suspeitas de culpabilidade não tenham sido afastadas.

Repare-se no paralelismo. O art. 2.º, n.º 1, alínea *b*), da Lei Austríaca de 1969, para a respectiva tutela ressarcitória, exige, a par da alínea *c*) do n.º 1 do art. 225.º do CPP, que a sentença de absolvição tenha sido declarada *sem margem de dúvidas* quanto à inocência do arguido ou que o mesmo tenha agido ao abrigo de uma causa de justificação⁽¹³⁵⁾. O TEDH exprimiu a sua censura à solução consagrada, frisando, *in fine*, que a manutenção do labéu de suspeita sobre o arguido, após o trânsito em julgado de uma sentença absolutória, é incompatível com o princípio da presunção da inocência (n.º 2 do art. 6.º da CEDH)⁽¹³⁶⁾.

ii) O Ac. *Baars v. Países Baixos*⁽¹³⁷⁾ (2003), no qual a indemnização foi rejeitada pelo Tribunal de recurso, com base em prova realizada em processo criminal contra terceiro (mantendo-se as fortes suspeitas de culpabilidade), no qual o requerente da indemnização interveio como testemunha.

iii) O Ac. *Capeau v. Bélgica* (2005), no qual o Tribunal rejeitou a indemnização pela privação da liberdade, devido à falta de prova da inocência pelo arguido⁽¹³⁸⁾, num processo criminal que acabou por ser arquivado.

Repare-se que o art. 28.º, n.º 1, alínea *b*) da Lei Belga de 13 de Março de 1973, para que seja activada a tutela ressarcitória, exige que tenha havido uma detenção superior a 8 dias e que, depois de absolvido, o arguido comprove a sua inocência, através de argumentos factuais ou legais.

⁽¹³⁵⁾ Tal como nós defendemos, quanto à actual solução do CPP, o Juiz Matscher, no seu parecer favorável ao referido acórdão, opinava que seria desejável a alteração da redacção da norma de compensação austríaca.

⁽¹³⁶⁾ Em sentido contrário, o Ac. *Englert v. Alemanha*. Neste, o TEDH negou a existência de violação do n.º 2 do art. 6.º da CEDH, tendo em conta que, o arguido provocou a suspeita criada pelo Tribunal, escondendo factos relativos à ocorrência (regime semelhante ao estabelecido no n.º 2 do art. 225.º do CPP).

⁽¹³⁷⁾ *Vide Geerings v. Países Baixos*.

⁽¹³⁸⁾ Em Portugal, por semelhante, *vide* Ac. STJ de 29.06.05.

Contudo, e sem prejuízo da censura a esta solução legislativa, o TEDH deixou patente que a eficácia do n.º 2 do art. 6.º da CEDH não se limita aos processos criminais pendentes, estendendo-se a decisões judiciais tomadas após o arquivamento do processo. Transcrevemos, por relevante, a seguinte afirmação: “*Requiring a person to establish his or her innocence, which suggests that the court regards that person as guilty, is unreasonable and discloses an infringement of the presumption of innocence*”.

- iv) O Ac. *Grabchuk v. Ucrânia* (2006), no qual a recusa de indemnização se sustentou no facto de o processo criminal ter sido arquivado, por falta de prova, e como tal, não se terem afastado as suspeitas de culpabilidade sobre a arguida/requerente.

Repare-se que, curiosamente, o art. 62.º da Constituição Ucraniana, respeitante ao princípio da presunção da inocência, prescreve expressamente que, “*ninguém pode ser obrigado a provar a sua inocência*”. Ao passo que, o art. 2.º da Lei Ucraniana de Compensação de 1 de Dezembro de 1994, confere o direito de indemnização, em casos de absolvição e arquivamento do procedimento criminal, quer por falta de prova, quer por ausência do *corpus delicti*.

No caso, o TEDH reiterou que “*a CEDH deve ser interpretada de forma a garantir que os direitos são práticos e efectivos em oposição ao teórico e ilusório (...) e isso aplica-se ao direito consagrado no art. 6.º, n.º 2 da CEDH*”.

- v) O Ac. *Tendam v. Espanha* (2010), responsável pela queda da corrente jurisprudencial espanhola⁽¹³⁹⁾, tem, na sua

(139) Cf. MIGUEL MORÓN, *op. cit.*, pp. 49-54. O autor repara que, anteriormente aos acs. *Tendam* e *Puig Panella v. Espanha*, a jurisprudência espanhola recusava a interpretação extensiva do art. 294.º da LOPJ, no sentido de conferir tutela ressarcitória, aos arguidos absolvidos, por falta de prova.

base, a recusa de uma indemnização pela privação injustificada da liberdade. O Tribunal espanhol argumentava que a “*não participação do requerente nos factos criminosos não tinha sido suficientemente estabelecida*”.

Denote-se que, o art. 294.º da LOPJ estabelece que para o respectivo direito de indemnização não basta a absolvição do cidadão acusado, torna-se necessário demonstrar a inexistência do facto que lhe era imputado.

Contudo, o TEDH, luminosamente, realçou que não deve existir discriminação qualitativa entre quem foi absolvido por falta de prova, ou quem provou positivamente a sua inocência, caso contrário, identificar-se-ia uma preclusão da presunção da inocência⁽¹⁴⁰⁾. Acrescenta, ainda, que os Tribunais espanhóis devem analisar, nas suas decisões, se o Ministério da Justiça e respectivos órgãos judiciais, lançaram suspeitas sobre a inocência do demandante^(141/142). *In fine*, o Tribunal de Estrasburgo expressou o seu juízo de censura sobre o critério de aplicação do art. 294.º da LOPJ, que vinha sendo praticado pela jurisprudência espanhola, no sentido de não conferir indemnização aos arguidos absolvidos por falta de provas, condenando o Estado espanhol a pagar 15.600 por danos morais.

⁽¹⁴⁰⁾ Cf. Ac. Vassilios Stavropoulos v. Grécia.

⁽¹⁴¹⁾ MIGUEL MORÓN, *op. cit.*, p. 53, critica a decisão proferida pelo TEDH, referindo que os órgãos administrativos e judiciais que negaram a indemnização por prisão preventiva ao Sr. Tendam, nunca questionaram a sua inocência, não se tratando de um típico caso, de manutenção do labéu da suspeita. Transcrevemos, por interessante, a sua perspectiva: “*En otros, términos, es claro, a mi modo de ver, que el rechazo de la indemnización por error judicial através de las vías del artículo 294 LOPJ a quienes resultaron absueltos por falta de pruebas no supone arrojar sobre el reclamante sospecha alguna de culpabilidad después de la absolución, a no ser que en la resolución administrativa o judicial que deniega la indemnización se expliciten tales sospechas. La decisión del Tribunal Europeo en el caso Tendam no es acertada, pues supone una aplicación extrema y nada matizada de su propia doctrina sobre la cuestión.*”

⁽¹⁴²⁾ Cf. Ac. Puig Panella v. Espanha, no qual a indemnização foi rejeitada pelo Tribunal espanhol, por falta de prova da “certeza total quanto à inocência” do arguido, cuja sentença condenatória havia sido anulada.

Destarte, Áustria e Bélgica⁽¹⁴³⁾ são os países que maiores similaridades apresentam com o actual regime do art. 225.º do CPP, resultando inequívoco, perante a jurisprudência do TEDH, que a actual solução legislativa portuguesa apresenta uma distorção ao princípio da presunção da inocência, conquanto que exige a comprovação da inocência do arguido, após o trânsito em julgado do respectivo juízo absolutório.

2.4. Proposta de alteração da al. c) do n.º 1 do artigo 225.º do Código de Processo Penal

Na sequência do exposto, a solução, em nosso entender, passa por uma alteração legislativa, de forma a ressarcir os arguidos absolvidos ao abrigo do *in dubio pro reo*⁽¹⁴⁴⁾.

Inspiramo-nos no art. 2.º da StrEG⁽¹⁴⁵⁾, consagrador de um modelo de reparação automática⁽¹⁴⁶⁾, a todos os arguidos que posteriormente sejam absolvidos⁽¹⁴⁷⁾, fixando-se um quantitativo diário pelo dano imaterial causado pela detenção^(148/149).

Por respeito aos princípios da igualdade, proporcionalidade e presunção de inocência, a alínea c) desse n.º 1 deverá incluir **todo**

⁽¹⁴³⁾ Tal como a Suécia, cf. LUIS CATARINO, *Contributo*, cit., p. 278.

⁽¹⁴⁴⁾ Cf. em Espanha, MIGUEL MORÓN, *op. cit.*, pp. 49-57.

⁽¹⁴⁵⁾ Redacção de 9 de Dezembro de 1974.

⁽¹⁴⁶⁾ Vide sistemas de reparação condicional, praticados em Espanha (art. 294.º da LOPJ), Áustria (art. 2.º, n.º 1, al. b), Bélgica (arts. 27.º a 28.º da Lei de 13 de Março de 1973) e actualmente, em Portugal. Para além do juízo absolutório, estes sistemas exigem requisitos adicionais para a respectiva tutela ressarcitória. Para a compreensão dos sistemas anglo-saxónicos, vide Yassar Hussain e Allen v. Reino Unido.

⁽¹⁴⁷⁾ Cf. MOURAZ LOPES, *op. cit.*, p. 95. Tal como em Itália, após a sentença da Corte Costituzionale n.º 109, de 2 de Abril de 1999, que declarou a ilegitimidade do art. 314.º do CPP italiano, na parte em que não previa a indemnização a quem vem a ser absolvido. *Vide* Ac. N.C. v. Itália.

⁽¹⁴⁸⁾ Repare-se que, em 2006, na RFA, foram pagos 11 euros por cada dia de detenção. Cf. CLAUS ROXIN e HANS ACHENBACH, *Strafprozessrecht*, 16, Auflage, München, Beck, 2006, p. 77.

⁽¹⁴⁹⁾ Somos da opinião que, tendo em conta o princípio da igualdade na repartição dos encargos públicos, o quantitativo a estabelecer, será sempre inferior ao que caberia ao arguido que, nas mesmas circunstâncias, comprovou a sua inocência.

o tipo de juízo absolutório⁽¹⁵⁰⁾, incluindo o arquivamento e prescrição do processo criminal, o despacho de não pronúncia, tal como, o caso em que o Tribunal recusa a abertura do procedimento criminal⁽¹⁵¹⁾.

Por outro lado, entendemos que se afigura razoável o aditamento de uma alínea *d*) ao n.º 1, de forma a estender a aplicação do preceito aos casos em que o arguido venha a ser condenado em prisão efectiva por tempo inferior ao tempo que permaneceu em prisão preventiva, em pena de multa principal ou de substituição ou, no caso de o juiz concluir, pela dispensa de pena⁽¹⁵²⁾.

Por fim, adoptamos em parte, a solução proposta por TAIPA CARVALHO⁽¹⁵³⁾, na medida em que se propõe o aditamento de um 3.º número ao art. 225.º, com a previsão de um limiar mínimo de indemnização, correspondente ao salário mínimo nacional e, moderado pelo juízo de equidade do julgador, atentas as especiais circunstâncias do caso concreto.

§ 3. A Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado por acto lícito da Função Jurisdicional⁽¹⁵⁴⁾ — A solução vicária

Desaplicada a norma inconstitucional, tornar-se-á aplicável o art. 22.º da CRP^(155/156), regulador do regime geral da responsabilidade civil extracontratual do Estado, tendo em vista que, o arguido

⁽¹⁵⁰⁾ *Vide* soluções adoptadas na Ucrânia e Alemanha, nas quais nos sustentamos.

⁽¹⁵¹⁾ Cf. CATARINA VEIGA, *op. cit.*, p. 461.

⁽¹⁵²⁾ Cf. EVA CALVETE TOMÉ, *A indemnização*, *cit.*, p. 57.

⁽¹⁵³⁾ *Op. cit.*, p. 431.

⁽¹⁵⁴⁾ Não descuramos que, as primeiras discussões, tivessem em vista os casos de prisão preventiva longa. Cf. CANOTILHO, *Anotação*, *cit.*, p. 85. Contudo, a nossa telos é mais atrevida.

⁽¹⁵⁵⁾ *Vide supra*, ponto 1.1.2.

⁽¹⁵⁶⁾ Não afastamos a possibilidade da aplicação directa do n.º 5 do art. 27.º da CRP, na medida em que o mesmo prevê a responsabilidade objectiva geral do Estado por actos lícitos da função jurisdicional, em termos de abranger a prisão preventiva legal e mantida injustificadamente. *Vide supra* ponto 1.2.

que sofreu uma prisão preventiva legal e foi absolvido *ex post*, sofreu um dano (que consideramos ser, por natureza)^(157/158) especial e anormal - a injusta privação da liberdade⁽¹⁵⁹⁾.

Nesta linha de raciocínio, caso o arguido, que sofreu prisão preventiva (ou outra medida privativa da liberdade) lícita, venha a ser absolvido, ainda que por falta de prova, o Estado torna-se responsável por esse acto jurisdicional lícito⁽¹⁶⁰⁾, devendo ressarcir o sacrifício desigual e grave, pela privação injustificada da liberdade⁽¹⁶¹⁾.

Ainda que se entenda (como não entendemos, pelo menos, de forma inequívoca) que o art. 22.º não abrange a responsabilidade do Estado por acto lícito⁽¹⁶²⁾, esta deriva do princípio da igualdade dos cidadãos perante os encargos públicos (arts. 1.º, 2.º e 9.º DUDH, 2.º PIDCP e 13.º CRP)^(163/164) pela aplicação directa do princípio do Estado de Direito Democrático (art. 2.º CRP)^(165/166). Referimo-nos a um princípio de reparação pelo Estado da actividade pública lícita causadora de danos especiais e anormais.

⁽¹⁵⁷⁾ Cf. LUÍS CATARINO, in *Contributo, cit.*, pp. 278-280 e *A responsabilidade, cit.*, p. 380, os Conselheiros MÁRIO TORRES e FERNANDA PALMA, em declaração ao Ac. TC n.º 12/05.

⁽¹⁵⁸⁾ *A contrario*, o Ac. STJ de 29.06.05.

⁽¹⁵⁹⁾ Cf. GOMES CANOTILHO: “a prisão preventiva, lícita embora, não deixa de constituir uma lesão do direito de liberdade” in *Anotação, cit.*, p. 85.

⁽¹⁶⁰⁾ *Vide* Ac. TC n.º 90/84 e, *a contrario*, o Ac. TC n.º 185/10 considerando que “uma medida lesiva de um direito fundamental, é seguramente, um *quid ilícito*”.

⁽¹⁶¹⁾ Cf. PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário, cit.*, p. 644. CATARINA VEIGA, *op. cit.*, 463. LUÍS CATARINO, *A Responsabilidade, cit.*, p. 61. JOÃO CAUPERS, *Responsabilidade, cit.*, p. 48.

⁽¹⁶²⁾ Para o respectivo regime, *vide* MARIA MESQUITA, *O Fio, cit.*, pp. 41-54.

⁽¹⁶³⁾ Cf. AVEIRO PEREIRA, *op. cit.*, pp. 215-219 e Pareceres da PGR n.ºs 162/80 e 187/83.

⁽¹⁶⁴⁾ Discordamos por isso, das palavras de MIGUEL MORÓN, *op. cit.*, quando refere que “*sería injusto imputar al Estado — o sea, a los contribuyentes — las consecuencias lesivas de toda decisión judicial que, en virtud de los mismos, se revela errónea*”.

⁽¹⁶⁵⁾ Cf. CARLOS CADILHA, *Regime, cit.*, p. 360 e LÚCIA AMARAL, *Dever de Legislar e Dever de Indemnizar. A propósito do caso “Aquaparque do Restelo”*, 2000, pp. 76-77. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição, cit.*, p. 431.

⁽¹⁶⁶⁾ Quanto à aplicação analógica do regime indemnizatório por condenação penal injusta, *vide* RUI MEDEIROS, in *Responsabilidade Civil dos Poderes Públicos*, UCP, 2005, p. 84.

Repare-se que, após o juízo absolutório, por insuficiência de prova, não é justo, nem legal que, numa situação de colisão de direitos, o particular sacrificado sofra sozinho o prejuízo de uma actuação, apenas porque esta beneficia o interesse social e público da comunidade⁽¹⁶⁷⁾.

É certo que o Estado de Direito não postula a aceitação generalizada da responsabilidade objectiva⁽¹⁶⁸⁾, contudo, o mesmo constitui fundamento para pretensões autónomas não previstas expressamente na CRP, nomeadamente, em relação a danos graves resultantes da violação não culposa de direitos, liberdades e garantias.

Neste caso, está em causa a simples privação injusta da liberdade (27.º, n.º 1 CRP), o bem mais valioso da Lei Fundamental⁽¹⁶⁹⁾.

Acompanhamos, assim, MARIA MESQUITA⁽¹⁷⁰⁾, quando refere que “*uma Administração (...) não deve temer um princípio fundamental do Estado de Direito, antes deve estar pronta para assumir as consequências do seu comportamento, ainda que lícito, dentro dos limites previstos pela Constituição e na lei*”.

I — Ex positis⁽¹⁷¹⁾, quanto às prisões preventivas que começaram ou terminaram antes de 31.01.08, o julgador dispõe de dois caminhos normativos:

1. A aplicação analógica do art. 9.º do DL n.º 48051, consagrador de um princípio geral da obrigação de indemnização dos cidadãos pelo Estado, por actos materialmente lícitos⁽¹⁷²⁾; ou

⁽¹⁶⁷⁾ Cf. LUÍSA NETO, esta responsabilidade “*deriva da organização estadual e institucional de repartição de encargos sociais*”, *op. cit.*, p. 572.

⁽¹⁶⁸⁾ Cf. RUI MEDEIROS, *Ensaio, cit.*, p. 109.

⁽¹⁶⁹⁾ *Vide* MARCELO SOUSA e ANDRÉ MATOS, in *Responsabilidade Civil Administrativa*, 2008, 1.ª ed., pp. 42-43 e 58-59 e JOSÉ MOUTINHO, *Constituição, cit.*, pp. 654-655.

⁽¹⁷⁰⁾ *O Fio, cit.*, p. 54.

⁽¹⁷¹⁾ *Vide supra*, ponto 1.3.

⁽¹⁷²⁾ Que interpretado com os respectivos cânones do art. 9.º do CC, incluirá, necessariamente, os actos jurisdicionais lícitos que hajam imposto encargos/prejuízos especiais e anormais.

2. A criação de uma “norma de decisão”, se houver que legislar dentro do espírito do sistema (art. 10.º, n.ºs 2 e 3 do CC), de acordo com a aplicação dos princípios gerais de responsabilidade da administração, observando os critérios gerais de indemnização e reparação de danos.

Na nossa modesta opinião, este art. 9.º do DL n.º 48051 não poderia deixar de abranger actos materialmente lesivos inseridos na função jurisdicional. Aliás, naquele âmbito não se incluem somente os actos lesivos praticados, no seio de um procedimento ablatório do Estado, mas, por ordem lógica, as violações graves de direitos de personalidade (por ex., o direito de liberdade) provenientes de actos lícitos de órgãos inseridos em qualquer dos poderes do Estado⁽¹⁷³⁾.

II — Quanto às prisões preventivas que começaram ou continuaram após 31.01.08, torna-se aplicável o art. 16.º da Lei n.º 67/07, sob a epígrafe “Indemnização pelo sacrifício”.

O seu sentido é unívoco. A exigência de um interesse público e a inserção num capítulo autónomo (VI), aliados ao seu vasto alcance, leva-nos de forma inequívoca, à conclusão de que, a intenção do legislador foi no sentido de estender a responsabilidade do Estado por acto lícito a todo o tipo de actividade pública, incluindo à *juris dictio*⁽¹⁷⁴⁾.

3.1. A jurisprudência nacional

Lamentavelmente, a solução *supra* proposta⁽¹⁷⁵⁾ tem sido acolhida, de forma minoritária e exclusiva, na jurisprudência.

⁽¹⁷³⁾ Cf. CANOTILHO, *O problema, cit.*, p. 287 e SEBASTIÃO PÓVOAS, *op. cit.*, p. 40.

⁽¹⁷⁴⁾ Cf. Propostas de Lei n.º 56/X e 95/VIII e CARLOS CADILHA, *Regime, cit.*, pp. 361-363.

⁽¹⁷⁵⁾ Neste sentido, PINTO DE ALBUQUERQUE, in *Comentário, cit.*, pp. 644-645, os Conselheiros HÉLIO ROQUE, *op. cit.*, p. 33 e SEBASTIÃO PÓVOAS, *op. cit.*, p. 48, GOMES

Deixamos o nosso aplauso para o carácter inovador e fundamental desses quatro arestos: os Acs. do STJ de 12.11.98, de 12.10.00 e de 11.03.03 (na sequência de recurso da decisão do TRE de 26.09.02)⁽¹⁷⁶⁾. Repare-se que, neste último, foi fixada uma indemnização de cerca de 15.000,00€ por danos morais, na sequência de 5 meses em prisão preventiva, cujo processo foi arquivado.

Contra esta solução, surge a jurisprudência maioritária, entre os quais destacamos, os Acs. do STJ de 17.10.1995, de 01.06.04, de 19.10.04, de 08.03.07, de 11.09.08, de 22.03.11, do TRP de 13.09.11 e do TRG de 07.05.03.

§ 4. O pedido de indemnização

4.1. Jurisdição competente

Se repararmos, grande parte das acções de indemnização *supra* evidenciadas, foram intentadas perante tribunais judiciais. Contudo, desses arestos retira-se que, em nenhuma dessas acções de indemnização sobre o Estado, foi efectivamente aplicada (apesar de suscitada) a alínea *c*) do n.º 1 do art. 225.º do CPP⁽¹⁷⁷⁾.

A partir da Lei n.º 13/2002 de 19.02⁽¹⁷⁸⁾, com a preclusão do critério delimitador entre actos de gestão pública e de gestão privada, criou-se a regra, segundo a qual as questões em que se suscitam a responsabilidade civil extracontratual do Estado, no âmbito da função jurisdicional, pertencem à jurisdição administrativa

CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição, cit.*, pp. 431-432 e 484-485, LUÍS CATARINO, *A Responsabilidade, cit.*, pp. 379-380, AVEIRO PEREIRA, *op. cit.*, p. 544 e JOSÉ MOUTINHO, in JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição, cit.*, pp. 654-655 e PAULA RIBEIRO DE FARIA, *Indemnização, cit.*, pp. 11 e ss.

⁽¹⁷⁶⁾ Na defesa da responsabilidade por acto lícito, no âmbito da função jurisdicional, vide os Acs. STJ de 19.02.04, de 20.10.05, de 29.06.05, do TRL de 25.10.12, do TCAN de 10.12.12 e do TCAS de 06.12.12.

⁽¹⁷⁷⁾ Cf. *supra*, Ponto 2.2.

⁽¹⁷⁸⁾ Vide VIANA BARRA, *A Responsabilidade Civil Administrativa do Estado*, 2011, p. 162 e MÁRIO AROSO DE ALMEIDA e CARLOS CADILHA, in *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 3.ª ed., 2010, p. 80.

(al. g) do n.º 1 do art. 4.º do ETAF)⁽¹⁷⁹⁾, excepto, as acções de responsabilidade por erro judiciário cometido por outras ordens de jurisdição (al. a) do n.º 3 do art. 4.º do ETAF)^(180/181).

Posto isto, cabe-nos salientar.

A prisão preventiva formalmente lícita, que *ex post*, se vem a revelar injustificada, não constitui, de forma alguma, uma situação de erro judiciário⁽¹⁸²⁾. Com efeito, o decretamento da prisão preventiva, quando preenchidos os pressupostos de facto, consiste num acto jurisdicional lícito, ainda que, posteriormente, o arguido venha a ser absolvido (por prova positiva da inocência, ao abrigo de uma causa de justificação ou do princípio *in dubio pro reo*).

Repare-se que, o juízo absolutório não retira, sob qualquer forma, o fundamento lógico da actuação lícita do julgador, nem *a contrario*, o transforma em erro judiciário (previsto no art. 13.º da Lei n.º 67/07)^(183/184).

Como é bom de ver, a acção a ser intentada, não visa a impugnação de qualquer acto ou decisão jurisdicional, traduzindo-se num simples pedido indemnizatório⁽¹⁸⁵⁾.

Ora, tendo em conta que, a competência de um tribunal se afere pelo *quid decidendum*⁽¹⁸⁶⁾, caberá ao requerente alegar, quan-

⁽¹⁷⁹⁾ Repare-se que, no domínio do ETAF de 1984, a jurisprudência administrativa entendia que os tribunais administrativos eram “apenas” competentes para conhecer da responsabilidade por danos derivados do deficiente funcionamento dos serviços de justiça, remetendo-se para os tribunais comuns, as restantes questões, inclusive, de prisão preventiva injustificada. Cf. Acs. STA de 30.05.1996 e do TConf. de 12.05.94 e de 29.11.06.

⁽¹⁸⁰⁾ Cf. Ac. TConf. de 29.06.05, esclarecendo que apenas os actos substancialmente jurisdicionais, (passíveis de incorrerem em erro judiciário), determinam (quando imputáveis a juizes dos tribunais judiciais) a incompetência dos tribunais administrativos.

⁽¹⁸¹⁾ Lido em conjunto com o n.º 2 do art. 13.º da Lei n.º 67/07, pretende evitar que os tribunais administrativos se pronunciem, sobre a bondade intrínseca das decisões de outras jurisdições. Cf. Exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 95/VIII.

⁽¹⁸²⁾ Em sentido contrário, LUÍS CATARINO, in *Contributo*, cit., p. 280 e CARDOSO DA COSTA, in *Sobre o novo*, cit., p. 160, nota 6.

⁽¹⁸³⁾ Cf. Acs. TRL de 27.11.07, do STJ de 19.09.02, de 29.01.08 e de 03.12.09.

⁽¹⁸⁴⁾ *A contrario*, em Espanha, a lei presume iuris et de iure que houve erro judiciário no decretamento da prisão preventiva, nos casos de absolvição com prova da inexistência do facto imputado. Cf. MIGUEL MORÓN, *op. cit.*, pp. 49-57.

⁽¹⁸⁵⁾ Cf. Ac. STA de 14.02.13.

⁽¹⁸⁶⁾ Cf. Ac. TCAN de 26.09.12.

tificar e provar os danos patrimoniais (e lucros cessantes), tal como os danos não patrimoniais⁽¹⁸⁷⁾ (desde que entre esses danos e o acto lícito, exista uma relação de causalidade adequada)⁽¹⁸⁸⁾.

Destarte, e sem prejuízo de certa tendência na doutrina⁽¹⁸⁹⁾, entendemos que, o conhecimento desta acção cabe à jurisdição administrativa⁽¹⁹⁰⁾, devendo o requerente, munido da respectiva legitimidade (n.º 1 do art. 9.º CPTA), intentar acção administrativa comum, por danos emergentes no exercício da função jurisdiccional, ou de condenação ao pagamento de indemnização decorrente da imposição de sacrifícios, por razões de interesse público (f) e g), respectivamente, n.º 2, art. 37.º do CPTA)⁽¹⁹¹⁾.

4.2. Prazo e legitimidade

Segundo o n.º 1 do art. 226.º CPP, para activar esta tutela ressarcitória, o requerente dispõe do prazo de um ano⁽¹⁹²⁾, contado a partir do momento em que foi libertado ou definitivamente decidido o respectivo processo penal⁽¹⁹³⁾.

Entendemos inexistir um direito de opção pelo requerente, quanto ao momento de contagem deste prazo⁽¹⁹⁴⁾. Com efeito, estando em causa uma prisão preventiva legal, mas injustificada, por decisão absolutória, o prazo contar-se-á necessariamente desde a decisão definitiva do respectivo processo penal⁽¹⁹⁵⁾.

⁽¹⁸⁷⁾ Admitindo a ressarcibilidade dos danos não patrimoniais, PINTO DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, p. 647, MARIA GLÓRIA, *op. cit.*, pp. 56-57, LUÍSA NETO, *op. cit.*, pp. 579-581, RUI MEDEIROS, *Ensaio, cit.*, pp. 114-117 e o Parecer da PGR n.º 12/92. *Vide* Acs. do TEDH Baars v. Países Baixos e Asan Rushiti v. Áustria.

⁽¹⁸⁸⁾ Cf. Ac. STJ de 20.10.05.

⁽¹⁸⁹⁾ No sentido de atribuir a competência aos tribunais comuns. Cf. PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário, cit.*, p. 647, CARLOS CADILHA, *Regime, cit.*, p. 255, Parecer da PGR n.º 12/92 de 05.03.92, pp. 24 e ss, MAIA GONÇALVES, *Código, cit.*, pp. 560-562.

⁽¹⁹⁰⁾ *Vide* Ac. TRL de 27.11.2007, de 06.10.11 e do TConf. de 07.10.09.

⁽¹⁹¹⁾ Cf. CARLOS CADILHA, *Regime, cit.*, p. 239.

⁽¹⁹²⁾ *Vide* art. 591.º, n.º 2 do CPP holandês, consagrador de um prazo de três meses.

⁽¹⁹³⁾ Quanto à constitucionalidade, *vide* Ac. TC n.º 247/2002.

⁽¹⁹⁴⁾ Cf. AVEIRO PEREIRA, *op. cit.*, p. 222 e GERMANO SILVA, *Curso de Processo Penal*, II, 1993, p. 268.

⁽¹⁹⁵⁾ Cf. Acs. TRL de 14.12.10, do STJ de 30.10.01 e de 11.02.10.

Atento o teor do preceito, e sem prejuízo de não se suspender nem interromper, o prazo estabelecido assume natureza substantiva, de caducidade e não, de prescrição (n.º 2 do art. 298.º do CC)^(196/197).

Apenas a instauração da acção preclui o funcionamento da excepção peremptória da caducidade.

In fine, do n.º 2 do art. 226.º do CPP retira-se a natureza renunciável do referido direito indemnizatório, tal como a sua transmissão “mortis-causa” segundo o regime do direito sucessório, com a especificidade a que se reporta o art. 2133.º do CC.

Conclusões

Apesar da mudança de paradigma operada pela Lei n.º 48/07, introduzindo de forma pioneira, uma modalidade de responsabilidade por acto lícito da função jurisdicional, a solução acolhida não se encontra isenta de dúvidas, merecendo a nossa crítica.

Reparámos que esta alteração teve o condão de pôr termo a uma longa discussão doutrinária e jurisprudencial, em torno do n.º 5 do art. 27.º da CRP, quanto à defesa de uma responsabilidade objectiva geral por actos lícitos no exercício da função jurisdicional.

Contudo, depreendemos *ab initio*, que a *voluntas* do legislador se direccionou no sentido de restringir a indemnização pela privação injustificada da liberdade aos arguidos cuja inocência ficou expressamente comprovada no processo criminal. Excluiu, assim, do âmbito de aplicação do art. 225.º CPP, os arguidos, absolvidos por intermédio do princípio *in dubio pro reo* (que curiosamente, correspondem à grande fatia dos juízos absolutórios).

⁽¹⁹⁶⁾ Cf. na doutrina, PINTO DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, p. 647, MAIA GONÇALVES, *op. cit.*, p. 591, Magistrados do Distrito Judicial do Porto, *op. cit.*, p. 563 e MOURAZ LOPES, *op. cit.*, p. 92-93. Na jurisprudência, os Acs. do STJ de 08.03.05, de 01.03.07, do TRL de 07.06.94 e de 25.10.07.

⁽¹⁹⁷⁾ *A contrario*, vide CARLOS CADILHA, *Regime*, *cit.*, p. 255 e Parecer da PGR n.º 12/92, p. 23.

Entendemos que, se à luz do princípio da igualdade dos cidadãos na repartição dos encargos públicos, é inexigível ao arguido (cuja culpabilidade não foi provada pela acusação), suportar solitariamente as falhas do sistema e o ónus de realização da justiça. Tornar-se-á precípuo que o Estado assuma uma quota-parte na compensação pela reparação dos danos sofridos pela injusta privação da liberdade.

Denote-se que, independentemente da bondade desta medida de política legislativa, a distinção entre juízos absolutórios, e posterior oneração do arguido com a prova da sua inocência, constituem indícios, mais do que suficientes, de que nos deparamos perante uma preterição do princípio da presunção de inocência e consequente, inconstitucionalidade da al. c) do n.º 1 do art. 225.º do CPP. É aliás, este, o entendimento que a jurisprudência do TEDH tem patenteado de forma inequívoca e que o TC (nomeadamente no seu Ac. n.º 185/10) persiste em ocultar ou iludir, através da análise de outras questões que, apesar de pertinentes, não se sobrepõem à hipotética violação de princípios jurídico-constitucionais, como o princípio da igualdade (13.º CRP) e presunção da inocência (32.º, n.º 2 CRP).

Destarte, de forma a conceder indemnização a todo o tipo de juízo absolutório e, inspirados pelas soluções adoptadas na Ucrânia e Alemanha, propomos a seguinte alteração da redacção do preceito em causa:

“1. Quem tiver sofrido detenção, prisão preventiva, obrigação de permanência de liberdade ou outra medida de persecução penal, pode requerer, perante o tribunal competente, indemnização dos danos sofridos quando:

(...)

c) Tenha sido absolvido ou ocorrido outra causa de isenção da responsabilidade penal;

d) Advenha condenação em pena inferior ao período em que permaneceu privado da liberdade, ou em pena não privativa da liberdade.

(...)

3. *O montante de indemnização será fixado equitativamente pelo tribunal, tendo em atenção, as especiais circunstâncias do caso, não podendo o limite mínimo da indemnização ser inferior a um salário mínimo nacional.*

Por ordem lógica, os montantes indemnizatórios deverão ser maiores quanto maior tiver sido a coarctação da liberdade do arguido, podendo eventualmente, ser aceite, o estabelecimento de um quantitativo pelo dano imaterial causado, por cada dia de detenção.

Sustentamos, no entanto, que desaplicada a norma inconstitucional e, segundo um princípio de reparação dos danos causados pela actividade pública lícita impositiva de sacrifícios especiais e graves, o Estado tornar-se-á responsável pelo acto jurisdicional lícito, devendo indemnizar o dano especial e anormal, por natureza — a injusta privação da liberdade. Aliás, sem prejuízo de guardarmos sérias dúvidas quanto à exclusão da responsabilidade por acto lícito do âmbito material-normativo do art. 22.º, tal solução é imposta pelo princípio do Estado de Direito Democrático, aliado ao princípio da igualdade dos cidadãos na repartição de encargos públicos.

No direito infra-constitucional, a solução será concretizada com recurso aos pressupostos consagrados nos arts. 9.º do DL 48051 e 16.º da Lei n.º 67/07, para as injustas privações de liberdade ocorridas antes e depois de 31.01.08, respectivamente.

Em suma, acrescentamos que a competência para o conhecimento da acção de responsabilidade civil do Estado, no exercício da função jurisdicional, intentada ao abrigo da al. c) do n.º 1 do art. 225.º do CPP, é da jurisdição administrativa (art. 4.º, n.º 1, al. g) do ETAF). Sustenta-se que esta acção não tem, na sua origem, uma situação de erro judiciário. (al. a), n.º 3, art. 4.º ETAF). Como tal, caberá ao requerente, a concreta estruturação da acção, cerceando a causa de pedir, em torno da alegação e prova dos danos sofridos em consequência do acto jurisdicional lícito.

Notas bibliográficas

Doutrina

- ALBUQUERQUE, PAULO PINTO DE (2011), *Comentário ao Código de Processo Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.^a ed., Universidade Católica Editora.
- ALMEIDA, MÁRIO AROSO DE/CADILHA, CARLOS (2010), *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 3.^a ed., Almedina, pp. 80 e seguintes.
- AMARAL, FREITAS DO AMARAL (1989), *Direito Administrativo*, Vol. III, Lisboa, p. 516.
- AMARAL, MARIA LÚCIA (2000), *Dever de Legislar e Dever de Indemnizar: A propósito do caso “Aquaparque do Restelo”*, in Themis — Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, ano I, n.º 2, pp. 76-77.
- ANDRADE, VIEIRA DE (1987), *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra Editora.
- _____, (2009), *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra Editora.
- BARRA, TIAGO VIANA (2011), *A Responsabilidade Civil Administrativa do Estado*, in Revista da Ordem dos Advogados, Jan/Mar.
- BARRETO, IRENEU CABRAL (2011), *Convenção Europeia dos Direitos do Homem — anotada*, 4.^a ed., Coimbra Editora.
- BELEZA, TERESA PIZARRO (2009), *Prisão Preventiva e Direitos do arguido*, in Mário Monte e outros (coord.), *Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 683-684.
- CADILHA, CARLOS ALBERTO FERNANDES (2011), *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas, anotado*, 2.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora.
- CAETANO, MARCELO (1986), *Manual de Direito Administrativo*, Tomo II, 10.^a ed., 3.^a reimpressão, revista e actualizada por Freitas do Amaral, Coimbra, Livraria Almedina.

- CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES (1974), *O Problema da Responsabilidade do Estado por Actos Lícitos*, Coimbra, Almedina, pp. 131 e ss.
- _____, (1991), Anotação ao *Ac. do STA de 9 de Outubro de 1990*, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.º 3804, 124.º, p. 83.
- _____, (2003), *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Coimbra, Almedina, p. 1227 e ss.
- _____, (2013), *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, reimpressão da 7.ª ed. de 2003, Coimbra, Almedina.
- CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES/MOREIRA, VITAL (1978), *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 1.ª ed., Coimbra Editora, p. 87.
- _____, (2007), *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.ª ed., Coimbra Editora, p. 430.
- CARNEIRO, FRANCISCO SÁ (1979), *Uma Constituição para os Anos 80. Contributo para Um Projecto de Revisão*, Lisboa, D. Quixote.
- CARVALHO, TAIPA (2008), *Sucessão de leis penais*, 3.ª ed. revista e actualizada, Coimbra Editora.
- CATARINO, LUÍS GUILHERME (1999), *A Responsabilidade pela Administração da Justiça. O erro judiciário e anormal funcionamento*, Almedina, Coimbra, p. 170.
- _____, (2001), *Contributo para uma reforma do sistema geral de responsabilidade civil extracontratual do Estado: Propostas acerca da imputação por facto jurisdicional*, *Revista do Ministério Público*, Ano 22.º, Out-Dez., n.º 88.
- _____, (2002), *Responsabilidade por facto jurisdicional — Contributo para uma reforma do Sistema Geral de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado*, in «*Responsabilidade civil extracontratual do Estado — Trabalhos preparatórios da reforma*», Coimbra Editora.
- _____, (2003), *Contencioso da Responsabilidade — uma Hidra de Lerna? — Anotação ao Acórdão STJ de 28.02.2002, P. 3422/01*, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 41, pp. 3-13.
- CAUPERS, JOÃO (2003), *Responsabilidade pelo exercício da função jurisdicional*, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 40, 2003, p. 49.
- CHAPUS, RENÉ (1990), *Droit Administratif General*, Tomo I, 5.ª ed.
- _____, (1994), *Droit Administratif General*, Tomo I, 7.ª ed.
- CORREIA, MARIA LÚCIA DA CONCEIÇÃO ABRANTES (1998), *Responsabilidade do Estado e dever de indemnizar do Legislador*, Coimbra Editora.
- COSTA, JOSÉ DE FARIA (2009), *Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos*

- 20 anos do Código de Processo Penal Português*, Coimbra, Coimbra Editora, p. 455.
- COSTA, JOSÉ CARDOSO DA (2009), *Sobre o novo regime da responsabilidade do Estado por actos da função judicial*, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.º 3954, ano 138.º, pp. 156 e ss.
- CUNHA, MARIA FILOMENA (2009), *Erro Judiciário*, *Revista do CEJ*, 1.º semestre, n.º 11, pp. 317- 355.
- DEGUERGUE, MARYSE (coord) (2003), *Justice et responsabilité de l'État*, Paris, Puf, 2003.
- DIAS, JORGE FIGUEIREDO (1974), *Direito Processual Penal*, Vol. I, Coimbra, pp. 210 e seguintes.
- FARIA, MARIA PAULA RIBEIRO DE (2005), *Indemnização por prisão preventiva injustificada — anotação ao acórdão do Tribunal Constitucional n.º 12/2005*, *Jurisprudência Constitucional*, n.º 5, Jan/Mar, pp. 11-18.
- GARCIA, ANTÓNIO DIAS (1995), *Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública*, com a coordenação de Fausto de Quadros, Almedina, p. 202.
- GARCIA, MARIA DA GLÓRIA DIAS (1997), *A responsabilidade civil do Estado e demais entidades públicas*, Conselho Económico e Social, Série “Estudos e Documentos”, Lisboa.
- GOMES, CARLA AMADO (2009), *O Livro das Ilusões — A Responsabilidade do Estado por Violação do Direito Comunitário, apesar da Lei 67/2007, de 31 de Dezembro*, *Revista do CEJ*, 1.º Semestre, n.º 11, pp. 291-315.
- _____, (2010), *Topicamente — E a quatro mãos... — Sobre o novo Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual e demais Entidades Públicas*, *Textos Dispersos sobre Direito da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais entidades públicas*, *Revista de Direito Público e Regulação*, n.º 5, p. 247.
- GONÇALVES, MAIA (2007), *Código de Processo Penal Anotado*, 16.ª ed., Almedina.
- _____, (2009), *Código de Processo Penal Anotado*, 17.ª ed., Almedina.
- LACERDA, DIMAS (1985), *Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado*, *Revista do MP*, ano VI, Vol. 21, 1985, pp. 73 e seguintes.
- LAUBADÈRE, ANDRÉ DE/VENEZIA, JEAN-CLAUDE/GAUDEMET, YVES (1982), *Traité de Droit administratif*, T. 1, *Droit Administratif Général*, 12.ª ed., Paris, pp. 849-859.

- _____, (1999), *Traité de Droit Administratif*, T. 1, Droit Administratif Général, 15.^a ed., Paris, pp. 993 e 1003.
- LEÃO, ANTÓNIO DA COSTA (2002), *Responsabilidade Civil do Estado por Actos Lícitos da Função Jurisdicional: Estudo sobre o Caso da Prisão Preventiva Legal*, Lisboa: ULFD.
- LEIBAR, IÑAKI ESPARZA/GURIDI, JOSÉ FRANCISCO ETXEBARRIA (2009), *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Derecho a un proceso equitativo, Lasagabaster Herrarte, I, 2.^a ed., pp. 243-244.
- LOPES, JOSÉ ANTÓNIO MOURAZ (2001), *A responsabilidade civil do Estado pela privação da liberdade decorrente da prisão preventiva*, Revista do Ministério Público, n.º 88, ano 22, Outubro/Dezembro, pp. 71-100.
- LOPES, JOSÉ ANTÓNIO MOURAZ/GOMES, CONCEIÇÃO (2007), *A Reforma do sistema penal*, Justiça XXI, Coimbra Editora.
- MACHADO, MIGUEL PEDROSA (1991), *Revogação da prisão preventiva, Direito e Justiça*, vol. V, 1991, pp. 281 e seguintes.
- Magistrados do Ministério Público do Distrito Judicial do Porto, AAVV, (2005), *Código de Processo Penal — Comentários e Notas práticas*, Coimbra Editora.
- _____, (2009), *Código de Processo Penal — Comentários e Notas Práticas*, Coimbra Editora.
- MARCELINO, AMÉRICO (2007), *A indemnização por prisão indevida*, ASPJ, Boletim, V Série, n.º 4, Julho, pp. 159-173.
- MARTY, MIREILLE DELMAS (1995), *Procédures Pénales d'Europe*, Paris, P.U.F., pp. 498 e ss.
- MEDEIROS, RUI (1992), *Ensaio sobre a responsabilidade civil do Estado por actos legislativos*, Almedina.
- _____, (2005), *Responsabilidade Civil dos Poderes Públicos – Ensinar e Investigar*, Lisboa, Universidade Católica Editora.
- MEIRELLES, LENILMA CRISTINA (2007), *Sentença Absolutória em Prisão Preventiva: Vinculação do Estado ao Dever de Indemnizar*, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, pp. 77 e 78.
- MELO, BARBOSA DE (1986), *Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado — não cobrança de derrama pelo Estado*, Colectânea de Jurisprudência, XI, Tema 4, p. 36.
- MENDAZONA, EDUARDO COBREROS (1998), *La responsabilidad del Estado derivada del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia*, Madrid: Civitas, 1998.

- MESQUITA, MARIA JOSÉ DE RANGEL (2004), *O fio da navalha: (ir)responsabilidade da Administração por facto lícito*, in Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 46, Julho/Agosto, p. 50.
- _____, (2009a), *Âmbito e pressupostos da responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional*, Revista do CEJ, Lisboa, 1.º semestre, n.º 11.
- _____, (2009b), *O Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas e o Direito da União Europeia*, Coimbra: Almedina.
- _____, (2010), *Irresponsabilidade do Estado-Juiz por incumprimento do Direito da União Europeia: um acórdão sem futuro*, in Cadernos de Justiça Administrativa, Braga, n.º 79, Jan/Fev., pp. 29-45.
- MIRANDA, JORGE (1990), *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 4.ª ed., Coimbra Editora.
- _____, (2012), *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 9.ª ed., Coimbra Editora.
- MIRANDA, JORGE/MEDEIROS, RUI (2010), *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.ª ed., Coimbra Editora.
- MORÓN, MIGUEL SÁNCHEZ (2012), *Consecuencias imprevistas de la presunción de inocencia: La revisión de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad por error judicial por efecto de la sentencia Tendam del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Justicia Administrativa: Revista de Derecho Administrativo, ISSN, n.º 55, pp. 49-64.
- MULAS, NIEVES SANZ (2004), *La Prisión Preventiva en España y Portugal*, BOA, n.º 32, Maio-Junho, pp. 50- 54.
- NETO, MARIA LUÍSA (2006), *A (Ir)responsabilidade dos Juizes*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, a. III.
- PEREIRA, ANTÓNIO MANUEL ASSUNÇÃO (1993), *Prisão Preventiva Injustificada — Responsabilidade Civil do Estado*, RMP, n.º 55, Ano 14, Julho/Setembro, pp. 119-130.
- PEREIRA, JOÃO AVEIRO (2001), *A Responsabilidade Civil por Actos Jurisdicionais*, Coimbra Editora.
- QUADROS, FAUSTO (1987), *Omissões Legislativas sobre Direitos Fundamentais*, in *Nos dez anos da Constituição*, Lisboa.
- QUEIRÓ, AFONSO RODRIGUES (1948), *Teoria dos Actos de Governo*, Coimbra: Coimbra Editora.

- REIS, MARISA QUARESMA (2009), *Liberdade e Presunção de Inocência na Convenção Europeia dos Direitos do Homem — Em Especial, o Caso da Prisão Preventiva*, Lisboa, ULFD.
- RIVERO, JEAN (1981), *Direito Administrativo*, Coimbra, Almedina, pp. 308 e 327.
- ROXIN, CLAUDIUS/ACHENBACH, HANS (2006), *Strafprozessrecht*, 16.^a Auflage, München, Beck, p. 77.
- SÁ, PEDRO JORGE TEIXEIRA DE (1999), *Scientia Juridica*, Tomo XLVIII, Julho-Dezembro, p. 400.
- SILVA, GERMANO MARQUES DA (1993), *Curso de Processo penal*, Vol. II, 1.^a ed., Lisboa, Editorial Verbo.
- _____, (2008), *Curso de Processo Penal*, Vol. I, 5.^a ed., Lisboa, Editorial Verbo.
- _____, (2008), *Curso de Processo Penal*, Vol. II, 4.^a ed., Lisboa, Editorial Verbo.
- SILVEIRA, JOÃO TIAGO (2004), *A Reforma da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado*, Revista Jurídica, n.º 26, pp. 79 a 117.
- SOUSA, MARCELO REBELO DE/MATOS, ANDRÉ SALGADO (2008), *Responsabilidade Civil Administrativa*, Direito Administrativo Geral, Tomo III, Dom Quixote, 1.^a ed., pp. 42-43 e 58-59.
- TOMÉ, EVA CALVETE (2010), *A Indemnização por Privação Ilegítima da Liberdade - Tese de Mestrado*, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.
- VARALDA, RENATO BARÃO (2005), *Restrição ao Princípio da Presunção de Inocência: Prisão Preventiva e Ordem Pública*, Lisboa: FDUL.
- VEIGA, CATARINA (2005), *Prisão Preventiva, Absolvição e Responsabilidade do Estado* — Estudos em homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa, II, Coimbra Editora, p. 459.
- VERÍSSIMO, DIJONILSON (2013), *Não caracterização da responsabilidade civil do Estado em decorrência de decretação de prisão preventiva, com posterior absolvição do acusado por insuficiência de provas*, Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 28 Fev. 2013, disponível em <<http://www.conteudojuridico.com.br>>.

Jurisprudência

Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

- Caso de Allen v. Reino Unido, 29 de Abril de 2009 (Ap. n.º 25424/09).
- Caso de Asan Rushiti v. Áustria, 21 de Março de 2000 (Ap. n.º 28389/95).
- Caso de Baars v. Países Baixos, 28 de Outubro de 2003 (Ap. n.º 44320/98).
- Caso de Capeau v. Bélgica, 13 de Janeiro de 2005 (Ap. n.º 42914/98).
- Caso de Grabchuk v. Ucrânia, 21 de Dezembro de 2006 (Ap. n.º 8599/02).
- Caso de Hammern v. Noruega, 11 de Fevereiro de 2003 (Ap. n.º 30287/96).
- Caso de Lamanna v. Áustria, 10 de Julho de 2001 (Ap. n.º 28923/95).
- Caso de Lundkvist v. Suécia, 13 de Novembro de 2003 (Ap. n.º 48518/99).
- Caso de N. C. v. Itália, 18 de Dezembro de 2002 (Ap. n.º 24952/94).
- Caso de O. v. Noruega, 11 de Fevereiro de 2003 (Ap. n.º 29327/95).
- Caso de Orr v. Noruega, 15 de Maio de 2008 (Ap. n.º 31283/04).
- Caso de Puig Panella v. Espanha, 25 de Abril de 2005 (Ap. n.º 1483/02).
- Caso de Ringvold v. Noruega, 11 de Fevereiro de 2004 (Ap. n.º 34964/97).
- Caso de Sekanina v. Áustria, 25 de Agosto de 1993 (Ap. n.º 13126/87).
- Caso de Tendam v. Espanha, 13 de Julho de 2010 (Ap. n.º 25720/05).
- Caso de Vassilios Stavropoulos v. Grécia, 27 de Setembro de 2007 (Ap. n.º 35522/04).
- Caso de Y. v. Noruega, 11 de Fevereiro de 2003 (Ap. n.º 56568/00).
- Caso de Yassar Hussain v. Reino Unido, de 7 de Março de 2006 (Ap. n.º 8866/04).

Jurisprudência Europeia

- Acórdão da Corte Costituzionale n.º 109, de 2 de Abril de 1999, disponível em <<http://www.cortecostituzionale.it/>>.
- Sentença do Supremo Tribunal Espanhol n.º 80, de 27 de Janeiro de 1989, Relator: Delgado Barrio, disponível em <<http://supremo.vlex.es/vid/-75824372>>.

Jurisprudência Constitucional

Acórdão da Comissão Constitucional n.º 168, de 24 de Julho de 1979, *in* Boletim do Ministério da Justiça n.º 291, p. 346.

Acórdão n.º 90/84, de 30 de Julho de 1984, *in* Ac. TC, vol. 4, Mai-Ago.

Acórdão n.º 68/88, de 22 de Maio, *in* Diário da República, II Série, de 20 de Agosto de 1988.

Acórdão n.º 80/94, de 19 de Janeiro de 1994, *in* <<http://www.tribunalconstitucional.pt>>.

Acórdão n.º 160/95, de 22 de Março de 1995, *in* Ac. TC, vol. 30, Jan-Abr.

Acórdão n.º 116/02, de 13 de Março de 2002, *in* Ac. TC, vol. 52, Jan-Abr.

Acórdão n.º 247/2002, de 4 de Junho de 2002, *in* Diário da República, II Série, de 22 de Julho de 2002.

Acórdão n.º 607/03, de 5 de Dezembro de 2003, *in* <<http://www.tribunalconstitucional.pt>>.

Acórdão n.º 236/04, de 27 de Abril de 2004, *in* <<http://www.tribunalconstitucional.pt>>.

Acórdão n.º 12/05, de 12 de Janeiro de 2005, *in* Ac. TC, vol. 61, Jan-Abr.

Acórdão n.º 13/05, de 12 de Janeiro de 2005, *in* Ac. TC, vol. 61, Jan-Abr.

Acórdão n.º 385/05, de 13 de Julho de 2005, *in* <<http://www.tribunalconstitucional.pt>>.

Acórdão n.º 683/06, de 13 de Dezembro de 2006, *in* <<http://www.tribunalconstitucional.pt>>.

Acórdão n.º 444/08, de 23 de Setembro de 2008, *in* <<http://www.tribunalconstitucional.pt>>.

Acórdão n.º 185/2010, de 12 de Maio de 2010, *in* Diário da República, II Série, de 13 de Setembro de 2010.

Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça

Acórdão de 6 de Maio de 1986, *in* Boletim do Ministério da Justiça, 357, p. 392.

Acórdão de 26 de Janeiro de 1993, *in* Colectânea de Jurisprudência, Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, XVIII, 2, p. 5.

Acórdão de 17 de Outubro de 1995, *in* Colectânea de Jurisprudência, Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, III, 3, p. 65.

Acórdão de 28 de Abril de 1998, *in* Boletim do Ministério da Justiça, 476, p. 137.

Acórdão de 12 de Novembro de 1998, *in* Colectânea de Jurisprudência, Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, VI, 3, p. 112.

Acórdão de 3 de Dezembro de 1998, Processo n.º 98A644, Relator: Afonso de Melo, disponível em <<http://www.dgsi.pt>>.

Acórdão de 11 de Novembro de 1999, Processo n.º 99B743, Relator: Peixe Pelica, disponível em <<http://www.dgsi.pt>>.

Acórdão de 9 de Dezembro de 1999, Processo n.º 99A762, Relator: Pinto Monteiro, disponível em <<http://www.dgsi.pt>>.

Acórdão de 6 de Janeiro de 2000, Processo n.º 99B1004, Relator: Miranda Gusmão, disponível em <<http://www.dgsi.pt>>.

Acórdão de 4 de Abril de 2000, Processo n.º 00A104, Relator: Tomé de Carvalho, disponível em <<http://www.dgsi.pt>>.

Acórdão de 12 de Outubro de 2000, *in* Colectânea de Jurisprudência, Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, VIII, 3, p. 66.

Acórdão de 30 de Outubro de 2001, Processo n.º 00A2292, Relator: Pais de Sousa, disponível em <<http://www.dgsi.pt>>.

Acórdão de 19 de Setembro de 2002, Processo n.º 02B2282, Relator: Neves Ribeiro, disponível em <<http://www.dgsi.pt>>.

Acórdão de 11 de Março de 2003, *in* Colectânea de Jurisprudência, Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, XVIII, 1, p. 116.

Acórdão de 27 de Março de 2003, *in* Colectânea de Jurisprudência, Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, XXVIII, 1, p. 143.

Acórdão de 13 de Maio de 2003, Processo n.º 03A1018, Relator: Ribeiro de Almeida, disponível em <<http://www.dgsi.pt>>.

Acórdão de 17 de Junho de 2003, Processo n.º 02A4032, Relator: Moreira Camilo, disponível em <<http://www.dgsi.pt>>.

Acórdão de 27 de Novembro de 2003, Processo n.º 03B3341, Relator: Oliveira Barros, disponível em <<http://www.dgsi.pt>>.

Acórdão de 19 de Fevereiro de 2004, Processo n.º 03B4170, Relator: Lucas Coelho, disponível em <<http://www.dgsi.pt>>.

Acórdão de 18 de Março de 2004, Processo n.º 04B812, Relator: Salvador da Costa, disponível em <<http://www.dgsi.pt>>.

- Acórdão de 31 de Março de 2004, Processo n.º 03B3887, Relator: Bettencourt de Faria, disponível em <<http://www.dgsi.pt>>.
- Acórdão de 1 de Junho de 2004, *in* Colectânea de Jurisprudência, Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, XII, 2, p. 213.
- Acórdão de 19 de Outubro de 2004, *in* Colectânea de Jurisprudência, Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, XII, 3, p. 74.
- Acórdão de 8 de Março de 2005, Processo n.º 05A87, Relator: Salreta Pereira, disponível em <<http://www.dgsi.pt>>.
- Acórdão de 10 de Maio de 2005, Processo n.º 05A514, Relator: Pinto Monteiro, disponível em <<http://www.dgsi.pt>>.
- Acórdão de 29 de Junho de 2005, *in* Colectânea de Jurisprudência, Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, XIII, 2, p. 147.
- Acórdão de 27 de Setembro de 2005, Processo n.º 05A2228, Relator: Ribeiro de Almeida, em <<http://www.dgsi.pt>>.
- Acórdão de 20 de Outubro de 2005, Processo n.º 05B2490, Relator: Araújo Barros, disponível em <<http://www.dgsi.pt>>.
- Acórdão de 7 de Março de 2006, Processo n.º 06A017, Relator: Fernandes Magalhães, disponível em <<http://www.dgsi.pt>>.
- Acórdão de 21 de Março de 2006, Processo n.º 06A294, Relator: Azevedo Ramos, disponível em <<http://www.dgsi.pt>>.
- Acórdão de 15 de Fevereiro de 2007, Processo n.º 06B4565, Relator: Pereira da Silva, em <<http://www.dgsi.pt>>.
- Acórdão de 1 de Março de 2007, Processo n.º 06B4207, Relator: Salvador da Costa, disponível em <<http://www.dgsi.pt>>.
- Acórdão de 8 de Março de 2007, Processo n.º 06B3988, Relator: Pereira da Silva, disponível em <<http://www.dgsi.pt>>.
- Acórdão de 5 de Junho de 2007, Processo n.º 07A1460, Relator: Salreta Pereira, disponível em <<http://www.dgsi.pt>>.
- Acórdão de 22 de Janeiro de 2008, Processo n.º 07A2381, Relator: Moreira Alves, disponível em <<http://www.dgsi.pt>>.
- Acórdão de 29 de Janeiro de 2008, Processo n.º 08B84, Relator: Salvador da Costa, disponível em <<http://www.dgsi.pt>>.
- Acórdão de 11 de Setembro de 2008, Processo n.º 08B1747, Relator: Santos Bernardino, disponível em <<http://www.dgsi.pt>>.

Acórdão de 19 de Março de 2009, Processo n.º 09A0065, Relator: Paulo Sá, disponível em <<http://www.dgsi.pt>>.

Acórdão de 8 de Setembro de 2009, Processo n.º 368/09.3. Relator: Sebastião Póvoas, disponível em <<http://www.dgsi.pt>>.

Acórdão de 3 de Dezembro de 2009, Processo n.º 9180/07.3TB, Relator: Moreira Camilo, disponível em <<http://www.dgsi.pt>>.

Acórdão de 14 de Janeiro de 2010, Processo n.º 2452/03.8, Relator: Oliveira Rocha, disponível em <<http://www.dgsi.pt>>.

Acórdão de 11 de Fevereiro de 2010, Processo n.º 2623/07.8TB, Relator: Pizarro Beleza, disponível em <<http://www.dgsi.pt>>.

Acórdão de 22 de Junho de 2010, Processo n.º 3736/07.1, Relator: Paulo Sá, disponível em <<http://www.dgsi.pt>>.

Acórdão de 22 de Março de 2011, Processo n.º 5715/04.1, Relator: Azevedo Ramos, disponível em <<http://www.dgsi.pt>>.

Acórdão de 11 de Outubro de 2011, Processo n.º 1268/03.6TB, Relator: Moreira Alves, disponível em <<http://www.dgsi.pt>>.

Jurisprudência do Tribunal da Relação de Lisboa

Acórdão de 13 de Abril de 1994, *in* Colectânea de Jurisprudência, XIX, 2, p. 146.

Acórdão de 7 de Junho de 1994, Processo n.º 82881, Relator: Joaquim Dias, disponível em <<http://www.dgsi.pt>>.

Acórdão de 25 de Outubro de 2007, Processo n.º 7392/2007, Relator: Carlos Valverde, disponível <<http://www.dgsi.pt>>.

Acórdão de 27 de Novembro de 2007, Processo n.º 8319/2007-7, Relator: Roque Nogueira, disponível em <<http://www.dgsi.pt>>.

Acórdão de 4 de Junho de 2009, Processo n.º 1176/03.0, Relator: Ana Geraldes, disponível em <<http://www.dgsi.pt>>.

Acórdão de 17 de Junho de 2010, Processo n.º 5 715/04.1TVLSB.L1-6, Relator: Olindo Geraldes, disponível em <<http://www.dgsi.pt>>.

Acórdão de 14 de Dezembro de 2010, Processo n.º 955/09.0, Relator: João Aveiro Pereira, disponível em <<http://www.dgsi.pt>>.

Acórdão de 6 de Outubro de 2011, Processo n.º 3071/08.8, Relator: Olindo Geraldes, disponível em <<http://www.dgsi.pt>>.

Acórdão de 25 de Outubro de 2012, Processo n.º 227/05.9, Relator: Teresa Soares, disponível em <<http://www.dgsi.pt>>.

Jurisprudência do Tribunal da Relação do Porto

Acórdão de 7 de Dezembro de 2010, Processo n.º 999/08.9TBVLG, Relator: Ramos Lopes, disponível em <<http://www.dgsi.pt>>.

Acórdão de 13 de Setembro de 2011, Processo n.º 618/07.0TVPRT, Relator: Fernando Samões, disponível em <<http://www.dgsi.pt>>.

Jurisprudência do Tribunal da Relação de Évora

Acórdão de 26 de Setembro de 2002, *in* Colectânea de Jurisprudência, XXVII, 4, p. 231.

Jurisprudência do Tribunal da Relação de Guimarães

Acórdão de 7 de Maio de 2003, Processo n.º 638/03, Relator: Manso Rainho, disponível em <<http://www.dgsi.pt>>.

Jurisprudência do Tribunal de Conflitos

Acórdão de 12 de Maio de 1994, Processo n.º 266, Relator: Dimas de Lacerda, disponível em <<http://www.dgsi.pt>>.

Acórdão de 18 de Janeiro de 1996, *in* Boletim do Ministério da Justiça, 453, p. 152.

Acórdão de 22 de Fevereiro de 1996, Processo n.º 260, Relator: Correia de Lima, disponível em <<http://www.dgsi.pt>>.

Acórdão de 29 de Junho de 2005, Processo n.º 02/05, Relator: Alberto Augusto Oliveira, disponível <<http://www.dgsi.pt>>.

Acórdão de 29 de Novembro de 2006, Processo n.º 03/05, Relator: Freitas Carvalho, disponível em <<http://www.dgsi.pt>>.

Acórdão de 7 de Outubro de 2009, Processo n.º 01/09, Relator: Jorge Sousa, disponível em <<http://www.dgsi.pt>>.

Acórdão de 28 de Outubro de 2010, Processo n.º 15/10, Relator: Cunha Barbosa, disponível em <<http://www.dgsi.pt>>.

Jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo

Acórdão de 10 de Dezembro de 1985, Processo n.º 16752, Relator: Cruz Rodrigues, disponível em <<http://www.dgsi.pt>>.

Acórdão de 7 de Março de 1989, Processo n.º 26525, Relator: António Sampaio, disponível em <<http://www.dgsi.pt>>.

Acórdão de 9 de Outubro de 1990, Processo n.º 25101, Relator: Santos Patrão, *in* Revista de Legislação e Jurisprudência, n.º 3804, 124.º, anos 1991-1992, p. 77.

Acórdão de 22 de Maio de 1990, Processo n.º 28120, Relator: Amâncio Ferreira, disponível em <<http://www.dgsi.pt>>.

Acórdão de 30 de Maio de 1996, Processo n.º 32950, Relator: Mário Torres, disponível em <<http://www.dgsi.pt>>.

Acórdão de 29 de Abril de 1999, Processo n.º 40503, Relator: Alves Barata, disponível em <<http://www.dgsi.pt>>.

Acórdão de 3 de Maio de 2001, Processo n.º 47084, Relator: Nuno Salgado, disponível em <<http://www.dgsi.pt>>.

Acórdão de 14 de Fevereiro de 2013, Processo n.º 1173/12, Relator: Rui Botelho, disponível em <<http://www.dgsi.pt>>.

Jurisprudência do Tribunal Central Administrativo do Norte

Acórdão de 10 de Dezembro de 2010, Processo n.º 152/04.0, Relator: José Veloso, disponível em <<http://www.dgsi.pt>>.

Acórdão de 26 de Setembro de 2012, Processo n.º 1324/10.4, Relator: Maria Brandão, disponível em <<http://www.dgsi.pt>>.

Acórdão de 12 de Outubro de 2012, Processo n.º 64/10.9BE, Relator: Carlos Carvalho, disponível em <<http://www.dgsi.pt>>.

Jurisprudência do Tribunal Central Administrativo do Sul

Acórdão de 6 de Dezembro de 2012, Processo n.º 7144/11, Relator: Paulo Carvalho, disponível em <<http://www.dgsi.pt>>.

Pareceres do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República

Parecer n.º 162/1980 publicado no Diário da República, II série, n.º 64, de 18 de Março de 1982.

Parecer n.º 54/1982 publicado no Diário da República, II série, 23 de Junho de 1983.

Parecer n.º 187/1983 publicado no Diário da República, II série, de 6 de Abril de 1984, disponível em <<http://www.dgsi.pt>>.

Parecer n.º 1111/1990 de 6 de Dezembro de 1990, Relator: Salvador da Costa, disponível em <<http://www.dgsi.pt>>.

Parecer n.º 12/1992 de 30 de Março de 1992, Relator: Salvador da Costa *in* Colectânea de Jurisprudência, 1992, T. 1, p. 506.

Recomendações do Conselho de Ministros da União Europeia

Recomendação n.º R (80) 11, 27 de Junho de 1980, em <<https://wcd.coe.int>>.

Recomendação n.º R (84) 15 de 18 de Setembro de 1984, em <<https://wcd.coe.int>>.

Recomendação n.º R (06) 2, de 11 de Janeiro de 2006, em <<https://wcd.coe.int>>.

Recomendação n.º R (06) 13, de 27 de Setembro de 2006, em <<https://wcd.coe.int>>.

Recomendações da Provedoria de Justiça

Recomendação n.º 3/B/2004, Processo n.º 19/94 (A6) de 2 de Maio de 2004,
disponível em <www.provedor-jus.pt>.

A DESTITUIÇÃO DE ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES ANÓNIMAS: EM PARTICULAR O ALCANCE E O SENTIDO DA JUSTA CAUSA DE DESTITUIÇÃO

Pelo Dr. Diogo Lemos e Cunha

SUMÁRIO:

1. Introdução. **2.** A relação entre o órgão do membro de administração e a sociedade. **3.** A destituição de administradores de sociedades anónimas. *3.1.* A regra da livre destituição. *3.2.* Conceito de justa causa de destituição. *3.3.* O ónus probatório quanto à justa causa de destituição. *3.4.* A destituição em assembleia geral ou judicialmente. *3.5.* A ata da assembleia geral enquanto meio de prova da destituição (com justa causa). *3.6.* A indemnização por destituição sem justa causa. **4.** Conclusão.

1. Introdução

I. É sabido que o desempenho de funções de administração encontra-se permanentemente sob escrutínio dos acionistas, competindo a estes nomear os administradores considerados mais aptos para conduzir e velar pelos interesses da sociedade.

Sucedem, porém, que o desempenho destas funções pode cessar por diversas formas: a destituição de administradores surge assim, a par da renúncia, da caducidade ou da revogação, como uma causa extintiva da relação de administração mantida entre a sociedade e o seu membro do órgão de gestão.

Mas, ao invés das restantes causas extintivas, a destituição é aquela que merece maior reflexão por ser precisamente a causa que gera maior celeuma, suscitando, por via disso, especial atenção tanto pela doutrina, como pelos tribunais superiores portugueses.

A explicação é, na verdade, simples: sendo certo que a faculdade de destituir é exercida unilateralmente pela sociedade e, no caso de esta alegar justa causa para destituir o seu administrador, aquela entidade não terá que pagar a este qualquer compensação pela extinção da relação de administração, compensação essa que pode, consoante os casos, ser elevada.

Como é fácil de antever, tal faculdade de promover a destituição pode conduzir, como por vezes sucede, a um total arbítrio pela sociedade em destituir, alegando justa causa, quando pode nem sequer existir, furtando-se ao pagamento da indemnização devida ao administrador; é, por isso, fundamental precisar, com exatidão, qual o entendimento de justa causa de destituição de administrador de sociedade anónima.

II. Esclarecida que está a pertinência do tema, é importante notar que, embora as sociedades anónimas sejam o objeto de análise do presente estudo, o certo é que será efetuada referência quando a mesma faça, naturalmente, sentido ao regime previsto para as sociedades por quotas, regime que é, diga-se, semelhante ao das sociedades anónimas.

Ainda a título meramente introdutório, impõe-se uma advertência: como é fácil de antever, iremos encontrar muitas respostas às questões que formos ao longo do presente estudo colocando, na jurisprudência dos nossos tribunais superiores, pois têm sido, precisamente, estes órgãos a trilhar um caminho profícuo quanto à determinação do alcance e sentido da justa causa de destituição de administrador de sociedade anónima.

Se assim é, também não é menos verdade que a maior parte dos arrestos têm decidido maioritariamente sobre os gerentes de sociedade por quotas, no entanto, aplicaremos tais ensinamentos, *mutatis mutandis*, aos administradores de sociedades anónimas, pois não há nada que possa razoavelmente fundamentar diferenças de regime relativamente a estes.

III. Em termos de delimitação do presente estudo, começaremos por tecer algumas breves considerações sobre a relação de administração mantida entre o administrador e a sociedade, considerações essas que permitirão compreender melhor os contornos subjacentes à própria destituição.

Após tais considerações, então aí sim, e na busca do conceito de justa causa de destituição iremos partir, primeiramente, das valorações dadas pelo legislador, seguindo de perto a doutrina relevante sobre a matéria objeto do presente estudo e iremos, por fim, concretizar com a posição que os nossos tribunais têm adotado de tal conceito.

Mas para que o estudo do regime da destituição de administrador não fique incompleto, iremos fazer uma incursão sobre o ónus probatório quanto à justa causa de destituição, às diversas formas de promover a destituição do administrador, à ata da assembleia geral enquanto meio de prova da destituição e à indemnização e respetivo cálculo no caso de o administrador ser destituído sem justa causa. No final, concluiremos o presente estudo com as principais conclusões a que chegámos.

2. A relação entre o órgão do membro de administração e a sociedade

I. Antes de concretizar a natureza jurídica da relação entre administradores e sociedade, concretização especialmente relevante para melhor compreender a regra subjacente à própria destituição, começar-se-á por notar que os administradores de sociedades anónimas tanto podem ser *acionistas*, como podem *não ser titular de qualquer ação* representativa da sociedade onde exercem o seu cargo de gestão (art. 390.º, n.º 3)⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Pertencem ao Código das Sociedades Comerciais todas as normas legais apresentadas sem indicação da respetiva fonte.

Esta precisão tem um efeito relevante que merece ser retido: a propósito do administrador-acionista, ele está proibido de votar sobre a “destituição, por justa causa, do seu cargo de titular de órgão social” (alínea *c*) do n.º 6 do art. 384.º)⁽²⁾.

A razão de ser de tal impedimento é simples e justifica-se pelo facto de existir um evidente *conflito de interesses* entre o administrador-acionista e a sociedade, pois ao votar na sua própria destituição estará seguramente a ser parcial quanto ao seu sentido de voto: votará de modo a não se ter verificado justa causa de destituição, caso contrário, estará a obviar ao recebimento de uma indemnização pela sociedade, por força da sua destituição.

II. Acionista ou não da sociedade, o administrador tem de ser sempre *pessoa singular com capacidade jurídica plena* (art. 390.º, n.º 3)⁽³⁾.

Por essa razão, ainda que tenha sido designada para o cargo de administrador uma pessoa coletiva, esta terá de nomear um representante: uma pessoa singular para desempenhar as referidas funções de gestão da sociedade.

Ademais, os administradores podem ser *designados* para o exercício do cargo de gestão, por via do *contrato de sociedade* ou através de “eleição da assembleia geral ou constitutiva”⁽⁴⁾, eleição que “é, normalmente, o culminar de um processo negocial e não o seu início”⁽⁵⁾. Ora, independentemente do modo como o adminis-

(2) Conforme observa JOÃO LABAREDA, *Direito Societário Português — Algumas Questões*, Quid Juris?, Lisboa, 1998, pp. 68 e segs., os administradores podem votar nas deliberações sobre a sua destituição, a menos que esta seja por justos motivos.

(3) Por força da mencionada disposição legal, ficam, assim, afastados de exercer qualquer cargo os menores, os interditos e os inabilitados (arts. 67.º, 123.º, 139.º e 152.º do Código Civil). Questão pertinente é a de saber se se deve também incluir, em tal categoria de “incapazes”, os insolventes. A resposta parece-nos residir no Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (“CIRE”), designadamente no seu art. 81.º: a insolvência priva o insolvente dos seus poderes de administração e disposição, quer dos bens que possui, aquando da declaração de insolvência, quer dos bens e rendimentos que de futuro lhe advenham (art. 46.º do CIRE). Cf., também neste sentido, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades*, Vol. II — *Das Sociedades em Especial*, Almedina, Coimbra, 2014, p. 785.

(4) Art. 391.º, n.º 1.

(5) LUÍS BRITO CORREIA, *Os Administradores de Sociedades Anónimas*, Almedina, Coimbra, 1993, p. 406.

trador é designado, o *vínculo do seu mandato* para com a sociedade não pode exceder *quatro anos civis*, sem prejuízo de os administradores poderem ser reeleitos por iguais períodos⁽⁶⁾.

III. Sendo controvertida na doutrina a natureza jurídica da relação de administração, a verdade é que a maioria da doutrina sustenta a *natureza contratual*⁽⁷⁾ de tal relação, ainda que se mantenham divergências significativas quanto à exata *tipicidade do contrato em causa*, motivadas certamente pela complexidade do conteúdo da relação a que dá origem.

Seja como for, a doutrina tem qualificado como *contrato de administração* o acordo celebrado, entre a sociedade e o administrador, como modalidade típica do contrato de prestação de serviços, visto que o seu regime fundamental se encontra plasmado no Código das Sociedades Comerciais⁽⁸⁾.

Com efeito, e porque tem *caráter contratual* a relação de administração fica, por via disso, sujeita ao princípio geral constante no art. 406.º, n.º 1, do Código Civil e, assim, “só pode modificar-se ou *extinguir-se* por mútuo consentimento dos contraentes *ou nos casos admitidos na lei*”. Ora, é precisamente nos “casos admitidos na lei”

⁽⁶⁾ Art. 391.º, n.º 3. Na falta de indicação estatutária, considera-se que a designação do administrador é feita por quatro anos civis (art. 425.º, n.º 2).

⁽⁷⁾ Cf. RAÚL VENTURA, *Sociedade por Quotas — Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*, Vol. III, Almedina, Coimbra, 1991, pp. 28 e segs., e 90; LUÍS BRITO CORREIA, *ob. cit.*, pp. 375 e segs.; e JOÃO LABAREDA, *ob. cit.*, pp. 73-83.

⁽⁸⁾ PEDRO CAETANO NUNES, *Dever de gestão dos administradores de sociedades anónimas*, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 155 e segs. No mesmo sentido, *vide* ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, *Sociedades Comerciais e Valores Mobiliários*, 7.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2013, p. 262; ILÍDIO DUARTE RODRIGUES, *A administração das sociedades por quotas e anónimas — organização e estatuto dos administradores*, Petrony, Lisboa, 1990, p. 295; e LUÍS DE BRITO CORREIA, *ob. cit.*, p. 496. Na jurisprudência, cf. Acórdão da Relação do Porto, de 12.12.1994, *in* CJ, XIX, 1994, T. V, pp. 228 e segs. e Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 23.5.2002, proc. n.º 02B1152, acessível *in* <<http://www.dgsi.pt>>. A decisão da Relação do Porto tem a particularidade de assinalar, por um lado, que o contrato celebrado entre o administrador e a sociedade “é um contrato «*suis generis*», assente nas pretensamente contratuais eleição e nomeação”. Mas o arresto vai ainda mais longe ao explicar que através do contrato de administração “uma pessoa obriga-se a prestar a sua actividade de gestão e representação de uma sociedade anónima mediante remuneração ou sem ela, sob orientação da coletividade dos acionistas e sob a fiscalização do conselho fiscal”.

que a extinção da relação de administração entre administrador e sociedade opera, designadamente, enquanto direito potestativo de a sociedade promover, a todo o tempo, a destituição do seu administrador, conforme consagra expressamente o art. 403.º.

IV. Nesta relação entre administrador e sociedade, conclui-se que o mandato concedido pela sociedade aos órgãos dos membros de gestão tem como *fim* primeiro a representação da sociedade, no interesse desta e como referência o interesse dos sócios e dos trabalhadores: assim prescreve o art. 64.º.

Está aqui em causa o cumprimento do dever de atuar perante a sociedade mas, mais importante do que isso, *no seu interesse*. Também significa que em tal relação de administração, não se visa salvaguardar o interesse individual do acionista perante a sociedade mas, antes, o dever do administrador para com a sociedade e a *defesa do interesse social* que a sua função determina.

Com este pano de fundo, é legítimo afirmar que a lei conferiu *prevalência ao interesse da sociedade* em detrimento do órgão do membro de gestão, não sendo admissível permitir a presença de administradores contra a vontade dos acionistas.

Todavia, a destituição de um administrador, satisfazendo primordialmente o interesse da sociedade e permitindo que ela seja gerida e representada⁽⁹⁾ por quem mereça a confiança dos acionistas, também não determina o completo sacrifício dos interesses pessoais do administrador: no caso de destituição sem justa causa, este terá direito a ser indemnizado pela sociedade⁽¹⁰⁾.

(9) ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades, Vol. I — Parte Geral*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2014, pp. 845-849, assinala que os administradores das sociedades têm, no essencial, dois “poderes-deveres”: o de gestão (arts. 405.º, n.º 1 e 406.º e o de representação (art. 405.º, n.º 2). A verdade, porém, é que a distinção entre gestão e representação “é mais aparente que real” (assim, JOSÉ VASQUES, *Estruturas e conflitos de poderes nas sociedades anónimas*, Coimbra Editora, 2007, p. 136).

(10) No mesmo sentido, o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 30.11.2010, proc. n.º 509/07.5TBGRD.C1, acessível in <<http://www.dgsi.pt>>, decidiu que a proteção privilegiada do interesse social não pode, contudo, implicar o sacrifício em absoluto do interesse do gestor, dado que não é aceitável que este “possa, de um momento para o outro, ser confrontado com a cessação da relação, ficando de mãos completamente vazias”. Sobre a indemnização no caso de destituição sem justa causa, cfr. *infra*, ponto 3.6.

Escreve RAÚL VENTURA, a propósito do membro de gestão das sociedades por quotas, mas cujos ensinamentos podem ser transpostos, com utilidade, para os administradores de sociedades anónimas o seguinte: “o gerente não abdica dos seus interesses pessoais quando assume a gerência, não se entrega à função de gerência pela honra de a exercer ou por cumprimento de qualquer dever público; a sociedade pode destituí-lo sem invocar causa justificativa e assim extinguir a relação entre ambos existente, mas não pode, sem grave injustiça, deixar de o indemnizar, quando ele não tenha dado causa à destituição”⁽¹¹⁾.

E ainda bem que assim é, pois, caso contrário, os administradores mais qualificados para desempenharem funções de gestão evitarão esses mesmos cargos, já que estariam completamente desamparados e conduzidos à insegurança⁽¹²⁾.

3. A destituição de administradores de sociedades anónimas

3.1. A regra da livre destituição

I. O princípio da livre destituibilidade dos administradores não é uma concretização recente do direito das sociedades. Pelo contrário, a nível europeu remonta ao Código Comercial Francês que dispunha, no seu art. 172.º, entretanto revogado, o seguinte: “A eleição dos diretores será feita, de entre os sócios, por tempo certo e determinado, não excedente a três anos, e sem prejuízo da revogabilidade do mandato, sempre que qualquer assembleia geral o julgue conveniente”.

A imperatividade da aludida norma resultava do facto de ela não podia ser afastada pelos estatutos das diversas sociedades, sendo certo que o Código Comercial Francês não efetuava distin-

⁽¹¹⁾ *Ob. cit.*, pp. 119-120.

⁽¹²⁾ *Vide* ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Código das Sociedades Comerciais anotado*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2014, p. 1070.

ções, dentro do princípio da destituição dos administradores, por decisão unilateral da assembleia geral⁽¹³⁾.

II. Não se julgue, no entanto, que o mencionado princípio radica unicamente do ordenamento francês: a regra no *direito português* é também a da livre destituição dos administradores das sociedades comerciais pela assembleia geral, independentemente da existência de justa causa para o efeito (cf. art. 403.º, n.º 1)⁽¹⁴⁾.

Este ponto é particularmente importante e merece ser retido: *qualquer administrador* pode ser destituído, *a todo o momento*, isto é, antes do termo do seu mandato, por deliberação da assembleia geral, sem que esta tenha que invocar para o efeito qualquer motivo justificativo.

Sendo assim, a destituição é *livre*, com a precisão de que quando existisse justa causa, aquela forma de cessar a relação de administração mantida entre sociedade e administrador não daria lugar ao pagamento de qualquer indemnização nem de outros institutos de proteção ao destituído⁽¹⁵⁾.

(13) JORGE PINTO FURTADO, *Código Comercial Anotado*, 1979, II/1, p. 378 e ANTÓNIO CAEIRO, “Assembleia totalitária ou universal/Direito do administrador a uma percentagem dos lucros/Indemnização do administrador destituído sem justa causa, anotação ao acórdão do STJ, de 14 de Outubro de 1982”, in *Revista de Direito e Economia*, 1982, pp. 339-406, *maxime* p. 402 (atualmente in *Temas de Direito das Sociedades*, Almedina, Coimbra, 1984, pp. 467-492). Apesar de tudo, a doutrina na época já havia proposto a distinção entre destituição com justa causa e sem justa causa, sendo certo que tal distinção determinaria, quando houvesse justa causa, lugar a indemnização (*vide*, neste sentido, JORGE PINTO FURTADO, *Código Comercial Anotado*, *cit.*, p. 378).

(14) LUÍS BRITO CORREIA, *ob. cit.*, pp. 664 e segs., nota, a este propósito, que a regra da livre destituibilidade tem, no nosso ordenamento jurídico, longa tradição, encontrando-se estatuída desde o Código Comercial de 1883, passando pela Lei das Sociedades Anónimas de 1867 até ao Código Comercial de 1888. Para uma síntese da regra da livre destituição numa perspetiva de direito comparado, nomeadamente ao nível dos EUA e Reino Unido, veja-se, a título exemplificativo, JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Governança das Sociedades Comerciais*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, pp. 153-154, e sobretudo a doutrina estrangeira aí citada.

(15) Assinale-se que, em relação aos administradores que integram a comissão de auditoria, estes apenas podem ser destituídos com justa causa, ao abrigo do art. 423.º-E, n.º 1. Esta estrutura de administração refere-se à mencionada no art. 278.º, n.º 1, alínea b), consubstanciando o designado modelo de administração e fiscalização anglo-saxónico, constituído por conselho de administração, comissão de auditoria e revisor oficial de con-

III. Embora a regra da livre destituição constitua, entre nós, como sendo “indiscutível como princípio geral”⁽¹⁶⁾, podemos, ainda assim, atentar nas seguintes razões quanto ao amplo poder conferido à sociedade para promover a destituição do seu membro do órgão de gestão:

- A maioria dos acionistas tem de ter *plena confiança* nos seus administradores, sendo que, a partir do momento em que aqueles a *percam*, os administradores podem ser substituídos, a qualquer momento, por outros⁽¹⁷⁾;
- Mais do que uma questão de perda de confiança, subsiste também a faculdade de a sociedade pretender *alterar, a todo o tempo, a sua estratégia* ou *rumo*, podendo resultar na nomeação de novos administradores, considerados mais “aptos” a conduzir tal mudança na estratégia empresarial da sociedade⁽¹⁸⁾;

tas. Tal restrição, visa salvaguardar a independência dos membros desta comissão. Ainda a este respeito, é importante notar que uma deliberação de destituição sem justa causa de um administrador/auditor é nula (cf. art. 56.º, n.º 1, alínea *d*). De outra banda, o mesmo não acontece com os administradores pertencentes ao conselho de administração executivo, pois para estes também se aplica a regra da livre destituição, segundo o disposto no art. 430.º, n.º 1. Neste último caso, estamos perante o designado modelo de administração e fiscalização germânico, previsto no art. 278.º, n.º 1, alínea *c*), constituído por conselho de administração executivo, conselho geral e de supervisão e revisor oficial de contas.

⁽¹⁶⁾ Neste sentido, veja-se ANTÓNIO FERRER CORREIA/VASCO LOBO XAVIER/MARIA ÂNGELA COELHO/ANTÓNIO A. CAEIRO, “Sociedade por quotas de responsabilidade limitada — Anteprojecto de lei (2.ª redacção e exposição de motivos)”, in *Revista de Direito e Economia*, 3, 1977, p. 381. Na jurisprudência, cf. Acórdão da Relação do Porto, de 9.7.2002, in CJ XXXVII, 2002, T. IV, pp. 174-175.

⁽¹⁷⁾ Note-se que, embora seja lícito destituir um administrador por perda/retirada de confiança — pois, a destituição é livre —, tal fundamento deixou, porém, de constituir justa causa de destituição: o art. 430.º, n.º 2 remete-nos agora para o art. 403.º, n.º 4.

⁽¹⁸⁾ A dificuldade reside em determinar se tal falta de “aptidão” é considerada para efeitos de justa causa ou não. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Código das Sociedades Comerciais*, *cit.*, p. 1071, entende que não integra no conceito de justa causa a mera mudança de orientação da sociedade, designadamente perante novas maiorias, que pode levar à dispensa de administradores. A jurisprudência francesa já se pronunciou, por diversas vezes, no sentido de não considerar justa causa o facto de as quotas terem mudado de mãos e os novos sócios quererem nomear gerentes de sua escolha (*vide*, neste sentido, RIPERT/ROBLLOT, *Traité Élémentaire de Droit Commercial*, 11.ª ed., 1983, I, p. 676). Em sentido contrário, cf. PAOLO AGOSTINI (*apud* JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Gover*

- O risco de destituição, a qualquer momento, pode funcionar — ainda que perversamente, é certo —, como um *estímulo* à própria atuação dos administradores em prol dos acionistas, mormente aos seus interesses: não numa lógica a curto prazo, mas, antes, a longo prazo, por força da alínea *b*) do n.º 1 do art. 64.^o(¹⁹).

Dito isto, não nos oferece dificuldades de maior considerarmos que a *regra da livre destituibilidade* de administradores de sociedades anónimas serve os *interesses dos acionistas*, pelo menos, daqueles que possuem uma posição de controlo, mas também dos acionistas atuais e futuros, atendendo a que “as tomadas de controlo estão facilitadas pelo facto de se saber que é possível renovar imediatamente a administração”(²⁰).

3.2. Conceito de justa causa de destituição

I. Assente que está a consagração, entre nós, do princípio da livre destituição de administradores de sociedades anónimas, a existência ou não de justa causa releva unicamente para efeitos de saber se a sociedade *deve ou não indemnizar* o administrador destituído. Coloca-se, por isso, a questão de saber qual o *significado de justa causa* para efeitos de destituição de um administrador de sociedade anónima.

nação, cit., p. 161, nota 392), posição quase isolada na doutrina italiana e não subscrita pela jurisprudência.

(¹⁹) JORGE COUTINHO DE ABREU, *Governança, cit.*, p. 155. No mesmo sentido, vide RICARDO RIBEIRO, “Do direito a indemnização dos administradores de sociedades anónimas destituídos sem justa causa”, in *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. LXXXIII, Coimbra, 2007, p. 807. Este autor afirma que “o risco da destituição a todo o tempo, impendendo sobre a cabeça dos administradores, serve o propósito de os estimular no desempenho das suas funções, sendo estes obrigados a provar, constantemente, que merecem a manutenção do cargo”. Mas este risco — diga-se, em bom rigor —, tem também um lado perverso, que é o facto de poder implicar que o administrador alcance determinados objetivos a curto-médio prazo, descurando uma estratégia empresarial a longo prazo, sempre preferível.

(²⁰) Assim, JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Governança, cit.*, p. 155.

Na busca do conceito de justa causa de destituição, iremos partir, primeiramente, das valorações que o legislador consagrou a este respeito; partindo, de seguida, para a posição que a doutrina tem vindo a adotar deste conceito; terminamos com a concretização que é feita pelos nossos tribunais superiores.

II. Começar-se-á por notar que o *Código das Sociedades Comerciais* não define a justa causa de destituição, nem a propósito dos gerentes das sociedades por quotas, nem a propósito dos administradores de sociedades anónimas, delineando, apenas, os *contornos genéricos* do significado deste conceito⁽²¹⁾.

Esta intencionalidade do legislador, consistente em não nos revelar o que entende por justa causa de destituição de administrador, é, na verdade, deliberada, remetendo para a doutrina, assim como para a jurisprudência, a tarefa de concretizar tal noção⁽²²⁾.

ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO assinala, a este propósito, que “os conceitos indeterminados põem em crise o método de subsunção: a sua aplicação nunca pode ser automática, antes requerendo decisões dinâmicas e criativas que facultem o seu preenchimento com valorações”⁽²³⁾.

Se assim é, não é menos verdade que a técnica legislativa utilizada ao apresentar um *conceito indeterminado* de justa causa de destituição tem de facto as suas virtualidades, mas possui também alguns inconvenientes.

No plano das *vantagens*, destacaríamos a de que permite *adequar a decisão às particularidades do caso concreto*, assim como

⁽²¹⁾ Os Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 14.1.1993, proc. n.º 082578, acessível apenas o sumário in <<http://www.dgsi.pt>> (mas disponível na íntegra na Biblioteca do STJ), e de 3.11.1994, proc. n.º 085580, acessível in <<http://www.dgsi.pt>>, decidiram ambos que a noção de justa causa resultará, pois, das circunstâncias de cada caso.

⁽²²⁾ Cf., neste exato sentido, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 1.4.2014, proc. n.º 1195/08.0TYLSB.L1-1, acessível in <<http://www.dgsi.pt>>.

⁽²³⁾ *Manual Direito de Trabalho*, Almedina, Coimbra, 1991, p. 819. Para maiores desenvolvimentos sobre as vantagens de o legislador remeter para “conceitos indeterminados”, vide também ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Concorrência Laboral e Justa Causa de Despedimento”, in *ROA*, Ano 4, 1986, pp. 318 e segs. ou PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, Almedina, Coimbra, 1994, pp. 26 e segs.

confere ao tribunal a possibilidade de, enquanto decisor chamado para dirimir o litígio, beneficiar de uma maior *liberdade de apreciação e decisão* quanto à determinação *in casu* da existência ou não de justa causa de destituição de administrador.

No que concerne aos *inconvenientes*, parece-nos, pois, pacífico de que tal opção do legislador não oferece segurança jurídica para o intérprete, podendo resultar em diversas interpretações quanto ao sentido e alcance do conceito de justa causa de destituição.

III. Porém, antes de entrar com maior detalhe na determinação do conceito de justa causa de destituição de administrador de sociedade anónima, impõe-se uma advertência: tal conceito não é único nas sociedades comerciais; é pois, e como se sabe, um conceito aplicado em diversos setores da ordem jurídica, mormente ao nível do direito laboral.

Merecem, assim, especial destaque os preceitos que o Código do Trabalho consagrou quanto à *justa causa do trabalhador*. São eles:

- Em consonância com o disposto na Constituição da República Portuguesa (art. 53.º), o art. 338.º do Código do Trabalho estabelece a proibição de despedimento sem justa causa⁽²⁴⁾;
- Acrescenta o n.º 1 do art. 351.º do referido Código que define justa causa como “o *comportamento culposo* do trabalhador que, pela sua *gravidade e consequências*, torne imediata a praticamente *impossível a subsistência* da relação de trabalho”. O n.º 2 do citado artigo enumera, de forma exemplificativa, comportamentos do trabalhador que constituem justa causa de despedimento. E o n.º 3 considera alguns aspetos a ponderar na apreciação da justa causa⁽²⁵⁾.

(24) Para maiores desenvolvimentos sobre a consagração constitucional, *vide* as anotações ao citado art. 53.º feitas por JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, T. I, Coimbra Editora, 2005, pp. 505 e segs..

(25) Sobre esta matéria, podem ler-se, entre muitos outros: ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, 17.ª ed., Almedina, Coimbra, 2014, pp. 510-521 e PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, 6.ª ed., Almedina, Coimbra, 2013, pp. 906-919.

A verdade é que as considerações mencionadas anteriormente, em especial, a regra prevista no art. 351.º, do Código do Trabalho. São relevantes, pois a referida norma consagra, à parte do “comportamento culposo”, a nota essencial do conceito de Justa Causa: a impossibilidade de subsistência da relação de trabalho, por não exigível, que esta relação se mantenha. Esta formulação é, e como podemos desde já antecipar, semelhante à consagração que a doutrina e a própria jurisprudência dão a propósito do conceito de justa causa de destituição de administrador de sociedade anónima⁽²⁶⁾.

IV. Dito isto, importa agora atentar nas normas que o Código das Sociedades Comerciais dedica a esta matéria, designadamente os arts. 403.º e 64.º do mencionado diploma legal.

O n.º 4 do art. 403.º prescreve que “constituem, *designadamente*, justa causa de destituição a *violação grave dos deveres do administrador* e a sua *inaptidão para o exercício normal das respectivas funções*”. É pacífico que tal preceito não define justa causa de destituição, limita-se, antes, a enumerar duas circunstâncias que a configuram: “*a violação grave dos deveres de administrador*” e “*a ineptidão para o exercício normal de funções*”. Mas mesmo essa enumeração é meramente exemplificativa e genérica⁽²⁷⁾.

Ora, a propósito dos *deveres dos administradores*, cuja *violação grave* é fundamento de destituição com justa causa, o art. 64.º consagra um conjunto de *deveres fundamentais* que os mesmos devem nortear a sua conduta. São eles:

“*a) Deveres de cuidado*, revelando a disponibilidade, a competência técnica e o conhecimento da atividade da sociedade adequados às suas funções e empregando nesse âmbito a *diligência* de um *gestor criterioso e ordenado*; e

⁽²⁶⁾ Na verdade, esta aproximação não é insensível ao facto de a própria doutrina distinguir, a propósito do conceito de justa causa de destituição de administrador, duas orientações: de um lado, uma orientação “civilista”; de outro, uma orientação “mais laboral”. Sobre ambas as orientações, e a posição que adotamos, cf. *infra*, ponto 3.2.-VIII.

⁽²⁷⁾ É por força da utilização do advérbio “designadamente” que se atribui ao art. 403.º, n.º 4 carácter exemplificativo (cf., neste sentido: JOÃO LABAREDA, *ob. cit.*, p. 65, e o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 23.6.1996, *in* BMJ, n.º 418, p. 793).

- b) *Deveres de lealdade*, no interesse da sociedade, atendendo aos interesses de longo prazo dos sócios e ponderando os interesses dos outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, tais como os seus trabalhadores, clientes e credores⁽²⁸⁾.

Há, assim, *deveres de cuidado, de diligência e de lealdade* que os administradores devem necessariamente respeitar e pautar a sua conduta no seio da sociedade, sob pena de aqueles poderem ser destituídos com justa causa e, por via disso, sem o pagamento de qualquer indemnização⁽²⁹⁾.

Quanto aos *deveres de cuidado*, estes implicam que os administradores ponderem, antes mesmo da aceitação do cargo de gestão, se possuem a disponibilidade, a competência técnica e os conhecimentos que lhe são exigíveis por força do cargo que vão ocupar⁽³⁰⁾.

Este respeito pelos deveres de cuidado são evidentemente extensíveis ao longo do mandato dos administradores, determinando que conheçam e acompanhem de perto a atividade desenvolvida pela sociedade, ao mesmo tempo que devem atualizar-se e conhecer as melhores práticas de administração.

No que concerne aos *deveres de diligência* do administrador, diligência essa plasmada no art. 64.º, n.º 1, alínea a), *in fine*, o critério consagrado é o de um “*gestor criterioso e ordenado*”.

(28) JOÃO SOARES DA SILVA, “Responsabilidade civil dos administradores de sociedades: os deveres gerais e os princípios da *corporate governance*”, in *ROA*, Ano 57, Vol. II, Abril 1997, pp. 613-614 enuncia, para além destes, outros deveres, ditos fundamentais a cargo dos administradores, nomeadamente: o dever de não distribuir bens sociais quando a situação líquida se torne inferior à soma do capital e reservas disponíveis (art. 32.º); o dever de elaborar o relatório de gestão e apresentar contas (arts. 65.º, n.º 5 e 67.º); e múltiplos deveres informativos e processuais em matéria de fusão, cisão, dissolução e transformação de sociedades (art. 100.º).

(29) Para maiores desenvolvimentos, *vide* ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Os deveres fundamentais dos administradores das sociedades (art. 64.º/1 do CSC)”, in *ROA*, 66, 2006, pp. 443 e segs.; ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, *ob. cit.*, pp. 266 e segs.; ARMANDO MANUEL TRIUNFANTE, *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 59 e segs.; e JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 721-758.

(30) ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, *ob. cit.*, pp. 268-270.

Assim sendo, no exercício dos seus deveres, incumbem aos administradores atuar com a diligência de um “*gestor criterioso e ordenado*”, que não se compadece com o de simples *bonus pater familias*⁽³¹⁾. O mesmo é dizer que não é suficiente que o administrador atue como faria qualquer homem médio: a diligência exigida ao administrador tem de ser a de um *profissional qualificado*, pois só assim a sua responsabilidade poderá ser afastada por falta de culpa, quando o administrador atue como faria um gestor medianamente criterioso e ordenado, pese embora o apuramento da culpa do administrador servirá apenas para aferir da maior ou menor gravidade da violação dos deveres, não constituindo, no entanto, e segunda a nossa conceção, condição para destituir com justa causa, ainda que a possa determinar⁽³²⁾.

Trata-se, portanto, de uma bitola de *diligência mais exigente do que a comum*, requerendo-se dos administradores um esforço acrescido, quanto mais não seja porque estão a gerir bens alheios⁽³³⁾. Ou seja, e por outras palavras: um administrador só pode ser considerado profissionalmente incompetente quando outro administrador *colocado na mesma situação* pudesse e *devesse* fazer melhor.

Para além disso, como afirma — e bem — ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, não interessará considerar o mérito da decisão, mas tão-só a observância dos deveres fundamentais no processo de decisão, designadamente o dever de informação necessária a evitar condutas que causem prejuízos à sociedade cujo interesse compete ao administrador velar⁽³⁴⁾.

Finalmente, no que diz respeito aos *deveres de lealdade*, o legislador, no seu art. 64.º, n.º 1, alínea *b*), acentua o *interesse prioritário da sociedade como o relevante* — algo que já tivemos oportunidade de nos pronunciar e para onde remetemos ulteriores con-

(31) Neste sentido, *vide* RAÚL VENTURA, *ob. cit.*, p. 149 e ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, *ob. cit.*, pp. 267. Na jurisprudência, veja-se, a título de exemplo, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 16.6.2011, proc. n.º 6083/09.0TVLSB.L1-6, acessível in <<http://www.dgsi.pt>>.

(32) Sobre o elemento da culpabilidade, *cfr. infra*, ponto 3.2.-VIII.

(33) Como observa ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Código das Sociedades Comerciais, cit.*, p. 253.

(34) *Ob. cit.*, p. 270.

siderações⁽³⁵⁾, sendo certo que a citada disposição legal manda atender aos *interesses a longo prazo dos sócios* e ponderar os interesses dos trabalhadores, clientes e credores, em detrimento dos interesses dos administradores.

A respeito dos *interesses a longo prazo dos sócios*, ARMANDO MANUEL TRIUNFANTE observa, neste sentido, o seguinte: os administradores “devem pensar no futuro a longo prazo da sociedade, abstendo-se de tomar medidas que embora satisfaçam mais os sócios a curto prazo possam perigar aquele futuro”⁽³⁶⁾.

Dito isto, e acompanhando a posição de JORGE COUTINHO DE ABREU, podemos afirmar que o dever de lealdade é definível como dever de os administradores exclusivamente terem em vista os interesses da sociedade e procurarem satisfazê-los, abstendo-se, portanto, de promover o seu próprio benefício ou interesses. E é dever de todo o administrador não utilizar em benefício próprio meios ou informações da sociedade: não pode, assim, o administrador utilizar informação reservada da sociedade (respeitante a processos de produção, projetos de investimento, clientes, etc.) para, por exemplo, dela “abusar” (assim dispõe o art. 449.º) ou aproveitá-la em empresa que tenciona constituir⁽³⁷⁾.

Já no que concerne à “*inaptidão para o exercício normal das funções*” de administrador, esta deve ser compreendida, por um lado, como “falta de conhecimentos necessários para uma gestão ordenada”⁽³⁸⁾ — v. g., o administrador negligencia os seus deveres de estudo e atualização, exigidos pelas novas realidades da sociedade⁽³⁹⁾. Mas, por outro, como “incapacitação” por *impedimento físico* decorrente, por exemplo de doença prolongada (incurável e incapacitante), ou seja, impeditiva do “exercício normal das funções de administrador”⁽⁴⁰⁾.

(35) Cfr. *supra*, ponto 2-IV.

(36) *Ob. cit.*, p. 64.

(37) JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, pp. 25, e 33-34.

(38) JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Governança*, *cit.*, p. 158.

(39) ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades*, I, *cit.*, p. 949.

(40) Assim, ILÍDIO DUARTE RODRIGUES, *ob. cit.*, 1990, p. 245; JOÃO LABAREDA, *ob. cit.*, pp. 77 e segs. Observa JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Governança*, *cit.*,

ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO tem, porém, um entendimento diverso de “inaptidão para o exercício normal de funções”, considerando que a “incapacitação física” conduz, não à destituição, mas sim ao grupo de casos de caducidade da relação de administração⁽⁴¹⁾.

Embora a questão não deva considerar-se totalmente isenta de dúvidas, parece-nos, no entanto, que a posição de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO não se nos afigura a mais correta, por um conjunto relevante de razões:

- É sobejamente sabido que o nosso Código das Sociedades Comerciais inspirou-se na legislação alemã e, por via disso, tem sido entendimento pacífico na doutrina (alemã) que situações de doença permitem a destituição sem justa causa⁽⁴²⁾;
- A justa causa de destituição não tem que traduzir-se, necessariamente, num comportamento culposo do membro do órgão de gestão, ainda que este também a possa determinar, bastando uma justificação objetiva que torne inexigível ou impossível à sociedade manter a relação de administração⁽⁴³⁾;

p. 158, nota 386, que “se a doença do administrador não for incurável e, presumivelmente, não se prolongar para lá do termo do período por que foi designado, deverá ter lugar, não a destituição, mas a suspensão decidida pelo conselho fiscal ou fiscal único (art. 400.º, n.º 1, alínea a)) e com os efeitos referido no art. 400.º, 2º”. Esta mesma observação foi igualmente evidenciada pelo Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 30.11.2010, proc. n.º 509/07.5TBGRD.C1, acessível in <<http://www.dgsi.pt>>.

⁽⁴¹⁾ *Direito das Sociedades*, I..., p. 949. Para a crítica de conceção diferente de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO e (em parte) de RICARDO RIBEIRO, vide JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial, Vol. II — Das Sociedades*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2011, pp. 634 e segs.

⁽⁴²⁾ Neste sentido, vide JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Governança*, cit., p. 158.

⁽⁴³⁾ ILÍDIO DUARTE RODRIGUES, *ob. cit.*, p. 246, explica que “já constatámos não ser imprescindível um comportamento culposo do gestor, nem mesmo ser preciso que ocorra um facto voluntário a ele imputável. Por isso, é que a incapacidade por impedimento justifica a destituição. Em contrapartida, podem verificar-se condutas culposas, sem que tal consubstancie justa causa, exactamente por faltar uma violação grave de deveres cometidos ao gestor”. No mesmo sentido, cf. ANTÓNIO CAEIRO, *As cláusulas restritivas da destituição do sócio-gerente nas sociedades e o exercício do direito de voto na deliberação de destituição*, Coimbra, 1966, p. 10 (atualmente in *Temas de Direito das Sociedades*, Almedina, Coimbra, 1984, pp. 165 e segs.); JOÃO LABAREDA, *ob. cit.*, pp. 77 e segs. e JORGE COUTINHO DE ABREU, *Governança*, cit., pp. 161 e segs..

- A terminar, não tem cabimento normativo remeter a “incapacitação física” do administrador para os casos de caducidade, quanto mais não seja porque a sociedade pode sempre optar pela *suspensão do mandato* do membro do órgão de gestão, por força do disposto no art. 400.º, n.º 1, al. a).

V. A incursão que efetuámos anteriormente sobre os deveres gerais e fundamentais dos administradores de sociedades anónimas, tem interesse para efeitos de avaliação de justos motivos para destituição deste órgão de gestão e, conseqüente apuramento, se for esse o caso, de responsabilidade civil da sua conduta desviante.

Assim sendo, e paralelamente à destituição, caso o administrador exerça a sua atividade profissional em violação dos mencionados deveres consagrados no art. 64.º, ele pode *responder civilmente* para com a sociedade pelos *danos* que a esta advenham em consequência dos atos ou omissões praticados com preterição dos deveres legais ou contratuais, a menos que se prove que agiu sem culpa (art. 72.º)⁽⁴⁴⁾.

Presume-se, pois, a culpa tal como no domínio da *responsabilidade obrigacional* (art. 799.º, n.º 1, do Código Civil), que é, de resto, o domínio em que se deve colocar a questão da responsabilidade do administrador no quadro do citado art. 72.º, a não ser que se verifiquem condutas dos administradores, que configurando delitos civis, devem ser tratadas segundo as regras da responsabilidade aquiliana⁽⁴⁵⁾.

⁽⁴⁴⁾ Aspeto de significativa importância prática é a questão de saber qual o tribunal materialmente competente para preparar e julgar as ações de responsabilidade civil dos administradores. Segundo MARIA ELISABETE RAMOS, “Contencioso societário — as ações de responsabilidade”, in *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 283-285, com exceção das ações destinadas a efetivar a responsabilidade dos administradores para com terceiros, cuja competência pertence aos tribunais cíveis, todas as restantes ações, nomeadamente as interpostas pela sociedade, pelos sócios e pelos credores sociais contra o administrador destituído, são da competência exclusiva dos tribunais de comércio. Por sua vez, TERESA ANSELMO VAZ, *Contencioso Societário*, Petrony, Lisboa, 2006, p. 80, assinala, em sentido contrário, que as ações propostas por credores sociais (e por terceiros), com vista ao ressarcimento de prejuízos próprios são da competência dos tribunais cíveis, e não dos tribunais de comércio.

⁽⁴⁵⁾ Assim, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 28.4.2009, proc. n.º 09A0346, acessível in <<http://www.dgsi.pt>>.

Mas não é apenas no plano estritamente civil que o administrador pode ser responsabilizado: a sua conduta pode igualmente configurar um *ilícito criminal* ou de mera ordenação social e, como tal, passível de responsabilização criminal ou contraordenacional.

VI. Complementarmente às normas mencionadas anteriormente (*maxime* arts. 403.º e 64.º), normas essas que são *norteadoras* da justa causa de destituição de administrador de sociedade anónima, a verdade é que existe ainda um conjunto de preceitos dispersos no Código das Sociedades Comerciais e noutros diplomas legais, que direta ou implicitamente, qualificam certos comportamentos dos administradores como justa causa de destituição ou, pelo menos, como violação grave dos seus deveres fundamentais de gestão e representação. São eles:

- A prática reiterada de atos excedendo o objeto social, ainda que não danosos (art. 6.º, n.º 4);
- A apresentação injustificadamente tardia dos relatórios de gestão e das contas do exercício (arts. 65.º, n.º 5 e 67.º);
- O exercício não autorizado de atividade concorrente com a da sociedade (arts. 254.º, n.º 5 e 398.º, n.º 5);
- A violação das regras de divulgação de participações sociais (art. 447.º, n.º 8);
- O abuso de informação (arts. 449.º, n.º 4 e 450.º);
- Constituem igualmente justa causa de destituição os factos ilícitos previstos no Título VII (Disposições Penais) do Código das Sociedades Comerciais — ilícitos esses que requerem dolo (art. 527.º, n.º 1), a saber: falta de cobrança de entradas de capital (art. 509.º); aquisição ilícita de participações próprias (art. 510.º); distribuição ilícita de bens da sociedade (art. 514.º); irregularidade na convocação de assembleias sociais (515.º); recusa ilícita de informações ou prestação de informações falsas (arts. 518.º e 519.º); impedimento de fiscalização (art. 522.º);

- Assim como os ilícitos criminais praticados, no âmbito da sociedade: furto, abuso de confiança, infidelidade, falsificação de faturas (arts. 203.º, 204.º, 205.º, 224.º e 256.º do Código Penal); e no caso de sociedades anónimas cotadas, os crimes de abuso de informação privilegiada e de manipulação de mercado (arts. 378.º e 379.º do Código dos Valores Mobiliários).

VII. Voltando ao ponto de partida: recordamos, mais uma vez, que o Código das Sociedades Comerciais (art. 403.º, n.º 4) considera, *exemplificativamente*, como justa causa, tanto a “*violação grave dos deveres dos administradores*”, como a sua “*inaptação para o exercício normal das suas funções*”.

Daí que recorrendo ao art. 64.º, podemos concluir que constitui, designadamente justa causa de destituição, a violação grave (por ação ou omissão) dos deveres de cuidado, de diligência ou de lealdade que os administradores devem respeitar, em conformidade com os critérios estabelecidos por esta norma (disponibilidade, competência e conhecimento adequados; diligência de um gestor criterioso e ordenado; prioridade ou interesse da sociedade e de longo prazo dos sócios).

É evidente que não é qualquer violação dos deveres dos administradores que constitui justa causa de destituição, mas só as violações *graves*, graves o suficiente para justificar destituir alguém sem sequer o indemnizar dos prejuízos que vai sofrer.

À luz do até aqui exposto, podemos afirmar, com segurança, que o conceito de justa causa de destituição de administrador é, *nos termos da lei*, um conceito *indeterminado*, ao qual o Código das Sociedades Comerciais remete-nos para uma *cláusula geral*.

Por outro lado, também resulta do mencionado diploma legal que há justa causa para destituir um administrador quando ele viole gravemente os seus deveres — legais ou estatutários — ou se revele inapto para o exercício normal das respetivas funções e, por força disso, ponderando o interesse social e do administrador, *deixe de ser exigível* à sociedade mantê-lo no cargo.

Também é nestes exatos termos e com este sentido que tanto a doutrina como a própria jurisprudência têm compreendido, no

essencial, o conceito de justa causa para efeitos de destituição de um administrador de sociedade anónima. Senão vejamos.

VIII. Na *doutrina*, o conceito de justa causa de destituição de administrador de sociedade anónima debate-se, essencialmente, com duas orientações:

- De um lado, uma *orientação “civilística”*, nos termos da qual a justa causa seria qualquer motivo justificado, a apreciar livremente pelo tribunal;
- De outro, uma *orientação “mais laboral”*, segundo a qual a justa causa consubstanciaria um comportamento culposo, no pressuposto de que a sua gravidade e consequências implicasse a impossibilidade de subsistência da relação mantida com o administrador.

Face a este confronto de orientações quanto à noção de justa causa de destituição — o mais civilístico e, portanto, mais lato; e o laboral, mais exigente — PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, JORGE COUTINHO DE ABREU, ILÍDIO DUARTE RODRIGUES, JOÃO LABAREDA e ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA defendem que a justa causa de destituição de administrador *não é equivalente ou análoga à justa causa de despedimento (laboral), não sendo essencial a verificação de culpa* do órgão do membro de gestão, apesar de esta também possa a determinar⁽⁴⁶⁾.

Em sentido contrário a este ensinamento, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO e JORGE PINTO FURTADO acolhem a orientação “mais laboral”, equiparando, assim, a justa causa de destituição à conduta ilícita e *culposa*⁽⁴⁷⁾.

⁽⁴⁶⁾ Respetivamente, *Código Civil anotado*, Vol. II, 3.^a ed., Coimbra Editora, anotação ao art. 1170.º, p. 731; *Governação*, *cit.*, p. 161; *ob. cit.*, p. 245; *ob. cit.*, p. 79; e *ob. cit.*, p. 286. Na jurisprudência, *vide* Acórdãos da Relação de Lisboa, de 17.11.2005, proc. n.º 9983/2005-6 e de 15.12.2005, proc. n.º 8725/2004-6, ambos acessíveis in <<http://www.dgsi.pt>>.

⁽⁴⁷⁾ Respetivamente, *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*, Lex, Lisboa, 1997, p. 380 e *Código Comercial Anotado*, II/1, p. 378. Assinala-se que ela já tinha sido acolhida por RAÚL VENTURA, *ob. cit.*, p. 91, a propósito dos gerentes das sociedades por quotas, sendo certo que tal argumentação pode ser transposta,

A explicação, segundo ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, reside no facto de que há razões para dispensar aos administradores das sociedades uma certa proteção semelhante à que a lei concede aos trabalhadores subordinados; não pode, pois, ter a mesma intensidade, caso contrário subverteria a própria lógica intrínseca do direito das sociedades. Isto, porém, não significa que impere uma total desproteção do administrador, sob pena dos mais aptos evitarem integrar cargos de gestão em sociedades comerciais⁽⁴⁸⁾.

Não fugindo a exprimir o nosso próprio pensamento, diremos que é preferível adotar a orientação civilística — mais lata, portanto — conferindo ao intérprete a possibilidade de adequar a decisão às particularidades do caso concreto.

Aliás, parece-nos que foi, precisamente, essa a intenção do legislador ao consagrar um conceito indeterminado de justa causa de destituição de administrador de sociedade anónima, suficiente amplo para melhor se adequar casuisticamente.

Por conseguinte, julgamos que *não é forçoso que ocorra um comportamento culposo* do órgão de administração para a sociedade destituí-lo — ainda que este também o possa determinar —, sem o pagamento de uma indemnização, quanto mais não seja por que a própria lei considera, a “inaptidão para o exercício normal de funções” como justa causa de destituição — o que pode nada ter a ver com a culpa do administrador⁽⁴⁹⁾.

com utilidade, para os administradores de sociedades anónimas. A jurisprudência tem seguido maioritariamente — parece-nos — esta orientação (a “mais laboral”): vejam-se, por exemplo, as seguintes decisões: os Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, de 20.1.1983, *in* BMJ, n.º 323, 1983, pp. 405-413; de 26.11.1987, *in* BMJ, n.º 371, 1987, pp. 490-495; e de 3.11.1994, *in* BMJ, n.º 441, 1994, p. 360; e de 14.2.1995, *in* BMJ, n.º 444, 1995, p. 650; Acórdãos do Tribunal da Relação de Coimbra, de 2.11.1999, *in* CJ, 1999, T. V, pp. 16-17 e de 30.11.2010, proc. n.º 509/07.5TBGRD.C1, acessível *in* <<http://www.dgsi.pt>>; Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 9.4.2002, *in* CJ, 2002, T. II, p. 217 e Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 26.2.2009, proc. n.º 10770/08-2, acessível *in* <<http://www.dgsi.pt>>.

⁽⁴⁸⁾ *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais, cit.*, p. 380.

⁽⁴⁹⁾ ANTÓNIO CAEIRO, *As cláusulas restritivas da destituição do sócio-gerente nas sociedades e o exercício de voto na deliberação de destituição*, Coimbra, 1966, p. 10 (atualmente *in* *Temas de Direito das Sociedades*, Almedina, Coimbra, 1984, pp. 165 e segs.) e ILÍDIO DUARTE RODRIGUES, *ob. cit.*, p. 246.

Mas não podemos deixar de notar que dispensando-se a culpa do administrador na produção do facto que torne compreensível a intervenção da sociedade em destituí-lo, é preciso ser cauteloso no entendimento das condições que determinaram a inexigibilidade de permanência do vínculo contratual, sob pena de favorecimento excessivo da sociedade e rompimento do justo equilíbrio contratual das partes.

É, por isso, essencial aferir a consequência da *gravidade* da violação, gravidade que se funda no prejuízo causado ao interesse da sociedade, bem como o carácter reiterado da própria violação e, por via disso, se revele *inexigível* à sociedade a manutenção do administrador na sociedade.

A terminar, transcrevemos um elucidativo trecho de BAPTISTA MACHADO, que pela sua clareza, a par de uma notável concisão, trará alguma luz ao conceito que temos vindo a analisar: diz-se justa causa “qualquer circunstância, facto ou situação em face do qual e segundo a boa-fé, não seja exigível a uma das partes a continuação da relação contratual; todo o facto capaz de fazer perigar o fim do contrato ou de dificultar a obtenção desse fim, qualquer conduta que possa fazer desaparecer pressupostos, pessoais ou reais, essenciais ao desenvolvimento da relação, designadamente qualquer conduta contrária ao dever de correcção e lealdade (ou ao dever de fidelidade na relação associativa)”⁽⁵⁰⁾.

BAPTISTA MACHADO conclui: a justa causa “representará, em regra, uma violação dos deveres contratuais (e, portanto, um “incumprimento”): será aquela violação contratual que dificulta, de forma insuportável ou inexigível para a parte não inadimplente a continuação da relação contratual”⁽⁵¹⁾.

IX. Concretizando a posição da doutrina com *exemplos*, podemos atentar nos seguintes para que ocorra justa causa de destituição de administrador, a saber:

⁽⁵⁰⁾ “Pressupostos da Resolução por Incumprimento”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J.J. Teixeira Ribeiro*, II, Jurídica, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 1979, pp. 361-362.

⁽⁵¹⁾ *Idem, ibidem*.

- O facto de o administrador estar insolvente ou fortemente endividado e tal circunstância reflita negativamente na sociedade (afugenta financiadores ou clientes); aceitar suborno, em prejuízo da sociedade; estar impossibilitado por doença grave de exercer as suas funções durante um largo período de tempo; a subscrição de uma letra com a firma social para garantir uma dívida pessoal; a diminuição injustificada do volume de negócios para conseguir a destituição de outros gerentes; a falsificação de escrita ou do balanço⁽⁵²⁾;
- Constitui, ainda, justa causa de destituição, desentendimentos frequentes entre administradores, mesmo que não culposos ao administrador destituído, que comprometam a boa marcha dos negócios sociais; ou a prática de crimes (ainda que fora da sociedade) que abale a confiança no carácter do administrador^(53/54).

X. Resta-nos, por fim, atentar na *prática jurisprudencial* portuguesa, que nos fornece, a par da doutrina, um valiosíssimo contributo na concretização do conceito de justa causa de destituição do órgão de administração⁽⁵⁵⁾.

⁽⁵²⁾ Os exemplos são apontados pela doutrina alemã, com recurso à sua jurisprudência, e resumidos por ANTÓNIO CAEIRO, *Temas de Direito das Sociedades*, Almedina, Coimbra, 1984, pp. 165-166.

⁽⁵³⁾ Não concordamos inteiramente com este entendimento, pois imputar o mau relacionamento ao administrador (destituído) e não aos outros administradores, com o conseqüente não pagamento de indemnização, pode conduzir a um resultado injusto.

⁽⁵⁴⁾ JORGE COUTINHO DE ABREU, “Destituição de administradores de sociedades”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LXXXIII, 2007, pp. 83-84. Este autor assinala, noutro lugar, que já não é justa causa a mudança de controlo da sociedade (e o desejo da nova maioria na mudança de administradores), nem a redução do número de membros do conselho de administração (*vide Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Vol. VI, Almedina, Coimbra, 2013, p. 386, nota 18, e a jurisprudência aí citada).

⁽⁵⁵⁾ O Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 1.4.2014, proc. n.º 1195/08.0TYLSB.L1-1, acessível in <<http://www.dgsi.pt>>, considerou que “*intencionalmente*, o legislador não nos revelou a noção de “justa causa”, *deferindo para a doutrina e para a jurisprudência o aprofundamento melhor da elaboração da determinação deste conceito*” (os destaques a itálico são nossos).

Uma advertência impõe-se: embora a jurisprudência tenha vindo a pronunciar-se maioritariamente sobre a destituição de gerentes de sociedades por quotas, o certo é que podemos aplicar tais premissas aos administradores de sociedades anónimas⁽⁵⁶⁾.

Com vista a (melhor) concretizar tal conceito na jurisprudência este será delimitado positiva e negativamente.

Assim sendo, ocorre justa causa de destituição quando:

- O administrador deixa caducar alvarás de construção civil, anula contratos de seguro de trabalhadores, passa faturas falsas para efeitos contabilísticos⁽⁵⁷⁾, ou, então, subtrai-as à contabilidade da sociedade⁽⁵⁸⁾;
- O administrador aproveita, em benefício próprio, determinadas oportunidades de negócio, designadamente a venda de um estabelecimento por PTE 83.000.000\$00, quando podia ter alienado por PTE 260.000.000\$00⁽⁵⁹⁾;
- O administrador de sociedade seguradora que concedeu cauções sem ter solicitado aos serviços técnicos pareceres prévios e sem garantias suficientes⁽⁶⁰⁾;
- O órgão do membro de gestão cumpre tardiamente (3 ou 2 anos depois) os deveres de relatar a gestão e de apresentar contas⁽⁶¹⁾;

⁽⁵⁶⁾ Neste sentido, decidiu o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 14.2.1995, *in* BMJ, n.º 444, 1995, pp. 660-661, que “a jurisprudência, na sua actividade judicativo-decisória, tem vindo a concretizar o conceito de justa causa de destituição, mormente no que tange aos gerentes de sociedades por quotas, mas com soluções que, *mutatis mutandis*, podem aplicar-se aos administradores de sociedades anónimas”.

⁽⁵⁷⁾ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 24.3.2003, *in* CJ XXVIII, T. II, pp. 180 e segs.

⁽⁵⁸⁾ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 14.2.1995, *in* BMJ n.º 444, pp. 650 e segs.

⁽⁵⁹⁾ Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 28.5.1998, *in* CJ, 1998, T. III, pp. 262-265.

⁽⁶⁰⁾ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 16.5.2000, *in* CJ-STJ, 2000, T. II, p. 64.

⁽⁶¹⁾ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 9.4.2002, *in* CJ XXVII, T. II, pp. 216 e segs.

- O administrador entrelinha declarações próprias em duas atas, sem autorização dos demais membros do conselho de administração, quando a redação das mesmas estava concluída e delas já constavam a assinatura de alguns administradores da sociedade⁽⁶²⁾;
- O aproveitamento em benefício do administrador de bens da sociedade⁽⁶³⁾;
- O administrador presta declarações à comunicação social, sem prévio consentimento dos demais membros do conselho de administração, revelando a existência de um contrato protegido por uma cláusula de confidencialidade⁽⁶⁴⁾;
- O órgão do membro de gestão desenvolve atividade corrente com a sociedade e que o mesmo, ao constituir uma sociedade, e colocar em funcionamento estabelecimentos explorados por esta, utilizando ainda conhecimentos relativos a fornecedores que lhe adinham das suas funções, para beneficiar de idênticos preços e demais condições comerciais concedidas à sociedade, viola o dever fundamental de lealdade, na vertente da não concorrência⁽⁶⁵⁾.

Por sua vez, a jurisprudência tem entendido que *não integra* o conceito de justa causa de destituição de administrador:

(62) Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 16.6.2011, proc. n.º 6083/09.0TVLSB.L1-6, acessível *in* <<http://www.dgsi.pt>>.

(63) Segundo o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 27.10.1994, *in* CJ-STJ, 1994, T. III, p. 114: já não constitui justa causa o facto de o gerente destituído ter permitido, entre outras coisas, que os seus filhos abastecessem a título gratuito as respetivas viaturas com combustível da sociedade, pois os restantes sócios também assim procediam. Concretiza o citado arresto: “se um faz o que não deve, todos podem fazer o mesmo; fazendo todos os que não devem, não merece censura quem deixa fazer — é uma máxima lusitana”.

(64) Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 16.6.2011, proc. n.º 6083/09.0TVLSB.L1-6, acessível *in* <<http://www.dgsi.pt>>.

(65) Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 1.4.2014, proc. n.º 1195/08.0TYLSB.L1-1, acessível *in* <<http://www.dgsi.pt>>.

- O não lançamento imediato de cheques pré-datados, quando não resultem que não tenham sido efetivamente lançados⁽⁶⁶⁾;
- O ser sócio de sociedade concorrente com 10% do capital, quando aí não exerça qualquer atividade⁽⁶⁷⁾;
- O não se ter apresentado a renúncia ao cargo para desagrado da nova composição acionista⁽⁶⁸⁾;
- A recusa, sem que a tal estivesse obrigado, de prestar aval às operações bancárias; o exercício do direito de voto num sentido diverso ao da maioria; ou de mandar um advogado para receber as informações previstas no art. 286.º do CSC⁽⁶⁹⁾;
- A mera retirada da confiança pela assembleia geral no seu administrador — o que determina a análise da destituição sob um ponto de vista objetivo, no sentido de se considerar, como tal, toda a circunstância que seja contrária aos interesses da sociedade⁽⁷⁰⁾.

XI. À face do até aqui exposto, podemos, além do mais, concluir que a ideia central da noção da justa causa de destituição de administrador de sociedade anónima radica na *inexigibilidade* de a sociedade manter a relação de administração, designadamente por-

⁽⁶⁶⁾ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 20.1.1999, *in* CJ, VIII, 1999, T. I, pp. 37-41.

⁽⁶⁷⁾ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 12.6.2001, *in* CJ, XXVI, 2001, T. III, pp. 114-116.

⁽⁶⁸⁾ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 15.12.2005, *in* CJ, XXX, 2005, T. V, pp. 116-121.

⁽⁶⁹⁾ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 30.11.2010, proc. n.º 509/07.5TBGRD-C1, acessível *in* <<http://www.dgsi.pt>>. No que respeita à garantia pessoal em apreço, o aludido arresto conclui da seguinte forma: “até porque o aval é um ato pessoal, não um ato de gestão ou administração; ninguém pode, pela simples vontade de outrem, ser colocado nesta situação de obrigado cambiário. *E ameaçar destituir um administrador por não prestar um aval* (e é disso que no fundo se trata), *era tentá-lo coagi-lo a fazer isso, coação que não é admissível* (art. 255.º do CC)” (os destaques a itálico são nossos).

⁽⁷⁰⁾ Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 13.2.2014, proc. n.º 802/09.2TBSLV.E1, acessível *in* <<http://www.dgsi.pt>>.

que o administrador violou gravemente os seus deveres ou revelou inaptidão ou ficou inapto para o exercício normal das suas funções⁽⁷¹⁾.

Aliás, é desta conexão entre justa causa e inexigibilidade em manter a relação de administração entre sociedade e administrador que podemos considerar nula a cláusula contratual que prevê a impossibilidade de destituição mesmo ocorrendo justa causa⁽⁷²⁾.

Ademais, o conceito em apreço deve ser analisado sob um prisma *objetivo*, no sentido de se considerar, como tal, toda a circunstância que seja contrária aos interesses da sociedade o prosseguimento da relação de administração com o administrador, ou seja, em *função dos factos praticados* por este e das *condições concretas existentes* na sociedade⁽⁷³⁾.

(71) A inexigibilidade, enquanto ideia central do conceito de justa causa de destituição, é defendida por JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Vol. VI, *cit.*, p. 384, ILÍDIO DUARTE RODRIGUES, *ob. cit.*, p. 246 e JOÃO LABAREDA, *ob. cit.*, p. 79.

(72) ILÍDIO DUARTE RODRIGUES, *ob. cit.*, p. 243. Posição divergente têm JOÃO LABAREDA, *ob. cit.*, p. 84 e JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Vol. VI, *cit.*, p. 383. Este último autor sustenta a sua posição da seguinte forma: “aparentemente, a norma do art. 403.º, 1, é imperativa (os sócios podiam sempre deliberar a destituição, independentemente de justa causa). Todavia, parece não haver interesses de ordem pública, dos credores sociais ou da sociedade que impeçam a derrogação estatutária da regra legal da livre destituição”.

(73) Neste sentido, vejam-se os Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa, de 24.6.2008, proc. n.º 3272/2008-1 e de 9.6.2009, proc. n.º 700/1998.L1-1, ambos acessíveis in <<http://www.dgsi.pt>>. No primeiro dos arrestos, a Relação de Lisboa decidiu que “foi invocado na dita deliberação, como causa da destituição, a deterioração das relações entre gerentes e entre o gerente [...] e os restantes sócios, a existência de questões inconciliáveis que redundaram numa quebra inequívoca da relação de confiança intimamente ligada ao cargo de gerência, a promoção reiterada de conflitos entre funcionários e entre funcionários e a gerência, o crescente desinteresse pelo cumprimento com a necessária diligência das obrigações e, ainda, a prática de injúrias. Dos termos que constam da acta não resultam em concreto quaisquer resquícios de justa causa, tudo não passando de declarações vagas e imprecisas. Deterioração, de que forma? Que questões inconciliáveis? Quais conflitos? Desinteresse pelo cumprimento com a necessária diligência das obrigações, em que termos? Prática de injúrias, a quem?” (os destaques a itálico são nossos).

3.3. O ónus probatório quanto à justa causa de destituição

Ora, sendo certo que a sociedade pode, a todo o momento, destituir qualquer administrador, e suscitada a justa causa de destituição, coloca-se agora a questão de saber *a quem incumbe alegar e provar a justa causa?*

Parece-nos que a resposta não pode ser outra, senão a de que, uma vez invocada pela sociedade a justa causa, terá de ser *esta entidade a provar*, nos termos e para os efeitos do n.º 2 do art. 342.º do Código Civil, a existência de factos integradores de justos motivos para promover a destituição do seu administrador⁽⁷⁴⁾, sob pena de, caso não se prove qualquer fundamento (ou nem se sequer se invoque), considera-se que não há justa causa, dando lugar, por isso, ao pagamento de uma indemnização ao administrador destituído sem fundamento⁽⁷⁵⁾.

A razão de ser de tal ónus probatório pertencer à sociedade, parece-nos residir no facto de caso assim não fosse previsto, estar-se-ia a conceder livre arbítrio a esta entidade, passando a justa causa de destituição a depender unicamente da vontade

⁽⁷⁴⁾ A maioria da jurisprudência tem, de resto, aderido a este entendimento, ou seja, esse ónus pertence à sociedade, constituindo a justa causa matéria de exceção. Vejam-se, a título de exemplo, os Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, de 27.10.1994, *in* CJ-STJ, Ano II, T. III, p. 112; de 1.6.1999, *in* BMJ, n.º 486, p. 362; de 15.2.2000, *in* BMJ, n.º 494, p. 458; de 15.2.2002, *in* CJ-STJ, T. I, p. 101, de 2.2.2006, proc. n.º 05B2682 e de 11.7.2006, proc. n.º 06B988, acessíveis *in* <<http://www.dgsi.pt>>. No mesmo sentido, cf. Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa, de 16.7.2008, proc. n.º 3272/2008-1 e de 26.2.2009, proc. n.º 10770/08-2, ambos acessíveis *in* <<http://www.dgsi.pt>>. No sentido de esse ónus pertencer ao administrador destituído, vejam-se os Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, de 23.6.1992, *in* BMJ, n.º 418, pp. 793 e segs.; e de 9.7.1998, *in* BMJ, n.º 479, p. 634. De acordo com estes arrestos, em ação instaurada pelo gerente destituído contra a sociedade, visando a indemnização dos prejuízos resultantes de destituição sem justa causa, a falta de justa causa é elemento constitutivo do direito invocado pelo administrador, competindo, consequentemente, a este a sua prova.

⁽⁷⁵⁾ Cf., entre outros, Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, de 10.2.2000, *in* CJ-STJ, Ano VIII, T. I, p. 101, e de 11.7.2006, proc. n.º 06A1884, acessível *in* <<http://www.dgsi.pt>>; e Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 16.6.2011, proc. n.º 6083/09.0TVLSB.L1-6, acessível *in* <<http://www.dgsi.pt>>. Na doutrina, *vide* JOÃO LABAREDA, *ob. cit.*, pp. 92-93; JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Governança, cit.*, p. 164; e JORGE PINTO FURTADO, *Curso de Direito das Sociedades, cit.*, p. 369.

maioritária da sociedade, esvaziando-se por completo o seu conteúdo e regime.

3.4. A destituição do administrador em assembleia geral ou judicialmente

I. Por regra, a destituição do administrador realiza-se através de deliberação da *assembleia geral*, mas também pode ocorrer por outra via: *a judicial*.

II. No caso de destituição do administrador por meio de deliberação da *assembleia geral*, importa começar por notar que a destituição deve ser agendada de forma idónea, cumprindo-se, para o efeito, o disposto no n.º 2 do art. 375.º, ou seja, a assembleia geral deve ser *convocada*, por requerimento de um ou mais acionistas “*que possuam acções correspondentes a, pelo menos, 5% do capital social*”.

Cumprida esta formalidade, terá o assunto da destituição do administrador de ser incluído na *ordem do dia* pelos acionistas, com o intuito de requerer o debate de tal assunto na assembleia convocada para o efeito, em conformidade com o n.º 1 do art. 378.º.

Mas será que tem sido este o entendimento maioritário na doutrina? Ou, por outras palavras, deve *o tema da destituição* do administrador constar obrigatoriamente *da ordem de trabalhos*?

LUÍS BRITO CORREIA entende que não⁽⁷⁶⁾. Este autor sustenta a sua posição na letra da lei, que consagra a possibilidade de o administrador ser destituído “*em qualquer momento*” (art. 403.º, n.º 1) —, o que indicia a desnecessidade de qualquer menção na ordem de trabalhos.

RAÚL VENTURA, JOÃO CALVÃO DA SILVA e JORGE COUTINHO DE ABREU defendem posição contrária: a convocatória deve mencionar os assuntos sobre que se deliberará (até para afastar qualquer

(76) *Ob. cit.*, p. 715.

efeito surpresa junto dos acionistas e do próprio administrador, mesmo que este não seja sócio, mas deva estar presente, nos termos do art. 379.º, n.º 4) e, nessa medida, será necessário indicar a possibilidade de destituição, que será submetida ao escrutínio da assembleia geral, a qual decidirá⁽⁷⁷⁾.

Se subscrevermos a posição destes últimos autores, então, no caso de o assunto não constar da ordem do dia, uma coisa é, porém, certa: a deliberação da destituição do administrador será passível de *anulação* (arts. 58.º, n.os 1, al. c) e 4, alínea a) e 59.º, n.os 1 e 2, al. c))⁽⁷⁸⁾.

À face desta divergência na doutrina, parece-nos que a resposta emerge, expressa e inequivocamente, da própria lei: a *regra* é a de que a convocatória dever mencionar os assuntos sobre que se deliberará (art. 377.º, n.os 5, al. e) e 8).

A acrescer a este argumento formal, parecem-nos resultar outros, quais sejam o de a circunstância de que a destituição de um administrador constituir um ato relevante da vida da sociedade, devendo os acionistas ser convocados do propósito da destituição, da mesma forma que os administradores, mesmo que não sejam acionistas, devem estar presentes na assembleia geral, evitando-se “decisões surpresas” (art. 379.º, n.º 4).

Todavia, a regra da convocatória mencionar os assuntos objetos de deliberação, admite, no entanto, uma *exceção*: os administradores podem ser destituídos na *assembleia geral anual que aprecia as contas do exercício*, independentemente de menção na convocatória (arts. 75.º, n.º 2, 376.º, n.º 1, al. c) e 455.º, n.os 2 e 3)⁽⁷⁹⁾.

⁽⁷⁷⁾ Respetivamente, *ob. cit.*, p. 105; *Estudos de Direito Comercial*, Almedina, Coimbra, 1999, pp. 267 e segs. e *Governança*, *cit.*, p. 166. A jurisprudência tem decidido no sentido de que a convocatória não tem que contemplar o próprio teor da proposta a apresentar à assembleia, contentando-se a lei com a identificação do “*thema deliberandum*” (assim, Acórdão da Relação do Porto, de 13.10.2010, proc. n.º 1193/09.7TBSTS.P1 e Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 15.2.2011, proc. n.º 674/10.4TYLSB.L1-1, ambos acessíveis in <<http://www.dgsi.pt>>).

⁽⁷⁸⁾ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 23.1.1996, in CJ, 1996, T. I, pp. 100-101.

⁽⁷⁹⁾ Isto mesmo foi observado por ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Código das Sociedades Comerciais*, *cit.*, p. 1070, que afirma que “o agendar da apreciação tem, agregado e *ex lege*, o tema da destituição”.

Ensina JORGE COUTINHO DE ABREU, a este propósito, que “compreende-se (mormente para a destituição com justa causa): na apreciação geral da administração a que nessa assembleia se procede podem ser revelados factos que imponham ou aconselhem a destituição imediata”⁽⁸⁰⁾.

Mas de qualquer forma, alerta-nos o mencionado autor, que “delibera-se sobre a destituição em assembleia geral convocada (devendo ou não constar o assunto em convocatória) ou por outra forma (v.g., em assembleia universal não convocada, por deliberação unânime por escrito) deveria ser reconhecido ao administrador o *direito de contraditar* o propósito de destituição”⁽⁸¹⁾. E a vantagem reside não apenas no exercício do direito de defesa pelo administrador destituído, mas também pelo facto de que o “confronto de razões resultará melhor se existe ou não justa causa de destituição (e as possíveis consequências para a sociedade); os sócios votarão mais conscientemente”⁽⁸²⁾.

Assente que deve constar na ordem de trabalhos o tema da destituição, coloca-se outra questão: é ou não necessário indicar na convocatória o *nome do administrador* a destituir?

RAÚL VENTURA, JOÃO CALVÃO DA SILVA e JORGE COUTINHO DE ABREU defendem a posição, segundo a qual não é necessário fazer qualquer menção quanto à identidade do administrador a destituir⁽⁸³⁾; opinião com a qual permitimo-nos discordar.

Contrariamente à posição dos mencionados autores, perfilhamos antes o entendimento de que se deve proceder à identificação na ordem do dia do administrador a destituir, sendo que as razões são precisamente as mesmas para quem admite a indicação na convocatória do assunto: *a destituição*. Ora, indicar na ordem de trabalhos o nome do administrador a destituir é, além do mais, facultar aos acionistas (e ao próprio administrador visado), informação pertinente para uma discussão e deliberação preparada, evitando-se,

⁽⁸⁰⁾ *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Vol. VI, *cit.*, p. 384.

⁽⁸¹⁾ *Governação*, *cit.*, p. 167.

⁽⁸²⁾ *Idem, ibidem*.

⁽⁸³⁾ Respetivamente, *ob. cit.*, p. 105, *Estudos de Direito Comercial*, *cit.*, pp. 267 e segs. e *Governação*, *cit.*, p. 166.

deste modo, “decisões surpresas”, especialmente em sociedades com diversos administradores.

III. Como dissemos anteriormente, a deliberação dos sócios não constitui a única via para destituir administradores: é também possível proceder à sua destituição através da *via judicial*⁽⁸⁴⁾, sendo aconselhável, neste caso, “pedir ao mesmo tempo a *suspensão do administrador*”⁽⁸⁵⁾.

Com efeito, a ação judicial pode ser proposta, por *um ou mais sócios titulares de, pelo menos, 10% de todas as ações*, se e enquanto não tiver sido convocada assembleia geral para deliberar sobre a destituição (art. 403.º, n.º 3). Exige-se, assim, um mínimo de participações sociais (isto é, 10% de todas as ações), com vista a que não se corra o risco de um ou mais sócios detentores de uma percentagem irrisória de ações da sociedade coloquem entraves ao regular quotidiano societário, requerendo destituições inoportunas e sem qualquer utilidade⁽⁸⁶⁾.

Mas impõe-se fazer aqui uma importante ressalva: a ação judicial pode ainda ser intentada, após tal assembleia geral, desde que nela se deliberar não destituir o administrador⁽⁸⁷⁾.

Assinale-se, por outro lado, que qualquer indemnização devida a administradores destituídos sem justa causa deve ser *paga pela sociedade* à qual eles prestassem os seus serviços, e não pelo acionista ou acionistas que na assembleia geral tenham votado no sentido da destituição.

⁽⁸⁴⁾ Atente-se que o processo de destituição de administrador é um processo especial de jurisdição voluntária, encontrando-se regulado no art. 1055.º do Código de Processo Civil.

⁽⁸⁵⁾ JORGE COUTINHO DE ABREU, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Vol. VI, *cit.*, p. 388. Para maiores desenvolvimentos sobre a ação judicial de suspensão e destituição de administradores, *vide* TERESA ANSELMO VAZ, *ob. cit.*, pp. 167-179 e SOLANGE F. MOREIRA JESUS, “O processo especial de destituição e suspensão — problemas suscitados pelo n.º 2 do art. 1484.º-B do CPC” in *Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho*, Miscelâneas n.º 7, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 171-207, *maxime* pp. 173 e segs.

⁽⁸⁶⁾ Contrariamente, nas sociedades por quotas, e no caso de existir justa causa, “qualquer sócio” pode requerer a suspensão e a destituição do gerente, em ação intentada contra a sociedade (assim dispõe o art. 257.º, n.º 4).

⁽⁸⁷⁾ Assim, JOÃO LABAREDA, *ob. cit.*, pp. 130 e segs. Também parece ser esta a posição adotada por JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Governança, cit.*, p. 171.

Sendo assim, qualquer ação (judicial ou arbitral) deve ser interposta *contra a sociedade*, e não contra os seus acionistas (mesmo os maioritários), com a precisão de que o foro legalmente competente para dirimir a *ação de destituição judicial* contra o administrador é o *tribunal de comércio*, na medida em que se trata de litígio relativo “ao exercício de direitos sociais”⁽⁸⁸⁾.

IV. Mas não se julgue que a destituição de administradores esgota-se unicamente na deliberação dos acionistas, por meio de assembleia geral, ou através de processo especial de jurisdição voluntária: pode também ser efetuada a *requerimento de qualquer acionista*, não sendo exigível *in casu* a titularidade de, pelo menos, 10% das ações, no caso de o administrador ter abusado de informação (art. 449.º, n.º 4), ou em *processo de inquérito judicial*, também encetado por acionistas (arts. 292.º, n.º 1, 450.º, n.os 1 e 3 e art. 1051.º, n.º 2, do CPC).

A terminar, lembremos as palavras de JORGE COUTINHO DE ABREU, segundo as quais “a ideia que preside à atribuição do direito de sócios (minoritários) requererem judicialmente a destituição é o propósito de minorar o risco de administradores sócios maioritários ou apoiados pela maioria se manterem indevidamente (em prejuízo da sociedade e/ou sócios) na administração”⁽⁸⁹⁾.

3.5. A ata da assembleia geral enquanto meio de prova da destituição (com justa causa)

I. Os fundamentos da destituição devem constar da própria *ata* da assembleia geral, que constitui o único *meio de prova* quanto ao deliberado⁽⁹⁰⁾. E tanto assim é que o próprio legislador

⁽⁸⁸⁾ Art. 128.º, n.º 1, alínea *c*), da Lei da Organização do Sistema Judiciário (Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto).

⁽⁸⁹⁾ *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Vol. VI, *cit.*, p. 389.

⁽⁹⁰⁾ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 11.3.1999, *in* BMJ, n.º 485, p. 439 e Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 30.11.2010, proc. n.º 509/97.5,

consagrou, a este propósito, que “as deliberações dos sócios *só podem ser provadas* pelas atas das assembleias” (cf. art. 63.º, n.º 1, 1.ª parte).

II. Dito isto, a ata é um documento particular, de onde resulta a prova relativamente aos factos ocorridos numa dada assembleia geral e que conduziram à destituição com justa causa do administrador⁽⁹¹⁾; a falta de ata não pode ser suprida por outro meio prova, como *v.g.* a confissão expressa, ou por outro documento que não seja de força superior, diversamente do que sucede no direito civil (art. 364.º, n.º 1, do Código Civil)⁽⁹²⁾.

III. Apesar de não integrar a própria deliberação de destituição⁽⁹³⁾, a ata é uma formalidade *ad probationem* e, como tal, imprescindível para a prova das deliberações sociais; daí que possamos afirmar que “a declaração nelas contidas só pode valer com um sentido que tenha um mínimo de correspondência no texto da ata”⁽⁹⁴⁾.

Com efeito, não constando da ata da assembleia geral em que o administrador foi destituído as razões dessa destituição, podemos

acessível in <<http://www.dgsi.pt>>. Note-se que o citado arresto do Supremo Tribunal de Justiça foi objeto de anotação favorável por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, 132, pp. 53 e segs. Posição claramente divergente tem JORGE COUTINHO DE ABREU, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário, Vol. VI, cit.*, p. 389, que entende que “a ata é meio (substituível) de prova das deliberações dos sócios, não único meio de prova dos motivos ou fundamentos das deliberações; estas, enquanto, decisões adotadas pelo órgão social de formação da vontade e imputáveis juridicamente à sociedade, não se confundem com aqueles”.

⁽⁹¹⁾ O Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 11.3.1999, in BMJ, n.º 485, p. 439, observa que da “ata resulta a prova positiva dos fatos nela referidos e a prova negativa de se não terem passado os factos que ela não relata”.

⁽⁹²⁾ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 11.3.1999, proc. n.º 99A072, acessível in <<http://www.dgsi.pt>>.

⁽⁹³⁾ Por essa razão, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades, I, cit.*, p. 761, assevera que a ata é uma formalidade (e não forma) que se destina a completar o processo deliberativo, concretizando que a ata narra os factos ocorridos numa dada assembleia geral, reconstitui a historicidade da deliberação, mas não é a deliberação nem integra a forma de deliberação. Em princípio, a ata certifica não só a historicidade da deliberação, como ainda a sua existência e o seu conteúdo.

⁽⁹⁴⁾ Segue-se, apenas nesta parte, a fundamentação do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 18.6.1996, proc. n.º 96A102, in CJ-STJ, 1996, T. II, pp. 155 e segs.

então concluir que tratou-se de uma deliberação sem justa causa — destituição *ad nutum* — por apenas interessar a fundamentação constante da ata ou dela ausente⁽⁹⁵⁾.

IV. Ainda a este respeito, questão pertinente é a de saber se será exigível a menção na ata de *todos os factos ou fundamentos integradores da justa causa de destituição* imputados ao administrador. A verdade, porém, é que o art. 63.º, n.º 2, alínea f) estabelece unicamente que a ata deve conter “o teor” da deliberação tomada, consistente nos termos da proposta de destituição que obteve a maioria dos votos, podendo mencionar ou não os fundamentos (da destituição).

À cautela, parece-nos, ainda assim, preferível fazer constar na ata *todas as irregularidades que são imputáveis* ao administrador a destituir⁽⁹⁶⁾, pois assente que a ata é o único meio de prova quanto ao deliberado em assembleia geral, o certo é que, para efeitos de análise judicial, ela incidirá sobre os fundamentos constantes em tal deliberação social e que conduziram à destituição do administrador sem o pagamento de qualquer indemnização.

⁽⁹⁵⁾ Assim, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 15.2.2000, *in* CJ-STJ, 2000, T. I, p. 104 e Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 30.10.2010, proc. n.º 509/97.5, acessível *in* <<http://www.dgsi.pt>>. Contra: Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, de 23.6.1992, proc. n.º 081795, *in* BMJ, n.º 418/793, de 18.6.1996, proc. n.º 96A102, *in* CJ-STJ, 1996, T. II, pp. 155 e segs.; e de 2.2.2006, proc. n.º 05B2682, acessível *in* <<http://www.dgsi.pt>>. No segundo dos arrestos (i.e., o de 18.6.1996, proc. n.º 96A102), o Supremo considerou que o conceito de justa causa será integrado pelos factos comprovados em processo judicial em que tal se discute, inseríveis nas perspetivas abrangentes da deliberação tomada.

⁽⁹⁶⁾ JORGE PINTO FURTADO, *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, Quid Juris?, Lisboa, 2012, 6.ª ed., pp. 401-402. Na jurisprudência, *vide* os Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, de 13.3.1993, *in* Revista de Legislação e Jurisprudência, 132, p. 41 e de 15.2.2000, *in* CJ-STJ, 2000, T. I, pp. 103-105. Opinião contrária têm JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Vol. IV, *cit.*, p. 390 e ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, *ob. cit.*, p. 286, que seguindo a metodologia do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 23.6.1992, *in* BMJ n.º 438, p. 793, assevera que “não é necessário que a ata relate todos os factos em que se fundamenta a destituição, bastando uma referência genérica, até para salvaguardar o bom nome do administrador”.

3.6. A indemnização por destituição sem justa causa

I. Assinale-se, em primeiro lugar, que o direito de o administrador ser indemnizado, no caso de este ser destituído pela sociedade sem justa causa, não era *expressamente* reconhecido antes das alterações introduzidas em 2006⁽⁹⁷⁾ ao Código das Sociedades Comerciais, contudo, “razões de direito positivo e de ordem geral justificavam já o direito à indemnização”⁽⁹⁸⁾.

Dito isto, e ao invés do que anteriormente ocorria, o legislador consagrou agora, no seu art. 403.º, n.º 4, que a *destituição* de qualquer membro do conselho de administração é *livre*, sendo certo que — e aqui reside a “inovação” — faltando justa causa, a sociedade deve *indemnizar* o administrador destituído do seguinte modo: “(...) o administrador tem direito a indemnização pelos *danos sofridos*, pelo modo estipulado no *contrato* com ele celebrado ou nos *termos gerais de direito*, sem que a indemnização possa *exceder o montante das remunerações* que presumivelmente receberia até ao final do período para que foi eleito” (art. 403.º, n.º 5).

Compreende-se, portanto, que a posição do administrador destituído não pode ser ignorada na avaliação sobre a inexigibilidade da manutenção do vínculo com a sociedade, mormente se não ocorrer da parte do membro do órgão de gestão a violação de qualquer dever legal ou estatutário. Não deve ser, assim, permitida a lesão sem indemnização, sob pena de conduzir a uma prevalência excessiva do interesse da sociedade face aos dos administradores.

II. Questão pertinente é a de saber se *será válida uma cláusula*, inserida no contrato de sociedade ou no contrato celebrado entre a sociedade e o próprio administrador, *em que a sociedade*

⁽⁹⁷⁾ Por via da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de março. Antes da entrada de tal diploma, o direito à indemnização decorria em resultado da aplicação das regras gerais sobre responsabilidade civil previstas nos arts. 483.º e segs. do Código Civil.

⁽⁹⁸⁾ Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 13.2.2014, proc. n.º 802/09.2TBSLV.E1, acessível in <<http://www.dgsi.pt>>.

indemnizará o administrador destituído em qualquer circunstância. Ou seja, mesmo ocorrendo justa causa de destituição, o administrador deve, ainda assim, receber uma compensação por ter violado algum dever legal ou estatutário?

JORGE COUTINHO DE ABREU e ILÍDIO DUARTE RODRIGUES *não aceitam a fixação contratual*, nos termos da qual seria possível indemnizar o administrador mesmo no caso de violação grave dos seus deveres legais ou estatutários. Estes autores admitem, no entanto, uma (única) *exceção* à aludida regra, qual seja a de que *só será válida a convenção contratual se a mesma for motivada por um impedimento físico*, não imputável ao administrador, por exemplo, uma doença incurável e incapacitante⁽⁹⁹⁾.

JOÃO LABAREDA é, por sua vez, mais contundente: considerando inválida, sempre e em qualquer caso, a estipulação contratual, que obrigue o pagamento de uma indemnização pela sociedade ao administrador, ocorrendo justa causa motivadora para promover a sua destituição⁽¹⁰⁰⁾.

Em nossa opinião, a tese de JORGE COUTINHO DE ABREU e ILÍDIO DUARTE RODRIGUES é aquela que melhor se enquadra com o espírito da lei vigente e com o sentido mais natural e lógico das coisas: só no caso de impedimento físico (doença incurável e incapacitante) faz sentido admitir tal estipulação contratual.

Ora se admitirmos a validade de uma cláusula em que a indemnização será sempre devida, mesmo nos casos de incumprimento dos deveres legais e estatutários do administrador não só iria, por um lado, esvaziar de conteúdo o regime da destituição, como seria de resto paradoxal — podendo chegar-se a resultados aberrantes — pois os administradores saberiam que, ainda que violassem os seus deveres fundamentais e fossem destituídos antes do termo do seu mandato, receberiam, em qualquer circunstância, uma compensação, que nalguns casos pode ser avultada, por força da sua destituição.

⁽⁹⁹⁾ Respetivamente, *Destituição de administradores*, cit., p. 90 e *ob. cit.*, p. 258. Na jurisprudência, vide Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 15.12.2005, proc. n.º 8725/2004, acessível in <<http://www.dgsi.pt>>.

⁽¹⁰⁰⁾ *Ob. cit.*, p. 91.

Ao exposto, resta-nos apenas concluir — e reafirmar — que o interesse da sociedade deve prevalecer sobre o interesse do administrador, sob pena de “abrir-se a porta à frustração do fim principal que toda a gestão deve obedecer: a prossecução e defesa dos interesses da sociedade, tendo em conta os dos sócios e dos trabalhadores”⁽¹⁰¹⁾.

III. Pese embora o direito a uma indemnização possua, atualmente, consagração expressa na lei (o citado n.º 5 do art. 403.º), tem sido entendimento unânime, tanto na doutrina como na jurisprudência, que a destituição de administradores de sociedades anónimas sem justa causa importa a *responsabilização* da sociedade pelos *prejuízos causados ao destituído*⁽¹⁰²⁾, tratando-se de uma responsabilidade por *ato lícito*⁽¹⁰³⁾, logo também sem culpa⁽¹⁰⁴⁾, seja qual for a natureza do vínculo que una o administrador destituído à sociedade.

⁽¹⁰¹⁾ JOÃO LABAREDA, *ob. cit.*, p. 90.

⁽¹⁰²⁾ Na doutrina, *vide* LUÍS BRITO CORREIA, *ob. cit.*, pp. 705 e segs., JOÃO LABAREDA, *ob. cit.*, pp. 72 e segs., JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Governança, cit.*, p. 162 e ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, *ob. cit.*, p. 285. No que respeita à jurisprudência, podem ver-se neste sentido, a título de exemplo: os Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, de 3.11.1994, proc. n.º 085580, de 11.7.2006, proc. n.º 06B988, de 14.12.2006, proc. n.º 06A3803, e de 7.7.2010, proc. n.º 5416/07.9TBVNG, todos acessíveis *in* <<http://www.dgsi.pt>>.

⁽¹⁰³⁾ Quanto a esta matéria, a doutrina já tem divergido, porém, o entendimento maioritário tem sido o de que esta indemnização é por ato lícito, cf. RAÚL VENTURA, *ob. cit.*, pp. 119-120; RICARDO RIBEIRO, *ob. cit.*, pp. 815-816; JOÃO LABAREDA, *ob. cit.*, p. 91, JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial, Vol. II, cit.*, p. 638, nota 438. Também parece ser esse o caminho que tem sido trilhado pela jurisprudência, vejam-se os Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, de 14.1.1993, proc. n.º 082578, de 26.11.1987, proc. n.º 075357 e de 6.5.1987, proc. n.º 074938, acessíveis apenas os sumários *in* <<http://www.dgsi.pt>> (disponíveis, no entanto, na Biblioteca do STJ), de 11.7.2006, proc. n.º 06A1884 e de 8.2.2011, proc. n.º 536/03.1TVLSB.L1.S1, ambos acessíveis *in* <<http://www.dgsi.pt>>. E, ainda, os Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa, de 24.6.2008, proc. n.º 3272/2008-1 e de 16.6.2011, proc. n.º 6083/09.0TVLSB.L1-6; e o Acórdão da Relação de Guimarães, de 15.11.2012, proc. n.º 1686/10.3TBFLG.G1, todos acessíveis *in* <<http://www.dgsi.pt>>. Opinião divergente tem ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades, II, cit.*, p. 439 e o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 26.2.2009, proc. n.º 10770/08-2, acessível *in* <<http://www.dgsi.pt>>.

⁽¹⁰⁴⁾ Neste sentido, *vide* por exemplo, RICARDO RIBEIRO, *ob. cit.*, p. 822.

Ora, pode de facto causar estranheza que, afirmando-se a licitude da destituição dos administradores de sociedades anónimas sem justa causa, e apesar disso se lhes atribua direito a indemnização. Mas a verdade, porém, é que este caso não é o único previsto na lei quanto à responsabilidade por factos lícitos: veja-se neste sentido, e a título exemplificativo, o contrato de mandato comercial (art. 245.º do Código Comercial); o contrato de empreitada (art. 1129.º do Código Civil); ou o contrato de mandato civil (art. 1172.º, alínea. *c*), do Código Civil, aplicável a todos os contratos de prestação de serviços, *ex vi* do art. 1156.º).

Com efeito, apesar de a destituição unilateral pela sociedade seja, como afirmámos anteriormente, um ato lícito, *não é, contudo, um ato isento de responsabilidade civil*: faz nascer o direito de indemnização para os destituídos pelos danos que tiverem sofrido, já que só assim fica restabelecido o equilíbrio patrimonial, no âmbito do contrato de administração celebrado entre o administrador e a sociedade.

IV. Como é sabido, a lei confere à sociedade a faculdade de definir, a todo o tempo, quem quer que conduza os seus destinos e vele pelos seus interesses.

Assente tal pressuposto, podemos agora *concretizar as principais predisposições* em matéria de indemnização a conferir a administrador destituído sem justa causa. São elas:

- A indemnização pode ser fixada *prévia e contratualmente* (no contrato de sociedade ou em outro contrato entre sociedade e administrador), ou por *acordo posterior* à destituição (contrato entre a sociedade e o ex-administrador)⁽¹⁰⁵⁾;

⁽¹⁰⁵⁾ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Código das Sociedades Comerciais, cit.*, p. 1071, nota que “trata-se de um contrato, por vezes concluído após a eleição ou tendo esta como condição suspensiva, e regula direitos e deveres do administrador e, eventualmente, metas a atingir, por este. Inclui-se, aí, por vezes a compensação devida pela saída antes do termo do mandato, saída que, em regra, nem passa pela AG, mas apenas por contactos com os acionistas de referência”. No mesmo sentido, *vide* PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades Comerciais*, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2014, pp. 754-755, e ainda RICARDO

- Independentemente do momento em que é fixado o montante indemnizatório, antes ou depois da destituição, a verdade é que tal indemnização *não pode exceder o montante das remunerações* que o administrador receberia até ao final do período para que fora eleito (art. 403.º, n.º 5)⁽¹⁰⁶⁾;
- Caso a indemnização não tenha sido fixada contratualmente, ela será então calculada *nos termos gerais de direito*⁽¹⁰⁷⁾, sempre com respeito ao mencionado limite máximo;
- No que respeita aos *danos que devem ser indemnizáveis*, o administrador tem direito, desde logo, a ser ressarcido do *lucro cessante* correspondente às retribuições — incluindo regalias⁽¹⁰⁸⁾ —, que deixou de auferir até ao termo do

RIBEIRO, *ob. cit.*, pp. 824 e segs. Contra este entendimento, cfr. JOÃO LABAREDA, *ob. cit.*, p. 96; ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, *ob. cit.*, p. 287; ARMANDO TRIUNFANTE, *ob. cit.*, p. 394 e JORGE COUTINHO DE ABREU, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Vol. VI, *cit.*, p. 393.

⁽¹⁰⁶⁾ ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, *ob. cit.*, p. 497, entende que esta limitação do valor da indemnização se aplica também às cláusulas insertas nos contratos de administração, as quais serão nulas e reduzidas àquele limite se o excederem (art. 292.º do Código Civil). O citado autor refere ainda que com esta limitação evita-se os “*golden parachutes*” que se têm evidenciado, sobretudo no plano internacional, aos mais escandalosos abusos. No mesmo sentido, *vide* JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Governança*, *cit.*, pp. 163 e segs. Opinião contrária tem PAULO OLAVO CUNHA, *ob. cit.*, p. 755, que admitindo tal cláusula (“*golden parachutes*”), ao abrigo do princípio da autonomia privada, afirma, no entanto, que a mencionada cláusula tem de ser negociada ou, pelo menos, assumida pelos acionistas. Ou seja, e por outras palavras: a compensação combinada, entre administrador e sociedade, é livre e deve ser respeitada, nos termos e para os efeitos dos arts. 405.º e 406.º do Código Civil.

⁽¹⁰⁷⁾ Arts. 562.º e segs. do Código Civil, *maxime* art. 566.º, n.º 2.

⁽¹⁰⁸⁾ Todas as prestações remuneratórias e vantagens dispensadas aos administradores, com caráter de regularidade têm, em princípio, natureza retributiva (assim, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Código das Sociedades*, *cit.*, p. 1071. Na jurisprudência, *vide* Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 1.7.2003, proc. n.º 10598/2002-7 e Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 8.7.2004, proc. n.º 0453017, ambos acessíveis *in* <<http://www.dgsi.pt>>). Podemos referir, entre outros, como constituintes da remuneração devida pelo exercício da administração, para além da própria remuneração, a percentagem nos lucros da sociedade, subsídios de deslocação, de transporte e de despesas familiares, uso de cartão de crédito da empresa, uso de veículo automóvel, ao que acrescem ainda diversas regalias sociais, como esquemas de reforma, subsídios de doença, seguros profissionais e de vida. Observa JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Código das Sociedades Comerciais em*

mandato para que foi nomeado⁽¹⁰⁹⁾. Mas não só: a lei ao consagrar que “*todos os danos devem ser ressarcidos*”, incluem-se também os *danos emergentes*⁽¹¹⁰⁾, assim como os *danos morais*⁽¹¹¹⁾. Constituem danos morais: a perda de

Comentário, Vol. VI, *cit.*, p. 392, que, em relação a algumas das remunerações, as quais podem ser simples, complexas, principais, acessórias, fixas e variáveis, “o tribunal poderá ter de julgar “equitativamente” mas “dentro dos limites que tiver por provados” (art. 556.º, 3, do CCiv) — cabendo ao destituído alegar e provar a delimitação dos danos”. Acrescenta o mesmo autor que o pedido indemnizatório pode ser “genérico”, nos termos dos arts. 569.º do Código Civil e 556.º, n.º 1, alínea *b*), do Código de Processo Civil (neste sentido, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Vol. VI, *cit.*, p. 392, nota 40).

⁽¹⁰⁹⁾ Acórdãos da Relação de Lisboa, de 9.6.2006, proc. n.º 700/1998 e de 13.10.2009, proc. n.º 13375/05.6, ambos acessíveis *in* <<http://www.dgsi.pt>>.

⁽¹¹⁰⁾ Compreendem-se, por exemplo: as maiores despesas (alojamento, mudança de escola dos filhos, transportes e custos familiares), assim como os danos derivados (busca de novo emprego e maior onerosidade do que se consiga), etc. Note-se, por fim, que o ressarcimento de tais danos partem inevitavelmente do pressuposto de que tenham sido previamente suscitados e provados pelo administrador destituído (assim, Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 30.10.2010, proc. n.º 509/97.5, acessível *in* <<http://www.dgsi.pt>>).

⁽¹¹¹⁾ Não é pacífica a atribuição de indemnização por danos morais, no entanto, existem decisões na ordem jurídica portuguesa que a reconhecem como válida e justificada: vejam-se, por exemplo, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, 8.7.2004, proc. n.º 0453017, acessível *in* <<http://www.dgsi.pt>>; o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 11.7.2006, proc. n.º 06B988; o Acórdão da Relação de Lisboa, de 26.2.2009, proc. n.º 10770/08-2, assim como o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 30.11.2010, proc. n.º 509/97.5 TBGRD.C1, todos acessíveis *in* <<http://www.dgsi.pt>>. Na doutrina, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades*, I, *cit.*, pp. 958 e segs., PAULO OLAVO CUNHA, *ob. cit.*, pp. 753-754, ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, *ob. cit.*, p. 497, ARMANDO TRIUNFANTE, *ob. cit.*, pp. 394-395 e RICARDO RIBEIRO, *ob. cit.*, pp. 819-822. Assinale-se que segundo JORGE COUTINHO DE ABREU não são compensáveis os danos não patrimoniais (sofrimento psíquico ou desgosto) causados pela destituição sem justa causa, na medida em que “é muito duvidoso que a simples destituição, por si só, possa causar danos não patrimoniais — o administrador sabe (ou deve saber) que está sujeito a ser destituído, devendo portanto estar preparado para a consumação desse risco”. Todavia, para o autor já serão indemnizáveis os danos morais que a sociedade praticou atendendo ao modo como fez a destituição, por exemplo “alegar infundadamente, ciente do sem-fundamento, a violação de deveres ou a inaptidão do administrador” (*in* *Códigos das Sociedades Comerciais em Comentário*, Vol. VI, *cit.*, pp. 390-391). Na verdade, ainda de acordo com JORGE COUTINHO DE ABREU “não se afasta a possibilidade de indemnização mediante reconstituição natural: p. ex., rectificação na imprensa de notícia relativa à destituição, a expensas da sociedade (que havia possibilitado a publicação da notícia)” (*in* “Diálogos com a jurisprudência, III — Destituição de administradores”, *in* *Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, Coimbra, Março de 2011, Ano 2, Vol. 5, p. 20, nota 23).

imagem, o atentado à honra e o sofrimento psicológico e familiar: por exemplo, o facto de o administrador ser destituído “uma semana antes do termo do mandato é um atentado moral”⁽¹¹²⁾. Ainda a respeito dos *danos morais*, sempre se dirá que, no caso de destituição do administrador sem justa causa, o pagamento de uma indemnização por tais danos, *não está sujeita ao limite máximo* previsto no art. 403.º, n.º 5⁽¹¹³⁾;

- À indemnização devida haveria de *descontar* o que o administrador destituído foi ganhar noutro cargo de idêntico nível económico, social e profissional⁽¹¹⁴⁾, indemni-

⁽¹¹²⁾ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Código das Sociedades Comerciais*, cit., p. 1072.

⁽¹¹³⁾ ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, *ob. cit.*, p. 497, considera, precisamente, que “no caso de a destituição sem justa causa ter uma fundamentação infamante para administrador destituído, este poderá ainda exigir indemnização pelos danos morais (art. 496.º do Código Civil), a qual não está sujeita aos limites consignados no citado art. 403.º, n.º 5 do CSC”. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Código das Sociedades Comerciais*, cit., p. 1072, considera também admitir-se os danos morais, mas vai ainda mais longe: o art. 403.º, n.º 5, 2.ª parte ao limitar a indemnização ao administrador destituído é inconstitucional, pois ao consagrar que todos os danos são indemnizáveis, inclui-se necessariamente os danos morais, sob pena de violação do art. 26.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa. Alguma jurisprudência tem também sufragado a posição de que os danos morais não estão sujeitos ao limite máximo previsto no n.º 5 do art. 403.º: vejam-se, neste sentido, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 12.7.2006, proc. n.º 06B988, acessível in <<http://www.dgsi.pt>>; o Acórdão da Relação do Porto, de 5.7.2006, proc. n.º 0427/97, acessível in <<http://www.dgsi.pt>>; e o Acórdão da Relação de Lisboa, de 26.2.2009, proc. n.º 10770/08-2, acessível in <<http://www.dgsi.pt>>.

⁽¹¹⁴⁾ Tem sido este o entendimento maioritário dos nossos tribunais superiores, vejam-se os Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, de 23.6.1992, in BMJ, n.º 418/473; de 27.10.1994, in CJ-STJ, 1994, T. II, p. 112; de 20.5.2004, proc. n.º 04B1218, de 11.7.2006, proc. n.º 06A1884; de 7.7.2010, proc. n.º 5416/07.9TBVNG, todos acessíveis in <<http://www.dgsi.pt>>. Acrescem, ainda, o Acórdão da Relação de Lisboa, de 9.6.2009, proc. n.º 700/1998.L1-1 e o Acórdão da Relação de Coimbra, de 30.10.2010, proc. n.º 509/97.5TBGRD.C1, ambos acessíveis in <<http://www.dgsi.pt>>. A favor desse entendimento, veja-se na doutrina: JOÃO LABAREDA, *ob. cit.*, pp. 93 e segs. e JORGE COUTINHO DE ABREU, *Governança*, cit., p. 163. Posição contrária têm ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades Comerciais*, II, cit., p. 958 que, embora admita que esta tem sido a posição adoptada pela jurisprudência, considera-a, ainda assim, como “um apelo à preguiça” — o que concordamos. Também contra, vide RAÚL VENTURA, *ob. cit.*, p. 119; e JORGE PINTO FURTADO, *Curso de Direito das Sociedades*, cit., pp. 369-370.

zação essa que será devida mesmo que o administrador não tenha obtido novo cargo só porque não atuou com diligência normal⁽¹¹⁵⁾. O *onus de prova* recai, neste caso, sobre a entidade que destituiu o administrador, ou seja, cabe a esta sociedade alegar e provar que o seu ex-administrador passou, entretanto, a receber por outro lugar remuneração equivalente para descontar na indemnização devida a esta outra remuneração⁽¹¹⁶⁾;

- Tais danos (lucros cessantes, danos emergentes e danos morais) *não se presumem*, não podendo consistir na mera alegação de perda de retribuições, recaindo o *onus de prova* sobre o *administrador destituído* que pretende ser ressarcido, nos termos do disposto no art. do 342.º, n.º 1, do Código Civil⁽¹¹⁷⁾. Por conseguinte, caso o destituído recorra à sede judicial ou arbitral, a fim de ver tutelado o seu *direito a ser indemnizado*, terá de alegar e provar a seguinte factualidade: a existência de um vínculo contratual com a sociedade, a ocorrência da destituição, os danos que por força desta destituição daí advieram e, finalmente, o nexo de causalidade entre a destituição e os danos sofridos.

⁽¹¹⁵⁾ Neste sentido, JORGE COUTINHO DE ABREU, *Códigos das Sociedades Comerciais em Comentário*, Vol. VI, *cit.*, p. 393. Na jurisprudência, *vide* Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 11.7.2006, proc. n.º 06A1884, acessível in <<http://www.dgsi.pt>>.

⁽¹¹⁶⁾ A jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça tem vindo a orientar-se neste sentido, isto é, de que o ónus da prova recai sobre o empregador: vejam-se, a título de exemplo, os Acórdãos de 20.5.2004, proc. n.º 04B1210, de 11.7.2006, proc. n.º 06A1884; de 20.9.2006, proc. n.º 899/06; de 14.12.2006, proc. n.º 1324/06; de 12.7.2010, proc. n.º 4104/06; de 17.7.2010, proc. n.º 615-B/2001.E1.S1; e de 25.3.2010, proc. n.º 690/03.2TTAVR-B.C1.S1, todos acessíveis in <<http://www.dgsi.pt>>. Cf. também o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 30.10.2010, proc. n.º 509/97.5, acessível in <<http://www.dgsi.pt>>.

⁽¹¹⁷⁾ JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Vol. VI, *cit.*, p. 391 e RICARDO RIBEIRO, *ob. cit.*, p. 829. Na jurisprudência, *vide* Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, de 15.2.2000, in CJ-STJ, 2000, T. I, p. 101; de 7.2.2006, in CJ, 2006, T. I, p. 61; e de 7.7.2010, proc. n.º 5416/07.9, acessível in <<http://www.dgsi.pt>>; Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa, de 15.12.2005, in CJ, 2005, T. V, p. 116; de 24.6.2008, proc. n.º 3272/2008-1; de 26.2.2009, proc. n.º 10770/08-2; e de 9.6.2009, proc. n.º 700/1998.L1-1, todos acessíveis in <<http://www.dgsi.pt>>.

V. No caso de destituição do administrador sem justa causa, ela faz incorrer a sociedade em responsabilidade, sendo os *tribunais cíveis* os competentes para dirimir o litígio submetido à sua apreciação⁽¹¹⁸⁾, pois não está aqui em causa a deliberação social da destituição propriamente dita, mas antes ajuizar os efeitos decorrentes de tal destituição *ad nutum* e, conseqüentemente, a determinação do *quantum* indemnizatório a pagar ao administrador (art. 403.º, n.º 5)⁽¹¹⁹⁾.

Assinale-se que situação distinta seria, e como já mencionámos anteriormente, a de interposição de *ação de destituição judicial* contra o administrador, segundo a qual os tribunais materialmente competentes para julgar seriam, neste caso, os *tribunais de comércio*, uma vez que se trata de ação relativa “ao exercício de direitos sociais”.

A terminar, não nos parece despiciendo relembrar que o local processualmente competente para discutir indemnizações alegadamente devidas por destituições sem justa causa, será sempre o de uma *ação contra a sociedade*, e não contra os seus acionistas (mesmos os maioritários).

⁽¹¹⁸⁾ A menos que tenha sido celebrada entre as partes uma cláusula compromissória estatutária (ou inserta no contrato celebrado entre administrador e sociedade) ou, então, por via da outorga de compromisso arbitral, nos termos da qual, qualquer litígio decorrente da relação de administração mantida entre o administrador e a sociedade, deve ser dirimido através do recurso à arbitragem (*ad hoc* ou institucional), sob pena de preterição de tribunal arbitral — o que determinaria a incompetência absoluta do tribunal judicial para resolver o litígio (arts. 96.º, alínea *b*) e 577.º, alínea *a*), do Código de Processo Civil). Sobre os litígios societários em matéria arbitral, vide ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, “Arbitragem de Litígios Societários”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, 2011, n.º 4, pp. 7-63, MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2013, pp. 110-121 e RUI PEREIRA DIAS, “Alguns problemas práticos da arbitragem de litígios societários (e uma proposta legislativa)”, in *II Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 291-304.

⁽¹¹⁹⁾ PAULO OLAVO CUNHA, *ob. cit.*, p. 754 e TERESA ANSELMO VAZ, *ob. cit.*, pp. 79-80.

4. Conclusão

À face do exposto, e procurando agora reunir o essencial do tema objeto do presente estudo, cumpre realçar o seguinte:

I. A regra no direito português é a da livre destituição dos administradores de sociedades anónimas, a qualquer momento, pela assembleia geral, independentemente da existência de justa causa para o efeito (art. 403.º, n.º 1). Sendo assim, a existência ou não de justa causa apenas releva para efeitos de saber se a sociedade deve ou não indemnizar o administrador destituído pelos danos por ele sofridos.

A razão deste amplo poder conferido à sociedade de destituir o administrador, a todo o tempo, reside no facto de a lei, na ponderação dos interesses em jogo, pretender deixar àquela entidade a faculdade de definir quem quer que conduza os seus interesses e vele pelos mesmos. Mas isso não significa o total sacrifício dos interesses dos administradores: não suscita dúvidas que, no caso de destituição sem justa causa, o administrador terá direito a ser indemnizado pela sociedade, desde logo, pelas remunerações que deixou de auferir até ao termo do seu mandato.

II. O legislador optou deliberadamente por não consagrar um conceito de justa causa de destituição de administrador de sociedade anónima, remetendo tal tarefa para a doutrina, assim como para a prática dos tribunais portugueses. Assim, perante um conceito indeterminado, torna-se necessário requerer o preenchimento de valoração dadas pela lei, pela doutrina e pela jurisprudência.

III. Segundo as valorações dadas pelo legislador, há justa causa para destituir um administrador de sociedade anónima em duas circunstâncias: quando ele viole gravemente os seus deveres (legais ou estatutários); ou, então, se revele inapto para o exercício normal das respetivas funções e, por via disso, ponderando o interesse social e do administrador, deixe de ser exigível à sociedade mantê-lo como administrador.

Há, por um lado, que atender aos deveres de cuidado a que o administrador está adstrito, exigindo-se-lhe disponibilidade, competência e conhecimentos adequados; aos deveres de diligência que tem de seguir, segundo um critério de um gestor criterioso e ordenado; e aos deveres de lealdade que tem de respeitar, em conformidade com o prioritário interesse da sociedade e os interesses de longo prazo dos acionistas.

Por outro lado, e no que respeita à “*inaptidão para o exercício normal das funções*” de administrador, esta tanto implica a falta de conhecimentos necessários para uma gestão responsável, como a “incapacitação” por impedimento físico decorrente, por exemplo de doença prolongada (incurável e incapacitante) do órgão do membro de gestão.

Seja como for, é a própria lei que acaba por concretizar situações de justa causa de destituição (v.g., o exercício não autorizado de atividade concorrente com a da sociedade; a violação das regras de participações sociais, etc.), especificando que são ainda justa causa os comportamentos criminosos previstos no Código das Sociedades Comerciais — por exemplo, distribuição ilícita de bens da sociedade, impedimento de fiscalização, etc. —, assim como os crimes praticados no âmbito da sociedade (furto, abuso de confiança, infidelidade, falsificação de faturas, etc.), estes previstos e punidos no Código Penal.

Ora, é também nestes termos, e com este sentido, que tanto a doutrina como a jurisprudência vêm compreendendo, no essencial, o conceito de justa causa para efeitos de destituição de um administrador de sociedade anónima.

A doutrina divide-se, essencialmente, em duas orientações quanto à interpretação a dar ao conceito de justa causa de destituição: de um lado, uma orientação “civilística” que preconiza o caráter não essencial da culpa do administrador para a verificação de justa causa e conclui pela falta de analogia entre a justa causa de destituição do membro da administração e a justa causa de despedimento de trabalhador; de outro, uma orientação “mais laboral” que vê na justa causa um comportamento culposo do administrador que pela sua gravidade e consequências, torne impossível a manutenção da relação de administração.

Neste confronto de orientações, optamos por acolher a orientação “civilística”, na medida em que não é necessário que a justa causa de destituição possua forçosamente um elemento subjetivo de culpabilidade por parte do administrador, quanto mais não seja porque a própria lei considera a “*inaptidão para o exercício normal das funções*” como justa causa — o que pode nada ter a ver com a culpa do membro de gestão.

Por sua vez, a jurisprudência, reproduzindo o teor da lei, acrescenta que o conceito de justa causa de destituição é indeterminado e resultará das circunstâncias de cada caso. De qualquer forma, nesta concretização casuística, a prática dos tribunais superiores portugueses acaba por definir a justa causa como o facto ou situação na qual, segundo a boa-fé, não seja exigível à sociedade manter a relação contratual com o seu administrador.

Outras vezes, a prática jurisprudencial recorre ao critério do “gestor ordenado e criterioso” para considerar como justa causa o cumprimento tardio de deveres de relatar a gestão e de apresentar contas; ou aos deveres de diligência para considerar como justa causa deixar caducar alvarás de construção civil, anular contratos de seguros de trabalhadores e emitir faturas falsas.

IV. Face às valorações dadas pela lei, pela doutrina ou pela jurisprudência, é pacífico que a destituição com justa causa será aquela que tenha por fundamento a verificação de um motivo grave, de tal modo que não seja exigível à sociedade manter a relação de administração com o seu administrador; aliás, é nesta inexigibilidade em prolongar o vínculo contratual com o órgão de administração que reside precisamente a ideia central relativa à justa causa de destituição de administrador de sociedade anónima.

Saliente-se, ainda, que a justa causa de destituição não tem, necessariamente, que traduzir-se num comportamento culposo àquele imputável, ainda que também o possa determinar, relevando o facto que, pela sua gravidade e consequências, torne praticamente impossível a manutenção do administrador em funções.

Desta forma, desde há muito se venha entendendo que, embora a destituição unilateral pela sociedade dos administradores seja um ato lícito, não é um ato isento de responsabilidade civil, fazendo

nascer o direito de indemnização para os destituídos pelos danos que tiverem sofrido, nomeadamente pelo lucro cessante — correspondente às retribuições, incluindo regalias, que deixaram de auferir até ao termo do mandato para que foram nomeados —, assim como pelos danos emergentes, e pelos danos morais.

Dito isto, só a destituição de administrador, antes do termo do seu mandato e sem justa causa, origina obrigação de indemnizar por parte da sociedade. Por conseguinte, e em cumprimento com a regra geral sobre o ónus da prova consagrada no art. 342.º, n.º 1, do Código Civil, recai sobre o administrador destituído alegar e provar os danos que incorreu, dado que a indemnização não é uma consequência, por assim dizer, automática da destituição.

V. Os factos relativos à existência de justa causa de destituição devem ser invocados e provados pela sociedade que dela se queira prevalecer: trata-se, portanto, de uma decorrência das regras gerais sobre o ónus da prova previstas no n.º 2 do art. 342.º do Código Civil.

VI. Em termos processuais, é a sociedade (e não os seus acionistas, mesmos os maioritários) que deve ser demandada em sede de ação judicial ou arbitral interposta pelo administrador para pagamento de indemnizações hipoteticamente devidas por destituições sem justa causa.

VII. A ata da assembleia geral constitui o único meio de prova quanto aos factos ocorridos numa dada assembleia e que conduziram à destituição com justa causa do administrador. Não constar da ata as razões da destituição do administrador, esta tem de ser havida sem justa causa por apenas interessar a fundamentação constante da ata — ou dela ausente.

VIII. Embora a destituição do administrador se realize, por regra, através de deliberação tida em sede de assembleia geral, a verdade é que também pode verificar-se por outra via: a judicial.

Jurisprudência Crítica

ACÓRDÃO N.º 468/2014

Proc. n.º 14/2014; 47/2014 e 137/2014

Relator: Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha

Acordam em Plenário no Tribunal Constitucional

1. A Assembleia da República, enquanto órgão autor da Lei do Orçamento do Estado para 2014, vem formular um pedido de esclarecimento do acórdão n.º 413/2014, na parte referente à limitação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade das normas do art. 33.º dessa Lei, considerando terem sido detetadas dúvidas interpretativas decorrentes de ambiguidades e obscuridades, e pretendendo que se precise o exato alcance da restrição de efeitos quanto às seguintes questões concretas:

“— para prevenir desde já conflitos interpretativos — na medida em que, por força do art. 35.º da Lei do Orçamento de Estado para 2014, o subsídio de Natal será pago, em 2014, a todos aqueles trabalhadores, em regime de duodécimos -, importa clarificar se o sentido da referida restrição de efeitos é aquele mais próximo do seu sentido literal, isto é, que os duodécimos já pagos se encontram ressalvados pela referida restrição;

— por outro lado, relativamente ao subsídio de férias, pode colocar-se a dúvida de saber qual a data relevante para decidir o montante desse subsídio: aquela na qual se constituiu o respetivo direito (1 de janeiro de cada ano — cf. arts. 172.º, n.º 1, e 208.º, n.º 2, da Lei n.º 59/2008, de 11 de setembro — regime do contrato de trabalho em

funções públicas) ou aquela em que se processa o respetivo pagamento?

— ainda quanto ao subsídio de férias, tendo em conta que há certos trabalhadores do setor público, por exemplo em empresas públicas, que recebem normalmente o subsídio de férias em meses diferentes (por exemplo, em janeiro) do da generalidade dos trabalhadores do setor público, coloca-se a dúvida de saber se da aplicação prática da referida restrição de efeitos não resultarão, em matéria de subsídio de férias, situações de desigualdade no cumprimento das obrigações de reposição/redefinição que possam ser evitadas por uma aclaração do Tribunal que reduza a ambiguidade;

— por último, tendo em conta que o mês de maio é um mês de 31 dias, e o Tribunal decidiu que a decisão deveria reportar os seus efeitos à data da sua prolação (30 de maio), coloca-se também a dúvida de saber se o Tribunal se pretendia referir, com a expressão “data da presente decisão”, que ocorreu no último dia útil do mês de maio, ao último dia do mês — de forma que os seus efeitos só verdadeiramente abrangerão o mês de junho, o que, evidentemente simplificaria a carga administrativa de recálculo das remunerações em causa — ou se pretendia antes abranger nos efeitos da sua decisão também o dia remanescente do mês de maio.”

O pedido de aclaração é formulado ao abrigo dos princípios que regem o processo de constitucionalidade, *maxime* o processo de fiscalização abstrata sucessiva.

Cumprе apreciar e decidir.

2. A Assembleia da República formula um pedido de aclaração do acórdão n.º 413/2014, com invocação dos princípios que regem o processo de constitucionalidade, visando a decisão de limitação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade das normas do art. 33.º da Lei do Orçamento do Estado para 2014 que consta da alínea f) da parte dispositiva do acórdão.

O pedido fundamenta-se na necessidade de esclarecer um conjunto de questões quanto ao exato alcance temporal da restrição de efeitos, em face de dúvidas interpretativas que terão sido suscitadas por ambiguidades ou obscuridades que se contêm no acórdão

mas que, em nenhum momento, se encontram identificadas no contexto do requerimento por referência aos excertos do acórdão cujo sentido se tenha tornado ininteligível ou passível de diferentes interpretações.

3. A Lei do Tribunal Constitucional não contém norma específica que regule a dedução de incidentes pós-decisórios que tenham por objeto acórdãos proferidos pelo Tribunal Constitucional em sede de fiscalização abstrata de constitucionalidade (preventiva ou sucessiva), sendo que a única disposição de remissão subsidiária para legislação aplicável é a que consta do art. 69.º dessa Lei, que se refere à tramitação dos recursos em fiscalização concreta. Em todo o caso, estando em causa uma decisão judicial proferida no âmbito da atividade jurisdicional do Tribunal, deverá entender-se que o acórdão, ainda que proferido em fiscalização sucessiva, está sujeito aos princípios gerais do processo aplicáveis a decisões insuscetíveis de recurso, tornando-se irrelevante, face aos interesses subjacentes à intervenção do Tribunal nessa forma de processo, que o novo Código de Processo Civil tenha deixado de contemplar o pedido de esclarecimento que constava do antigo art. 669.º, n.º 1 (cf., neste sentido, em situação similar, o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 58/95).

Não há, por isso, obstáculo à admissibilidade do requerimento.

4. Sucede que o acórdão, na parte a que se refere o pedido, não contém qualquer obscuridade ou ambiguidade que deva ser suprida.

No n.º 99 do acórdão, o Tribunal apenas procedeu à limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade das normas do art. 33.º da Lei do Orçamento do Estado para 2014, nos termos consentidos pelo n.º 4 do art. 282.º da Constituição, atribuindo, com fundamento em interesse público de excecional relevo, eficácia *ex nunc* a essa declaração de inconstitucionalidade, de modo a que apenas produza efeitos «a partir da data da sua decisão». E, conseqüentemente, na alínea *f*) da parte dispositiva, determinou que «a declaração da inconstitucionalidade constante da alínea *a*) só produza efeitos a partir da data da presente decisão».

Sabe-se que o efeito geral normal da declaração de inconstitucionalidade é o efeito *ex tunc*, implicando que a declaração de inconstitucionalidade produza efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional (art. 282.º, n.º 1). A atribuição de efeitos *ex nunc* a partir da data da decisão é uma das possibilidades abertas pelo n.º 4 do art. 282.º, que permite, no condicionalismo aí previsto, a fixação de efeitos com «um alcance mais restrito». O alcance mais restrito significa que a sentença declarativa de inconstitucionalidade não tem efeitos retroativos reportados à entrada em vigor da norma declarada inconstitucional, como resultaria do n.º 1 do citado art. 282.º, mas produz efeitos a partir de um momento ulterior, que poderá ser a data da declaração da inconstitucionalidade ou da publicação do acórdão (GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, Constituição da República Portuguesa Anotada, vol. II, 4.ª ed., p. 978).

No caso, o Tribunal optou por limitar efeitos por referência à data da decisão de inconstitucionalidade e, portanto, à própria data da prolação do acórdão. Datando o acórdão de 30 de maio de 2014, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade produzem-se a partir do dia imediato, por aplicação de um princípio geral de direito — que se entendeu não ser necessário explicitar — segundo o qual no cômputo do termo não se conta o dia em que ocorre o evento a partir do qual ele deve iniciar-se (cf. art. 279.º, alínea b), do Código Civil).

A decisão relativa à limitação de efeitos não oferece, por isso, quaisquer dúvidas, quer quanto ao conteúdo decisório da limitação (*ex nunc*), quer quanto à sua extensão temporal (a partir da data da decisão).

Os esclarecimentos que o requerente pretende obter não derivam, por isso, de qualquer obscuridade ou ambiguidade que o acórdão contenha quanto à limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, mas relacionam-se com aspetos de ordem prática que respeitam já ao cumprimento do julgado e extravasam o âmbito da atividade jurisdicional do Tribunal.

5. O Tribunal Constitucional, enquanto órgão jurisdicional de fiscalização da constitucionalidade, não pode intervir no âmbito

da competência administrativa do Governo. Assim como não pode criar inovatoriamente parâmetros normativos de regulação da vida coletiva que invadam a esfera do legislador ordinário e exorbitem a função de administração de justiça em matéria de natureza jurídico-constitucional. E esse princípio é aplicável tanto em relação a uma decisão de inconstitucionalidade como em relação a uma decisão de limitação de efeitos, quando a modulação dos efeitos produzidos pela declaração de inconstitucionalidade esteja dependente de uma ulterior intervenção legislativa (cf. acórdão n.º 142/85).

O Tribunal não poderia especificar, no próprio acórdão reclamado, em que termos é que a restrição de efeitos poderá afetar o pagamento do subsídio de Natal ou do subsídio de férias, por isso ser já matéria de cumprimento da decisão de inconstitucionalidade, que é solucionável por recurso ao ordenamento jurídico em vigor ou, caso se entenda necessário, por via de concretização legislativa. E por identidade de razão, não pode efetuar quaisquer esclarecimentos dessa mesma natureza em mero incidente pós-decisório.

A esse propósito, não tem cabimento a invocação do princípio da cooperação institucional.

O Tribunal Constitucional, sendo um órgão constitucional autónomo com competência específica em matéria de fiscalização de constitucionalidade (art. 221.º), constitui um órgão de soberania com «competência para administrar a justiça» nesse âmbito próprio de intervenção (art. 202.º, n.º 1). Sendo a competência dos órgãos de soberania definida na Constituição e devendo estes observar a separação e a interdependência nela estabelecidas (arts. 110.º, n.º 2, e 111.º, n.º 1), haverá de concluir-se que a atribuição constitucional de determinada competência a um certo órgão de soberania exclui a possibilidade de ela poder vir a ser legalmente atribuída a qualquer outro, salvo explícita ou implícita autorização constitucional (cfr. acórdão do Tribunal Constitucional n.º 71/84).

Estando em causa, no presente caso, um incidente pós-decisório no âmbito de um processo de fiscalização abstrata sucessiva, este apenas poderá ser resolvido por via das regras jurídico-processuais que sejam aplicáveis. E a pretexto do princípio da cooperação institucional, não é possível ao Tribunal instruir o órgão legislativo

ou executivo sobre os termos em que deverá ser dado cumprimento, no plano infraconstitucional, à decisão de inconstitucionalidade, quando essa é matéria da sua exclusiva competência.

6. Em conclusão:

- a) O acórdão n.º 413/2014, ao atribuir eficácia *ex nunc*, a partir da decisão, à declaração de inconstitucionalidade relativa às normas do art. 33.º da Lei do Orçamento de Estado para 2014, nos termos constitucionalmente admissíveis, não enferma de qualquer obscuridade ou ambiguidade;
- b) Os esclarecimentos que o requerente pretende obter não derivam de qualquer vício ou deficiência que seja imputável ao acórdão, mas resultam de dúvidas de ordem prática que respeitam ao cumprimento do julgado;
- c) Não cabe ao Tribunal Constitucional esclarecer outros órgãos de soberania sobre os termos em que estes devem exercer as suas competências no plano administrativo ou legislativo.

7. Termos em que se desatende o pedido.

Lisboa, 18 de junho de 2014. – *Carlos Fernandes Cadilha – Maria de Fátima Mata-Mouros – Lino Rodrigues Ribeiro – Catarina Sarmiento e Castro – João Cura Mariano – Maria José Rangel de Mesquita – Pedro Machete – Ana Guerra Martins – João Cau-pers – Fernando Vaz Ventura – Maria Lúcia Amaral – José da Cunha Barbosa – Joaquim de Sousa Ribeiro.*

ANOTAÇÃO

(Pelo Prof. Doutor Luís Manuel Teles de Menezes Leitão)

1. Temos vindo em anotações a vários acórdãos a criticar a tomada sucessiva de decisões pelo Tribunal Constitucional sem qualquer base no texto constitucional, com o exclusivo recurso a princípios gerais e à sua própria jurisprudência, desconsiderando disposições expressas do texto constitucional e a posição da doutrina que sobre eles se pronuncia. Na anotação que publicámos ao Acórdão 187/2013⁽¹⁾, afirmámos que se estava a desenvolver um sistema autopoietico próprio, uma vez que a jurisprudência do Tribunal Constitucional ameaçava autonomizar-se completamente do Direito Constitucional vigente. Neste novo acórdão, emitido no âmbito de uma questão menor, mas que teve um impacto público considerável, verifica-se um novo passo: o afastamento do Tribunal Constitucional dos próprios referentes legislativos que disciplinam o processo, os quais são genericamente aplicáveis, incluindo no Tribunal Constitucional.

2. Está em causa o instituto da aclaração das decisões judiciais, que permite às partes reagir contra qualquer obscuridade ou ambiguidade existente na sentença. Este instituto encontrava-se previsto no art. 670.º, a) do Código de Processo

⁽¹⁾ Cf. LUÍS MENEZES LEITÃO, *Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional (Lei do Orçamento de Estado para 2013)*, na ROA, 72, IV (Out-Dez. 2012), pp. 1777-1784.

Civil de 1939, tendo daí transitado para o art. 669.º, a) do Código de Processo Civil de 1961. Era evidente que do mesmo era feito recorrentemente um uso abusivo e reprovável, o qual já tinha sido denunciado por José Alberto dos Reis que escrevia em meados do século passado o seguinte:

“Já se tem feito uso do pedido de esclarecimento, não para se esclarecer obscuridade e ambiguidade realmente existente, mas para se obter, por via oblíqua, a modificação do julgado. A título ou a pretexto de esclarecimento o que, na verdade, se visa é a alteração da sentença. Os tribunais têm reagido e bem contra tais tentativas, votando-as ao malogro (Acs. do Sup. Trib. de Just. de 12/2/46 e 16/4/48, *Bol. Of.*, 6.º, p. 16, *Boletim*, n.º 6, p. 190)”⁽²⁾.

Precisamente por esse motivo, o novo Código de Processo Civil de 2013, numa das poucas medidas positivas que tomou, aboliu o pedido de esclarecimento das sentenças judiciais, apenas admitindo a sua reforma quanto a custas e multa (art. 616.º, n.º 1, NCPC). A explicação dada na Exposição de Motivos era eloquente:

“Independentemente do sancionamento dos comportamentos dilatatórios das partes, são instituídos os mecanismos processuais aptos a preveni-los, permitindo pôr-lhes termo prontamente: para além das normas limitativas do direito ao recurso quanto a meras decisões interlocutórias, de reduzido relevo para os direitos fundamentais das partes, anteriormente referidas, é reduzida a possibilidade de suscitar incidentes pós-decisórios — esclarecimentos ou pretensas nulidades da decisão final — a coberto dos quais se prolonga artificialmente o curso da lide. Assim, elimina-se o incidente de esclarecimento ou esclarecimento de pretensas e, nas mais das vezes, ficcionadas e inexistentes obscuridades ou ambiguidades da decisão reclamada — apenas se consentindo ao interessado arguir, pelo meio próprio, a nulidade da sentença que seja efetivamente ininteligível”⁽³⁾.

⁽²⁾ Cf. JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil Anotado*, V, reimp., Coimbra, Coimbra Editora, 1981, pp. 151-152.

⁽³⁾ Cf. PRESIDÊNCIA DO CONSELHO DE MINISTROS, *Proposta de Lei n.º 113/XII*, PL 521/2012, 2012.11.22.

Foi, por isso, com estranheza que tomámos conhecimento que o Governo tinha pedido à Assembleia da República, que formulasse um pedido de esclarecimento ao Tribunal Constitucional nos termos que a seguir se transcrevem:

Ex.^{ma} Senhora
Presidente da Assembleia da República:

O Acórdão n.º 413/2014, proferido pelo Tribunal Constitucional na passada sexta-feira, determina objetivamente o cumprimento de obrigações de reposição/redefinição dos montantes de remunerações e outras prestações públicas.

Considerando que o Governo, enquanto órgão superior da Administração Pública, é responsável por tomar as providências administrativas e necessárias para dar execução ao estipulado no acórdão.

Considerando que na análise do acórdão e dos seus fundamentos foi detectado um conjunto de questões de ambiguidade ou obscuridade para cujo esclarecimento é ainda e também competente o Tribunal Constitucional, nos termos das regras processuais aplicáveis.

Considerando que o esclarecimento de tais questões é fundamental para a exata definição das balizas e condições que definem o âmbito de atuação do Governo, sem o qual não poderá este assegurar uma boa e normal execução das obrigações que lhe incumbem, decorrentes do referido acórdão.

Considerando, por fim, que o Governo não é uma parte processual, em sentido próprio, no processo de fiscalização abstrata sucessiva de que resultou o citado acórdão, visto que o órgão autor das normas declaradas inconstitucionais é a Assembleia da República.

Não resta ao Governo alternativa senão solicitar a V. Ex.^a que se digne, num espírito de cooperação interinstitucional, promover junto do Tribunal Constitucional, em relação ao citado acórdão, um pedido de esclarecimento de obscuridades ou ambiguidades, ao abrigo dos arts. 614.º, n.º 1, e 615.º, n.º 1, alínea c), do Código de Processo Civil, com os seguintes fundamentos:

1. No ponto 99 do Acórdão, o Tribunal aborda a questão da limitação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade das normas do art. 33.º da Lei do Orçamento de Estado, concluindo da seguinte forma:

Nestes termos, considerando a necessidade de evitar a perda para o Estado da poupança líquida da despesa pública já obtida no

presente exercício orçamental por via das reduções remuneratórias, apesar de excederem o limite do sacrifício que se entende constitucionalmente admissível em relação aos trabalhadores que auferem com verbas públicas, com base no disposto no n.º 4 do art. 282.º da Constituição, e em atenção a esse interesse público de excecional relevo, o Tribunal decide atribuir efeitos ex nunc à declaração de inconstitucionalidade das referidas normas, que, assim, se produzirão apenas a partir da data da sua decisão.

Consequentemente, o Tribunal veio a decidir, na alínea f) da decisão, que essa declaração *só produza efeitos a partir da data da presente decisão.*

Tendo em conta que as normas em causa determinavam a aplicação de reduções remuneratórias a todos os trabalhadores do "sector público", nelas se incluindo as referentes aos subsídios de férias e de Natal, colocam-se três questões quanto ao exato alcance temporal desta restrição de efeitos:

— para prevenir desde já conflitos interpretativos — na medida em que, por força do art. 35.º da Lei do Orçamento de Estado para 2014, o subsídio de Natal será pago, a todos aqueles trabalhadores, em regime de duodécimos —, importa clarificar se o sentido da referida restrição de efeitos é aquele mais próximo do seu sentido literal, isto é, que os duodécimos já pagos se encontram ressalvados pela referida restrição;

— por outro lado, relativamente ao subsídio de férias, pode colocar-se a dúvida de saber qual a data relevante para decidir o montante daquele subsídio: aquela na qual se constituiu o respectivo direito (1 de Janeiro de cada ano — cf. arts. 172.º, n.º 1, e 208.º, n.º 2, da Lei 59/2008, de 11 de Setembro — regime do contrato de trabalho em funções públicas) ou aquela em que se processa o respectivo pagamento?

— por último, e ainda quanto ao subsídio de férias, tendo em conta que há certos trabalhadores do sector público, por exemplo em empresas públicas, que recebem normalmente o subsídio de férias em meses diferentes (por exemplo, em Janeiro) do da generalidade dos trabalhadores do sector público, coloca-se a dúvida de saber se da aplicação prática da referida restrição de efeitos não resultarão, em matéria de subsídio de férias, situações de desigualdade no cumprimento das obrigações de reposição/redefinição que possam ser evitadas por uma esclarecimento do Tribunal que reduza a ambiguidade.

2. Ainda quanto à restrição de efeitos, uma última dificuldade interpretativa se levanta, para cujo esclarecimento é fundamental uma

aclaração do Tribunal. Tendo em conta que o mês de Maio é um mês de 31 dias, e o Tribunal decidiu que a decisão devia reportar os seus efeitos à data da sua prolação (30 de Maio), coloca-se também a dúvida de saber se o Tribunal se pretendia referir, com a expressão "data da presente decisão", que ocorreu no último dia útil do mês de Maio, ao último dia do mês - de forma que os seus efeitos só verdadeiramente abrangerão o mês de Junho, o que, evidentemente, simplificaria a carga administrativa de recálculo das remunerações em causa -, ou se pretendia antes abranger nos efeitos da sua decisão também o dia remanescente do mês de Maio.

Com os melhores cumprimentos,
O Primeiro-Ministro
(PEDRO PASSOS COELHO)

Este pedido de aclaração, que o Governo solicitava à Assembleia da República que formulasse, era um absurdo completo. Em primeiro lugar, não parece que faça sentido, perante o art. 111.º da Constituição, o Governo pedir à Assembleia da República que exerça competências que só à Assembleia respeitam. Depois, o que se pretendia evidentemente, não era um esclarecimento da decisão, mas uma sua modificação em relação à restrição de efeitos, precisamente o que o legislador pretendia que não ocorresse e daí ter sido eliminada a figura.

Por isso mesmo, as *regras processuais aplicáveis* a que o Governo se referia já não existiam, tanto assim que os preceitos invocados dos arts. 614.º, n.º 1, e 615.º, n.º 1, c), do novo Código de Processo Civil nada tinham a ver com a aclaração. A primeira norma refere-se antes à existência de erros materiais (erros de escrita ou de cálculo ou quaisquer inexactidões devidas a outra omissão ou lapso manifesto), o que não era o caso. Já a segunda norma refere-se ao facto de a sentença ser nula por existir alguma ambiguidade ou obscuridade que torne a decisão ininteligível, o que também não era o caso.

A Assembleia da República não quis deixar de fazer o favor que o Governo lhe pedia e formulou o pedido de aclaração, mas não foi capaz de acompanhar a absurda fundamentação processual

invocada. Por isso colocou na gaveta o Código de Processo Civil que tinha aprovado no ano passado, invocando antes como fundamento do pedido de esclarecimento *os princípios que regem o processo de constitucionalidade, maxime o processo de fiscalização abstracta sucessiva*.

O Tribunal Constitucional, que gosta muito de decidir com base em princípios e muito pouco com base em normas, deu-lhe razão e considerou admissível esse pedido, face *aos princípios gerais do processo aplicáveis a decisões insusceptíveis de recurso, tornando-se irrelevante, face aos interesses subjacentes à intervenção do Tribunal nesta forma de processo, que o novo Código de Processo Civil tenha deixado de contemplar o pedido de esclarecimento que constava do antigo art. 669.º, n.º 1*.

Esta decisão vem ao arrepio de anteriores decisões do Tribunal Constitucional onde os pedidos de esclarecimento foram sempre decididos com base no art. 669.º, n.º 1, do anterior CPC⁽⁴⁾, mas não admira, face à sua mais recente jurisprudência. No fundo, estamos perante uma forma de decidir semelhante às muitas a que o Tribunal Constitucional sucessivamente recorre. O que uma norma expressamente exclui é afinal admissível com base em princípios gerais. Só que desta vez já não estamos perante normas constitucionais, mas antes perante normas processuais, que o Tribunal Constitucional igualmente desconsidera. Resta-nos esperar que no futuro as partes, com base neste precedente do Tribunal Constitucional, não venham invocar nos tribunais comuns os *princípios gerais do processo aplicáveis a decisões insusceptíveis de recurso* para os inundar de pedidos de esclarecimento. Ficaria letra morta a abolição dos pedidos de esclarecimento, graças a estes *princípios gerais do processo aplicáveis a decisões insusceptíveis de recurso*, que o Tribunal Constitucional consegue tão facilmente descobrir.

Tudo isto para admitir um pedido de esclarecimento que afinal acabou por desatender, concluindo, depois de algumas considerações

(4) Cf. por todos o Acórdão n.º 632/97 (ARMINDO RIBEIRO MENDES), disponível em <www.tribunalconstitucional.pt>.

sobre o tema, que o seu acórdão era perfeitamente claro e que não cabia ao *Tribunal Constitucional esclarecer outros órgãos de soberania sobre os termos em que estes devem exercer as suas competências no plano administrativo ou legislativo*. Na verdade, sendo o autor do pedido formalmente a Assembleia da República, não se compreendia a que propósito surgiam no pedido questões de natureza administrativa. Mas a indistinção entre a Assembleia e o Governo já se tornou de tal forma evidente que as questões colocadas diziam afinal respeito ao Governo, como o próprio Tribunal Constitucional assumiu expressamente.

Apesar do indeferimento do pedido de esclarecimento, o Governo veio por isso dizer que se considerava esclarecido e, pela voz do Ministro Poiares Maduro, declarou que, em consequência do esclarecimento da decisão do Tribunal Constitucional, deixaria de devolver os cortes aos trabalhadores que já tivessem recebido os subsídios. O Tribunal Constitucional ficou furioso com essas declarações do Governo e, numa iniciativa sem precedentes, fez sair um comunicado referindo que *em face de afirmações públicas quanto às implicações da decisão do Tribunal Constitucional sobre o pedido de esclarecimento do Acórdão n.º 413/2014, o Tribunal lembra que tal pedido foi indeferido, pelo que desta decisão não pode ser retirada qualquer outra ilação*. Entende naturalmente o Tribunal Constitucional que o Governo não se pode considerar esclarecido quando ele não o quis esclarecer. O Governo acabaria, por isso, por recuar na sua posição, evitando assim os inúmeros processos judiciais já prometidos.

Tudo isto demonstra o estado a que o regime chegou. Além de uma indistinção manifesta entre o Governo e a Assembleia, assistimos à total desconsideração do Direito vigente. O Governo sabia perfeitamente que, face ao princípio a trabalho igual salário igual, previsto no art. 59.º, n.º 1, a) da Constituição, teria que tratar de forma idêntica todos os trabalhadores. Quis evitar cumprir essa determinação constitucional, formulando um pedido de esclarecimento ao Tribunal Constitucional, mesmo depois de ter proposto a abolição destes pedidos. A Assembleia da República formula esse pedido, desconsiderando a lei que ela tinha aprovado a abolir a figura. O Tribunal Constitucional considera expressamente que

essa abolição é irrelevante. Citando Barbosa de Magalhães *vigora ainda a Const. da República* [e já agora o Código de Processo Civil]? *Chi lo sa?*...⁽⁵⁾.

⁽⁵⁾ Cf. JOSÉ MARIA VILHENA BARBOSA DE MAGALHÃES, "41.º ano", na *Gazeta da Relação de Lisboa*, ano 41, n.º 1, de 1 de Maio de 1927, pp. 1-4 (1).

Jurisprudência
dos Conselhos

EVENTUAL INCOMPATIBILIDADE ENTRE
A FREQUÊNCIA DO ESTÁGIO EMPREGO
PREVISTO NA PORTARIA N.º 204-B/2013,
DE 18 DE JUNHO

Processo n.º 6/PP/2014-G

Relator: Dr. A. Pires de Almeida

PARECER

O Conselho Distrital de Coimbra da Ordem dos Advogados remeteu, em 10 de Dezembro de 2013, ao Presidente do Conselho Geral, excerto da ata da sessão ordinária daquele Conselho, de 06 de Dezembro de 2013, com o seguinte teor:

“Considerando que estão pendentes neste Conselho Distrital inúmeros pedidos de parecer sobre a eventual incompatibilidade entre a frequência do estágio emprego previsto na Portaria n.º 204-B/2013, de 18 de Junho;

Considerando que, nesta data, nenhum dos outros Conselhos Distritais emitiu pronúncia sobre essa matéria, tendo o Conselho Distrital do Porto prestado o esclarecimento datado de 12/11/2013 no qual decide remeter os procedimentos aí pendentes para pronúncia da CNEF, invocando, entre outros, que a esta matéria deve ser dada uma resposta uniforme a todos os advogados estagiários e/ou patronos;

Considerando que a Portaria supra referida ultrapassa algumas questões de incompatibilidade que este Conselho já decidiu, mas que a admitir-se compatível com a concomitante frequência do estágio de advocacia, não deixa de criar uma dualidade de direitos e deveres entre estagiário/orientador e advogado estagiário/patrono com uma alteração funcional e de dependência remuneratória que suscita dúvidas quanto à salvaguarda da necessária independência do advogado estagiário;

Considerando este Conselho Distrital que a relação entre advogado estagiário e patrono deve estar estritamente contida nos Estatutos e Regulamentos da Ordem dos Advogados, podendo esta nova relação de estágio emprego abrir as portas a eventual tutela (concorrente) com o Instituto do Emprego e Formação Profissional;

Revedo-se o Conselho Distrital de Coimbra na vontade de procura de uma estabilização e harmonização de decisões dentro da OA e considerando a competência do Conselho Geral para emitir pronúncia sobre esta matéria e a importância e premência da mesma face à legislação vigente;

Decide-se:

Remeter ao Conselho Geral, com cópia desta deliberação, cópia de todos os pedidos de parecer pendentes neste Conselho Distrital quanto a esta matéria, bem como outros pedidos que venham aqui a ser recepcionados;

Considerar, para efeitos de verificação de eventual incompatibilidade e conseqüente dever de cumprimento do disposto no art. 86.º, alínea d), do EOA, o que vier a resultar dessa decisão do Conselho Geral, aguardando estes pedidos de Parecer neste Conselho por tal pronúncia;

Dar conhecimento desta deliberação a todos os requerentes desses pareceres pelo meio mais expedito, publicitando-a igualmente no site...."

enviamos, em anexo, os processos de parecer a seguir referenciados:

- Processo de Parecer n.º 09/PP/2013-C, em que é Reque-
rente a Senhora Dra.
- Processo de Parecer n.º 17/PP/2013-C, em que é Reque-
rente a Senhora Dra.
- Processo de Parecer n.º 18/PP/2013-C, em que é Reque-
rente a Senhora Dra.
- Processo de Parecer n.º 22/PP/2013-C, em que é Reque-
rente a Senhora Dra.
- Processo de Parecer n.º 19/PP/2013-C, em que é Reque-
rente a Senhora Dra.”

Foi, posteriormente, remetido a este Conselho, também, o Processo de Parecer n.º 26/PP/2013-C, em que é Requerente a Senhora Dra., versando sobre a mesma matéria (cfr. fls. 143).

Em tais pedidos de parecer, como resulta do excerto da deliberação do Conselho Distrital de Coimbra da Ordem dos Advogados, *supra* transcrito, as Ex.^{mas} Senhoras Advogadas Estagiárias Requerentes questionam, em suma, considerando o disposto na Portaria n.º 204-B/2013, de 18 de Junho, que criou a medida Estágios Emprego, se a frequência do estágio do IEFP e celebração de contratos de estágio ao abrigo e nos termos de tal Portaria, são ou não compatíveis com as normas estatutárias e regulamentares da Ordem dos Advogados.

A remessa de tais processos de parecer, pelo Conselho Distrital de Coimbra requerente visa, essencialmente, que o Conselho Geral, nos termos da al. *d*) do n.º 1 do art. 45.º do EOA, se pronuncie sobre a eventual incompatibilidade da frequência dos estágios profissionais previstos na aludida Portaria, com o estágio da Ordem dos Advogados, tal como é regulado nas normas estatutárias e regulamentares.

O estágio profissional dos candidatos ao exercício da advocacia (doravante, advogados estagiários) encontra a sua disciplina nos arts. 184.º a 191.º do Estatuto da Ordem dos Advogados e no Regulamento Nacional de Estágio (Reg. n.º 52-A/2005, de 1 de Agosto).

Nos mesmos encontram-se consagrados os fins do estágio profissional, as suas fases, o órgão competente para a supervisão do mesmo — Comissão Nacional de Estágio e Formação (CNEF) — e quais os seus poderes e competências, o modo de funcionamento do estágio, as funções e obrigações do patrono, os conteúdos e objectivos da formação inicial, os moldes em que se realiza a prova de aferição, a formação complementar e sua coordenação pela CNEF, os deveres específicos dos advogados estagiários, o relatório do patrono, o encerramento do processo de formação, a forma de acesso ao exame final de avaliação e agregação, entre outros aspectos relevantes, conformadores do estágio.

A Ordem dos Advogados, como se estatui no n.º 1 do art. 1.º do EOA, é “*uma associação pública representativa dos licenciados em direito que, em conformidade com os preceitos deste Estatuto e demais disposições legais aplicáveis, exercem profissionalmente a advocacia*” e, no n.º 2 do mesmo artigo, “*independente dos órgãos do Estado, sendo livre e autónoma nas suas regras*”.

Nos termos do n.º 6 do art. 188.º do EOA, é ao Conselho Geral da Ordem dos Advogados (e somente a este) que cumpre regulamentar o estágio e a agregação dos advogados estagiários na Ordem dos Advogados.

Com efeito, os estágios de advocacia correspondem, efectivamente, a trabalho independente, que o estagiário exerce por conta própria, ainda que sob a orientação do seu patrono, cujo tirocinio é regulado também pelas normas estatutárias e regulamentares acima mencionadas, e cujo início (de actividade) declararam no competente Serviço de Finanças.

O estágio de advocacia, regulado por tais normas, visa a aquisição de uma habilitação profissional que é, na verdade, *conditio sine qua non* de acesso à profissão e que, por esse motivo, tem de obedecer a regras próprias, orientadas para a obtenção de formação específica, adequada a esta.

Assim, adianta-se, desde já, que entendemos que o estágio profissional, regulado na Portaria 204-B/2013, de 18/06 e “supervisionado” pelo IEFP, se encontra vedado aos candidatos ao exercício da advocacia, sendo que tão-pouco é ou poderá ser reconhecido pela Ordem dos Advogados.

Sobressaem, aliás, de tal Portaria (diploma, de resto, de valor inferior ao Estatuto da Ordem dos Advogados, aprovado por Lei) inúmeras normas que violam a essência do estágio da Ordem dos Advogados.

Desde logo, porque a forma como o estágio profissional se encontra aí regulamentado sempre constituiria uma afronta aos princípios defendidos e sedimentados no seio da Ordem dos Advogados, como sejam o da autonomia, isenção, independência e dignidade profissionais, já que os advogados estagiários, submetendo-se às regras previstas naquela Portaria, se reconduziriam, salvo o devido respeito, a meros “assalariados” ou, utilizando a expressão constante daquele Diploma, “trabalhadores por conta de outrem”.

Aliás, como, de forma pertinente, é aduzido pelo Conselho Distrital de Coimbra, a coexistência de tais estágios, redundaria numa *“dualidade de direitos e deveres entre estagiário/orientador e advogado estagiário/patrono, com uma alteração funcional e de dependência remuneratória que suscita dúvidas quanto à salvaguarda da necessária independência do advogado estagiário”*, que, cremos, ser absolutamente inoportável e ilegal.

Concordamos, de igual modo, com o Conselho Distrital de Coimbra quando conclui que, a admitir-se esta nova relação de estágio, estar-se-ia a permitir uma eventual tutela concorrente da Ordem dos Advogados e do Instituto do Emprego e Formação Profissional (doravante, IEFP).

As relações entre advogados estagiários e patronos encontram, repete-se, a sua disciplina no Estatuto da Ordem dos Advogados (doravante, EOA) e no Regulamento Nacional de Estágio (doravante, RNE), que colidem com as normas da aludida Portaria.

Senão vejamos,

A advocacia, enquanto profissão liberal que é, não se coaduna, sob pena de, repete-se, os advogados se reconduzirem, ainda que em fase de estágio, a meros assalariados, com a imposição ao patrono ou “primeiro outorgante”, ademais, de deveres como o pagamento de uma quantia mensal, a título de bolsa de estágio, a emissão de “certificado” final de estágio, de providenciar “refeição

na própria entidade” ou, em alternativa, de proceder ao pagamento de “subsídio de alimentação por cada dia de estágio, no valor fixado para os trabalhadores que exercem funções públicas”, ao pagamento de “despesas de transporte” ou de “subsídio de transporte mensal” ou de conceder um “período de dispensa até 22 dias úteis” (cfr. als. *a*), *d*), *f*), *g*), *h*) da cláusula 3.^a do contrato de estágio (cfr. fls. 57).

Também a equiparação da relação de estágio, prevista na Portaria “Estágios Emprego”, para efeitos de segurança social, a “trabalho por conta de outrem” (cfr. cláusula 5.^a do referido contrato de estágio), a previsão quanto a faltas (cláusula 6.^a), a suspensão do estágio (cláusula 7.^a), a desistência do estágio (cláusula 8.^a), a cessação do contrato (cláusula 9.^a) e a duração do mesmo (cláusula 10.^a) está em confronto directo com a disciplina do estágio profissional da Ordem dos Advogados.

De resto, entendemos que a independência, autonomia, dignidade e o rigor técnico, científico e deontológico dos advogados estagiários, apenas assegurados pelo EOA e RNE, são fulcrais para a formação da consciência específica e muito própria dos advogados, enquanto profissionais liberais e independentes, preparando-os para o exercício desta nobre profissão, cuja missão e relevância social mereceu assento constitucional.

Pelo que, não obstante este Conselho não ser, de todo, insensível às graves dificuldades económico-financeiras sentidas pelos advogados e, sobretudo, pelos advogados estagiários, as quais, com a celebração deste tipo de contratos de estágio, certamente pretendem obviar, ter-se-á, forçosamente, de concluir pela **incompatibilidade do exercício da advocacia, em regime de estágio, com a celebração de contratos de estágio previstos na Portaria “Estágios Emprego”**.

Conclusões

I — O estágio profissional dos candidatos ao exercício da advocacia é disciplinado pelos arts. 184.º a 191.º do Estatuto da Ordem dos Advogados e pelo Regulamento Nacional de Estágio (Reg. n.º 52-A/2005, de 1 de Agosto);

II — Nos termos do n.º 6 do art. 188.º do EOA, é ao Conselho Geral (e somente a este) que cumpre regulamentar o estágio profissional e a agregação dos advogados estagiários na Ordem dos Advogados;

III — Com efeito, os estágios de advocacia correspondem, efectivamente, a trabalho independente, que o estagiário exerce por conta própria, ainda que sob a orientação do seu patrono, e cujo início (de actividade) declararam no competente Serviço de Finanças;

IV — A coexistência de tais estágios redundaria numa “dualidade de direitos e deveres entre estagiário/orientador e advogado estagiário/patrono”, prevendo aquela Portaria uma relação de dependência funcional e remuneratória do primeiro em relação ao segundo, que sempre constituiria uma subversão aos princípios que enformam a profissão e o estágio necessário para aceder àquela, perigando as necessárias independência e autonomia do advogado estagiário;

V — A independência, a autonomia, a dignidade e o rigor técnico, científico e deontológico dos advogados estagiários, somente assegurados pela disciplina do EOA e do RNE, são fulcrais para a formação da consciência específica dos advogados, enquanto profissionais liberais e independentes, preparando-os para o exercício desta nobre profissão, cuja missão e relevância social lhe mereceu assento constitucional;

VI — É incompatível com o exercício da advocacia, em regime de estágio, porque inconciliável com o EOA e o Regulamento Nacional do Estágio, a celebração de contratos de estágio emprego, previstos e promovidos pela Portaria “Estágios Emprego” (Portaria n.º 204-B/2013, de 18 de Junho);

VII — Os advogados estagiários estão, em face da especificidade do seu estágio, condição de acesso à profissão, excluídos do âmbito subjectivo da aludida Portaria.

É este, s.m.o., o nosso parecer.

À próxima sessão do Conselho Geral, para deliberação.

Viseu, 5 de Junho de 2014.

O Relator

A. PIRES DE ALMEIDA

Aprovado na sessão do Conselho Geral de 4 de Julho de 2014.

CONSELHO SUPERIOR
INCOMPATIBILIDADE ABSOLUTA

Processo n.º 59/2014 — CS/R

Relator: Dr. José Manuel Mesquita

Sumário

Há incompatibilidade absoluta entre o exercício da advocacia e o exercício do mandato de vereador de uma câmara municipal, nos termos do estatuído nas als. *j*) e *l*) do n.º 1 do art. 77.º do EOA.

Decisão Recorrida

A Deliberação do Conselho Distrital do Porto (Parecer n.º 49/PP/2013-P), de 10/01/2014 (fls. 18 e 19) determinando que:

«1 — O desempenho da função de vereador de uma câmara municipal, com competências delegadas ou subdelegadas, é incompatível com o exercício da advocacia.

2 — Um vereador de câmara municipal, ainda que sem competências delegadas ou subdelegadas, encontra-se impedido de exercer o mandato em acção judicial em que seja parte o respectivo município».

Objecto do recurso

A delimitação do objecto do recurso faz-se pelas conclusões da alegação de recurso que devem sintetizar os fundamentos da discordância da decisão recorrida, a indicação das normas violadas e o sentido em que deveriam ter sido aplicadas.

No caso concreto o recorrente suscita, como questão única do seu recurso, a sua não conformação (fls. 25, ponto IV) com a 1.^a conclusão do Parecer ora recorrido, porquanto, e em síntese:

- a) «...o mandato de vereador (a meio tempo, no caso em concreto) não é susceptível de diminuir a isenção, independência, autonomia e responsabilidade com que o recorrente vem exercendo a advocacia»;
- b) «... não sendo o vereador a meio tempo titular de cargo político, nem exercendo as funções em regime de exclusividade, tal cargo, exercido dessa forma, não é abrangido pela previsão dos princípios enunciados nos arts. 76.º, 78.º, 83.º e 84.º do EOA»;
- c) «... da análise do art. 6.º do citado regime Jurídico de Incompatibilidades e impedimentos dos titulares de cargos Políticos e altos Cargos Públicos e art. 77.º do EOA, resulta que o legislador expressamente renunciou a prever um regime de incompatibilidades entre o exercício da Advocacia e o de Vereador».

Concluiu, pugnando que «...deve ser revogada a deliberação ora recorrida e o consequente parecer e substituída por outra que permita ao ora recorrente acumular o exercício de vereador a meio tempo com o exercício da actividade de advogado».

Relatório sumário do processo

- I. O presente recurso teve origem no pedido de Parecer de fls. 3, subscrito pelo ora recorrente.

- II. Nele se peticionava a emissão de Parecer «...sobre se o exercício de tal cargo (vereador a meio tempo ou tempo parcial) é incompatível com o exercício da advocacia.»
- III. A fls. 7 é solicitado ao requerente para esclarecer «se as funções que vai exercer poderão ter poderes delegados da Câmara Municipal e/ou poderes delegados ou subdelegados pelo Sr. Presidente da Câmara Municipal».
- IV. A fls. 8 o requerente vem aos autos renunciar ao Parecer solicitado.
- V. O fls. 10 é notificado para «Atendendo ao disposto no art. 79.º do EAO (...) vir prestar (...) o esclarecimento que lhe foi solicitado...».
- VI. A fls. 12 vem esclarecer que se mantém «...como vereador em regime de não permanência, isto é, vereador “sem pelouro”. No entanto pretendo exercer o cargo de vereador em regime de meio tempo, com poderes delegados da Câmara Municipal e/ou poderes delegados pelo Sr. Presidente da Câmara Municipal, não se incluindo nestes, porém, a substituição do Presidente da Câmara nas suas faltas ou impedimentos».

Mérito do recurso

A questão única suscitada pelo recorrente é a da compatibilidade do exercício da função de vereador a meio tempo ou tempo parcial com o exercício da advocacia.

Cumprе apreciar.

- I. A matéria das incompatibilidades para o exercício das funções suscitadas nestes autos, é regulada, em sede de lei geral, pelo Regime Jurídico de Incompatibilidades e Impedimentos dos Titulares de Cargos Políticos e Altos Cargos Públicos⁽¹⁾ — no que àqueles diz respeito — e,

(1) Lei n.º 64/93, de 26 de Agosto.

em sede de lei especial, pelo Estatuto da Ordem dos Advogados⁽²⁾ — no que a estes diz respeito.

- II. No que aos Titulares de Cargos Políticos e Altos Cargos Públicos, em matéria de incompatibilidades diz respeito, não cumpre aqui apreciar, porquanto não se trata de aferir se um advogado pode exercer tais funções, mas sim, se os titulares de tais funções, nomeadamente vereadores — sendo advogados —, podem exercer a Advocacia.
- III. Isso mesmo se consagra no n.º 2 do artigo 6.º do Regime Jurídico de Incompatibilidades e Impedimentos dos Titulares de Cargos Políticos e Altos Cargos Públicos, ao estatuir que o disposto naquele diploma não «revoga os regimes de incompatibilidades e impedimentos previstos noutras leis para o exercício de cargos ou actividades profissionais».
- IV. Tratemos, pois, de saber se o EOA (lei especial) estabelece um regime de incompatibilidade entre o exercício das funções de advogado e o de vereador de uma câmara municipal.
- V. Estatui a Lei n.º 15/2005, de 26 de Janeiro (EOA), no seu art. 77.º:
«1 — São, designadamente, incompatíveis com o exercício da advocacia os seguintes cargos, funções e actividades:
(...)
j) Funcionário, agente ou contratado de quaisquer serviços ou **entidades que possuam natureza pública ou prossigam finalidades de interesse público**, de natureza central, regional **ou local**;
l) **Membro de órgão** de administração, **executivo** ou director com poderes de representação orgânica das entidades **indicadas na alínea anterior**;

(2) Lei n.º 15/2005, de 26 de Janeiro.

(...)

2 — As incompatibilidades verificam-se qualquer que seja o título, designação, natureza e espécie de provimento ou contratação, o modo de remuneração e, em termos gerais, qualquer que seja o regime jurídico do respectivo cargo, função ou actividade, com excepção das seguintes situações:

- a) Dos membros da Assembleia da República, bem como dos respectivos adjuntos, assessores, secretários, funcionários, agentes ou outros contratados dos respectivos gabinetes ou serviços;
- b) Dos que estejam aposentados, reformados, inactivos, com licença ilimitada ou na reserva;
- c) Dos docentes;
- d) Dos que estejam contratados em regime de prestação de serviços.

(...)» (sublinhados nossos).

VI. Cuidemos, agora, de saber se o exercício da função de vereador de uma câmara municipal:

- i* Possui natureza pública;
- ii* Se prossegue finalidades de interesse público (al. *j*) e,
- iii* Se é realizado em sede do seu órgão executivo (al. *l*).

VII. Estatui a Lei n.º 75/2013, de 12 de Setembro — Regime Jurídico das Autarquias Locais, no seu art. 4.º, que «A prossecução das atribuições e o exercício das competências das autarquias locais e das entidades intermunicipais devem respeitar os princípios da descentralização administrativa, da subsidiariedade, da complementariedade, da **prossecução do interesse público** e da protecção dos direitos e interesses dos cidadãos e a intangibilidade das atribuições do Estado» (sublinhado nosso).

- VIII. Por sua vez, estatuí o n.º 1 do art. 56.º da Lei 169/99 — Competências e Regime Jurídico das Autarquias locais — que: «1 — A câmara municipal é constituída por um presidente e por vereadores, um dos quais designado vice-presidente, e **é o órgão executivo colegial do município, (...)**» (sublinhado nosso).
- IX. Igual qualidade — plasmando o art. 252.º da CRP — é atribuída pelo n.º 2 do art. 6.º da Lei n.º 75/2013, de 12 de Setembro — Regime Jurídico das Autarquias Locais «2 — A junta de freguesia e a câmara municipal são os órgãos executivos, respetivamente, da freguesia e do município».
- X. Parece-nos, pois, que o exercício da função de vereador de uma câmara municipal é uma função executiva, numa entidade de natureza pública que prossegue interesses públicos e que, conseqüentemente, é incompatível, pela conjugação das disposições supra elencadas do EOA, com o exercício da Advocacia⁽³⁾.
- XI. Veja-se, agora, se o exercício do cargo de vereador com ou sem subdelegação de competências coloca em questão a interpretação até agora subscrita.
- XII. Atente-se, em primeiro lugar, que a câmara municipal — nos termos do já referido n.º 1 do art. 56.º da Lei 169/99 (Autarquias locais — Competências e Regime Jurídico) — é o órgão executivo do município, composto pelo presidente e por vereadores eleitos.

⁽³⁾ Ao conteúdo das funções ora em apreço — de vereador — não são aplicáveis as exceções consagradas nos n.ºs 3 e 4 do art. 77.º do EOA: «3 — É permitido o exercício da advocacia às pessoas indicadas nas alíneas *j*) e *l*) do n.º 1, quando esta seja prestada em regime de subordinação e em exclusividade, ao serviço de quaisquer das entidades previstas nas referidas alíneas, sem prejuízo do disposto no art. 81.º 4 — É ainda permitido o exercício da advocacia às pessoas indicadas nas alíneas *j*) e *l*) do n.º 1 quando providas em cargos de entidades ou estruturas com carácter temporário, sem prejuízo do disposto no estatuto do pessoal dirigente dos serviços e organismos da administração central, regional e local do Estado.»

XIII. Em segundo lugar, que a câmara municipal, enquanto **órgão executivo colegial do município** é detentora de competências próprias⁽⁴⁾.

(4) **Artigo 33.º Competências materiais.** «1 — **Compete à câmara municipal:**

- a) Elaborar e submeter à aprovação da assembleia municipal os planos necessários à realização das atribuições municipais;
- b) Participar, com outras entidades, no planeamento que diretamente se relacione com as atribuições do município, emitindo parecer a submeter a apreciação e deliberação da assembleia municipal;
- c) Elaborar e submeter a aprovação da assembleia municipal as opções do plano e a proposta do orçamento, assim como as respetivas revisões;
- d) Executar as opções do plano e orçamento, assim como aprovar as suas alterações;
- e) Fixar os preços da prestação de serviços ao público pelos serviços municipais ou municipalizados, sem prejuízo, quando for caso disso, das competências legais das entidades reguladoras;
- f) Aprovar os projetos, programas de concurso, cadernos de encargos e a adjudicação de empreitadas e aquisição de bens e serviços, cuja autorização de despesa lhe caiba;
- g) Adquirir, alienar ou onerar bens imóveis de valor até 1000 vezes a RMMG;
- h) Alienar em hasta pública, independentemente de autorização da assembleia municipal, bens imóveis de valor superior ao referido na alínea anterior, desde que a alienação decorra da execução das opções do plano e a respetiva deliberação tenha sido aprovada por maioria de dois terços dos membros da assembleia municipal em efetividade de funções;
- i) Elaborar e aprovar a norma de controlo interno, bem como o inventário dos bens, direitos e obrigações patrimoniais do município e respetiva avaliação e ainda os documentos de prestação de contas, a submeter à apreciação e votação da assembleia municipal;
- j) Aceitar doações, legados e heranças a benefício de inventário;
- k) Elaborar e submeter à aprovação da assembleia municipal os projetos de regulamentos externos do município, bem como aprovar regulamentos internos;
- l) Discutir e preparar com os departamentos governamentais e com as juntas de freguesia contratos de delegação de competências e acordos de execução, nos termos previstos na presente lei;
- m) Submeter à assembleia municipal, para efeitos de autorização, propostas de celebração de contratos de delegação de competências com o Estado e propostas de celebração e denúncia de contratos de delegação de competências com o Estado e as juntas de freguesia e de acordos de execução com as juntas de freguesia;

XIV. Em terceiro lugar, que algumas dessas competências são delegáveis no presidente da câmara que, por sua

-
- n) Submeter à assembleia municipal, para efeitos de autorização, propostas de resolução e revogação dos contratos de delegação de competências e dos acordos de execução;
 - o) Deliberar sobre as formas de apoio a entidades e organismos legalmente existentes, nomeadamente com vista à execução de obras ou à realização de eventos de interesse para o município, bem como à informação e defesa dos direitos dos cidadãos;
 - p) Deliberar sobre a concessão de apoio financeiro ou de qualquer outra natureza a instituições legalmente constituídas ou participadas pelos trabalhadores do município, tendo por objeto o desenvolvimento de atividades culturais, recreativas e desportivas, ou a concessão de benefícios sociais aos mesmos e respetivos familiares;
 - q) Assegurar a integração da perspetiva de género em todos os domínios de ação do município, designadamente através da adoção de planos municipais para a igualdade;
 - r) Colaborar no apoio a programas e projetos de interesse municipal, em parceria com entidades da administração central;
 - s) Deliberar sobre a constituição e participação nas associações previstas no capítulo IV do título III;
 - t) Assegurar, incluindo a possibilidade de constituição de parcerias, o levantamento, classificação, administração, manutenção, recuperação e divulgação do património natural, cultural, paisagístico e urbanístico do município, incluindo a construção de monumentos de interesse municipal;
 - u) Apoiar atividades de natureza social, cultural, educativa, desportiva, recreativa ou outra de interesse para o município, incluindo aquelas que contribuam para a promoção da saúde e prevenção das doenças;
 - v) Participar na prestação de serviços e prestar apoio a pessoas em situação de vulnerabilidade, em parceria com as entidades competentes da administração central e com instituições particulares de solidariedade social, nas condições constantes de regulamento municipal;
 - w) Ordenar, precedendo vistoria, a demolição total ou parcial ou a beneficiação de construções que ameacem ruína ou constituam perigo para a saúde ou segurança das pessoas;
 - x) Emitir licenças, registos e fixação de contingentes relativamente a veículos, nos casos legalmente previstos;
 - y) Exercer o controlo prévio, designadamente nos domínios da construção, reconstrução, conservação ou demolição de edifícios, assim como relativamente aos estabelecimentos insalubres, incómodos, perigosos ou tóxicos;

vez, as pode subdelegar nos vereadores, mas que nem todas as competências do órgão executivo colegial do

- z)* Emitir parecer sobre projetos de obras não sujeitas a controlo prévio;
- aa)* Promover a observância das normas legais e regulamentares aplicáveis às obras referidas na alínea anterior;
- bb)* Executar as obras, por administração direta ou empreitada;
- cc)* Alienar bens móveis;
- dd)* Proceder à aquisição e locação de bens e serviços;
- ee)* Criar, construir e gerir instalações, equipamentos, serviços, redes de circulação, de transportes, de energia, de distribuição de bens e recursos físicos integrados no património do município ou colocados, por lei, sob administração municipal;
- ff)* Promover e apoiar o desenvolvimento de atividades e a realização de eventos relacionados com a atividade económica de interesse municipal;
- gg)* Assegurar, organizar e gerir os transportes escolares;
- hh)* Deliberar no domínio da ação social escolar, designadamente no que respeita a alimentação, alojamento e atribuição de auxílios económicos a estudantes;
 - ii)* Proceder à captura, alojamento e abate de canídeos e gatídeos;
 - jj)* Deliberar sobre a deambulação e extinção de animais considerados nocivos;
- kk)* Declarar prescritos a favor do município, após publicação de avisos, os jazigos, mausoléus ou outras obras, assim como sepulturas perpétuas instaladas nos cemitérios propriedade municipal, quando não sejam conhecidos os seus proprietários ou relativamente aos quais se mostre que, após notificação judicial, se mantém desinteresse na sua conservação e manutenção, de forma inequívoca e duradoura;
- ll)* Participar em órgãos de gestão de entidades da administração central;
- mm)* Designar os representantes do município nos conselhos locais;
- nn)* Participar em órgãos consultivos de entidades da administração central;
- oo)* Designar o representante do município na assembleia geral das empresas locais, assim como os seus representantes em quaisquer outras entidades nas quais o município participe, independentemente de integram ou não o perímetro da administração local;
- pp)* Nomear e exonerar o conselho de administração dos serviços municipalizados;
- qq)* Administrar o domínio público municipal;
- rr)* Deliberar sobre o estacionamento de veículos nas vias públicas e demais lugares públicos;
- ss)* Estabelecer a denominação das ruas e praças das localidades e das povoações, após parecer da correspondente junta de freguesia;

município são delegáveis⁽⁵⁾.

- XV. Assim sendo, forçoso é concluir que um vereador, quer exerça as suas funções a tempo parcial ou a tempo inteiro; quer exerça funções subdelegadas pelo presidente da câmara, exerce — e sempre — funções próprias, na sua qualidade de membro de um órgão executivo colegial do município, com competências próprias, algumas delas indelegáveis.

Em conclusão:

É incompatível o exercício da advocacia — nos termos conjugados da al. *j*) e al. *l*) do n.º 1 do art. 77.º do EAO — com o exercício da função de vereador de uma câmara municipal, quer seja em

-
- tt*) Estabelecer as regras de numeração dos edifícios;
 - uu*) Deliberar sobre a administração dos recursos hídricos que integram o domínio público do município;
 - vv*) Propor a declaração de utilidade pública para efeitos de expropriação;
 - ww*) Enviar ao Tribunal de Contas as contas do município;
 - xx*) Deliberar, no prazo máximo de 30 dias, sobre os recursos hierárquicos impróprios das deliberações do conselho de administração dos serviços municipalizados;
 - yy*) Dar cumprimento ao Estatuto do Direito de Oposição;
 - zz*) Promover a publicação de documentos e registos, anais ou de qualquer outra natureza, que salvaguardem e perpetuem a história do município;
 - aaa*) Deliberar sobre a participação do município em projetos e ações de cooperação descentralizada, designadamente no âmbito da União Europeia e da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa;
 - bbb*) Assegurar o apoio adequado ao exercício de competências por parte do Estado;
 - ccc*) Apresentar propostas à assembleia municipal sobre matérias da competência desta.

2 — A alienação de bens e valores artísticos do património do município é objeto de legislação especial.

⁽⁵⁾ **Artigo 34.º Delegação de competências no presidente da câmara municipal** «1 — **A câmara municipal pode delegar as suas competências no respetivo presidente, com exceção** das previstas nas alíneas *a*), *b*), *c*), *e*), *i*), *j*), *k*), *m*), *n*), *o*), *p*), *s*), *u*), *z*), *aa*), *hh*), *oo*), *vv*), *aaa*) e *ccc*) do n.º 1 do artigo anterior e na alínea *a*) do art. 39.º, com possibilidade de subdelegação em qualquer dos vereadores» (sublinhados nossos).

regime de tempo inteiro ou parcial, quer seja com ou sem funções subdelegadas.

Pelo que improcede o recurso.

Proposta de decisão

Emito **parecer** com o sentido e alcance de **negar provimento ao recurso** do senhor advogado, substituindo-se a Deliberação do Conselho Distrital do Porto por outra que determine existir incompatibilidade absoluta entre o exercício da advocacia e o exercício do mandato de vereador de uma câmara municipal, nos termos do estatuído nas al. *j)* e *l)* do n.º 1 do art. 77.º do EOA.

O Relator;
JOSÉ MANUEL MESQUITA

Acórdão foi aprovado pela 2.ª Secção do Conselho Superior em 28 de Março de 2014, tendo sido objecto de Aclaração por Acórdão da 2.ª Secção do Conselho Superior, aprovado em 26 de Junho de 2014.

Regulamento n.º 427/2014(*)

REGULAMENTO DA COMISSÃO NACIONAL
DE PREVENÇÃO E COMBATE À
PROCURADORIA ILÍCITA

O Conselho Geral da Ordem dos Advogados, reunido em sessão plenária de 16 de julho de 2014, ao abrigo do disposto na alínea *h*), do n.º 1, do art. 45.º do Estatuto da Ordem dos Advogados, aprovado pela Lei n.º 15/2005, de 26 de janeiro, deliberou, por unanimidade, aprovar o *Regulamento da Comissão Nacional de Prevenção e Combate à Procuradoria Ilícita*, com a seguinte redação:

Artigo 1.º
DENOMINAÇÃO

É constituída no âmbito da Ordem dos Advogados Portugueses a Comissão Nacional de Prevenção e Combate à Procuradoria Ilícita (CNPCCI).

(*) Publicado no Diário da República, II Série, n.º 190, 2 de outubro de 2014, pp. 25251 e 25252.

Artigo 2.º

ÓRGÃOS

A comissão nacional é constituída por dois órgãos:

- a) Direção Nacional de Estudo e Planeamento;
- b) Comissão Coordenadora.

Artigo 3.º

COMPOSIÇÃO DOS ÓRGÃOS

1. A Direção Nacional de Estudo e Planeamento é composta por um Presidente, que é simultaneamente o Presidente da CNPCPI, e por dois vogais.

2. A Comissão Coordenadora é composta pelos seguintes elementos:

- a) O Presidente da Comissão Nacional de Estudo e Planeamento que presidirá as reuniões da Comissão Coordenadora;
- b) Dois vogais da Direção Nacional de Estudo e Planeamento;
- c) Por um representante de cada um dos Conselhos Distritais;
- d) Por um representante da Câmara dos Solicitadores.

Artigo 4.º

OBJETIVOS DA DIREÇÃO NACIONAL DE ESTUDO E PLANEAMENTO

A Direção Nacional de Estudo e Planeamento da CNPCPI tem como objetivos primordiais definir, incentivar, coordenar a nível nacional a promoção da advocacia e da solicitadoria preventivas e desenvolver as ações de combate à procuradoria ilícita, nomeadamente:

- a) Levar a cabo um levantamento e estudo sistemáticos das situações que proliferam no mercado indiciadoras de ofertas do exercício da procuradoria ilícita, cada vez mais patentes na comunicação social e, especialmente, na internet, com vista a permitir uma atuação precoce e a adoção de medidas preventivas e punitivas adequadas;

- b) Promover ações de sensibilização e mobilização de todos os advogados e solicitadores para a prevenção e combate mais ativa e ampla à procuradoria ilícita;
- c) Promover a dignificação do exercício da atividade dos Advogados e Solicitadores junto do cidadão, podendo para tal definir estratégias e estabelecer parcerias com entidades públicas e privadas, e respetivas associações;
- d) Intervir junto da opinião pública por forma a esclarecer o cidadão da necessidade e vantagem da procuradoria ser praticada exclusivamente por profissionais habilitados para atos próprios e exclusivos de Advogados e Solicitadores;
- e) Incentivar as entidades públicas ou privadas na criação de condições de recusa de atos resultantes do exercício da procuradoria ilícita;
- f) Promovendo junto das entidades públicas ou privadas, que estas, sempre que verifiquem que pessoa ou entidade pretende praticar atos próprios de Advogado ou Solicitador, sem estar habilitado para tal, de imediato, proceda à identificação da pessoa ou entidade, e elabore participação com todos os elementos necessários, a ser entregue na Ordem dos Advogados ou Câmara dos Solicitadores;
- g) Sensibilizar os órgãos de soberania quanto à adoção de medidas legislativas ajustadas à prevenção e à condenação dos seus agentes, co-autores e cúmplices;
- h) Apresentar ao Conselho Geral, por iniciativa própria ou por solicitação daquele, pareceres que contribuam para a adoção de soluções mais adequadas em cada caso em concreto e apresentar propostas legislativas e/ou de alteração da lei vigente no âmbito da prevenção e combate à procuradoria ilícita;
- i) Elaborar o seu próprio regulamento de funcionamento a submeter ao Conselho Geral para aprovação, no qual deverá prever a realização de reuniões, tanto quanto possível mensais, e a elaboração de relatórios de atividade trimestrais a enviar ao Conselho Geral.

Artigo 5.º

OBJETIVOS DA COMISSÃO COORDENADORA

A Comissão Coordenadora tem como principais objetivos:

- a) Articular com a Direção Nacional de Estudo e Planeamento as ações de combate à procuradoria ilícita;
- b) Assessorar a Direção Nacional de Estudo e Planeamento no estudo das medidas a tomar a nível nacional com vista à prevenção e combate da procuradoria ilícita;
- c) Articular as ações de prevenção e combate à procuradoria ilícita dos Conselhos Distritais e da Câmara dos Solicitadores com a Direção Nacional de Estudo e Planeamento devendo para isso elaborar relatórios trimestrais de toda a actividade desenvolvida e propostas de atividades a desenvolver.

Artigo 6.º

NOMEAÇÃO DO PRESIDENTE DO CNPCPI

O Presidente é nomeado pelo Conselho Geral, sob proposta do Bastonário, pelo tempo do respetivo mandato.

Artigo 7.º

NOMEAÇÃO DOS VOGAIS DA DIREÇÃO NACIONAL DE ESTUDO E PLANEAMENTO

1. Os vogais da Direção Nacional de Estudo e Planeamento são nomeados pelo Bastonário, por indicação do Presidente da CNPCPI, cuja duração do mandato coincide com o mandato do Conselho Geral.

2. O Bastonário dará posse a todos os elementos da Direção Nacional de Estudo e Planeamento, sendo a duração de mandato coincidente com o do Conselho Geral.

Artigo 8.º

NOMEAÇÃO DOS VOGAIS DA COMISSÃO COORDENADORA

1. Os vogais da Comissão Coordenadora, salvo o Presidente e vogais da Direção Nacional de Estudo e Planeamento, são indicados pelos respetivos Conselhos Distritais, Institutos e Câmara dos Solicitadores.

2. O Bastonário dará posse a todos os elementos da Comissão Coordenadora, sendo a duração de mandato coincidente com o do Conselho Geral.

Artigo 9.º

FUNCIONAMENTO

1. Da Direção Nacional de Estudo e Planeamento:
 - a) As reuniões da Direção Nacional de Estudo e Planeamento são convocadas pelo respetivo Presidente e realizam-se, em princípio, uma vez por mês, sem prejuízo de alteração posterior da sua periodicidade;
 - b) A convocatória será feita pelo meio mais expedito, preferencialmente por correio electrónico, onde estará incluída uma ordem de trabalhos, com dez dias de antecedência em relação à hora marcada;
 - c) Não havendo unanimidade na tomada de decisões, serão as mesmas votadas por maioria dos seus membros presentes. Em caso de empate, o Presidente tem voto de qualidade;
 - d) Das reuniões será lavrada uma ata a aprovar em reunião seguinte e da qual será enviada cópia ao Bastonário e ao Conselho Geral.
2. Da Comissão Coordenadora:
 - a) As reuniões da Comissão Coordenadora são convocadas pelo respetivo Presidente e realizam-se trimestralmente, sem prejuízo de alteração posterior da sua periodicidade;
 - b) A convocatória será feita pelo meio mais expedito, preferencialmente por correio electrónico, onde estará incluída

- uma ordem de trabalhos, com dez dias de antecedência em relação à hora marcada;
- c) Não havendo unanimidade na tomada de decisões, serão as mesmas votadas por maioria dos seus membros presentes. Em caso de empate, o Presidente tem voto de qualidade;
 - d) Das reuniões será lavrada uma ata a aprovar em reunião seguinte e da qual será enviada cópia ao Bastonário e ao Conselho Geral.

Artigo 10.º

PARTICIPAÇÃO DO BASTONÁRIO

O Bastonário é informado das datas das reuniões podendo, se o entender, presidir às mesmas, ou indicar um membro do Conselho Geral que o represente nas referidas reuniões.

Artigo 11.º

NORMA REVOGATÓRIA

É revogado o Regulamento da Comissão Nacional Contra a Procuradoria Ilícita aprovado em sessão plenária do Conselho Geral de 29 de março de 2011, Regulamento n.º 445/2011, publicado no Diário da República, 2.ª Série, n.º 139, de 21 de Julho de 2011.

24 de setembro de 2014.

A Presidente do Conselho Geral

ELINA FRAGA