

ART. 35 DA LAV
 (“composição amigável”):
O GRANDE EQUÍVOCO

Pelo Bastonário Mário Raposo

SUMÁRIO:

1. Da Proposta de Lei 34/IX à Lei 31/86 (LAV); 2. A inconcluída do art. 35 LAV e a doutrina; 3. O sistema francês: o *amiable compositeur* não corresponde ao nosso (!) compositor amigável; 4. Uma perspectiva de Direito Comparado; 5. A arbitragem e a mediação; 6. Os “males” da “composição amigável” criada (precipitadamente!) no art. 35 LAV 86; 7. Conclusão.

1

Da Proposta de Lei 34/IV à Lei 31/86 (LAV)

1. Surgiu a LAV em tempo de urgência: era pressentível a já requerida inconstitucionalização orgânica do Dec.-Lei 243/84⁽¹⁾. Daí o ter solicitado (como ministro da Justiça) a elaboração de um anteprojecto à Prof. Magalhães Collaço. Em tempo útil apresentada à A.R. foi a Proposta de Lei 31/IV acolhida com manifesta receptividade no debate na generalidade⁽²⁾. Entretanto, a Comissão

⁽¹⁾ Embora com algumas soluções exactas (Francisco Cortez, *A arbitragem voluntária em Portugal*, O Direito, 1992, p. 541 s) teve o diploma de 1984 uma “vida infeliz” (Raúl Ventura, *Conv. de Arbitragem*, ROA, 1986, p. 289-413).

⁽²⁾ D.A.R., I série, n.º 98, de 18.7.1986.

de Ass. Const., Direitos, Lib. e Garantias⁽³⁾, para além de optar por uma “arrumação” *dualista* e de fazer alguns ajustamentos meramente pontuais, aditou um novo n.º 3 ao art. 1 (adaptação do contrato e preenchimento de lacunas)⁽⁴⁾. E, para além disso, criou, a par da clássica dualidade decisão *de direito* — decisão *de equidade*, um “*tertium genus*” ao qual deu o nome de “composição amigável”. Se a linguagem, em Direito, “deve ser técnica, precisa, simples e correcta” (Menezes Cordeiro) o art. 35 LAV situar-se-á nos antípodas do que seria esperável de um bom legislador. E não sendo reconstituível o “pensamento legislativo” (já que dele não existe expressão escrita) dá lugar aos mais díspares entendimentos. E todos ou quase todos eles serão enquadráveis na difusa moldura da norma, tal como está textualizada.

De qualquer modo não será arriscado concluir que o legislador adoptou a designação equivalente à “*amiable composition*” sem ter em conta o significado que esta tem no sistema de arbitragem francês, no qual caracterizadamente se inspirou.

Aliás, vistas bem as coisas, o que o legislador pede ao árbitro no art. 35 é que promova a composição as partes, com base numa plataforma de equilíbrio quanto aos interesses em jogo.

(3) Em 23.7.1986 (D.A.R., II série, n.º 95, de 25.7). Estava-se na ponta final da sessão legislativa e a Comissão tinha uma agenda muito sobrecarregada, tendo votado, além do mais, a Lei dos Tribunais Marítimos, projectada também no Ministério da Justiça. Mas este não foi ouvido quanto às alterações surgidas em sede de especialidade.

(4) Que não estando na Proposta de Lei constava, no entanto, do Programa do Governo, por mim elaborado quanto à área da Justiça. Cfr. ainda Mário Raposo, *Estudos sobre Arbitragem Comercial...*, Almedina, 2006, p. 67, nota (49). Acrescentarei agora que a lei sueca de 1999 prevê também no art. 1 que o tribunal arbitral possa, com o acordo das partes, modificar o contrato para além do que decorreria da sua interpretação. O tribunal arbitral não se substitui às partes no tocante à formação inicial; actua em relação a contratos já estabelecidos. Trata-se de uma expressão da *arbitrabilidade*, respeitando, pois, à solução de *conflitos*, embora apenas *virtuais* “the arbitrators can decide other kinds of disputes (economic) as well as to fill gaps and modify contracts” — Loukas — Mistelis — Brekoulakis, *Arbitrability...*, Kluwer Law, 2009, p. 276 s. Nos contratos de longa duração deve ser prevista uma cláusula de adaptação. É, no entanto, de referir que o preenchimento de lacunas (“filling gaps”) suscita menos problemas que a adaptação do contrato (Redfern — Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 4.ª ed., Thomson — Sweet & Maxwell, 2004, p. 283). Sobre as previsões a ter em conta na formação do contrato em vista da aplicação dos Princípios *Unidroit* (contratos comerciais internacionais) cfr. Michael Joachim Bonell, *Un “Codice” Internazionale del Diritto dei Contratti (“I Principi Unidroit”)*, 2.ª ed., Giuffrè, 2006, *maxime* p. 91 s.

E o mais adequado *meio* para tal se alcançar não será a mediação ou qualquer outro mecanismo análogo, *não jurisdicional*?

2. Acontece que não é identificável a utilidade *real* do art. 35 até porque, ao que saibamos, ele nunca foi chamado a actuar no plano da arbitragem — i.e., como meio *jurisdicional* de resolução de litígios ou de outras situações arbitráveis.

E a doutrina — a mais qualificada — ainda não encontrou uma fórmula de consenso quanto ao sentido da norma.

3. Neste contexto é de encarar com insistente dúvida a ideia de que em ulterior lei de arbitragem se deva manter um preceito como o art. 35 da actual LAV.

Será, no entanto, o que acontecerá se nesta parte a Proposta de Lei 48/XI ou o Projecto de Lei 264/XI (do CDS-PP) forem retomados, tal como foram gizados na anterior legislatura.

O *Projecto de Lei* alterava um considerável número de preceitos da LAV 86 (quase sempre com pertinência) mas deixava intocado o art. 35.

A *Proposta de Lei* ia mais além. E no art. 36 recebia (n.º 3) a composição amigável. Isto quanto à arbitragem *interna*. No tocante à arbitragem *internacional* não o fazia explicitamente no art. 50 (que de certo modo se poderá considerar homólogo do art. 36). Poder-se-á, no entanto, entender que a admissibilidade do “instituto” advinha, aí, da remissão genérica feita no art. 47.2 (“Salvo o disposto no presente capítulo — o da arbitragem internacional — são aplicáveis à arbitragem internacional, com as devidas adaptações, as disposições da presente lei relativas à arbitragem interna”).

De qualquer modo, não tem a questão, ela própria, especial relevo. Desde que o “instituto” passe a constar de uma nova lei é indiferente que o seja para a arbitragem interna e para a arbitragem internacional. A mera presença dele, tal como a A.R. (em sede de especialidade) com grande voluntarismo em 1986 o configurou, será sempre uma solução defeituosa, esteja onde estiver.

4. Aliás, a compartimentação *formal* entre a arbitragem interna e a arbitragem internacional, que não constava da Proposta

de Lei 34/IV mas que passou a constar da LAV, tende a não ser adoptada com rigidez nos sistemas legais não tributários do modelo francês⁽⁵⁾.

2

A inconcludência do art. 35 LAV e a doutrina

5. É de crer que a AR, ao deliberar em sede de especialidade, não se deu conta da espantosa indeterminação do preceito a que dava forma. Moveu-se, talvez, pelo bom propósito de criar um mecanismo *jurisdicional* que eficazmente fomentasse a paz jurídica. A mediação dava então, sobretudo entre nós, ainda inseguros passos. Entendeu-se ser útil uma forma vinculativa de justa composição das partes.

Terá sido, repito, determinante a influência do sistema francês, patenteada quer na designação dada ao inovador “instituto” (tal como foi configurado na lei portuguesa), quer na consagração de um sistema “ritualmente” dualista na arquitectura arbitral.

6. A inconcludência do art. 35 teria forçosamente que dar origem a entendimentos doutrinários divergentes.

⁽⁵⁾ O que não significará a desconsideração da arbitragem internacional mas a “internacionalização” da arbitragem interna ou uma “reunificação” das duas interfaces (Edoardo — F. Ricci, *La longue marche vers l'internationalisation du droit italien de l'arbitrage*, em *Cahiers de l'arbitrage*, IV, 2008, p. 191 s). Esta, de resto, uma tendência já assinalada por Charles Jarrosson, *L'apport de l'arbitrage international à l'arbitrage interne*, em *L'internationalité dans les institutions et le droit, convergence et défis* (“Études offertes à Alain Plantey”, Pedone, 1995, p. 233 s). Será, como se diz na Exposição de Motivos da lei espanhola de 2003, “na alternativa entre dualismo (...) e monismo (em que, salvo contadas exceções, os preceitos se aplicam igualmente à arbitragem interna e à internacional), a lei adopta o sistema monista (...). A Lei-Modelo (...) está especificamente concebida para a arbitragem comercial internacional. Mas a sua inspiração e as suas soluções são perfeitamente válidas, numa imensa maioria dos casos, para a arbitragem interna”. Esta torna-se mais flexível. Certo é que a *lex mercatoria* continua a estar predominantemente vinculada à arbitragem internacional. Mas, designadamente através do canal da *equidade*, propaga-se à arbitragem interna (cfr. Mário Raposo, *Temas de arbitragem comercial*, na *Rev. Ordem dos Advogados* - doravante ROA -, 2006, p. 5-36, *maxime* p. 15 e s.).

Logo em 1990, a autora material da Proposta de Lei 34/IV, Prof. Isabel de Magalhães Collaço, reconheceu a impossibilidade de resolver o “problema” decorrente do preceito⁽⁶⁾.

Certo é que a generalidade dos autores, distinguindo a composição amigável (*a do art. 35*) da decisão de equidade tende a ver nela, *grosso modo*, uma mediação (ou conciliação) com eficácia vinculativa. Desde logo é, sem dúvida, “uma figura de contornos pouco definidos”. O lusíada “compositor amigável” *julga* o litígio, “mas deve favorecer a prossecução das relações amigáveis (entre as partes)”, como diz, e bem, Dário Moura Vicente⁽⁷⁾, que acrescenta que “não se trata de uma forma de mediação, mas de um *modo possível* de o árbitro julgar o mérito da causa”. Ou seja, concluirei eu, destinado a ser um “compositor amigável”, o árbitro nem medeia, nem julga com a exigível disponibilidade decisória. Exerce uma função *híbrida*. Do “arranjo” compromissório advirá uma sentença que, mesmo que se queira justa, assentará, inapelavelmente, numa “composição amigável” ficcionada pelo árbitro.

Uma tentativa de dar uma sequência possível à fórmula do art. 35 é a do art. 28.2, do Regulamento de Arbitragem do Centro de Arbitragem Comercial⁽⁸⁾: “Se as partes tiverem atribuído poderes conciliatórios ao tribunal arbitral, este diligenciará, na audiência (preliminar), *a composição do litígio, na base do equilíbrio dos interesses em jogo*”⁽⁹⁾.

⁽⁶⁾ Em *L'arbitrage international dans la loi portugaise sur l'arbitrage volontaire...*, em *Droit International et Droit Communautaire*, Actas do Colóquio de 5 e 6.4.1990, *Fund. Gulbenkian*, Paris, 1991, p. 55 s, *maxime* p. 61.

⁽⁷⁾ Em *Mediação comercial* internacional, em *Estudos André Gonçalves Pereira*, Coimbra Editora, 2006, p. 1081 s., *maxime* p. 1083. Cfr., ainda, também com especial relevo, Lima Pinheiro, *Arbitragem Transnacional...*, Almedina, 2005, p.166, que dá conta das divergências doutrinárias a que o intento de dar “um sentido útil ao preceito” tem dado causa.

⁽⁸⁾ Aprovado em 29.7.2008. Na versão anterior (art. 19) previa-se uma *tentativa de conciliação*, na qual o tribunal procuraria obter “a composição das partes, na base do equilíbrio dos interesses em jogo”. A tentativa de conciliação era então obrigatória. Depende agora (Regulamento em vigor) de as partes terem atribuído “poderes conciliatórios ao tribunal arbitral”.

⁽⁹⁾ Na lei brasileira de 1996 a tentativa de conciliação é *obrigatória* (art. 21 § 4). Carlos Alberto Carmona (*Arbitragem e Processo*, 3.^a ed., Ed. Atlas, S. Paulo, 2009, p. 303) discorda desta *obrigatoriedade*. Uma cláusula de conciliação prévia é, por vezes, aposta em França, sendo considerada *obrigatória* (Charles Jarrosson, anot. à *Cour de Cassation* 14.2.2003, *Revue de l'arbitrage* (doravante RA), 2003, p. 406 s., *maxime* p. 409).

Há, realmente, uma evidente similitude verbal entre as duas normas (a do art. 35 e a deste art. 28.2). Mas não coincidirão por certo conceitualmente. Esta corresponderá apenas a uma *diligência*, aquela implicará um *modo* de decidir o litígio.

3

O sistema francês: o “amiable compositeur” não corresponde ao nosso (!) “compositor amigável”

7. Na legislação francesa (CPC) — quer a de 1980-81, quer a actual (Dec. 2011-48, de 13.1.2011) — a composição amigável equivale, em essência, à decisão de equidade. A lei não define o que é a *amiable composition*. E a doutrina entende, maioritariamente, que qualquer distinção entre ela e a equidade “pareceria artificial”⁽¹⁰⁾. O *amiable compositeur* deve aplicar a lei segundo critérios de *equidade*⁽¹¹⁾.

8. Entretanto, “si le terme d’amiable composition est le seul légal (...), la même idée peut être exprimée sous les formes équivalentes, par l’*aequo et bono*, en équité, ou tout autre, dès l’instant au moins ou l’accord se fait sur le contenu du terme employé”⁽¹²⁾. Daí que na sua aplicação a “amiable composition” tenha já sido considerada o “enfant terrible” do direito da arbitragem⁽¹³⁾.

⁽¹⁰⁾ Fouchard — Gaillard — Goldman, *Traité de l’Arbitrage Commercial International*, Litec, 1996, p. 849.

⁽¹¹⁾ Christophe Albiges, *L’équité en droit privé*, LGDJ, 2000, p. 248. René David (que por diversas vezes foi por mim citado quando do debate na generalidade da Proposta de Lei da qual resultou, com alterações, a LAV86) afirma com nitidez que em direito francês a “amiable composition” coincide com a equidade (*L’arbitrage dans le commerce international*, ed. Economica, 1982, p. 455-456).

⁽¹²⁾ Jean Robert, *L’arbitrage...*, Dalloz, 6.^a ed., 1993, p. 157.

⁽¹³⁾ Antoine Kassis, *Problèmes de base de l’arbitrage en droit comparé en droit français*, LGDJ, 1987, p. 7. O mesmo autor precisaria, no entanto, em 2006, que “la solution de l’amiable compositeur est une solution équitable” (*L’autonomie de l’arbitrage commercial international*, ed. Harmattan, p. 312-313). Olivier Caprasse sintetiza a posição prevalente: “La clause d’amiable composition signifie que les arbitres peuvent ne pas appliquer, sous réserve de normes contraignantes, les règles de droit au litige: elle entraîne

9. Certo é que alguns autores deram à *amicable composition* um conteúdo aparentemente mais amplo ou mais interventivo. Este o caso paradigmático de Eric Loquin ao atribuir ao *amicable compositeur* um *poder moderador*, do qual poderia advir a faculdade de *modificar* os efeitos das obrigações nascidas do contrato⁽¹⁴⁾.

No entanto, este entendimento corresponde, precisamente, a uma aceção *forte* de equidade, ou seja, a que prescinde do Direito estrito, procurando soluções decorrentes da justiça do caso concreto.

Daí que de tal perspectiva (que é também a de Poudret-Besson⁽¹⁵⁾) não resulte uma diferenciação substancial entre a *amicable composition* e a equidade.

10. A jurisprudência francesa não põe em dúvida que o tribunal arbitral, actuando como *amicable compositeur*, deva julgar segundo a equidade, *qua tale*. Apenas tem ressalvado que se a regra de direito corresponder a uma solução de equidade o tribunal poderá invocar a regra de direito. Mas terá que motivar *essa coincidência*. Estará assim em causa a fundamentação da decisão⁽¹⁶⁾.

le pouvoir de décider en équité (...)” — *Les sociétés et l'arbitrage*, Bruylant — LGDJ, 2002, p. 133.

⁽¹⁴⁾ *L'amicable composition en droit comparé et international*, Litec, 1980, p. 255 s. Isso resulta, entretanto, de o árbitro, face à cláusula de *amicable composition*, não estar adstrito à aplicação das regras de direito positivo, desde que estas não sejam imperativas (Loquin, *Pouvoirs et devoirs des amiables compositeurs*, RA, 1985, p. 205 s). Id., Loquin, RA, 1997, p. 390.

⁽¹⁵⁾ *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruylant — LGDJ — Schulthess, 2002, p. 662.

⁽¹⁶⁾ Neste sentido *Cour de Cassation* em 10.7.2003, com anotação concordante de Jean-Claude Betto (RA, 2003, p. 1362). Esta também a posição de Eric Loquin (*L'obligation faite à l'amicable compositeur de respecter sa mission et son controle*, RA, 2001, p. 135). Ou seja, o *amicable compositeur* terá sempre de “motiver sa sentence en équité”. E ainda no mesmo sentido, anot. jurisprudencial de Vincent Chantebout (*La portée du devoir de motiver en équité*, RA, 2007, p. 829). Cf., no entanto, *Cour de Cassation* em 28.11.2007, que confirmando a decisão da *Cour d'Appel* de Paris de 14.3.2006, entendeu que uma solução “não jurídica” corresponderá a uma decisão de equidade, mesmo que esta não seja formalmente invocada.

4

Uma perspectiva de Direito Comparado

11. Na *lei* suíça de arbitragem não consta o *nomen* “*amiable composition*”. Era já assim, para a arbitragem *interna*, na *Concordata* intercantonal de 1969 (art. 31) e mantém-se no *Cód. de Proc. Civil* de 19.12.2008 (art. 381)⁽¹⁷⁾, que àquela sucedeu e que entrou em vigor em 1.1.2011.

Para a arbitragem *internacional* (art. 187 da Lei federal sobre o direito internacional privado — LDIP, de 1987) é idêntico o regime no referente à dualidade (direito/equidade).

12. Prevê-se na lei de arbitragem *holandesa* (WBR) de 1986 que o tribunal arbitral julgue segundo as regras de direito ou, se as partes a tal o *autorizarem*, como “*amiable compositeur*” (art. 1054. 3). Mas se dispuser de tal autorização o tribunal arbitral estará adstrito a não contrariar regras de direito imperativas ou de ordem pública⁽¹⁸⁾. E o *amiable compositeur* decidirá, em termos de realidade, segundo a *equidade*.

O Código Judiciário *belga* não prevê explicitamente nem a equidade nem a *amiable composition*. Diz o art. 1700 que “salvo convenção em contrário das partes, os árbitros julgam segundo as

⁽¹⁷⁾ O tribunal arbitral julga segundo as regras de direito aplicáveis, salvo se as partes na *convenção de arbitragem* o tiverem autorizado a julgar segundo a equidade (art. 31). No referido art. 381 a alternativa é a mesma, mas a autorização para julgar segundo a equidade não terá que ser dada na convenção de arbitragem. Cfr., também neste sentido quanto à equidade, Lalive — Poudret — Reymond (*Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*, ed. Payot, 1989, p. 172) que figuravam que a *autorização* poderia ser dada ulteriormente. Para além disso, sobre o alcance da decisão de equidade Poudret entende que embora por vezes se refira o julgamento de equidade como sendo a *amiable composition* “*du droit français*” tal não será exacto uma vez que a *amiable composition* (francesa) atribui ao árbitro “*de plus larges pouvoirs*” que a equidade (ob. e loc. cits). Esta posição de Poudret é análoga à que tomaria posteriormente quanto ao direito francês (v. supra nota 15) o que, como referimos, não será de aceitar. Cfr. ainda, na mesma obra, Pierre Lalive, p. 401. O *Regul. suíço de arb. internacional* (2003) põe em pé de igualdade a composição amigável e a equidade (art.33.2).

⁽¹⁸⁾ Bommel van der Bend e *all.*, *A guide to the Nai Arbitration Rules*, ed. Wolters Kluwer, 2009, p. 221.

regras de direito”. Tem sido entendido que no preceito caberá a *amiable composition*, ou, identicamente, a equidade⁽¹⁹⁾.

13. De qualquer modo, a *summa divisio* na arbitragem voluntária faz-se, por via da regra, entre a decisão de *direito* e a decisão de *equidade*.

É, por ex., o que acontece em Itália.

Na versão de 1994 dizia o CPC que os árbitros decidem segundo as regras de *direito*, “salvo se as partes os tiverem autorizado *con qualsiasi espressione* a pronunciar-se segundo equidade”. Face a esta norma acontecia que com alguma frequência as partes estabeleciam, na prática, que os árbitros actuariam como “amichevoli compositori⁽²⁰⁾”.

Na redacção de 2006 no art. 822 foi substituído o termo “autorizzati” pelo termo “disposto”. A alteração é significativa⁽²¹⁾ mas não impedirá *por si* só que, como cláusula de equidade, se destine que os árbitros actuem como “amichevoli compositori”.

De resto, em Itália a expressão “amichevole compositione” foi usada na lei até ao CPC de 1942, tendo então sido substituída pela “pronuncia secondo equità”. Mas, como lembra Chiara Tenella Sillani, a alteração de terminologia mais não foi do que “un aggiornamento della vecchia formula dell’amichevole compositione”⁽²²⁾.

Esta é hoje tida como “ambigua e intramontabile”, induzindo as partes a supor, erradamente, que estão a atribuir ao tribunal arbi-

⁽¹⁹⁾ Bernard Hanotiau, *Développements récents (...) en matière d'arbitrage commercial en Belgique*, Cahiers de l'Arbitrage, I, 2002, p. 165 s, *maxime* p. 168.

⁽²⁰⁾ Briguglio — Fazzalari — Marengo, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Giuffrè, 1994, p. 155.

⁽²¹⁾ Do art. 36.1 da Proposta de Lei 48/XI resulta que as partes podem *incumbir* (...“determinem”...) os árbitros de *julgar* segundo a *equidade*. Adoptou-se (?) assim o critério do *novo* art. 822 CPC italiano. Usualmente não se *impõe* aos árbitros um *dever*, atribui-se-lhes uma *faculdade*, dá-se-lhes uma *autorização* (por todos, § 1051.3 ZPO alemã). A Proposta de Lei não é clara no tocante à *composição amigável*. É um *dever* ou uma *faculdade*? Poderá entender-se ser esta a contida no art. 36.3 (...“o tribunal *pode* decidir o litígio”...). Mas mesmo que seja assim (faculdade) ela terá que ser atribuída *quando da designação dos árbitros*. Com efeito, a composição amigável não incide apenas sobre o modo de julgar: influi, necessariamente, no desenrolar de todo o processo arbitral.

⁽²²⁾ *L'arbitrato di equità...*, Giuffrè, 2006, p. 208.

tral o poder-dever de encontrar uma solução compromissória para o seu diferendo⁽²³⁾. Ora, o que acontece é que lhes estão apenas a atribuir o *dever* (na nova redacção do cit. art. 822) de julgarem segundo a equidade. Em qualquer caso deverão os árbitros diligenciar por uma solução conciliatória. No entanto, esse dever não lhes advem da sua condição (?) de “amichevoli compositori”, mas sim de actuarem como árbitros — quer de *direito*, quer de *equidade*. Esta é que pode ser tomada numa acepção mais *forte* ou mais *fraca*.

Mas a equidade nunca poderá ser por completo “substitutiva” da regra de direito. O que estará em causa é evitar “le pur rare iniquità che possono derivare del confronto delle singole fattispecie con il regime giuridico destinato a regolarle”⁽²⁴⁾.

14. Na sec. 46 do *Arbitration Act* inglês (1996) facultase que os árbitros, havendo acordo das partes, decidam “em conformidade com outras normas que tenham escolhido ou que o tribunal (arbitral) considere aplicáveis” (n.º 1. b). Diz a generalidade dos autores que tais normas corresponderão às *equity clauses*.

Nestas caberão a *equity*, a *amiable composition*, o *honourable engagement* e os *general principles of law recognised by civilised nations* (ou seja, *grosso modo*, a “lex mercatoria”).

No Regulamento LCIA (1998) alude-se ao “honourable engagement”, à decisão “ex aequo et bono” e à “amiable composition” (art. 22.4).

Mas em Inglaterra “equity” ou a “amiable composition” respondem, com designações diferentes, à mesma realidade⁽²⁵⁾.

No *Arbitration (Scotland) Act* 2010 permite-se, na Regra 47. 2, a decisão com base em “general considerations of justice, fairness or equity”, não se mencionando a “amiable composition”⁽²⁶⁾.

⁽²³⁾ Sergio La China, *L'arbitrato...*, 3.ª ed., Giuffrè, 2007, p. 205-206.

⁽²⁴⁾ Leo Piccininni, *Arbitrato ed equità: un connubio sempre attuale*, Rivista dell'Arbitrato (doravante *Riv. Arb.*), 2006, p. 751 s, *maxime* p. 758.

⁽²⁵⁾ Assim Sutton — Kendall — Gill, *Russel on Arbitration*, 21.ª ed., Sweet & Maxwell, 1997, p. 163-164. Em idêntico sentido Redfern — Hunter, *ob. cit.*, pp. 46 e 118.

⁽²⁶⁾ O mesmo acontece no novo Cód. Proc. Civil da Roménia (lei de 15.7.2010) que não faz qualquer distinção entre a equidade e a composição amigável, como, aliás, já acontecia no Código anterior (Sergio Deleanu, *Le nouveau droit de l'arbitrage international en Roumanie*, RA, 2010, p. 989 s, *maxime* p. 996).

15. É patente a influência que a *Lei-Modelo* teve na consagração da dualidade terminológica *equidade — composição amigável*.

Dispõe, realmente, o seu art. 28.3: “O tribunal arbitral decidirá *ex aequo et bono* ou na qualidade de *amiable compositeur* apenas quando as partes a isso expressamente o autorizarem”.

As duas fórmulas verbais terão, em termos de realidade, o mesmo sentido⁽²⁷⁾.

16. Significativamente, o irlandês *Arbitration Act* 2010 incorporou em bloco a *Lei-Modelo*, completando-a com 32 artigos de carácter processual secundário. E daí que nele surja a dualidade.

O mesmo tinha já acontecido com o Dec.-Lei 55/98/M (regime jurídico da arbitragem externa de Macau) que declaradamente recebeu a *Lei-Modelo*, com apenas duas pontuais alterações⁽²⁸⁾.

17. Nem todos os sistemas jurídicos acolhem a diferenciação entre arbitragem de direito e de equidade. Isto acontece pelo menos com o *norte-americano*, até porque aí se entende que o espírito que subjaz à arbitragem comercial é sempre o de obter uma decisão *ex aequo et bono*⁽²⁹⁾.

Em Espanha (Lei 60/2003, de 23.12) fala-se em equidade, se as partes nisso acordarem (art. 34, 1). Mas na *Exposição de Motivos* logo se precisa:

⁽²⁷⁾ Como se depreende de Bento Soares — Moura Ramos, *Contratos internacionais*, Almedina, 1986, p. 403-404. Lembra pertinentemente Lima Pinheiro, *ob. cit.*, p. 164, que a expressão *amiable compositeur* é a empregue na versão francesa da Convenção de Genebra de 1961 (art. VII, 2). Na versão em língua alemã esta expressão é substituída por uma referência à decisão segundo a *equidade* (“Billigkeit”). É de acrescentar que na versão inglesa é usada a expressão francesa.

⁽²⁸⁾ Dizia o Regulamento de arbitragem da CNUDCI de 1976 “que o árbitro só julgará como *amiable compositeur* (“ex aequo et bono”) se o tribunal para tal for expressamente autorizado pelas partes” (art. 33.4). O novo Regulamento (de 2010) usa uma disjuntiva: “*amiable compositeur* ou *ex aequo et bono*” — o que, no entanto, não altera a equivalência. Alguns regulamentos usam a expressão *amiable compositeur* “but is generally accepted that there is no meaningful difference between the two concepts which refer to the power of an arbitrator to decide a case on the basis of fairness and equitable considerations” (Yves Derains — Eric Schwartz, *A guide to the new ICC Rules of Arbitration*, Kluwer, 2005, p. 245-246).

⁽²⁹⁾ Clara Tenella Sillani, *L'arbitrato di equità*, Giuffrè, 2006, p. 380.

A arbitragem de equidade fica limitada aos casos em que haja acordo expresso das partes, já através de uma remissão literal para a *equidade*, quer para termos similares como decisão “em consciência”, “*ex aequo et bono*”, ou que o árbitro actuará como *compositor amigável*.

E, por ex., na lei *peruana* de 2008 (art. 57. 3) fala-se em arbitragem de equidade ou “em consciência”. Era a formulação anterior (lei de 1996).

Já no Código Comercial mexicano a alternativa em relação à decisão de *direito* é a de o tribunal actuar como “amigable compositor” ou em consciência (art. 1445).

Entendeu o Supremo Tribunal mexicano (em 27.5.2009) que da composição amigável advinha o dever de promover uma conciliação através de uma solução justa e equitativa.

Foi a decisão em causa severamente criticada na *Revue de l'Arbitrage* (RA)⁽³⁰⁾, desde logo porque tal procedimento não corresponderia a uma arbitragem.

5

A arbitragem e a mediação

18. O que se passa é que — como se sabe — a arbitragem e a mediação são modos diversos de regulação de litígios. A 1.^a é um meio de *hetero* — *regulação* através de um processo jurisdicional. A 2.^a é um meio de *auto-regulação*, com o apoio de um mediador.

Ora, por assim ser, para além de não ser uma norma minimamente entendível, o art. 35 dá causa a uma desnecessária confusão entre duas realidades conceituais distintas: o *árbitro pode decidir* o litígio por apelo (?) à *composição das partes* — estas, com o auxílio de um *mediador*, podem *compor*, elas mesmas, o litígio.

Por assim ser, as partes, que não terão, elas próprias, que ser juristas ou ser por eles aconselhadas, e que pensam conhecer o

⁽³⁰⁾ RA, 2011, p. 201 — 205. O comentário é de um professor da Univ. de Monterrey (James A. Graham).

Direito porque o podem “apalpar” com as mãos, serão eventualmente remetidas para uma nebulosa conceitual que o legislador deverá evitar⁽³¹⁾.

19. Como dissemos, a AR, em sede de Comissão, tomou como *modelo* a designação francesa e, *em evidente estado de urgência*, deu-lhe um conteúdo que ela em França *não tem*.

Com algumas modulações (assim, por ex., as propostas por Loquin) que não colidem com o seu sentido decisivo, a *amiable composition* equivale ali à *équité*.

O que acontece é que esta (a equidade), não corresponde a um conceito unívoco. Desde logo, pode ter como referência determinante o direito legislado atenuando a sua rigidez, na mira de uma solução justa para o caso concreto. Mas também pode prescindir do direito estrito⁽³²⁾.

20. Embora as *leis* francesas (CPC) se furtem a dar uma definição, mesmo sumária, de *amiable composition*, o certo é que não contêm uma referência *autónoma* de *équité*⁽³³⁾. Quem o faz são algumas leis de influência francesa, num evidente paralelismo entre os dois conceitos.

Assim, designadamente, a lei de Madagascar de 1998 (CPC)⁽³⁴⁾ que dispõe no art. 449:

⁽³¹⁾ Como lembrava o prudente e sábio Giorgio del Vecchio, *A crise da ciência do Direito*, no Bol. Fac. Direito (Coimbra), XVIII (1942), *maxime* p. 152. Na circunstância (a do art. 35) nem para os mais qualificados juristas a lei é objecto de entendimento fácil e uniforme. Continua a ser um *enigma*.

⁽³²⁾ É, no entanto, de dizer que a *regra moral*, directamente aplicada (assim Pierre Mayer, *La règle morale dans l'arbitrage international*, em *Études Pierre Bellet*, Litec, 1991, p. 388), devendo estar presente em todos os actos humanos, poderá *na circunstância* conduzir a uma equidade meramente “cerebrina” quando não tenha em conta uma referência *jurídica*.

⁽³³⁾ Fouchard, aludindo aos arts. 1474 e 1497 da versão de 1980-81, diz que “ce texte est surtout riche de ce qu’il ne dit pas”, remetendo para a doutrina e a jurisprudência a fixação do seu conteúdo. De qualquer modo o intérprete — aplicador deve evitar tudo aquilo que “lui paraît contraire à l’équité” (cfr. *Écrits* — obra póstuma ed. pelo *Comité français de l'arbitrage*, 2007, p. 320-321).

⁽³⁴⁾ “...o legislador malgache inspirou-se no direito francês e para a parte internacional (...) na Lei-Modelo” — RA, 2003, p. 381.

“L’arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit, à moins que, dans la convention d’arbitrage, les parties ne lui aient conféré mission de statuer en *amiable compositeur*, c’est-à-dire *selon les règles de l’équité*”.

21. E isto acontece porque esteve sempre latente ou mesmo explícita essa equivalência.

Ela já era presentível na Idade Média⁽³⁵⁾.

A fórmula *amiable composition* ganhou prestígio em França no séc. XVIII porque se pensava que assim “se acomodavam as partes e se compunham sumariamente os seus litígios”. Realmente, ela era vista como “le moyen le plus raisonnable de terminer les contestations entre les citoyens” (Condorcet).

Era a sensatez de *equidade* a esbater rigidez da lei⁽³⁶⁾.

Isto ainda hoje é pensado pelos autores que mais especificamente têm tentado apurar uma noção de *amiable composition*. Através dela promover-se-á “une souplesse suffisante pour atténuer les rigueurs de la pure logique juridique et de promouvoir, dans un souci de réalisme, une solution équitable et acceptable pour tous” (Magendie), evitando, não obstante, os possíveis riscos de arbitrariedade eventualmente decorrente da equidade, ou seja, “un subjectivisme outrancier” (Motulsky)⁽³⁷⁾.

22. Verdadeiramente, a sede natural da *composição amigável*, tal como está figurada no art. 35 LAV86 (e no art. 36.3, do Projecto de Lei 48/XI, é a *mediação — conciliação*⁽³⁸⁾.

⁽³⁵⁾ Anne Lefebvre — Teillard, *Arbiter, arbitrator seu amicabile compositor*, RA, 2008, p. 369 s., *maxime* p. 383.

⁽³⁶⁾ E também a dos juizes togados. E daí que os árbitros começassem a ser tidos como *mediadores* (Chiara Tenella Sillani, *ob. cit.*, p. 122).

⁽³⁷⁾ Cits. por Christophe Albiges, *ob. cit.*, p. 257.

⁽³⁸⁾ Que, a nosso ver, são conceitos complementares: pela *mediação* alcança-se uma *conciliação*. Esta deve ser integrada naquela: é a sua resultante, quando conseguida. Cfr. Mariana França Gouveia, *Meios de resolução alternativa de litígios*, em *Estudos 10 anos Univ. Nova*, 2008, p. 727. Cfr. ainda no mesmo sentido Petrônio Calmon, *Fundamentos da Mediação e da Conciliação*, Ed. Forense, R.J., 2007, p. 1998, p. 35 Bruno Oppetit (*Théorie de l’arbitrage*, PUF, 1998, p. 35), embora tendo-as como “meios” próximos, distingua-as: “le conciliateur joue sans doute un rôle plus actif el plus directif que le

Ora, esta é um meio específico e informal de resolução de litígios. Precisamente por isso no preâmbulo do Regulamento ADR da CCI refere-se que as diversas modalidades nele previstas (“mediation”, “neutral evaluation”, “minitrial”...) se destinam a promover uma “amichevole compositione” do diferendo (v. *Riv. Arb.*, 2002, p. 611). Acontece que na versão francesa diz-se “règlement amiable”, assim se evitando confusão terminológica com “amicable composition” — *equidade*.

Exemplo característico desta dualidade de acepções estava já no Regulamento de Arbitragem da Câmara Arbitral do Piemonte de 1998 (v. *Riv. Arb.*, 2000, p. 636). Na 2.^a Parte — respeitante à *arbitragem* dispõe-se que “os árbitros decidem segundo o *diritto*, salvo se as partes as tiverem autorizado a julgar segundo a *equidade*” (art. 16.3). Na 3.^a Parte — respeitante ao “processo de conciliação ADR — Piemonte” — diz-se (art. 19.1) que a finalidade do processo de conciliação ADR é a de promover *la composizione amichevole* di controversia...

6

Os “males” da “composição amigável” criada (precipitadamente!) pelo art. 35 LAV86

23. Situar-se-á, pois, a composição amigável no espaço natural da *mediação*.

Só que na LAV86 ela está figurada como método de actuação e de decisão em *arbitragem voluntária*.

O mediador (i.e., o conciliador) não *decide*: a mediação é, em princípio, um meio não vinculativo de resolução do litígio⁽³⁹⁾.

médiateur”. Mas exactamente em sentido contrário Fali S. Nariman (*Médiation et Arbitrage*, Bull. CCI, sup. esp. 1999, p. 43 s, *maxime* nota 10) ao confrontar a mediação com a conciliação diz que “le conciliateur prend moins d’initiatives que le médiateur”. Fouchard precisara já que “a mediação é o mecanismo tipo de resolução amigável (“règlement amiable”) de litígios” (*Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges*, em *Mélanges Philippe Kahn*, Litec, 2000, p. 97 s, *maxime* p. 109).

⁽³⁹⁾ Cfr., no entanto, a Directiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, respeitante à mediação em matéria civil e comercial (mas cujo regime poderá ser apli-

No decurso da mediação poderá o mediador contactar com as partes em conjunto ou separadamente.

Mas poderão as partes acordar em que, se da mediação não resultar a “composição amigável” das partes, o mediador passará a ser um árbitro, com poderes jurisdicionais decisórios. Surgirá então uma MED-ARB.

Só que esta não tem sido favoravelmente encarada pela doutrina. Diz-se, sobretudo, que devendo o árbitro comunicar no decurso da *mediação* com as partes, separadamente ou em conjunto, delas terá recebido informações e razões que afectarão a isenção decisória com que deveria actuar na fase decisória⁽⁴⁰⁾. Acresce que, sabendo as partes que, caso se não “componham amigavelmente” na fase de mediação, o *mediador* passará a ser um *árbitro*,

cado a processos internos de mediação) na qual se prevê a executoriedade dos acordos obtido por via de mediação nas circunstâncias previstas no art. 6.º Sobre a Directiva e a sua transposição para o ordenamento português cfr., sobretudo, Dário Moura Vicente, RIAC, 2009, p. 125-148. Cfr., também, suscitando pertinentes dúvidas quanto “à real força da proclamação”, Paula Costa e Silva, *A nova face da Justiça*, Coimbra Editora, 2009, p. 83. Para a *transposição* foi “aproveitada” a Lei 29/2009, de 29.6, que genericamente parecia destinada a aprovar o regime jurídico do *processo de inventário* (!). E consta do art. 79 e não de um diploma próprio e claramente entendível. Na Portaria 203/2011, de 20.5. — essa, sim, referenciada à mediação — “explica-se” no preâmbulo que com aquela Lei “se iniciou o processo de transposição” da Directiva, que a *Portaria* vem completar. Tudo isto revela o *apuro* com que em Portugal hoje se está a legislar... É, aliás, de referir que para efeitos da aplicação da Directiva (i.e. do disposto nos artigos 249-A-B e C e 279 do CPCivil) são “sistemas de mediação”, a *nível nacional*, apenas “os sistemas *públicos* de mediação já existentes ou a criar” — al. a). Ora acontece que na *Directiva* nada aponta para um sistema *público* de mediação. Cfr., por ex., Roberta Tiscini, *Il procedimento di mediazione per la conciliazione delle controversie civili e commerciali*, na *Riv. Arb.*, 2010, p. 585-610. O moderno sistema de mediação comercial foi, como é sabido, tratado pela CNUDCI na *Lei-Modelo* de 2002, que visivelmente aponta para a sua natureza *não pública*. E muito antes disso tinha o nosso *Centro de Arbitragem Comercial* aprovava (em 1994) um “Regulamento de Mediação e Conciliação”. Os centros de mediação constituem, como regra, uma emanação de Câmaras do Comércio ou de organizações ligadas à actividade forense. Assim, apenas como exemplo, a CCI ou a *American Arbitration Association* (cfr., em geral, o já “clássico” *ADR in Business*, de Goldsmith — Ingen Housz — Pointon, *Kluwer Law*, 2006). No tocante à mediação *pública* ela terá sentido quando incluída na área dos *juílgados de paz*. Estes, na feliz formulação de 2001, dão resposta cabal a uma justiça *não judicial* vocacionada para causas de menor relevo material. Isso não tinha acontecido com os 1.ºs *juílgados de paz*, criados pelo Dec.-Lei 539/79, de 31.12, em termos impraticáveis. A A.R. recusou a ratificação desse Dec.-Lei (cfr. o meu despacho, como ministro da Justiça, de 18.2.1980 — B.M.J., 294, p. 11-19), no qual se motivou a A.R.

(40) Assim Redfern — Hunter, *ob. cit.*, p. 40 e Thomas Clay, *L'arbitre*, Dalloz, 2001, p. 431.

agirão no decurso desta com natural reticência, até para preconstituir a sua posição na fase *jurisdicional*, ou seja, na arbitragem.

24. Acresce que numa arbitragem “decidida” por “composição amigável” estarão os árbitros de parte numa relação de maior proximidade com os *interesses* em conflito.

Deverão ser, como qualquer árbitro, integralmente *neutros*. Mas, mesmo insensivelmente, conseguirão sê-lo, por inteiro?

Ao invés, na *mediação* o conflito das partes será *resolvido* pelas partes, elas mesmas, embora apoiadas pelo mediador.

A forma *natural* de encontrar o equilíbrio dos interesses das partes, de as “comprometidas”, é a *mediação* e não a arbitragem na “modalidade” do art. 35 LAV86.

25. A “composição amigável” *arbitral* (!) potencia pois, os *males* que poderão ser figurados na MED-ARB⁽⁴¹⁾.

Realmente, o *mediador* que, na hipótese MED-ARB, passará a ser o *árbitro* é, salvo em casos muito excepcionais, *um*. Na *arbitragem* o tribunal é, por via de regra, constituído por três árbitros, dois dos quais serão *ex-parte*⁽⁴²⁾.

Não haverá mediadores *de parte*. E da *Lei-Modelo* de 2002 (como da anterior, de 1980) vê-se que, salvo convenção em contrário, o mediador não deve actuar no mesmo litígio como mediador e como árbitro⁽⁴³⁾. Ora, é precisamente isso que se dá na “arbitragem por composição amigável”.

⁽⁴¹⁾ Realmente, enquanto a “composição amigável” arbitral terá que se manter, por natural destinação, até final como um meio *híbrido*, na MED-ARB o mediador apenas passará a ser árbitro se as partes nisso convierem. Isto em síntese. Cfr. Jacob Rosoff, *Hybrid Efficiency in the Arbitration: Waiving Potential Conflicts for Dual Role Arbitrators in Med-Arb and Arb-Med Proceedings*, em *Journal of International Arbitration*, 2009, p. 89-100.

⁽⁴²⁾ O que não significa que, como se sabe, não haja um só árbitro (ou mais de três). Mas que não é essa a tendência advém do art. 10, 1 e 2, da *Lei Modelo* e do art. 7.1 do *Regulamento* CNUDCI (2010). Cfr., no entanto, por ex., art. 15.3 da lei espanhola de 2003 e §1035 (3) ZPO. No que respeita à mediação a *Lei-Modelo* da CNUDCI de 2002 sobre conciliação — *mediação* (art. 1.3) figura a hipótese (não confirmada pela prática) de mais do que um mediador. Mas no articulado fala-se sempre do “conciliador” (mediador).

⁽⁴³⁾ Assim R-8 do Regulamento de arbitragem e mediação da AAA (2007). Daí que a MED-ARB apenas seja legítima se o mediador fôr substituído na fase arbitral por outra pessoa (cfr., por ex. Paula Costa e Silva, *A nova face da Justiça...* cit. p. 129).

26. Certo é que o árbitro *de parte* está vinculado a uma actuação imparcial (e independente). Actuar assim é para ele uma questão de honra pessoal e de deontologia profissional e não simplesmente uma obrigação legal⁽⁴⁴⁾.

E se fôr além de um *state of mind* de natural *proximidade* com a parte que o designou e passar a desenvolver ao longo do processo uma *estratégia* de favorecimento dessa parte, actuando com parcialidade *evidente* (e deliberada), afrontará os princípios do contraditório e da igualdade de armas, constantes, designadamente, do art. 16 da LAV86 e violará, por decorrência, regras de ordem pública (processual)⁽⁴⁵⁾.

27. Os árbitros *de parte* não são, por natural destinação lógico-jurídica, mandatários dessa parte; sê-lo-ão de *ambas* as partes⁽⁴⁶⁾.

Poderão ocorrer falhas ou situações desviantes. É a elas que se refere Peter Schlosser⁽⁴⁷⁾ que chega ao ponto de considerar adequada uma decisão do Tribunal Federal Suíço, no sentido “que as exigências de integridade pedidas aos árbitros designados pelas partes não são tão estritas como as pedidas ao presidente do tribunal arbitral”.

Mas não deve ser assim. Se a *neutralidade* pura, quase robotizada, é um mito, o *valor* da imparcialidade aparece sempre como o esperável critério de actuação.

E mesmo quando o árbitro, findo o processo, emite uma *dis-senting opinion* esta não deve necessariamente ser tida como uma

(44) Ahmed El-Kosheri e Karim Youssef em *L'indépendance de l'arbitre*, Bull. CCI, sup. esp., 2007, p. 47. O árbitro *ex-parte* passa a ser árbitro de ambas as partes “ao ponto de poder e dever não dar razão à parte que o designou” (Sergio La China, *ob. cit.*, p. 89). Cfr. Mariana França Gouveia, *O dever de independência do árbitro de parte*, Themis, 16, 2009, p. 319 s, *maxime* p. 325.

(45) Chiara Spaccapelo, *L'imparzialità dell'arbitro*, Giuffrè, 2009, p. 410-419 e autores aí referidos. Cfr. também Sampaio Caramelo, *A reforma da Lei de Arbitragem...*, RIAC, 2009, p. 7 s, *maxime* p. 45-50. E com especial interesse sobre a incidência da violação da ordem pública na anulação de sentença arbitrais, cfr. anot. de Assunção Cristas — Mariana França Gouveia, em *Cadernos de Direito Privado*, 29, 2010, p. 48-56.

(46) Assim, Mário Raposo, *O estatuto dos árbitros*, ROA, 2007, p. 529-540.

(47) em *L'impartialité et l'indépendance de l'arbitre en droit allemand*, na *Riv. Arb.*, 2005, p. 1 s, *maxime* p. 8. Informa, entretanto, Schlosser que a doutrina largamente prevalecente na Alemanha vai no sentido de que não há diferenças de estatuto (p. 6).

“prestação de contas” à parte que o designou e que nele pôs confiança. Tratar-se-á, muitas vezes, da expressão de um ponto de vista pessoal, de auto-estima *intelectual*⁽⁴⁸⁾.

7

Conclusão

28. É de ter como certo que a imparcialidade (e a independência) são qualidades necessárias do árbitro.

Não poderão as partes *renunciar* a essa regra essencial.

O sistema do árbitro *parcial* ou *partidário* — que actua como “arbitrator — advocate” sob a presidência de um “umpire”⁽⁴⁹⁾ — é contrário à ordem pública portuguesa⁽⁵⁰⁾.

29. Acontece, no entanto, que a dinâmica da “composição amigável” *arbitral* propõe o programado e *decisório* equilíbrio de

⁽⁴⁸⁾ O anterior Dec-Lei 243/84 dizia expressamente que “a sentença (...) incluirá os votos de vencido, devidamente identificados” A LAV86 adoptou a mesma solução (art. 23.2). E a Proposta de Lei 48/XI estatui no art. 39.2: “não se formando maioria, o presidente do tribunal tem voto de qualidade e os demais árbitros *exaram* o respectivo voto de vencido”. É de crer que o “pre”-legislador, se adoptar o sistema (que é controvertível) deverá prever que o voto *dissidente* deve ser emitido *em separado*, não sendo incorporado na sentença (neste sentido Claude Reymond). A sê-lo deverá ser *sucinto*, para obstar a excessos já ocorridos (cfr. Mário Raposo, *Estudos...* cit., p. 19-27).

⁽⁴⁹⁾ Marc Henry, *Le devoir d'indépendance de l'arbitre*, LGDJ, 2001, p. 236; Claudio Consolo, *Arbitri di parte non “neutrali”?*, na *Riv. Arb.*, 2001, p. 9-17.

⁽⁵⁰⁾ Cfr. Mário Raposo, *Estudos* cit. p. 82. Patrícia da Guia Pereira (*Fundamentos da anulação da decisão arbitral...*, *O Direito*, 2010, V., p. 1057 s, *maxime* p. 1067, nota 41) refere, no entanto, que na minha “terminologia” (sic) o árbitro *de parte* é entendido como o árbitro parcial ou partidário. Referência que não é, obviamente, exacta. Reconheço, no entanto, que essa perspectiva foi já figurada. Assim M. Taruffo, *Note sull'imparzialità dell'arbitro di parte*, na *Riv. Arb.*, 1996, p. 486: “In quanto *arbitro* egli dovrebbe essere indipendente, neutrale ed imparziale, ma in quanto *di parte* egli non può essere indipendente e nessuno si aspetta — *in realtà* — che egli sia neutrale ed imparziale”. Sem concordar com este *fatalismo* lembro, no entanto, que foi já sustentado que a obrigação de *imparcialidade* deverá advir do *colégio* arbitral e não de cada um dos árbitros. Imparcial deverá ser o *tribunal arbitral*. Não é, de qualquer modo, de acolher esta figuração. A imparcialidade é, em qualquer caso, uma obrigação *pessoal*. Assim também Sergio Marullo di Condojanni, *Il contratto di arbitrato*, Giuffrè, 2008, p. 230.

interesses conflituais. Só que não serão destrincháveis a fase de *composição* e a fase de *decisão*⁽⁵¹⁾.

Nesse contexto o árbitro *de parte*, qualquer árbitro, terá que pisar terrenos movediços, porventura de inapreensível risco para a imparcialidade que, como regra, deverá manter.

24.5.2011

⁽⁵¹⁾ Essa “confusão” não acontecerá no sistema legal que mais proximamente estará do “ambicioso” art. 35 da LAV86: a *Lei sobre a Arbitragem Comercial Internacional*, da província do Ontário (1990) que dispõe no art. 3: “Para facilitar a regulação de um litígio o tribunal arbitral pode, em qualquer fase do processo, com o acordo das partes, tentar a conciliação. E pode igualmente, também com o acordo das partes, retomar a sua função de árbitro”. Do preceito decorre que, por via dele, o árbitro poderá actuar em duas vestes perfeitamente identificáveis e compartimentadas: a de mediador (uma) e a de árbitro (outra). Refira-se, aliás, que o preceito canadense é apontado por Frédéric Bachand (*L’intervention du juge canadien avant et durant un arbitrage commercial international*, LGDJ, 2005, p. 139) precisamente como uma variante da *med-arb*. E em seu entendimento esta não é, só por si, censurável, uma vez que as partes poderão *recusar* o árbitro quando ele assume ou re-assume essa função.

O CASAMENTO DE PESSOAS DO MESMO SEXO

Pelo Prof. Doutor José de Oliveira Ascensão

SUMÁRIO:

1. O itinerário pré-legislativo; 2. Aspectos paradoxais; 3. A questão da homossexualidade; 4. O ponto de encontro com o casamento; 5. Casamento, voluntarismo, institucionalismo; 6. Interpretação jurídica das regras constitucionais sobre casamento; 7. O fundamento; 8. A inconstitucionalidade da Lei n.º 9/2010; 9. E agora?

1. O itinerário pré-legislativo

A Lei n.º 9/2010, de 31 de Maio, introduziu na ordem jurídica portuguesa o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

O instituto cria problemas jurídicos. Acrescentamos brevemente que cria também problemas no domínio da Bioética. Temos defendido que Bioética é, até literalmente, ética da vida. E, se isso não permite atribuir à Bioética todas as questões da vida (porque a Ética é sempre Ética da vida e então toda a Ética equivaleria à Bioética), também não permite reduzir a Bioética à Ética Médica, como vai acontecendo, em consequência de um perigoso esvaziamento da carga ética da Bioética. Há que procurar um meio termo, que a nosso parecer não pode deixar de englobar as graves questões vitais que estão implicadas na figura do casamento de pessoas do mesmo sexo.

Recapitulemos então. Tudo se passou com demasiada celeridade para a delicadeza da questão. Um projecto é aprovado em Fevereiro de 2010 pela Assembleia da República, declarando

expressamente a permissão do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo (art. 1). Alterava os arts. 1577 e 1591 do Código Civil, para suprimir o trecho “de sexo diferente” na definição de casamento e na previsão da ineficácia dos esponsais; e o art. 1690/1, para substituir “tanto o marido como a mulher” por “Qualquer dos cônjuges”, no respeitante à legitimidade para contrair dívidas. Revogava a al. e) do art. 1628, que declarava inexistente “O casamento contraído por duas pessoas do mesmo sexo”. O projecto excluía a adopção por pessoas do mesmo sexo casadas (art. 3). Com esta ressalva, mandava interpretar todas as regras do casamento à luz desta lei (n.º 5). A isto se resumia o Decreto da Assembleia da República.

O Presidente da República requereu a fiscalização preventiva da constitucionalidade do diploma, no concernente à compatibilidade com o art. 36/1 da Constituição. Este dispõe: “Todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade”.

O pedido foi acompanhado por um Parecer jurídico⁽¹⁾ fundamentando as dúvidas sobre a constitucionalidade, a que faremos referência nos lugares respectivos.

Sobre o pedido recaiu o Ac. n.º 121/2010, de 8 de Abril, do Tribunal Constitucional, de que foi relator o Cons. Vítor Gomes. Estão em causa nele as três posições que esquematicamente podemos enunciar sobre o tema:

- I — A Constituição impõe a admissão do casamento entre pessoas do mesmo sexo
- II — A Constituição exclui o casamento entre pessoas do mesmo sexo
- III — A Constituição não toma posição, estando na esfera do legislador ordinário adoptar uma ou outra solução positiva.

As três posições foram defendidas no T.C., como resulta da distribuição dos votos, nomeadamente dos votos de vencido. Prevaleceu a última — o Tribunal decidiu não se pronunciar sobre a

(1) Este vem, no essencial, transcrito no Acórdão do Tribunal Constitucional.

inconstitucionalidade das normas do Decreto da Assembleia da República em causa.

Voltou então o diploma ao Presidente da República, que poderia vetar o diploma. Não o fez, promulgando a lei. Fez acompanhar a promulgação de uma justificação, baseada na irreversibilidade previsível da votação na Assembleia e na urgência para o país de se dedicar a outras questões prementes.

O projecto provocou debate, no curto período disponível, mas de nível muito baixo, a nosso parecer. O argumento principal foi o da igualdade. As posições contrárias exigiram a realização de um referendo sobre a matéria. Reuniu-se o número impressionante de assinaturas na petição respectiva. O referendo foi recusado.

2. Aspectos paradoxais

A maneira como se processou esta grande inversão de orientações básicas da sociedade portuguesa merece reparo.

Seria um problema fundamental, numa altura em que outras grandes questões eram deixadas de lado, por invocação da crise? Haveria grande número de pares do mesmo sexo ansiosos por casar? Seguramente que não, como aliás já podemos comprovar pelo número de casamentos de pessoas do mesmo sexo realizados após a aprovação da lei (a que se terá seguido uma percentagem considerável de divórcios). Os meios de comunicação dão-lhes todo o realce, como a tudo aquilo que tem tonalidade insólita ou está ligado ao sexo, mas pode prever-se que a afluência será escassa. Numa altura em que o casamento e a família sofrem uma crise profunda, em que o casamento se torna *ad libitum* dissolúvel⁽²⁾, em que as pessoas vão gradualmente deixando de casar, são as pessoas do mesmo sexo que se irão casar? Os grandes problemas nacionais passaram a ser o casamento de pessoas do mesmo sexo, quiçá juntamente com o de padres e freiras?

Quando há na realidade verdadeiros grandes problemas nacionais esquecidos, como a taxa de natalidade a descer a níveis assus-

(2) Com prejuízo muito em particular da mulher, o que se silencia.

tadores e o Estado só se lembra da natalidade para aumentar os impostos dos casais que não têm filhos ou para atribuir aos neonatos uma quantia ridícula que poderão levantar aos 18 anos, é o casamento de pessoas do mesmo sexo que é o problema? É previsível que após raros casos iniciais a aplicação da lei fique deserta, ou quase.

A razão é outra: não é por ser um problema fundamental, é por ser uma questão fracturante. Oculta os problemas reais, numa altura de crise radical. Divide. Recebe o contributo dos meios de comunicação social, na ânsia de tudo o que é exótico. E, como questão fracturante, pode ser preciosa para Governos em dificuldades, distraindo as atenções. Assim acaba de acontecer na Argentina, país que por último acolheu o instituto.

Os grandes argumentos são a igualdade e a autonomia. Surgem como razões auto-suficientes. Não precisariam de qualquer demonstração.

Mas **igualdade**, como? Em contrair casamento? É claro que todos podem contrair casamento. Mas contrair entre si, entre pessoas do mesmo sexo?

A igualdade estabelece-se entre iguais. O problema passa a saber se são iguais para o efeito de contraírem casamento. Isso praticamente não se debateu, e constituía justamente o problema.

Por outro lado, a **autonomia**. Mas também a autonomia não é a chave de tudo. É-se autónomo nos termos do enquadramento social: autonomia não é arbítrio. Não se pode fazer o casamento poligâmico ou poliândrico. Não podem casar pais com filhos. Haveria então que demonstrar que há razões que levam a que a vontade individual se imponha neste caso. Também essa demonstração não se fez.

Não se fez, porque o debate foi envenenado desde o início.

Tinha-se chegado a um ponto de equilíbrio na disciplina da matéria. Estabelecera-se a liberdade de orientação sexual, fora de limites como o sadismo ou a pedofilia. Não é isso que está em causa. É a questão fracturante: é o apossamento do valor simbólico do casamento. Como teremos oportunidade de melhor ver na continuação.

Muitos outros aspectos paradoxais poderiam ser sublinhados, na relação com a situação histórica. Mas não será este o ponto que

nos ocupará. A nossa análise não será político-sociológica. Focaremos antes os aspectos éticos e jurídicos, que ficaram omissos no debate desta lei.

3. A questão da homossexualidade

O significado biológico da homossexualidade é por si um problema. Pode ser tomada como uma doença, para a qual se põe a questão do tratamento. Pode haver o sexo aparente que não corresponde ao sexo real. Pode ter sido experiência e tornar-se hábito. As respostas não são muito seguras mas não temos competência para aprofundar.

Para nós, o que é seguro é a influência do ambiente social sobre os comportamentos individuais. De facto, a homossexualidade teve através da História manifestações muito diferenciadas e provocou reacções muito diferenciadas também. Isto revela que não pode ser tomada unicamente como uma manifestação de tendências orgânicas inatas.

Na Grécia antiga, a homossexualidade estava generalizada entre os homens. Ao ponto de se não poder dizer que *eram* homossexuais: antes, *praticavam* a homossexualidade. Os diálogos de Platão revelam-nos as práticas com os efebos, rotuladas como “o amor dos jovens”.

Pelo contrário, noutras culturas a homossexualidade é desconhecida. Temos uma descrição sobre a vida nas montanhas da Nova Guiné. Os homens vivem em cavernas. À noite, o frio é intenso. Os homens dormem encostados uns aos outros para se protegerem do frio. E não obstante, não há homossexualidade.

As reacções são muito diversas também. Em algumas sociedades era aceite, noutras era punida com a morte, como se revela no Antigo Testamento. Há 50 anos era normal em Portugal a agressão física aos homossexuais. Foi-se passando à tolerância, depois à integração na vida privada de cada um, para ao fim ser consagrada como uma liberdade, incluída na liberdade de orientação sexual.

A evolução foi estreitamente dependente de influências externas. Há uma impressionante promoção da homossexualidade, por razões que seria interessante aprofundar⁽³⁾.

Nesta promoção, foi fundamental uma mudança semântica, que é um meio poderoso de influenciar as pessoas sem estas se aperceberem. O termo decisivo foi **homofobia**. A homossexualidade era mal vista. Com a introdução do termo, tudo mudou. O mal passou a residir em quem põe reservas à homossexualidade: esses é que estão debaixo de acusação.

Outra poderosa arma semântica é a qualificação como *gay*, que dá por si uma apresentação agradável e festiva a quem pratica a homossexualidade. Chega-se a manifestações extremas como as paradas de orgulho *gay*. Porquê orgulho? Uma prática sexual é motivo de orgulho? Há orgulho masoquista ou masturbador? A difusão internacional destas manifestações é outra realidade social que carece de ser sociologicamente estudada e explicada. Como também a razão do carácter “folclórico” de que estas manifestações são rodeadas.

O favorecimento é tal que vemos serem dadas ou disponibilizadas por autarquias instalações para agremiações homossexuais. Possivelmente, essas autarquias recusar-se-iam a facultar instalações a instituições de solidariedade social religiosas, alegando que o Estado não é confessional.

De todo o modo, fica assente o peso do factor social na difusão da homossexualidade. E isso retira força à argumentação do carácter biológico da prática homossexual. Não é, seguramente, redutível a resultante de tendência biológica, como se vê considerando que há um número crescente de bissexuais. A homossexualidade é praticada como uma experiência sexual mais, entre tantas outras.

⁽³⁾ Leva a consequências tão anormais como outorgar um privilégio no tratamento da sida: a homossexualidade favorece a difusão da sida, mais do que o relacionamento heterossexual, pelo que há uma probabilidade acrescida de a sida ter sido adquirida por relacionamento homossexual.

4. O ponto de encontro com o casamento

Também o casamento tem uma longa evolução história.

Há todavia um ponto em que podemos logo à partida assentar: o casamento sempre foi uma instituição caracterizada pela heterossexualidade. Ninguém o nega e foi expressamente reconhecido no Acórdão do Tribunal Constitucional, por referência à própria época de formulação do texto constitucional português.

Houve uma larga difusão da poligamia, que se mantém ainda em muitas culturas actuais. Houve também, mais escassamente, a poliandria. Na civilização ocidental, a ligação entre um homem e uma mulher com o fim de constituir a família foi tomada como uma conquista civilizacional.

Nestes termos, que vêm já da Antiguidade Clássica, o casamento bem como a família dele derivada sofreram também vicissitudes várias. O casamento, indissolúvel na prática em Roma, passa a admitir o repúdio da mulher ao tempo da expansão romana. Retoma a indissolubilidade sob influência cristã para chegar hoje, em países como Portugal, a uma dissolubilidade *ad libitum*. A união de facto passa a ser protegida e está sendo assimilada progressivamente ao casamento.

A degradação do casamento integra-se na degradação geral da família. Esta era encarada como a célula-base da sociedade, envolvendo aspectos como ser sede natural da filiação, da educação e sustento dos filhos, bem como a parentela e a família alargada e a projecção transgeracional como efeito da filiação. Era assim objecto de particular protecção.

Foi sendo fragilizada gradualmente, com o triunfo do individualismo. Sociologicamente, foi reduzida à família nuclear. Reformas legais puseram em crise os poderes familiares.

Até há poucos anos, porém, não se contestava o carácter heterossexual do casamento. Os pares homossexuais começaram por ser protegidos como uniões de facto, atendendo sobretudo à vertente patrimonial. O passo seguinte foi, num número ainda reduzido de países, a união civil registada, com maior segurança institucional, mas ainda diferenciada do casamento. Surge enfim o

casamento de homossexuais, que vai em progresso, embora o número de países que o acolhe seja exíguo.

Entre esses poucos países conta-se hoje Portugal.

Muitas vezes, instituições estranhas ao povo português são insufladas com a alegação de que todos os países civilizados... Aqui não: são raros, a nível mundial, os países que acolhem este instituto. O argumento é então invertido: Portugal tem o orgulho de estar na vanguarda...

Mas porquê vanguarda?

5. Casamento, voluntarismo, institucionalismo

O argumento de base apresentado é o da igualdade.

Combate-se a **discriminação** — outra palavra mágica, cujo efeito emocional supera muito o sentido real. Todos devem ter direito ao casamento.

Mas todos têm já o direito de contrair casamento: é a própria Constituição que o assegura (art. 36/1). A afirmação tem de ter pois outro sentido: todos teriam o direito de contrair casamento com quem quiserem — incluindo pessoa do mesmo sexo.

Isso não está já na Constituição. O art. 36/2 remete para “a lei” os requisitos e efeitos do casamento.

Deixando para depois a análise dos textos constitucionais, observamos agora que o direito de contrair casamento com quem se quiser tem como marca a prevalência da subjectividade. É uma manifestação do grande deslizamento do objectivo para o subjectivo que se verifica a partir do voluntarismo, logo no séc. XIII. Foi tendo grandes vitórias históricas, o protestantismo, o contrato social, a crítica da razão pura, até ao triunfo com o individualismo e a civilização dos direitos. No cerne, está um direito não proclamado, o direito de ser feliz, e a relativização das instituições.

No próprio domínio da Bioética temos uma ilustração, com o consentimento informado. É a vontade o elemento essencial de referência. Mas vemos também como, nesses termos absolutos, o consentimento se torna uma ficção, para tudo justificar.

No tema que nos ocupa, como situar o fundamento na vontade dos sujeitos, justificando assim que cada pessoa case com quem quiser? Particularmente, como situar perante a realidade portuguesa? Corresponde ou não a esta?

Uma grande mudança, que tem subjacente uma concepção do mundo e da vida, parece exigir que seja conforme à realidade social e não deve ser imposta por uma constelação ocasionalmente no poder. De outra maneira representaria um abuso ideológico. Não é caso raro: vários têm sido praticados ao longo da nossa história.

Afigura-se que o casamento de pessoas do mesmo sexo é repudiado pela grande maioria dos portugueses. Todavia, não se fizeram estudos sérios a este propósito. Havia porém uma maneira de dissipar as dúvidas: o instituto do referendo. Mesmo com as suas limitações, permite avaliar a orientação prevalente. Por isso, países com sensibilidade democrática o usam para ultrapassar questões de consciência, que os órgãos públicos não se sentem em condições de impor como se fossem matérias de administração corrente.

Gerou-se assim em Portugal uma petição “Movimento Pró-Referendo ao Casamento entre Pessoas do mesmo Sexo”, que colheu um número elevadíssimo de assinaturas, entre 90000 e 100000. Mas não foram minimamente tomadas em conta. Segue-se a tradição de as grandes mudanças serem impostas por maiorias iluminadas de Lisboa e Porto, que são indiferentes ao sentir geral da população. Cabe-lhes bem o lema do imperador Francisco José da Áustria: “Tudo para o povo, nada pelo povo”.

Mas chegados aqui, temos de entrar na análise da substância.

Casamento não é um nome apenas, susceptível de cobrir qualquer conteúdo. Tem um sentido próprio, intrínseco, que não está dependente da vontade de cada um. O casamento como união de pessoas do mesmo sexo não cabe seguramente no entendimento do termo pelo povo português.

Aqui defrontamos o conceito de **instituição**. As instituições, no sentido substancial e não meramente orgânico, são as grandes convicções ou entendimentos sociais que balizam a identidade comunitária. Constituem as bases da formação e continuidade dum

povo. Evoluem como tudo o que é histórico, mas lentamente, dentro dos tempos próprios da marcha de cada agregado humano.

As instituições fornecem o suporte objectivo ao desenvolvimento humano e social duma comunidade. Dão-lhe rotas comuns pré-fixadas de subsistência e desenvolvimento.

A família surge logo à cabeça como instituição-base. É o elemento fundamental de formação, desenvolvimento, estabilidade e continuidade dos seus membros e da sociedade.

A noção de direito ao desenvolvimento da personalidade tem justificação profunda, encarando a pessoa com um ser *in fieri*, que se realiza no tempo pela automodelação livre de cada um. Foi acolhida, e bem, no art. 26/1 da Constituição; não que seja um dom do Estado, mas porque cabe ao Estado estabelecer condições que permitam a todos alcançar o seu próprio projecto. Mas não é uma garantia do arbítrio nem uma exaltação do individualismo. A pessoa vive integrada e apoiada nas instituições, e antes de mais na família.

A família não pode assim ser colocada à mercê de maiorias ocasionais. Há que respeitar os parâmetros básicos da inserção do homem na sociedade.

6. Interpretação jurídica das regras constitucionais sobre casamento

Juridicamente, onde encontrar as bases que suportam estes princípios?

Vamos partir da legislação. Concretamente, o lugar central encontra-se na Constituição.

Nesta, são fundamentais dois artigos: os arts. 36/1, sobre o casamento, e o art. 67/1, sobre a família.

Dispõe o art. 36/1 — “Todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de perfeita igualdade”. Regula depois os requisitos e os efeitos, que remete para a lei, a filiação e a adopção.

Quanto ao art. 67/1, estabelece: “A família, como elemento fundamental da sociedade, tem direito à protecção da sociedade e do Estado e à efectivação de todas as condições que permitam a

realização pessoal dos seus membros”. Regula a seguir os meios de protecção, a paternidade, a infância...

Daqui resulta logo o reconhecimento do significado institucional básico da família. Como resulta a ligação ao casamento, como modo normal de constituição da família, juntamente com a filiação.

É na projecção destes princípios que surge o art. 1577 do Código Civil, que já conhecemos: define casamento como o contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente *que pretendem constituir família...*

Então, o que é *família*? E o que é *casamento*?

Deverá resultar das leis. Há que proceder pois à interpretação das leis, colocando no lugar central a Constituição.

Previamente, façamos uma advertência de ordem geral.

As leis não são elementos que vagueiam num espaço ideal, abstraindo do espaço e do tempo. Só valem num contexto histórico, numa concreta sociedade a que se aplicam. Por isso, o seu sentido deve ser procurado antes de mais atendendo ao seu enquadramento social específico. É sempre por projecção neste que podemos determinar o seu significado e extrair portanto as normas que contém⁽⁴⁾.

Códigos europeus foram postos em vigor em países do Extremo Oriente. Mesmo com tradução literal, o sentido das disposições sofreu imediatamente alterações, por repercussão da ordem social a que foram aplicadas. Por isso se chegou a afirmar, embora com exagero, que fonte do Direito é sempre e só a ordem social. Teremos pois presente que o nosso tema de pesquisa é o sentido das disposições sobre casamento e família, enquanto elementos da ordem jurídica portuguesa.

Ora, em Portugal, as noções actuais de casamento e família não são compatíveis com uma união de pessoas do mesmo sexo. Admitir o contrário seria atentar contra o sentido comum, que é o que ficou plasmado na ordem legal portuguesa.

⁽⁴⁾ Veja-se o nosso *O Direito — Introdução e Teoria Geral*, 13.^a ed., Almedina, 2005 (o título das edições anteriores desta obra foi: *O Direito. Introdução e Teoria Geral. Uma Perspectiva Luso-Brasileira*).

Esta evidência do sentido comum resultará mais tecnicamente fundamentada pelo exame individualizado dos elementos da interpretação.

Para isso, utilizaremos os três clássicos elementos da interpretação jurídica:

- histórico
- sistemático
- teleológico.

I — Elemento histórico

O sentido de casamento, e na sequência o de *família* que se teve em vista em 1976, quando a Constituição foi aprovada, é incompatível com o de casamento entre pessoas do mesmo sexo.

O Ac. do Tribunal Constitucional em análise reconhece-o expressamente como uma evidência à luz da realidade social do contexto em que emergiu: “o casamento que a Constituição representou foi o casamento entre duas pessoas de sexo diferente” (n.º 18). “A pretensão de admissibilidade do casamento com identidade de género entre os cônjuges é fenómeno que ainda não assumia expressão no espaço público nem em Portugal nem, com expressão significativa, noutros países” (*ibid*). É realmente uma evidência, pelo que não necessitamos desenvolver mais: o elemento histórico é categórico.

Mas o Ac. associa logo a esta a afirmação de que a Constituição não proíbe também a evolução da instituição matrimonial. Isso é outra ordem de ideias, que obrigará a distinguir a evolução por lei constitucional e a evolução por lei ordinária. Já não tem que ver com o elemento histórico da interpretação.

Quanto a este, ficou fixado e o seu contributo está determinado, nos termos gerais. A pergunta que se poderia fazer seria: a evolução histórica deu outro sentido a *casamento*, no meio português? Não há nenhum estudo nem nenhuma base para o afirmar. A pretensão emana de minorias activistas, não de qualquer alteração básica de concepções no povo português. Mas é uma questão que não foi levantada e que, ela própria, está por definição fora do elemento histórico.

II — Elemento sistemático

No elemento sistemático distingue-se uma conexão próxima e uma conexão remota. A conexão próxima manifestar-se-á no texto constitucional pela valoração do contexto do art. 36 da Constituição; e, na conexão remota, na conjugação com o art. 67 e outras disposições, igualmente disciplinadoras da família.

A Constituição associa família e casamento a procriação. Não em termos de fatalidade: pode haver procriação fora de todo o vínculo familiar precedente, tal como pode haver vínculo de casamento e não haver procriação. A associação é em termos de normalidade. O casamento tem a potencialidade abstracta de conduzir à procriação, mas isso não implica em cada casal uma manifestação concreta nesse sentido. Pode não haver concretamente filhos por esterilidade, decisão dos cônjuges, idade avançada... Mas o casamento que a Constituição tem em vista é o casamento com complementariedade de sexos e é a essa complementariedade que a Constituição associa a consequência potencial e normal da procriação, que conjuga naquelas duas disposições básicas.

Pertence ainda ao elemento sistemático o confronto com a Declaração Universal dos Direitos do Homem: porque o art. 16/2 CRP dispõe que os preceitos constitucionais⁽⁵⁾ relativos aos direitos fundamentais devem ser integrados de harmonia com a DUDH.

Esta Declaração dispõe, no art. 16/1: “A partir da idade núbil, o homem e a mulher têm o direito de casar e de constituir família...”. Há pois uma expressa especificação da diversidade dos géneros, como foi apontado pelo Presidente da República no pedido de pronúncia do Tribunal Constitucional.

Mas o Acórdão do TC considerou que há um equívoco na invocação do argumento: a DUDH só poderia ser invocada para alargar o âmbito dos direitos fundamentais e não para os restringir, ou para levar a uma solução menos favorável a estes.

É uma asserção que não podemos partilhar. Desde logo, toma como premissa o que só poderia ser a conclusão: que constitui um direito fundamental pessoas do mesmo sexo casarem entre si.

⁽⁵⁾ E também os da lei ordinária, mas esses não estão agora directamente em causa.

A afirmação de ser mais ou menos favorável aos direitos fundamentais só se poderia fazer com base numa tomada de posição no sentido que a solução “correcta” da questão seria a de admitir o casamento de pessoas do mesmo sexo. O Acórdão não o faz porque, como dissemos, toma uma posição neutra quanto ao fundo da questão. Mas assim, a afirmação de que prever sempre mais direitos é desejável é contraditória ou, mais precisamente, é falsa. Temos afirmado que o pulular de direitos fundamentais é negativo, porque o excesso acaba por ocultar ou fazer perder relevo aos verdadeiramente “fundamentais”, que sofrem diluição pelo ingresso de outros de grau menos nobre. Se fosse assim, o texto da DUDH seria também compatível com o casamento entre pais e filhos, ou de grupos de pessoas, perdendo-se todo o significado do texto. Neste não se diz, com efeito, que “todos” ou “todas as pessoas”, mas sim que “o homem e a mulher têm o direito de casar e de constituir família...”. Há uma mensagem explícita, que não pode ser deitada fora com a afirmação de que tudo o que não representar empolamento de direitos fundamentais escapa às previsões da Declaração.

Eis porque devemos concluir que também o elemento sistémico leva a interpretar a Constituição no sentido de garantir o casamento com heterogeneidade dos sexos, e não a possibilidade de casamento de pessoas do mesmo sexo.

7. O fundamento

III — Elemento teleológico

Autonomizamos neste número o elemento teleológico ou racional. Ele dá a justificação do instituto.

Curiosamente, o Ac. não entra neste domínio. Coloca-se na posição de neutralidade aparente: a Constituição não disporia sobre a matéria, sendo compatível com qualquer solução. Caberia ao legislador ordinário tomar livremente a posição que entendesse.

Mas há subjacente uma questão de racionalidade das soluções de que se não pode fugir.

A exigência da diversidade de sexos não é arbitrária. Tem fundamentação ponderosa, que é facilmente captável.

O casamento supôs sempre a diversidade de sexos por se fundar na complementariedade entre homem e mulher. Homem e mulher são iguais em dignidade, mas diferentes física e psicologicamente. Essa diversidade permite que se completem numa unidade, constituindo a “plena comunhão de vida” a que se refere o art. 1577 CC⁽⁶⁾.

Nada disto é arbitrário. O casamento dá o enriquecimento na diferença, com a correspondência exacta à natureza. Representa o enquadramento óptimo para a procriação, criando laços estáveis para realização pessoal e para permitir o desenvolvimento normal de novos seres.

A diversidade biológica e temperamental de homem e mulher, independentemente das estruturas sociais, é e sempre foi uma evidência. Não é defeito, é qualidade. Estudos científicos recentes confirmam as diferenças na formação da personalidade entre os que são criados numa família resultante de um casamento normal e os que habitam com um só dos genitores⁽⁷⁾. As diferenças são muito grandes, psicológicas, comportamentais e até biológicas⁽⁸⁾.

O casamento de homossexuais amputa grande parte do significado da instituição casamento. Todo o elemento de continuidade lhe falta, por natureza. Reveste-se de uma roupagem que lhe é estranha, porque foi talhada para outro tipo de união.

No casamento de pessoas do mesmo sexo, o elemento teleológico não funciona. Os objectivos que se proclamam podiam ser

⁽⁶⁾ Embora retiradas de uma reflexão completamente diferente, mas porque há uma analogia que o próprio autor acentua, não resistimos a reproduzir um texto de Hans Urs von Balthasar: “já não são princípios que se implicam uns nos outros, mas é o outro que encontra o outro precisamente na sua alteridade (de modo paradigmático na relação entre os sexos); e o choque agreste dos seres entre si estranhos, o confronto recíproco — em vez de um impor-se subjugante com a força física ou intelectual — obriga os dois seres a ingressar numa verdade que ultrapassa a sua finitude”: *Só o Amor é Digno de Fé* (trad. de Artur Morão de *Glaubhaft ist nur Liebe*), Assírio e Alvim, 2008, 49.

⁽⁷⁾ Ou com esse em coabitação com um novo parceiro. E muito mais com parceiro do mesmo sexo.

⁽⁸⁾ Vejam-se as referências em *The Witherspoon Institut, Marriage and the Public Good: Ten Principles*, Princeton, 2006, III, págs. 17-19. No mesmo estudo constam a observação: “*Strong, intact families stabilize the state and decrease the need for costly and intrusive bureaucratic social agencies*”, n.º 8, pág. 13. Numa época em que a todos os problemas sociais se responde criando sempre mais e mais órgãos públicos de intervenção, tão pesados como escassamente operantes, estas considerações merecem ser meditadas.

obtidos por outro instituto — a *união civil*, como existe noutros lugares e foi também defendido entre nós. Mas rejeitou-se, com o argumento vazio da não discriminação.

Há que perguntar o que justifica que assim se tenha procedido. Só há uma razão: procura-se **a respeitabilidade social que vem associada ao casamento**. O casamento, mau grado o desprezo com que o Poder o tem tratado, continua a possuir um altíssimo valor simbólico. É desse valor simbólico que os difusores do casamento de homossexuais pretendem apoderar-se: basta para tanto a previsão legal, ainda que depois na prática se venha a recorrer muito pouco ao casamento. É uma machadada mais no casamento, sem corresponder a uma necessidade das uniões de pessoas do mesmo sexo.

Além da redução do valor simbólico, outros prejuízos resultam para o casamento, como a Constituição o prevê. Como foi observado pelo Doutor Fernando Araújo, todas as formas de apoio ao casamento ficam agora constrangidas pela existência de casais homossexuais. O que significa que deixarão de ser introduzidas modalidades de apoio que se considere que não são justificadas para estes casos. O âmbito do possível apoio que deveria ser prestado às famílias nos termos da Constituição (art. 67), hoje já tão escasso, ficará ainda reduzido, por se ter introduzido como igual o que na realidade é diferente.

Mas tudo isto resulta de a admissão deste “casamento” se revelar incompatível com a Constituição. “Família” e “casamento” não são meros nomes, com o conteúdo que o legislador ordinário quiser preencher. Por exemplo, deve ser admitido o casamento poligâmico? Este ainda poderia ser defendido, invocando em seu favor o argumento complementar do grande número de imigrantes de países muçulmanos e outros em que a poligamia é admitida. Mas a resposta é negativa, pois não cabe dentro da Constituição como está⁽⁹⁾, porque não corresponde à comunidade portuguesa.

Está aqui implicado outro valor constitucional, que não pode deixar de ser tomado a sério: o da **identidade cultural**. É previsto

⁽⁹⁾ E haveria sempre mais casos para invocar a discriminação. Porque não o casamento poliândrico? Ou o casamento em grupo, do mesmo ou de sexos diferentes?

no art. 78/2 *c*, enquanto considera incumbência do Estado “promover a salvaguarda e a valorização do património cultural, tornando-o elemento vivificador da identidade cultural comum”. Não se pode admitir uma interpretação de casamento e família que esteja em contradição com essa *identidade cultural comum*.

8. A inconstitucionalidade da Lei n.º 9/2010

Concluimos assim pela inconstitucionalidade da instituição do casamento entre pessoas do mesmo sexo, por contrariedade ao entendimento de *casamento e família* adoptado na lei maior. É falso que nesta matéria fundamental a Constituição se limite a estabelecer conceitos-quadro abertos, à descrição do legislador ordinário. Casamento e família seriam assim meros nomes; mas meros nomes não merecem acolhimento constitucional — e muito menos o regime particularmente protectorio⁽¹⁰⁾ que a Constituição estabelece.

Não se objecte que as leis não são imutáveis. Traria sem dúvida um tema interessante de discussão, saber os termos em que uma mudança do entendimento dominante neste domínio poderia afectar a Constituição. Mas isso não tem nada que ver com a conclusão a que chegámos. O que contestamos é a actual alteração da Constituição por lei ordinária.

Portanto, ainda que se entendesse que se pode mudar no condicionalismo actual a Constituição, no sentido de permitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo,

mesmo contra o sentir generalizado do povo e a identidade cultural do povo português,

mesmo sem dependência da realização dum referendo,

sempre concluiríamos que a lei é inconstitucional, porque o que se não pode fazer é mudar a Constituição por lei ordinária.

Retomamos um elemento de carácter imaterial mas importantíssimo, que é deste modo gravemente afectado: o valor simbólico

⁽¹⁰⁾ Com notório défice de projecção na prática, por responsabilidade de quem o deveria fazer.

do casamento. Este está ínsito na consagração e protecção constitucional do casamento. A integração no conceito de casamento e nos efeitos deste da união entre pessoas do mesmo sexo contraria e corrói gravemente esse valor simbólico. É mais um golpe numa instituição que a Constituição entende como um pilar da vida comunitária.

O Acórdão do TC teve dois votos de vencido dos Conselheiros José Borges Soeiro e Benjamim Rodrigues. Seja-nos permitido citar o trecho final do voto deste último:

“O reconhecimento aos homossexuais, sob invocação dos princípios da dignidade humana, da igualdade e da privacidade, do direito de procederem legalmente à união civil das suas vidas, não autoriza a que esse tratamento tenha de passar pela *apropriação do valor simbólico do casamento* e do *estado de casado* enquanto instituição própria, segundo a sua matriz histórica, de uma união entre pessoas de sexo diferente, afectando desse jeito a imagem da instituição existente.

A *diluição* ou *degeneração* do valor social do estado de casado segundo um paradigma de diferenciação de sexos não se afigura necessária para salvaguardar os direitos fundamentais dos casais homossexuais, antes prosseguindo o intuito ilegítimo de confundir ou ocultar, à custa do valor próprio do casamento, enquanto união reconhecida entre homem e mulher, adquirido ao longo dos séculos, uma parte da realidade de facto que subjaz ao acesso a esse estado”.

9. E agora?

Qual será a evolução previsível?

Antes de mais, haverá que proceder a um estudo cuidadoso das implicações da nova lei — inválida mas eficaz. Nomeadamente, no que respeita à compatibilidade do regime do casamento, que foi traçado tendo em vista a diversidade dos sexos, às uniões homossexuais. É um estudo que deveria ter sido feito antes da aprovação da lei, e não se fez. Há que fazê-lo agora, revelando incongruências e dificuldades de adaptação que, embora os deve-

res fundamentais tenham um análogo, poderão marcar agendas de futuro. Isto é mais importante do que discutir a qualificação, se deverá qualificar-se o instituto introduzido como casamento ou não, porque essas diferenças darão justamente a base que por agora falta para o fazer.

Noutro plano, pode-se hoje já verificar que tiveram razão aqueles que, como Pacheco Pereira, previam que, após alguns poucos casamentos iniciais, o movimento se rarificasse, tornando-se quase nulo. A primeira parte parece já se poder dar por confirmada: não se vê nenhuma grande afluência de pares homossexuais ao casamento. A grande cobertura mediática dos primeiros casos, na ânsia do anómalo, revela simultaneamente a escassez de ocorrências. E é natural que assim seja: se as pessoas casam cada vez menos, por que é que entre pessoas do mesmo sexo é que haveria uma grande apetência pelo casamento?

Simultaneamente, isto confirma que não havia um grande problema social. Fica-se na questão fracturante. O valor simbólico está atingido. Pelo que a segunda parte da previsão tem agora uma base mais segura: semelhantes casamentos serão raros.

Por outro lado, o movimento tão forte na promoção da homossexualidade, cuja explicação ainda não se consegue inteiramente captar, não amainará com a emissão da lei. Continuará a receber o mesmo influxo exterior e lançar-se-á a novos objectivos. Não se contentará com a tolerância ou a liberdade, procurará outras causas fracturantes. Portanto, persistirá em impor à comunidade consequências de uma opção sexual, além da captura do valor simbólico do casamento.

O próximo objectivo está já anunciado: o reconhecimento da adopção por casais homossexuais (casados), que a Lei n.º 9/2010 expressamente exclui no art. 3. É efectivamente questão fracturante, que será suscitada com base nos mesmos inconcludentes pressupostos da igualdade e da autonomia.

Não cabe discutir esta questão a fundo: constitui um tema só por si. Apenas observamos brevemente que a adopção por casais homossexuais é ainda mais injustificada que o casamento em si. Não só os casais do mesmo sexo não são iguais aos heterossexuais,

como a autonomia não é uma soberania que permita prosseguir unilateralmente vontades sem atenção aos interesses dos outros.

Há que acentuar fortemente que na adopção o interesse prevalente é o do adoptado. Este interesse requer um casal normal para a adopção. Não se pode colocar em primeiro lugar o interesse de um ou ambos os elementos de um casal do mesmo sexo.

A primeira objecção estaria na marca social que deixaria no adoptado a sua integração num casal homossexual. Mas ainda abstractando disso, estes casais não permitem a complementariedade na formação do adoptado que é tão importante para a formação das crianças.

Invoca-se ainda a grande vantagem que da admissibilidade da adopção por estes casais resultaria para as crianças que dela carecem. O argumento aparenta ser tão falacioso como o da necessidade de admissão do casamento. Tudo indica que, mesmo a ser permitido, o número de adopções seria insignificante. Pelo que não seria por este meio que se modificaria o panorama da adopção.

Na realidade, tal como na campanha pela admissão do casamento, também aqui é o valor simbólico que está essencialmente em causa. Quer-se assegurar o reconhecimento legal e não resolver uma necessidade instantânea de estes casais adoptarem ou de crianças serem adoptadas.

Mas as posições estão definidas, para uma batalha que se irá travar. Pelo que podemos prever que, se houver uma maioria favorável, essa questão fracturante será sem dúvida levada ao rubro.

E se acontecer o contrário? Se houver uma maioria decisória hostil ao casamento de pessoas do mesmo sexo?

Ficará afastada a hipótese da adopção. Mas o que estará em causa será a revogação da lei.

Analisando juridicamente, observemos que é possível fazê-lo por lei ordinária. Se está na liberdade do legislador fazer, também o está desfazer. O Ac. do Tribunal Constitucional deixa às mãos livres para intervir nesse domínio, sem necessidade de alteração constitucional.

E será necessária a realização de referendo?

É uma questão de opção política. Basta-nos observar que, também aqui, a maioria não está vinculada. Se a alteração foi apro-

vada sem ter sido precedida de referendo, por maioria de razão o regresso à situação primígena não está dependente de referendo.

Suponhamos então que a lei é revogada.

Decerto que surgiriam problemas de transição. Mas não há necessidade de lei transitória para manter os casamentos que entretanto tivessem sido realizados. Poderiam subsistir como “uniões civis registadas” ou instituição que se quisesse criar, mas não há nenhum princípio de irreversibilidade da situação, uma vez criada. Onde haveria que ser cuidadoso seria na determinação dos efeitos que não deveriam ser postos em causa.

É de prever que, no trânsito para um instituto que estabelecesse a união civil de pessoas do mesmo sexo, não haveria grandes diferenças de regime. Mas preservar-se-ia o carácter simbólico do casamento, como a via paradigmática de constituição da família na nossa sociedade.

A FASE ACTUAL DA CRISE DO EURO

Pelo Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha

1. A concepção da união monetária de Maastricht não comporta ingredientes de solidariedade, como os que poderiam inspirar a criação de mecanismos de compensação financeira entre os Estados participantes.

O pacto de estabilidade, instrumento complementar da visão da união económica e monetária, veio visar a prevenção dos desvios orçamentais. Mas o exemplo da França e da Alemanha em 2003, recusando-se a aceitar a sujeição ao mecanismo sancionatório dos défices excessivos, minou a credibilidade do pacto.

A uma vertente monetária com muito forte intensidade supranacional contrapôs-se uma vertente económica frouxa e de raiz intergovernamental. O orçamento comunitário continuou bem longe de apresentar características pré-federais, quedando-se em nível só ligeiramente superior a 1% do PIB da União. O Tratado de Lisboa, atendo-se a aspectos institucionais, recebidos, sem originalidade, mas com a omissão de elementos simbólicos, do projecto de Constituição europeia, ignorou por completo a necessidade de se aperfeiçoar a união económica, configurando-se, neste ponto, como uma oportunidade perdida.

2. Nos primeiros anos, tudo parecia facilidade no funcionamento da zona euro. As taxas de juro reduzidas proporcionaram um convite ao aumento do consumo e ao endividamento, que cer-

tos Estados membros se apressaram a aceitar com algum espírito de leviandade.

Em Portugal, foram manifestas as expressões de embevecimento pela inclusão no grupo de fundadores da moeda única. Esta decisão, como sublinhámos vai para dez anos, traduzia a aceitação acrítica da estrutura da união monetária. Em escritos que elaborámos a partir de 1998, notávamos que não se ponderou que a entrada para a união monetária envolvia o imperativo de realização de reformas estruturais visando a melhoria da produtividade e da competitividade. Ora, este ponto vital foi descurado.

3. Os promotores da UEM parecem ter-se esquecido de que a união monetária assenta naquilo que foi referido como um “contrato implícito”, segundo o qual, em contrapartida da perda dos instrumentos nacionais de política monetária cambial, deverá haver mecanismos de compensação financeira entre os Estados membros, visando apoiar as economias mais débeis. Recordo que, na altura, invocando exemplos como o da Dinamarca, defendemos uma posição de “wait and see” em relação à principal realização de Maastricht, afirmando a conveniência de se adiar a experiência da assunção da moeda única.

No âmbito da união monetária, como também então apontámos, os desequilíbrios das economias nacionais têm expressão nos limites do crescente endividamento em relação ao exterior. Contrariamente a uma ilusão frequente, na união monetária a balança de transacções correntes continua a existir; só que o problema do seu financiamento deixa de se traduzir numa crise cambial declarada, passando a ser evidenciado de outra forma. E, atingido o ponto para além do qual o progressivo endividamento externo deixa de ser viável, por recusa dos credores, ou exigências, nos mercados, de taxas de juro in comportáveis, a recuperação do equilíbrio envolve necessariamente a adopção de políticas de austeridade, comportando a compressão dos salários e induzindo à recessão. Na falta do instrumento cambial, o reequilíbrio é particularmente penoso.

4. A crise da economia portuguesa dentro da zona euro deve-se, em resumo, à aceitação da concepção da união monetária

de Maastricht; à opção não discutida pelo estatuto de país fundador; à incapacidade dos governos de definirem e implementarem políticas estruturais para assegurar a competitividade; à falta, no figurino da união, de instrumentos de compensação dos desequilíbrios entre as economias participantes.

Como escrevemos em 1998, a propósito da então próxima entrada para a união monetária europeia, “no deslumbramento algo ingénuo em que se vive, a presença na formação da união monetária é apresentada como uma vitória política, quando na verdade os problemas de fundo ainda estão a delinear-se”.

A concepção do “contrato implícito” terá inspirado os “Pacotes Delors”, focalizados em fundos estruturais proporcionados aos países com economias mais fracas, os quais visaram a formação do mercado interno e o lançamento das fases de construção da união económica e monetária.

Mas, em si mesma, a visão da união monetária que se contem no Tratado de Maastricht não engloba factores deste tipo. A união monetária foi criada como se se pudesse assepticamente despolitizar a moeda, confiando a sua gestão a um órgão supranacional, independente dos poderes públicos, e adiando-se a prossecução da integração na vertente económica.

Mas, como já lembrámos no texto citado, a união monetária dificilmente poderia manter-se sem a introdução de fórmulas de federalismo financeiro, goste-se, ou não, das implicações de tal introdução em termos de acrescida intensidade da integração. Foi já sob a pressão dos acontecimentos que a União Europeia veio proporcionar, com carácter casuístico, o primeiro auxílio financeiro à Grécia, e estruturou depois o mecanismo de apoio, vigente até 2013, que foi aplicado à Irlanda e a Portugal.

5. Nas posições quanto à evolução da integração europeia, era habitual, no passado, contrapor o intergovernamentalismo, favorável a sistemas de decisão centrados nos Estados nações e a formas de integração negativa, ao federalismo, visando a transferência de poderes soberanos para órgãos centrais e, no limite, a criação do Estado federal europeu.

Ao longo do processo de integração, têm ocorrido importantes passos supranacionais, mas continuando a não ser transposta a linha da perda da qualidade dos Estados como entes soberanos na cena internacional. A realidade actual da integração situa-se, assim, entre as posições extremas daquela dicotomia.

A experiência da união económica e monetária poderia ter constituído um catalisador da formação de um (futuro) super-Estado europeu, associada à realização e intensificação de formas de federalismo orçamental e fiscal, ligadas, por seu turno, à proximidade do federalismo político. Este desenvolvimento, porém, não ocorreu, e o espírito europeu, não obstante sinais positivos pontuais, atravessa, até, na actualidade, um dos seus pontos mais baixos.

Para isso, terão concorrido a heterogeneidade suscitada pelos alargamentos do século XXI (o movimento não pára, parecendo estar para breve a extensão à Croácia, como 28.º país membro); a clivagem entre os pequenos e médios países e os grandes, que foi acentuada pelo Tratado de Lisboa; a propensão nacionalista dos eleitorados, revelada na crise da Constituição europeia e, presentemente, nas hesitações alemãs perante a questão da dívida soberana; a adopção de soluções de integração diferenciada, mesmo em temas centrais da integração, reveladas no regime de Schengen e na formação da zona euro.

6. Passou a onda, se verdadeiramente chegou a existir, das visões federalistas da Europa. Basta atentar no alargamento a cerca de três dezenas de países para se reconhecer a impossibilidade de fazer funcionar uma federação europeia — a menos que esta última seja integrada por um grupo muito mais restrito de Estados.

Mas o que é sobretudo preocupante é que está a faltar a solidariedade intra-europeia. Viu-se isto na crise das dívidas: a Europa tende a responder tarde, e sem firmeza nem convicção, aos desafios que enfrenta, perdendo o sopro de inspiração que há muitos anos foi lembrado como o “parfum d’aventure” que dimanava das suas realizações.

Sem ir até ao extremos das fórmulas federais mais ou menos típicas, afigura-se urgente reanimar o espírito europeu, contra-

riando os impulsos egoístas e hegemónicos que tomam vigor em países-chave da União.

7. No tocante à questão das dívidas soberanas, é importante que a União Europeia assuma uma posição global e convincente no apoio aos seus membros em dificuldade. Entre outras soluções que têm sido aventadas, lembre-se a proposta de emissão de “euro bonds”, obrigações internacionais suportadas colectivamente pelos países da União que fazem parte da zona euro. O jogo da retórica está longe de ser suficiente, como o mostra a indiferença dos mercados perante a repetida emissão de declarações de apoio ao euro e à respectiva zona.

A crise das dívidas soberanas configura-se, no presente, como uma ameaça à estabilidade da zona euro e da própria União Europeia. Com o Tratado de Lisboa visou “salvar-se” o conteúdo da malograda Constituição europeia. Mas nada se adiantou quanto aos grandes temas da integração económica.

É neste plano, muito mais do que no domínio institucional, que a Europa precisa de uma “refundação”.

8. O “Memorando de Entendimento”, divulgado a propósito do pedido de auxílio externo formulado por Portugal, ocupa-se dos factores do crescimento económico, antevendo a recuperação deste, após dois anos de recessão, a partir de 2013, à medida que “os mercados recuperem a confiança na economia e que as reformas estruturais comecem a produzir frutos”.

Este é o grande desafio que defronta um programa integrando medidas de austeridade, pois se torna imperioso que esta não seja tão acentuada que se mostre impeditiva da retoma do crescimento — além de não dever exceder, como é óbvio, os limites de tolerância sociais e políticos das medidas estabelecidas.

9. A par de esforços dirigidos à reorganização do sector público (os quais abrangem áreas variadas, como as parcerias público-privadas, as privatizações, a estrutura da administração fiscal), a consolidação do sistema financeiro, a remodelação do sistema judicial, o Memorando debruça-se sobre as reformas estrutu-

rais visando incrementar a competitividade. Neste plano, assume especial relevo a proposta de uma grande (“major”) redução da taxa social única, como instrumento de uma “desvalorização fiscal”, a ser compensada sobretudo por alteração da estrutura e das taxas do imposto sobre o valor acrescentado, tudo dependendo, aliás, da extensão que venha a conferir-se àquela redução.

Por outro lado, reafirma-se a necessidade de estimular a concorrência no sector dos bens não transaccionáveis, para que o crescimento se oriente em direcção dos transaccionáveis. É de notar, no entanto, que o Memorando não contem análises ou desenvolvimentos quer em relação ao problema do défice da balança de transacções correntes, quer em matéria de atracção de capitais.

10. A concessão de assistência financeira a Portugal foi, pois, objecto de recomendações de política económica, sendo a condicionalidade assim definida objecto de revisões trimestrais: a primeira tendo lugar no 3.º trimestre de 2011; a última (12.ª) no segundo trimestre de 2014, e baseando-se a outorga das prestações em que se materializa o auxílio externo na observância de critérios de realização quantitativos. Não tendo descurado, como se vê, as questões relativas ao crescimento, o Memorando é todavia pouco preciso quanto à forma de se dar a volta à situação da conjuntura. E a actual experiência da Grécia testemunha a dificuldade de se passar de uma espiral descendente de austeridade e recessão para a visada retoma do crescimento, em condições de sustentabilidade do défice e de estabilização da dívida.

11. É de notar também que se mostra bem difícil recuperar a confiança dos mercados e das agências de “rating”, uns e outras tendo incorrido em visíveis exageros e mostrado grande insensibilidade à divulgação de sinais de melhoria, atinentes ao anúncio de medidas de estabilização ou às condições políticas de aprovação dos programas.

A descrença na capacidade efectiva de se operar o reembolso das dividas soberanas, expressa na persistência de taxas de juro insuportavelmente elevadas e na depreciada notação da dívida dos

países envolvidos, atesta as interrogações que continuam a rodear a crise do endividamento dos países periféricos da zona euro.

Veremos como funcionará o “mix” (comportando, em si, certos aspectos em alguma medida contraditórios) das doses de austeridade e das medidas visando a recuperação do crescimento.

12. Cabe ainda focar dois pontos.

Por um lado, uma condicionalidade demasiado rigorosa poderia pôr em causa a estrutura daquele “mix”, estrangulando as perspectivas de crescimento. A este respeito, as taxas de juro não distantes de 6% em que se traduzirá o apoio financeiro (pesando mais, paradoxalmente, as dimandas da União Europeia do que a da parcela confiada ao Fundo Monetário Internacional) afiguram-se demasiado elevadas. Este é um aspecto em que é visível faltar o espírito de solidariedade, que infelizmente, como se disse atrás, não abunda na actual construção europeia.

Por outro lado, as metas para o défice orçamental afiguram-se demasiado exigentes. É certo que o Memorando substitui a anterior previsão de 3% do PIB, que tinha sido fixada para o ano de 2012, pela consecução de tal objectivo apenas em 2013. Mas isto resulta fundamentalmente de se ter alterado o ponto de partida em consequência da revisão do défice efectivo relativo a 2010, o qual passou para nível superior a 9%, revisão que tornava irrealistas as previsões seguintes. De resto, o apuramento da posição orçamental do primeiro trimestre de 2011 faz reacear nova derrapagem, a que o Governo, agora vinculado pelo dispositivo do Memorando, procura responder pela tomada de medidas excepcionais de austeridade fiscal.

Em nossa opinião, nas negociações que se seguiram ao pedido de auxílio externo teria sido de enorme utilidade que se procurasse conseguir que a meta de 3% só tivesse de ser atingida no ano de 2014.

13. Não é difícil separar o caso português do caso grego na análise das dificuldades suscitadas no contexto da crise das dívidas soberanas.

Na Grécia, foi a verificação da deturpação das contas nacionais que precipitou a escalada das taxas de juro e os problemas que se seguiram.

Após mais de um ano de aplicação, o programa de auxílio externo não produziu os resultados visados, ao ponto de agora se suscitar, para mais em condições dramáticas, a necessidade do seu reforço. Parece próxima uma situação-limite, em que a reestruturação da dívida soberana seja abertamente equacionada.

E tem-se falado, até, na hipótese de abandono pela Grécia da zona euro — embora em termos mais velados, pois tal abandono traria porventura mais problemas do que aqueles que resolve, e afectaria profundamente a construção europeia.

Com efeito, a dívida externa continuaria expressa em euros, moeda sobrevalorizada após o retorno à moeda nacional, sendo o seu peso substancialmente agravado; ocorreriam graves perturbações no sistema financeiro; gerar-se-ia um surto inflacionista dificilmente controlável. É mesmo discutível que se conseguisse atingir, na medida necessária, o aumento do volume dos bens exportáveis; e haveria ainda a dúvida sobre a disponibilidade dos mercados externos para os absorver. Estaria, aliás, aberto o precedente da saída do euro, com a consequente aura de fragilidade da moeda europeia.

Portugal, como é sabido, não esteve na origem do desencadear do processo. Não foi acusado de falsear contas, nem apresentou défices públicos tão profundos, mas, tendo-se acentuado irresponsavelmente o endividamento em relação ao exterior, o País viu-se enrolado na onda da crise. Apesar de tudo — diferença fundamental —, a dívida pública portuguesa em relação ao exterior não atinge duas terças partes da dívida homóloga grega .

14. O programa de auxílio externo negociado por Portugal não enfrenta as mesmas dificuldades, no plano parlamentar, que se têm verificado no caso da Grécia, tendo aquele sido aprovado pelos três maiores partidos, reunindo mais de 80% dos votos na Assembleia. Por outro lado, não se deparou, até ao presente, com as perturbações sociais e movimentações extra-parlamentares muito sensíveis no caso da Grécia.

É, todavia, preocupante, no que se refere à situação portuguesa, que tenha perdurado ao longo de toda a primeira década

deste século a situação de estagnação económica — situação infelizmente ímpar, sem paralelo nos casos espanhol, grego e irlandês.

Por outro lado, há sempre que ter em conta o temido efeito de contágio, que leva a transpor as dificuldades sentidas pelo país cuja situação se mostra mais grave para os seus parceiros envolvidos em problemas comparáveis. Até agora, as instituições europeias não puderam, ou não souberam, construir um dique que impeça a propagação de choques em cadeia, nem encontrar um antídoto para a impune sobrançeria das agências de “rating”.

30-06-2011

AS PRÁTICAS COMERCIAIS DESLEAIS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Pelo Prof. Doutor Luís Manuel Teles de Menezes Leitão

1. Generalidades

Um dos vectores fundamentais para a tutela do consumidor consiste na sua defesa contra as práticas comerciais desleais e agressivas, situação que na actual sociedade de consumo assume cada vez mais relevância. Efectivamente, o modelo tradicional do comércio pré-sociedade industrial, em que o comerciante se encontrava calmamente instalado no seu estabelecimento, onde aguardava passivamente a chegada dos clientes, foi actualmente substituído por um modelo de comerciante activo e dinâmico, que vai em busca dos seus clientes, procurando através das mais variadas técnicas convencê-los a adquirir o seu produto, técnicas essas que muitas vezes estabelecem um autêntico cerco ao consumidor, quando não mesmo o manipulam psicologicamente⁽¹⁾.

Tradicionalmente, a repressão das práticas comerciais agressivas era apenas possível com base na legislação comercial e nos deveres de ética profissional dos comerciantes, sancionados exclusivamente através do instituto da concorrência desleal. Mas a ideia base desse instituto é precisamente a de que apenas os comercian-

⁽¹⁾ Cfr. LUIS M. MIRANDA SERRANO, *Los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles. Su caracterización en el Derecho español*, Madrid / Barcelona, Marçal Pons, 2001, pp. 13 e ss.

tes lesados pelos actos de concorrência poderiam reagir contra a situação. O consumidor, sendo o principal objecto da disputa concorrencial, não aparece tutelado pela disciplina da concorrência⁽²⁾.

Actualmente, a situação modificou-se, verificando-se que a disciplina da concorrência desleal e da liberdade de concorrência, tem vindo a desempenhar uma importante função no âmbito da protecção dos consumidores, na medida em que ao tutelar o concorrente médio, acaba por realizar o interesse dos consumidores num funcionamento racional do mercado⁽³⁾.

É assim um vector importante de protecção aos consumidores a legislação contra as denominadas práticas comerciais desleais e agressivas. À volta dele se articulam inúmeras normas e regras tendentes a defender o consumidor contra as suas próprias fraquezas perante tentações e solicitações a que é exposto através de métodos comerciais agressivos, utilizados por empresas que na mira de expansão dos seus negócios, têm a preocupação de descobrir e empregar técnicas de distribuição e de promoção sedutoras, aproveitando-se da debilidade e vulnerabilidade dos consumidores⁽⁴⁾.

Uma das poucas medidas que a Comissão Barroso adoptou na esfera dos direitos dos consumidores foi precisamente a adopção da Directiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Maio, relativa às práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores no mercado interno⁽⁵⁾. Esta Directiva foi transposta em Portugal pelo Decreto-Lei 57/2008, de 26 de Março, que passaremos a examinar de seguida.

⁽²⁾ O que não se apresenta correcto, já que, conforme refere EIKE VON HIPPEL, “Verbraucherschutz”, em *RabelsZ* 40 (1976), pp. 513-534 (529), trad. port. sob o título “Defesa do consumidor” no *BMJ* 273 (1978), pp. 5-37 (29), a concorrência é o melhor amigo do consumidor.

⁽³⁾ Esta é uma tendência corrente na Alemanha onde a cláusula geral do § 1 UWG, tendo sido bastante usada para efeitos de protecção dos consumidores. Cfr. GERHARD SCHRICKER, “Wettbewerbsrechtliche Aspekte des Verbraucherschutzes” em *RabelsZ* 40 (1976), pp. 535-578.

⁽⁴⁾ Cfr. JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Responsabilidade civil do produtor*, Coimbra, Almedina, 1990, p. 75.

⁽⁵⁾ Para uma crítica contundente, mas justificada a esta Directiva, cfr. Cfr. JORGE PEGADO LIZ, “A ‘lealdade’ no comércio ou as desventuras de uma iniciativa comunitária (análise crítica da directiva 2005/29/CE)”, na *RPDC* n° 44 (Dezembro 2005), pp. 17-93.

2. A proibição genérica das práticas comerciais desleais nas relações de consumo

2.1. Generalidades

O art. 4.º do Decreto-Lei 57/2008, estabelece singelamente a proibição das práticas comerciais desleais, referindo o art. 5.º, n.º 1, que “é desleal qualquer prática comercial desconforme à diligência profissional, que distorça ou seja susceptível de distorcer de maneira substancial o comportamento económico do consumidor seu destinatário ou que afecte este relativamente a certo bem ou serviço”.

É possível decompor esta definição nos seguintes elementos:

- 1) Prática comercial;
- 2) Desconformidade da prática à diligência profissional;
- 3) Efeito ou susceptibilidade de distorcer de maneira substancial o comportamento económico do consumidor seu destinatário ou de afectar este relativamente a certo bem ou serviço.

Examinemos sucessivamente estes requisitos:

2.2. Prática comercial

A definição de “prática comercial da empresa nas relações com os consumidores, ou, abreviadamente, prática comercial” consta do art. 3.º *d*), que considera como tal “qualquer acção, omissão, conduta ou afirmação de um profissional, incluindo a publicidade e a promoção comercial, em relação directa com a promoção, a venda ou o fornecimento de um bem ou serviço ao consumidor”. Trata-se de uma definição manifestamente abrangente, que permite incluir toda e qualquer conduta do profissional praticada nos preliminares ou na formação de negócios de consumo e com estes relacionados.

2.3. Desconformidade da prática à diligência profissional

Relativamente à desconformidade da prática com a diligência profissional, há que tomar em consideração o conceito de diligência profissional que consta do art. 3.º g) deste diploma, que a define como “o padrão de competência especializada e de cuidado que se pode razoavelmente esperar de um profissional nas suas relações com os consumidores, avaliado de acordo com a prática honesta do mercado e ou com o princípio geral da boa fé no âmbito da actividade profissional”. Compreender-se-ão aqui, portanto, os padrões éticos pelos quais o profissional deve pautar a sua actividade, em conformidade com as regras gerais do mercado ou com as regras específicas da sua profissão.

Naturalmente que as práticas admissíveis variarão consoante a actividade profissional em causa, podendo uma prática considerada admissível numa profissão já não o ser noutra profissão. Muito importantes são por isso os códigos de conduta aprovados para determinadas profissões⁽⁶⁾, previstos nos arts. 17.º e ss. É, no entanto de salientar que esses códigos podem estabelecer uma protecção do consumidor superior à que resulta dos preceitos legais (art. 17.º, n.º 1), mas já não poderão derrogar esse regime (art. 18.º).

2.4. Efeito ou susceptibilidade de distorcer de maneira substancial o comportamento económico do consumidor seu destinatário ou de afectar este relativamente a certo bem ou serviço

Finalmente, exige-se que a prática comercial produza ou seja susceptível de produzir o efeito de distorcer de maneira substancial o comportamento económico do consumidor seu destinatário ou de afectar este relativamente a certo bem ou serviço. Este requisito é

⁽⁶⁾ O art. 3.º f) define código de conduta como “o acordo ou conjunto de normas, não impostas por decisões legislativas, regulamentares ou administrativas, que define o comportamento de profissionais que se comprometem a ficar vinculados por este código no que diz respeito a uma ou várias práticas comerciais ou sectores de actividade específicos”.

igualmente objecto de concretização no art. 3.º, *d*), onde se considera “distorcer substancialmente o comportamento económico dos consumidores” a realização de uma prática comercial que prejudique sensivelmente a aptidão do consumidor para tomar uma decisão esclarecida, conduzindo-o, por conseguinte, a tomar uma decisão de transacção que não teria tomado de outro modo”. Este requisito é ainda concretizado no art. 5.º, n.º 2, onde se estabelece que “o carácter leal ou desleal da prática comercial é aferido utilizando-se como referência o consumidor médio, ou o membro médio de um grupo, quando a prática comercial for destinada a um determinado grupo de consumidores”. A utilização deste critério do consumidor médio tem vindo, porém, a ser objecto de críticas, por se considerar que os profissionais não devem poder exonerar-se invocando a especial ingenuidade ou credulidade de alguns consumidores, fora dos casos previstos no art. 6.º *a*)(7).

Apesar de não expressamente referido nesta definição o comportamento económico do consumidor que a prática comercial pode distorcer resultará inevitavelmente numa decisão de transacção, que o art. 3.º *l*) define como “a decisão tomada por um consumidor sobre a questão de saber se, como e em que condições adquirir, pagar integral ou parcialmente, conservar ou alienar um produto ou exercer qualquer direito contratual relativamente ao produto, independentemente de o consumidor decidir agir ou abster-se de agir”. Neste âmbito pode sustentar-se que este diploma pretende evitar que o consumidor não faça um exercício efectivo da autonomia privada, tomando decisões negociais devido a comportamentos agressivos ou enganosos da outra parte.

(7) Cf. JORGE PEGADO LIZ, *RPDC* n.º 44 (Dezembro 2005), p. 77, que critica a noção de consumidor médio, por considerar que «(...) um consumidor “médio” é uma utopia, ninguém é “médio” e se tal noção pode servir, em casos concretos, nas decisões jurisprudenciais, para resolver conflitos de interesses, avaliar o grau de conhecimento presumido ou presumível, não se pode basear toda uma política de protecção dos consumidores numa ficção».

3. Proibições específicas de certas práticas comerciais desleais

3.1. Generalidades

Para além da definição geral do art. 5.º, os arts. 6.º e ss. do D.L. 57/2008 indicam várias modalidades de práticas comerciais desleais. Esta enumeração não é, porém, exaustiva, como resulta claramente da utilização da expressão “em especial” no art. 6.º, prómio do diploma. Efectivamente, qualquer prática que preencha os requisitos gerais do art. 5.º é proibida por este diploma, mesmo que não se encontre abrangida na enumeração dele constante.

3.2. As práticas dirigidas a consumidores particularmente vulneráveis

O art. 6.º *a)* proíbe especificamente “as práticas comerciais susceptíveis de distorcer substancialmente o comportamento económico de um único grupo claramente identificável de consumidores particularmente vulneráveis, em razão da sua doença mental ou física, idade ou credulidade, à prática comercial ou ao bem ou serviço subjacentes, se o profissional pudesse razoavelmente ter previsto que a sua conduta era susceptível de provocar essa distorção”. Conforme salientou ELSA DIAS OLIVEIRA, a propósito de preceito semelhante do Anteprojecto do Código do Consumidor, desta disposição resulta que “nos casos em que a prática comercial se dirige a um grupo determinado de consumidores, — v.g. crianças, adolescentes, idosos — que, devido a qualquer razão, sejam particularmente vulneráveis à prática utilizada ou ao bem ou serviço em causa — e essa vulnerabilidade seja previsível para o profissional —, na avaliação do impacto da prática comercial, devem ser tidas em conta as características da pessoa média desse grupo e não já o consumidor médio *tout court*”⁽⁸⁾. Temos assim que esta

(8) Cfr. ELSA DIAS OLIVEIRA, “Práticas comerciais proibidas”, em LUÍS MENEZES LEITÃO (org), *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, III, Coimbra, Almedina, 2006, pp. 147-173 (157).

disposição pode funcionar como contraponto ao conceito de consumidor médio acima referido, mas não é especialmente feliz, dado que, conforme referiu JORGE PEGADO LIZ, “(...) esta referência ao facto de o profissional poder razoavelmente ter previsto tal circunstância de pertença a um grupo de tais características (...) anula a vantagem da consideração dos grupos de consumidores particularmente vulneráveis”⁽⁹⁾.

3.3. Práticas comerciais enganosas e práticas comerciais agressivas

3.3.1. Generalidades

Na sequência do previsto na Directiva Comunitária, o art. 6.º *b)* e *c)* do D.L. 57/2008 distingue entre práticas comerciais enganosas e práticas comerciais agressivas.

3.3.2. Práticas comerciais enganosas

No que respeita às práticas comerciais enganosas, é por sua vez feita uma subdistinção entre acções enganosas e omissões enganosas. No caso de serem praticadas através da publicidade, as mesmas constituem publicidade enganosa, nos termos do art. 11.º, n.º 1, do respectivo Código.

3.3.2.1. Acções enganosas

As acções enganosas encontram-se previstas no art. 7.º do D.L. 57/2008, cujo n.º 1, proémio refere que “é enganosa a prática comercial que contenha informações falsas ou que, mesmo sendo factualmente correctas, por qualquer razão, nomeadamente a sua apresentação geral, induza ou seja susceptível de induzir em erro o consumidor em relação a um ou mais dos elementos a seguir enume-

(9) Cfr. JORGE PEGADO LIZ, *RPDC* n.º 44 (Dezembro 2005), p. 78.

rados e que, em ambos os casos, conduz ou é susceptível de conduzir o consumidor tomar uma decisão de transacção que este não teria tomado de outro modo”: Entre os elementos a seguir enumerados encontram-se a existência ou natureza do bem ou serviço (art. 7.º, n.º 1, *a*)), bem como as suas características (art. 7.º, n.º 1, *b*)), o conteúdo e extensão dos compromissos assumidos pelo profissional (art. 7.º, n.º 1, *c*)), o preço (art. 7.º, n.º 1, *d*)), a necessidade de um serviço ou de uma peça, ou da substituição ou reparação de um bem (art. 7.º, n.º 1, *e*)), natureza, atributos e direitos do profissional (art. 7.º, n.º 1, *f*) e direitos do consumidor (art. 7.º, n.º 1, *g*)). Trata-se assim de elementos essenciais para que o consumidor tome uma decisão informada e esclarecida em relação ao negócio em causa.

Consideram-se igualmente acções enganosas as actividades de promoção comercial relativas a um bem ou serviço, incluindo a publicidade comparativa, que crie confusão com quaisquer bens ou serviços, marcas, designações comerciais e outros sinais distintivos de um concorrente (art. 7.º, n.º 2, *a*)). Da mesma forma, é considerada acção enganosa o incumprimento por parte do profissional de normas constantes em códigos de conduta a que está vinculado, desde que tenha informado, na prática comercial, de que se encontrava vinculado àquele código (art. 7.º, n.º 2, *b*)).

3.3.2.2. *Omissões enganosas*

As omissões enganosas constam do art. 9.º do D.L. 57/2008, sendo definidas como tais aquelas que são enganosas, tendo em conta todas as suas características e circunstâncias e as limitações do meio de comunicação, e portanto conduzem ou são susceptíveis de conduzir o consumidor a tomar uma decisão de transacção que não teria tomado de outro modo. O legislador concretiza esse critério, indicando como enganosas as práticas comerciais:

- a*) Que omitem uma informação com requisitos substanciais para uma decisão negocial esclarecida do consumidor;
- b*) Em que o profissional oculte ou apresente de modo pouco claro, ininteligível ou tardio a informação referida na alínea anterior;

c) Em que o profissional não refere a intenção comercial da prática, se tal não se puder depreender do seu texto.

É, no entanto, de salientar que o art. 9.º, n.º 2, considera relevantes as limitações de espaço estabelecidas pelos diversos meios, o que poderá levar a que seja apresentada essa justificação para omitir informação.

A definição de requisitos substanciais de informação é concretizada nos n.ºs 3 e 4 do art. 9.º, que considera como tais os requisitos de informação exigidos nos diversos diplomas para as comunicações comerciais nos diversos sectores de actividade.

No caso de proposta contratual ou convite a contratar o art. 10.º considera como substanciais as informações que versem sobre: *a)* as características principais do bem ou serviço; *b)* o endereço geográfico e a identidade do profissional; *c)* o preço e demais despesas; *d)* as modalidades de pagamento, de expedição ou de execução; *e)* a existência dos direitos de resolução e anulação, nos casos em que resultem da lei ou do contrato. Admite-se, porém, que estas informações se possam depreender do contexto, o que pode levantar controvérsia.

A definição de convite a contratar consta do art. 3.º *i)* que considera como tal “uma comunicação comercial que indica as características e o preço do produto de forma adequada aos meios utilizados pela comunicação comercial, permitindo assim que o consumidor efectue uma aquisição”. Esta definição é bastante controversa, pois não corresponde à distinção habitual no ordenamento jurídico português entre proposta contratual e convite a contratar, cabendo nesta definição casos de verdadeira proposta contratual⁽¹⁰⁾.

3.3.2.3. *Práticas comerciais enganosas em qualquer circunstância*

No art. 8.º do D.L. 57/2008 são depois indicadas várias práticas comerciais enganosas que serão sempre entendidas como tais e

⁽¹⁰⁾ Neste sentido, também ELSA DIAS OLIVEIRA. *op. cit.*, pp. 165-166.

consequentemente proibidas. Essas práticas resultam da transposição do Anexo I da Directiva, que institui uma “lista negra” de práticas comerciais enganosas⁽¹¹⁾.

A lista de práticas comerciais enganosas não apresenta um critério uniforme de ordenação. Podemos, no entanto, tentar agrupar essas práticas de acordo com a seguinte classificação:

A) Falsas declarações em relação à existência de regulação ou de certificação

Os primeiros exemplos de práticas comerciais enganosas em qualquer circunstância são as falsas declarações em relação à existência de regulação ou certificação. Entre estas encontra-se o afirmar ser signatário de um código de conduta, quando não o seja (art. 8.º *a*)), exibir uma marca de certificação, uma marca de qualidade ou equivalente sem ter obtido a autorização necessária (art. 8.º *b*)), afirmar que um código de conduta foi aprovado por um organismo público ou outra entidade quando tal não corresponda à verdade (art. 8.º *c*)), e afirmar que um profissional, incluindo as suas práticas comerciais, ou um bem ou serviço foram aprovados, reconhecidos ou autorizados por um organismo público ou privado quando tal não corresponde à verdade ou fazer tal afirmação sem respeitar os termos da aprovação, do reconhecimento ou da autorização (art. 8.º *d*)).

B) Falsas declarações relativas à disponibilidade dos produtos ou serviços

A outra categoria de práticas comerciais enganosas consiste nas falsas declarações relativas à disponibilidade de produtos ou serviços, que depois não são fornecidos. Neste âmbito, a lei refere como exemplos desta categoria de práticas em primeiro lugar o

⁽¹¹⁾ JORGE PEGADO LIZ, *RPDC*, n.º 44 (Dezembro 2005), p. 84, critica a técnica da lista na Directiva relativa às práticas comerciais desleais, sustentando que seria melhor a lista não apresentar um carácter taxativo, já que não permite o adição de novas situações. Defende ainda que deveria ter sido apresentada uma “lista cinzenta” de práticas para além desta “lista negra”.

“propor a aquisição de um bem ou serviço por um preço inferior àquele praticado no mercado por outros fornecedores ou prestadores de serviços sabendo ou não podendo desconhecer que não tem condições para o cumprir, não dispondo, ou não indicando quem disponha, nas mesmas condições e em igual grau de acessibilidade para o consumidor de existências em quantidade suficiente, por um período de tempo compatível com a procura previsível face ao volume e meios de publicidade realizada ao bem ou serviço em causa, e o preço indicado” (art. 8.º *e*)). Outro exemplo é o de “propor a aquisição de bens ou serviços a um determinado preço e, com intenção de promover um bem ou serviço diferente, recusar posteriormente o fornecimento aos consumidores do bem ou do serviço solicitado” (art. 8.º *f*)). É ainda exemplo desta categoria de práticas comerciais enganosas o “recusar as encomendas relativas a este bem ou serviço ou a sua entrega ou o fornecimento num prazo razoável” (art. 8.º *g*)). É ainda uma prática comercial enganosa “declarar falsamente que o bem ou serviço está disponível apenas durante um período muito limitado ou que estará disponível em condições especiais durante um período muito limitado a fim de obter uma decisão imediata e privar os consumidores da oportunidade ou do tempo suficiente para tomarem uma decisão esclarecida” (art. 8.º *i*)). Finalmente, constitui uma prática comercial enganosa “declarar que o profissional está prestes a cessar a actividade ou a mudar de instalações, quando tal não corresponde à verdade” (art. 8.º *s*)).

C) Comparações falsas ou enganosas com outros produtos

Outras categorias de práticas comerciais enganosas são aquelas em que a decisão de aquisição resulta da realização de comparações falsas ou enganosas com outros produtos que são do conhecimento do consumidor. Neste caso, temos a apresentação de amostra defeituosa ou demonstração insuficientes (art. 8.º *h*)) ou promover um bem ou serviço análogo ao produzido ou oferecido por um fabricante específico de maneira a levar deliberadamente o consumidor a pensar que, embora não seja o caso, o bem ou o serviço provém do mesmo fabricante (art. 8.º *p*)).

D) Declarações falsas ou enganosas em relação à assistência pós-venda

São também consideradas práticas comerciais enganosas as declarações falsas ou enganosas em relação à assistência pós-venda, como a indicação de que esta está disponível noutra língua (art. 8.º *j*)) ou no território de outro Estado membro (art. 8.º *ac*)).

E) Indução do consumidor em erro em relação às condições jurídicas do negócio

Outra categoria de práticas comerciais enganosas consiste na indução do consumidor em erro em relação às condições jurídicas de aquisição do bem ou serviço comercializado. Neste âmbito, encontra-se o “declarar que a compra ou venda de um bem ou a prestação de um serviço é lícita ou transmitir essa impressão quando tal não corresponda à verdade” (art. 8.º *l*)), o “apresentar como característica distintiva da oferta do profissional direitos do consumidor previstos na lei” (art. 8.º *m*)), o “incluir no material de promoção comercial factura ou documento equiparado solicitando o pagamento, dando ao consumidor a impressão de já ter encomendado o bem ou serviço comercializado, quando tal não aconteceu” (art. 8.º *aa*)) e o “alegar falsamente ou dar a impressão de que o profissional não está a agir para fins relacionados com a sua actividade comercial, industrial, artesanal ou profissional ou apresentar-se falsamente como consumidor (art. 8.º *ab*))(12).

F) Indução do consumidor em erro quanto à independência de conteúdos editoriais relativos ao produto

É igualmente uma prática comercial enganosa o “utilizar um conteúdo editado nos meios de comunicação social para promover um bem ou serviço tendo sido o próprio profissional a financiar essa promoção quando tal não for indicado claramente

(12) Neste último caso, o profissional daria a entender ao consumidor que não se estaria perante uma relação de consumo, não beneficiando por isso o consumidor da protecção atribuída por esta legislação.

no conteúdo ou resultar de imagens ou sons que o consumidor possa indicar com clareza” (art. 8.º, *n*)). Efectivamente, tem-se verificado com alguma frequência o surgimento de conteúdos editoriais nos meios de comunicação social financiados pelo profissional a promover a comercialização dos bens e serviços que comercializa.

G) Indução do consumidor em erro em relação ao custo dos produtos ou quanto à existência de vantagens económicas na sua aquisição

São também consideradas práticas comerciais enganosas as declarações que possam induzir o consumidor em erro em relação ao custo dos produtos ou à existência de vantagens económicas na sua aquisição. Neste âmbito, inclui-se o arredondamento em alta do preço do bem ou serviço, com base em factores que não tenham correspondência com o gasto e utilização efectiva realizados pelo consumidor (art. 8.º *q*), as vendas “em pirâmide” (art. 8.º *r*)⁽¹³⁾, “transmitir informações inexactas sobre as condições de mercado ou sobre a possibilidade de encontrar o bem ou serviço com a intenção de induzir o consumidor a adquirir o bem ou a contratar a prestação do serviço em condições menos favoráveis do que as condições normais de mercado” (art. 8.º *v*)), “declarar que se organiza um concurso ou uma promoção com prémio sem entregar os prémios descritos ou um equivalente razoável” (art. 8.º *x*) e “descrever o bem ou serviço como «grátis», «gratuito», «sem encargos» ou equivalente, se o consumidor tiver que pagar mais do que o custo indispensável para responder à prática comercial e para ir buscar o bem ou pagar pela sua entrega” (art. 8.º *z*)).

⁽¹³⁾ Esta técnica é proibida em virtude dos perigos que representa para o consumidor, já que, embora este julgue que pode obter um benefício, através da redução do preço da compra do seu produto em virtude da progressão geométrica do número de clientes, a verdade é que esse benefício é irreal, já que o que verdadeiramente existe é um desconto geral, em virtude da quantidade de produtos adquirida. Assim, o consumidor é levado normalmente a adquirir uma quantidade excessiva de produtos, sem qualquer garantia de reposição e depois tem dificuldade no seu escoamento.

H) Levar o consumidor à aquisição dos produtos com base no medo, ignorância ou superstição

Outra categoria de práticas comerciais enganosas corresponde a levar o consumidor a adquirir os produtos com base no medo, ignorância ou superstição. Neste âmbito, temos a prática de “fazer afirmações substancialmente inexactas relativas à natureza e à amplitude do risco para a segurança pessoal do consumidor ou da sua família se o consumidor não adquirir o bem ou assentir na prestação do serviço” (art. 8.º, *o*)), “alegar que o bem ou serviço pode aumentar as possibilidades de ganhar nos jogos de fortuna ou azar” (art. 8.º *t*)), e “alegar falsamente que o bem ou serviço é capaz de curar doenças, disfunções, e malformações” (art. 8.º *u*)).

3.3.3. Práticas comerciais agressivas

3.3.3.1. Definição

O art. 11.º, n.º 1, do D.L. 57/2008 considera agressiva a prática comercial que, devido a assédio, coacção ou influência indevida, limite ou seja susceptível de limitar significativamente a liberdade de escolha ou o comportamento do consumidor em relação a um bem ou serviço, e, por conseguinte, o conduza ou seja susceptível de o conduzir a tomar uma decisão que de outro modo não teria tomado. Para avaliação dessa situação, o n.º 2 manda atender ao caso concreto e a todas as suas características e circunstâncias, nomeadamente:

- a) o momento, local, natureza e persistência da prática comercial;
- b) o recurso a linguagem ou comportamentos injuriosos;
- c) o aproveitamento consciente, pelo profissional de qualquer infortúnio ou circunstância específica que pela sua gravidade prejudique a capacidade de decisão do consumidor, com o objectivo de influenciar a decisão deste relativamente ao bem ou serviço;

- d) colocação de entraves onerosos ou desproporcionados em caso de exercício pelo consumidor dos seus direitos;
- e) ameaça de exercício de acção judicial que não seja legalmente possível.

O conceito de influência indevida é ainda concretizado no art. 3.º j) que o qualifica como “a utilização pelo profissional de uma posição de poder para pressionar o consumidor, mesmo sem recurso ou ameaça de recurso à força física, de forma que limita significativamente a capacidade de o consumidor tomar uma decisão esclarecida”. O legislador não concretiza, no entanto, os conceitos de assédio e coacção, igualmente aqui referidos.

3.3.3.2. *Práticas comerciais agressivas em qualquer circunstância*

O art. 12.º do Decreto-Lei 57/2008 inclui igualmente uma “lista negra” de práticas comerciais agressivas, que correspondem às seguintes:

A) Criar a impressão de que o consumidor não pode deixar o estabelecimento, sem que antes tenha sido celebrado um contrato

A primeira prática comercial considerada agressiva é a de criar no consumidor a impressão de que ele não pode deixar o estabelecimento, sem que antes tenha sido celebrado um contrato (art. 12.º a)). Esta era uma prática extremamente comum no âmbito da venda de *time-sharing*, em que os consumidores eram convidados a ir a determinados locais, de onde não os deixavam sair até ao momento em que adquiriam o produto. Genericamente, no entanto, recairá neste âmbito qualquer situação em que se pressione o consumidor a permanecer no estabelecimento, até que tenha adquirido algum dos produtos ou serviços.

B) Realização de visitas insistentes ao domicílio do consumidor

Outro exemplo de uma prática comercial agressiva consiste em “contactar o consumidor através de visitas ao seu domicílio, ignorando o pedido daquele para que o profissional parta ou não volte, excepto em circunstâncias e na medida em que tal se justifique para o cumprimento de obrigação contratual” (art. 12.º *b*)). Naturalmente que a realização de visitas insistentes ao domicílio do consumidor, mesmo após o pedido deste para que o profissional cesse os contactos, constitui um exemplo claro de uma prática comercial agressiva, na medida em que o assédio constante ao consumidor pode levá-lo a pensar que a única maneira de o profissional desistir será adquirir o produto.

Há, no entanto, na lei uma excepção que é a existência de circunstâncias que tornem a realização das visitas justificadas para cumprimento de obrigação contratual. Naturalmente que esta obrigação contratual não pode ser relativa ao próprio profissional, uma vez que tal não constitui justificação para o assédio ao consumidor. Terá que ser uma obrigação resultante de um contrato celebrado com o próprio consumidor, que leve a que o mesmo esteja vinculado a permitir as visitas ao domicílio como sucede com as leituras dos fornecimentos de água ou do gás.

C) Utilização dos meios de comunicação à distância para realização de contactos insistentes com o consumidor

A lei considera igualmente como prática comercial agressiva a realização de “solicitações persistentes e não solicitadas, por telefone, fax, *e-mail* ou qualquer outro meio de comunicação à distância, excepto em circunstâncias e na medida em que tal se justifique para o cumprimento de obrigação contratual” (art. 12.º *c*)).

Neste âmbito, há que recordar que a Lei 6/99, de 27 de Janeiro, já disciplina a publicidade não solicitada permitindo ao consumidor proibir a colocação de publicidade não endereçada na sua caixa de correio (art. 3.º da Lei 6/99), assim como enviar a publicidade endereçada, depois de o consumidor ter manifestado oposição ao seu envio (art. 4.º da Lei 6/99). Já a publicidade por

telefone com utilização de mensagens automáticas de voz e a publicidade por *fax* são proibidas, a menos que o destinatário as autorize previamente (art. 5.º, n.º 1, da Lei 6/99). Em relação à publicidade telefónica com intervenção humana, o consumidor pode opor-se à mesma, inscrevendo o seu número numa lista de pessoas que não desejam receber publicidade (art. 5.º, n.ºs 2, 3, 4 e 5 da Lei 6/99).

Da mesma forma, no âmbito do comércio electrónico, o Decreto-Lei 7/2004, de 7 de Janeiro disciplina no seu art. 22.º as comunicações não solicitadas. Este diploma exige o consentimento prévio do destinatário para o “envio de mensagens para fins de marketing directo, cuja recepção seja independente de intervenção do destinatário, nomeadamente por via de aparelhos de chamada automática, aparelhos de telecópia ou por correio electrónico”, (art. 22.º, n.º 1, do Decreto-Lei 7/2004), mas dispensa esse consentimento no caso das pessoas colectivas (art. 22.º, n.º 2, do Decreto-Lei 7/2004) e dos clientes com quem se tenha celebrado previamente transacções (art. 22.º, n.º 3, do Decreto-Lei 7/2004), aos quais é reconhecida, no entanto, a possibilidade de se oporem à recepção dessa publicidade (art. 22.º, n.º 4, do Decreto-Lei 7/2004).

D) Ausência de resposta ou utilização de expedientes dilatórios para recusar o cumprimento de contratos de seguro

O art. 12.º *d)* considera ainda como prática comercial agressiva “obrigar o consumidor, que pretenda solicitar indemnização ao abrigo de uma apólice de seguro, a apresentar documentos que, de acordo com os critérios de razoabilidade, não possam ser considerados relevantes para estabelecer a validade do pedido, ou deixar sistematicamente sem resposta a correspondência pertinente, com o objectivo de dissuadir o consumidor do exercício dos seus direitos contratuais”. Neste caso, sabendo-se da tendência de certas companhias seguradoras de deixar sem respostas ou colocar exigências documentais desproporcionadas quando os clientes pretendem accionar os contratos de seguro, o legislador decidiu expressamente tipificar esta situação como prática comercial agressiva.

E) Inclusão em anúncio publicitário de uma exortação a crianças para comprarem ou convencerem os pais ou outros adultos a adquirirem os bens ou serviços comercializados

No art. 12.º *e*) considera-se ainda como prática comercial agressiva “incluir em anúncio publicitário uma exortação directa às crianças no sentido de comprarem ou convencerem os pais ou outros adultos a comprar-lhes os bens ou serviços comercializados”. Esta qualificação como prática comercial agressiva compreende-se, não apenas em virtude de as crianças serem especialmente influenciáveis pela publicidade, mas também à maior dificuldade dos adultos em recusar os pedidos das crianças, constituindo por isso a exortação às mesmas uma forma desleal de promover a venda dos produtos ou serviços. Deve, aliás, salientar-se que esta forma de utilização das crianças na publicidade já é expressamente proibida no art. 14.º, n.º 1, *a*) e *b*) do Código da Publicidade.

F) Exigência do pagamento ou devolução de bens ou serviços não solicitados

Uma outra prática comercial agressiva, expressamente referida no art. 12.º *f*) consiste em “exigir o pagamento imediato ou diferido de bens e serviços ou a devolução ou guarda de bens fornecidos pelo profissional que o consumidor não tenha solicitado, sem prejuízo do disposto no regime dos contratos celebrados à distância acerca da possibilidade de fornecer o bem ou o serviço de qualidade e preço equivalente”. Efectivamente, tem sido prática comum de certos comerciantes, designadamente no âmbito de livros e revistas, enviá-los sem qualquer solicitação e depois reclamar o preço ou a sua devolução, o que constitui uma forma de assédio em relação à aquisição do produto. Em ordem a reprimir esse tipo de assédio, a lei qualifica expressamente esse comportamento como prática comercial desleal.

Em ordem a proteger o consumidor contra este tipo de prática, o art. 13.º, n.º 1, do Decreto-Lei 57/2008, estabelece que no caso de envio de bens ou serviços não encomendados ou solicitados, que não constitua o cumprimento de qualquer contrato válido, o desti-

natário desses bens ou serviços não fica obrigado à sua devolução ou pagamento, podendo conservá-los a título gratuito. A lei é expressa no sentido de que a ausência de resposta do destinatário não vale como consentimento (art. 13.º, n.º 2), estabelecendo-se ainda que, caso o destinatário decida efectuar a devolução do bem, tem direito a ser reembolsado das despesas desta decorrentes no prazo de 30 dias a contar da data em que a tenha efectuado (art. 13.º, n.º 3).

A qualificação como prática comercial desleal deixa, no entanto, de se verificar se for fornecido um bem ou um serviço de qualidade e preço equivalentes aos solicitados ao abrigo do regime dos contratos à distância. Efectivamente, o art. 9.º, n.º 4, do Decreto-Lei 143/2001, de 26 de Abril, alterado e republicado pelo Decreto-Lei 82/2008, de 20 de Maio, admite que o fornecedor possa fornecer um bem ou prestar um serviço ao consumidor de qualidade e preço equivalentes, desde que essa possibilidade tenha sido prevista antes da celebração do contrato ou no próprio contrato, de forma clara e compreensível e aquele informe por escrito o consumidor de que correm por sua conta as despesas com a devolução. Nesse caso, o consumidor já não adquire o direito de conservar os bens a título gratuito, mantendo no entanto a possibilidade de optar pelo direito de livre resolução, caso em que as despesas de devolução ficam a cargo do fornecedor (art. 9.º, n.º 5, do Decreto-Lei 143/2001, de 26 de Abril, alterado e republicado pelo Decreto-Lei 82/2008, de 20 de Maio).

G) Informação ao consumidor de que a recusa de aquisição do bem ou serviço põe em perigo o emprego ou a subsistência do profissional

Outra prática comercial agressiva prevista no art. 12.º g) é a de informar explicitamente o consumidor de que a sua recusa em comprar o bem ou contratar a prestação de serviço põe em causa o emprego ou a subsistência do profissional. Efectivamente, muitas vezes os consumidores vêem-se confrontados com propostas de aquisição de bens ou serviços por parte de funcionários do profissional, os quais os informam que podem perder o emprego ou não conseguir obter rendimentos necessários à sua subsistência caso

não consigam colocar os bens ou serviços que foram encarregados de comercializar. Essa informação pode colocar problemas de consciência nos consumidores, determinando-os a adquirir esses produtos ou serviços pelo receio das consequências que a sua recusa acarrete para os referidos funcionários. Trata-se por isso naturalmente de uma prática comercial agressiva e daí a sua proibição legal.

H) Transmitir a falsa impressão de que o consumidor ganhou ou pode ganhar um prémio ou uma vantagem inexistentes ou geradoras de custos

Finalmente, o art. 12.º, *h*) qualifica como prática comercial agressiva o acto de transmitir a impressão falsa de que o consumidor já ganhou, vai ganhar ou, mediante a prática de um determinado acto, ganha um prémio ou outra vantagem, quando não existe qualquer prémio ou vantagem ou quando a prática de actos para reclamar o prémio ou a vantagem implica, para o consumidor, pagar um montante em dinheiro ou incorrer num custo. Este tipo de comportamento constitui em bom rigor uma acção enganosa semelhante às previstas no art. 8.º. A sua qualificação como prática comercial agressiva justifica-se em virtude da pressão que institui sobre o consumidor, que é determinado à aquisição do produto em resultado da falsa convicção de ter sido beneficiado com qualquer prémio ou vantagem.

4. Meios de reacção às práticas comerciais desleais

4.1. Generalidades

As práticas comerciais desleais suscitam diversos tipos de reacção da ordem jurídica, podendo assim desencadear a aplicação de diversas sanções. A lei qualifica as práticas comerciais desleais como contra-ordenações, sendo assim sancionadas com coimas (art. 21.º). Para além disso, considera anuláveis os contratos celebrados ao abrigo dessas práticas (art. 14.º), determinando ainda que as mesmas podem constituir o infractor em responsabilidade

civil pelo prejuízo causado ao consumidor (art. 15.º). Finalmente, as práticas comerciais desleais podem determinar o recurso à acção inibitória, destinada a estabelecer a sua proibição futura (art. 16.º).

Analisemos todas estes meios de reacção.

4.2. A qualificação das práticas comerciais desleais como contra-ordenação

Nos termos do art. 21.º, n.º 1, a violação do disposto nos arts. 4.º a 12.º constitui contra-ordenação punível com coima de €250 a €3740,98, se o infractor for pessoa singular, e de €3000 a 44 891,81, se o infractor for pessoa colectiva.

De acordo com o art. 21.º, n.º 2 podem ser ainda aplicáveis, em função da gravidade da infracção e da culpa do agente, as seguintes sanções acessórias:

- a) perda de objectos pertencentes ao agente;
- b) interdição do exercício de profissões ou actividades, cujo exercício dependa de título público ou de autorização ou homologação de autoridade pública;
- c) encerramento de estabelecimento cujo funcionamento esteja sujeito a autorização ou licença de autoridade administrativa;
- d) publicidade de aplicação das coimas e das sanções acessórias a expensas do infractor.

As três primeiras sanções têm um prazo máximo de vigência de dois anos, contados a partir da data da decisão condenatória (art. 21.º, n.º 3).

A negligência é punível, sendo os limites máximos e mínimos das penas reduzíveis a metade (art. 21.º, n.º 4).

4.3. A invalidade dos contratos

O art. 14.º estabelece que os contratos celebrados sob a influência de alguma prática comercial desleal são anuláveis a

pedido do consumidor, nos termos do art. 287.º do Código Civil. Desta remissão resulta que apenas o consumidor tem legitimidade para requerer a anulação do contrato, tendo para o efeito o prazo de um ano a contar da cessação do vício (art. 287.º, n.º 1, CC). Caso, no entanto, o contrato ainda não tenha sido cumprido, a anulabilidade pode ser arguida sem dependência de prazo, tanto por via de acção como por via de excepção (art. 287.º, n.º 2, CC).

Numa solução pouco comum, a lei admite, no entanto, que o consumidor possa, em lugar da anulação, requerer a modificação do contrato segundo juízos de equidade (art. 14.º, n.º 2). Esta solução não consta da Directiva 2005/29/CE e é pouco conforme com a natureza das práticas comerciais desleais, as quais não se caracterizam por induzir a um desequilíbrio contratual, que necessitasse de ser corrigido equitativamente, mas antes por conduzir à celebração dos contratos com base em acções ou omissões enganosas ou agressivas. Dificilmente por isso a modificação do contrato celebrado constituirá um remédio adequado perante a violação dos direitos dos consumidores.

A lei estabelece ainda que, se a invalidade afectar apenas uma ou mais cláusulas do contrato pode o consumidor optar pela manutenção deste, reduzido ao seu conteúdo válido (art. 14.º, n.º 3). Esta disposição contraria o regime geral da redução negocial, constante do art. 292.º CC, o qual estabelece que a nulidade ou anulação parcial não determina a invalidade de todo o negócio, salvo quando se mostre que este não teria sido concluído sem a parte viciada. Efectivamente, neste âmbito a invalidade parcial afecta todo o negócio, a menos que o consumidor opte pela sua redução.

4.4. A responsabilidade civil pelos prejuízos causados ao consumidor

Dispõe o art. 15.º que o consumidor lesado por efeito de alguma prática comercial desleal proibida nos termos do presente decreto-lei é ressarcido nos termos gerais. O consumidor adquire assim direito à reparação dos danos causados em resultado da prática comercial desleal. A nosso ver, no entanto, o âmbito do dano indemnizável variará consoante venha a ser ou não anulado o con-

trato ao abrigo do art. 14.º. Efectivamente, em caso de anulação, a indemnização será limitada ao interesse contratual negativo. Já se o contrato não for anulado, a parte terá o direito a que a indemnização abranja o interesse contratual positivo.

4.5. A acção inibitória

O último meio de reacção contra as práticas comerciais desleais é o recurso à acção inibitória. O art. 16.º permite a instauração da acção inibitória prevista na Lei 24/96, de 31 de Julho, a qualquer pessoa, incluindo os concorrentes que tenham interesse legítimo em opor-se a práticas comerciais desleais, com vista a prevenir, corrigir ou fazer cessar tais práticas. Efectivamente, o art. 10.º, n.º 1, c) da Lei 24/96, admite o recurso à acção inibitória para prevenir, corrigir ou fazer cessar práticas lesivas dos direitos dos consumidores, designadamente aquelas que consistam em práticas comerciais expressamente proibidas por lei. Nesse caso, a sentença proferida nessa acção pode ser acompanhada da sanção pecuniária compulsória prevista no art. 829.º-A CC, sem prejuízo da indemnização a que haja lugar (art. 10.º, n.º 2, da Lei 24/96).

TEMAS DE DIREITO MARÍTIMO

II. O NAVIO EM DIREITO INTERNACIONAL *

Pelo Professor Doutor Luís de Lima Pinheiro

SUMÁRIO:

I. Aspectos gerais. **II.** O navio em Direito do Mar. **III.** O navio em Direito Internacional Privado. *A)* Direitos reais sobre navios. *B)* Contratos de venda de navios. *C)* Contratos de trabalho a bordo de navios. *D)* Responsabilidade extracontratual por factos ocorridos a bordo de navios envolvendo navios. **IV.** Considerações finais.

I. Aspectos gerais

Entre os inúmeros desafios que o tema do navio em Direito Internacional coloca à ciência jurídica conta-se o esclarecimento das próprias noções de navio e de Direito Internacional. Importa, pois, começar por este esclarecimento, que será feito numa base pragmática e sumária, tendo apenas em conta a sua relevância para os regimes jurídicos que são objecto do presente estudo.

Em primeiro lugar, definir *o conceito de navio*. Entenderei aqui por navio um engenho apto a navegar no mar e utilizado ou susceptível de ser utilizado no transporte de pessoas ou mercadorias⁽¹⁾.

(*) O presente estudo é uma versão revista e ampliada da comunicação proferida nas II Jornadas de Lisboa de Direito Marítimo da Faculdade de Direito de Lisboa que foi elaborada com vista ao Livro em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda.

(1) Cp. noções de Heinz PRÜßMANN e Dieter RABE — *Seehandelsrecht*, 4.^a ed., Munique, 2000, Einf n.ºs 2 e segs.; NGUYEN QUOC Dinh, Patrick DAILLIER e Alain PELLET — *Droit international public*, 7.^a ed., Paris, 2002, n.º 664; e do art. 1.º do DL n.º 201/98, de 10/7.

Segundo, delimitar a *categoria de navios* abrangida neste estudo. Vou tratar apenas dos navios utilizados por particulares ou por Estados com fins comerciais. Por conseguinte, excluo os navios de guerra e os navios de Estado utilizados para fins não comerciais. Esta delimitação é justificada pela diferença de regimes estabelecidos para estas categorias de navios pelas normas de Direito Internacional.

Terceiro, observar que a expressão “*Direito Internacional*” é aqui empregue numa acepção doutrinal e ampla, que abrange o Direito Internacional Público do Mar, correntemente designado Direito do Mar, e o Direito Internacional Privado.

O navio é objecto de regulação por normas de *Direito do Mar* em múltiplos aspectos e matérias.

Desde logo, com respeito aos navios que se encontram no alto mar, o Direito Internacional Público atribui uma competência de intervenção coactiva tendencialmente exclusiva, bem como um conjunto de deveres, às autoridades do Estado da “nacionalidade” do navio, e, concomitantemente, estabelece limites à competência dos órgãos de outros Estados.

Se entendermos por “nacionalidade” o vínculo jurídico-político que une uma pessoa a um Estado, os navios, não sendo sujeitos jurídicos, mas objecto de direitos, não têm uma verdadeira nacionalidade⁽²⁾. Não entrarei aqui na questão de saber até que ponto se pode estabelecer uma analogia entre a nacionalidade dos indivíduos e a “nacionalidade” dos navios⁽³⁾.

(2) A extensão da personalidade judiciária aos navios (designadamente, art. 6.º/f CPC, art. 7.º do DL n.º 201/98, de 10/7, art. 28.º do DL n.º 352/86, de 21/10, art. 11.º do DL n.º 202/98, de 10/7), não significa a atribuição de direitos ou a imposição de deveres ao navio mas a afectação do navio à satisfação de determinados créditos. Ver, sobre o ponto, ADELINO DA PALMA CARLOS — “O contrato de transporte marítimo”, in *Novas Perspectivas do Direito Comercial*, 9-32, Coimbra, 1988, 32, e MÁRIO RAPOSO — “O novo Código de Processo Civil e o Direito Marítimo”, in *Estudos Sobre o Novo Direito Marítimo*, 109-120, Coimbra, 1999, 111 e segs.

(3) Para Henri BATIFFOL e Paul LAGARDE — *Droit international privé*, vol. I, 8.ª ed., Paris, 1993, 98, a palavra “nacionalidade” é empregue em relação aos navios analogicamente, traduzindo a sua sujeição ao controlo das autoridades de um Estado determinado. No mesmo sentido, ver António MARQUES DOS SANTOS — *Algumas Reflexões Sobre a Nacionalidade das Sociedades em Direito Internacional Privado e em Direito*

O que importa assinalar é que esta “nacionalidade” exprime uma conexão entre dado conjunto de situações de que são sujeitos o proprietário, o armador, o comandante, a tripulação e os passageiros, entre outros, com alguma relação com o navio, e um determinado Estado⁽⁴⁾.

Do ponto de vista do Direito do Mar, o elemento de conexão relevante para o estabelecimento da “nacionalidade” do navio é o pavilhão que esteja autorizado a arvorar (art. 91.º/1 da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, Montego Bay, 1982, doravante designada Convenção sobre o Direito do Mar).

Cada Estado é, em princípio, livre de definir os requisitos necessários para a atribuição do direito de arvorar o seu pavilhão e, portanto, para a atribuição da sua “nacionalidade” ao navio. Mas o surgimento de “bandeiras de conveniência”, que são atribuídas com base em requisitos mínimos, levou os Estados tradicionalmente mais envolvidos no transporte marítimo a questionar a validade da “nacionalidade” estabelecida com base nestas “bandeiras de conveniência”⁽⁵⁾.

Esta preocupação veio a exprimir-se na exigência, feita na Convenção sobre o Alto Mar de 1958 (Genebra, art. 5.º/1), e retomada no art. 91.º/1 da Convenção sobre o Direito do Mar, de um vínculo substancial [*genuine link* na versão em língua inglesa] entre o Estado do pavilhão e o navio⁽⁶⁾. Mas o alcance deste preceito não é isento de controvérsias e afirma-se que ele não é respeitado na prática⁽⁷⁾.

Internacional Público, Coimbra, 1985, 9. Em sentido diferente, NGUYEN QUOC/DAILLIER/PELLET (n. 1) n.º 325.

⁽⁴⁾ Ver, sobre a nacionalidade das coisas, designadamente, Giuseppe BISCOTTINI — “La nazionalità delle cose”, *Diritto Internazionale* 14 (1960) 19-33.

⁽⁵⁾ Sobre os pavilhões de conveniência, ver ARMANDO MARQUES GUEDES — *Direito do Mar*, 2.ª ed., Coimbra, 1998, 251-252.

⁽⁶⁾ Ver Barry CARTER, Phillip TRIMBLE e Allen WEINER — *International Law*, 5.ª ed., Austin et al., 2007, 853-854.

⁽⁷⁾ Ver NGUYEN QUOC/DAILLIER/PELLET (n. 1) n.º 325; Ian BROWNLIE — *Principles of Public International Law*, 6.ª ed., Oxford, 2003, 410 e segs.; *U.S. Supreme Court, Lauritzen v. Larsen* [345 U.S. 571 (1953)], n.º 2; CARTER/TRIMBLE/WEINER (n. 6) 854-855.

A “nacionalidade” do navio fundamenta uma determinada competência dos órgãos do Estado do pavilhão e adstringe este Estado a determinados deveres de regulação e intervenção⁽⁸⁾.

Na Convenção sobre o Direito do Mar, utiliza-se a este respeito os termos “jurisdição” e “soberania”. Estes termos são aí utilizados no sentido da competência legislativa, jurisdicional e de execução permitida pelo Direito Internacional Público e, em especial, relativamente à competência de intervenção coactiva das autoridades (que é um aspecto da competência de execução)⁽⁹⁾.

Trata-se, em regra, da competência que é *permitida* pelo Direito Internacional Público. Embora, em certas matérias, o Estado da “nacionalidade” também seja adstrito a deveres de regulação e intervenção, o exercício da competência permitida pelo Direito Internacional Público depende em vasta medida da ordem jurídica interna deste Estado ou de outros tratados internacionais por ele celebrados. Esta autonomia verifica-se designadamente na conformação das normas de conflitos e das normas de competência internacional em matérias de Direito Privado.

O Estado deve exercer, de modo efectivo, a sua jurisdição em questões administrativas, técnicas e sociais sobre navios que arvo-rem o seu pavilhão, incluindo a manutenção de um registo de navios, a tomada de medidas necessárias para garantir a segurança no mar e a abertura de um inquérito em caso de acidente marítimo ou incidente de navegação no alto mar que cause danos graves (art. 94.º da Convenção sobre o Direito do Mar).

A Convenção sobre o Direito do Mar contém ainda preceitos que limitam a jurisdição penal e disciplinar em caso de abalroamento ou outro incidente de navegação no alto mar (art. 97.º);

(8) O navio deve navegar sob o pavilhão de um só Estado. Um navio que navegue sob o pavilhão de dois ou mais Estados, utilizando-os segundo as suas conveniências, não pode reivindicar qualquer dessas “nacionalidades” perante um terceiro Estado e pode ser considerado como um navio sem “nacionalidade” (art. 92.º da Convenção sobre o Direito do Mar). Durante uma viagem ou em porto de escala, um navio não pode mudar de pavilhão, a não ser no caso de transferência efectiva da propriedade ou de mudança de registo (art. 92.º/1).

(9) Ver, sobre estes conceitos, Luís de LIMA PINHEIRO — *Direito Internacional Privado*, vol. I — *Introdução e Direito de Conflitos/Parte Geral*, 2.ª ed., Coimbra, 2008, 329 e segs., e referências aí contidas. Ver ainda BROWNLIE (n. 7) 297 e segs.

determinam que o Estado assegure que o comandante do navio que arvore o seu pavilhão preste assistência (art. 98.º), tome medidas eficazes para impedir e punir o transporte de escravos em navios autorizados a arvorar a sua bandeira (art. 99.º) e coopere com outros Estados para a repressão do tráfico ilícito de drogas (art. 108.º) e das transmissões não autorizadas efectuadas a partir do alto mar (art. 109.º)⁽¹⁰⁾.

A “nacionalidade” do navio também pode ser relevante para o *Direito Internacional Privado*, designadamente quando à determinação da lei aplicável aos direitos reais sobre o navio. Mas nada obriga a que assim seja. O legislador estadual ou supraestadual pode recorrer a outros elementos de conexão ou pode adoptar para efeitos de determinação da lei aplicável a situações privadas relacionadas com o navio um conceito de “nacionalidade” diferente daquele que resulta do Direito do Mar.

Na exposição que se segue vou limitar-me a algumas linhas gerais sobre o regime aplicável aos navios perante a Convenção sobre o Direito do Mar e o Direito Internacional Público geral (II) e sobre o regime aplicável aos direitos reais sobre os navios (III.A), aos contratos de venda de navios (III.B), aos contratos de trabalho a bordo (III.C) e à responsabilidade extracontratual por factos ocorridos a bordo de navios ou envolvendo navios (III.D). Abrangerei, por conseguinte, quer aspectos de Direito do Mar, quer aspectos de Direito Internacional Privado, sem qualquer pretensão de exaustividade.

No que se refere ao Direito Internacional Privado, ocupar-me-ei apenas do problema da determinação do Direito aplicável (que é objecto do Direito de Conflitos), e já não da determinação da jurisdição nacional competente (que é objecto do Direito da Competência Internacional) e do reconhecimento de decisões estrangeiras (que é objecto do Direito de Reconhecimento). Acrescente-se que apenas examinarei o Direito de Conflitos geral, aplicável na falta de convenção de arbitragem, observando que a

⁽¹⁰⁾ Relativamente a este último ponto, a Convenção também dispõe sobre a competência internacional para processar qualquer pessoa que efectue transmissões não autorizadas (art. 109.º/3).

determinação do Direito aplicável ao mérito da causa na arbitragem transnacional se rege por critérios específicos de Direito da Arbitragem Transnacional.

II. O navio em Direito do Mar

Não parece hoje defensável a teoria, que teve certo acolhimento no séc. XIX, segundo a qual os navios constituiriam um elemento do território do Estado do pavilhão⁽¹¹⁾. Com efeito, é geralmente reconhecido que nos espaços que se encontram sob jurisdição do Estado costeiro os navios estão sujeitos a competências mais ou menos vastas deste Estado. Por isso, é necessário distinguir conforme o navio se encontra nas águas interiores, no mar territorial, em zonas de jurisdição limitada do Estado costeiro ou no alto mar.

Nas *águas interiores*, designadamente nos portos, os navios estão sujeitos, em princípio, à jurisdição do Estado costeiro, o que inclui a sua competência legislativa e jurisdicional e a competência de intervenção coactiva das suas autoridades (que pode naturalmente ser ou não exercida ou autolimitada) pelo menos com respeito aos factos que ocorram em espaços sujeitos à sua jurisdição⁽¹²⁾. Mas cumpre fazer duas observações.

Por um lado, esta jurisdição não exclui, perante o Direito Internacional, a possibilidade de o Estado do pavilhão (ou de outros Estados que tenham título relevante perante o Direito Internacional) aplicar as suas normas ou considerar os seus tribunais competentes relativamente a factos que ocorram no navio. Por outras palavras, a jurisdição do Estado costeiro é, em parte, concorrente⁽¹³⁾.

Por outro lado, considera-se existir um uso internacional, acolhido em diversas Convenções internacionais, segundo o qual as

⁽¹¹⁾ Ver, designadamente, NGUYEN QUOC/DAILLIER/PELLET (n. 1) n.º 694.

⁽¹²⁾ No que toca a factos ocorridos fora das áreas sob jurisdição do Estado costeiro ver arts. 218.º e 219.º da Convenção sobre o Direito do Mar.

⁽¹³⁾ Cf. BROWNLIE (n. 7) 315; *U.S. Supreme Court, Lauritzen v. Larsen* [345 U.S. 571 (1953)], n.º 2.

autoridades locais só intervêm a bordo de um navio “estrangeiro” se o comandante ou o cônsul do Estado do pavilhão o solicitar ou se a ordem pública do porto for perturbada⁽¹⁴⁾. Em Portugal, o art. 16.º/1/b do Regulamento Geral das Capitânicas converge com este entendimento. Ver também art. 13.º/2/k do DL n.º 44/2002, de 2/3, sobre as competências do capitão do porto.

No *mar territorial*, os navios também estão sujeitos, em princípio, à jurisdição do Estado costeiro, como decorre do Direito Internacional Público geral e do art. 2.º/1 da Convenção sobre Direito do Mar.

Todavia, esta jurisdição é mais limitada que a jurisdição sobre os navios que se encontram nas águas interiores, designadamente pelo direito de passagem inofensiva regulado nos arts. 17.º e segs. da Convenção sobre o Direito do Mar. Relativamente aos navios que realizem uma passagem inofensiva no mar territorial, a competência legislativa do Estado costeiro é limitada a determinadas matérias de Direito público (tais como a segurança da navegação, a pesca e a poluição — art. 21.º da Convenção sobre o Direito do Mar) e a competência de execução e intervenção coactiva de autoridades é limitada em matéria penal e civil (arts. 27.º e 28.º da Convenção sobre o Direito do Mar).

O Estado costeiro pode ainda gozar de uma jurisdição bastante limitada sobre navios que se encontrem na zona contígua, na zona económica exclusiva ou sobre a plataforma continental.

Na *zona contígua* ao mar territorial, o Estado costeiro pode tomar as medidas de fiscalização necessárias a evitar infracções às leis e regulamentos aduaneiros, fiscais, de imigração ou sanitários no seu território ou no seu mar territorial e a reprimir as infracções às leis ou regulamentos no seu território ou no seu mar territorial (art. 33.º/1 da Convenção sobre o Direito do Mar). Trata-se de uma competência de intervenção acessória à jurisdição sobre o território e o mar territorial. Deve também notar-se que nos Estados que dispõem de uma zona económica exclusiva esta abrange normalmente a zona contígua.

⁽¹⁴⁾ Neste sentido, BROWNLIE (n. 7) 315-316, e Pierre BONASSIES e Christian SCAPEL — *Traité de droit maritime*, 2.ª ed., Paris, 2010, 35.

Na *zona económica exclusiva* e na *plataforma continental*, o Estado costeiro tem uma jurisdição funcionalmente limitada à exploração de recursos naturais, à investigação científica e à protecção e preservação do meio marinho (arts. 56.º e 77.º da Convenção sobre o Direito do Mar).

Nestes domínios, o Direito do Mar admite a competência legislativa e, em princípio, a competência jurisdicional e de intervenção coactiva das autoridades do Estado costeiro⁽¹⁵⁾. Fora dos domínios de jurisdição funcionalmente limitada do Estado costeiro, o regime aplicável aos navios é semelhante ao estabelecido para o alto mar (arts. 58.º e 78.º da Convenção sobre o Direito do Mar).

No *alto mar*, o art. 92.º/1 da Convenção sobre o Direito do Mar estabelece que os navios estão sujeitos à jurisdição exclusiva do Estado do pavilhão. Mas esta jurisdição exclusiva diz essencialmente respeito à competência de intervenção coactiva das autoridades⁽¹⁶⁾, designadamente direitos de visita e inspecção, desvio do navio, detenção e mesmo destruição do navio (que cause um perigo grave). Dentro dos limites que resultem do Direito Internacional Público geral ou convencional, outros Estados podem exercer a sua competência legislativa ou jurisdicional relativamente a situações relacionadas com navios no alto mar⁽¹⁷⁾.

Esta “jurisdição exclusiva” do Estado do pavilhão conhece diversas excepções, designadamente:

- as resultantes de resoluções das Nações Unidas;

(15) Cp. art. 228.º sobre a cooperação entre o Estado costeiro e o Estado do pavilhão relativamente aos procedimentos para imposição de penalidades decorrentes de qualquer infracção às leis e regulamentos aplicáveis ou às regras e normas internacionais relativas à prevenção, redução e controlo da poluição; art. 230.º que limita as penas que podem ser aplicadas no caso de infracções às leis e regulamentos nacionais ou às regras e normas internacionais aplicáveis para prevenir, reduzir e controlar a poluição.

(16) Ver também NGUYEN QUOC/DAILLIER/PELLET (n. 1) n.º 694.

(17) Ver também NGUYEN QUOC/DAILLIER/PELLET (n. 1) n.º 694. Relativamente à responsabilidade penal ou disciplinar em caso de abalroamento ou outro incidente de navegação, o art. 97.º da Convenção sobre o Direito do Mar determina que os procedimentos só podem ser iniciados perante as autoridades do Estado da bandeira ou perante as do Estado de que os agentes sejam nacionais. No caso de outro crime cometido a bordo entende-se que têm jurisdição os tribunais do Estado do pavilhão, do Estado da nacionalidade do agente e do Estado da nacionalidade do lesado — ver BONASSIES/SCAPEL (n. 14) 52, invocando a decisão do Tribunal Permanente Internacional de Justiça no caso *Lotus*.

- o direito de perseguição de navios “estrangeiros” iniciada em zonas sob a jurisdição do Estado costeiro (art. 111.º da Convenção sobre o Direito do Mar);
- as medidas para evitar a poluição resultante de acidentes marítimos (Convenção sobre Intervenção em Alto Mar em Caso de Acidente Causado ou Podendo Vir a Causar Poluição por Hidrocarbonetos (Bruxelas, 1969), Protocolo de 1973 Relativo à Intervenção em Alto Mar em Casos de Poluição por Substâncias Diferentes dos Hidrocarbonetos e art. 221.º da Convenção sobre o Direito do Mar);
- as medidas contra pessoas e navios que efectuem transmissões não autorizadas de rádio ou televisão (art. 109.º da Convenção sobre o Direito do Mar);
- as medidas contra pessoas e navios envolvidos em pirataria (art. 105.º da Convenção sobre o Direito do Mar);
- o direito de um navio de guerra visitar um navio “estrangeiro” caso haja motivo razoável para suspeitar que se dedica à pirataria, ao tráfico de escravos, é utilizado para fazer transmissões não autorizadas, não tem “nacionalidade” ou tem a “nacionalidade” do navio de guerra embora arvore um pavilhão estrangeiro ou se recuse a içar o seu pavilhão (art. 110.º da Convenção sobre o Direito do Mar).

III. O navio em Direito Internacional Privado

A) DIREITOS REAIS SOBRE NAVIOS

A lei competente para reger os direitos reais é, em regra, a lei do Estado em cujo território as coisas se encontram situadas [*lex rei sitae*] (art. 46.º/1 CC).

Todavia, a regra da *lex rei sitae* vê a sua idoneidade para a tutela dos interesses dos titulares dos direitos e para a protecção do tráfico em geral muito limitada pela mobilidade das coisas móveis. No caso de navios e aeronaves que estejam afectos ao transporte

internacional e que frequentemente atravessam espaços livres de qualquer soberania, a regra da *lex rei sitae* suscita dificuldades adicionais.

Quando se trata de coisas móveis sujeitas a matrícula, o recurso ao Direito do Estado da matrícula permite obviar à incerteza e instabilidade resultantes da sua mobilidade. A matrícula, sendo um acto de registo que implica a atribuição de um sinal de identificação e a emissão de documentos, permite individualizar o Direito aplicável por forma estável e, em princípio, reconhecível por todos os interessados.

Compreende-se, assim, que o art. 46.º/3 CC determine que “A constituição e transferência de direitos sobre meios de transporte submetidos a um regime de matrícula são reguladas pela lei do país onde a matrícula tiver sido efectuada”.

Antes da entrada em vigor do DL n.º 201/98, de 10/7, o art. 46.º/3 aplicava-se, em primeiro lugar, aos *navios*.

Nesta medida veio modificar o disposto no art. 488.º C. Com. que mandava aplicar a “lei da nacionalidade que o navio tiver ao tempo em que o direito, objecto de contestação, houver sido adquirido”. Os navios cuja propriedade se encontre registada em Portugal têm “nacionalidade” portuguesa⁽¹⁸⁾. Mas o mesmo não vale necessariamente para outros países. Os navios que arvoram o pavilhão suíço bem como todas as frotas dos países sem litoral marítimo devem ter um porto de registo noutra país. Por outro lado, é frequente que os Estados mantenham mais do que um sistema registo de navios⁽¹⁹⁾, e que admitam que o navio arvore temporariamente o seu pavilhão, designadamente em caso de fretamento em casco nu⁽²⁰⁾.

(18) Isto resultava do art. 486.º C. Com., que se referia aos navios que se encontrassem matriculados como navios nacionais “nos termos do acto especial de navegação”, e decorre hoje do art. 3.º do DL n.º 201/98.

(19) No caso português, ver o registo de propriedade, regulado nos art. 72.º e segs. do Regulamento Geral das Capitánias, e o registo comercial de navios, regulado ainda pelo DL n.º 42.644, de 14/11/1959, segundo ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO — *Tratado de Direito Civil Português, Vol. I — Parte Geral, Tomo II — Coisas*, Coimbra, 2000, 143, e JANUÁRIO COSTA GOMES — *Leis Marítimas*, 2.ª ed., Coimbra, 2007, 159.

(20) Ver *MünchKomm./WENDEHORST* [2006 Art. 45 n.º 49] e, na lei portuguesa, DL n.º 287/83, de 22/6, que admite o registo temporário das embarcações de comércio tomadas de fretamento em caso nu, com opção de compra, por armadores nacionais, con-

À face do art. 46.º/3 CC, o que releva é o Estado de registo e não o pavilhão do navio. Isto é justificado pela importância que assume, para terceiros, a publicidade assegurada pelo registo organizado no Estado da matrícula⁽²¹⁾.

Pela mesma razão, em caso de registo numa pluralidade de Estados deve ser relevante a lei do Estado onde estão registados os direitos reais sobre o navio⁽²²⁾.

Inexplicavelmente, porém, o art. 11.º do DL n.º 201/98 veio aparentemente restabelecer a regra da lei da “nacionalidade” em matéria de direitos reais sobre navios. Poderá talvez defender-se que este preceito pressupõe a coincidência entre Estado da “nacionalidade” e Estado de registo e que, por conseguinte, só vale plenamente para os navios “portugueses”. Relativamente aos navios “estrangeiros” haverá então que atender às soluções que decorrem do art. 46.º/3 CC.

O art. 46.º/1 CC submete à *lex rei sitae* o regime da posse e dos direitos reais.

O mesmo domínio de aplicação deve ser atribuído à lei do lugar da matrícula, com respeito aos meios de transporte submetidos a um regime de matrícula⁽²³⁾. Embora o n.º 3 do art. 46.º se reporte apenas à “constituição e transferência de direitos”, não é concebível que o conteúdo destes direitos se reja pela *lex rei sitae* momentânea. Acresce que, como já se observou, os navios e aeronaves se encontram frequentemente em espaços livres de qualquer

ferindo o direito ao uso da bandeira portuguesa (art. 7.º/3 com a redacção dada pelo DL n.º 199/84, de 14/6).

⁽²¹⁾ Neste sentido, António FERRER CORREIA — “Conflitos de leis em matéria de direitos sobre as coisas corpóreas”, *RLJ* 117 (1985) n.ºs 3727 a 3729; 118 n.ºs 3730 a 3732, n. 11.

⁽²²⁾ Neste sentido, *MünchKomm./WENDEHORST* [2006 Art. 45 n.º 47], dando conta da divergência doutrinária quanto aos casos excepcionais em que os direitos sobre o navio estejam registados em diferentes Estados. O autor defende que, em princípio, se tenha em conta o registo realizado em primeiro lugar, porque os terceiros que depositam confiança neste registo merecem tipicamente mais protecção. Esta solução já não valerá quando o primeiro registo — por exemplo, por ocasião de uma venda do navio —, só não tenha sido cancelado por lapso [op. cit. n.º 48].

⁽²³⁾ Cf. FERRER CORREIA (n. 21) n.º 11, e LIMA PINHEIRO — *A Venda com Reserva da Propriedade em Direito Internacional Privado*, McGraw Hill, Lisboa et. al., 1991, 94 e 119, com restrições.

soberania, em que o elemento de conexão lugar da situação não permite designar qualquer ordem jurídica.

Pelas mesmas razões de estabilidade e continuidade dos direitos sobre o navio, a lei do lugar da matrícula é aplicável mesmo quando o navio se encontra em águas interiores ou no mar territorial de um determinado Estado⁽²⁴⁾.

Observe-se que embora o conceito de “regime dos direitos reais” tenda a abranger a constituição, transferência, efeitos e extinção destes direitos, ele não se estende à formação, interpretação, integração, requisitos de validade e efeitos obrigacionais do *contrato de venda do navio*, que são regulados pelo Regulamento Roma I (Reg. (CE) n.º 593/2008) (*infra* B).

Relativamente às coisas móveis que estão submetidas à *lex rei sitae*, a deslocação internacional da situação da coisa desencadeia uma *sucessão de estatutos reais* (i.e., de leis aplicáveis aos direitos reais sobre a coisa). No que toca aos meios de transporte sujeitos a matrícula, também ocorre uma sucessão de estatutos no caso de mudança do país da matrícula.

Em princípio o momento relevante da conexão é aquele em que se verificam os factos constitutivos, transmissivos, modificativos ou extintivos. Portanto, à constituição, transmissão, modificação ou extinção do direito real aplica-se a lei reguladora do direito real ao tempo da verificação dos respectivos factos⁽²⁵⁾.

Quanto à persistência das situações constituídas ao abrigo do estatuto anterior vale o princípio da continuidade⁽²⁶⁾. No domínio dos direitos sobre navios este princípio está consagrado no art. 488.º/§ 2.º C.Com.

Decorre deste princípio que se deve adoptar uma perspectiva de transposição na relação entre o estatuto anterior e o estatuto novo. Tanto quanto possível o direito constituído segundo o esta-

(24) Em sentido diferente, perante o Direito inglês, *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws* — 14.ª ed. por Lawrence COLLINS (ed. geral), Adrian BRIGGS, Jonathan HARRIS, J. McCLEAN, Campbell McLACHLAN e C. MORSE, vol. II, Londres, 2006, 1130-1131.

(25) Cf. LIMA PINHEIRO (n. 23) 200.

(26) Ver, com respeito à reserva da propriedade, STJ 8/3/2007 [CJ/STJ (2007-I) 93].

tuto anterior deve persistir no quadro definido pelo estatuto novo ⁽²⁷⁾.

O Direito de Conflitos geral que se acaba de expor é em certos casos afastado por *Convenções que unificam o Direito material* aplicável a determinados direitos sobre os navios.

É o que se verifica, relativamente aos *privilégios e hipotecas marítimas*, com a *Convenção de Bruxelas para a Unificação de Certas Regras Relativas aos Privilégios e Hipotecas Marítimas* de 1926.

Esta Convenção visa o reconhecimento das hipotecas, *mortgages* e penhores sobre navios constituídos segundo a lei do Estado Contratante “a que o navio pertence” noutros Estados Contratantes (art. 1.º), e tipifica os créditos a que pode ser concedida prioridade sobre esses direitos (art. 2.º)⁽²⁸⁾. A Convenção aplica-se quando o navio onerado “pertence” a um Estado Contratante, bem como noutros casos previstos pelas leis nacionais (art. 14.º/1). Desta Convenção de Direito material unificado, infere-se, segundo creio, que as hipotecas e direitos análogos sobre navios que arvoreem o pavilhão de um Estado Contratante são regidos pela lei deste Estado⁽²⁹⁾.

Esta Convenção tem sido criticada por atribuir privilégios creditórios, com prioridade em relação às hipotecas, *mortgages* e penhores, a demasiadas categorias de créditos. Isto prejudica o crédito marítimo e, em especial, o crédito à construção de navios, concedido pelos bancos e garantido por hipotecas⁽³⁰⁾.

Em 1967, foi assinada uma outra *Convenção de Bruxelas para a Unificação de Certas Regras Relativas aos Privilégios e Hipotecas Marítimas*, que se destinava a substituir a Convenção de 1926, mas que não chegou a entrar em vigor.

⁽²⁷⁾ Ver LIMA PINHEIRO (n. 23) 194 e segs. Ver ainda FERRER CORREIA — *Lições de Direito Internacional Privado I*, Coimbra, 2000, 197 e seg.

⁽²⁸⁾ Ver René RODIÈRE — *Droit maritime. Le navire*, Paris, 1980, 168 e segs.

⁽²⁹⁾ Cf. Henri BATIFFOL e Paul LAGARDE — *Droit international privé*, vol. II, 7.ª ed., Paris, 1983, 165. O art. 14.º do DL n.º 96/89, de 28/3, com a redacção dada pelos DL n.ºs 393/93, de 23/11, e n.º 5/97, de 9/1, admite, quanto aos navios registados no Registo Internacional de Navios da Madeira, a escolha da lei aplicável à hipoteca. Não parece de aprovar a consagração da autonomia privada num domínio em que é comumente aceite a competência da lei da matrícula ou do pavilhão.

⁽³⁰⁾ Ver BONASSIES/SCAPEL (n. 14) 392.

Esta Convenção referia-se às hipotecas e *mortgages* constituídos e inscritos num registo em conformidade com a lei do Estado onde o navio está matriculado.

Nesta Convenção manifestavam-se as tendências para limitar os privilégios marítimos com prioridade sobre as hipotecas, *mortgages* e penhores e para substituir a lei do pavilhão do navio pela lei do Estado de matrícula.

Enfim, em 1993 foi assinada a *Convenção de Genebra sobre Privilégios e Hipotecas Marítimas*, que entrou em vigor em 2004, embora ainda conte com um número limitado de Estados Contratantes, entre os quais não se encontra Portugal.

Esta Convenção obriga os Estados Contratantes a reconhecer os *mortgages*, hipotecas e direitos registados da mesma natureza que tenham sido constituídos e inscritos num registo em conformidade com a lei do Estado onde o navio está matriculado (art. 1.º). Determina-se a aplicação da mesma lei à graduação destes direitos entre si e aos efeitos em relação a terceiros (art. 2.º).

A Convenção contém ainda normas materiais sobre o registo e o seu cancelamento (art. 3.º), sobre os privilégios marítimos que têm prioridade sobre os *mortgages*, hipotecas e direitos registados da mesma natureza (art. 5.º) e sobre a mudança temporária de pavilhão (art. 16.º), designadamente.

Esta Convenção é aplicável, em princípio, aos navios registados num Estado Contratante, bem como aos navios que embora não registados num Estado Contratante estejam sujeitos à jurisdição de um Estado Contratante (art. 13.º/1).

Também nesta Convenção se manifestam as tendências para limitar os privilégios marítimos que têm prioridade sobre as hipotecas, *mortgages* e direitos análogos e para consagrar a competência da lei do Estado de registo⁽³¹⁾.

⁽³¹⁾ A opção pela lei do Estado de matrícula também se verifica com o Protocolo n.º 1 (Direitos Reais) da Convenção Relativa à Matrícula das Embarcações de Navegação Interior (Genebra, 1965). Este Protocolo contém disposições materiais e conflituais, estabelecendo como conexão geral a lei do país da matrícula (arts. 10.º e 18.º, com exceções nos arts. 12.º e 13.º).

B) CONTRATOS DE VENDA DE NAVIOS

A determinação do Direito aplicável aos contratos de venda de navios é regida pelo Regulamento Roma I (Reg. (CE) n.º 593/2008).

As partes podem escolher a lei aplicável ao contrato de venda de navio (art. 3.º do Regulamento Roma I). É frequente que os contratos de venda de navios contenham cláusulas sobre o Direito aplicável, que evitam incertezas sobre a determinação deste Direito e que por vezes têm em conta que o sistema jurídico mais adequado para reger o contrato não é o supletivamente aplicável.

Na falta de escolha, pode oferecer alguma dúvida se a venda de navio deve ser considerada como “venda de mercadorias” na acepção do art. 4.º/1/a do Regulamento Roma I⁽³²⁾, mas a dúvida não tem grande alcance prático, porque quer este preceito quer o preceito subsidiariamente aplicável contido no art. 4.º/2 conduzem à aplicação da lei do país da residência habitual do vendedor⁽³³⁾. No caso de entes colectivos, considera-se residência habitual o local onde se situa a sede da administração central ou o local do estabelecimento em cujo âmbito seja celebrado o contrato ou que é responsável pela sua execução (art. 19.º).

A lei determinada com base no n.ºs 1 e 2 do art. 4.º será afastada se resultar claramente do conjunto das circunstâncias do caso concreto que o contrato apresenta uma conexão manifestamente mais estreita com um país diferente. Neste caso aplicar-se-á a lei destoutro país (art. 4.º/3). O porto de registo e o pavilhão do navio são certamente laços a ter em conta para estabelecer esta conexão manifestamente mais estreita com um país diferente do da residência habitual do vendedor, mas não suficientes de per si. Parece que esta cláusula de excepção já poderá actuar se o comprador tiver a sua residência habitual no Estado do pavilhão e de registo do navio.

⁽³²⁾ Em sentido afirmativo, ver Javier CARRASCOSA GONZÁLEZ — *La Ley Aplicable a los Contratos Internacionales: El Reglamento Roma I*, Madrid, 2009, 181.

⁽³³⁾ Em sentido convergente, perante a Convenção de Roma sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais, *MünchKomm./MARTINY* [2006 Art. 28 n.º 139].

Quanto ao *efeito translativo do contrato*, creio que se deve adoptar uma óptica de transposição entre estatuto contratual e estatuto real. Quer isto dizer que a lei reguladora do contrato também será aplicável à formação, interpretação e integração das cláusulas que digam respeito à transferência da propriedade e, mais em geral, à determinação dos efeitos reais que o contrato tem vocação a produzir. Já será a lei reguladora dos direitos reais sobre o navio que controlará a produção desses efeitos.

C) CONTRATOS DE TRABALHO A BORDO DE NAVIOS

A determinação do Direito aplicável aos contratos individuais de trabalho é regulada pelo art. 8.º do Regulamento Roma I.

As partes são livres de escolher a lei aplicável, mas esta escolha não pode ter como consequência privar o trabalhador da protecção que proporcionam as normas imperativas da lei que seria aplicável na falta de escolha (n.º 1).

Se a lei aplicável ao contrato de trabalho não tiver sido escolhida pelas partes, o contrato é regulado pela lei do país em que o trabalhador presta habitualmente o seu trabalho em execução do contrato ou, na sua falta, a partir do qual o trabalhador presta habitualmente o seu trabalho em execução do contrato (n.º 2). Se não for possível determinar a lei aplicável nos termos do n.º 2, o contrato é regulado pela lei do país onde se situa o estabelecimento que contratou o trabalhador (n.º 3).

Todavia, as regras dos n.ºs 2 e 3 parecem constituir meras directrizes interpretativas sobre a lei do país que apresenta a conexão mais estreita com o contrato. Com efeito, o n.º 4 determina que se resultar do conjunto das circunstâncias que o contrato apresenta uma conexão mais estreita com um país diferente do indicado nos n.ºs 2 e 3, é aplicável a lei desse outro país. Repare-se que, diferentemente da cláusula de excepção contida no art. 4.º/3 do Regulamento, não releva apenas uma conexão *manifestamente* mais estreita.

Nem a Convenção de Roma Sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais nem o Regulamento Roma I contêm uma regra especial sobre o contrato de trabalho a bordo de navios. Relativamente à Convenção de Roma, o Relatório GIULIANO/LAGARDE

limita-se a assinalar que o grupo de peritos não procurou uma regra especial para estes contratos de trabalho⁽³⁴⁾.

As principais soluções são a aplicação da lei do pavilhão do navio, enquanto lugar da prestação do trabalho (art. 8.º/2)⁽³⁵⁾, e da lei do país onde se situa o estabelecimento que contratou o trabalhador (art. 8.º/3)⁽³⁶⁾.

A continuidade, certeza jurídica, não discriminação entre tripulantes e coordenação com os regimes de Direito público em matérias administrativas, técnicas e sociais (*supra* I) justificam uma preferência de princípio pela lei do pavilhão do navio⁽³⁷⁾. A favor da competência da lei do país onde se situa o estabelecimento que contratou o trabalhador tem sido invocada a existência de pavilhões de conveniência que não exprimem uma ligação subs-

⁽³⁴⁾ Mario GIULIANO e Paul LAGARDE — “Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles”, *JOCE* C 282, 31/10/80, Art. 6.º, n.º 4.

⁽³⁵⁾ Ver, neste sentido, Peter MANKOWSKI — *Seerechtliche Vertragsverhältnisse im Internationalen Privatrecht*, Tubinga, 1995, 470-494; Id. — “Employment Contracts under Article 8 of the Rome I Regulation”, in *Rome I Regulation*, org. por Franco Ferrari e Stefan Leible, 171-215, Munique, 2009, 199-200; Gerhard KEGEL e Klaus SCHURIG — *Internationales Privatrecht — ein Studienbuch*, 9.ª ed., Munique, 2004, 685; e Bernd VON HOFFMANN e Karsten THORN — *Internationales Privatrecht einschließlich der Grundzüge des Internationalen Zivilverfahrensrechts*, 9.ª ed., Munique, 2007, § 10 n.º 82.

⁽³⁶⁾ Ver, neste sentido, Paul LAGARDE — “Le nouveau droit international privé des contrats après l’entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980”, *R. crit.* 80 (1991) 287-340, 319; *Dicey, Morris and Collins* (n. 24) 1670 e 1673; Karsten THORN, in *Palandt Komm.*, 69.ª ed., Munique, 2010, Rom I (IPR) Art. 8 n.º 12.

⁽³⁷⁾ Ver também MANKOWSKI (n. 35 [2009]) 199-200.

Contrariamente ao regime do contrato de trabalho do pessoal da marinha de comércio, aprovado pelo DL n.º 74/73, de 1/3, que não contém normas sobre a sua aplicação no espaço, o regime do contrato de trabalho a bordo de embarcações de pesca, estabelecido pela L n.º 15/97, de 31/5, determina a sua aplicação ao contrato individual de trabalho a bordo das embarcações de pesca como tal registadas nos portos nacionais (art. 1.º/1). Estas embarcações arvoram pavilhão português nos termos do art. 3.º do DL n.º 201/98, de 10/7, e, por conseguinte, essa norma converge com a solução defendida perante o Regulamento Roma I. Esta convergência já não é clara relativamente ao art. 1.º/2 da L n.º 15/97, que determina a aplicação do mesmo regime às “embarcações de pesca estrangeiras afretadas por pessoas singulares ou colectivas nacionais, para tal autorizadas nos termos da lei”. Em qualquer caso, as normas do Regulamento Roma I prevalecem sobre as disposições de fonte interna que, na medida em que determinem a aplicação da lei portuguesa a contratos individuais de trabalho regidos segundo as normas do Regulamento por uma lei estrangeira, só podem ser relevantes excepcionalmente no quadro dos arts. 9.º (normas de aplicação imediata) ou 21.º (ordem pública internacional) do Regulamento.

tancial entre o navio e o Estado do pavilhão. Mas este argumento não toma em conta que as agências de recrutamento de tripulantes também podem ser localizadas em países que não apresentam uma ligação significativa com o contrato e em que são praticadas condições laborais com baixos níveis de protecção⁽³⁸⁾.

Já reúne maior consenso que, em princípio, a lei do país onde se situa o estabelecimento que contratou o trabalhador deve ser aplicada se o tripulante prestar o seu trabalho em vários navios arvorando diferentes pavilhões.

A relevância de pavilhões de conveniência pode ser limitada pelo art. 8.º/4 quando se apure que o contrato apresenta uma conexão mais estreita com um Estado que não é o do pavilhão do navio⁽³⁹⁾. Como factores relevantes para o estabelecimento de conexão estreita podem ser referidos a sede do empregador, a residência habitual e a nacionalidade do tripulante e as circunstâncias da execução do contrato⁽⁴⁰⁾.

D) RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL POR FACTOS OCORRIDOS A BORDO DE NAVIOS OU ENVOLVENDO NAVIOS

A determinação do Direito aplicável à responsabilidade extracontratual é regida, em primeira linha, pelo Regulamento Roma II (Reg. (CE) n.º 864/2007). O art. 1.º/2 exclui do âmbito de aplicação do Regulamento certas obrigações extracontratuais em matéria civil e comercial. É o caso das obrigações extracontratuais que decorram de um dano nuclear (f) e da violação de direitos de personalidade (g).

A responsabilidade decorrente de dano nuclear é objecto da Convenção de Paris sobre Responsabilidade Civil no Domínio da Energia Nuclear (1960), da Convenção de Viena sobre Responsabilidade Civil por Dano Nuclear (1963) e da Convenção de Bruxelas sobre Responsabilidade Civil no Domínio do Transporte Marítimo de Material Nuclear (1971). Portugal só é parte na Convenção de Paris.

⁽³⁸⁾ *Ibidem.*

⁽³⁹⁾ Ver Abbo JUNKER — “Gewöhnlicher Arbeitsort und vorübergehende Entsendung im Internationalen Privatrecht”, in *FS Andreas Heldrich*, 719-739, Munique, 2005, 731.

⁽⁴⁰⁾ Ver Dieter MARTINY, in *Internationales Vertragsrecht*, org. por REITH-MANN/MARTINY, 7.ª ed., Colónia, 2010, n.º 4870.

À luz dos trabalhos preparatórios, a exclusão da violação dos direitos de personalidade deve ser interpretada restritivamente⁽⁴¹⁾. Esta exclusão visa principalmente o direito à intimidade, o direito ao bom nome e à reputação e o direito à imagem. A responsabilidade extracontratual por lesão da vida ou da integridade física deve considerar-se incluída no âmbito de aplicação do Regulamento⁽⁴²⁾.

O Regulamento não prejudica a aplicação das Convenções internacionais de que um ou mais Estados-Membros e um ou mais Estados terceiros sejam parte na data da aprovação do Regulamento e que estabeleçam regras de conflitos de leis referentes a obrigações extracontratuais (art. 28.º). É controverso se este preceito é extensível às *Convenções de unificação do Direito material* ou se as relações abrangidas por estas Convenções estão simplesmente excluídas do âmbito de aplicação do Regulamento por não envolverem um “conflito de leis”⁽⁴³⁾.

Como quer que seja, a responsabilidade extracontratual por abalroação envolvendo navios que “pertencam” a Estados Contratantes da Convenção de Bruxelas para a Unificação de Certas Regras em Matéria de Abalroação (1910) é regida, em primeira linha, pelo regime contido nesta Convenção⁽⁴⁴⁾. Portugal é parte nesta Convenção. A maioria das abalroações envolvendo navios

(41) Ver Jan KROPOLLER — *Internationales Privatrecht*, 6.ª ed., Tubinga, 2006, 547-548; LIMA PINHEIRO — *Direito Internacional Privado*, vol. II — *Direito de Conflitos/Parte Especial*, 3.ª ed., Coimbra, 2009, 389-390. Em sentido diferente, Alfonso-Luis CALVO CARAVACA e Javier CARRASCOSA GONZÁLEZ — *Las obligaciones extracontractuales en Derecho internacional privado. El Reglamento “Roma II”*, Granada, 2008, 188, e Karsten THORN, in *Palandt Komm.*, 69.ª ed., Munique, 2010, Rome II (IPR) Art. 1 n.º 15.

(42) Cf. Considerandos n.ºs 17, 30 e 33.

(43) No primeiro sentido, relativamente ao correspondente art. 25.º do Regulamento Roma I, LIMA PINHEIRO — “O novo Regulamento comunitário sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I) — Uma introdução”, in *Estudos de Direito Internacional Privado*, vol. II, 401-471, Coimbra, 2009, 470; MARTINY (n. 40) n.º 78; no segundo, Jürgen BASEDOW — “Rome II at Sea — General Aspects of Maritime Torts”, *RabelsZ.* 74 (2010) 118-138, 128. Esta divergência pode naturalmente ter consequências quanto à celebração de Convenções de Direito material unificado com terceiros Estados após a aprovação do Regulamento.

(44) Ver, designadamente, BONASSIES/SCAPEL (n. 14) 267 e segs.; JANUÁRIO COSTA GOMES — *Direito Marítimo*, vol. IV — *Acontecimentos de Mar*, Coimbra, 2008, 125 e segs.

que arvoreem o pavilhão de Estados-Membros da União Europeia será abrangida por esta Convenção.

Nestes casos, o recurso a uma lei nacional só será necessário quando a Convenção para ela remeta ou quando surjam lacunas que não possam ser integradas com base em regras análogas contidas na Convenção ou nos princípios gerais subjacentes às regras convencionais.

Já fora do âmbito de aplicação da Convenção será necessário determinar o Direito aplicável. É o que se verificará, em princípio, quando estiver envolvido um navio de um Estado Não-Contratante ou a colisão com instalações fixas, tais como cais, eólicas instaladas no mar, cabos submarinos ou plataformas de perfuração.

A responsabilidade extracontratual por derrames de hidrocarbonetos é objecto da Convenção sobre Responsabilidade Civil pelos Prejuízos Devidos à Poluição por Hidrocarbonetos (CLC 1969) alterada pelos Protocolos de 1976 e 1992 (CLC 1992) e da Convenção sobre Responsabilidade Civil por Danos Resultantes da Poluição Causada por Hidrocarbonetos de Combustível (Londres, 2001).

Portugal só é parte da Convenção CLC 1992, que se aplica aos prejuízos devidos a poluição causados, mormente, no território, incluindo o mar territorial, de um Estado Contratante e na zona económica exclusiva de um Estado Contratante e às medidas de salvaguarda, onde quer que sejam tomadas, para prevenir ou reduzir tais prejuízos (art. 2.º). É essencialmente uma Convenção de Direito material unificado, mas que também contém regras de competência internacional (art. 9.º) e sobre o reconhecimento de decisões estrangeiras (art. 10.º)⁽⁴⁵⁾.

De novo, dentro do âmbito de aplicação desta Convenção o recurso a uma lei nacional só será necessário quando a Convenção para ela remeta ou quando surjam lacunas que não possam ser integradas com base em regras análogas contidas na Convenção ou nos princípios gerais subjacentes às regras convencionais.

Quando um problema de responsabilidade extracontratual por factos ocorridos a bordo de navios ou envolvendo navios não possa

⁽⁴⁵⁾ Ver, designadamente, BONASSIES/SCAPEL (n. 14) 325 e segs.; CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ (n. 41) 193 e segs.

ser resolvido nos quadros de uma Convenção de Direito material unificado⁽⁴⁶⁾, será necessário *determinar o Direito nacional aplicável com base no Regulamento Roma II*.

O art. 4.º/1 deste Regulamento estabelece a regra básica da *competência da lei do país onde ocorre o dano*. Um desvio desta regra é admitido em dois casos.

Por um lado, sempre que a pessoa cuja responsabilidade é invocada e o lesado tenham a sua residência habitual no mesmo país no momento em que ocorre o dano, é aplicável a lei desse país (n.º 2).

Por outro lado, se resultar claramente do conjunto das circunstâncias que a responsabilidade tem uma conexão manifestamente mais estreita com um país diferente do indicado nos n.ºs 1 ou 2, é aplicável a lei desse outro país. Uma conexão manifestamente mais estreita com um outro país poderá ter por base, nomeadamente, uma relação preexistente entre as partes, tal como um contrato, que tenha uma ligação estreita com a responsabilidade (n.º 3).

Além disso, o art. 14.º do Regulamento permite que a lei aplicável seja escolhida pelas partes. De acordo com o art. 14.º/1 as partes podem acordar em subordinar as obrigações extracontratuais à lei da sua escolha:

- a) mediante convenção posterior ao facto que dê origem ao dano; ou,
- b) caso todas as partes desenvolvam actividades económicas, também mediante uma convenção livremente negociada, anterior ao facto que dê origem ao dano.

A concretização da regra básica do art. 4.º/1 suscita dificuldades nos casos em que o dano ocorre em espaços livres de qualquer soberania, como o alto mar, e também não deixa de suscitar dúvidas nos casos em que o dano se produz a bordo de um navio, mesmo quando ele se encontra em espaços de soberania limitada ou plena do Estado costeiro.

(46) Nem de uma Convenção de unificação do Direito de Conflitos que prevaleça sobre o Regulamento Roma II nos termos do art. 28.º

Para fazer face a estas dificuldades, a Proposta original da Comissão continha uma disposição que determinava, entre outros aspectos, que era assimilado ao território de um Estado um navio que se encontrasse em alto mar, registado por este Estado (art. 18.º/b)⁽⁴⁷⁾. A preferência concedida à lei do Estado de registo em detrimento da lei do pavilhão do navio baseava-se, aparentemente, em preocupações relacionadas com os pavilhões de conveniência⁽⁴⁸⁾.

Esta disposição não foi adoptada no Regulamento Roma II, que não contém qualquer preceito que oriente a resolução dessas dificuldades.

Até certo ponto na esteira da jurisprudência e da doutrina inglesas⁽⁴⁹⁾, BASEDOW propõe uma distinção entre delitos que só produzam danos a bordo de um navio (ditos delitos internos) e delitos que produzam danos seja em vários navios seja fora de um navio, por exemplo, em instalações fixas tais como plataformas de perfuração ou cais ou ao ambiente (ditos delitos externos)⁽⁵⁰⁾.

O autor sugere que seja dada especial relevância à nacionalidade do navio com respeito a *delitos internos* quer o navio esteja em águas territoriais quer no alto mar⁽⁵¹⁾. Isto promoveria a continuidade do regime da responsabilidade extracontratual durante a expedição marítima e exoneraria o lesado do ónus da prova quanto ao momento e ao lugar da prática do delito (ou, como parece mais relevante para o Regulamento Roma II, o momento e o lugar em que ocorre o dano).

A decisão proferida pelo Tribunal de Justiça das Comunidades no caso *DFDS Torline v. Sjöfolk* (2004), relativamente a um problema de competência internacional no contexto do art. 5.º/3 da Convenção de Bruxelas sobre a Competência Judiciária e a Execu-

⁽⁴⁷⁾ COM(2003) 427 final.

⁽⁴⁸⁾ Exposição de Motivos da Proposta da Comissão, 28.

⁽⁴⁹⁾ Ver *Dicey, Morris and Collins* (n. 24) 1927 e segs., e *Cheshire, North & Fawcett Private International Law*, 14.ª ed. Por J. FAWCETT, J. CARRUTHERS e Peter NORTH, Oxford, 2008, 859 e segs.

⁽⁵⁰⁾ (N. 43) 132 e segs.

⁽⁵¹⁾ Ver também HOFFMANN/THORN (n. 35) § 11 n.º 33 (a favor da aplicabilidade da lei do porto de armamento), e Richard PLENDER e Michael WILDERSPIN — *The European Private International Law of Obligations*, Londres, 2009, 516.

ção de Decisões em Matéria Civil e Comercial, dá certo apoio a este entendimento⁽⁵²⁾. Neste caso estava em causa uma pretensão fundada em responsabilidade extracontratual devida a uma acção colectiva ilegal (boicote do navio *Tor Caledonia* em portos suecos). Em *obita*, o tribunal afirmou que a “nacionalidade do navio só pode desempenhar um papel decisivo na hipótese de o órgão jurisdicional nacional chegar à conclusão de que os danos se concretizaram a bordo do *Tor Caledonia*. Neste último caso, o Estado do pavilhão do navio deverá necessariamente ser considerado como o lugar em que o facto danoso provocou os prejuízos”⁽⁵³⁾. É observado que a relevância da lei do pavilhão nesta matéria não foi qualificada por qualquer referência à posição do navio em águas territoriais ou no alto mar⁽⁵⁴⁾.

Parece que esta solução merece acolhimento, mas só na falta de uma escolha da lei aplicável pelos interessados que seja válida nos termos do art. 14.º do Regulamento ou de residência habitual comum do agente e do lesado (art. 4.º/2 do Regulamento)⁽⁵⁵⁾.

Além disso, esta solução pode ser afastada pela existência de uma conexão manifestamente mais estreita com outro país, no quadro da cláusula de excepção contida no art. 4.º/3 do Regulamento. Afigura-se defensável que a conexão manifestamente mais estreita

⁽⁵²⁾ Ver também Andrew DICKINSON — *The Rome II Regulation: The Law Applicable to Non-Contractual Obligations*, Oxford, 2008, 323, e PLENDER/WILDERSPIN (n. 51) 516.

⁽⁵³⁾ N.º 44.

⁽⁵⁴⁾ Ver BASEDOW (n. 43) 132. Cp. a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça das Comunidades no caso *Réunion européenne v. Spliethoff's* (1998), relativamente a uma pretensão fundada em responsabilidade extracontratual do segurador do destinatário, exercendo o seu direito de sub-rogação, por danos sofridos pela carga transportada pelo mar da Austrália para a Holanda e, seguidamente, por estrada para França, contra o transportador marítimo efectivo e não contra o emitente do conhecimento de carga, em que era difícil localizar o facto que originou o dano e o próprio dano. O Tribunal concluiu que para efeitos do art. 5.º/3 da supracit. Convenção de Bruxelas seria de considerar que o dano ocorreu no lugar em que o transportador marítimo efectivo devia entregar a mercadoria.

DICKINSON (n. 52) 322-323 defende a transposição desta solução para a determinação do lugar do dano para efeitos do art. 4.º/1 do Regulamento Roma II, que em seu entender é consistente com os fins subjacentes ao preceito: “reforçar a previsibilidade das decisões judiciais e assegurar um equilíbrio razoável entre os interesses da pessoa alegadamente responsável e os interesses do lesado” (Considerando n.º 16).

⁽⁵⁵⁾ Cf. THORN (n. 41) Art. 4 n.º 23.

com o Estado costeiro possa resultar da localização do navio num porto deste Estado conjugada com a circunstância de o agente ou de o lesado terem nacionalidade e residência habitual neste Estado. A preexistência de uma relação contratual entre o agente e lesado, designadamente no caso de pretensões extracontratuais de passageiros ou de proprietários das mercadorias contra o armador, pode também exprimir uma conexão manifestamente mais estreita com a lei reguladora do contrato de transporte⁽⁵⁶⁾.

BASEDOW defende que a nacionalidade do navio não é necessariamente indicada pelo seu pavilhão, o que parece sugerir um conceito de nacionalidade diferente do relevante para o Direito do Mar. Tendo em conta os “registos abertos” e as bandeiras de conveniência, o pavilhão arvorado pelo navio fundamentaria apenas uma presunção da sua nacionalidade que poderia ser ilidida por outros elementos de conexão, tais como a administração central do armador, o lugar do registo, o porto de armamento e a nacionalidade do comandante, dos oficiais e das partes do litígio, dando lugar a uma ponderação destes elementos de conexão no caso concreto.

A solução adoptada pelo Direito de Conflitos português de fonte interna — e que, por conseguinte, não é em princípio aplicável às normas de conflitos de fonte supraestadual — é a do recurso à lei do Estado da matrícula do navio (art. 24.º CC, conjugado com o art. 45.º CC)⁽⁵⁷⁾.

Qual a solução preferível para a determinação da lei aplicável aos delitos internos ao navio? A lei do pavilhão, a lei do Estado de matrícula ou um critério geral de conexão mais estreita complementado por uma “presunção” de conexão mais estreita com o Estado do pavilhão?

A certeza e a previsibilidade jurídicas aconselham a adopção de um elemento de conexão determinado e que se deixe a ponderação dos laços existentes no caso concreto para casos excepcionais em que actue a cláusula de excepção. A lei do pavilhão coincidirá

⁽⁵⁶⁾ Ver também KROPHOLLER (n. 41) 537.

⁽⁵⁷⁾ Acrescente-se que esta solução só é aplicável quando o navio se encontre fora de porto.

normalmente com a lei do Estado da matrícula mas, quando tal não suceda, a preferência por uma delas oferece nesta matéria certa margem para dúvidas. Também neste caso pesa a favor da competência da lei do pavilhão a coordenação com os regimes de Direito público em matérias administrativas, técnicas e sociais (*supra* I)⁽⁵⁸⁾.

No que toca a *delitos externos* ao navio, deve atender-se ao território ou zona marítima onde ocorre o dano⁽⁵⁹⁾.

Quando os danos são produzidos em águas interiores e no mar territorial, a regra geral do art. 4.º/1 aponta para a lei do Estado costeiro. Com efeito, trata-se de espaços que estão sujeitos plena ou quase plenamente à jurisdição do Estado costeiro (*supra* II)⁽⁶⁰⁾.

No caso de colisão entre um navio e uma plataforma de perfuração sobre a plataforma continental ou dentro da zona económica exclusiva, a instalação em causa insere-se no contexto da jurisdição do Estado costeiro relativa à exploração de recursos naturais e está em vasta medida sujeita à jurisdição deste Estado (arts. 80.º, 56.º e 60.º da Convenção sobre o Direito do Mar). A competência da lei do Estado costeiro para reger estes casos de responsabilidade extracontratual satisfaz as preocupações de certeza e previsibilidade jurídicas e de equilíbrio entre os interesses do agente e do

⁽⁵⁸⁾ Uma solução semelhante poderá ser aplicada a delitos internos cometidos em instalações, tais como plataformas de perfuração, que arvoreem o pavilhão de um Estado. Sucede, porém, que frequentemente estas instalações não estão matriculadas no registo de navios e não arvoram um pavilhão nacional. Pode encontrar algum apoio na decisão do Tribunal de Justiça das Comunidades no caso *Weber v. Ogden* (2002) o entendimento segundo o qual o Direito do Estado costeiro será aplicável à responsabilidade extracontratual mesmo que a instalação esteja situada fora das suas águas territoriais desde que se situe sobre a plataforma continental ou dentro da zona económica exclusiva. Ver *MünchKomm./MARTINY* [2006 Art. 30 n.º 51] e *PLENDER/WILDERSPIN* (n. 51) 515 e 517-518.

Neste caso, o Tribunal de Justiça das Comunidades entendeu, para efeitos do art. 5.º/1 da *supracit.* Convenção de Bruxelas, que o “trabalho efectuado por um assalariado em instalações fixas ou flutuantes situadas na ou sobre a plataforma continental adjacente a um Estado contratante, no âmbito da exploração e/ou da extracção das suas reservas naturais, deve ser considerado trabalho cumprido no território do referido Estado”.

⁽⁵⁹⁾ Ver, em sentido convergente, *BASEDOW* (n. 43) 133 e segs.

⁽⁶⁰⁾ São ressalvados os desvíos contidos nos n.ºs 2 e 3 do art. 4.º, bem como a aplicação analógica do n.º 2 no caso de abalroação envolvendo navios que arvoreem o mesmo pavilhão. Neste segundo sentido, perante o Direito de Conflitos italiano de fonte interna, Antonio D’OVIDIO, Gabriele PESCATORE e Leopoldo TULLIO — *Manuale di diritto dela navigazione*, 8.ª ed., Milão, 1996, n.º 660.

lesado (que nos termos do Considerando n.º 16 estão subjacentes ao art. 4.º/1 do Regulamento)⁽⁶¹⁾, e facilita a coordenação entre as competências de Direito público e de Direito privado do Estado costeiro⁽⁶²⁾.

Creio que estes argumentos são extensíveis à colisão entre um navio e uma eólica instalada sobre a plataforma continental ou dentro da zona económica exclusiva.

No que se refere a danos causados por derrames de hidrocarbonetos ou produtos químicos provenientes de navios que se encontram fora das águas territoriais importa atender ao lugar onde os danos ocorrem. Se os danos se produzirem no território ou nas águas territoriais do Estado costeiro resulta do anteriormente exposto que a regra básica do art. 4.º/1 do Regulamento designa a lei do Estado costeiro para complementar a Convenção de Direito material unificado que seja aplicável ou, na falta de tal instrumento, reger a responsabilidade extracontratual. Se os danos se produzirem em instalações ou estruturas utilizadas dentro da zona económica exclusiva para a exploração e conservação de recursos naturais, outras actividades de exploração para fins económicos ou investigação científica marítima, por exemplo, em estruturas de aquicultura, pesam a favor da competência da lei do Estado costeiro razões semelhantes às já invocadas com respeito à colisão do navio com uma plataforma de perfuração sobre a plataforma continental ou dentro da zona económica exclusiva: jurisdição do Estado costeiro (art. 56.º da Convenção sobre o Direito Mar), certeza e previsibilidade jurídicas, equilíbrio entre os interesses das partes e coordenação entre as competências de Direito público e de Direito privado do Estado costeiro⁽⁶³⁾.

⁽⁶¹⁾ Para um exame mais desenvolvido das finalidades prosseguidas pelo art. 4.º/1 do Regulamento, ver LIMA PINHEIRO (n. 41) 393 e segs.

⁽⁶²⁾ Em resultado, com base no Direito de Conflitos de fonte interna, ver também *Dacey, Morris and Collins* (n. 24) 1929.

⁽⁶³⁾ Já não parece decorrer da Convenção CLC 1992 um princípio de aplicação do Direito do Estado costeiro aos prejuízos devidos a poluição causados na zona económica exclusiva. Estes prejuízos são abrangidos pela Convenção (art. 2.º/a/ii), mas a responsabilidade daí decorrente é em princípio regida pelas normas convencionais unificadas. Ver também CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ (n. 41) 194 e segs. Em sentido diferente, BASEDOW (n. 43) 134.

No caso de abalroação fora de águas territoriais, parece que a jurisdição limitada de que o Estado costeiro dispõe relativamente à zona económica exclusiva e à plataforma continental não justifica uma diferenciação do regime conflitual aplicável à abalroação ocorrida no alto mar⁽⁶⁴⁾. Neste sentido pesam não só argumentos de Direito do Mar, mas também a circunstância de os sistemas nacionais de Direito Internacional Privado, a doutrina e a jurisprudência não fazerem geralmente essa diferenciação.

Por conseguinte, o art. 4.º/1 do Regulamento não é directamente aplicável. Mas já seria um raciocínio demasiado formal retirar daí a irrelevância do art. 4.º do Regulamento no seu conjunto⁽⁶⁵⁾.

Desde logo, se os navios envolvidos arvoram o mesmo pavilhão, deve, em princípio, aplicar-se a lei do pavilhão. A aplicação analógica do art. 4.º/2 do Regulamento parece oferecer um melhor fundamento para esta solução do que a jurisdição exclusiva do Estado do pavilhão no alto mar, uma vez que, como foi assinalado anteriormente, esta jurisdição exclusiva diz essencialmente respeito à competência de intervenção coactiva das autoridades e não exclui a competência legislativa de outros Estados, pelo menos em matérias de Direito privado (*supra* II)⁽⁶⁶⁾.

Se os navios arvoram pavilhões diferentes, as soluções defendidas pelos autores são as mais divergentes.

Segundo uma linha de raciocínio, o Direito da responsabilidade extracontratual dos Estados não vigoraria no alto mar, razão por que não ocorreria um “conflito de leis” no sentido do art. 1.º/1 do Regulamento. Esta matéria encontrar-se-ia assim fora do âmbito de aplicação do Regulamento, sendo aplicáveis as normas de conflitos de fonte interna e, na sua falta, o Direito material do foro⁽⁶⁷⁾.

(64) Em sentido convergente, BASEDOW (n. 43) 134.

(65) Neste sentido, porém, invocando o carácter de excepção dos n.ºs 2 e 3 do art. 4.º relativamente ao n.º 1, *Cheshire, North & Fawcett* (n. 49) 860.

(66) Ver também THORN (n. 41) Art. 4 n.º 22.

(67) Este entendimento é referido por BASEDOW (n. 43) 136-137, que, embora admitindo a dúvida sobre a excessiva restrição do âmbito de aplicação do Regulamento daí resultante, entende que mesmo no quadro do Regulamento se poderia defender que na medida em que as normas de conflitos do Regulamento não designam qualquer lei, os tribunais dos Estados-Membros seriam livres de aplicar a *lex fori*. Ver também, em resultado, *Cheshire, North & Fawcett* (n. 49) 861-863, e, ainda, a favor da competência da *lex fori*,

Esta perspectiva permitiria aos Estados-Membros o desenvolvimento das soluções mais apropriadas.

O art. 674.º do Código Comercial português determina que no caso de abalroação no mar “entre navios de nacionalidade diferente, cada um deles é obrigado nos termos da lei do seu pavilhão, não podendo receber mais do que esta lhe conceder” (n.º 3). Este preceito manda aplicar distributivamente a lei do pavilhão de cada navio aos pressupostos da “sua” obrigação de indemnizar, mas estabelece uma conexão cumulativa quanto à determinação da indemnização. Eu defendi o abandono desta conexão cumulativa, porquanto esta actua, por forma injustificada, em desfavor do lesado⁽⁶⁸⁾.

Todavia, a exclusão desta matéria do âmbito de aplicação do Regulamento não parece justificada. Por “conflito de leis” entende-se geralmente em Direito Internacional Privado um problema de determinação do Direito aplicável colocado por uma situação que apresenta contactos relevantes com mais de um Estado soberano⁽⁶⁹⁾. A responsabilidade por colisão de navios que arvoram pavilhões diferentes coloca este problema e envolve, por isso, um conflito de leis.

Parece, pois, que também neste caso nos encontramos perante uma lacuna do Regulamento, que deve ser integrada com recurso a uma aplicação analógica de uma das normas de conflitos do Regulamento ou a princípios de conexão subjacentes a estas normas. Nesta ordem de ideias, são duas as principais soluções a considerar.

A primeira é a aplicação da lei do pavilhão do navio que sofreu o dano, fundamentada numa aplicação analógica do art. 4.º/1 do Regulamento (competência da *lex loci damni*)⁽⁷⁰⁾. Se ambos os navios sofrerem danos, isto conduzirá à aplicação da lei do pavilhão de cada navio à responsabilidade do outro.

René RODIÈRE e Emmanuel du PONTAVICE — *Droit maritime*, 12.ª ed., Paris, 1997, 432; BATIFFOL/LAGARDE (n. 29) 245; Pierre MAYER e Vincent HEUZÉ — *Droit international privé*, 9.ª ed., Paris, 2007, n.º 684; BONASSIES/SCAPEL (n. 14) 276; art. 12.º do *codice della navigazione* italiano.

⁽⁶⁸⁾ Ver LIMA PINHEIRO (n. 41) 427-428.

⁽⁶⁹⁾ Ver, com mais desenvolvimento e referências, LIMA PINHEIRO (n. 9) 40 e segs.

⁽⁷⁰⁾ Ver DICKINSON (n. 52) 324, e THORN (n. 41) Art. 4 n.º 22.

A outra solução defensável é o apelo ao princípio da conexão mais estreita, subjacente aos preceitos do art. 4.º e, em especial, ao seu n.º 3⁽⁷¹⁾. A adoptar-se esta solução terá de se determinar perante o conjunto das circunstâncias do caso concreto o país com que a abalroação apresenta o laço ou combinação de laços mais significativos. Na impossibilidade de determinar a conexão mais estreita restará o recurso à *lex fori*.

A primeira solução parece mais próxima dos objectivos e do sistema do Regulamento mas também suscita críticas devido às dificuldades criadas pela aplicação de leis diversas a aspectos da mesma situação (o chamado *dépeçage* ou fraccionamento conflitual)⁽⁷²⁾.

A segunda solução evita estas críticas mas, além das dificuldades e incertezas implicadas na determinação da conexão mais estreita, conduz com muita frequência à aplicação da *lex fori* (que pode não ter qualquer ligação significativa com a situação)⁽⁷³⁾, devido à dispersão dos elementos de conexão do caso.

Uma solução intermédia seria, na falta de conexão claramente mais estreita com um determinado país, aplicar os “princípios comuns” às leis do pavilhão dos navios envolvidos e só perante a incompatibilidade de preceitos destas leis recorrer subsidiariamente à *lex fori*.

⁽⁷¹⁾ Ver também PLENDER/WILDERSPIN (n. 51) 516; Alfonso-Luis CALVO CARAVACA e Javier CARRASCOSA GONZÁLEZ — *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 10.ª ed., Granada, 2009, 820; e François RIGAUX e Marc FALLON — *Droit international privé*, 3.ª ed., Bruxelas, 2005, n.º 15.30. Um critério geral de remissão semelhante (*the most-significant-relationship approach*) também desempenha nesta matéria um certo papel no Direito de Conflitos dos EUA — ver Eugene SCOLES, Peter HAY, Patrick BORCHERS e Symeon SYMEONIDES — *Conflict of Laws*, 4.ª ed., St. Paul, Minn., 2004, 890 e segs.

⁽⁷²⁾ Ver BASEDOW (n. 43) 136.

⁽⁷³⁾ Designadamente quando for competente o foro do arresto, nos termos do art. 7.º/1/d da Convenção de Bruxelas para Unificação de Certas Regras sobre Arresto de Navios de Mar (1952).

IV. Considerações finais

A breve exposição que antecede permite concluir que tanto no Direito Internacional Público do Mar como em Direito Internacional Privado Marítimo os navios suscitam problemas específicos de regulação jurídica. A conexão permanente com um determinado Estado desempenha um papel determinante quer em certos aspectos da jurisdição permitida pelo Direito Internacional Público quer no tocante à lei reguladora dos direitos reais sobre o navio, dos contratos de trabalho a bordo e da responsabilidade extracontratual por factos ocorridos a bordo de navios ou envolvendo navios.

Esta conexão, porém, não é necessariamente a mesma em Direito do Mar e em Direito Internacional Privado. Também nesta matéria é visível que embora haja nexos entre o Direito Internacional Público e o Direito Internacional Privado as soluções para a resolução de conflitos de leis não podem ser deduzidas dos princípios do Direito Internacional Público geral ou das regras da Convenção sobre o Direito do Mar.

NATUREZA JURÍDICA DOS MEMORANDOS COM O FMI E COM A UNIÃO EUROPEIA

Pelo Prof. Doutor Eduardo Correia Baptista

Visto terem partes e conteúdos parcialmente diferentes, na realidade, foram adoptados dois Memorandos.

O primeiro encontra-se corporizado na Carta de Intenções assinada pelo Ministro das Finanças e pelo Governador do Banco de Portugal, em nome, respectivamente, do Estado português e do Banco de Portugal, com data de 13 de Maio de 2011, contendo o Memorando de Entendimento sobre Condicionanismos Específicos de Política Económica⁽¹⁾, e que foi endereçada a órgãos da União Europeia (o Presidente do Euro Grupo, o Presidente do Conselho da União, na sua formação de ECOFIN, e o Comissário Europeu dos Assuntos Económicos e Financeiros) e ao Presidente do Banco Central Europeu. A aceitação do Memorando foi formalizada pela

⁽¹⁾ O respectivo texto em inglês (língua em que foi negociado) consta de http://ec.europa.eu/economy_finance/eu_borrower/mou/2011-05-18-mou-portugal_en.pdf. Foi igualmente publicado pelo FMI, bem como a citada Carta de Intenções de 13 de Maio, enquanto anexos à Carta enviada por Portugal ao FMI (cfr. <http://www.imf.org/external/np/loi/2011/prt/051711.pdf>). Encontra-se traduzido em português, em http://www.portugal.gov.pt/pt/GC18/Documentos/MFAP/Memorando_Condicionalidades_Politica_Economica.pdf, bem como em http://www.bportugal.pt/pt-PT/OBANCOEOEUROSISTEMA/ProgramaApoioEconomicoFinanceiro/Documents/MoU_PT.pdf).

⁽²⁾ Cfr. <http://www.bportugal.pt/PT-PT/OBANCOEOEUROSISTEMA/PROGRAMAAPOIOECONOMICOFINANCEIRO/Paginas/Documentos.aspx>.

sua assinatura pelo Ministro das Finanças e pelo Governador do Banco de Portugal e pela Comissão em 17 de Maio⁽²⁾ e pela decisão do Conselho na formação de ECOFIN, com a mesma data, que deliberou atribuir assistência financeira a Portugal⁽³⁾.

O segundo foi concretizado pelo envio da mesma Carta de Intenções, com idênticos signatários, datada de 17 de Maio de 2011, dirigida ao Director do Fundo Monetário Internacional (FMI), que compreende como anexos o Memorando sobre Políticas Económicas e Financeiras e o Memorando Técnico de Entendimento⁽⁴⁾, bem como a primeira Carta e o seu descrito anexo, e pela respectiva aceitação por esta Organização, formalizada no dia 20 de Maio pela aprovação do financiamento acordado⁽⁵⁾.

O facto de a primeira Carta ter sido dirigida igualmente ao Banco Central Europeu (BCE) não o converteu em parte no acto em análise. Esta conclusão decorre da circunstância de aquele não se ter vinculado formalmente a este, nem ter participado na aprovação ou financiamento directo da assistência, que ficou exclusivamente a cargo da União Europeia/Zona Euro⁽⁶⁾. Limitou-se a participar na sua negociação, a aceitar informalmente o seu conteúdo⁽⁷⁾

⁽³⁾ Cfr. http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ecofin/122047.pdf

⁽⁴⁾ O seu texto em inglês (língua em que também foi negociado) pode ser consultado em <http://www.imf.org/external/np/loi/2011/prt/051711.pdf>, bem como em http://www.bportugal.pt/pt-PT/OBancoeoEurosistema/ProgramaApoioEconomicoFinancieiro/Documents/IMF_country-report_11-127_June2011.pdf.

⁽⁵⁾ Cfr. <http://www.imf.org/external/np/sec/pr/2011/pr11190.htm>

⁽⁶⁾ Aliás, a decisão do Conselho de 17 de Maio limita-se a referir “which was negotiated with the Portuguese authorities by the Commission and the International Monetary Fund, **in liaison with the European Central Bank**”. Também o comunicado do BCE de 5 de Maio sobre o Memorando consagra o mesmo entendimento: “negociações com a Comissão Europeia, em colaboração com o BCE” e a terminologia utilizada para traduzir o apoio ao Memorando está muito longe de consagrar uma aceitação juridicamente vinculativa. O BCE apoia o compromisso de Portugal, não declara assumir qualquer obrigação formal ou posição jurídica de parte em tal acto: “O Conselho do BCE **acolhe favoravelmente o compromisso que as autoridades públicas portuguesas assumiram** no sentido de tomar todas as medidas necessárias para atingir os objectivos do programa” (cfr. o texto em português do comunicado pode ser encontrado em <http://www.bportugal.pt/pt-PT/OBancoeoEurosistema/SistemaEuropeudeBancosCentrais/BCE/Comunicados/Paginas/combce20110505-1.aspx>).

⁽⁷⁾ A concordância do BCE com o Memorando consta do citado comunicado de 5 de Maio.

e a ser destinatário da carta de intenções portuguesa. O fundamento jurídico para esta participação e aceitação é que o acto compromete o BCE directamente num caso⁽⁸⁾. Tal deveu-se também ao facto de constituir um actor independente, com poderes significativos, e, simultaneamente, o maior credor do Estado português, que tem assumido nos últimos anos um papel político indiscutível na formação da vontade da União Europeia quanto às medidas a adoptar para enfrentar a presente crise financeira. Juridicamente, o BCE apresenta-se como uma entidade que consentiu unilateralmente quanto ao conteúdo do acto sem se tornar em sua parte. Tal significa que assume as obrigações que o acto lhe atribui, mas que não terá formalmente direito a considerar-se lesado pelo seu eventual incumprimento, salvo por incumprimento dos seus créditos.

A mesma conclusão não vale em relação à participação do Banco de Portugal em ambos os actos em causa. O facto de o seu Governador os ter formalmente assinado mostra uma clara intenção de o vincular aos seus termos, de modo a evitar que utilizasse a sua independência para adoptar medidas que o contrariassem. Visto que os termos negociados estabelecem que esta instituição adoptará determinados actos da sua exclusiva competência⁽⁹⁾, a melhor forma de garantir a sua aprovação sem violação da sua independência foi torná-la parte nos actos em causa⁽¹⁰⁾. Esta circunstância jurídica força a concluir que lhe foi conferida uma limitada personalidade jurídica internacional⁽¹¹⁾.

⁽⁸⁾ Cfr. *Memorandum of Understanding on Specific Economic Policy Conditionality*, parág. 2.2: “Banco de Portugal (BdP) and the ECB, in consultation with the European Commission (EC) and the IMF, will include clear periodic target leverage ratios and will ask banks to devise by end-June 2011 institution-specific medium-term funding plans to achieve a stable market-based funding position”. Em outros casos, o Banco central Europeu é apenas referido como entidade controladora ou cooperadora (assim, nos parágs. 2.6, 2.7, 2.13, 2.15 e 2.22).

⁽⁹⁾ Assim, designadamente, quanto aos rácios de capital dos bancos.

⁽¹⁰⁾ Trata-se de exigência habitual do FMI. Assim, a Carta de Intenções da Irlanda de 3 de Dezembro de 2010 é igualmente assinada pelo Governador do Banco Central da Irlanda (cfr. <http://www.imf.org/external/np/loi/2010/irl/120310.pdf>). O mesmo se passou com a Carta de Intenções grega de 6 de Agosto de 2010 (cfr. <http://www.imf.org/external/np/loi/2010/grc/080610.pdf>).

⁽¹¹⁾ Ao contrário do que se poderá pensar, tal nada tem de anormal ou sequer de particularmente relevante (vide, mais desenvolvidamente, E. Correia Baptista, *Direito Internacional Público*, Vol. I, Lisboa, 1998, págs. 386-389).

Mas, identificadas as partes, necessário se torna qualificar os actos em causa.

Os financiamentos pelo Fundo Monetário Internacional têm sido objecto de diversas análises, tendo-se desenvolvido uma corrente claramente dominante que sustenta que estes se baseiam em meros actos unilaterais do Estado e do Fundo, que não criariam qualquer acordo entre ambos. Trata-se de posição com apoio no próprio texto do Acordo Constitutivo do FMI, cujo artigo XXX, al. *b*), sugere o carácter unilateral do tradicional instrumento de crédito “stand by”⁽¹²⁾, além de ter suporte também na prática polí-

(12) “Stand-by arrangement means a decision of the Fund by which a member is assured that it will be able to make purchases from the General Resources Account in accordance with the terms of the decision during a specified period and up to a specified amount”.

Mas note-se que a versão oficial em francês o denomina “accord de confirmation” e a espanhola o designa como “**acuerdo de derecho de giro**”. Sem prejuízo, naturalmente, de ambas o definirem como acto unilateral.

A assistência a Portugal foi veiculada à luz do novo Instrumento de Fundo Alargado (*Extended Fund Facility*), com prazos mais alargados de reembolso dos fundos concedidos. Mas estes são estruturados formalmente do mesmo modo que os instrumentos “stand by”.

(13) Deste modo, o próprio FMI estabelece em *Guidance on the Design and Implementation of IMF Conditionality: Preliminary Considerations*, IMF, 2002, parág. 23: “Nature of arrangements. **Fund arrangements are not international agreements and therefore language having a contractual connotation will be avoided in arrangements and in program documents.**”

(14) Assim, em 25 de Maio de 1999, o Tribunal Constitucional da Tailândia entendeu que a carta de intenções enviada pelo Ministro das Finanças e pelo Governador do Banco Central da Tailândia ao FMI “bore the characteristics of being a unilateral act by the Thai government in request of the exercise of its rights in its capacity as a member State to utilize the general resources of the IMF under article 5 section 3 (b) of the “Agreement on International Monetary Fund.” e que “This was therefore an illustration that neither the Thai government nor IMF deemed the letter of intent as a treaty or international agreement with IMF”, tendo concluído que “The letter of intent sent by the government to IMF was therefore not a “treaty” within the meaning of an agreement drawn up in writing by Thailand with IMF as an international organisation because such a letter lacked the characteristics of an international agreement.” (cfr. http://english.constitutionalcourt.or.th/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=38&Itemid=10&lang=en).

(15) Neste sentido: Eva Riesenhuber, *The International Monetary Fund under constraint: legitimacy of its crisis management*, The Hague/Dordrecht, 2001, pág. 263; Leonie F. Guder, *The administration of debt relief by the international financial institutions: a legal reconstruction of the HIPC initiative*, Berlin/Heidelberg/New York, 2008, págs. 153-154 (alarga a conclusão a outras formas de assistência pelo FMI).

tica⁽¹³⁾, jurisprudência estadual⁽¹⁴⁾ e em diversos autores⁽¹⁵⁾. Tal teria por consequência que a carta de intenções e memorando anexo seriam um acto unilateral com mera natureza política, não vinculando formalmente o Estado autor. Não apenas por as entidades interessadas assim o terem considerado, como igualmente por esta não reunir a clara intenção de auto-vinculação que tem de se encontrar subjacente à promessa em Direito Internacional Público para que esta seja juridicamente obrigatória para o seu autor⁽¹⁶⁾.

Contudo, este entendimento constitui parcialmente uma ficção. O memorando é sempre objecto de intensas negociações e a sua redução a um mero acto unilateral do Estado não tem suporte na realidade. Existe um claro acordo, tal como é reconhecível por qualquer observador e mesmo pelas partes⁽¹⁷⁾.

As diferenças entre um acto jurídico unilateral receptício e um contrato reflectem-se no seu regime jurídico. Um acto unilateral, a menos que tenha esgotado os seus efeitos e caducado, por regra, é susceptível de ser revogado unilateralmente. Pelo contrário, um

⁽¹⁶⁾ Assim, o Tribunal Internacional de Justiça afirmou a propósito dos requisitos da promessa: “It is well recognized that declarations made by way of unilateral acts, concerning legal or factual situations, may have the effect of creating legal obligations. Declarations of this kind may be, and often are, very specific. When it is the intention of the State making the declaration that it should become bound according to its terms, **that intention confers on the declaration the character of a legal undertaking**, the State being thenceforth legally required to follow a course of conduct consistent with the declaration. An undertaking of this kind, if given publicly, and **with an intent to be bound**, even though not made within the context of international negotiations, is binding. In these circumstances, nothing in the nature of a quid pro quo nor any subsequent acceptance of the declaration, nor even any reply or reaction from other States, is required for the declaration to take effect, since such a requirement would be inconsistent with the strictly unilateral nature of the juridical act by which the pronouncement by the State was made.” (cfr. *Nuclear Tests (Australia v. France)*, Judgment, December 20, 1974, *I. C. J. Reports* 1974, pág. 267, parág. 43).

⁽¹⁷⁾ Efectivamente, o FMI considerou que as negociações tinham levado a um acordo: *IMF Reaches Staff-Level Agreement With Portugal On a €26 Billion Extended Fund Facility Arrangement*, Press Release No. 11/160, May 5, 2011 (<http://www.imf.org/external/np/sec/pr/2011/pr11160.htm>).

Também membros do Governo português assumiram a existência de um acordo e que este criou “obrigações”. Assim, o ministro da Justiça declara no preâmbulo do despacho n.º 7857/2011, de 31 de Maio: “Entre as obrigações recentemente assumidas por Portugal no âmbito do **acordo** assinado com o Fundo Monetário Internacional, o Banco Central Europeu e a Comissão Europeia (...)”.

⁽¹⁸⁾ Assim, por exemplo, a emanação de uma reserva e a sua aceitação (ainda que

acordo apenas pode ser revogado por novo acordo das partes, visto estar sujeito à regra *Pacta sunt servanda*⁽¹⁸⁾.

Ora, afigura-se claro que seria inadmissível que o FMI alterasse livremente as condições da assistência concedida (por exemplo, modificando os prazos de reembolso). Do mesmo modo, seria inaceitável que o Estado português se recusasse a devolver o dinheiro ou a pagar os juros.

Nem seria sustentável que se defendesse que a concessão dos fundos e os seus termos teriam natureza jurídica, mas que a decisão de conceder nova parcela, não. Que o compromisso do FMI de conceder nova tranche do empréstimo seria um compromisso político, tal como os condicionalismos assumidos pelo Estado português. E que, conseqüentemente, a violação destas condições políticas por Portugal autorizaria politicamente o FMI a não conceder nova parcela do empréstimo. Tal tese seria inviável, pois significaria que o FMI, juridicamente, teria também o direito de recusar a nova tranche do empréstimo ainda que o Estado cumprisse todos os termos, conclusão que se afigura incompatível com o seu Acordo constitutivo⁽¹⁹⁾. Se depois de todos os esforços bem sucedidos, o FMI arbitrariamente recusasse nova tranche do empréstimo, incorreria em responsabilidade internacional.

Mas se o compromisso do Estado em pagar é jurídico e o compromisso do FMI em emprestar também (ainda que sujeito a um termo, o decurso do prazo para a entrega da nova parcela), então os condicionalismos têm eficácia jurídica, pois o seu respeito imporá ao FMI o dever efectivo de conceder nova tranche. O que significa que os dois memorandos com o FMI têm alguma eficácia jurídica, pois o seu cumprimento constitui condição suspensiva do dever de conceder nova parcela dos fundos por parte do FMI.

expressa) por outro Estado, em ambos os casos por intermédio de um acto jurídico unilateral, não cria entre ambos um acordo. Tal é confirmável pela circunstância de, salvo disposição em contrário do tratado, a reserva ser livre e unilateralmente revogável a todo o tempo (cfr. artigo 23, n.º 1, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969).

⁽¹⁹⁾ Assim, o citado Artigo XXX, al. b), deixa claro que as decisões do FMI quanto à concessão de assistência financeira criam obrigações jurídicas, pois estabelece que por intermédio destas “**a member is assured** that it will be able to make purchases from the General Resources Account (...)”.

Também se julga que não é possível procurar justificar este dever jurídico de o FMI e de Portugal respeitarem os termos do empréstimo simplesmente no Acordo Constitutivo do FMI, desde logo porque o pedido ou o consentimento de Portugal permitiriam alterar algumas das suas condições, como prazos ou quantias a ceder. Ou seja, sem prejuízo de o FMI (e, em menor medida, igualmente Portugal, enquanto Estado membro) se encontrar vinculado pelo seu Acordo Constitutivo, e pelas regras criadas à sua luz, o consentimento das partes constitui o elemento decisivo, tal como se passa em qualquer simples acordo.

Assim, não apenas se deve concluir que dos dois actos unilaterais resultou um acordo, como é necessário reconhecer que este criou algumas obrigações jurídicas. Ora, se assim é, forçoso se torna concluir que se está perante um tratado entre um Estado e uma organização internacional que corporiza um mútuo⁽²⁰⁾, em que o dever de entrega de cada parcela dos fundos convencionados fica dependente de um termo e sujeito a uma condição suspensiva.

A vontade das partes é normalmente soberana na determinação da natureza do acordo. Mas se a qualificação realizada pelas partes não corresponder ao regime jurídico por estas estabelecido ou imposto pelo Direito aplicável, é inevitável que o intérprete se afaste daquela.

Naturalmente, se as partes decidiram retirar obrigatoriedade jurídica aos dois memorandos, pois então os seus termos (sem perderem a natureza jurídica de condição) terão vinculatidade apenas política, não implicando a sua violação responsabilidade internacional por parte de Portugal⁽²¹⁾. Mas, insista-se, nem por isso estes serão destituídos de eficácia jurídica: o seu incumprimento autorizará o FMI a recusar a entrega de nova parcela dos fundos, algo que, perante o cumprimento dos termos dos memorandos, estará juridicamente impossibilitado de fazer.

⁽²⁰⁾ O próprio FMI reconhece estar-se perante um empréstimo, como decorre de diversos documentos publicados sob sua responsabilidade: *IMF Lending*, <http://www.imf.org/external/np/exr/facts/howlend.htm>.

⁽²¹⁾ A possibilidade de as partes converterem um acordo num simples acto político, destituído de efeitos jurídicos, é reconhecida [ver C. Baptista, *Direito (...)*, cit., págs. 156-159].

Mas existindo uma clara ligação jurídica entre as cláusulas jurídicas do acordo e as cláusulas com mera obrigatoriedade política, é forçoso concluir que se está perante um único acordo entre Portugal/Banco de Portugal e o FMI. Mesmo integrando instrumentos distintos, a violação de uma das cláusulas jurídicas destes autorizará, desde logo, a outra parte a invocar a excepção do não cumprimento que, precisamente, apenas se aplica perante violações do mesmo tratado⁽²²⁾.

Um dos motivos subjacentes à tentativa por parte do FMI de conversão dos seus tratados com os Estados em conjunto de meros

(22) Vide a noção de tratado constante do artigo 2, al. a), da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre estas de 1986, que sublinha que um acordo será um tratado “**whether that agreement is embodied in a single instrument or in two or more related instruments and whatever its particular designation**”. Em 26 de Junho de 2011, esta Convenção ainda não entrara em vigor, além de não ter sido ratificada ou objecto de adesão por Portugal ou pelo FMI (cfr. http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsq_no=XXIII-3&chapter=23&lang=en). Contudo, estes elementos da noção internacional de tratado correspondem ao Direito Internacional Costumeiro sobre a questão.

Quanto à excepção do não cumprimento, ver o artigo 60 da mesma Convenção.

(23) Outro alegado motivo prende-se com o respeito da soberania do Estado. A atribuição de mera obrigatoriedade política aos Programas de Ajustamento Estrutural seria uma forma de evitar forçar o Estado a assumir obrigações jurídicas em questões que afectam o cerne das suas funções [assim: Riesenhuber, *The International Monetary Fund* (...), cit., pág. 269].

Evidentemente, tal alteração de natureza poucos benefícios práticos traz para o Estado. Encontrando-se numa situação de extrema necessidade de recursos financeiros, o facto de não incorrer em responsabilidade internacional em caso de incumprimento, mas apenas na consequência de ver impedida a entrega de novas parcelas dos fundos acordados, em pouco minimiza a severidade das consequências. Aliás, o parcelamento da entrega dos fundos constitui uma clara forma de permitir um estrito controlo do cumprimento das condições estabelecidas.

Por outro lado, a atribuição de natureza política a tais condições permite ao FMI fugir a acusações de estar a forçar os Estados a contrair obrigações jurídicas incompatíveis com as obrigações que o Direito Internacional Costumeiro impõe a ambos no domínio da protecção dos direitos humanos económicos, sociais e culturais [o Tribunal Internacional de Justiça deixou clara a sujeição das organizações internacionais ao Direito Internacional Costumeiro aplicável: “International organizations are subjects of international law and, as such, are bound by any obligations incumbent upon them under general rules of international law” (cfr. *Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt*, Advisory Opinion, 20 December 1980, *I. C. J. Reports* 1980, pág. 89-90, parág. 37)]. De facto, apesar de o dever central de realizar tais direitos caber essencialmente a cada Estado, os restantes Estados e Organizações Internacionais também se encontram sujeitos no mínimo a um dever negativo de não afectar a sua concretização.

actos unilaterais é precisamente evitar as dificuldades políticas e morosidade associada à conclusão e alteração interna das convenções internacionais⁽²³⁾. Mas, tendo-se concluído que tal tentativa não pode ser considerada como bem sucedida, por ser necessário concluir que se está perante um acordo *sui generis*, com aspectos jurídicos e políticos, tudo indica que este deveria seguir o regime interno de conclusão das convenções internacionais aplicável⁽²⁴⁾. No presente caso, visto que as obrigações assumidas que incidem em questões compreendidas na competência da Assembleia da República têm natureza política, é defensável o entendimento de que este deveria ser objecto de aprovação apenas pelo Conselho de

⁽²⁴⁾ O Tribunal Constitucional da Tailândia, na citada decisão de 25 de Maio de 1999, acabou por concluir que “the letter of intent to seek technical and financial assistance sent by the government to the IMF was not a treaty under section 224 of the Constitution of the Kingdom of Thailand (...). This was therefore not a case where the approval of the National Assembly was required under section 224 paragraph two of the Constitution of the Kingdom of Thailand”.

Na Irlanda, entendeu-se que embora constitucionalmente desnecessário, o acordo deveria ser votado pelo Parlamento por motivos políticos. Assim, em 10 de Dezembro de 2010, o FMI declarou: “The authorities have informed us that while parliamentary approval of the EU-IMF support package is not legally required, the Irish Government has put the motion before parliament to strengthen political support for the agreement.” (cfr. <http://www.imf.org/external/np/sec/pr/2010/pr10482.htm>).

⁽²⁵⁾ Mas aceita-se que se sustente que, visto que o incumprimento ou cumprimento de tais condições têm algumas consequências jurídicas, esta convenção internacional deveria ser objecto de aprovação pela Assembleia da República, designadamente, por força de preceitos como a al. *n*) (extinção de autarquias locais) do artigo 164 e als. *f*) (bases do sistema de segurança social e sistema nacional de saúde), *i*) (impostos), *p*) (tribunais e meios não jurisdicionais de composição de conflitos) ou *q*) (finanças locais) do artigo 165, em associação com a al. *i*) do artigo 161, que remete parte da competência internacional para a competência legislativa da Assembleia.

⁽²⁶⁾ Sobre a questão de determinar se deveria ser concluído sob a forma interna de Tratado Internacional, a ser aprovado pela Assembleia da República e ratificado pelo Presidente, ver C. Baptista, *Direito (...)*, cit., págs. 363-368.

⁽²⁷⁾ Mas, na medida em que a sua execução, pela mobilização dos fundos facultados pelo FMI, ultrapasse o nível de empréstimos autorizados pela Assembleia da República nos termos da al. *h*) do mesmo artigo 161, será necessária nova autorização deste órgão. Julga-se claro que não são atendíveis argumentos em sentido contrário que procurem afastar a aplicação deste preceito com o argumento formal de que não se trata de um empréstimo, mas de uma mobilização internacional de fundos a que Portugal pode aceder como membro do FMI. Seria surpreendente que a obtenção internacional de fundos sob juro fosse desqualificada como mútuo sob alegação de pretensamente se estar perante um mero acto unilateral de movimentação de recursos financeiros consentida pelo FMI.

Evidentemente, esta alínea *h*) não é invocável para sustentar que a convenção inter-

Ministros⁽²⁵⁾ sob a forma de Acordo Internacional⁽²⁶⁾ a assinar pelo Presidente da República, por força dos artigos 161, al. *i*), *a contrario*⁽²⁷⁾, e 197, n.º 1, al. *c*), CRP.

A inconstitucionalidade orgânica e formal decorrente da sua não aprovação nos termos constitucionais não poderá, contudo, ser internacionalmente invocada pelo Estado português para extinguir ou incumprir os termos do acordo (particularmente, pagar os juros fixados e devolver os fundos facultados) por força da norma internacional costumeira que proíbe a invocação de violações do Direito interno para deixar de cumprir uma obrigação internacional⁽²⁸⁾. Mas, por força destas inconstitucionalidades, o acordo não poderá igualmente ser aplicado por qualquer tribunal português, tendo presente que não cumpre os requisitos mínimos para ser compreendido pelo artigo 8, n.º 2, CRP, de forma a produzir efeitos internos. E, ainda que os cumprisse, as suas inconstitucionalidades seriam insusceptíveis de ser ressalvadas pelo artigo 277, n.º 2, CRP, desde logo, por falta de qualquer intervenção formal do Presidente da República.

Aceita-se, contudo, que uma visão mais formalista da Constituição possa ter algum amparo na proclamada estrutura dos actos em análise e carácter político dos Memorandos. Mas tal visão terá de aceitar que a mera manipulação da forma poderá isentar convenções internacionais do seu regime orgânico e formal natural, em verdadeira fraude à Constituição.

Mas, sublinhe-se, ainda que se tratasse de um simples feixe de actos jurídicos unilaterais, não seria susceptível de ser aplicado internamente por um tribunal português. As obrigações políticas seriam naturalmente inaplicáveis. As obrigações decorrentes de actos unilaterais do FMI não seriam enquadráveis no artigo 8, n.º 3, CRP, pois não têm carácter normativo, nem aplicabilidade directa nos termos do Acordo Constitutivo.

nacional tenha de ser aprovada pela Assembleia da República, tendo presente que apenas exige autorização política e não que seja este órgão a celebrar o mútuo. Mas, constitucionalmente, a Assembleia poderia aprovar a convenção, bastaria que o Governo lha submetesse, nos termos da parte final da al. *i*) do artigo 161.

⁽²⁸⁾ Codificada no artigo 27 das Convenções de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 e de 1986 em relação aos tratados.

Algumas das conclusões apresentadas em relação ao acordo entre Portugal e o FMI valem igualmente em relação ao acordo com a União Europeia, embora nos termos do Direito Comunitário e não directamente do Direito Internacional Público.

Desde logo, formalmente, não se levantam os mesmos problemas quanto à qualificação do Memorando de Entendimento sobre Condicionalismos Específicos de Política Económica, visto que este não foi estruturado como um simples anexo de um acto unilateral, antes foi assinado igualmente pela Comissão Europeia no dia 17 de Maio. Consequentemente, a sua natureza bilateral é bem mais simples de demonstrar, não obstante ter sido objecto igualmente da decisão do Conselho, acto unilateral da União Europeia⁽²⁹⁾.

Aplicam-se todas as considerações feitas em relação à natureza jurídica da concessão dos fundos, para ambas as partes.

A única dúvida que fica é quanto à natureza jurídica ou meramente política do dever de cumprir o memorando por parte de Portugal. Particularmente em relação a acordos escritos objecto de decisões comunitárias, não é possível presumir a natureza meramente política das obrigações que estabelecem. Tal natureza carece de fundamentação.

No sentido da sua obrigatoriedade meramente política milita o facto de se ter utilizado a mesma carta de intenções quer para o acordo com o FMI, quer para o Acordo com a União Europeia, já que esta carta é considerada pelo FMI como tendo natureza política.

Favorável à sua natureza jurídica serão as circunstâncias de o Memorando Europeu citar actos de Direito Comunitário claramente vinculativos, os termos rigorosos adoptados pelo Eurogrupo e o ECOFIN no início das negociações (“strict conditionality”⁽³⁰⁾) e a sistemática referência à existência de um acordo.

⁽²⁹⁾ Assim, designadamente, a União Europeia publicou documentos em que se afirma: “Euro area, EU and IMF financial support is provided on the basis of an **agreement** on an economic adjustment programme which has been negotiated in May 2011 between the Portuguese authorities and officials from the European Commission (EC), the International Monetary Fund (IMF) and the European Central Bank (ECB)” (cfr. http://ec.europa.eu/economy_finance/eu_borrower/portugal/index_en.htm).

⁽³⁰⁾ Assim, na sua Declaração de 8 de Abril de 2011, que estabelece as condições gerais para a assistência financeira a Portugal (texto em http://www.deljpn.ec.europa.eu/modules/media/news/2011/110408.html?ml_lang=en).

Em qualquer caso, visto que diversos dos objectivos constantes do Memorando têm natureza orçamental, alguns podem considerar-se impostos igualmente pelo Pacto de Estabilidade e Crescimento europeu e pelos objectivos estabelecidos no âmbito do Procedimento por Défice Excessivo aberto contra Portugal. De modo a que um incumprimento poderá ter consequências jurídicas, incluindo ao nível da adopção de sanções. Mas, formalmente, estas não decorrerão do incumprimento do acordo e sim do Pacto.

Seja como for, não sendo os termos do Memorando claros e sendo a prática europeia ainda recente, é possível que esta se oriente no sentido de uma juridificação de todas as obrigações impostas pelo acordo.

ALGUMAS NOTAS SOBRE MEDIDAS CAUTELARES NO DIREITO COMPARADO DA ARBITRAGEM*

*Pelo Dr. Manuel Pereira Barrocas***

1. Antagonismo de Base das Medidas Cautelares com a Arbitragem

1.1. As medidas cautelares constituem matéria em que a necessidade prática de dotar a Arbitragem da maior eficácia possível, mantendo, nomeadamente, no seu âmbito a *summaria cognitio* própria das medidas cautelares, supera a lógica e os princípios da Arbitragem.

Na verdade, a génese da Arbitragem assenta no consenso das partes, expresso na convenção de arbitragem, sobre a competência e os poderes do árbitro. Raramente, as partes numa convenção de arbitragem se referem a medidas cautelares e, deste modo, não outorgam quaisquer poderes ao árbitro na matéria, razão que seria, só por si, em princípio, suficiente para as afastar da jurisdição arbitral. Porém, as medidas cautelares arbitrais surgiram pela necessidade de não deixar o árbitro de fora nesta importante matéria.

A doutrina favorável à inclusão dessa competência no árbitro tem, nomeadamente, sustentado a tese dos poderes implícitos. Ou

* O texto deste artigo reproduz, no essencial, a palestra feita pelo autor em Lima, Perú, no dia 4 de Novembro de 2010, no âmbito do Club Español del Arbitraje.

** Advogado e Árbitro.

seja, muito embora as partes possam nada ter dito sobre a atribuição de poderes dessa natureza ao árbitro, o certo é que não faria sentido atribuir-lhe poderes para decidir o litígio e não lhe conceder a autoridade necessária para, sem a utilização dos meios judiciais, assegurar a exequibilidade da decisão arbitral.

Esta doutrina dos poderes implícitos tem hoje, praticamente, apenas valor histórico. Teve o mérito de combater a tendência vigente antes de meados dos anos oitenta do século XX que negava ao árbitro, em qualquer situação, isto é, mesmo mediante a outorga de poderes específicos pelas partes, qualquer competência, ou mesmo a mera possibilidade, para decretar medidas cautelares, com o argumento de ele não deter *jus imperii*.

Foi esta, por exemplo, a posição da lei francesa até à sua recente revogação pelo Decreto no. 2011-48, de 13 de Janeiro de 2011.

Igualmente, é a posição da lei portuguesa (Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto) ainda em vigor. E também a da lei italiana e outras.

Todavia, a realidade actual é totalmente diferente, sobretudo a partir da publicação da Lei-Modelo da UNCITRAL, em 1985, que prevê expressamente a possibilidade de o árbitro decretar medidas cautelares. É também esse o caso das leis alemã, belga, espanhola e inglesa. Igualmente, a lei arbitral brasileira, embora de modo algo ambíguo, permite ao árbitro, segundo a doutrina, para uns, decretar medidas cautelares que o juiz, se necessário, executa e, para outros, o próprio poder de solicitar ao juiz a concessão de medidas cautelares.

A principal questão, no domínio da relação entre o árbitro e o juiz que a atribuição ao árbitro de poderes cautelares coloca, situa-se na problemática da antecipação da tutela. A resolução deste conflito resulta em favor da tese da competência do árbitro nesta matéria: na verdade, se compete ao árbitro, e só a ele, resolver o litígio, como seria admissível recusar-lhe poderes cautelares em favor do juiz, sabendo-se que este mediante a antecipação da tutela dos direitos em conflito pode, em muitos casos, apreciar o mérito da causa, embora de modo provisório, quando o certo é que as partes não lhe concederam, antes retiraram expressamente essa competência ao juiz mediante a celebração da convenção de arbitragem? O artigo 273.º do Código de Processo Civil brasileiro disciplinou,

contudo, os limites do poder judicial na matéria da antecipação da tutela.

Em qualquer caso, porém, em todos os países estudados, a parte interessada pode genericamente recorrer ao tribunal judicial, em lugar do árbitro, para a obtenção de medidas cautelares e, na verdade, sobretudo no caso de apreensão de bens (vide, por exemplo, o novo regime do processo arbitral francês e, bem assim, o direito belga) essa via judicial revela-se mais eficaz, designadamente porque não está sujeita ao regime da não contraditoriedade prévia e do secretismo do pedido cautelar, cujo conhecimento permanece vedado ao requerido, efeito que não é possível alcançar perante o árbitro dado o princípio da igualdade das partes e do seu corolário que exige o contraditório prévio, situação que poderia afectar o efeito útil da providência cautelar requerida.

Para obviar à revelação precoce à parte requerida do pedido cautelar, a reforma da Lei-Modelo da UNCITRAL introduziu um novo meio processual que permite ao árbitro intimar a parte requerida a manter o *status quo* — são as denominadas ordens preliminares. Mas, sem dúvida, que este meio não é tão eficaz como o recurso a tribunal judicial, sempre que a lei processual respectiva assegure o secretismo do processo cautelar antes de adjudicadas as medidas cautelares.

1.2. Igualmente, como ficou antes afluído, a Arbitragem denota uma desvantagem relativamente ao poder judicial que consiste na dificuldade, dado o seu carácter consensual, de conceber medidas *ex parte*, isto é, sem contraditório prévio.

1.3. E, por fim, uma desvantagem adicional existe nas medidas cautelares arbitrais relativamente a medidas de alcance idêntico decretadas pelo juiz e que consiste na impossibilidade de vincular terceiros à decisão do árbitro.

1.4. Isto dito, porque surgiram então as medidas cautelares arbitrais? A resposta consiste, em suma, na necessidade de assegurar a aplicação do *princípio da equiparação da Arbitragem à Justiça do Estado*.

Se juntarmos a isto aspectos de natureza pragmática, como é o facto de o árbitro conhecer, em princípio, melhor o caso e o processo do que o juiz e, igualmente em princípio, por ser tendencialmente menos formalista do que este na apreciação dos fundamentos e, por último, porque o árbitro pode ter uma melhor percepção do que o juiz do que a parte interessada necessita em termos cautelares urgentes, do que pode ter o juiz, fica suficientemente justificada a importância das medidas cautelares arbitrais.

2. A Dimensão Prática das Medidas Cautelares Arbitrais

O interesse prático das medidas cautelares arbitrais deve ser analisado ante a dicotomia *Auctoritas* (que caracteriza o poder do árbitro) *versus Potestas* (que caracteriza, por sua vez, o poder do juiz).

Na verdade, a *Potestas* é sobretudo importante para a execução dos actos proferidos no uso da *Auctoritas* e isso significa que o árbitro pode decretar medidas cautelares ainda que não tenha o poder de as executar, porque não detém *Potestas*.

Chegados a este ponto, pergunta-se se não seria preferível o recurso ao juiz em lugar do árbitro, tanto mais que, na verdade, *Auctoritas* significa somente duas coisas: primeiro, o poder do árbitro de conduzir o procedimento arbitral e, segundo, o poder de proferir, a final, o laudo arbitral? A resposta não pode deixar de remeter para a livre opção das partes o recurso ao árbitro ou ao juiz conforme as condições de cada caso.

A este propósito, é mister dizer, o que se afigura muito importante, que a medida cautelar arbitral normalmente só é útil se a parte que a requer tiver a convicção, a confiança antecipada, que a parte requerida cumpre voluntariamente a medida cautelar que venha a ser ordenada pelo árbitro. A não ser assim, pode redundar numa pura perda de tempo.

É certo que a maioria das medidas cautelares arbitrais são voluntariamente cumpridas. De facto, uma atitude cooperativa da

parte requerida dá uma boa imagem sua perante o árbitro. Mas isso não é seguro que suceda sempre.

A medida cautelar arbitral, em resumo, não tem, porque não pode ter, a virtualidade de exceder os limites da *Auctoritas* do árbitro, tem que se conter dentro dela e nada mais.

Ora, isto é, sem dúvida, uma real limitação à sua eficácia sobretudo quando a medida cautelar tem carácter de urgência e requer para ser executada a contribuição do *jus imperii* que só os tribunais judiciais detêm.

3. Vantagem das Medidas Cautelares Arbitrais sobre as Medidas Cautelares Judiciais

Efectivamente, a medida cautelar arbitral pode ser menos formal, não é tipificada como é a judicial, isto é, nos tribunais judiciais apenas podem ser requeridas as medidas cautelares previstas e disciplinadas na lei o que não sucede em geral com o árbitro que pode ordenar as medidas cautelares que melhor lhe parecer, com imaginação, sentido de oportunidade e eficácia.

4. Situação Geral das Medidas Cautelares no Direito Comparado

4.1. As medidas cautelares arbitrais nos países analisados (que foram, em geral, todos os países da Europa Comunitária Ocidental e alguns da América Latina e também os Estados Unidos) apresentam, em síntese, as características que veremos de seguida, não sem antes dizer que elas se destinam em geral:

- a assegurar a posterior execução do laudo arbitral
- a assegurar a eficácia do procedimento arbitral (por ex., a conservação da prova)
- a regular uma relação jurídica (por ex., impondo uma conduta de acção ou de omissão a uma das partes)

- a determinar o início da execução prévia e provisória de um crédito (por ex., através da apreensão de bens)
- a assegurar os pagamentos dos custos da arbitragem
- outros.

4.2. Relativamente aos requisitos genéricos de concessão das medidas cautelares são eles idênticos aos dos tribunais judiciais, isto é, a urgência, o *periculum in mora* e o *fumus boni juris*. O árbitro deve, naturalmente, orientar-se pela verificação destes atributos do pedido cautelar e da medida requerida antes de a decretar.

Mas, no caso da Inglaterra e, neste particular, este país é diferente de outros analisados, deve também ser tido em conta o seguinte:

- (1) o árbitro só pode conceder medidas cautelares se tiverem sido autorizadas pelas partes, salvo se elas forem relativas a questões de propriedade (excluindo *freezing injunctions*) e as destinadas a conservar a prova;
- (2) só podem ser decretadas pelo juiz se as medidas solicitadas forem justas (*fair*) e de acordo com o senso comum comercial (*commercial common sense*);
- (3) também o tribunal judicial só pode decretar medidas cautelares em apoio à arbitragem se for urgente a sua concessão.

Porém, em geral, com exceção de Inglaterra, tanto os tribunais arbitrais como os judiciais podem emitir medidas cautelares e as partes têm a liberdade de escolher o recurso ao árbitro ou ao juiz, alternativa esta que todavia coloca alguns problemas que serão analisados adiante.

A apreensão cautelar de bens é interdita ou limitada aos árbitros em certos países, como é o caso da Holanda e da França (de acordo com a nova lei francesa de arbitragem, o árbitro não pode decretar *saisies conservatoires*). Mas esse não é o caso da Alemanha, da Suíça, da Espanha e de Portugal, apesar de, no nosso País, e sem que uma nova lei de arbitragem venha regular de modo definitivo a matéria, ainda não está completamente clarificada a competência do árbitro para o decretamento de medidas cautelares, sobretudo de apreensão de bens.

Na Suécia, o juiz não pode executar medidas cautelares decretadas por um tribunal arbitral *ad-hoc*.

O *dano irreparável* constitui um requisito nos Estados Unidos para que a medida cautelar seja concedida.

Na Suíça, o árbitro pode decretar medidas cautelares *ex-officio*.

No Brasil, o árbitro que tenha concedido as medidas cautelares é também competente para solicitar ao juiz a sua execução.

Na Itália, como se sabe, o árbitro não está autorizado a decretar medidas cautelares.

5. A Correlação Jurisdição Arbitral e Jurisdição Judicial

Trata-se de uma questão delicada. Efectivamente, sendo certo que é admissível e livre o recurso ao árbitro ou, alternativamente, ao juiz para obter uma medida cautelar na maioria das jurisdições estudadas, como se relacionam entre si? Por exemplo, é possível o juiz revogar uma medida cautelar decretada por um árbitro e vice-versa? Pode ser requerida a um juiz uma *anti-suit injunction* destinada a impedir que o árbitro decrete uma medida cautelar e vice-versa?

Todos sabemos que ambas as jurisdições são independentes.

Daqui resulta que, em princípio, aquele conflito de jurisdição é sempre possível. Acresce, que não existe lei que resolva este potencial conflito.

Devem, por isso, seguir-se duas regras básicas que derivam de princípios próprios da Arbitragem:

- primeiro, o juiz, em qualquer caso, só pode decretar medidas cautelares em apoio à arbitragem e não para outro fim. Por isso, sob o ponto de vista funcional, a jurisdição judicial é auxiliar da jurisdição arbitral;
- segundo, deve prevalecer uma regra de senso comum e que consiste, pura e simplesmente, na não permissão, quer pelos juízes quer pelos árbitros, da existência de qualquer conflito jurisdicional. Assim, a medida cautelar decretada pelo juiz deve ser respeitada pelo árbitro e vice-versa, sem

prejuízo de o árbitro poder sempre revogar a medida cautelar judicial no final do procedimento arbitral ou quando ela não seja mais necessária.

6. A Situação da Execução da Medida Cautelar Arbitral na Arbitragem Internacional

Relativamente a esta matéria temos de distinguir entre:

- a execução das medidas cautelares decretadas pelo juiz em apoio à arbitragem;
- e
- a execução das medidas cautelares arbitrais.

Nos países analisados, é normal constatar-se que a lei ou a jurisprudência aceitam, sem discussão, a concessão de medidas cautelares decretadas por juizes em apoio à arbitragem, quer ela seja doméstica quer seja internacional. Na verdade, após a decisão do Tribunal Europeu de Justiça proferida no caso Van Uden ficou claro que, nos países da União Europeia, os tribunais judiciais podem fazê-lo. E isto é particularmente importante nos países comunitários em que não exista lei expressa para permitir essa possibilidade.

Efectivamente, enquanto no âmbito da arbitragem doméstica a situação está em geral muito facilitada, a execução pelo juiz de medidas cautelares arbitrais que tenham sido decretadas pelo tribunal arbitral sediado num país distinto daquele em que se pretende a referida execução, a situação é completamente diferente.

Na verdade, se as medidas cautelares não se encontrarem previstas na lei do país referido ou numa convenção internacional que o vincule, praticamente não são executáveis no outro país ou, se isso sucede, são muito escassos os casos.

Como resolver, então, esta lacuna?

Algumas tentativas têm sido feitas no sentido de aplicar por analogia a Convenção de Nova Iorque. E, igualmente, mediante o recurso ao novo artigo 17 da Lei Modelo da UNCITRAL que, em

matéria cautelar, segue de perto as condições da Convenção de Nova Iorque para o reconhecimento, noutro país, das sentenças arbitrais.

O fundamento é o seguinte: se a Convenção de Nova Iorque pretende assegurar a eficácia internacional da sentença arbitral não faz sentido que as medidas cautelares, ao menos as medidas conservatórias de bens, não possam também ser reconhecidas, pois integram-se dentro dos propósitos e do espírito da sentença arbitral.

O que acontece, porém, é que a Convenção de Nova Iorque não foi elaborada a pensar na execução de medidas cautelares arbitrais e não é fácil ir mais longe nesta matéria do que conceber um argumento de semelhança, que nem sequer em nosso entender pode ser classificado de analogia.

Pela primeira vez, porém, no mundo inteiro, pode estar a surgir a oportunidade, dentro da União Europeia, de se proporcionar à Arbitragem um grande passo em frente na posição jurisdicional que merece, concedendo-se, não somente às sentenças arbitrais, mas também às medidas cautelares arbitrais a possibilidade de serem admitidas e executadas pelos tribunais judiciais noutros estados membros sem necessidade de obtenção do *exequatur* nos estados em que se pretende executá-las.

A intenção dos Relatórios dos Professores Hess, Pfeiffer e Schlosser, que propõem a reforma daquele Regulamento, consiste, pois, em integrar nele também as sentenças arbitrais e as medidas cautelares arbitrais.

Existem, porém, como se sabe, algumas vozes críticas que afirmam que a arbitragem não deve ser incluída no futuro Regulamento 44/2001, após ser revisto.

A principal crítica põe em relevo, basicamente, que não devem ser os tribunais do estado onde a sentença arbitral tenha sido proferida que deve conceder o *exequatur* em lugar dos tribunais de execução como sugere aquele Relatório. E, em alternativa, dizem que a Convenção de Nova Iorque é suficiente para assegurar este desiderato e também a Convenção de Genebra de 1961.

Estas críticas têm na sua base uma questão complexa: o tema da Ordem Pública e do seu controlo. Evidentemente que a Ordem Pública assume importância diferente tratando-se de sentenças arbitrais ou medidas cautelares. Na verdade, praticamente só ques-

tões de ordem pública processual podem ser suscitadas no âmbito das medidas cautelares, uma vez que estas não tratam de questões substantivas ou, se o fazem, é apenas de modo provisório e nos moldes limitados de uma *summaria cognitio*.

Creemos, assim, que poderá estar para breve na União Europeia a livre circulação de medidas cautelares arbitrais para execução num outro estado membro se a reforma do Regulamento 44/2001 se concretizar no sentido referido. Isto será assim se a argumentação contrária em desfavor da execução judicial das sentenças arbitrais noutro estado Membro no âmbito daquele Regulamento comunitário (reformado) não contagiar a solução executória das medidas cautelares, inviabilizando-a igualmente.

7. A Questão da Limitação dos Poderes Judiciais por Vontade das Partes

Uma nota final só para dizer que, em nossa opinião, é admissível que as partes auto-convencionem a limitação do âmbito cautelar do poder judicial.

Na verdade, a arbitragem é privada e convencional. A intervenção do tribunal judicial destina-se, tão somente, a apoiar a arbitragem e se as partes pretenderem definir, por acordo, o tipo e o alcance das medidas cautelares que o tribunal judicial pode decretar, estão no seu direito, do mesmo modo que podem retirar ao juiz competência, mediante a celebração da convenção de arbitragem, para o conhecimento em geral do litígio.

Ao contrário, a exclusão desse poder em termos totais parece-me muito mais difícil de admitir. Efectivamente, nos casos em que o poder arbitral na matéria não é na prática eficaz, como é a hipótese, entre outras, já assinalada de medidas cautelares que devam vincular terceiros, pode ficar sem tutela legal o direito da parte requerente e, assim, pode existir uma restrição séria ao acesso à justiça, motivo por que não é lícita a exclusão total, pura e simples, do poder judicial na matéria.

Lisboa, 31 de Março de 2011

DA DESCONSIDERAÇÃO DA CONTABILIDADE PELO DIREITO FISCAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS

BREVE APONTAMENTO

Pela D.^{ra} Maria Amélia Barradas Carlos

SUMÁRIO:

I — Enunciado do problema. **II** — Questão prévia. **III** — Condições de legitimação da actuação da Administração Tributária; apreciação das regras: **1.** Razão de ser e requisitos do art. 100.º do CPPT-Código de Procedimento e de Processo Tributário. **2.** Razão de ser e requisitos do n.º 1 do art. 87.º do Código do IVA. **3.** Os pressupostos do art. 240.º do Código Civil. **IV** — Deveres de cooperação do contribuinte: **1.** A entrega da declaração periódica de rendimentos. **2.** A utilização dos métodos indirectos. **V**—Simulação das operações contabilísticas; a prova. **VI** — Os custos fiscalmente dedutíveis; razão de ser e requisitos do n.º 1 do art. 74.º da LGT-Lei Geral Tributária. **VII** — Conclusões.

I — Enunciado do problema

A questão que nos propomos apreciar prende-se com as relações entre a Contabilidade e o Direito Fiscal, no que concerne às dificuldades evidenciadas pela lei fiscal, quanto à aceitação, pela Administração Tributária, da informação contabilística apresentada pelo contribuinte.

II — Questão prévia

Como questão prévia, importa lembrar que, de acordo com as regras da distribuição do ónus da prova⁽¹⁾ presentemente em vigor, cabe à Administração Tributária a verificação dos pressupostos legais da respectiva actuação — que são vinculativos —, muito especialmente se a mesma for desfavorável à pretensão do contribuinte, enquanto que este deve apresentar prova bastante da ilegitimidade do acto, quando se mostrem confirmados tais pressupostos⁽²⁾.

Assim, por exemplo, quando a Administração Tributária — ao desconsiderar a Contabilidade — adopte métodos indiciários, compete-lhe demonstrar a verificação dos pressupostos legais que permitem a tributação com recurso aos mesmos, enquanto que ao contribuinte é exigível a prova de que os elementos ou os métodos utilizados pela Administração Tributária estão errados.

Dito de outro modo, a Administração Tributária está onerada com a demonstração da factualidade que a levou a desconsiderar certas rubricas contabilísticas, em termos de abalar a presunção de veracidade da contabilidade⁽³⁾ correctamente organizada e dos respectivos documentos de suporte — cfr. art. 75.º da LGT-Lei Geral Tributária —, passando, a partir daí, a competir ao contribuinte o ónus da prova de que a escrita é merecedora de credibilidade⁽⁴⁾.

(1) Cfr. J. L. SALDANHA SANCHES, *Estudos de Direito Contabilístico e Fiscal*, Coimbra, 2000, p. 133.

(2) Cfr. J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa (Lições)*, Coimbra, 2009, p. 569.

(3) Sobre a presunção de veracidade da declaração e da escrita do contribuinte cfr. J. L. SALDANHA SANCHES, *Estudos...cit.*, p. 133.

(4) Sobre o princípio da documentação e a falsificação dos registos contabilísticos, cfr. J. L. SALDANHA SANCHES, *A Quantificação da Obrigação Tributária*, Ciência e Técnica Fiscal, n.º 173, Lisboa, 1995, pp. 318 e ss e pp. 372 e ss.

III — Condições de legitimação da actuação da Administração Tributária; apreciação das regras:

1. Razão de ser e requisitos do art. 100.º do CPPT — Código de Procedimento e de Processo Tributário

Relacionado com esta questão encontra-se o art. 100.º do CPPT-Código de Procedimento e de Processo Tributário, o qual, sob a epígrafe “dúvidas sobre o facto tributário e utilização de métodos indirectos”, dispõe que “sempre que da prova produzida resulte a fundada dúvida sobre a existência e quantificação do facto tributário, deverá o acto impugnado ser anulado”⁽⁵⁾ — cfr. n.º 1 —, ao que acresce que “em caso de quantificação da matéria tributável por métodos indirectos, não se considera existir dúvida fundada, para efeitos do número anterior, se o fundamento da aplicação daqueles consistir na inexistência ou desconhecimento, por recusa de exibição, da contabilidade ou escrita e de mais documentos legalmente exigidos, ou a sua falsificação, ocultação ou destruição, ainda que os contribuintes invoquem razões acidentais” — cfr. n.º 2 —, acabando por concluir que “o disposto no número anterior não prejudica a possibilidade de na impugnação judicial o impugnante demonstrar erro ou manifesto excesso na matéria tributável quantificada” — cfr. n.º 3.

Este preceito legal abrange os actos da Administração Tributária que se traduzam no não reconhecimento das situações declaradas pelos contribuintes.

Reporta-se tal preceito à questão do ónus da prova, destruindo a presunção legal a favor da Administração Tributária (*in dubio pro*

(5) Cfr. ALFREDO JOSÉ DE SOUSA e JOSÉ DA SILVA PAIXÃO, *CPPT — Comentado e Anotado*, Coimbra, 1998, anotação 8.ª ao art. 100.º, p. 236, que afirmam que “a prova produzida de que há-de resultar a fundada dúvida sobre a existência e quantificação do facto tributário há-de ser, não só a prova aduzida pelas partes, como também e sobretudo a prova que ao juiz se impõe diligenciar. A dúvida que implica a anulação do acto impugnado não pode considerar-se “fundada, se assentar na ausência ou na inércia probatória das partes, sobretudo do impugnante. Este não deve limitar-se a alegar factos que ponham em dúvida a existência e quantificação do acto tributário. Cabe-lhe o ónus de prova de tais factos, sem embargo de o juiz, no âmbito do seu poder-dever inquisitório, diligenciar também comprová-los”.

fiscum)(⁶), e estabelecendo uma verdadeira repartição do mesmo — que se coloca apenas em relação a questões de facto —, de acordo com os princípios da legalidade e da igualdade, e em termos de que a incerteza sobre a realidade dos factos tributários reverte, em regra, contra a Administração Tributária, não devendo esta efectuar, paradigmaticamente, a liquidação se não existirem indícios suficientes daqueles.

Quando assim acontece, a Administração Tributária deve dar o facto tributário como não existente, anulando a liquidação.

Torna-se, assim, claro que, no art. 100º do CPPT-Código de Procedimento e de Processo Tributário, se acolhe o princípio da verdade material(⁷), vinculante para a própria Administração Tributária, a qual só deverá praticar o acto tributário — v.g. a liquidação do imposto — quando “formar a convicção da existência e conteúdo do facto tributário”, devendo, em caso de subsistência de dúvida “acerca do objecto do processo (...), abster-se de praticar o acto tributário, dando assim cumprimento ao princípio *in dubio contra fiscum*”(8).

Tal convicção deve assentar em pressupostos objectivos, e não em meras suposições ou juízos de natureza puramente subjectiva.

Pelo que os fundamentos aduzidos pela Administração Tributária, e os resultados obtidos na determinação da matéria tributável, têm de ser relevantemente contrariados pelo contribuinte — sobre quem recai o ónus de demonstrar o erro ou manifesto exagero da quantificação (cfr. n.º 3 do art. 100.º do CPPT-Código de Procedimento e de Processo Tributário) — com argumentos ou documentos que, suscitando fundada dúvida sobre a existência e

(6) Sobre o verdadeiro sentido e alcance do brocardo *in dubio pro fiscum*, ALBERTO XAVIER, *Direito Fiscal*, Lisboa, 1973, pp. 174 e 175.

(7) Cfr. ALFREDO JOSÉ DE SOUSA e JOSÉ DA SILVA PAIXÃO, *CPPT-Comentado...*, cit., p. 237, que afirmam que “hoje é irrecusável que aquele princípio é estruturante não só do processo contencioso tributário como do processo administrativo tributário, devendo a fundada dúvida sobre a existência do facto tributário implicar que a Administração Tributária se abstenha quer da respectiva quantificação, quer da subsequente liquidação do tributo”.

(8) Cfr. ALBERTO XAVIER, *Conceito e Natureza do Acto Tributário*, Lisboa, 1972, p. 150.

quantificação dos factos tributários em análise, determinassem a anulação do acto tributário de liquidação.

Assim, dúvidas não sobram de que, existindo facto tributário, e desde que correctamente quantificado, o acto tributário, por ser legal, deverá manter-se na ordem jurídica e, por isso, não se torna necessário recorrer à regra do art. 100.º do CPPT-Código de Procedimento e de Processo Tributário, mormente sempre que resulte provado que a documentação de suporte dos lançamentos contabilísticos tidos em conta na liquidação não se apresentam de acordo com os requisitos legais.

Com efeito, sublinhando-se a afirmação anteriormente esboçada, é à Administração Tributária que cabe o ónus de demonstrar a existência do fundamento legal com que se arroga a titularidade de atribuições e de competência para a prática do acto em causa, ou da sua actuação enquanto *persona potentior*, pois só perante a existência deste está autorizada a actuar.

2. Razão de ser e requisitos do n.º 1 do art. 87.º do Código do IVA

Refira-se, aliás, a este propósito, e a título de mero exemplo, que uma norma que confere atribuições à Administração Tributária, exercidas através do tipo de acto ao qual se pretende referir esta nossa reflexão, é a constante do n.º 1 do art. 87.º do Código do IVA, onde se dispõe que “sem prejuízo do disposto no art. 90.º, a Direcção-Geral dos Impostos procede à rectificação das declarações dos sujeitos passivos quando fundamentadamente considere que nelas figura um imposto inferior ou uma dedução superior aos devidos, liquidando-se adicionalmente a diferença”.

Segundo esta norma, e no que importa à questão que nos propomos analisar, são, pois, dois os requisitos legais da actuação da Administração Tributária:

- a) por um lado, a consideração subjectiva, na sua actividade de controlo ou de fiscalização relativa ao cumprimento dos deveres dos contribuintes, de que estes fizeram constar da sua contabilidade — leia-se da declaração modelo

22 — uma dedução superior à que seria devida, ou seja, superior à que resulta da aplicação da lei que as regula⁽⁹⁾;

b) e, por outro lado, que essa consideração seja tomada de modo fundamentado.

Todavia, ao usar a expressão “(...) quando fundamentadamente considere que nelas figure (...) uma dedução superior à devida”, o legislador pretende evidenciar a exigência, não só de uma declaração formal que fundamente o seu juízo subjectivo (consideração), mas também a necessidade desse juízo equivaler ao resultado de uma ponderação fáctico/jurídica, substancial ou materialmente correcta.

Assim sendo, não importa só que a Administração Tributária se diga convencida, mas também que diga porque é que se deixou convencer e, bem assim, que o resultado a que chegou possa ser objectivamente apreciado e, até, controlado, nomeadamente pelo tribunal tributário competente, à luz dos critérios adequados⁽¹⁰⁾.

E, neste caso, para este tribunal emitir o seu entendimento sobre se se deve ter por materialmente fundamentada a apreciação da Administração Tributária, não deve aquele contentar-se com a mera constatação da existência de uma fundamentação formal e dos elementos nela manifestados.

Ao invés, deverá formar o seu próprio juízo probatório sobre a correspondência à realidade fáctico-jurídica dos elementos em que a Administração Tributária disse apoiar a sua apreciação, e aferir, então, perante tais elementos, se a mesma se deve ter, ou não, por correcta.

À Administração Tributária caberá, assim, o ónus de provar, também em tribunal, os pressupostos de facto suficientes, de entre os afirmados na fundamentação do acto, para que aquele possa

⁽⁹⁾ Sobre as obrigações contabilísticas em sede de IVA, cfr. A. MENEZES CORDEIRO, *Introdução ao Direito da Prestação de Contas*, Coimbra, 2008, p.100.

⁽¹⁰⁾ Como vector fundamental encontra-se o princípio da boa fé. Cfr. J. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em geral*, vol. II, Coimbra, 1999, p.18; A. MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no Direito Civil*, Coimbra, 1994, pp. 586 e ss.; L. MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, vol. II, Coimbra, 2003, pp. 138 e 139.

avaliar se o juízo administrativo se deve ter por, objectiva e materialmente, fundamentado.

Retomando o exemplo que referimos atrás, digamos que à Administração Tributária cabe o ónus da prova da verificação dos requisitos estabelecidos no n.º 1 do art. 87.º do Código do IVA, para que possa liquidar adicionalmente o imposto respeitante a deduções indevidas, mas já não a factualidade contra ela invocada pelo contribuinte, traduzida na existência dos factos tributários e sua expressão quantitativa.

Cumprido, no entanto, à Administração Tributária fiscalizar a conformidade da actuação dos contribuintes com a lei — cfr. art. 84.º do Código do IVA⁽¹⁾.

Daí decorre, naturalmente, que sempre que se lhe suscitem dúvidas legítimas quanto à veracidade das transacções referidas nos documentos, deve solicitar esclarecimentos e documentos complementares, por forma a aferir da legalidade da dedução do respectivo IVA.

De referir também que os requisitos legalmente estabelecidos para que seja permitida a dedução do imposto pago a montante não constituem condições de legitimação da actuação da Administração Tributária.

Na verdade, relativamente a esta matéria, a lei basta-se com um juízo administrativo de adequação entre os factos em que a Administração Tributária declara, formalmente, suportar a sua decisão e o resultado desse juízo, no sentido de se lhe afigurar ter sido declarada uma dedução superior à devida.

E, conseqüentemente, com a prova, perante o tribunal, da existência dos elementos que tornam possível ter como adequada a consideração feita pela Administração Tributária de que o contribuinte manifesta uma dedução superior à permitida pela lei.

É nesta perspectiva que se poderá, de algum modo, dizer que a Administração Tributária apenas terá de fazer a prova, em tribunal, do bem fundado da formação das suas presunções, quanto à inexistência dos factos tributários e que, na falta de tal prova, essa

⁽¹⁾ Sobre “o grande desafio lançado à fiscalização, nas suas diversas manifestações”, cfr. A. MENEZES CORDEIRO, *Introdução ao Direito da Prestação...*, cit., p. 109.

questão — relativa à legalidade do seu agir ao praticar o acto tributário — terá de ser resolvida contra ela⁽¹²⁾.

Assim, por força deste entendimento, a Administração Tributária tem o ónus de demonstrar a factualidade que a leva a considerar determinada operação como simulada.

Refira-se que essa factualidade tem de ser susceptível de abalar a presunção de veracidade das operações constantes da contabilidade apresentada pelo contribuinte e dos respectivos documentos contabilísticos de suporte — atento o princípio da declaração e da veracidade da Contabilidade vigente no nosso Direito —, só então passando a competir ao contribuinte o ónus da prova de que as operações contabilísticas se realizaram efectivamente.

Porém, nessa actividade, não se torna necessário que a Administração Tributária prove os pressupostos da simulação⁽¹³⁾, previstos no art. 240.º do Código Civil — isto é, *a existência de divergência entre a declaração e a vontade negocial das partes, por força de acordo entre o declarante e o declaratário, no intuito de enganar terceiros* —, sendo bastante a prova de elementos indiciários que levam a concluir nesse sentido — isto é, de ***indícios sérios e objectivos que traduzam uma probabilidade elevada*** de que os documentos contabilísticos não titulam operações reais, pois, ao invés, seria praticamente impossível atingir o objectivo legal de tributação⁽¹⁴⁾ e de combate à fraude fiscal (sublinhado nosso).

(12) No mesmo sentido, cfr. JORGE LOPES DE SOUSA, *Código de Procedimento e Processo Tributário Anotado*, Lisboa, 2003, p. 470, que afirma «o ónus de prova dos factos constitutivos dos direitos da administração tributária ou dos contribuintes recai sobre quem os invoque. Embora esta regra (art. 74.º da LGT) esteja prevista para o procedimento tributário, o seu conteúdo deve ser transposto para o processo judicial que se lhe seguir, por forma a que quem tinha o ónus da prova no procedimento tributário tenha o respectivo ónus no processo judicial tributário (...)».

(13) Cfr. BELEZA DOS SANTOS, *Simulação em Direito Civil*, 1955, cópia da edição de 1921, vol. I, p. 63, que sustentava que “o intuito de enganar terceiros, que torna a simulação inconfundível com as declarações não sérias consiste em pretender que pareça real o que no intuito das partes não é, criando para terceiros uma aparência”.

(14) Sobre o objectivo legal de tributação, cfr. VÍTOR FAVEIRO, *O Estatuto do Contribuinte*, Coimbra, 2002, pp. 737 e 738 que afirma que “numa concepção e estrutura baseada, segundo o nº 1 do art. 103.º da CRP-Constituição da República Portuguesa, na justa repartição dos rendimentos e da riqueza e, na medida e delimitação da distribuição do

Assim, perante tais indícios concretos de que ocorra essa elevada probabilidade, cessa a presunção de veracidade das operações constantes da contabilidade e dos respectivos documentos de suporte, passando a competir ao *contribuinte o ónus de provar* que elas se realizaram efectivamente (sublinhado nosso).

Pretendendo-se, em sede de IRC, tributar o rendimento real, não pode, obviamente, consentir-se a dedução de custos fictícios, nem autorizar-se, em sede de IVA, a dedução de imposto que resulte de operação simulada, sob pena de aceitação de fraude fiscal.

IV — Deveres de cooperação do contribuinte

1. A entrega da declaração periódica de rendimentos

É também pelo facto da tributação das empresas dever incidir sobre o seu rendimento real — n.º 2 do art. 104.º da CRP — que se verifica, desde logo, um acréscimo dos deveres de cooperação do contribuinte para com a Administração Tributária.

Um desses deveres é o da entrega da declaração periódica de rendimentos — cfr. art. 120.º do Código do IRC.

Diz-se no n.º 1 do art. 59.º do CPPT-Código de Procedimento e de Processo Tributário que “o procedimento de liquidação instaura-se com as declarações dos contribuintes ou, na falta ou vício destas, com base em todos os elementos de que disponha ou venha a obter a entidade competente”, sendo que “o apuramento da matéria tributável far-se-á com base nas declarações dos contribuintes, desde que estes as apresentem nos termos previstos na lei e forneçam à Administração Tributária os elementos indispensáveis à verificação da sua situação tributária” — cfr. n.º 2 do mesmo preceito legal.

dever de contribuir segundo os valores da capacidade contributiva revelada pelos factos tributários, a tributação é uma consequência das realidades reveladoras de tal capacidade, e não uma instituição fomentadora e condicionante das actividades económicas, segundo a menor ou maior produtividade fiscal”.

A obrigação de apresentação das declarações é também uma das obrigações acessórias dos sujeitos passivos previstas no n.º 2 do art. 31.º da LGT-Lei Geral Tributária, onde se dispõe que “são obrigações acessórias do sujeito passivo as que visam possibilitar o apuramento da obrigação de imposto, **nomeadamente a apresentação de declarações, a exibição de documentos fiscalmente relevantes, incluindo a contabilidade ou escrita, e a prestação de informações**” (sublinhado nosso).

2. A utilização dos métodos indirectos

Na falta de apresentação de declaração, o recurso ao método indirecto está legitimado por força do princípio da capacidade contributiva, que só se respeita fielmente quando se mede directamente a matéria tributável, sendo isso uma faculdade da Administração Tributária, no exercício do seu poder/dever de liquidar, quando comprovadamente demonstre não poder, por via directa, alcançar o rendimento tributável.

Para que assim não suceda, imperioso se torna que aquele a quem possa ser oposto o método em causa faculte os elementos necessários e indispensáveis à decisão a tomar, por forma a que os resultados a que permitam chegar se mostrem reais, efectivos, concretos e credíveis, assim excluindo, necessariamente, a possibilidade de utilização de tais métodos.

Consequentemente, para que o contribuinte demonstre que os serviços e operações contabilisticamente classificados tenham sido efectivamente realizados deve, para o efeito, juntar documentos e arrolar testemunhas que prestem depoimentos reportados aos movimentos contabilísticos, susceptíveis de criar a convicção ao julgador de que as operações tituladas por tais documentos condizem com a realidade material dos factos.

Por outras palavras, dir-se-á que deverão ser tais diligências suficientes para se concluir pela existência, ou inexistência, de simulação na emissão de documentos contabilísticos.

V — Simulação das operações contabilísticas; a prova

À luz das precedentes considerações, importa, no entanto, acrescentar que, não poucas vezes, com base nos elementos de que dispõe a Administração Tributária, não é possível afirmar a existência de simulação em relação às operações a que se reportam aqueles documentos.

Para tanto, impõe-se ter em conta que os elementos que servem para a Administração Tributária chegar a uma conclusão são quase sempre todos de natureza indiciária, não havendo, normalmente, um único elemento de natureza probatória directa.

É certo que a prova directa da simulação não é fácil e que, por isso mesmo, muitas vezes se chega à conclusão de que tal simulação existiu através de prova indiciária.

Do ponto de vista do princípio da legalidade, essa prova terá, no entanto, de se mostrar suficientemente sólida e segura para permitir, com a garantia necessária, lograr aquela conclusão.

Ora, acontece, porém, que frequentemente, como já se deixou dito, os indícios apontados pela Administração Tributária nada permitem concluir quanto à questão fulcral, que é a de saber se o contribuinte prestou os serviços ou operações titulados por tais documentos contabilísticos.

Refira-se que o não cumprimento de obrigações fiscais por parte dos emitentes, e pagamentos em numerário desligados das demais circunstâncias, não chegam, como indícios, para implicar o contribuinte num acordo simulatório, com vista a ludibriar a Administração Tributária.

Contudo, dentro do princípio da livre apreciação da prova, caberá ao juiz aceitar os factos que a experiência ditar como mais razoáveis, no sentido de levarem à convicção de que tais documentos merecem, ou não, credibilidade.

Ainda assim, em vista do disposto no art. 1414.º do Código Civil — que não define a simulação e, quanto à simulação relativa, fala de contrato aparente —, tem de concluir-se que a intenção das partes é criar perante terceiros uma aparência, e o engano de terceiros consiste em fazer parecer real o que, em relação aos simuladores, não o é.

Se a simulação é a criação artificiosa do que não se quer, ou a ocultação do que se quer, tem em si subjacente o propósito de enganar.

Dito de outro modo, quando se simula, isto é, se finge ou oculta, tenta-se enganar terceiros.

Deste modo, geralmente, as partes criam uma aparência com o propósito de iludir direitos ou expectativas de terceiros, não sendo, porém, necessário o intuito fraudulento.

Em reforço deste ponto de vista, tenha-se em conta que o que constitui elemento de simulação é o intuito de enganar ou iludir (*animus decipiendi*), e não o intuito de prejudicar, ou seja, de causar um dano ilícito (*animus nocendi*).

No entanto, na presente reflexão, a simulação apresentar-se-á como *fraudulenta*, pois, segundo o entendimento maioritariamente sufragado pela Administração Tributária, tudo aponta para que seja feita com o intuito não só de enganar, mas também de prejudicar terceiros (de modo ilícito), ou de contrariar uma disposição legal — cfr. art.º 2159.º do Código Civil (*animus nocendi*).

Nesta linha, além do negócio simulado⁽¹⁵⁾, *patente, ostensivo, decorativo, aparente ou fictício*, haverá um negócio *oculto, latente, disfarçado, real* — o negócio dissimulado.

Ou seja, “*colorem habet, substantiam vero alteram*” (tem uma cor, mas outra substância)⁽¹⁶⁾.

Assim sendo, incumbe ao contribuinte infirmar a conclusão de que houve acordo simulatório, carreando factos que permitam credibilizar os dados da sua contabilidade, dissipando todas as dúvidas e, conseqüentemente, produzindo prova cabal.

(15) Como explica ALBERTO ANVICCHIO, *A Simulação no Negócio Jurídico*, Lisboa, 1971, p. 36, “simular é tornar semelhante ao que não é verdadeiro, pelo que a simulação pode comparar-se a um fantasma em cotejo com a dissimulação que é uma máscara. Dito por outras palavras, na simulação não se dissimula acto algum, e então o acto realizado é uma mera aparência, vazia de qualquer sentido («*colorem habet substantiam veronulam*»)”.

(16) Segundo BELEZA DOS SANTOS, *Simulação...*, cit., II vol., p. 179, “há duas espécies de actos simulados relevantes sob o ponto de vista fiscal, a saber: a) aqueles que dão lugar ao pagamento de um imposto que não seria cobrado se não fosse a simulação, ou pelos quais se pagou contribuição maior do que aquela que seria paga se a simulação não existisse; e b) aqueles em que a simulação teve por fim evitar no todo ou em parte o pagamento do imposto devido por um facto a ele sujeito”.

Só deste modo se justifica concluir, face à prova testemunhal e documental que vier a ser produzida, que os serviços ou bens foram, ou não, efectivamente prestados e pagos, ou seja, se os negócios em causa foram, ou não, simulados com o fim do contribuinte pagar menos imposto.

Na ausência de tal prova, serão espúrias as considerações da Administração Tributária que venham a ser feitas no sentido de desconsiderar os documentos contabilísticos apresentados pelo contribuinte se desatendidos fiscalmente, por existirem indícios suficientes da sua falta de veracidade e, como tal, não se enquadrarem na previsão do art. 23.º do Código do IRC.

No entanto, sempre que a contabilidade do contribuinte — por corresponder à sua verdadeira situação patrimonial e resultados obtidos — não impossibilite a aferição dos resultados com base nesses elementos, não se verificam os pressupostos previstos na lei para a Administração Tributária efectuar correcções.

Todavia, ainda assim, frequentemente, a Administração Tributária insiste em afirmar que os documentos que suportam os lançamentos contabilísticos não possuem elementos que assegurem a sua credibilidade.

Ora, tal argumento e conclusão que dele se pretende retirar é improcedente, pois a linha de argumentação utilizada esquece, no que se refere, por exemplo, à efectivação de serviços, que a falta de elementos subjacentes aos documentos contabilísticos, *de per se*, não constitui indício suficiente da não realização de tais serviços.

Assim, não será de excluir que a desconsideração da Contabilidade pela Administração Tributária reúna difícil consenso, até por que o problema da relação entre a Contabilidade e o Direito Fiscal é, ele mesmo, um problema sobremaneira complexo e escassamente debatido.

Mas o que é certo é que muitas vezes não são recolhidos pela Administração Tributária elementos suficientes, indícios sérios, que permitam afirmar que os montantes constantes dos documentos contabilísticos não são os efectivamente pagos — ónus que, como vimos, lhe cabe —, não podendo aquela, conseqüentemente, concluir, de forma objectiva, pela falta de credibilidade daqueles documentos.

O mesmo já não se poderá dizer se a Administração Tributária assinalar factos de natureza objectiva de onde resulte que os documentos contabilísticos em causa são simulados, por não corresponderem à efectiva comercialização de bens ou prestação de serviços.

A não ser assim, os indícios recolhidos pela Administração Tributária — logrando provar o bem fundado da formação da sua presunção de inexistência dos factos tributários — serão sempre insuficientes para abalar a credibilidade da contabilidade do contribuinte, não cumprindo aquela o dever que sobre si recai de recolher indícios sérios e credíveis de que os serviços ou bens em questão não foram prestados ou comercializados, razão pela qual inexistirá fundamento minimamente aceitável para as correcções contabilísticas que venha a levar a cabo.

Tal é a conclusão que se impõe perante a falta de prova da legalidade do seu agir, isto é, dos pressupostos legais que legitimam a actuação da Administração Tributária, e que poderá culminar com a impugnação, por parte do contribuinte, da eventual liquidação que venha a ter lugar.

E, não tendo a Administração Tributária feito prova do bem fundado da formação do seu juízo, a questão relativa à legalidade⁽¹⁷⁾ da sua actuação terá, como já referimos, de ser resolvida contra ela, sem necessidade de se analisar se o contribuinte logrou, ou não, provar a existência dos factos tributários que subjazem, por exemplo, à dedução de imposto que, eventualmente, tenha efectuado.

VI — Os custos fiscalmente dedutíveis; razão de ser e requisitos do n.º 1 do art. 74.º da LGT-Lei Geral Tributária.

Questão diversa é a que, não contendendo com o juízo sobre a oportunidade e conveniência dos gastos que são exclusivos do con-

⁽¹⁷⁾ Sobre o princípio da legalidade enquanto limite formal da tributação, cfr. JOSÉ CASALTA NABAIS, *O dever fundamental de pagar impostos*, Coimbra, 2004, pp. 320 e ss.

tribuinte, diz respeito aos gastos contabilizados como custos, e que se mostram estranhos ao fim da empresa.

Assim, tais gastos não são considerados pela Administração Tributária como custo fiscal, por não serem indispensáveis.

São, de facto, custos fiscalmente dedutíveis todas as despesas que se relacionem directamente com o processo produtivo — não se considerando, portanto, as de investimento —, designadamente, com a aquisição de factores de produção, como é o caso do factor trabalho.

Consequentemente, sob pena de violação do princípio da capacidade contributiva, a Administração Tributária só pode afastar os gastos incorridos que vão para além do objecto social, isto é, na prossecução de outros interesses.

Vejam-se, a este propósito, sem preocupações de qualquer levantamento exaustivo, os seguintes preceitos legais:

— proémio do n.º 1 do art. 23.º do Código do IRC, cujo texto é o seguinte: “consideram-se gastos os que comprovadamente sejam **indispensáveis** para a realização dos rendimentos sujeitos a imposto ou para a manutenção da fonte produtora (...)”;

— alíneas *a)* e *b)* do n.º 3 do art. 17.º do Código do IRC, cujo texto é o seguinte: “de modo a permitir o apuramento [do lucro tributável], a contabilidade deve:

- a)* estar organizada de acordo com a normalização contabilística e outras disposições legais em vigor **para o respectivo sector de actividade**, sem prejuízo da observância das disposições previstas neste Código (sublinhado nosso);
- b)* reflectir todas as operações realizadas pelo sujeito passivo e ser organizada de modo que os **resultados das operações e variações patrimoniais sujeitas ao regime geral do IRC possam claramente distinguir-se dos restantes**” (sublinhado nosso).

Daqui decorre que, pese embora o contribuinte goze da presunção de veracidade da sua escrita correctamente organizada — isto é, da veracidade quanto à existência e montantes do custo con-

tabilizado —, recai sobre ele o ónus da prova da indispensabilidade desse custo, para a obtenção dos proveitos ou para a manutenção da força produtora, se a Administração Tributária questionar tal indispensabilidade — cfr. n.º 1 do art. 74.º da LGT-Lei Geral Tributária.

Impõe-se, assim, precisar que, em face da lei, a ausência de qualquer um destes dois requisitos implica, para efeitos fiscais, a não consideração ou irrelevância da despesa, em termos da sua qualificação como custo dedutível.

VII — Conclusões

1. — Em obediência ao princípio da legalidade, que tem como consequência o princípio da verdade material, a Administração Tributária só deverá agir — procedendo, por exemplo, a uma liquidação adicional de imposto — se, no exercício dos poderes que lhe competem de controlo da veracidade da contabilidade apresentada, concluir seguramente, com base nos factos que apurou, que os documentos contabilísticos não correspondem à comercialização de bens e/ou à prestação de serviços.

2. — Acresce, em segundo lugar, que a única forma do contribuinte conseguir a anulação daquele acto, com base em violação de lei, por erro nos pressupostos de facto, é fazer prova da factualidade que permita por em causa tal conclusão da Administração Tributária.

3. — Aliás, poderá acrescentar-se, em terceiro lugar, que cabe a esta não só demonstrar a existência da declaração formal que fundamenta o seu juízo subjectivo — quanto à presença de operações —, como também provar a pertinência desse juízo — pela enunciação de elementos fáctico-jurídicos convincentes —, e ainda demonstrar a adequação e correcção desse juízo — o que se alcança através da enunciação de indícios sérios —, que traduzam uma probabilidade elevada de que as operações referidas nos documentos contabilísticos são simuladas.

4. — Acresce, em quarto lugar, que, não logrando a Administração Tributária fazer a prova do bem fundado da formação do seu juízo, isso tem de ser valorado contra ela, e é impeditivo da análise sobre se o contribuinte conseguiu, ou não, provar a existência dos factos tributários que subjazem, por exemplo, à dedução de imposto que efectuou.

5. — Os quatro aspectos apontados bastam para pôr em relevo que não se pode considerar que a Administração Tributária recolheu indícios suficientes de que os bens e/ou serviços titulados por documentos contabilísticos classificados não foram efectivamente comercializados ou prestados, na situação em que a mesma conclua pela simulação, com a fundamentação, por exemplo, de que os documentos foram emitidos no final do ano, e/ou com valor exagerado face ao volume de negócios, ou que o contribuinte tem sede efectiva num país de regime fiscal privilegiado ou, bem assim, por que o pagamento foi efectuado por caixa, ou mesmo por que os documentos contabilísticos — a factura e o recibo — têm a mesma data, ou ainda por se tratar de uma prestação de serviços que dificulta a comprovação do negócio.

6. — Nesta linha de argumentação, não parece curial qualificarem-se aquelas circunstâncias como indícios suficientes para suportar a conclusão, a retirar pela Administração Tributária, da emissão por parte do contribuinte de “documentos de favor”, por que tal não implica que essa seja a sua única “actividade”, uma vez que este pode emitir “documentos de favor” numas circunstâncias, e documentos contabilísticos que titulam operações reais noutras — repare-se, por exemplo, que o facto do contribuinte não entregar as declarações de IVA não significa necessariamente que não exerça a sua actividade.

7. — Assim, sempre terá de se entender que a Administração Tributária não cumpre o dever que sobre si impende de recolher indícios sérios e credíveis sobre a inveracidade da contabilidade apresentada pelo contribuinte sempre que, menosprezando os lançamentos contabilísticos e respectivos documentos de suporte —

v.g. facturas emitidas —, conclua que bens e/ou serviços não foram transaccionados ou prestados, inexistindo, conseqüentemente, fundamento minimamente aceitável para as correcções contabilísticas que aquela venha a levar a cabo.

A TUTELA DA CONFIANÇA NAS NEGOCIAÇÕES PRÉ-CONTRATUAIS(*)

*Pelo Dr. Lino Diamvutu(**)*

SUMÁRIO:

I — Preliminares; Razão de ordem. **II** — A delimitação do Período Pré-contratual. **III** — As Regras Aplicáveis nas Negociações pré-contratuais. **IV** — A Responsabilidade Pré-contratual e a Tutela da Confiança dos Negociadores. **V** — A Reparação do “dano de confiança”. **VI** — Conclusão.

I — PRELIMINARES; RAZÃO DE ORDEM

No estado natural, o homem é livre, segundo ESPINOSA⁽¹⁾, de dizer e desdizer-se. Eis a sua asserção:

“Suponhamos alguém que, verbalmente, deu a sua palavra para cumprir esta ou aquela acção, que, do ponto de vista do exercício do seu direito pessoal, pode abster-se de cumprir. Ou ao contrário, que deu a sua palavra para se abster de uma acção que pode realizar. A palavra dada só mantém a sua validade enquanto não se alterar a vontade de quem se comprometeu. Na verdade, uma vez

(*) Dissertação apresentada ao Curso de Pós-graduação em Direito dos Contratos do Instituto de Cooperação Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2010/11).

(**) Docente da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto.

(¹) 1632-1677.

que detém o poder de retomar a sua palavra, de nenhuma forma poderá ter alienado o seu direito, mas só expressou meras palavras. Por conseguinte, bastará que aquele homem, que permaneceu em virtude do direito natural o único árbitro das suas acções, considere desvantajosa a palavra dada. Pouco importa que essa apreciação seja ou não errónea, pois o ser humano é falível. Contudo, se, ele estima que a sua palavra deva ser retomada, retoma-la-á de pleno direito natural.”⁽²⁾

O pensamento astucioso do filósofo da liberdade não encontraria acolhimento nos tempos dos grandes jurisconsultos romanos do século VI, que formularam no Digesto⁽³⁾ a regra segundo a qual “*grave est fidem fallere*” (é grave trair a confiança ou faltar à palavra).

Muito menos suscitará o entusiasmo e a adesão dos juristas dos nossos tempos. Com efeito, a moral contemporânea reprova uma actuação que falte à fé jurada, à palavra dada. CARNEIRO DA FRADA observa, na sua Tese de Doutoramento, a “reprovabilidade ética do defraudar injustificado de uma atitude de confiança que se suscitou”⁽⁴⁾. Ainda que a palavra dada não implique sempre

⁽²⁾ Tradução livre. Versão francesa original: “Admettons que quelqu’un ait donné sa parole verbalment, d’accomplir telle ou telle action, dont, du point de vue de l’exercice de son droit personnel, il pourrait s’abstenir. Ou au contraire qu’il ait donné sa parole de s’abstenir d’une action, qu’il pourrait accomplir. Cette parole reste valide seulement tant que la volonté de celui qui s’engageait ne change pas. En vérité, du fait qu’il détient la puissance de reprendre sa parole, il n’a nullement aliéné son droit, mais n’a engagé que des mots. Par conséquent, il suffit que cet homme, demeuré en vertu du droit de nature seul arbitre de ses actions, considère la parole donnée comme plus désavantageuse qu’avantageuse. Peu importe que cette appréciation soi ou non erronée, car l’être humain est faillible. Néanmoins, si, quant à lui, il estime que sa parole doit être reprise, il la reprendra d’un plein droit de nature”. SPINOZA, “Traité de l’autorité politique”, publié en 1677 dans les *Opera posthuma*, trad. franç. in Spinoza, Oeuvres complètes, éd. La Pléiade, 1954, p. 928; *Apud* TERRÉ, F., SMILER, P. et LEQUETTE, Y., Les Obligations, 8e ed., Précis Dalloz, 2002, p. 5; FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte, La Confiance Légitime et l’Estoppel, vol. 11.3 Electronic Journal of Comparative Law, (December 2007), <<http://www.ejcl.org/113/article113-8.pdf>>; XVIIth Congress of the International Academy of Comparative Law, 16-22 July 2006 — Utrecht — The Netherlands: <<http://www2.law.uu.nl/priv/AIDC>>.

⁽³⁾ Digesto 13,5,1 pr. *Vide* CARRILHO, Fernanda, Dicionário de Latim Jurídico, Almedina, 2006, n.º 4422, p. 165.

⁽⁴⁾ FRADA, Manuel Carneiro da, Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil, Almedina, 2007, p. 26.

a formação de um contrato, ela poderá suscitar no espírito de outrem uma expectativa legítima que mereça a tutela do direito.

As relações entre pessoas, ensina o Prof. PAIS DE VASCONCELOS, pressupõe um mínimo de confiança sem a qual não seriam possíveis; de confiança na outra parte e confiança nas circunstâncias do negócio e nas aparências. É o denominado princípio da tutela da confiança que assume duas componentes inseparáveis: uma ético-jurídica e outra de segurança no tráfico jurídico^(5/6).

No dizer do Prof. MOURA VICENTE, a tutela da confiança revela-se *prima facie* como um princípio concretizador do Estado de Direito, uma exigência *sine qua non* para a segurança do tráfico jurídico e uma vida colectiva pacífica e de cooperação⁽⁷⁾. O equilíbrio social e a paz jurídica assentam largamente na permanência das posições jurídicas e na realização das legítimas expectativas geradas nas relações entre privados e entre estes e o Estado. Fundam-se na tutela da confiança, nomeadamente, a não retroactividade das leis, o efeito de caso julgado das sentenças e a adopção de critérios objectivos de interpretação e integração dos negócios jurídicos^(8/9).

⁽⁵⁾ VASCONCELOS, Pedro Pais de, Teoria Geral do Direito Civil, Almedina, 2005, p. 19 e ss.

⁽⁶⁾ Oliveira Ascensão defende que: “a confiança pode ser tomada como realidade: abstracta, potencial ou concreta. 1) Abstracta: a confiança é factor pré-legislativo. A regra visará criar um ambiente de confiança, mas não há que pesquisar se essa confiança foi realmente criada. O direccionamento à confiança servirá apenas como factor de interpretação das normas. 2) Potencial: exige-se a verificação histórica numa situação potencialmente apta a criar confiança; mas prescinde-se da verificação da criação subjectiva de confiança, em consequência dessa situação. 3) Concreta: implica a criação histórica numa posição de confiança dum sujeito, perante certa situação. É esta que verdadeiramente interessa, como realidade pessoal e subjectiva. As outras são ainda realidades objectivas, e assim estranhas ao sujeito. Só tem inconvenientes designá-las por si como manifestação do princípio da confiança. (...)” ASCENSÃO, José de Oliveira, Direito Civil — Teoria Geral, Vol. II, 2.ª Ed., Coimbra Editora, 2003, p. 395-396.

⁽⁷⁾ VICENTE, Dário Moura, Da Responsabilidade Pré-Contratual em Direito Internacional Privado, Coleção Teses, Almedina, 2001, p. 42.

⁽⁸⁾ VICENTE, Dário Moura, *op. cit.*, pp. 42-43.

⁽⁹⁾ O Supremo Tribunal de Justiça português, no seu recente Acórdão de 07-07-2010, afirmou que o “princípio da confiança surge como um dos princípios fundamentais por que se deve reger o ordenamento jurídico” Proc. 4865/07.7TVLSB.L1.S1; <<http://www.dgsi.pt>>.

Em segundo lugar, a tutela da confiança constitui um imperativo ético-jurídico, que encontra expressão nas disposições legais que consagram o princípio da boa-fé. Por força do princípio da boa fé, quem crê efectivamente na bondade da sua própria posição jurídica merece uma certa tutela do Direito, sendo proscritos os comportamentos enganosos, abusivos ou contraditórios *in contrahendo*, no cumprimento das obrigações e no exercício de direitos em geral, bem como o *venire contra factum proprium*⁽¹⁰⁾.

Conforme BAPTISTA MACHADO, “o princípio da confiança é um princípio ético-jurídico fundamentalíssimo e a ordem jurídica não pode deixar de tutelar a confiança legítima baseada na conduta de outrem”⁽¹¹⁾.

Para a maioria dos autores portugueses⁽¹²⁾, a tutela da confiança pressupõe a verificação de quatro requisitos: (i) uma situação de confiança traduzida na boa fé própria da pessoa que acredita numa conduta alheia; (ii) uma justificação para essa confiança, sem desacerto dos deveres de indagação razoáveis; (iii) um investimento de confiança consistente em, da parte do sujeito, ter havido um assentar efectivo de actividades jurídicas sobre a crença consubstanciada, em termos que desaconselham o seu preterir; (iv) uma imputação da confiança à pessoa atingida pela protecção dada ao confiante⁽¹³⁾.

Tal unanimidade é reconhecida pelo Prof. MENEZES CORDEIRO que, a propósito, afirma que “a diversidade que domina o panorama das referências legais expressas à confiança ocorre no plano geográfico da sua distribuição. Nos seus pressupostos como nas suas consequências, há certa uniformidade o que, à mingua de tratamentos globais votados ao tema, revela um poderoso pré-entendimento comum da temática”⁽¹⁴⁾.

⁽¹⁰⁾ VICENTE, Dário Moura, *op. cit.*, pp. 42-43.

⁽¹¹⁾ MACHADO, Baptista, Tutela da Confiança e “Venire contra factum proprium”, in *Obra Dispersa*, I, Scientia Jurídica, Braga, 1991, p. 352.

⁽¹²⁾ VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, 3.ª Ed., Almedina, 2005, p. 21; CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil Português*, I, Parte Geral, I, 2.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2000, pp. 234 e ss.

⁽¹³⁾ No mesmo sentido: Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 26-05-2004, proc. n.º 902/04-2; <http://www.dgsi.pt>

⁽¹⁴⁾ CORDEIRO, António Menezes, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Coleção Teses, Almedina, 2001, p. 1248.

Existirá, no nosso Direito, uma tutela da confiança das partes envolvidas nas negociações pré-contratuais? Se sim, como a confiança dos negociadores encontra, entre nós, a sua protecção? Esta problemática está no cerne da nossa dissertação. Para equacioná-la, principiaremos por umas breves considerações sobre a questão da delimitação do período pré-contratual. Em seguida, abordaremos as regras de conduta aplicáveis às negociações pré-contratuais. Passaremos, depois, à análise do instituto da responsabilidade pré-contratual e da tutela da confiança durante as negociações pré-contratuais. Por fim, trataremos da extensão da responsabilidade da parte que origine o “dano de confiança”.

Cumprе advertir, desde já, que, em bom rigor, o Direito angolano confunde-se com o Direito português no que respeita ao objecto do presente estudo. Não existindo sobre a matéria aqui tratada, doutrina e jurisprudência publicadas em Angola, valerão, sem dúvidas, no nosso direito, a doutrina e a jurisprudência portuguesas. Aliás, as referências feitas ao Código Civil coincidem nos dois casos, razão pela qual não nos preocuparemos de especificar se se trata do Código Civil português ou angolano.

Outra advertência refere-se à delimitação da temática que cingimos à questão da tutela da confiança nas negociações pré-contratuais, visando a celebração de contratos [complexos] internos, não sendo objecto de nossa reflexão as particularidades dessas negociações para a formação de contratos [comerciais] internacionais.

Por fim, não cuidaremos especialmente, no âmbito do presente estudo, da problemática dos acordos intermédios ou da contratação “mitigada” na fase pré-contratual.

II — A DELIMITAÇÃO DO PERÍODO PRÉ-CONTRATUAL

É consabido que múltiplos contratos se formam rapidamente pelo mero encontro de uma oferta e de uma aceitação, sem que existam, ou não existindo quase, anteriores aproximações dos contraentes ou negociações prévias. Este modelo corresponde a situa-

ções da vida de todos os dias⁽¹⁵⁾. ALMEIDA COSTA fornece-nos alguns exemplos práticos: *A* entra numa livraria e adquire um livro; *B* instala-se num hotel ou toma uma refeição num restaurante; *C* dirige-se a um estabelecimento da especialidade e adquire uma peça vestuária⁽¹⁶⁾.

Contudo, também decorre da experiência quotidiana, ensina o mesmo autor, a realidade de muitos outros contratos que não obedecem a esquema tão simples e imediato⁽¹⁷⁾. Trata-se de contratos de maior vulto e complexidade, como sucede, via de regra, com alguns contratos internos e com contratos internacionais⁽¹⁸⁾. “Vejam: *A* deseja comprar uma moradia e, com essa intenção, procede a investigações sobre as particularidades do imóvel indicado pelo vendedor, discute com ele algumas adaptações, assim como o preço e os termos do pagamento; *B* pretende constituir uma sociedade destinada à fabricação de certo produto, para o que, além da vontade dos futuros sócios, se torna necessário realizar ensaios, análises, pesquisas, prospecção do mercado, etc”⁽¹⁹⁾.

No meio industrializado contemporâneo, onde sectores significativos da actividade empresarial se ligam a consideráveis operações financeiras, são, de facto, cada vez mais frequentes os negócios em que os respectivos preliminares se alongam e pormenorizam. O fenómeno explica-se pela importância e a complexidade crescentes dos bens e serviços que constituem objecto do comércio jurídico e dos mecanismos através dos quais este se realiza⁽²⁰⁾.

Nesse contexto, os contratos são precedidos de um processo genético, em que cabem vários e sucessivos trâmites, tais como entrevistas e outras formas de diálogo, estudos individuais ou em conjunto, experiências, consultas técnicas, viagens de esclarecimento pessoal, redução a escrito de aspectos parcelares ou acordos provisórios e a unificação destes num projecto ou minuta, incita-

(15) COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das Obrigações*, Almedina, 2009, p. 298 e ss.

(16) *Ibid.*

(17) *Ibid.*

(18) JÚNIOR, Eduardo Santos, “Acordos intermédios: entre o início e o termo das negociações para a celebração de um contrato”, *ROA* 57, 1997, p. 565.

(19) COSTA, Mário Júlio de Almeida, *op. cit.*, p. 299.

(20) *Ibid.*

mentos recíprocos a propostas contratuais e, por último, a oferta e a aceitação definitivas⁽²¹⁾.

Com efeito, a complexidade deste período estende-se, por vezes, de tal maneira que a entabulação de negociações poderá dar azo aos documentos como a carta de intenção ou carta de princípio, pela qual uma das partes declara à outra ou a terceiro que estão em curso negociações sérias de um contrato, sobre o qual, todavia, ainda não há acordo. Assim “as cartas de intenção (*letters of intent*) corresponderiam à expressão da intenção de celebração de um contrato futuro, sem assunção de uma obrigação nesse sentido”⁽²²⁾.

Que a fase pré-negocial se limite ao mínimo, ou se encadeie numa série morosa e laboriosa de actos preparatórios, estabelece o artigo 227.º do Código Civil que todo aquele que “negoceia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras de boa fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte”. Logo, sanciona-se, em termos gerais, a responsabilidade por culpa na formação dos contratos (*a culpa in contrahendo*)⁽²³⁾.

O artigo 227.º do Código Civil distingue dois ciclos anteriores à formação do contrato: a *fase negociatória* (preparação do conteúdo do acordo) e a ulterior *fase decisória* (emissão das declarações de vontade: a proposta e a aceitação em conformidade com artigos 224.º e seguintes do Código Civil). Integram a fase negociatória, portanto, os actos preparatórios realizados sem intenção vinculante, desde os contactos iniciais das partes até à formação da proposta contratual definitiva. É o período de “trattative”, “pour-parlers” ou “verhandlungen”, conforme a terminologia italiana, francesa e alemã, respectivamente⁽²⁴⁾.

⁽²¹⁾ *Ibid.*

⁽²²⁾ CUNHA, Daniela, Responsabilidade Pré-Contratual por ruptura das Negociações, Almedina, 2006, p. 82.

⁽²³⁾ COSTA, Mário Júlio de Almeida, *op. cit.*, p. 301.

⁽²⁴⁾ COSTA, Mário Júlio de Almeida, *op. cit.*, p. 302; CORDEIRO, António Menezes, Tratado de Direito Civil Português, I, Tomo I, 3.ª Ed., Almedina, 2009, p. 510.

O negócio jurídico é formado com a aceitação sem modificações da proposta contratual. A aceitação exprime uma concordância pura e simples à proposta⁽²⁵⁾. Como defende GARCÍA RUBIO, citado por DANIELA CUNHA, fazendo uma incursão no direito espanhol, é facto muito comum encontrar na jurisprudência daquele país, a imputação do término do período pré-contratual simplesmente com a emissão da proposta. A seu aviso, sustenta essa autora que esse período apenas se finda realmente com a aceitação, porque é nesse momento que se pode considerar celebrado efectivamente o contrato. “É evidente que não se confundem as negociações preliminares com o período em que surge o contrato, isto é, com o aceite da proposta efectivada. Mas acontece que durante as negociações, pode ocorrer a emissão de uma proposta com a consequente formulação de uma contraproposta daquele com quem se negocia. Estaremos ainda no período de formação do contrato, logo sujeito à responsabilidade pré-contratual⁽²⁶⁾.”

Na doutrina portuguesa, vários autores, dentre os quais CARLOS MOTA PINTO, distinguem em matéria de formação dos contratos duas fases: uma negociatória e outra decisória, abrangendo a segunda fase: a proposta e a aceitação⁽²⁷⁾. Tal é o nosso entendimento acerca da delimitação do período pré-contratual.

⁽²⁵⁾ Vide VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3.^a Ed., Almedina, 2005, p. 312; CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil Português*, Parte Geral, Tomo I, 3.^a Ed., 2009, p. 559 e ss.

⁽²⁶⁾ CUNHA, Daniela, *Responsabilidade Pré-Contratual por ruptura das Negociações*, Almedina, 2006, p. 86.

⁽²⁷⁾ PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3.^a Ed. actualizada, Coimbra Editora, p. 443.

III — AS REGRAS APLICÁVEIS NAS NEGOCIAÇÕES PRÉ-CONTRATUAIS

A — OS DEVERES DE CONDUTA DECORRENTES DO PRINCÍPIO DA BOA FÉ

1.º Os Direitos português e angolano

Ensina-nos o Prof. MENEZES CORDEIRO que na fase pré-contratual, os negociadores estão adstritos aos deveres decorrentes do princípio da Boa Fé que são⁽²⁸⁾:

- i) Os deveres de protecção, os quais obrigam a que, sob pretexto de negociações preliminares, não se inflijam danos à contraparte: danos directos, por um lado, à sua pessoa e bens, embora esta situação, em Portugal, possa ser solucionada pelos esquemas da responsabilidade civil; danos indirectos, por outro, derivados de despesas e outros sacrifícios normais que na contratação revestirem, por força do desenvolvimento subsquente do processo negocial, uma característica de anormalidade⁽²⁹⁾.
- ii) Os deveres de informação que adstringem as partes à prestação de todos os esclarecimentos necessários à conclusão honesta do contrato. Tanto podem ser violados por acção, portanto com indicações inexactas, como por omissão, ou seja, pelo silêncio face a elementos que a contraparte tinha interesse objectivo em conhecer. O dolo negocial (art. 253.º/1) implica, de forma automática, a violação dos deveres de informação. Mas não a esgota: pode haver violação que, não justificando a anulação do contrato por dolo, constitua, no entanto, violação culposa do cuidado exigível e, por isso, obrigue a indemnizar por *culpa in contrahendo*⁽³⁰⁾.

⁽²⁸⁾ CORDEIRO, António Menezes, Da Boa Fé..., p. 583.

⁽²⁹⁾ *Ibid.*

⁽³⁰⁾ CORDEIRO, António Menezes, Da Boa Fé..., p. 583.

Questão interessante é a de saber o limite do dever de informar. O dever de boa fé nos preliminares e na formação dos contratos obriga a que devam ser dados à contraparte todos os aspectos ponderados em ordem à conclusão do negócio?

O dever de informar termina no ponto em que uma parte não tem de se preocupar com os interesses da outra, portanto com o respeito a circunstâncias que caíam inequivocamente na sua esfera de risco⁽³¹⁾. Mais precisamente, o que está excluído do dever de informação da contraparte implícito na regra de actuação segundo a boa fé do art. 227.º do C.C. é a obrigação de lhe dar a conhecer elementos ou circunstâncias a que qualquer pessoa tenha acesso desde que actue com a diligência de um homem médio. A obrigação de informar existe, no entanto, sempre que, a informação de que a parte dispõe se reporta a um dado fundamental para a esclarecida formação da vontade negocial da contraparte e a que esta, agindo por sua exclusiva iniciativa individual, não possa aceder directamente⁽³²⁾

- iii) Os deveres de lealdade vinculam os negociadores a não assumir comportamentos que se desviem de uma negociação correcta e honesta. Ficam incluídos os deveres de sigilo — as partes não podem desvendar matéria de que tenham tido conhecimento por via da negociação, quando, com isso, se contrarie as expectativas da outra parte — de cuidado — deve ser preservado, na actuação preliminar, o escopo da formação válida de um contrato, com exclusão de actos que, dolosos ou negligentes, ponham em causa, sem razão, essa possibilidade — e de actuação consequente — não se deve, de modo injustificado e arbitrário,

⁽³¹⁾ MONTEIRO, Sinde, Responsabilidade Por Conselhos, Recomendações ou Informações, p. 363; *Apud* Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 11-01-2007 (Proc. n.º 06B4223); <http://www.dgsi.pt>

⁽³²⁾ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 11-01-2007 (Proc. n.º 06B4223); <http://www.dgsi.pt>.

interromper-se uma negociação em curso, salva, como é natural, a hipótese de a contraparte, por forma expressa ou por comportamento concludente, ter sido avisada da natureza precária dos preliminares a decorrer⁽³³⁾.

O Prof. MENEZES CORDEIRO sublinha que “*a culpa in contrahendo* funciona, assim, quando a violação dos deveres de protecção, de informação e de lealdade conduza à frustração da confiança criada na contraparte pela actividade anterior do violador ou quando essa mesma violação retire às negociações o seu sentido substancial profundo de busca de um consenso na formação de um contrato válido, apto a prosseguir o escopo que, em termos de normalidade, as partes lhe atribuem”⁽³⁴⁾.

A boa-fé objectiva introduziu a ética em todo o direito dos contratos, estabelecendo, em todas as fases da relação intersubjectiva, a saber, nas fases pré-contratual, contratual e pós-contratual, padrões de comportamento ou deveres acessórios, distintos dos deveres — obrigações — principais concretizados com a formação do contrato, consubstanciados nos deveres de *protecção*, de *informação* e de *lealdade*. A autonomia privada, outrora preconizada como “garantia da liberdade dos cidadãos em face do Estado, é relativizada em prol da justiça substancial, com o eixo da relação contratual se deslocando da tutela subjectiva da vontade à tutela objectiva da confiança”⁽³⁵⁾.

Com acerto, o Prof. MENEZES CORDEIRO concluiu que nas suas manifestações *subjectiva* e *objectiva*, a boa fé está ligada à confiança: a primeira dá, desta, o momento essencial; a segunda confere-lhe a base juspositiva necessária quando, para tanto, falte uma disposição legal específica. Ambos, por fim, carregam as razões sistemáticas que se realizam na confiança e justificam, explicando, a sua dignidade jurídica e cuja projecção transcende o campo civil⁽³⁶⁾.

⁽³³⁾ *Ibid.*

⁽³⁴⁾ CORDEIRO, António Menezes, Da Boa Fé..., p. 584.

⁽³⁵⁾ TEPEDINO, Gustavo, Problemas de Direito Civil-Constitucional, Rio de Janeiro, Renovar, 2001, p. 176.

⁽³⁶⁾ CORDEIRO, António Menezes, Da Boa Fé..., p. 1250.

2.º A *Common Law* — o Direito inglês^(37/38)

Vigora no direito inglês um princípio da boa fé nos preliminares e na conclusão dos contratos, pondo a cargo das partes, nessa fase, deveres específicos de conduta?

Não se operou em Inglaterra uma recepção do Direito Romano, como a que ocorreu nos sistemas jurídicos continentais. Por conseguinte, não se fez sentir aí o influxo da *bona fides* romana⁽³⁹⁾.

Numa decisão de grande relevo, proferida em 1992, no caso *Walford v. Miles*, a Câmara dos Lordes rejeitou de modo expresso a existência no Direito inglês de um dever de negociar de boa fé e afirmou a liberdade de as partes romperem as negociações a todo o tempo e por qualquer motivo, sem ficarem por isso sujeitas a qualquer dever de indemnizar.

Para tanto, sustentou LORD ACKNER: “*the concept of duty to carry on negotiations in good faith is inherently repugnant to the adversarial position of the parties when involved in negotiations. Each party to the negotiations is entitled to pursue his (or her) own interest, so long as he avoids making misrepresentations*”⁽⁴⁰⁾.

No que respeita à ruptura das negociações, no caso *Courtney & Fairban Ltd. v. Tolaini Bros. (Hotels) Ltd.*⁽⁴¹⁾, julgado em 1975, o *Court of Appeal* já excluía a admissibilidade de uma regulação negocial dos preliminares e da formação do contrato através de um *contract to negotiate*, com fundamento, segundo LORD DENNING, em que “*it is too uncertain to have any binding force. No court could estimate the damages because no one can tell whether the negotiations would be successful or would fall through; or if successful, what the result would be*”.

Inexiste, assim, no Direito inglês vigente, conclui o Prof. MOURA VICENTE um dever geral de actuação segundo a boa fé, a cargo

⁽³⁷⁾ JOLOWICZ, John Anthony, *Droit Anglais, Précis Dalloz*, 1992, p. 127-128, n.ºs 177 e 178.

⁽³⁸⁾ *Estoppel*: “*principle which precludes a person from asserting something contrary to what is implied by a previous action or statement of that person or a previous pertinent judicial determination*”. *Oxford Dictionary of English*, 2.ª ed., 2003, p. 594.

⁽³⁹⁾ VICENTE, Dário Moura, *Da Responsabilidade Pré-contratual...*, pp. 290 e ss.

⁽⁴⁰⁾ (1992) 2 *WLR* 174; *Apud* VICENTE, Dário Moura, *op. cit.*, p. 292, nota 1042.

⁽⁴¹⁾ (1975) 1 *All E.R.* 716; *Apud* VICENTE, Dário Moura, *op. cit.*, p. 292, nota 1043.

das partes nos preliminares e na formação dos contratos. Encontrase, decerto, no Direito inglês consagrações da boa fé subjectiva e objectiva na regulamentação de situações específicas: a interpretação e integração dos contratos segundo os *standards* do homem médio; o dever de não enganar a contraparte, sancionado pelo instituto da *misrepresentation*⁽⁴²⁾; o *promissory estoppel*⁽⁴³⁾; os deveres de prestação de informações face à contraparte que vigoram nos contratos *uberrimae fidei* (*utmost good faith*); e a doutrina da *breach of confidence*⁽⁴⁴⁾.

Mas não pode sustentar-se perante ele, como na Alemanha e nos países mais directamente influenciados pela sua cultura jurídica, que com a entrada em negociações se constitui uma relação jurídica e que as partes nessa relação se acham adstritas a um dever de consideração pelos interesses e expectativas legítimos da contraparte.

Finalmente, importa salientar a posição de BINGHAM, L.J., num *obiter dictum*⁽⁴⁵⁾ contido na decisão proferida pelo *Court of Appeal* no caso *Interfoto Picture Library Ltd. v. Stilleto Visual Programmes Ltd.*: “*In many civil law systems, and perhaps in most legal systems outside the common law world, the law of obligations recognises and enforces an overriding principle that in making and carrying out contracts parties should act in good faith.*”

(42) “No Direito inglês entende-se por *misrepresentation* uma declaração inexacta, por desconforme à verdade dos factos, proferida antes ou aquando da celebração de um contrato, que induza o declaratório à celebração do mesmo. Distingue-se do erro comum (*mistake*), na medida em que este não é causado por outrem” (VICENTE, Dário Moura, *op. cit.*, p. 276).

(43) “O *promissory estoppel* é, na verdade, antes de tudo o mais, um expediente gizado pela jurisprudência norte-americana e inglesa a fim de colmatar as insuficiências do conceito de contrato próprio dos Direitos anglo-saxónicos, com a sua rígida exigência de uma contrapartida negociada como condição de eficácia de toda a promessa contratual. É a recusa de eficácia à promessa informal desprovida de “consideration”, que decorre daquele conceito, revela-se susceptível de conduzir a resultados iníquos sempre que o promissário haja alterado a sua posição jurídica confiando nela e o promitente devesse prever essa reacção do promissário” (VICENTE, Dário Moura, *op. cit.*, p. 284).

(44) VICENTE, Dário Moura, *op. cit.*, p. 276 e *passim*.

(45) Expressão do direito processual inglês que se refere ao argumento que não entra na *ratio decidendi*, que não é invocado para fundamentar a decisão. Aplica-se a um raciocínio destituído de força obrigatória, de natureza a esclarecer o caso e guiar o juiz. Cfr. Lexique des Termes Juridiques, Dalloz, 2007, p. 448.

[...] *English law has, characteristically, committed itself to no such overriding principle, but has developed piecemeal solutions in response to demonstrated problems of unfairness*'⁽⁴⁶⁾.

As soluções encontradas, no Direito inglês, para os problemas de deslealdade a que se refere esta decisão, encontram-se nos institutos jurídicos de *Misrepresentation* ou de *Non-disclosure*, susceptíveis de gerar responsabilidade para a parte que, respectivamente, prestou falsos esclarecimentos ou não cumpriu o seu dever de informar a outra parte de factos relevantes. Estas situações apresentam algumas evidências nos denominados contratos *uberrimae fidei*⁽⁴⁷⁾. Por outro, o *promissory estoppel* apresenta certas analogias com a responsabilidade pré-contratual, tutelando a confiança criada na outra parte por falsas representações. Contudo, não se faz qualquer recurso à noção de deveres pré-contratuais de conduta decorrentes da boa fé.

Em conclusão, se as partes entram em negociações e uma delas, confiando na celebração do contrato incorre em determinadas despesas, estas serão tratadas como perdas, inerentes à actividade empresarial⁽⁴⁸⁾.

B — OS DEVERES DE CONDUTA PREVISTOS NALGUMAS DISPOSIÇÕES LEGAIS ESPECÍFICAS

1.º No campo dos contratos de adesão

A economia contemporânea é caracterizada pelo consumismo, indiciando a massificação e a despersonalização das relações contratuais, bem como a sofisticação técnica dos produtos postos no mercado, cuja avaliação excede as aptidões da maioria dos seus adquirentes, e o recurso a poderosos instrumentos de mercadologia.

⁽⁴⁶⁾ (1989) 1 *Q.B.* 433 (p. 439); *Apud* VICENTE, Dário Moura, *op. cit.*, p. 294.

⁽⁴⁷⁾ NASCIMENTO, Paulo Soares do, *A Responsabilidade Pré-Contratual pela Ruptura das Negociações*, FDL, Teses, Dezembro 2000, pp. 44-45.

⁽⁴⁸⁾ ALVES, Laerte Meyer de Castro, *Responsabilidade Pré-Contratual pela Ruptura das Negociações Preparatórias na Formação do Contrato de Compra e Venda Internacional de Mercadorias*, FDL, Teses, 2005, p. 45.

Quando uma empresa exercita, em moldes profissionais, uma actividade económica que implica a celebração reiterada e em massa, de certos tipos negociais, ela acaba por experimentar a necessidade prática e reúne os pressupostos cognitivos, técnicos e jurídicos, de um antecipado tratamento uniforme das vicissitudes contratuais⁽⁴⁹⁾.

Pode, assim, planear cuidadosamente, com o apoio de especialistas, se for caso disso, um quadro regulador dos negócios a celebrar, perfeitamente ajustado aos seus interesses, como tarefa instrumental à sua actividade, integrável, com naturalidade, nas suas estruturas e custos de produção⁽⁵⁰⁾. Surge então o contrato de adesão, cujos termos são prévia e unilateralmente elaborados por uma das partes, limitando-se a contraparte (v.g. empregado, consumidor, etc.) a subscrevê-lo ou não⁽⁵¹⁾.

Confrontado, no momento da conclusão do contrato, com as cláusulas contratuais gerais, o aderente, não só não tem qualquer possibilidade de contrapor um acabado projecto contratual próprio, como se vê inibido de ponderar e valorar, em todo o seu exacto alcance, o conteúdo das condições que lhe são apresentadas^(52/53). Daí a intervenção dos legisladores português e angolano para proteger o aderente.

O preâmbulo da Lei (angolana) n.º 4/03, de 18 de Fevereiro, sobre as Cláusulas Gerais dos Contratos^(54/55) é inequívoco ao afirmar que “é indispensável impor regras que, entre outros, evitem que

⁽⁴⁹⁾ RIBEIRO, Joaquim de Sousa, O Problema do Contrato: As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual, Colecção Teses, Almedina, 2003, p. 344.

⁽⁵⁰⁾ *Ibid.*

⁽⁵¹⁾ SCHNEIDER, Patrícia Buendgens, A Tutela da confiança na contratação contemporânea, CCJS, Curitiba, 2006, p. 22; <http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_arquivos/1/TDE-2006-10-23T090950Z-438/Publico/PATRICIA%20Dto.pdf>.

⁽⁵²⁾ RIBEIRO, Joaquim de Sousa, *op. cit.*, p. 344.

⁽⁵³⁾ No mesmo sentido, *vide* BELMONTE, Cláudio Petrini, “Principais reflexos da sociedade de massas no contexto contratual contemporâneo — disposições contratuais abusivas”, Revista de Direito do Consumidor, n.º 43, p. 139; *Apud* SCHNEIDER, Patrícia Buendgens, A Tutela da confiança na contratação contemporânea, CCJS, Curitiba, 2006, p. 23.

⁽⁵⁴⁾ D.R., I Série — N.º 13.

⁽⁵⁵⁾ Em Portugal, *vide* DL n.º 446/85, de 25 de Outubro, alterado e republicado pelo DL 220/95, de 31 de Agosto, e que o DL 249/99, de 7 de Julho estendeu a aplicação em relação aos contratos individualizados pré-formulados. Cfr. Arts. 5.º a 9.º

a parte mais forte obtenha vantagens à custa de restrições, despesas, encargos ou prejuízos menos razoáveis ou iníquos para os aderentes”. Esta mesma lei contém preceitos directamente aplicáveis à formação dos contratos que caíam sob o seu âmbito, cuja violação conformam a *culpa in contrahendo* e que visam tutelar especificamente a confiança do destinatário das cláusulas gerais contratuais.

Trata-se em particular dos artigos 3.º a 5.º e 8.º da referida lei. O art. 3.º impõe a cargo da parte que propõe cláusulas contratuais gerais um dever de comunicação e informação. As cláusulas contratuais gerais devem ser comunicadas claramente e na íntegra aos aderentes que se limitem a subscrevê-las ou aceitá-las. A comunicação deve ser clara e adequada e feita com a antecedência necessária para que, tendo em conta a importância do contrato e a extensão e complexidade das respectivas cláusulas, se torne possível o seu conhecimento completo e efectivo por quem use de diligência comum. O contraente que recorra a cláusulas contratuais gerais deve informar e explicar à outra parte os aspectos nelas contidos cuja clarificação se justifique, bem como prestar todos os esclarecimentos solicitados. O ónus da prova da comunicação e do cumprimento do dever de informação cabe ao contraente que apresente a proposta das cláusulas contratuais gerais.

O artigo 8.º da referida Lei proíbe as cláusulas contratuais gerais contrárias à boa-fé, tendo em conta a *confiança suscitada nos contraentes*⁽⁵⁶⁾. Há que ter em conta as legítimas expectativas que, durante a fase que antecedeu a celebração do contrato, foram criadas na pessoa do aderente e que, de acordo com as regras da boa fé, não possam ser defraudadas. As cláusulas contratuais gerais celebradas com violação dos deveres de uma actuação de boa fé são nulas.

(56) José de Oliveira Ascensão considera que a mesma disposição legal, constante do artigo 16 a) do Dec.-Lei português n.º 446/85, de 25 de Outubro, não tem nenhum sentido. Segundo este autor, é irrelevante remeter para a confiança como valor a ponderar no esclarecimento da contrariedade à boa fé. Só a confiança subjectiva traz algo de atendível, pois a confiança objectiva não é confiança, é uma valoração da conduta em si, também a referência à confiança em nada esclarece o critério à luz do qual devem ser julgadas as cláusulas contratuais gerais. *Vide* ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Civil — Teoria Geral*, Vol. II, Coimbra Editora, 2003, p. 396, nota 599; ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Civil — Teoria Geral*, Vol. III, Coimbra Editora, 2002, p. 239.

2.º Em matéria de contratos com consumidores

A Lei (angolana) n.º 15/03, de 22 de Julho, de Defesa do Consumidor^(57/58) reforçou a protecção dos interesses económicos dos consumidores. Assumem particular relevância neste âmbito os deveres de *esclarecimento* e de *informação* (art. 9.º), tendo em conta que os sujeitos que contratam se encontram em posições de poder negocial muito desequilibradas⁽⁵⁹⁾.

Estes deveres aplicam-se, desde logo, ao clausulado contratual pretendido devendo entender-se que, para além da comunicação das normas contratuais que se pretendem ver consagradas no contrato, se deve explicar e esclarecer o exacto conteúdo e significado económico e jurídico de cada uma dessas normas⁽⁶⁰⁾.

A referida Lei impõe ainda, nas relações de consumo, a *lealdade* e a *boa-fé* nos preliminares, na formação e na vigência dos contratos (art. 15.º). Da boa-fé decorrerá a protecção da confiança legítima suscitada pelo fornecedor de bens e serviços no consumidor.

C — OS DEVERES DE ORIGEM CONTRATUAL

As partes podem voluntariamente assumir obrigações na fase pré-contratual cujo incumprimento poderá originar a responsabilidade por danos causados nos preliminares. Os instrumentos destinados a disciplinar a forma como decorrerão as negociações pré-contratuais, sobretudo dos contratos comerciais internacionais são: as cartas de intenção (*letters of intent*), os acordos de confidencialidade (*confidentiality agreements*), os acordos de não oferta pública de aquisição hostil (*non hostile take-over agreements*) e os acordos de negociação exclusiva, os acordos de base (*head of*

⁽⁵⁷⁾ D.R., I Série — N.º 57.

⁽⁵⁸⁾ Em Portugal, *vide* Lei n.º 29/81, de 22 de Agosto, depois substituída pela Lei n.º 24/96, de 31 de Julho: a Lei de Defesa do Consumidor (LDC). Cfr. Art. 8.º.

⁽⁵⁹⁾ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 22-04-2010 (Proc. n.º 3419/08.5TVLSB.L1-8).

⁽⁶⁰⁾ *Idem*.

agreement, principle of agreement), os acordos-quadros e os protocolos-complementares⁽⁶¹⁾.

MENEZES LEITÃO indica-nos que, sempre que dos compromissos acima referidos não resulte a assunção de uma obrigação de contratar, a responsabilidade só poderá ser estabelecida com base na *culpa in contrahendo* (art. 227.º do Código Civil), servindo, no entanto, esses compromissos para acentuar a situação de confiança assim criada^(62/63). É opinião comum de que as cartas de intenção não têm relevância jurídica, desenvolvendo para UGO DRAETTA o papel de recepção do dever de actuar segundo a boa fé nas negociações pré-contratuais, afastando assim os abusos que resultariam da pura e simples aplicação do princípio da liberdade contratual (*freedom of contract*). Assim, as cartas de intenção determinam especificamente quais os comportamentos que, no entender das partes, são ou não conformes ao princípio da boa fé durante as negociações. Por conseguinte, elas podem servir para proibir comportamentos específicos ou para indicar um tal nível de progresso nas negociações que leve a considerar ilegítima a sua ruptura sem motivo justificado, uma vez que sem a sua existência nada poderia impedir uma das partes de romper livremente as negociações^(64/65).

(61) Sobre esta matéria, *vide* LEITÃO, Luís Menezes, “Negociações e Responsabilidade Pré-contratual nos Contratos Comerciais Internacionais”, ROA, 60, 2000, p. 64; CORDEIRO, António Menezes, Tratado de Direito Civil Português, I, Tomo I, Almedina, 2009, p. 534.

(62) LEITÃO, Luís Menezes, Direito das Obrigações, Vol. I, 7.ª Ed., 2008, 217.

(63) Sempre que, porém, exista uma obrigação de contratar assumida pelas partes, já se estará perante um contrato-promessa, que poderá ter por objecto outro contrato-promessa, caso em que se aplicará naturalmente o regime da execução específica do contrato, sempre que a isso não se oponha a natureza da obrigação assumida (LEITÃO, Luís Menezes, Direito das Obrigações, Vol. I, 7.ª Ed., 2008, 217).

(64) *Apud* LEITÃO, Luís Menezes, Negociações..., p. 62.

(65) Luís Menezes Leitão discorda com a posição assumida por Menezes Cordeiro que é no sentido de uma maior vinculação das cartas de intenção, defendendo que as mesmas sedimentam os aspectos nelas consignados, constituindo um caso de contratação mitigada, que obriga pelos menos o seu signatário a prosseguir as negociações no sentido nelas referido. Caso isso não aconteça, admite a possibilidade de execução específica, caso a carta de intenções seja tão precisa que dela se possa retirar o contrato a celebrar, admitindo a aplicação da indemnização compensatória apenas no caso contrário (*V.* LEITÃO, Luís Menezes, Negociações..., p. 62).

Estes acordos referidos por MENEZES CORDEIRO como “contratação mitigada” estão na base de uma responsabilização cujos pressupostos e conteúdo devem ser apurados por interpretação dos negócios jurídicos que constituem a fonte das suas obrigações. Não cuidaremos especialmente desta matéria no âmbito do presente estudo.

IV — A RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL E A TUTELA DA CONFIANÇA DOS NEGOCIADORES

A — A *CULPA IN CONTRAHENDO*

As primeiras linhas da *culpa in contrahendo* foram traçadas por RUDOLF VON JHERING, em 1861, a propósito do problema da nulidade dos contratos por divergência insanável entre a vontade real e a vontade declarada, advindas da fase das negociações (ou tratativas). JHERING questionou se o contraente deve ou não responder pelos danos culposamente causados à contraparte pela celebração de um contrato que vem a ser declarado nulo^(66/67). Analisando os princípios do direito romano, entendeu que nem a *actio doli*, nem a *actio legis Aquiliae* poderiam sustentar a pretensão do lesado. A primeira implicava uma actuação dolosa inexistente nos exemplos a que referiu⁽⁶⁸⁾ e a segunda, uma lesão à pes-

⁽⁶⁶⁾ VARELA, João de Matos Antunes, Das Obrigações em geral, Vol. I, 10.^a Ed., Almedina, 2005, p. 268.

⁽⁶⁷⁾ JHERING, Rudolf Von, Culpa in Contrahendo ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição, Almedina, 2008, p. 44 e *passim* — tradução e nota introdutória de Paulo Mota Pinto. Jhering agrupou o seu material casuístico segundo três pontos de vista: (i) incapacidade do sujeito; (ii) inidoneidade do objecto e (iii) falta de fiabilidade da vontade contratual da declaração e da própria vontade.

⁽⁶⁸⁾ “Aconteceu isso por ocasião do caso que me referi neste anuário (vol. I, pp. 280-282), do lapso do nuncio. Peço a um amigo que vai de viagem a Bremen que me encomende no meu fornecedor ¼ de caixa de charutos, mas ele engana-se e encomenda 4 caixas. O remetente tem de suportar os custos do transporte duplamente ou pode exigir o seu ressarcimento ao nuncio ou a mim?” (JHERING, Rudolf Von, Culpa in Contrahendo, Almedina, 2008, p. 3 — tradução e nota introdutória de Paulo Mota Pinto).

soa ou ao património. Por conseguinte, a parte culpada saia livre, a inocente era vítima da culpa alheia. “Quem não sente, interroga JHERING, que é aqui necessária uma acção de indemnização?”⁽⁶⁹⁾

Segundo MENEZES CORDEIRO, para JHERING, a *culpa in contrahendo* é um instituto da responsabilidade civil pelo qual, havendo nulidade do contrato, uma das partes, que tenha ou devesse ter conhecimento do óbice, deve indemnizar a outra pelo interesse contratual negativo. No espírito da obra de JHERING, como hoje é entendido, deve considerar-se que ele não deu, da *culpa in contrahendo*, uma fundamentação clara e unitária. Fazendo uso de um discurso marcadamente tópico-material, procurou chamar a atenção da Ciência do Direito para uma necessidade de complementação juspositiva, através da área, pouco explorada, da formação dos contratos. Fazendo-o, ele deu do fenómeno, um pré-entendimento que ainda se mantém⁽⁷⁰⁾.

O problema da responsabilidade das partes no período preparatório do contrato, agora em termos mais amplos e diferentes, voltou a ser agitado na doutrina alemã, bastantes anos mais tarde, com a publicação de um estudo notável de BALLERSTEDT sobre a responsabilidade do representante nesse período vestibular do negócio⁽⁷¹⁾.

Em Portugal, a doutrina de JHERING foi recebida por obra de GUILHERME MOREIRA que admitia a *culpa in contrahendo* para as hipóteses de celebração de contratos nulos, especialmente no caso da venda de coisa alheia de má fé, excluindo, no entanto, a sua aplicação nos casos em que uma das partes contra a boa fé rompe as negociações⁽⁷²⁾. Mas já JOSÉ TAVARES veio expressamente defender a sua aplicação também no caso da ruptura injustificada das negociações⁽⁷³⁾.

⁽⁶⁹⁾ JHERING, Rudolf Von, *op. cit.*, p. 4; NASCIMENTO, Paulo Soares do, A Responsabilidade Pré-Contratual pela Ruptura das Negociações, FDL, Teses, 2000, p. 7.

⁽⁷⁰⁾ CORDEIRO, António Menezes, Da Boa-Fé..., pp. 531-532.

⁽⁷¹⁾ BALLERSTEDT, *Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluss durch Stellvertreter*, no *AcP*, 151, p. 501; *Apud* VARELA, João de Matos Antunes, Das Obrigações em geral, Vol. I, Almedina, 2005, p. 268.

⁽⁷²⁾ MOREIRA, Guilherme, Instituições, II, pp. 664 e ss.; *Apud* LEITÃO, Luís Menezes, Direito das Obrigações, Vol. I, ..., p. 358.

⁽⁷³⁾ TAVARES, José, Princípios, I, pp. 492 e ss., nota 3; *Apud* LEITÃO, Luís Menezes, Direito das Obrigações, Vol. I, ..., p. 358.

A partir dos estudos doutrinários alemães e de outros numerosos trabalhos em Portugal sobre o mesmo tema, foi-se desenvolvendo e consolidando, tanto na doutrina como na jurisprudência, a tese da responsabilidade civil pré-contratual, baseada na ideia de que o simples início das negociações cria entre as partes deveres de *lealdade, de informação e de esclarecimento*, dignos da tutela do direito.

O artigo 227.º do Código Civil dispõe que: “quem negocia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte”.

A responsabilidade das partes não se circunscreve, como sucedia com a tradicional teoria da *culpa in contrahendo*, à cobertura dos danos culposamente causados à contraparte pela invalidade do negócio. ANTUNES VARELA ensina que a responsabilidade pré-contratual, com a amplitude que lhe dá a redacção do artigo 227.º do Código Civil, abrange os danos provenientes da violação de *todos os deveres (secundários) de informação, de esclarecimento e de lealdade* em que se desdobra o amplo espectro negocial da boa fé. Trata-se da boa fé objectiva que abrange a cobertura das *legítimas expectativas criadas no espírito da outra parte*⁽⁷⁴⁾.

As expressões *culpa in contrahendo* ou *responsabilidade pré-contratual* indiciam a formação de um contrato. No entanto, a doutrina mais avisada observa que o problema da “responsabilidade pré-contratual” transcende o puro domínio dos contratos. Concebe-se, designadamente em relação a negócios jurídicos unilaterais (v.g. em matéria de concursos públicos), preferindo, portanto, a designação de *responsabilidade pré-negocial*⁽⁷⁵⁾, outros

⁽⁷⁴⁾ VARELA, João de Matos Antunes, *op.cit.*, p. 268 e *passim*.

⁽⁷⁵⁾ Neste sentido, COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das Obrigações*, 12.ª Ed., Almedina, 2009, p. 301, nota 4; PINTO, Carlos Mota, “A Responsabilidade Pré-Negocial pela não conclusão dos Contratos”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Supl. XIV, 1966, p. 162; PRATA, Ana, “Notas sobre Responsabilidade Pré-Contratual”, in *Separata* da Revista da Banca, (n.ºs 16 e 17), Lisboa, 1991, pp. 25 e ss.; MÚRIA, Pedro, *Representação Legal e Culpa in Contrahendo*, não publicado, Lisboa, 1996, p. 10, n.º 47; TELLES, Galvão, *Direito das Obrigações*, 7.ª Ed., Coimbra Editora, 1997, p. 70, n.º 1; *Apud* NASCIMENTO, Paulo Soares do, *A Responsabilidade Pré-Contratual pela Ruptura das Negociações*, FDL, Teses, Dezembro 2000, p. 6.

ainda observam que a responsabilidade emergente deste instituto pode ser objectiva, sendo impróprio o vocábulo “culpa”⁽⁷⁶⁾. Res-salvadas estas questões, utilizaremos, indistintamente, as expres-sões *culpa in contrahendo* e *responsabilidade pré-contratual*⁽⁷⁷⁾.

B — CASOS ORIGINANDO A RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL

1.º Violação de deveres de conduta na celebração de um contrato

Remetemos para as considerações feitas no ponto III — A — 1.º

2.º Ruptura ilegítima, arbitrária, intempestiva ou injustificada das negociações pré-contratuais

O instituto da responsabilidade pré-contratual coloca em confronto dois tipos de interesses: por um lado, a liberdade contratual que decorre da autonomia da vontade e, por outro lado, a protecção da confiança perante expectativas criadas durante a fase pré-negocial⁽⁷⁸⁾.

O princípio da liberdade contratual previsto pelo art. 405.º do Código Civil não pode ser entendido tão latamente que legitime qualquer conduta das partes durante uma negociação. Ninguém é obrigado a contratar mesmo entrando num processo negocial, mas, não menos certo é que, havendo negociações avançadas de modo a criar expectativas legítimas na consumação do negócio, a parte que as romper sem fundamento, viola deveres de boa-fé e, para tal, constitui-se na obrigação de indemnizar a contraparte⁽⁷⁹⁾.

São constatáveis três requisitos essenciais para que fique con-figurada a *culpa in contrahendo* pela ruptura injustificada das negociações pré-contratuais: i) a realização de negociações em que

(76) COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das Obrigações*,..., p. 302, nota 4 *in fine*. Contudo, não dá exemplos de casos de responsabilidade pré-negocial objectiva.

(77) NASCIMENTO, Paulo Soares do, *op. cit.*, p. 6.

(78) Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 03-03-2010 (Proc. n.º 44/107.1TBGDL.E1); <http://www.dgsi.pt>.

(79) *Vide* Acórdão do STJ de 11-09-2007; <http://www.dgsi.pt>.

as partes — ou pelo menos aquela que não dá azo ao rompimento, evidentemente — tenham criado uma razoável confiança na consolidação do contrato; *ii*) a ruptura unilateral e desleal dessas negociações; e *iii*) a existência de danos que tenham nexó de causalidade com o rompimento⁽⁸⁰⁾.

O primeiro aspecto exige que se possa concluir que a negociação já começou, excluindo todos os contactos de mera recolha de informações. A negociação deve desenvolver-se numa actividade comum dos negociadores destinada à análise e elaboração de um projecto de negócio e que, apreciada de acordo com critérios de probidade, lealdade e seriedade de propósitos, crie em qualquer das partes a confiança de que se visa efectivamente a celebração do contrato⁽⁸¹⁾. As negociações manifestam-se de várias formas, seja através de conversações verbais, por meios telemáticos ou por intermédio de documentos escritos, tais como cartas, projectos e minutas. Assim, uma negociação tem início a partir de diálogos, estudos em conjunto, accertamentos provisórios de aspectos fracionários do contrato, *et cetera*⁽⁸²⁾.

E essa confiança é tanto mais justificadora de tutela quando os vários actos que integram a negociação vão reduzindo, pela sua consistência e pormenor, o grau de incerteza sobre a futura celebração do contrato. Esse grau de incerteza vai-se esbatendo à medida que a negociação vai avançando de modo que podemos afirmar que quanto mais se aproxima da fase da conclusão maiores expectativas gera nos negociadores⁽⁸³⁾.

O segundo aspecto encerra duas questões: desde logo a existência de uma ruptura unilateral das negociações e, depois, a sua

⁽⁸⁰⁾ ALVES, Laerte Meyer de Castro, Responsabilidade Pré-Contratual pela Ruptura das Negociações Preparatórias na Formação do Contrato de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, FDL, Teses, 2005, p. 15.

⁽⁸¹⁾ Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 03-03-2010 (Proc. n.º 44/07.1TBGDL.E1); <http://www.dgsi.pt>.

⁽⁸²⁾ COSTA, Mário Júlio de Almeida, Responsabilidade Civil pela Ruptura das Negociações preparatórias de um Contrato, Coimbra, Coimbra Editora, 1994, p. 54; ALVES, Laerte Meyer de Castro, Responsabilidade Pré-Contratual pela Ruptura das Negociações Preparatórias na Formação do Contrato de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, FDL, Teses, 2005, p. 15.

⁽⁸³⁾ Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 03-03-2010 (Proc. n.º 44/07.1TBGDL.E1); <http://www.dgsi.pt>.

caracterização como desleal ou ilegítima. A ruptura das negociações ocorre quando uma das partes declara de forma expressa ou tacitamente através de actos concludentes (por exemplo, celebrando o contrato visado com outrem) que desiste da celebração do contrato⁽⁸⁴⁾.

Para sabermos se a ruptura é desleal importa averiguar se, independentemente da convicção subjectiva das partes, ela pode assumir uma relevância objectiva que prevaleça sobre a confiança que se gerou na parte contrária. A ruptura é ilegítima, arbitrária, intempestiva e sem justa causa quando configura, atentas as expectativas geradas, um comportamento desleal e merecedor de censura em face da boa fé⁽⁸⁵⁾. Será ilegítima de qualquer forma, sempre que a parte que as rompeu tenha-as iniciado com este específico propósito, ou ainda quando, tal ruptura tenha sido exclusivamente com a finalidade de causar danos à contraparte⁽⁸⁶⁾.

Por outro, caso a interrupção não seja provocada dolosamente, devemos vislumbrar a confiança e a legitimidade em dois extremos opostos. Significa que, quanto mais confiança houver de que as negociações resultarão na formação de um contrato válido, mais reprovável será a ilegitimidade da ruptura e vice-versa. Contudo, o apuramento dessa confiança deve ser feito objectivamente, através da investigação de factos concretos, como a duração e o grau de desenvolvimento das negociações, o objecto e o valor do negócio, a qualidade dos contratantes e suas condutas. Não é aceita a confiança que se baseie num mero estado psicológico ou convicção de origem puramente subjectiva⁽⁸⁷⁾.

O terceiro aspecto realça o facto de que nem toda a ruptura negocial envolve responsabilidade civil. A obrigação de indemniz-

⁽⁸⁴⁾ *Ibid.*

⁽⁸⁵⁾ *Ibid.*

⁽⁸⁶⁾ ALVES, Laerte Meyer de Castro, Responsabilidade Pré-Contratual pela Ruptura das Negociações Preparatórias na Formação do Contrato de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, FDL, Teses, 2005, p. 17.

⁽⁸⁷⁾ COSTA, Mário Júlio de Almeida, Responsabilidade Civil pela Ruptura das Negociações Preparatórias de um Contrato, Coimbra, Coimbra Editora, 1994, p. 61-62; *Apud* ALVES, Laerte Meyer de Castro, Responsabilidade Pré-Contratual pela Ruptura das Negociações Preparatórias na Formação do Contrato de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, FDL, Teses, 2005, p. 17.

zar por ruptura injustificada das negociações depende da verificação dos pressupostos da responsabilidade civil: *facto ilícito*, *culposo*, *danoso* e *causal*, sendo certo que quer o facto, quer a ilicitude, estão necessariamente ligados ao dano e à verificação de uma relação de causalidade. A violação de deveres impostos pela boa fé, ainda que de deveres específicos se trate, configurará sempre um *ilícito*.

3.º Casos em que uma das partes crie a convicção da celebração dum contrato válido, convicção essa que venha a ser frustrada por subsequentes invalidades

Trata-se de situações em que a celebração de um contrato ineficaz (*lato sensu*) por vício é imputável a facto culposo de uma das partes. Temos os seguintes exemplos⁽⁸⁸⁾:

- i) a incapacidade que uma das partes tenha ocultado à outra (v.g. o dolo de menor);
- ii) a falta ou vícios da vontade (v.g. coacção absoluta, falta de consciência da declaração, declarações não sérias, erro-vício, dolo, coacção moral);
- iii) a falta ou abuso de poderes de representação;
- iv) a impossibilidade ou ilicitude do objecto; *et cetera*.

C — FUNDAMENTAÇÃO DA RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL NA CONFIANÇA

A responsabilidade pré-contratual justificar-se-ia pela confiança depositada pela parte prejudicada na contraparte com a violação dos deveres de conduta de acordo com a boa fé, com a invalidade do negócio imputável à contraparte ou com o fim das negociações?

⁽⁸⁸⁾ *Vide* os comentários do Prof. Dário Moura Vicente relativamente às situações de usura, vícios da coisa, indisponibilidade do falido, insolvente ou executado e inobserância da forma legalmente exigida para o contrato (VICENTE, Dário Moura, Da Responsabilidade Pré-Contratual em Direito Internacional Privado, Coleção Teses, Almedina, 2001, p. 263).

Refira-se, em primeiro lugar, à concepção dogmática de GÜNTHER HAUPT, lançada em 1941, que postula, no essencial, a possibilidade de constituição de relações jurídicas de tipo contratual, através de meros comportamentos materiais, independentemente de declarações negociais e sem correspondência nos deveres legais tradicionais. Na tripartição de situações de que poderiam resultar relações contratuais de facto (contactos sociais, inserção em organizações comunitárias e execução de relações douradoras e serviços de necessidade vital), HAUPT inseriu na primeira destas categorias — a dos contactos sociais — a *culpa in contrahendo*. Contudo, a doutrina das relações contratuais de facto, carecida de regulação legal expressa, falha, por insuficiência, na determinação exactas das suas fronteiras e do regime das figuras que abranja⁽⁸⁹⁾.

Esta teoria foi aprofundada por HANS DÖLLE que introduziu as ideias da confiança e da necessidade da sua protecção como estando na base da responsabilidade pré-contratual ou da *culpa in contrahendo*.

O essencial da construção de DÖLLE para a *culpa in contrahendo* foi o seu amparo na confiança. A ideia não era nova na altura. A especialidade esteve em dar, da confiança, uma ideia mais clara, fazendo dela, um conceito jurídico eficaz e não uma simples referência de apoio linguístico. Faltou, porém, preencher, em termos dogmáticos precisos, a passagem da situação de confiança criada para os deveres manifestados *in contrahendo*. Disso encarregar-se-ia BALLERSTEDT. Para este autor, a criação, por uma das partes, de uma situação de confiança e o aproveitamento, pela outra, da situação criada, corresponderiam a uma segunda forma de constituir negócios jurídicos, sistematicamente correcta. Ficaria assim clara a caracterização contratual que, desde sempre, fora reconhecida nos deveres pré-contratuais⁽⁹⁰⁾.

Na actual doutrina portuguesa, vários autores reconduzem a responsabilidade pré-contratual à tutela da confiança.

(89) CORDEIRO, António Menezes, *Da Boa Fé...*, pp. 555 e ss.

(90) CORDEIRO, António Menezes, *Da Boa Fé ...*, p. 561; FRADA, Manuel Carneiro da, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Almedina, 2007, p. 101.

MENEZES CORDEIRO observa que “a *culpa in contrahendo* funciona, assim, quando a violação dos deveres de protecção, de informação e de lealdade conduza à frustração da confiança criada na contraparte pela actividade anterior do violador ou quando essa mesma violação retire às negociações o seu sentido substancial profundo de busca de um consenso na formação de um contrato válido, apto a prosseguir o escopo que, em termos de normalidade, as partes lhe atribuem”⁽⁹¹⁾.

Segundo ALMEIDA COSTA, “através da responsabilidade pré-contratual tutela-se directamente a confiança fundada de cada uma das partes em que a outra conduza as negociações segundo a boa fé; e, por conseguinte, as expectativas legítimas que a mesma lhe crie, não só quanto à validade e eficácia do negócio, mas também quanto à sua futura celebração”⁽⁹²⁾.

Depreende-se das suas lições de “Direito das Obrigações” que MENEZES LEITÃO aborda a questão no mesmo sentido. Diz este autor que a “complexidade da formação do contrato vai criando sucessivas situações de confiança nas partes, que seria inaceitável que não viessem a ser juridicamente protegidas através da responsabilidade civil. É essa a função da responsabilidade pré-contratual, consagrada no art. 227.º(...)^(93/94)”.

O entendimento do Supremo Tribunal de Justiça português não é diverso, e em vários acórdãos, consagrou na sua jurisprudência a doutrina acima referida⁽⁹⁵⁾. A título exemplificativo, citamos o Acórdão de 22-05-1996⁽⁹⁶⁾, o Acórdão de 11-09-

⁽⁹¹⁾ CORDEIRO, António Menezes, *Da Boa Fé...*, p. 584. “A *culpa in contrahendo* portuguesa consagra um subsistema misto: não protege, em exclusivo, a confiança ou a materialidade subjacente, uma vez que, para se efectivar, exige sempre a culpa do responsável. Embora em termos objectivos, ela entra sempre em linha de conta com as características das pessoas envolvidas.”

⁽⁹²⁾ COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das Obrigações*, Almedina, 12.ª Ed., 2009, p. 303. “Convirá salientar, todavia, que o alicerce teleológico desta disciplina ultrapassa a mera consideração dos interesses particulares em causa. Avulta, com especial evidência, a preocupação de defesa dos valores sociais da segurança e da facilidade do comércio jurídico”.

⁽⁹³⁾ LEITÃO, Luís Menezes, *Direito das Obrigações*, Vol. I, 7.ª Ed., 2008, p. 359.

⁽⁹⁴⁾ No mesmo sentido, CUNHA, Daniela Ferreira, *op. cit.*, p. 28.

⁽⁹⁵⁾ <http://www.dgsi.pt>.

⁽⁹⁶⁾ Proc. n.º 004386.

-2007⁽⁹⁷⁾, o Acórdão de 10-12-2009⁽⁹⁸⁾, o Acórdão de 16-12-2010⁽⁹⁹⁾, *et cetera*.

Um recente Acórdão de 03-03-2010, do Tribunal da Relação de Évora, afirma que “a base essencial deste instituto (*culpa in contrahendo*) assenta na tutela da confiança depositada por um dos negociadores na boa fé do outro e consequentes expectativas que este lhe cria durante as negociações em relação à correcta condução das mesmas com vista à futura celebração de um contrato válido e eficaz, impondo desta forma uma obrigação mútua e recíproca de condução das negociações com lealdade, seriedade e probidade”⁽¹⁰⁰⁾.

OLIVEIRA ASCENSÃO sustenta uma posição oposta a que se acaba de expor. Citando MÁRIO BESSONE e FRANCESCO BENATTI, considera improficuas as tentativas de outorgar um lugar cimeiro à confiança na ordem jurídica portuguesa. O artigo 227.º do Código Civil, sustenta o mesmo autor, dá uma base, que dispensa o ancorar mais arriscado em vastas ponderações doutrinárias.

Por outro lado, só tem sentido pesquisar um princípio da confiança, prossegue, se estiver em causa a confiança individual, realmente posta por uma parte na actuação da outra. Na realidade, continua, a doutrina transita, sem tal se aperceber, de uma busca do investimento subjectivo da confiança para uma ponderação objectiva da racionalidade dos comportamentos. Pergunta-se assim se são justificadas as despesas feitas por uma parte no desenrolar das negociações, quando elas vieram a ficar inutilizadas por consequente comportamento alheio. Esta análise objectiva não ganha, segundo ele, em ser conduzida sob o rótulo da confiança. Trata-se de encontrar a justificação do comportamento da parte à luz de um juízo de normalidade e não pela razão individual de ter confiado na celebração do negócio pela outra parte⁽¹⁰¹⁾.

Conclui, então, OLIVEIRA ASCENSÃO que “nada adianta falar em dano de confiança, que se contraporá ao dano do não

⁽⁹⁷⁾ Proc. n.º 07A2402.

⁽⁹⁸⁾ Proc. n.º 3795/04.9TVLSB.S1.

⁽⁹⁹⁾ Proc. n.º 1212/06.9TBCHV.P1.S1.

⁽¹⁰⁰⁾ <http://www.dgsi.pt>.

⁽¹⁰¹⁾ ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Civil — Teoria Geral*, Vol. II, 2.ª Ed., Coimbra Editora, 2003, p. 447.

cumprimento. É claro que este dano é alheio ao dano do não cumprimento, (...) mas não recebe esclarecimento nenhum pelo facto de ser designado dano de confiança. (...) as indicações que se lucram, pelo apelo à noção de confiança, são tão ténues que mais vale dispensar essa noção”. Bastará o comando geral da boa fé e os deveres específicos em que este se traduz. A confiança só releva quando a lei para ela apelar numa situação típica⁽¹⁰²⁾.

CARNEIRO DA FRADA contesta os entendimentos da confiança que não se reconduzam à tutela das expectativas, mas considera irreduzíveis à violação de deveres específicos as verdadeiras situações geradoras de confiança. Essas originariam um novo tipo de responsabilidade pela confiança; que, não se fundando em violação de dever, não suporia a prática dum ilícito; e que deste modo poderia responsabilizar objectivamente outrem, independentemente de qualquer reprovação da conduta deste. Isso resultaria de imperativo ético, contido na ideia do Direito⁽¹⁰³⁾.

Existe responsabilidade pela confiança, escreve o referido autor, “quando a criação-defraudação da confiança constitua o vero fundamento da obrigação de indemnizar. Na sua extrema singeleza, esta percepção permite traçar com rigor o âmbito possível e legítimo da responsabilidade pela confiança. Defende-a principalmente das extensões indevidas que a mesclam com o reconhecimento de que a criação ou promoção da confiança representa um escopo, ora precípua, ora secundário mas presente, de inúmeras soluções jurídicas: fundamento e fim não se confundem”⁽¹⁰⁴⁾. Trata-se no dizer do autor de uma “teoria pura da confiança”⁽¹⁰⁵⁾.

⁽¹⁰²⁾ *Idem*, p. 448.

⁽¹⁰³⁾ Comentário de José Oliveira Ascensão (ASCENSÃO, José de Oliveira, Direito Civil — Teoria Geral, Vol. II, 2.^a Ed., Coimbra Editora, 2003, p. 308).

⁽¹⁰⁴⁾ FRADA, Manuel Carneiro da, Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil, Almedina, 2007, pp. 902 e ss.

⁽¹⁰⁵⁾ *Ibid.*

D — NATUREZA DA RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL

Uma tradicional dicotomia da ciência jurídica é a distinção entre responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual. A primeira é originada pela violação de um direito de crédito ou obrigação em sentido técnico; é a responsabilidade do devedor para com o credor pelo não cumprimento da obrigação. A segunda, também chamada *aquiliana* ou *delitual*, resulta da violação de um dever geral de abstenção contraposto a um direito absoluto (real, direito de personalidade). Existem entre as duas formas de responsabilidade algumas diferenças de regime, por exemplo no que diz respeito ao alcance da noção de culpa e da respectiva presunção na responsabilidade obrigacional, e ao *prazo prescricional* (cfr., os arts. 487.º, n.º 1 C.C., e 799.º C.C.; 498.º C.C. e 309.º C.C., respectivamente), embora, quanto aos pontos fundamentais da obrigação de indemnização (arts. 562.º C.C. e ss.)⁽¹⁰⁶⁾, haja coincidência da disciplina respectiva⁽¹⁰⁷⁾.

Na responsabilidade obrigacional a ausência de verificação da prestação devida conduz em princípio à obrigação de indemnizar, a tutela aquiliana requer normalmente uma indagação e demonstração positiva de requisitos de responsabilidade como a ilicitude e a culpa. Ali, a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso lançam logo sobre o devedor a presunção de que na sua base está uma conduta sua, ilícita e censurável. Já na responsabilidade delitual a simples circunstância de se verificar a lesão de uma posição jurídica absolutamente protegida não é — em regra — suficiente para justificar uma obrigação de ressarcimento de danos. Exige-se agora ordinariamente do lesado a demonstração da censurabilidade da conduta do autor da lesão e impõe-se-lhe, sobretudo no vasto campo das omissões e das ofensas mediatas a bens jurídicos coberto pela doutrina dos deveres no tráfico, a com-

⁽¹⁰⁶⁾ Art. 562.º: “Quem estiver obrigado a reparar um dano deve reconstituir a situação que existiria, se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação.

⁽¹⁰⁷⁾ PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª Ed., por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, 2005, p. 137.

provação da própria contraditoriedade ao Direito do seu comportamento (cfr. Arts. 483.º, n.º 1 e 487.º, n.º 1)⁽¹⁰⁸⁾.

Importa saber se a responsabilidade pré-contratual se reconduz a uma situação de responsabilidade contratual ou extracontratual. Qual é o enquadramento dogmático da *culpa in contrahendo*?

1.º Teoria contratual

A doutrina portuguesa maioritária entende que a responsabilidade pré-contratual tem natureza obrigacional e se encontra sujeita às regras próprias da responsabilidade contratual (*rectius*: obrigacional)⁽¹⁰⁹⁾.

Os argumentos apresentados são os mais diversos.

Para ANTUNES VARELA, o nexó teleológico existente entre a relação pré-contratual e a relação contratual para que ela tende, justifica a aplicabilidade à primeira, no caso de violação dos deveres dela decorrentes para qualquer das partes, das regras próprias da responsabilidade contratual. Apesar de não haver ainda nenhum vínculo contratual entre as pessoas que iniciam negociações para a realização do contrato, a verdade é que a relação criada entre essas pessoas determinadas está muito mais próxima da relação contratual do que da existente entre o titular do direito *absoluto* e o autor da violação *ilícita* dele⁽¹¹⁰⁾.

A posição doutrinal de MENEZES CORDEIRO é de que a *culpa in contrahendo* tem natureza obrigacional, por violação de deveres específicos de comportamento baseados na boa fé. O que, em termos de Direito substantivo, releva, no essencial, em que, demonstrada a violação, presume-se a culpa da parte faltosa, nos termos do art. 799.º/1⁽¹¹¹⁾. A opção obrigacional, que envolve a presunção de culpa-ilicitude prevista no art. 799.º/1, conduz a um funcionamento mais líquido do instituto⁽¹¹²⁾.

(108) FRADA, Manuel Carneiro, “Vinho Novo em Odres Velhos”? — A responsabilidade civil das “operadoras de *Internet*” e a doutrina comum da imputação de danos, ROA 1999 — Ano 59 — Vol II — Abril, p. 671; www.oa.pt

(109) *Vide* VICENTE, Dário Moura, *op. cit.*, p. 272.

(110) VARELA, João Antunes, *Das Obrigações*, Vol. I, 10ª Ed., Almedina, 2005, p. 271.

(111) CORDEIRO, António Menezes, *Da Boa Fé...*, p. 585.

(112) CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil Português*, ..., p. 517.

CARLOS MOTA PINTO caracteriza a relação pré-contratual como relação obrigacional de fonte legal sem deveres primários de prestação. Na fase pré-contratual, as partes não assumiram ainda obrigações uma para com a outra, dado que tais vinculações aparecerão apenas a título eventual, com a celebração do contrato. Elas encontram-se adstritas a um comportamento diligente, correcto e leal uma para com a outra, sob pena de terem de ressarcir os danos causados, por força directa de direito objectivo⁽¹¹³⁾.

Por fim, GALVÃO TELLES invoca o facto de a *culpa in contrahendo* supor a infracção de uma verdadeira obrigação — a obrigação de contratar bem, de agir nos preliminares e na formação do contrato por modo que este nasça isento de mácula ou deficiência.

2.º A Teoria extracontratual ou aquiliana

Uma outra corrente defende que a responsabilidade pré-contratual encontra disciplina básica satisfatória no âmbito extracontratual.

Tal é a posição defendida por ALMEIDA COSTA⁽¹¹⁴⁾ e também sufragada por algumas decisões dos tribunais portugueses. No já mencionado Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 03-03-2010, o Tribunal enuncia as razões que fundaram a sua escolha de enquadrar a responsabilidade pré-contratual no campo da responsabilidade aquiliana, como segue:

“Desde logo, o n.º 2, do artigo 227.º, do Código Civil, parece apontar para a responsabilidade aquiliana pois em matéria de prazo prescricional optou pela aplicação do art. 498.º, do Código Civil, que é uma norma própria da responsabilidade extracontratual.

Acresce que os casos (...) típicos da responsabilidade pré-contratual não implicam sequer que chegue a existir um contrato [ruptura de negociações preparatórias] ou, existindo con-

⁽¹¹³⁾ PINTO, Carlos Mota, *Cessão da Posição Contratual*, Coimbra: Almedina, 1982, pp. 349 e ss; *Apud* VICENTE, Dário Moura, *op. cit.*, p. 272; *Vide* comentário de Carneiro da Frada, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Almedina, 2007, p. 102.

⁽¹¹⁴⁾ COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato*, Coimbra, reimpressão de 1994, pp. 86-98.

trato, estão para além dele [danos indemnizáveis surgidos na negociação de contrato válido e eficaz].

Para além disso, o evento danoso ocorre necessariamente num momento em que ainda não existe contrato.

Por outro lado, em matéria de culpa, atenta a natureza deste tipo de responsabilidade, *é preferível que a culpa não se presuma e antes tenha que ser demonstrada pois estamos perante uma limitação da autonomia da vontade* [Sublinhado nosso] (...)

Em suma, estes argumentos levam-nos a concluir que a inserção da responsabilidade pré-contratual no campo da responsabilidade aquiliana é mais adequada à tutela dos interesses conflitantes⁽¹¹⁵⁾.

3.º O *Tertium genus* na responsabilidade civil

Não sendo possível estabelecer um elo seguro, uma conexão unânime a um dos dois tipos de responsabilidade, alguns autores debruçaram-se sobre outra teoria: um *tertium genus* na responsabilidade civil.

A terceira via surge na dogmática alemã por intermédio do Prof. CLAUS-WILHELM CANARIS, da Universidade de Munique⁽¹¹⁶⁾. Em Portugal, CARNEIRO DA FRADA mostrou-se favorável a esta tese⁽¹¹⁷⁾ e tem insistido em que a dicotomia clássica entre a responsabilidade contratual e delictual não esgota o universo do direito da imputação dos danos⁽¹¹⁸⁾. A terceira via na responsabilidade civil seria uma “forma de responsabilidade intermédia, situada entre os pólos do contrato e do delito”⁽¹¹⁹⁾.

No *tertium genus*, devem ser enquadrados certos fenómenos de responsabilidade por deveres *não delituais* ou *não contratuais*

⁽¹¹⁵⁾ Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 03-03-2010 (Proc. n.º 44/07.1TBGDL.E1); <http://www.dgsi.pt>.

⁽¹¹⁶⁾ LEITÃO, Luís Menezes, Direito das Obrigações, Vol. I, 7.ª Ed., 2008, p. 354.

⁽¹¹⁷⁾ FRADA, Carneiro da, Uma “terceira via” no direito da responsabilidade civil?, Coimbra, Almedina, 2007, p. 95.

⁽¹¹⁸⁾ FRADA, Manuel Carneiro da, Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil, Almedina, 2007, p. 758, notas 842 e 843.

⁽¹¹⁹⁾ FRADA, Manuel Carneiro, “Vinho Novo em Odres Velhos”? — A responsabilidade civil das “operadoras de *Internet*” e a doutrina comum da imputação de danos, ROA 1999 — Ano 59 — Vol II — Abril, p. 673; www.oa.pt.

v.g. a responsabilidade por informações ou por violação de deveres de protecção (deveres específicos)⁽¹²⁰⁾.

O ponto fraco desta teoria, segundo os seus opositores, é que se trata de uma responsabilidade sem qualquer regulamentação, e que estabelece uma responsabilidade distinta da violação de uma particular relação obrigatória ou da violação de deveres genéricos⁽¹²¹⁾.

Retomando, na sua Tese de Doutoramento, a já conhecida doutrina da terceira via, CARNEIRO DA FRADA elaborou uma “teoria pura da confiança”, conduzindo a uma quarta via (ou pista) na responsabilidade civil. Este autor voltou a considerar que a tradicional *divisio* entre responsabilidade contratual e aquiliana não logra, pelas respectivas características intrínsecas, — para o enquadramento dogmático da responsabilidade pré-contratual, — sugerindo uma responsabilidade pela confiança que constituiria, dentro do sistema global da imputação de prejuízos, um corpo específico. Intercalada embora de algum modo entre os paradigmas do contrato e do delito, não se confunde com a responsabilidade por violação de deveres não contratuais e não aquilianos (como os inspirados na boa fé)⁽¹²²⁾.

Um dos corolários mais significativos da concepção exposta pelo referido autor é o da autonomização entre responsabilidade pela confiança e regra da conduta segundo a boa fé. Os deveres de verdade ou de esclarecimento não pertencem conceptualmente à responsabilidade pela confiança. Tal como, em regra, a responsabilidade por omissões. As chamadas relações obrigacionais sem deveres primários de prestação não se reconduzem dogmaticamente à tutela de expectativas, ainda que a necessidade de considerar estas últimas inspire deveres que a conformam. Semelhante reconstrução impõe obviamente uma reordenação dogmática da figura da *culpa in contrahendo*.

⁽¹²⁰⁾ FRADA, Manuel Carneiro da, Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil, Almedina, 2007, p. 758, notas 842 e 843.

⁽¹²¹⁾ Vide BENATI, Francesco, La Responsabilità Precontrattuale, 1963, p. 116-117; BIANCA, Massimo, Diritto Civile, 3, Il Contratto, 1984; *Apud* CUNHA, Daniela Ferreira, *op. cit.*, p. 59.

⁽¹²²⁾ FRADA, Manuel Carneiro da, Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil, Teses, Almedina, 2007, p. 904.

Concluindo, o espaço das *responsabilidades intermédias* apresentar-se-á *heterogéneo*, sulcado por trilhos dogmáticos diferenciados⁽¹²³⁾.

A tese defendida por CARNEIRO DA FRADA é severamente criticada por OLIVEIRA ASCENSÃO que considera que a admissão duma responsabilidade sem ilícito contraria gravemente todo o sentido valorativo da ordem jurídica portuguesa⁽¹²⁴⁾.

4.º A Teoria da natureza mista ou dualista

Ensina-nos o Prof. MOURA VICENTE que as construções jurídicas têm valor meramente representativo ou descritivo, e não substancial ou constitutivo. Delas não se extrai por dedução o regime jurídico aplicável a questões concretas, mas tão-só uma visão superior e simplificada de certa matéria. Acima de tudo, o que importa é a adequação das soluções às necessidades da vida e aos valores imperantes em cada sector do ordenamento jurídico; não a sua ordenação lógico-formal num sistema de conceitos, onde supostamente encontrariam resposta todos os problemas novos⁽¹²⁵⁾.

Assim, embora se possa falar de uma relação obrigacional de fonte legal e sem deveres primários de prestação a propósito da relação que se estabelece entre as partes nos preliminares e na conclusão dos contratos, e de uma responsabilidade obrigacional ou contratual a respeito do dever de indemnizar emergente da violação dos deveres de conduta que integram aquela relação, daí não se segue necessariamente que o regime aplicável a esse dever de indemnizar seja o da responsabilidade contratual⁽¹²⁶⁾.

Excepto pelo que respeita ao regime da prescrição (relativamente ao qual o art. 227.º, n.º 2, determina a aplicabilidade do disposto no Código quanto à responsabilidade aquiliana), o julgador não se encontra vinculado a aplicar exclusivamente as regras de qualquer das vertentes da responsabilidade civil. Há , pelo contrá-

(123) FRADA, Manuel Carneiro da, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Teses, Almedina, 2007, p. 902 e *passim*.

(124) ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Civil — Teoria Geral*, Vol. III, 2.ª Ed., Coimbra Editora, 2003, p. 398.

(125) VICENTE, Dário Moura, *op. cit.*, pp. 273-274.

(126) *Ibid.*

rio, que ponderar em cada caso qual o regime aplicável, atentos os valores e interesses em jogo. A necessidade de compatibilizar a salvaguarda da autonomia privada com a tutela da integridade patrimonial do lesado poderá mesmo ditar uma certa hibridez do regime jurídico aplicável à responsabilidade pré-contratual⁽¹²⁷⁾. É a solução para que propendemos.

À responsabilidade pré-contratual pertence, pois, nos Direitos português (e angolano) *uma natureza mista ou dualista: em rigor, ela é irredutível a qualquer das formas tradicionais de responsabilidade civil*⁽¹²⁸⁾.

Parece-nos ser idêntico o posicionamento do Prof. SINDE MONTEIRO para quem é “insuficiente falar de uma terceira via do direito da responsabilidade (...) os casos de responsabilidade por *culpa in contrahendo* são tão diferentes entre si que, provavelmente, a resposta terá de ser diferenciada para cada um deles”⁽¹²⁹⁾.

5.º A Jurisprudência recente do Supremo Tribunal de Justiça português (2004-2010)⁽¹³⁰⁾

Nas suas recentes decisões, o Supremo Tribunal de Justiça português tergiversou, ora consagrando a teoria contratual, ora a teoria extracontratual, embora pareça-nos existir uma tendência marcada para a teoria contratual. O Supremo Tribunal de Justiça também decidiu, num Acórdão de 2004, a favor da teoria mista ou dualista. Senão vejamos:

- a) Jurisprudência a favor da Teoria contratual ou obrigacional — Acórdão de 25-10-2005⁽¹³¹⁾

“Nas negociações preliminares à celebração de contratos já nos encontramos no domínio da responsabilidade contratual, pelo que há aí que ter em conta a presunção de culpa estabelecida no art. 799.º/1 do Código Civil”.

⁽¹²⁷⁾ *Ibid.*

⁽¹²⁸⁾ *Ibid.*

⁽¹²⁹⁾ MONTEIRO, Sinde, *Culpa in Contrahendo*, Versão escrita da intervenção oral no V Seminário de Justiça Administrativa realizado nos dias 4 e 5 de Julho de 2003 em Caminha. s/n; *Apud* CUNHA, Daniela Ferreira, *op. cit.*, p. 62.

⁽¹³⁰⁾ www.dgsi.pt.

⁽¹³¹⁾ Proc. n.º 05A3054.

— Acórdão de 21-12-2005⁽¹³²⁾

“A responsabilidade pré-contratual é predominantemente qualificada como tendo a natureza de responsabilidade contratual e sujeita ao regime desta (...)”.

— Acórdão de 11-09-2007⁽¹³³⁾

“Tratando-se de responsabilidade obrigacional, demonstrada a violação das regras da boa fé e o princípio da confiança, que determinaram a frustração do negócio, incide presunção de culpa sobre aqueles que tomaram a iniciativa negocial”.

b) Jurisprudência a favor da Teoria extracontratual ou aquiliana

— Acórdão de 13-03-2007⁽¹³⁴⁾

“A responsabilidade pré-contratual situa-se no âmbito da responsabilidade aquiliana (ou extracontratual)”.

c) Jurisprudência a favor da Teoria mista ou dualista

— Acórdão de 18-11-2004⁽¹³⁵⁾

“O regime aplicável, no caso da obrigação de indemnizar por responsabilidade pré-contratual (art. 227.º do Código Civil), deve ser construído a partir da aplicação de normas de responsabilidade contratual ou de responsabilidade delitual consoante o que se considerar mais adequado ao caso”.

V — A REPARAÇÃO DO “DANO DE CONFIANÇA”

As consequências advenientes da protecção da confiança podem consistir ou na preservação da posição nela alicerçada, ou num dever de indemnizar. Em regra, o Direito português exprime a

⁽¹³²⁾ Proc. n.º 05B2354.

⁽¹³³⁾ Proc. n.º 07A2402.

⁽¹³⁴⁾ Proc. n.º 07A402.

⁽¹³⁵⁾ Proc. n.º 04B2992.

tutela da confiança através da manutenção das vantagens que assistiriam ao confiante, caso a sua posição fosse real⁽¹³⁶⁾.

Tratando-se da *culpa in contrahendo*, JHERING restringia a indemnização ao interesse contratual negativo uma vez que o seu trabalho se circunscrevia à hipótese da responsabilidade pré-contratual devida às circunstâncias do surgimento de um contrato nulo, pelo qual inexistia dever de cumprimento. Daí que o dano a ressarcir coincide não com o interesse positivo ou de cumprimento, mas sim com o interesse negativo.

Ocorre que hoje a responsabilidade pré-contratual abrange para além da hipótese de invalidade do contrato, as de estipulação de um contrato válido com violação de deveres de conduta ou de ruptura injustificada das negociações.

Ocorrendo a *culpa in contrahendo*, a doutrina portuguesa mostra-se dividida quanto à extensão do dano indemnizável. Esta divisão reflete-se, inevitavelmente, na jurisprudência dos tribunais lusos.

Podemos, *grosso modo*, distinguir as seguintes correntes doutrinárias⁽¹³⁷⁾:

1.º O ressarcimento do interesse negativo

Chama-nos, desde logo, a atenção o Prof. MOURA VICENTE, sobre a designação imprópria do interesse negativo por interesse ou dano de confiança, porque se extrai da lição de CANARIS que a responsabilidade pela confiança possui um carácter bifrontal, uma vez que o interesse positivo também se funda na lesão da confiança, sendo por isso configurável um dano de confiança positivo e um dano de confiança negativo⁽¹³⁸⁾.

Para esta primeira corrente doutrinal, a obrigação de indemnizar consagrada no art. 227.º, n.º 1 do Código Civil visa essencialmente o ressarcimento do interesse negativo. No interesse negativo incluir-se-á tanto o *dano emergente* (as despesas efectuadas por

⁽¹³⁶⁾ CORDEIRO, António Menezes, *Da Boa Fé...*, pp. 1249 e ss.

⁽¹³⁷⁾ Sobre esta matéria, *vide* VICENTE, Dário Moura, *Da Responsabilidade...*, pp. 322 e ss.

⁽¹³⁸⁾ VICENTE, Dário Moura, *Da Responsabilidade...*, p. 318.

causa das negociações) como o *lucro cessante* (os benefícios que o lesado teria auferido em virtude de oportunidades negociais falhadas se não se tivessem iniciado as negociações) resultantes da imperfeição ou da ineficácia do contrato^(139/140).

Posto isto, esta corrente segue duas orientações distintas:

- a) A primeira orientação sustenta que a indemnização do dano negativo seria em todo o caso limitada pelo interesse positivo, pois que a equidade imporia que não se coloque o lesado em posição mais favorável do que a que ocuparia se o contrato projectado fosse cumprido e bem assim a uma vinculação menor não corresponda uma responsabilidade mais extensa.
- b) A segunda orientação preconiza a concessão de uma indemnização em princípio correspondente ao interesse

⁽¹³⁹⁾ VICENTE, Dário Moura, Da Responsabilidade ..., p. 322.

⁽¹⁴⁰⁾ COSTA, Mário Júlio de Almeida, Direito das Obrigações, Almedina, 2009, p. 310.

A defesa do ressarcimento dos danos pré-contratuais por ruptura injustificada das negociações pelo interesse negativo é muito presente nas decisões judiciais portuguesas (tanto os mais antigos como os mais recentes).

Num Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 13 de Fevereiro de 1991, lê-se que:

“I — O dano ressarcível por *culpa in contrahendo* não se identifica com o ganho que derivaria da celebração do contrato (...)”

Na fundamentação do Acórdão, o Tribunal argumenta favoravelmente à indemnização pelo interesse negativo nestes termos:

“Como escreve o Prof. Almeida Costa, *in Rev. Leg. e de Jur.*, Ano 116.º, p. 209: “A responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações não ocasiona um ressarcimento de todos os proveitos que derivariam da válida celebração e cumprimento do contrato; (...) os danos, cuja indemnização se impõe ao contratante que durante os preliminares ou na formação do contrato viola as regras da boa-fé, por força do n.º 1 do artigo 227.º, do Código Civil, não se confundem com aqueles por que, mercê do artigo 768.º do mesmo diploma, é responsável o devedor que falta culposamente ao cumprimento de um contrato válido e eficaz”.

Ainda segundo ALMEIDA COSTA, pode a indemnização assumir relevância, tanto sob o aspecto da afectação de valores já existentes na titularidade do lesado (*dano emergente*), como a respeito de vantagens que o mesmo deixou de auferir, ou porque não celebrou outros negócios que dependiam da conclusão do que se frustrou ou porque a expectativa deste desviou a sua actividade de outras direcções possíveis (*lucro cessante*). SAGNA, Alberto, *Il risarcimento del danno nella responsabilità precontrattuale*, Milano, 2003; Apud COSTA, Mário Júlio de Almeida, Direito das Obrigações, Almedina, 2009, p. 298 e ss.

negativo, podendo todavia excedê-lo, e mesmo ultrapassar o interesse positivo, quando a culpa causar danos diferentes (v.g. nos casos em que o lesado teria concluído outro contrato mais favorável), pois que de outro modo não seria reparado um dano que, por culpa da outra parte, foi causado ao lesado.

Raciocinemos a partir do seguinte exemplo de TRIMARCHI, para distinguir o interesse negativo do interesse positivo e perceber as implicações das teorias acima expostas.

Em havendo que ressarcir os danos oriundos do abortamento de uma negociação relativa a um objecto de valor de 500.000 € (quinhentos mil euros), em que em virtude da negociação o lesado gastou 50.000 € (cinquenta mil euros) em viagens e perdeu a ocasião de vender a outro interessado o mesmo objecto por 600.000 € (seiscentos mil euros), tem-se que a tutela pelo interesse negativo abrange o preço das viagens e a diferença que o lesado perdeu porque deixou de vender o bem para o outro interessado, isto é, 100.000 € (cem mil euros), totalizando 150.000 €. Ao contrário, o interesse positivo abarcaria o montante de 500.000 € (quinhentos mil euros), justamente porque relativo aos termos do contrato não celebrado pela frustração da confiança despertada⁽¹⁴¹⁾.

Se seguirmos a tese defendida pelos autores que sustentam a primeira orientação acima exposta, a indemnização pelo interesse negativo nunca poderá ultrapassar o montante de 500.000 €. Se, ao

(141) TRIMARCHI, Istituzioni di diritto privato, p. 316, *apud* FRANCESCHETTI, Paolo, La Responsabilità Precontrattuale, in www.legalisulweb.it/menuDx/responsabilit%E0%20.precontrattuale.pdf; *Apud* CUNHA, Daniela, *op. cit.*, p. 182.

Na versão original: “Io sto conducendo una trattativa realtiva ad un oggetto per il valore di 500.000 euro; per condurre la trattativa ho speso 50.000 euro di viaggio e ho perso l’occasione di vender ela mercê a Caio, che me l’avrebbe acquistata per 600.000 euro. L’interesse negativo ammonta al prezzo del viaggio (50.000 euro) più la differenza che avrei potuto ricavare dalla rivendita (100.000 euro). L’interesse positivo, invece ammonta a 500.000 euro”. Tradução livre de Daniela Cunha.

contrário, optarmos pela segunda orientação, o valor indemnizatório poderá atingir o montante de 600.000 €.

2.º O ressarcimento do interesse positivo

Uma segunda corrente admite a indemnização do interesse positivo, ou de cumprimento, nos casos em que, não fora a *culpa in contrahendo*, o contrato se teria aperfeiçoado, assim como naqueles em que a conduta culposa consista na violação de um dever de conclusão do negócio, por analogia com o art. 275.º, n.º 2.

Relativamente à questão da ressarcibilidade do interesse positivo, em caso de ruptura das negociações, SOARES DO NASCIMENTO sublinha o facto de que a indemnização do interesse positivo implicaria conhecer de todo o conteúdo “prestacional” do contrato. O lesado teria direito à indemnização correspondente ao interesse do cumprimento, menos a prestação que ele próprio teria de realizar. Ora, como não é possível conhecer as prestações a que as partes se vinculariam, não é igualmente possível conhecer o interesse positivo. Logo, a limitação destes casos — ruptura das negociações — ao interesse negativo impõe-se, também (mas não só) por estes motivos pragmáticos⁽¹⁴²⁾.

Esta posição não é sempre seguida pelos tribunais. O Supremo Tribunal de Justiça português, no seu Acórdão de 11-01-2007⁽¹⁴³⁾, decidiu que:

- “1. Na responsabilidade pré-contratual, em princípio, cabem apenas os danos cobertos pelo interesse contratual negativo.
2. Excepcionalmente, cabe também na responsabilidade pré-contratual, a indemnização pelo interesse positivo, como nos casos em que ocorre uma clara violação da conclusão do contrato (...)”

⁽¹⁴²⁾ NASCIMENTO, Paulo Soares do, *A Responsabilidade Pré-Contratual...*, p. 79.

⁽¹⁴³⁾ Proc. n.º 06B4223; *www.dgsi.pt*.

3.º A reparação dos danos causados, incluindo o interesse positivo

Na linha de RUY DE ALBUQUERQUE, MENEZES CORDEIRO sustenta a inexistência de qualquer motivo para limitar a responsabilidade do prevaricador ao interesse negativo ou de confiança: ele deve responder, como manda o art. 227.º/1, por *todos os danos causados*, nos termos gerais, tendo em conta, segundo a causalidade adequada, *os lucros cessantes*, embora descontando, sempre de acordo com os princípios da responsabilidade, as vantagens advinentes da violação para o prejudicado e, designadamente, não havendo contrato válido, o facto de ele não ter de o cumprir e de não correr os riscos inerentes às vicissitudes contratuais⁽¹⁴⁴⁾.

Conforme o Prof. MOURA VICENTE, esta posição encontra, no Direito vigente, apoio no princípio da reparação natural, que rege a obrigação de indemnizar segundo o art. 562.º do Código Civil, e na circunstância de o art. 227.º do mesmo Código não estabelecer qualquer restrição quanto ao dano indemnizável⁽¹⁴⁵⁾.

Este foi o posicionamento do Tribunal da Relação de Lisboa, no seu Acórdão, de 09-07-2003, em que afirma que:

“A ideia de que o interesse em causa só poderá corresponder ao interesse negativo funda-se na concepção contratual, mas há que atender ao interesse efectivamente ofendido, o qual poderá situar-se a vários âmbitos (...) A autora, na tese por nós supra defendida, no que tange aos danos indemnizáveis, teria direito não só aos decorrentes do interesse negativo, mas também do positivo, isto é, o do cumprimento (...)”⁽¹⁴⁶⁾”.

4.º A efectivação do contrato

Para finalizar esta secção consagrada à matéria da reparação do dano de confiança, importa analisar a solução sustentada por

⁽¹⁴⁴⁾ ALBUQUERQUE, Ruy de, Da Culpa in Contrahendo, 82 ss, (84); *Apud* CORDEIRO, António Menezes, *op. cit.*, p. 585.

⁽¹⁴⁵⁾ VICENTE, Dário Moura, Da Responsabilidade..., p. 324.

⁽¹⁴⁶⁾ Proc. n.º 4577/2003-2; *www.dgsi.pt*.

uma parte da doutrina, sobre a possibilidade de, no caso de ruptura das negociações, obrigar a parte faltosa a celebrar o contrato.

Conforme ANA PRATA, a medida da vinculação das partes aumenta na razão da confiança suscitada pelos preliminares: nos casos em que todo o conteúdo contratual está definido, faltando somente a formalização do negócio (quando este seja formal), há um dever de contratar, emergente da boa fé⁽¹⁴⁷⁾.

Nesse sentido também se posicionou DANIELA CUNHA, ao afirmar que o cânone da boa fé pré-contratual radica também no dever de, em certas situações, efectivamente contratar, isto é, casos em que não pode haver rompimento das negociações iniciadas porque a boa fé impõe uma conduta a não defraudar a expectativa criada⁽¹⁴⁸⁾.

OLIVEIRA ASCENSÃO opõe-se a tal entendimento. Segundo este autor, a consequência da ruptura das negociações é sempre e só a indemnização de danos. Para mais longe que seja levada a negociação, nunca se fica sujeito a um dever de contratar. Se assim fosse, podia-se exigir o cumprimento desse dever e chegar porventura à execução específica. Mas não é assim. Só se reparam os danos de ter havido negociação inútil; não os danos derivados de não ter havido contrato⁽¹⁴⁹⁾.

Parece-nos que impor a uma das partes a obrigação de efectivamente contratar, tendo em conta o nível avançado das negociações pressupõe que, a dado momento das mesmas, as partes chegam a um “point of no return” (ponto de não retorno), momento em que perdem a *liberdade de [não] celebração do contrato*, antes mesmo da sua celebração. O que constitui, a nosso ver, uma posição contestável.

⁽¹⁴⁷⁾ PRATA, Ana, “Notas sobre Responsabilidade Pré-Contratual”, in *Separata da Revista da Banca*, (n.ºs 16 e 17), Lisboa, 1991, p. 74.

⁽¹⁴⁸⁾ CUNHA, Daniela Moura Ferreira, *Responsabilidade Pré-contratual por ruptura das negociações*, Almedina, 2006, p. 152.

⁽¹⁴⁹⁾ ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Civil — Teoria Geral*, Vol. II, 2.ª Ed., Coimbra Editora, 2003, p. 449.

VI — CONCLUSÃO

Deste estudo, retiramos as seguintes conclusões:

1.º O princípio da confiança é um princípio ético-jurídico fundamental por que se rege o ordenamento jurídico. Na fase pré-contratual, a boa fé serve para conferir a base juspositiva necessária à protecção da confiança quando, para tanto, falte uma disposição legal específica.

2.º A boa-fé objectiva introduziu a ética em todo o direito dos contratos, estabelecendo, na fase pré-contratual, padrões de comportamento ou deveres acessórios de conduta, distintos dos deveres — obrigações — principais concretizados com a formação do contrato, consubstanciados nos deveres de *protecção*, de *informação* e de *lealdade*.

3.º No que diz respeito, precisamente, ao dever de informação da contraparte, implícito na regra de actuação segundo a boa fé do art. 227.º do C.C., o que dele está excluído é a obrigação de lhe dar a conhecer elementos ou circunstâncias a que qualquer pessoa tenha acesso desde que actue com a diligência de um homem médio. A obrigação de informar existe, no entanto, sempre que, a informação de que a parte dispõe se reporta a um dado fundamental para a esclarecida formação da vontade negocial da contraparte e a que esta, agindo por sua exclusiva iniciativa individual, não possa aceder directamente.

4.º A legislação [angolana e portuguesa] relativa às cláusulas contratuais gerais e à defesa do consumidor contem preceitos directamente aplicáveis à formação dos contratos que caíam sob o seu âmbito, cuja violação conformam a *culpa in contrahendo* e que visam tutelar especificamente a confiança do destinatário dessas cláusulas gerais contratuais ou do consumidor.

5.º Inexiste no Direito inglês vigente um dever geral de actuação segundo a boa fé, a cargo das partes nos preliminares e na formação dos contratos. Se as partes entram em negociação e uma delas, confiando na celebração do contrato incorre em determinadas despesas, estas serão tratadas como perdas, inerentes à activi-

dade empresarial. Outros institutos jurídicos, no Direito inglês, como a *Misrepresentation* ou o *Promissory Estoppel* podem servir para tutelar a confiança das partes envolvidas nas negociações pré-contratuais.

6.º Nos direitos português e angolano, é opinião maioritária que, através da responsabilidade pré-contratual, se tutela directamente a *confiança fundada de cada uma das partes em que a outra conduza as negociações segundo a boa fé*. Uma “responsabilidade pela confiança”, sem referência aos deveres decorrentes da boa fé, conforme a tese da “Teoria pura da confiança” de CARNEIRO DA FRADA, não é imune a críticas doutrinárias.

7.º Não há consenso na doutrina e na jurisprudência portuguesas sobre a natureza da responsabilidade pré-contratual. Permanece uma *vexata quaestio* saber se a responsabilidade pré-contratual se reconduz à responsabilidade contratual ou extracontratual, ou se se enquadra numa terceira via na responsabilidade civil por violação de deveres específicos v.g. de informação ou de protecção.

8.º Inclina-mo-nos em aceitar que, à responsabilidade pré-contratual pertence, nos Direitos português e angolano, uma natureza mista ou dualista: em rigor, ela é irreduzível a qualquer das formas tradicionais de responsabilidade civil: responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual. O julgador não se encontra vinculado a aplicar exclusivamente as regras de qualquer das vertentes da responsabilidade civil. Há, pelo contrário, que ponderar em cada caso qual o regime aplicável, atentos os valores e interesses em jogo. A necessidade de compatibilizar a salvaguarda da autonomia privada com a tutela da integridade patrimonial do lesado poderá mesmo ditar uma certa hibridiz de regime jurídico aplicável à responsabilidade pré-contratual.

9.º A doutrina e a jurisprudência portuguesas são divididas relativamente à questão da indemnização por *culpa in contrahendo*. De acordo com os interesses em presença e as circunstâncias do caso concreto, parece-nos ser actualmente possível argumentar no sentido de defender a tutela exclusiva do interesse negativo ou positivo, ou ainda a reparação de todos os danos originados por uma *culpa in contrahendo*.

10.º Nos casos de ruptura injustificada das negociações, não nos parece admissível a possibilidade de impor a uma das partes a obrigação de efectivamente contratar, tendo em conta o nível avançado das negociações, porque suporia que, a dado momento das mesmas, as partes chegam a um ponto de não retorno, momento em que perderiam a *liberdade de [não] celebração do contrato*, antes mesmo da sua celebração.

BIBLIOGRAFIA

- ALVES, Laerte Meyer de Castro, Responsabilidade Pré-Contratual pela Ruptura das Negociações Preparatórias na Formação do Contrato de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, FDL, Teses, 2005.
- ASCENSÃO, José de Oliveira, Direito Civil — Teoria Geral, Vol. II, 2.^a ed., Coimbra Editora, 2003.
- BALLERSTEDT, *Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluss durch Stellvertreter*, no *AcP*, 151.
- CANARIS, Claus-Wilhelm, — *Die vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, C.H. Beck, 1971; *Die vertrauenshaftung im Lichte der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs* — I, CANARIS, Claus-Wilhelm e outros, C.H. Beck, 2000, 129-197.
- CARRILHO, Fernanda, Dicionário de Latim Jurídico, Almedina, 2006.
- CARTWRIGHT, John, Protecting Legitimate Expectations and Estoppel in English Law, Report to the XVIIth International Congress of Comparative Law — Utrecht — The Netherlands, July 2006.
- CORDEIRO, António Menezes, Da Boa Fé no Direito Civil, Coleção Teses, Almedina, 2001.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida, Direito das Obrigações, Almedina, 2009.
- CUNHA, Daniela Moura Ferreira, Responsabilidade Pré-contratual por Ruptura das Negociações, Almedina, 2006.
- FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte, La Confiance Légitime et l'Estoppel, vol. 11.3 Electronic Journal of Comparative Law, (December 2007).
- FRADA, Manuel Carneiro da, “Vinho Novo em Odres Velhos”? — A responsabilidade civil das “operadoras de *Internet*” e a doutrina comum da imputação de danos, ROA 1999 — Ano 59 — Vol II — Abril; www.oa.pt.
- _____, Uma “terceira via” no direito da responsabilidade civil?, Coimbra, Almedina, 2007.
- _____, Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil, Almedina, 2007.
- JHERING, Rudolf Von, Culpa in Contrahendo ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição, Almedina, 2008 — tradução e nota introdutória de Paulo Mota Pinto.
- JOLOWICZ, John Anthony, Droit Anglais, Précis Dalloz, 1992.
- LEVASSEUR, Alain A., Droit des États Unis, Précis Dalloz, 1994.
- MACHADO, João Baptista, “Tutela da confiança e “*Venire contra factum proprium*”, in *Obra Dispersa*, I, Scientia Iuridica, Braga, 1991.

- NASCIMENTO, Paulo Soares do, A Responsabilidade Pré-Contratual pela Ruptura das Negociações, FDL, Teses, Dezembro 2000.
- PINTO, Carlos Mota, “A Responsabilidade Pré-Negocial pela não conclusão dos Contratos”, *in* Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Supl. XIV, 1966.
- ____ Teoria Geral do Direito Civil, 3.^a Ed., Coimbra Editora, 1999.
- ____ Teoria Geral do Direito Civil, 4.^a Ed., por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, 2005.
- PINTO, Paulo Mota, Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo, Vol. II, Coimbra Editora, 2009.
- PRATA, Ana, “Notas sobre Responsabilidade Pré-Contratual”, *in* Separata da Revista da Banca, (n.ºs 16 e 17), Lisboa, 1991.
- RIBEIRO, Joaquim de Sousa, O Problema do Contrato: As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual, Coleção Teses, Almedina, 2003.
- SAGNA, Alberto, *Il risarcimento del danno nella responsabilità precontrattuale*, Milano, 2003.
- SCHNEIDER, Patrícia Buendgens, A Tutela da confiança na contratação contemporânea, CCJS, Curitiba, 2006.
- TELLES, Galvão, Direito das Obrigações, 7.^a Ed., Coimbra Editora, 1997.
- TEPEDINO, Gustavo, Problemas de Direito Civil-Constitucional, Rio de Janeiro, Renovar, 2001.
- VARELA, João de Matos Antunes, Das Obrigações em geral, Vol. I, 10.^a Ed., Almedina, 2005.
- ____ Das Obrigações em geral, Vol. II, 7.^a ed., Almedina, 2006.
- VASCONCELOS, Pedro Pais de, Teoria Geral do Direito Civil, Almedina, 2005.
- VICENTE, Dário Moura, Da Responsabilidade Pré-Contratual em Direito Internacional Privado, Coleção Teses, Almedina, 2001.
- ____ Direito Comparado, Vol. I, Almedina, 2008.

DOCUMENTOS ONLINE

<<http://www.oa.pt>>

<<http://www2.law.uu.nl/priv/AIDC>>

<<http://www.ejcl.org/113/article113-8.pdf>>

<<http://www.ejcl.org/103-6.pdf>>

<<http://www2law.uu.nl/priv/AIDC/PDF%20files%5CIIA4%5CIIA4%20-%Belgium.pdf>>

<http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_arquivos/1/TDE-2006-10-23T090950Z-438/Publico/PATRICIA%20Dto.pdf>

<www.legalisulweb.it/menuDx/responsabilit%E0%20.precontrattuale.pdf>

ÍNDICE DE JURISPRUDÊNCIA PORTUGUESA

(Fonte: <http://www.dgsi.pt>)

Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça

- Acórdão de 28-09-1995 (Proc. n.º 086647)
- Acórdão de 18-11-2004 (Proc. n.º 04B2992)
- Acórdão de 25-10-2005 (Proc. n.º 05A3054)
- Acórdão de 21-12-2005 (Proc. n.º 05B2354)
- Acórdão de 11-01-2007 (Proc. n.º 06B4223)
- Acórdão de 13-03-2007 (Proc. n.º 07A402)
- Acórdão de 11-09-2007 (Proc. n.º 07A2402)
- Acórdão de 18-12-2008 (Proc. n.º 08B2688)
- Acórdão de 10-12-2009 (Proc. n.º 3795/04.9TVLSB.S1)
- Acórdão de 07-07-2010 (Proc. n.º 4865/07.7TVLSB.L1.S1)
- Acórdão de 16-12-2010 (Proc. n.º 1212/06.9TBCHV.P1.S1)

Acórdãos dos Tribunais de Relação

- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 09-07-2003 (Proc. n.º 4577/2003-2)
- Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 26-05-2004 (Proc. n.º 902/04-2)
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 24-04-2008 (Proc. n.º 1322/2008-8)
- Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 03-03-2010 (Proc. n.º 44/07.1TBGDL.E1)
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 22-04-2010 (Proc. n.º 3419/08.5TVLSB.L1-8)

EXECUÇÃO DAS PENAS E MEDIDAS PRIVATIVAS DA LIBERDADE

Análise Evolutiva e Comparativa

Pela D.^{ra} Maria João Simões Escudeiro

Análise dos diplomas legislativos relativos à Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade: Anteprojecto de 1969, Decreto-Lei n.º 265/79, de 1 de Agosto e Lei n.º 115/2009, de 12 de Outubro.

Introdução

Após a prática de um acto tipificado na lei criminal e o decurso do respectivo processo-crime, segue-se, em regra, o cumprimento de uma pena, algumas das quais privativas da liberdade. Assim sendo, após a revisão penal e processual penal, era imperativo uma revisão do regime de execução das penas.

Parece-me importante começar, por caracterizar, ainda que de forma breve, a conjuntura penitenciária que tínhamos aquando da elaboração dos diversos diplomas, nomeadamente e concretamente desde 1936, pois a minha pretensão não é fazer uma descrição minuciosa da nossa evolução histórica nesta matéria.

A meu ver, o factor mais importante que se pode retirar da reforma de 1936, é a situação de pela primeira vez ter sido analisada a questão prisional na perspectiva prática do sistema de execução, olhando o sistema executor numa lógica coerente e dirigida para o resultado concreto, construindo o sistema de baixo para cima, erigindo o enquadramento do preso de forma a se perceber o

sentido prático e útil da pena aplicada, possibilitando a concretização dos princípios e das normas e a sua reconstrução evolutiva quando aconselhável.

Assim a reforma geral nesta matéria só vem a efectivar-se com a Organização Prisional de 1936 (Decreto n.º 26 643, de 28 de Maio de 1936) que segundo Eduardo Correia “bem pode considerar-se a mais acabada articulação legal da ciência penitenciária da época”⁽¹⁾ e que Jescheck diz ser “de alta importância no domínio da penologia”⁽²⁾.

Foi a “obra” de Beleza dos Santos que tornou possível que Portugal tivesse sido apontado por muitos especialistas estrangeiros, como um dos países mais progressivos em matéria de direitos e realizações penitenciárias.

Sobre os tempos pós 36 há ainda que registar a enorme importância da segunda metade da década de cinquenta e dos anos sessenta como tempos de enorme investimento na melhoria das condições de reclusão. A reforma criou duas grandes classes de estabelecimentos prisionais: as prisões, por um lado, e os estabelecimentos para medidas de segurança, por outro.

Assinale-se que se sucedeu uma autêntica proliferação de modificações ao diploma de 1936, de carácter mais ou menos administrativo — facto a que a rigidez do sistema progressivo que a reforma instituiu não foi alheia — dando origem a uma situação a queurgia pôr cobro.

Nesse sentido, e inscrevendo-se no amplo movimento de renovação penitenciária verificado em diversos países, foi feita a reforma dos Tribunais de Execução de Penas de 1976 e também a lei de execução das penas e medidas privativas de liberdade de 1979, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 265/79, de 1 de Agosto, e que entrou em vigor a 1 de Janeiro de 1980.

(1) CORREIA, EDUARDO, *Prof. Doutor José Beleza dos Santos*, discurso proferido na sessão de homenagem à memória do Prof. Doutor José Beleza dos Santos, realizada na Arrifana, em 3 de Novembro de 1973, p. 13. In ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “Novo Olhar sobre a Questão Penitenciária”, Coimbra Editora 2002, pág. 13, nota 10.

(2) JESCHECK, “La Reforme Pénale Allemande et Portugaise”, *Estudos “In Memoriam” do Prof. Doutor José Beleza dos Santos*, BFD, Suplemento XVI, p. 433 s. In ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *Novo Olhar sobre a Questão Penitenciária*, Coimbra Editora 2002, pág. 13, nota 11.

Esta reforma veio consagrar, no campo dos direitos e deveres dos reclusos, da responsabilidade da administração e da jurisdicionalização da execução, a mudança evolutiva inevitável que soprava internacionalmente e que, foram o anúncio que precedeu às alterações produzidas na legislação penal e processual dos anos oitenta e, de algum modo, a definição da política criminal hoje em vigor.

Importa sublinhar que foi clara, entre nós, a evolução da posição do recluso desde o séc. XIX até aos nossos dias. Evolução que, se de início, se suporta fundamentalmente na reacção às condições em que se executava a pena, se desenvolve depois, tendo como meta e ideia da ressocialização do preso e da criação de condições objectivas que pudessem favorecer tal propósito e, por último se afirma na perspectiva essencial do recluso sujeito e não objecto da execução, com todas as consequências inerentes relativamente às obrigações daí decorrentes para o Estado e a discussão sobre limites que em si mesma comporta.

A tensão dialéctica entre, por um lado, os objectivos últimos da execução das penas e a posição do recluso como sujeito da execução e, por outro, as condições físicas e técnicas com que a administração materializa o cumprimento das penas e medidas e os parâmetros definidores dos conceitos de ordem e segurança nos estabelecimentos prisionais, permanece como nó górdio desta temática, e a síntese que permanentemente se busca atingir.

Não cessou, de facto, antes se tornou no desafio mais actual, a discussão sobre a exacta medida em que o exercício dos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos, que a própria natureza da prisão não inibe temporariamente, pode e deve sofrer compressão durante a execução da pena.

Justifica-se, neste incurso expositivo, duas notas, tal como refere a Professora Doutora Anabela Miranda Rodrigues⁽³⁾.

Em primeiro lugar, é digno de relevo que, ao invés, do que sucedeu noutros países, a orientação da execução da pena de prisão para a socialização do delinquentes não tenha sido questionada. Na verdade, a ideia de recuperação do delinquentes — que inspirara,

⁽³⁾ RODRIGUES, ANABELA MIRANDA, “Novo Olhar sobre a Questão Penitenciária”, Coimbra Editora 2002, págs. 14 e ss.

um pouco por todo o lado, a execução da pena de prisão — sofreu, em alguns países, inflexões consideráveis, quando não verdadeiras perversões, sendo noutros, pura e simplesmente abandonada.

Portugal manteve-se fiel ao ideário socializador.

Para além disto, e em segundo lugar, Portugal acompanhou a autentica “revolutio” que significou reconhecer o recluso como sujeito de direitos, “parte” na relação jurídica que o liga à administração penitenciária, e consagrar o controlo jurisdicional da execução⁽⁴⁾.

É já hoje um lugar-comum dizer-se que a regulação jurídica do estatuto do recluso constitui um dos pilares do moderno direito penitenciário. No lento e complexo processo de consolidação da posição jurídica do recluso, surge, em primeiro lugar, o reconhecimento das garantias constitucionais e, em segundo lugar, a valorização dos direitos dos reclusos que é, de algum modo, ainda, reflexo do movimento geral de defesa dos direitos fundamentais.

Neste ponto, parece-me importante referir qual o sentido da jurisdicionalização da execução. O que está aqui em causa é ter-se reconhecido que a tutela efectiva dos direitos dos reclusos supõe que estes possam dirigir-se a órgãos jurisdicionais. Pese embora o labor legislativo de conformação do estatuto jurídico do recluso — ou, de uma certa perspectiva, exactamente por isso —, é essencial a institucionalização de um órgão jurisdicional a que caiba fiscalizar o âmbito das limitações àqueles direitos. A não ser assim, estar-se-á sempre na iminência de que a aplicação prática das leis prisionais acabe por esvaziar de conteúdo princípios garantísticos.

Em 1944, num tempo, que não era ainda o dos “direitos dos reclusos”, a jurisdicionalização da execução obedeceu a uma preocupação de evitar — nas palavras de Beleza dos Santos — “uma interferência de carácter judiciário na vida interna das prisões, isto é, na efectivação ou na fiscalização do regime penitenciário que aí deve observar-se”⁽⁵⁾.

(4) RODRIGUES, ANABELA MIRANDA, Coimbra, 1982, “A Posição Jurídica do Recluso na Execução da Pena Privativa de Liberdade. Seu Fundamento e Âmbito”, págs. 58 e ss.

(5) BELEZA DOS SANTOS, “Os Tribunais de Execução de Penas”, p. 290. Ao tempo,

O primeiro passo no sentido da jurisdicionalização da execução das penas e medidas de segurança privativas da liberdade foi dado, em Portugal, com a criação do Tribunal de Execução de Penas (Lei n.º 2000, de 16 de Maio, posta em execução pelo Decreto n.º 34 540, de 27 de Abril de 1945).

A execução das penas e medidas de segurança privativas da liberdade jurisdicionalizou-se num duplo sentido: conferindo competência para intervir a uma jurisdição especializada — o Tribunal de Execução de Penas — e alargando o âmbito da jurisdicionalização, o que se viria a traduzir numa repartição de competências entre os novos tribunais e os tribunais da “condenação”.

Um outro notável diploma é o Decreto-Lei n.º 265/79, a reforma de Eduardo Correia. Este diploma enfrenta a necessidade de responder às grandes questões de consagração e salvaguarda da posição do recluso, do sentido das regras que devem presidir à reinserção dos reclusos e da modernização e actualização dos serviços.

Passados cerca de dez anos sobre o Decreto-Lei n.º 265/79, criado que fora o Instituto de Reinserção Social em 1982, publicado o Código Penal em 83, e quatro anos depois o Código de Processo Penal, estabelecidas, portanto, as bases e as linhas estruturantes da política criminal em vigor. Passado o tempo marcado pelo terrorismo e pelo rescaldo deste, ganham, na questão prisional, no período final dos anos oitenta, importância prioritária as condições físicas dos estabelecimentos prisionais, a resposta às questões do tratamento penitenciário, o suicídio, a toxicod dependência, a SIDA, entre outros. A planificação de crescimento do parque penitenciário inicia-se, mas a arma principal de combate à sobrelotação, que se impõe como problema maior, continua a ser o perdão de penas e a famosa “amnistia”.

Sabemos hoje, olhar o recluso como pessoa, titular de direitos que lhe devem ser garantidos. As reformas do nosso tempo estão

afastavam-se os nossos tribunais de execução das penas dos juizes de vigilância italianos, dado que não tinham, diferentemente destes, “funções de inspecção ou de vigilância nos estabelecimentos prisionais, nem qualquer intervenção nos estabelecimentos prisionais, nem qualquer intervenção nas questões entre reclusos e a Direcção” (p. 289, nota 1).

aí, um pouco por todo o lado, a mostrar que aprendemos a lição da modernidade.

A nova plasticidade da pós-modernidade permite-nos olhar a pessoa do recluso de uma forma descomprometida de preconceitos, categorias e estereótipos formais e interrogamo-nos sobre os seus direitos. A elaboração científica e uma legiferação racional não se podem distrair deste novo olhar sobre a questão penitenciária.

A finalidade última da execução da pena privativa da liberdade é a socialização do recluso, contudo esta continua entre nós a ser um mito. A prisão em vez de ser socializadora é verdadeiramente dessocializadora.

O sistema sancionatório repousa na concepção básica de que a privação da liberdade constitui a última ratio da política criminal.

Desta concepção derivam consequências, já denunciadas em 2002 por Anabela Rodrigues, a dois níveis: (1) o da reconformação da pena de prisão no sentido de se minimizar o seu efeito negativo e criminógeno e outorgar-lhe, em contrapartida, um sentido positivo, prospectivo e socializador; (2) o da limitação da aplicação concreta da prisão, preconizando a sua substituição, sempre que possível, por penas não institucionais⁽⁶⁾. Para além disto, «*o delinquente tende a converter-se num inimigo e o direito penal num “direito penal para inimigos”*». *O requisitório é naturalmente a favor de um sistema eficaz que alie instrumentos e critérios repressivos a utensilagens e princípios de modernidade, postulando, ao lado de um direito penal social (de colarinho azul), repressivo da violência, um direito penal tecnocrático (de colarinho branco), orientado pelos fins. Tudo isto à custa de uma perda de memória, em que estavam inscritos princípios e razões que haviam formado o património penal: os da protecção da dignidade da pessoa humana e da subsidiariedade da intervenção penal.*

É igualmente certo que a “coerência” sem limites de uma política criminal preventiva não pode deixar de repudiar-se. Desde logo, porque não se pode desconhecer que a “racionalidade funcional está aqui pré-ordenada à salvaguarda de bens jurídicos fundamentais”.

⁽⁶⁾ RODRIGUES, ANABELA MIRANDA, “Um Olhar sobre a Questão Penitenciária”, Coimbra, 2002, pág. 31.

O que, por um lado, quer dizer que o sistema não se auto-legitima e, por outro, que é fragmentário. Se é verdade que os limites à definição de bem jurídico apenas podem ser “tolerados” pela “ideia de fim” e entendidos como factores de “disfuncionalidade” por uma política criminal norteadá pela prevenção, não é menos verdade que esses limites continuam a ser essenciais e irrenunciáveis a uma pré-compreensão do direito penal»⁽⁷⁾.

Contudo, nada disto tem razão de ser quando a socialização se confinar aos seus indispensáveis limites. Acontece assim quando, como é pacífico entre nós, ela se faz radicar no dever que o Estado incumbe — e que entronca na sua vertente social — de ajuda e de solidariedade para com os membros da comunidade que se encontrem em especial estado de necessidade, como é o caso do recluso. Dever que se traduz em oferecer-lhe o máximo de condições para prosseguir a vida sem que pratique crimes, por essa forma prevenindo a reincidência. Só nisto se exprime a exigência de socialização. Não em qualquer imposição coactiva de valores, a dar cobertura um modelo médico de tratamento ou à negação do direito à diferença.

Na década de setenta a socialização perdeu o seu estatuto de elemento chave da política criminal. As atenções viraram-se, nessa altura, para outras intenções punitivas, tais como a dissuasão, a punição como justa retribuição, a prevenção situacional, a diversão ou não intervenção.

A situação agravou-se, na década de oitenta, quando qualquer debate sério sobre “o que corria bem” com a socialização esteve praticamente interdito.

O “modelo de justiça”, dito neo-clássico, que pretendeu substituir-se ao modelo socializador, talvez não tenha colocado seriamente em causa a limitação das sanções através do princípio da proporcionalidade e da culpa. A verdade, porém, é que a importância dada à noção de “justa punição” — sobretudo quando articulada com objectivos utilitários de inocuidade ou de intimidação geral — levou a que se gerasse, em muitos países, um clima repressivo e potencialmente desumanizante.

(7) RODRIGUES, ANABELA MIRANDA, “Um Olhar sobre a Questão Penitenciária”, Coimbra, 2002, págs. 32 e 33.

Entretanto, o abandono do modelo socializador que este movimento representou, não produziu as mudanças desejadas: a criminalidade não decresceu, as prisões ficaram cada vez mais sobrelotadas, o sistema judiciário tornou-se mais moroso, o clima dentro das prisões piorou visivelmente e a motivação profissional do pessoal diminuiu.

Perante este cenário era premente uma actualização da legislação penitenciária, face à desactualização das leis (Decreto-Lei de 265/79 de 1 de Agosto, alterado pelos Decretos-lei n.º 49/80, de 22 de Março, e n.º 414/85, de 18 de Outubro, e a Lei Orgânica dos Tribunais de Execução das Penas, Decreto-Lei n.º 222/77, de 30 de Maio, e n.º 204/78, de 24 de Julho).

Ao longo destas décadas alterou-se o perfil da população reclusa e verificou-se uma concreta evolução das técnicas de intervenção seguidas na Europa. Contudo, nos diversos pareceres analisados⁽⁸⁾ é notória uma preocupação generalizada. Todos fazem uma ressalva, no sentido de se interrogarem sobre se a alteração legislativa, mesmo tão substancial, é suficiente para mudar o “estado de coisas”.

São hoje, já sobejamente conhecidas as críticas realizadas à inexistência de condições básicas de execução das penas e medidas de segurança, quer nas prisões, quer nos estabelecimentos de saúde onde se encontram os cidadãos a cumprir medidas de internamento. O relatório de 2003 do Senhor Provedor de Justiça, “As Nossas Prisões”⁽⁹⁾ alerta para vários problemas, nomeadamente, a sobrelotação das cadeias, a não diferenciação entre reclusos a cumprir penas e cidadãos a cumprirem medidas de coação de prisão preventiva, a ausência de programas de trabalho para muitos reclusos, bem como, condições sanitárias absolutamente degradantes (caso do balde higiénico — situação denunciada pelo Comité de Prevenção da Tortura⁽¹⁰⁾ — ou caso de celas com áreas muito pequenas, sem ventilação). Apesar de o Relatório de 2009 do

⁽⁸⁾ Parecer do Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, site www.smmp.pt; Parecer da Associação Sindical dos Juizes Portugueses, site www.asjp.pt.

⁽⁹⁾ Ver site www.provedor-jus.pt.

⁽¹⁰⁾ Parecer do Comité Europeu para a Prevenção da Tortura, 19 de Março de 2008, pág. 25, ponto 46.

Comité de Prevenção da Tortura, afirmar que as condições dos nossos estabelecimentos prisionais são aceitáveis, não deixam de referir a necessidade de uma regulamentação formal adoptada pelo governo⁽¹¹⁾. Jamais, nos poderemos esquecer do imperativo constitucional de que a pena de prisão apenas implica que se retire a liberdade aos cidadãos e não o seu bem maior, a dignidade.

Análise

Nos últimos tempos, assistiu-se mesmo a uma “renovação” do pensamento socializador que se pode explicar de diversas maneiras. Desde logo, porque os resultados da política de “justa punição” não foram satisfatórios.

A socialização deverá ter como finalidades fundamentais dois vectores:

- a) Evitar a dessocialização;
- b) Promover a não dessocialização.

Em relação ao primeiro vector, para se evitar a dessocialização deve fazer-se uma real aproximação à vida em liberdade. Isto é possível através de factores tão simples como permitir ao recluso a utilização do seu próprio vestuário.

A socialização tem de ser pensada em termos tais que possa satisfazer as necessidades dos reclusos para que a reincidência não aconteça. É, por isso, que se defende que as prisões devem oferecer uma série de serviços (psicológicos, médicos, sociológicos...). Os programas de socialização não têm de ser feitos com o intuito do objectivo final que é a não reincidência, mas em termos mais pessoais.

O êxito da socialização passa pelo processo em si e não somente no objectivo final o da não reincidência. A socialização e a intervenção nesta área nunca poderão ser coactivas. Mas, isto traz dificuldade, porque é preciso saber o que é esse tratamento/ essa intervenção, e quais as regras dentro de um estabelecimento prisional. Não se

⁽¹¹⁾ Parecer do Comité Europeu para a Prevenção da Tortura, 19 de Março de 2008, pág. 15, pontos 16 e 17.

pode obrigar nenhum recluso a participar nestes programas de intervenção pessoal. A execução das penas e medidas de segurança privativas da liberdade visa a reinserção do agente na sociedade, preparando-o para conduzir a sua vida de modo socialmente responsável, sem cometer crimes, protegendo bens jurídicos e defendendo a sociedade — art. 2.º n.º 1 Lei n.º 115/2009, de 12 de Outubro.

O Decreto-Lei n.º 265/79, acabou com o programa progressivo. Os estabelecimentos prisionais fogem de um regime de planificação individual de reabilitação porque, os chamados PIR, são muito difíceis de realizar. Os funcionários públicos trabalham por objectivos e há casos em que se tem efectivamente avançado com os PIR. Quando estes têm sucesso existe um regime premial para o recluso, porque quando há um trabalho cumprido regularmente pelo recluso isso reduz automaticamente o seu tempo de pena.

A este respeito parece-me importante referir que uma medida que se poderia adoptar para atingir este fim, e que já se realiza na Suécia e em Inglaterra, é a entrevista motivadora com o objectivo evolutivo e que tem como finalidade um aspecto mais contratual ou premial.

Hoje, a execução de penas e medidas de segurança orienta-se pelo princípio da individualização do tratamento prisional e tem por base a avaliação das necessidades e riscos próprios de cada recluso — art. 5.º n.º 1.

Para além disto, existe um plano individual de readaptação que visa a preparação para a liberdade, estabelecendo as medidas e actividades adequadas ao tratamento prisional do recluso, bem como a sua duração e faseamento, nomeadamente, nas áreas de ensino, formação, trabalho, saúde, actividades sócio-culturais e contactos com o exterior — art. 21.º n.º 3. Este plano deve contar com a participação do recluso. Para além disso, este plano individual de readaptação, bem como, as alterações que sofrer, são homologados pelo Tribunal de Execução das Penas.

Penso que é por aqui que tem de passar a socialização, é com a ajuda destas medidas legislativas que se deve formular a base de socialização.

Em relação ao segundo vector, a promoção da não dessocialização, existem também alguns pontos que me parece importante referir.

Do ponto de vista do recluso, a posição jurídica é, por um lado, meramente “negativa” — analisa-se em direitos de liberdade ou defesa — e, por outro lado, “positiva”, integrada por direitos a prestações, exequíveis enquanto direitos subjectivos mediados por lei.

Os reclusos detêm, efectivamente, todos os direitos inerentes a todos os cidadãos, com excepção da liberdade. A Lei estabelece, hoje, um estatuto jurídico ao recluso (art. 6.º), tendo-se verificado uma cada vez maior convergência com os direitos e deveres dos cidadãos não reclusos. Temos, um vasto elenco de direitos e deveres dos reclusos nos arts. 7.º e 8.º, respectivamente, o que constitui uma inovação no ordenamento jurídico português.

Desta inovação, destacam-se, o direito à informação, consulta e aconselhamento jurídico por parte de advogado, o direito de acesso ao seu processo individual, a ampliação do direito a manter consigo filhos até à idade dos cinco anos, o direito de sufrágio e o direito à protecção da vida privada e familiar. Contudo, observa-se uma excepção, pois os deveres do recluso são orientados para uma vivência respeitadora das regras existentes no meio prisional como forma de preparação cívica para o regresso à sociedade. Para terminar, resta-me referir um aspecto inovador da execução de penas que é a problemática das visitas íntimas (art. 59.º). Um outro facto gerador de preocupação é o Relatório do Comité para a Prevenção da Tortura denunciar que muitos detidos nas prisões portuguesas se queixam que não lhes tenha sido permitido o contacto com os seus advogados⁽¹²⁾.

O novo diploma consagrou a protecção das vítimas como factor de ponderação na tomada de algumas decisões — ex: arts. 14.º n.º 1 al. b), 19.º n.º 2, 46.º n.º 1 al. b), 68.º n.º 2, 71.º n.º 1, 73.º, 75.º n.º 3, 78.º n.º 2 al. b), 126.º n.º 1, 173.º n.º 1 al. b), 188.º n.º 4 al. b), 225.º n.º 2 al. b). Sucintamente, no momento de ingresso, o recluso é avaliado, tendo em conta, além do mais, os riscos que ele representa para terceiros, para a comunidade e para a vítima; na concessão de licenças de saída, ponderam-se entre outros, as necessidades de protecção da vítima; a remuneração auferida pelo recluso é parcialmente afectada ao cumprimento de obrigações judiciais,

(12) *Ibidem*, pág. 15 e 17, ponto 19, 20, 23 e 24.

nomeadamente, prestações de alimentos e indemnizações à vítima; mediante consentimento, o recluso participa em programas de justiça restaurativa e de reparação da sua ofensa.

Tal como se pode ler no Parecer do Sindicato dos Magistrados do Ministério Público (SMMP) “talvez fosse o momento próprio para aprofundar uma discussão sobre qual o papel da vítima e do ofendido no nosso Direito Penal”⁽¹³⁾.

Não chocaria, por exemplo, que “a liberdade condicional pudesse ser concedida após o cumprimento de um terço da pena de prisão nos crimes de natureza exclusivamente patrimonial, em que tivesse ocorrido um ressarcimento completo da vítima durante a execução da pena, desde que o mesmo fosse efectuado de forma voluntária pelo condenado”⁽¹⁴⁾.

O recluso, encontra-se hoje, inserido nas políticas nacionais de saúde, formação, trabalho, ensino e apoio social, concretizando-se estas inovações na participação das entidades públicas e privadas, que dinamizam a reinserção e a reintegração do recluso. O período de reclusão deve ser visto como uma oportunidade para reforçar os laços de cidadania do recluso, aumentando a sua inclusão na sociedade. Para atingir este objectivo, a execução da pena deve realizar-se em cooperação com a comunidade, mantendo-se os seus direitos civis e políticos, nomeadamente, o direito ao sufrágio.

Tal como já referia o relatório do Provedor de Justiça, este novo diploma, veio concretizar a integração do recluso no Serviço Nacional de Saúde permitindo uma igualdade com o cidadão livre⁽¹⁵⁾. Uma das maiores preocupações neste campo, estão relatadas no relatório do Provedor de Justiça e que passo a transcrever: “*Nesta matéria, é imperioso lembrar que persiste, aspecto marcante no quadro de propostas e recomendações traçado pelo Provedor de Justiça desde 1996, a quase inexistência de políticas de redução de riscos no seio dos estabelecimentos prisionais, isto ligando o fenómeno da toxicod dependência ao das doenças infecciosas, de que o exemplo mais conhecido é a SIDA mas que tem um parceiro não menos terrível, por mais insidioso e menos mediático, na Hepatite C.*”

(13) Parecer do SMMP, ponto 2.

(14) Idem, ponto 6.

(15) Provedor de Justiça, Relatório “As Nossas Prisões”, 2003, pág. 31.

Assim, no que toca à prevenção da transmissão por via sexual, embora a situação seja melhor que em 1996, continua por encontrar a efectiva disponibilização de meios materiais e conteúdos que minimizem o risco em situação de confinamento, mais parecendo que se persiste em confiar no discernimento de quem, porventura e apesar dos esforços, não o possui verdadeiramente para uma decisão informada.

Mesmo após a feitura de meritória investigação em meio prisional, que confirmou a existência de consumo de drogas por via parentérica, insiste-se em negar o risco que representa a partilha, por muitos, de escassos instrumentos, por vezes artesanais, de injeção.

Desde logo, e é só isso que se defende, custa a perceber as razões impositivas do estudo e análise sem preconceitos de soluções neste campo, o qual, aliás, tem registado progressos notáveis em países aqui bem próximos.

Tratando-se de questão cuja resolução não é isenta de dúvidas e riscos, daí mesmo se comprovando a necessidade de estudo e experimentação, é bem de ver que importa ganhar para esta causa a colaboração motivada de elementos tão essenciais para o sucesso de qualquer medida, como são os funcionários prisionais. Importa, assim, numa concertação de perspectivas e de experiências, garantir uma clarificação desta matéria, como se explicitará adiante.

Se quanto ao consumo de estupefacientes tenho essa posição, julgo que ainda muito há a fazer no domínio ao combate ao tráfico dos mesmos, em geral enquadrando-os nas questões de segurança que, de modo tão cruel e visível, ensombraram a realidade penitenciária nos últimos anos.

Também aqui a personalização de regimes, em termos de segurança, de acordo com informação correctamente adquirida e tratada, permitirá minimizar o risco ou mesmo obviar à repetição de tais sucessos. No domínio estrito do tráfico de estupefacientes, para além da dotação de equipamentos e remodelação de estruturas de que muitos estabelecimentos bem carecidos estão, volto a insistir, pelo aproveitamento que representam de recursos públicos e pela desejável transparência que deve presidir à execução de

penas, no recurso a meios externos ao sistema, designadamente dos cinotécnicos das forças de segurança, e na escrupulosa observância do mais estrito sigilo na preparação de acções de revista, que devem ser mais frequentes e abrangentes do que têm sido"⁽¹⁶⁾.

O Parecer do Comité para a Prevenção da Tortura, recomenda que as autoridades portuguesas tomem as providências necessárias para eliminar o fornecimento e circulação de drogas ilegais no meio prisional, bem como, devem prevenir o consumo e o tráfico por parte dos reclusos. Para a concretização destes factores é necessário que as autoridades desenvolvam programas de desintoxicação, devidamente, acompanhados psicologicamente e fomentando a sua educação⁽¹⁷⁾.

Outros factores como o ensino, a formação profissional e o trabalho devem ser proporcionados numa lógica de empregabilidade e de reinserção social.

Também neste campo, a ressocialização tem o papel fundamental, reforçando as competências pessoais, sociais e familiares do recluso. Ganha relevo nesta abordagem a questão da ocupação, aqui entendida não como ergoterapia ou modo de aquisição de dinheiro de bolso durante a reclusão, mas como um verdadeiro modo realização do ser humano, na obtenção ou na expressão das suas competências, direccionado eminentemente para a melhoria das condições de base com que poderá prover a sua subsistência no momento da libertação.

O trabalho prisional está hoje regulamentado com base no regime geral das relações laborais, respeitando sempre que possível as suas características. Os trabalhadores reclusos têm direitos e deveres, horários, regalias sociais, subsídio de desemprego, acidentes de trabalho, doenças profissionais, bem como, direito à suspensão e dissolução da relação laboral. Finalmente, no que toca à remuneração parte do salário visará garantir a futura reinserção do recluso. A definição de trabalho, encontra-se clarificada na Proposta de Lei n.º 252/X⁽¹⁸⁾, pois alarga-se o conceito à prestação de

⁽¹⁶⁾ Idem, págs. 30-32.

⁽¹⁷⁾ Supra nota 10, págs. 26 e 27, ponto 49 a 52.

⁽¹⁸⁾ Proposta de Lei n.º 252/X, Presidência do Conselho de Ministros, exposição de motivos, pág. 7.

serviços auxiliares de limpeza e manutenção das instalações. Trabalho esse que deve ser remunerado equitativamente e beneficiando de protecção em matéria de acidentes de trabalho e doenças profissionais.

Contudo, *“não basta conceder ou ministrar cursos de formação, se o mercado não acolher positivamente esses conhecimentos e experiências, por não satisfazerem necessidades de trabalho em meio livre. Tão pouco releva minimamente, para o desempenho de uma actividade profissional em liberdade a esmagadora maioria de faxinas, que corresponde ao grosso da ocupação laboral dos reclusos. A intervenção das autarquias, das instituições públicas ligadas ao emprego, das associações empresariais e empresas da região, das IPSS e outras entidades do sector social, em articulação estreita com o sistema, deve portanto, ser potenciada a nível local como nacional”*⁽¹⁹⁾.

Quanto à responsabilidade pela ordem, segurança e disciplina nos estabelecimentos prisionais e a programação e execução de programas de tratamento penitenciário, esta é da exclusiva competência dos serviços prisionais.

Os regimes de detenção, foram também clarificados, sendo os estabelecimentos prisionais constituídos por uma ou várias unidades, diferenciadas em função dos factores previstos nas als. *a)*, *b)*, *c)* e *d)* do art. 9.º.

De acordo com o Parecer do SMMP, denotam-se algumas dúvidas sobre a sua aplicação à generalidade do território nacional, se não existir investimento em infra-estruturas prisionais⁽²⁰⁾.

Tendo em conta a avaliação do recluso e a sua evolução ao longo da execução, as penas e medidas privativas da liberdade são executadas em regime comum, aberto ou de segurança — arts. 13.º, 14.º e 15.º. O art. 13.º define como regime geral o regime aberto, uma vez que o condenado só é colocado em regime comum quando a execução da pena não possa decorrer em regime aberto. Vamos ver se num futuro próximo a população portuguesa vai concordar com esta solução.

⁽¹⁹⁾ Supra nota 15, pág. 30.

⁽²⁰⁾ Supra nota 13, ponto 3.1.

Também o art. 14.º, que na versão original da Lei n.º 115/2009, poderia desacreditar a justiça, no que diz respeito à colocação do recluso em regime aberto no exterior, devido à dificuldade em compreender que um indivíduo condenado à pena máxima (25 anos de prisão) possa, passados pouco mais de 6 anos circular sem vigilância no exterior do estabelecimento prisional. Na opinião do SMMP o regime aberto deverá ser reservado para um momento próximo da liberdade condicional⁽²¹⁾.

Parece-me que, de facto, esta situação passa, uma imagem de maior impunidade, num momento em que se verifica um aumento da criminalidade. Para além disso, na versão original esta Lei continha alguns problemas, pois de acordo com a anterior redacção o art. 14.º n.º 6 al. *b*), a colocação do recluso em regime aberto no exterior é da competência do director-geral dos Serviços Prisionais, nomeado politicamente. Esta norma poderia levantar questões muito delicadas, sobretudo se os condenados fossem figuras públicas com ligações à vida política, pois um elemento ligado ao poder executivo teria mais influência no cumprimento de uma pena do que uma decisão do Poder Judicial.

Em consequência, poder-se-ia verificar alguma promiscuidade entre o poder executivo e o poder judicial. Mas, a crítica poderia ir ainda mais longe porque, o director-geral dos Serviços Prisionais poderia utilizar esta sua competência como uma forma de gestão dos meios prisionais.

Todavia, este problema já tinha sido um pouco esbatido, ao assegurar-se na redacção original do n.º 8 do mesmo artigo, que “as decisões de colocação em regime aberto no exterior, são comunicadas ao Ministério Público junto do Tribunal de Execução das Penas para verificação da legalidade”.

Contudo, com todas estas críticas, o poder legislativo apressou-se a tentar resolver esta questão, alterando o diploma com vista a incorporar nesta matéria a necessidade de esta decisão de colocação do recluso em regime aberto no exterior depender de homologação prévia do Tribunal de Execução das Penas, nos termos do novo artigo 172.º-A — art. 14.º n.º 8 da Lei n.º 115/2009, após as

(21) *Idem*, ponto 4.

actualizações⁽²²⁾. Estas actualizações vieram em bom tempo, visto verificar-se uma situação perigosa e dúbia no sistema anteriormente adoptado. O processo de homologação encontra-se definido no art. 172.º-A, sendo que “o Juiz pode solicitar parecer ao conselho técnico⁽²³⁾ e proceder à audição do recluso”. Após a tomada de decisão, esta deve ser notificada ao Ministério Público e comunicada ao director-geral dos Serviços Prisionais⁽²⁴⁾.

O novo diploma incorporou o instituto da modificação da execução da pena de prisão — anteriormente previsto na Lei n.º 36/96, de 29 de Agosto — alargando o seu âmbito de aplicação aos condenados afectados por doença grave, evolutiva e irreversível que já não respondam às terapêuticas disponíveis; aos condenados portadores de deficiência permanente grave, que obrigue à dependência de terceiros e seja incompatível com a normal manutenção em meio prisional ou afecte a sua capacidade para entender o sentido da execução da pena. Este alargamento parece-me perfeitamente aceitável, sobretudo, por uma questão de humanidade e de generosidade social, desde que não se descorem as exigências de prevenção ou de ordem e paz social.

Com efeito, a relação que se estabelece entre o recluso e a administração, depende do modo e da proporção como a execução incorpore elementos do tipo meramente “negativo” ou de tipo “positivo”.

Se, naquele primeiro sentido, o enfoque se põe em limitar as consequências nocivas que advém da privação da liberdade — o que, juridicamente, se traduz na protecção dos direitos dos reclusos — já aqueloutro, pressupondo uma execução que lhe deve ser “útil”, compreende o dever de assegurar a efectivação de prestações, no sentido de contribuir para a realização de determinados objectivos.

Temos um outro princípio que não podemos deixar de analisar, o princípio da jurisdicionalização da execução, ampliando-se significativamente a intervenção do Tribunal de Execução das

⁽²²⁾ Lei n.º 33/2010, de 2 de Setembro e Lei n.º 40/2010, 3 de Setembro.

⁽²³⁾ As competências do conselho técnico encontram-se descritas no art. 142.º da Lei n.º 115/2009.

⁽²⁴⁾ Art. 172.º-A n.º 5 da Lei n.º 115/2009.

Penas e também passando o Ministério Público a verificar a legalidade das decisões da Administração Prisional.

Alguns exemplos concretos, são as decisões relativas à colocação do recluso quer em regime aberto, quer em regime de segurança, as decisões de retenção de correspondência e as decisões de aplicação de medidas especiais de segurança mais gravosas, são comunicadas ao Ministério Público junto do Tribunal de Execução de Penas para verificação da respectiva legalidade. Quanto há problemática da comunicação da leitura de correspondência — a comunicar pelo Ministério Público, nos termos do art. 68.º n.º 4 — deve ser feita uma pequena análise. Isto porque, se suscita a questão da compatibilidade constitucional da solução, que apenas passa pela intervenção jurisdicional sobre a retenção da correspondência.

Mas, não basta a afirmação dos direitos, é preciso que os reclusos possam recorrer aos tribunais para os defender. Isto é a jurisdicionalidade da execução das penas. No novo diploma reforçam-se as garantias do recluso na sua relação com a administração penitenciária, alargando o leque de decisões que o recluso pode impugnar perante o Tribunal de Execução das Penas. Assim, o recluso passa a poder impugnar a legalidade das decisões de proibição de visitas, de restrição de contactos telefónicos, de não autorização de entrevista, de revogação de licença de saída ou de aplicação das medidas disciplinares de permanência obrigatória no alojamento e de internamento em cela disciplinar, independentemente da graduação temporal destas sanções.

Esta jurisdicionalização do processo de execução permite um maior controlo das decisões da administração numa área em que existe uma forte tensão entre a Segurança do Estado e a Liberdade do indivíduo, opinião expressa no Parecer do SMMP⁽²⁵⁾. O recluso passa a poder impugnar judicialmente as decisões do Director do Estabelecimento Prisional que mais fortemente comprimem os seus direitos. Este novo diploma aproximou a estrutura do Tribunal de Execução das Penas à de qualquer outro tribunal, em que os representantes do Ministério Público promovem a acção, cabendo

(25) Parecer SMMP, ponto 3.3.

o controlo e a decisão ao juiz. Conferiu legitimidade ao Ministério Público para recorrer das decisões do Tribunal de Execução das Penas e, pela primeira vez, para participar no Conselho Técnico. Não podemos esquecer que, o Ministério Público é o defensor dos direitos e interesses legalmente protegidos do cidadão recluso e da legalidade democrática.

Assim sendo, não poderia somente promover a acção do Tribunal de Execução das Penas, mas também acompanhar e contribuir para a fiscalização da respectiva actividade.

No que diz respeito ao regime de execução de penas quanto aos presos preventivos, não podemos deixar de salientar que este ainda beneficia da presunção de inocência e que não pode ser prejudicado pelo facto de este estatuto jurídico se manter, em muitos casos, por longos períodos, não podendo beneficiar de certos aspectos do regime de execução de penas. Assim sendo, a nova Lei prevê que a avaliação do preso preventivo seja feita com o intuito de suscitar a sua adesão, sempre voluntária, a actividades e programas. Esta avaliação pode posteriormente ser valorada pelo tribunal à ordem do qual cumpre a medida de coacção, possibilitando uma eventual alteração da medida. Finalmente, salvaguarda-se também a hipótese de o preso preventivo poder receber visitas, sempre que possível todos os dias, salvo algumas restrições.

No que toca à saída jurisdicional de preso preventivo, segundo a Associação Sindical dos Juizes Portugueses (ASJP), esta não deve ser da competência do Tribunal de Execução das Penas, mas sim do Tribunal competente para decidir a manutenção ou alteração da prisão preventiva, que continuará a ser o Tribunal de 1.^a Instância⁽²⁶⁾. Contrariamente, atribui-se hoje, ao Tribunal de Execução das Penas a competência para acompanhar e fiscalizar a execução da prisão e do internamento preventivos, subordinando-se algumas das suas decisões à concordância do tribunal à ordem do qual se cumpre a medida de coacção, mas impondo-se sempre que lhe sejam comunicadas as decisões tomadas pelo Tribunal de Execução de Penas. Segundo a exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 252/X, verificam-se “três razões para fundamentar esta

(26) Parecer ASJP, pág. 13.

opção: (1.^a) o tribunal que ordenou a prisão preventiva não está sensibilizado para questões de regime de execução e de exercício da actividade penitenciária, por isso tende a não acompanhar efectivamente o modo como é executada a medida de coacção, o que pode redundar num tratamento mais desfavorável do preso preventivo, absolutamente contrário à presunção jurídico-constitucional de inocência de que é beneficiário; (2.^a) a igualdade de tratamento de todos os indivíduos privados da liberdade por ordem judicial; e (3.^a) prevendo-se um recurso especial para uniformização de jurisprudência dos Tribunais de Execução das Penas, convém concentrar neste tipo de tribunais tudo quanto respeita à execução de medidas privativas da liberdade”(27). Apesar destes fortes argumentos, tendo a concordar com a ASJP.

Também o regime disciplinar sofreu alterações que o tornaram mais compatível com a Constituição, nomeadamente, através do cumprimento do princípio da legalidade e do reforço das garantias de defesa. Temos uma enumeração taxativa das infracções disciplinares, classificadas em dois escalões, a admissão da suspensão da execução da medida disciplinar e a possibilidade expressa de o recluso apresentar provas para sua defesa. Hoje, o Tribunal de Execução das Penas tem um papel muito mais activo, garantindo-se assim, uma maior protecção do recluso.

O presente diploma atribuiu exclusivamente ao Tribunal de Execução das Penas a competência para acompanhar e fiscalizar a execução de medidas privativas da liberdade, após o trânsito em julgado da sentença que as aplicou. Consequentemente, a intervenção do tribunal de condenação cessa com o trânsito em julgado da sentença que decretou o ingresso do agente do crime num estabelecimento prisional, a fim de cumprir medida privativa da liberdade.

No seu Parecer, o SMMP considera que esta pretensão só será correctamente exequível se for criada uma base de dados única onde se introduziriam todos os mandados de detenção pendentes, com vista ao cumprimento de penas, bem como, todas as decisões que decretaram a prisão preventiva. Esta base de dados evitaria que

(27) Proposta de Lei n.º 252/X, Presidência do Conselho de Ministros, exposição de motivos, ponto 16.

o Tribunal de Execução das Penas pudesse libertar um condenado quando existem processos judiciais em que foi decretada a prisão preventiva relativamente ao mesmo ou aquele que tem penas de prisão para cumprir à ordem de outro processo⁽²⁸⁾.

Contudo, surge aqui uma possível incongruência do sistema, pois o art. 470.º do CPP continua a dispor que a execução corre nos próprios autos perante o presidente do Tribunal de 1.ª Instância. Questiona-se se esta norma não colidirá com os poderes do presidente do Tribunal definidos no novo regime do Mapa Judiciário⁽²⁹⁾.

Problematiza-se ainda, neste novo diploma, a questão da fundamentação, nomeadamente, na decisão sobre licença de saída jurisdicional — art. 192.º. Não obstante existir um dever geral de fundamentação constitucionalmente obrigatório e incontornável, entende-se que este artigo deveria fazer menção à fundamentação da decisão, ainda que sumariamente, para não se suscitarem dúvidas futuras. Finalmente, foi levantada a questão de saber se, de acordo com o art. 182.º, a pena se extingue quando a liberdade condicional é substituída pela antecipação da execução da pena acessória de expulsão?

Se a pena se extinguir nesse momento assistiríamos a uma diminuição da pena, o que será uma situação de desigualdade entre condenados. Se a pena não se extinguir, cria-se uma situação de vazio até à data da extinção da pena.

No entendimento do SMMP, que eu corroboro inteiramente, deveria permitir-se a continuação da aplicação do regime da liberdade condicional, mesmo aos cidadãos que sejam expulsos, sendo-lhes imposto a condição de não regressarem ao território nacional durante esse período⁽³⁰⁾.

Em conclusão a socialização tem como aspecto preponderante os programas de tratamento, mas também a manutenção e afirmação dos direitos. Estes factores pretendem a autonomização e a responsabilização dos reclusos.

⁽²⁸⁾ Parecer do SMMP, ponto 3.4.

⁽²⁹⁾ Idem, ponto 3.5.

⁽³⁰⁾ Ibidem, ponto 5.

Com este encadeamento de ideias parece-me ser importante, neste momento, fazer uma breve alusão aos direitos humanos dos reclusos em termos gerais, principalmente, ao nível de direito comparado.

O respeito pelos direitos individuais dos reclusos, e em particular da legalidade e da execução de penas, deve estar assegurada pela regulamentação nacional, através, de autoridade judicial ou, por qualquer outra autoridade legalmente habilitada, para visitar os reclusos, mas que não pertençam à administração penitenciária.

Vou, portanto, desenvolver um estudo comparativo dos mecanismos de controlo, próprios do espaço europeu-ocidental.

Assim, passarei ao estudo dos principais sistemas de controlo judicial penitenciário da Europa, começando por uma análise geral, do que se poderá chamar, sistemas indirectos ou impróprios, ou seja, aqueles em que a intervenção do juiz do tribunal, especializado ou não, apenas acontece em recurso com carácter, meramente, de justiça revisora, geralmente, de última instância.

A Suécia, é um dos países em que temos um sistema indirecto ou impróprio. Nada põe em dúvida que a Suécia é um dos Estados que mais tem apoiado os esquemas de tratamento penitenciário baseados na individualização científica dos reclusos. O panorama penal com que esta lei ópera, caracteriza-se por um sistema de penas totalmente distinto do que podemos observar no nosso país: a prisão aberta existe para a maior parte dos condenados com penas privativas da liberdade, sendo a única excepção os condenados por tráfico de estupefacientes, mas apenas nos casos em que as penas são superiores aos anos daquelas que, em princípio, se prevê um regime fechado. O sistema sueco é um sistema, sobretudo, de controlo administrativo; é a autoridade administrativa que decide sobre a ida de um recluso para um determinado centro, sendo que a própria lei penitenciária refere, que os condenados a penas de um ano, em geral, as cumpram em centros locais e as superiores a um ano em estabelecimentos nacionais.

Para além da Suécia, um outro sistema de controlo administrativo é o alemão.

Mas é no sistema suíço, que o controle judicial é todavia mais indirecto.

Quanto aos sistemas directos ou próprios temos como exemplo a França.

Com efeito, no caso do sistema francês, existe a figura do Juiz de aplicação de penas. Este não se limita apenas às funções de resolver certos incidentes que surjam durante a aplicação das penas privativas de liberdade, mas também, durante a liberdade condicional exercem um amplo controlo sobre os condenados, nomeadamente, dando assistência pós-penitenciária aos ditos libertados, bem como, aos vagabundos e, para além disto, exercem um efectivo controlo sobre o cumprimento de penas restritivas de liberdade.

Actualmente, o conteúdo desta instituição é a seguinte: em princípio tem competências para determinar para cada condenado, qual o tratamento penitenciário mais indicado, quais as condições em que deve ser exercido, mas sempre dentro das previsões da lei (exterior, semi-liberdade, redução, fraccionamento, suspensão da pena, permissões de saída, revogação em algumas condições da liberdade condicional...). Cabe-lhe também decidir sobre o tipo de centro em que deve ser cumprida a pena.

Apesar de tudo isto, o “*Calcanhar de Aquiles*” desta instituição é tratar-se de somente um juiz, com a categoria de Magistrado, fazendo parte de um Tribunal de Instância Superior e que não pode excluir-se das suas funções jurisdicionais ordinárias.

Um outro exemplo destes sistemas directos ou próprios são o italiano e o polaco.

Para além destes e para finalizar este ponto, temos, obviamente o sistema português que tem na sua base o Tribunal de Execução de Penas.

As competências do Tribunal de Execuções de Penas estendem-se: à declaração de perigosidade, da qual resulta se os reclusos ficam sujeitos a penas ou a medidas de segurança; decide as alterações ou o cessamento do estado de perigosidade; decide o prolongamento das penas impostas a delinquentes de difícil correcção ou configurados como muito perigosos; decide acerca da substituição da pena pela liberdade vigiada ou por caução no caso de delinquentes qualificados como de difícil correcção ou de extrema perigosidade. Além destas, tem também faculdades para substituir uma medida de segurança por outras menos graves; concede e

revoga a liberdade condicional, assim como reduz a duração das medidas de segurança não privativas da liberdade...

Para além destes dois sistemas, temos o Brasil, onde existe um sistema misto.

O sistema brasileiro é o mais antigo ao nível de controlo da legalidade dos actos administrativos-penitenciários, por órgãos independentes da Administração penitenciária, e que antecede inclusivamente as normas da Sociedade das Nações, que data de 1924.

Este sistema qualifica-se como misto, porque as competências de controlo, hoje em dia, se repartem entre esse órgão não judicial independente chamado de Conselho Penitenciário e de composição eminentemente fiscalizadora, e por outro lado, o Juiz de Execução Penal.

O juiz penitenciário tem a competência, sobretudo, de cruzar Circulares ou Instruções aos órgãos administrativos penitenciários, determinando assim o sentido em que a administração deve ajustar a sua actuação às prescrições legais. Esta é uma função considerada mais própria de um órgão administrativo que de um verdadeiro órgão jurisdicional.

Encontra-se, assim, finalizado este breve estudo comparativo dos vários sistemas europeus, bem como, toda a análise do conteúdo dos diversos diplomas legais relevantes nestas matérias.

Conclusão

Após a concretização de nova legislação nesta matéria, parece-me importante, focar as sugestões feitas pelo Comissário dos Direitos Humanos, Álvaro Gil-Robles, aquando da sua visita a Portugal, em Maio de 2003, que me parecem de suma importância. Pela sua relevância, transcrevo as recomendações do seu Relatório relativas à administração da justiça e ao sistema prisional:

- a) (...) “atribuir mais meios ao poder judicial e pôr em prática as reformas necessárias para combater a lentidão dos procedimentos judiciais, em particular no caso dos processos-crime que envolvam longos períodos de prisão preventiva;
- b) estudar, em conformidade com as normas europeias, uma alteração da definição de prisão preventiva, a fim de pre-

- ver a sua interrupção no caso de uma condenação em primeira instância;
- c) desenvolver mais soluções de substituição da prisão preventiva, nomeadamente por meio de pulseira electrónica, prevista na Lei n.º 122/99, e incentivar a aplicação destas soluções;
 - d) desenvolver novas medidas alternativas a fim de reduzir a população prisional;
 - e) reorganizar e reforçar o Instituto de Reinserção Social (IRS) para responder a estas necessidades;
 - f) responder ao problema do sobrelotação aumentando a capacidade de acolhimento das prisões e desbloqueando os fundos necessários à construção de novos estabelecimentos prisionais;
 - g) tratar o problema da toxicodependência nas prisões, incluindo a criação de unidades livres de droga noutros estabelecimentos; assegurar um controlo pós-cura eficaz dos reclusos aquando da sua libertação (com vista a favorecer o seu emprego e reintegração social) ou do seu regresso ao meio prisional comum.” (...)

Todas estas sugestões continuam-me a parecer plenamente válidas, e são também algumas das repetidas críticas formuladas nos diversos parecer analisados, o que significa que com pouco se pode fazer muito pelo nosso sistema penitenciário.

Em síntese, temos hoje, uma legislação bastante mais desenvolvida, pois regulamenta de forma exaustiva todas matérias relevantes para a Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade.

Parece-me que se verificou um maior cuidado no tratamento do recluso e dos seus direitos enquanto ser humano privado da liberdade. A ressocialização e a reinserção do agente estão hoje mais garantidos, pelo menos legalmente, verificou-se um esforço efectivo para uma reintegração responsável na sociedade, aquando da libertação. *“Para além da dignidade mínima que todo o ser humano tem de dispor, quanto às necessidades básicas da vida, a privação da liberdade, no que indigno necessariamente acarreta, pela ablação de uma dimensão essencial de desenvolvimento do*

percurso vital de cada um, na busca da felicidade, deve, em ordem à sua perfeita justificação ética e jurídica, almejar suprir as causas últimas que ocasionam a sua existência”⁽³¹⁾.

Tendo em conta a análise comparativa realizada, apraz-me dizer que a nossa legislação anterior, apesar de em vigor já há várias décadas, muitos dos seus princípios fundamentais “transferiram-se” para a Lei n.º 115/2009.

Portanto, como tantas vezes é referido pela doutrina, ao nível legislativo estamos sempre na linha da frente, o que me faz concluir que é necessária uma maior determinação política para a sua concretização. Apela-se neste momento para esta situação tendo em conta que nesta área a questão da “*law in action*” é fundamental para que se não crie uma ilusão de que uma nova lei tudo vai resolver. Ao contrário, uma nova lei, por muito boas intenções que tenha, nada resolverá se não forem criadas condições para que seja aplicada de uma forma efectiva⁽³²⁾. E essas condições não estão, de todo, implementadas em muitos dos estabelecimentos prisionais nacionais bem como nos estabelecimentos onde se encontram reclusos a cumprir medidas de internamento, tal como se pode concluir do Parecer da ASJP. Parece-me que no âmbito de aplicação prática deste novo diploma, é importante não esquecer que a Segurança é uma função essencial do Estado e que este não se deve demitir da mesma por razões económicas. Muitos dos normativos presentes necessitam de meios humanos para a sua efectiva concretização, e isso envolve um esforço financeiro por parte do Estado. Por outro lado, o Estado também não pode tentar “manipular” o funcionamento dos estabelecimentos prisionais, fomentando mecanismos para colocar os condenados em regimes abertos, ou seja, fora dos estabelecimentos, tentando diminuir as despesas e gerindo a população prisional. É errado supor-se que a política criminal deve ser determinada pela necessidade de gestão do sistema, e não vice-versa. Não se pode delinear e executar uma política criminal fundada em juízos valorativos decorrentes de realidade que, afinal, não está no seu cerne, mas sim ao seu serviço. Natural-

⁽³¹⁾ Provedor de Justiça, Relatório “As Nossas Prisões”, 2003, pág. 22.

⁽³²⁾ Parecer ASJP, pág. 2.

mente, que a política criminal afecta a política penitenciária, já que esta tem de se enquadrar naquela e dar resposta às necessidades por ela geradas. Qualquer facilitismo por que se queira enveredar nesta matéria, gera uma possível quebra de legitimidade do direito instituído pela comunidade. Na verdade, em termos puramente direccionados para o sistema prisional e o que a comunidade dele deve pretender, a resposta não está na diminuição nem no agravamento das penas, mas sim, em que estas sirvam para alguma finalidade positiva, não se diluindo curtas ou longas, na utilidade dos dias que passam.

É precisamente ao nível da eficácia do sistema que tem de ser lida a evolução do número de reclusos presentes ao longo dos últimos 30 anos. A ressocialização do agente, mas sobretudo, a ordem e a paz social tem de ser sempre, o ponto de partida nestas matérias. Contudo, parece-me que algumas soluções aqui concretizadas serão dificilmente compreendidas pela comunidade portuguesa. O futuro o dirá, mas temo no que diz respeito a algumas matérias, o sistema punitivo português tenha saído mais desacreditado e descredibilizado.

Anteprojecto de 1969 Artigos	Conteúdo	DL n.º 265/79, de 1 de Agosto Artigos	Conteúdo	Lei n.º 115/2009 de 12 de Outubro Artigos	Conteúdo e Diferenças
Art. 1.º a Art. 6.º	Órgãos superiores dos serviços criminais e dos serviços de preparação do pessoal.	—	—	—	Hoje, encontra-se em diploma avulso.
Art. 7.º a Art. 12.º	Dos serviços de observação.	Art. 169.º e Art. 170.º	Competências dos centros de observação.	Título XVI Capítulo III	Hoje, temos medidas de segurança de internamento.
Art. 13.º	Brigadas móveis.	Art. 171.º	Brigadas móveis.	—	—
Art. 15.º	Funções dos anexos psiquiátricos.	Art. 172.º	Funções dos anexos psiquiátricos.	—	—
Art. 16.º	Direcção dos anexos psiquiátricos.	Art. 173.º	Direcção dos anexos psiquiátricos.	—	—
Art. 17.º	Autorização de internamento.	Art. 174.º	Autorização de internamento.	—	—
Art. 18.º	Competência dos hospitais psiquiátricos.	Art. 167.º n.º 3	Competência dos hospitais psiquiátricos.	—	—
Art. 19.º	Internamento de reclusos.	Art. 175.º	Tempo de internamento.	—	—
—	—	Art. 166.º	Funções dos hospitais prisionais.	Art.126.º n.º 2	As medidas de internamento são executadas em unidade de saúde mental ou em estabelecimentos prisionais especialmente vocacionados.

EXECUÇÃO DAS PENAS E MEDIDAS PRIVATIVAS DA LIBERDADE 595

Anteprojecto de 1969 Artigos	Conteúdo	DL n.º 265/79, de 1 de Agosto Artigos	Conteúdo	Lei n.º 115/2009 de 12 de Outubro Artigos	Conteúdo e Diferenças
Art. 21.º	Funções dos estabelecimentos prisionais.	—	—	—	—
—	—	Art. 157.º	Execução das medidas privativas de liberdade.	Art. 1.º n.º 1	Execução das penas e medidas privativas de liberdade. Somente foram acrescentados os estabelecimentos destinados ao internamento de inimputáveis.
Art. 22.º	Postos de detenção.	Art. 164.º	Postos de detenção.	—	—
Art. 23.º	Estabelecimentos para a execução das medidas privativas de liberdade.	Art. 158ª	Estabelecimentos para a execução das medidas privativas de liberdade.	Art. 9.º	Organização dos estabelecimentos prisionais. Hoje, a organização destes estabelecimentos foi elaborada em função das necessidades dos reclusos.
Art. 24.º	Centros de observação e anexos psiquiátricos.	Art. 168.º	Centros de observação e anexos psiquiátricos.	—	—
Art. 26.º	Estabelecimentos privativos da Polícia Judiciária.	Art. 163.º	Estabelecimentos privativos da Polícia Judiciária.	—	—
Art. 27.º	Internamento de reclusos em estabelecimentos que não correspondam à sua situação penal.	—	—	—	—

Anteprojecto de 1969 Artigos	Conteúdo	DL n.º 265/79, de 1 de Agosto Artigos	Conteúdo	Lei n.º 115/2009 de 12 de Outubro Artigos	Conteúdo e Diferenças
Art. 28.º	Tribunais metropolitanos e ultramarinos.	—	—	—	—
Art. 29.º	Classificação em função da segurança.	Art. 159.º	Classificação em função da segurança.	Art. 10.º	A classificação passou a ser feita em função do nível de segurança, mas também da complexidade de gestão.
Art. 30.º	Aquisição de bens.	Art. 165.º	Afectação de encargos.	—	—
Art. 31.º	Lotação.	Art. 179.º	Lotação.	—	—
—	—	Art. 180.º	Proibição de superlotação.	—	—
Art. 32.º	Estrutura dos estabelecimentos.	Art. 176.º	Estrutura dos estabelecimentos.	Art. 11.º	A estrutura orgânica é definida no Regulamento Geral.
Art. 33.º	Separação dos reclusos.	Art. 12 n.º 1	Separação dos reclusos.	Art. 20.º	Afectação a estabelecimento prisional ou unidade. Conteúdos idênticos, mas acrescentam-se várias outras ponderações.
Art. 34.º	Características especiais das prisões para mulheres.	Art. 161.º	Instalações especiais para mulheres.	Art. 4.º n.º 3 e Art. 9.º n.º 2 al. d)	Devem existir estabelecimentos prisionais para mulheres. Estes devem respeitar as suas necessidades específicas.

EXECUÇÃO DAS PENAS E MEDIDAS PRIVATIVAS DA LIBERDADE 597

Anteprojecto de 1969 Artigos	Conteúdo	DL n.º 265/79, de 1 de Agosto Artigos	Conteúdo	Lei n.º 115/2009 de 12 de Outubro Artigos	Conteúdo e Diferenças
Art. 35.º a Art. 37.º	Características específicas de cada estabelecimento de acordo com o tipo de segurança.	—	—	Art. 10.º	As classificações são definidas através de portaria do Ministério da Justiça.
Art. 38.º	Pessoal dos estabelecimentos.	Art. 194.º n.º 1 e 2	Pessoal dos estabelecimentos.	—	—
Art. 39.º	Direcção do estabelecimento.	Art. 182.º	Direcção do estabelecimento	Art. 11.º n.º 2	Os cargos de director e subdirector são escolhidos por despacho do Ministro da Justiça, sob proposta do Director-Geral dos Serviços Prisionais.
Art. 40.º	Órgãos de assistência moral e espiritual.	Art. 192.º	Órgãos de assistência moral e espiritual.	Art. 56.º e Art. 57.º	A terminologia foi alterada para “Assistência Religiosa”, Título X. O princípio da liberdade de religião e de culto mantém-se.
Art. 41.º	Órgãos de assistência à saúde.	Art. 193.º	Órgãos de assistência à saúde.	Art. 32.º a Art. 37.º	Hoje, temos todo o Título VII, a definir e a determinar a protecção da saúde.
Art. 42.º	Pessoal especializado dos estabelecimentos.	Art. 194.º n.º 3	Pessoal especializado dos estabelecimentos.	Art. 11.º n.º 1	Esta matéria é definida pelo Regulamento Geral.
Art. 43.º	Pessoal de vigilância.	—	—	—	—
Art. 44.º	Pessoal dos quadros permanentes.	—	—	—	—

Anteprojecto de 1969 Artigos	Conteúdo	DL n.º 265/79, de 1 de Agosto Artigos	Conteúdo	Lei n.º 115/2009 de 12 de Outubro Artigos	Conteúdo e Diferenças
Art. 45.º	Nomeação do pessoal dos estabelecimentos.	Art 194 n.º 5	Nomeação do pessoal dos estabelecimentos.	—	—
Art. 46.º	Serviços do estabelecimento	Art. 181.º	Serviços do estabelecimento	—	—
Art. 47.º	Composição do Conselho Administrativo.	Art. 188.º	Composição do Conselho Administrativo.	—	—
—	—	Art. 189.º	Competência do Conselho Administrativo.	—	—
Art. 48.º	Composição do Conselho Técnico.	Art. 186.º	Composição do Conselho Técnico.	Art. 143.º	Hoje, define-se a composição, mas também a presidência. Esta compete ao Juiz do Tribunal de Execução de Penas.
—	—	Art. 187.º	Competência do Conselho Técnico.	Art. 142.º	As competências são idênticas, mas define-se que o Conselho Técnico é um órgão com funções consultivas auxiliar do Tribunal de Execução de Penas.
—	—	Art.183.º	Competência dos directores dos estabelecimentos centrais e especiais.	—	—
—	—	Art. 184.º	Competência dos directores dos estabelecimentos regionais.	—	—

EXECUÇÃO DAS PENAS E MEDIDAS PRIVATIVAS DA LIBERDADE 599

Anteprojecto de 1969 Artigos	Conteúdo	DL n.º 265/79, de 1 de Agosto Artigos	Conteúdo	Lei n.º 115/2009 de 12 de Outubro Artigos	Conteúdo e Diferenças
—	—	Art. 185.º	Regulamento interno.	—	—
Art. 49.º	Cantina	—	—	—	—
Art. 50.º	Pessoas que podem entrar nos estabelecimentos prisionais.	—	—	—	—
Art. 51.º	Posição do recluso.	Art. 4.º n.º 1	Posição do recluso.	Art. 6.º	Estatuto jurídico do recluso.
Art. 52.º	Internamento dos reclusos.	Art. 7.º	Internamento dos reclusos.	Art. 17.º	Ingresso, foram acrescentadas duas alíneas: b) e e).
—	—	Art. 10.º	Distribuição provisória dos reclusos.	Art. 19.º n.º 1	Avaliação do recluso.
—	—	Art. 11.º	Critérios de afectação a um estabelecimento.	Art. 20.º	Afectação a estabelecimento prisional ou unidade. A novidade é, sempre que possível a audição do recluso.
—	—	Art. 12.º	Separação dos reclusos.	Art. 20.º n.º 1 al. a)	Deve ser ponderado o cumprimento anterior de pena de prisão, a natureza do crime cometido e a duração da pena a cumprir.
Art 54.º e Art. 55.º	Transferências.	Art. 13.º	Transferências.	Art. 22.º	Hoje, o artigo é um pouco mais completo, pois regula o meio como deve ser efectuada a transferência.

Anteprojecto de 1969 Artigos	Conteúdo	DL n.º 265/79, de 1 de Agosto Artigos	Conteúdo	Lei n.º 115/2009 de 12 de Outubro Artigos	Conteúdo e Diferenças
—	—	Art. 14.º	Estabelecimentos abertos e fechados.	Art. 13.º, Art. 14.º, Art. 15.º	Regime comum aplica-se sempre que a pena ou medida privativa da liberdade não possa ser executada em regime aberto ou de segurança.
—	—	Art. 15.º	Preparação para a liberdade.	—	—
—	—	Art. 16.º	Momento da libertação.	Art. 24.º	Momento da libertação.
Art. 56.º	Princípio de ingresso dos reclusos.	Art. 6.º	Princípios de ingresso dos reclusos.	Art. 16.º	Princípios de ingresso.
Art. 57.º n.º 3	Registo dos reclusos.	Art. 6.º n.º 4	Registo dos reclusos.	Art. 16.º n.º 7, 8 e 9	O Regulamento Geral concretiza os procedimentos de ingresso.
Art. 58.º	Bens apreendidos.	—	—	Art. 28.º n.º 2 e 3	Os objectos e valores proibidos são apreendidos.
Art. 59.º	Informações a dar ao recluso.	Art. 6 n.º 2	Informações a dar ao recluso.	Art. 16.º n.º 2	Os direitos e deveres do recluso são-lhe imediatamente comunicados, explicados e traduzidos.
Art. 60.º	Informações sobre o recluso.	—	—	—	—
Art. 61.º	O processo individual.	Art. 8.º e Art. 9.º	Observação para tratamento e plano individual de readaptação.	Art. 21.º	Plano individual de readaptação.

EXECUÇÃO DAS PENAS E MEDIDAS PRIVATIVAS DA LIBERDADE 601

Anteprojecto de 1969 Artigos	Conteúdo	DL n.º 265/79, de 1 de Agosto Artigos	Conteúdo	Lei n.º 115/2009 de 12 de Outubro Artigos	Conteúdo e Diferenças
—	—	Art. 17.º	Alojamento durante o trabalho e tempo livre.	—	—
—	—	Art. 18.º	Alojamento.	Art. 26.º	Alojamento. Foram garantidos mais direitos aos reclusos.
—	—	Art. 19.º	Decoração do quarto de internamento e posse de objectos pessoais.	Art. 26.º n.º 6	O recluso pode manter consigo objectos a que atribua valor afectivo.
Art. 63.º	Vestuário.	Art. 20.º n.º 3 e 4	Vestuário.	Art. 30.º n.º 3	Vestuário. Deve ser mantido em bom estado de conservação.
Art. 64.º n.º 1 e 2	Vestuário.	Art. 20.º n.º 1 e 2	Vestuário.	Art. 30.º n.º 2 e 3	Vestuário. Características do vestuário.
Art. 64.º n.º 3	Vestuário próprio.	Art. 21.º	Vestuário próprio.	Art. 30.º n.º 1 e 4	Vestuário próprio.
—	—	Art. 22.º	Roupa de cama.	Art. 30.º n.º 5	Roupa de cama.
—	—	Art. 23.º	Higiene pessoal.	Art. 27.º	Higiene.
Art. 65.º n.º 1	Alimentação.	Art. 24.º n.º 1 e 2	Alimentação.	Art. 31.º n.º 1, 2 e 3	Alimentação.
Art. 65.º n.º 2	Alimentação.	Art. 24.º n.º 4	Alimentação.	Art. 31.º n.º 1 <i>in fine</i>	A alimentação deve respeitar as convicções filosóficas e religiosas do recluso.

Anteprojecto de 1969 Artigos	Conteúdo	DL n.º 265/79, de 1 de Agosto Artigos	Conteúdo	Lei n.º 115/2009 de 12 de Outubro Artigos	Conteúdo e Diferenças
Art. 66.º	Alimentação especial.	Art. 24.º n.º 3	Alimentação especial.	Art. 31.º n.º 2	Valor nutricional das refeições.
Art. 67.º	Géneros ou alimentos confeccionados fora do estabelecimento.	Art. 26.º	Géneros ou alimentos confeccionados fora do estabelecimento.	Art. 31.º n.º 4 e 5	Géneros alimentícios. Ofertas ao recluso vindas do exterior do estabelecimento.
Art. 68.º	Confeção de alimentos.	Art. 25.º	Confeção de alimentos.	—	—
Art. 69.º	Proibição de bebidas alcoólicas.	Art. 28.º	Proibição de bebidas alcoólicas.	—	—
Art. 70.º	Coacção para se alimentar.	—	—	—	—
—	—	Art. 27.º	Aquisições de géneros alimentícios e produtos para higiene pessoal.	—	—
Art. 71.º	Tratamento médico.	Art. 105.º	Médico da confiança do recluso.	Art. 32.º n.º 4	O recluso pode ser assistido por médico da sua confiança.
Art. 72.º	Local do tratamento médico.	—	—	—	—
Art. 73.º	Internamento em estabelecimento hospitalar não prisional.	Art. 104.º	Internamento em estabelecimento hospitalar não prisional.	Art. 34.º	Cuidados de saúde em ambulatório e internamento hospitalar não prisional. Os requisitos necessários foram muito simplificados.
Art. 74.º	Encargos com o tratamento.	—	—	—	—

EXECUÇÃO DAS PENAS E MEDIDAS PRIVATIVAS DA LIBERDADE 603

Anteprojecto de 1969 Artigos	Conteúdo	DL n.º 265/79, de 1 de Agosto Artigos	Conteúdo	Lei n.º 115/2009 de 12 de Outubro Artigos	Conteúdo e Diferenças
—	—	Art. 95.º	Serviços médico-sanitários do estabelecimento.	Art. 32.º n.º 1, 2 e 3	Ao recluso é garantido o acesso a cuidados de saúde.
—	—	Art. 96.º	Assistência à saúde.	Art. 33.º	Defesa e promoção da saúde. Asseguraram-se um maior número de direitos aos reclusos.
—	—	Art. 97.º	Assistência médico-sanitária nos estabelecimentos para mulheres.	—	Não há diferenciação de género.
—	—	Art. 98.º	Assistência médica no período de licença.	—	—
—	—	Art. 99.º	Tratamento médico para reinserção social.	—	—
—	—	Art. 100.º	Organização dos serviços de assistência médico-sanitária.	—	—
—	—	Art. 101.º	Deveres do médico.	Art. 37.º	Deveres do pessoal clínico. Alargou-se os deveres a todo o pessoal clínico.
—	—	Art. 102.º	Próteses e outros meios auxiliares.	—	—
—	—	Art. 103.º	Transferência dos reclusos por razões de tratamento médico.	—	—
—	—	Art. 106.º	Permanência a céu aberto.	Art. 51.º	Permanência a céu aberto.

Anteprojecto de 1969 Artigos	Conteúdo	DL n.º 265/79, de 1 de Agosto Artigos	Conteúdo	Lei n.º 115/2009 de 12 de Outubro Artigos	Conteúdo e Diferenças
_____	_____	Art. 107.º	Notificação em caso de doença ou de óbito.	Art. 36.º	Notificação em caso de internamento, doença grave ou morte.
Art. 75.º	Dever do trabalho	Art. 64.º	Dever do trabalho.	Art. 41.º e ss.	Não há obrigatoriedade de trabalho, mas este é muito incentivado, bem como o ensino e a formação profissional.
Art. 76.º	Princípios gerais do trabalho.	Art. 63.º	Princípios gerais do trabalho.	Art. 41.º	Princípios gerais do trabalho.
Art. 77.º	Organização do trabalho.	Art. 67.º	Organização do trabalho.	Art. 42.º n.º 1	Organização do trabalho.
Art. 78.º	Organização de campos de trabalho.	_____	_____	_____	_____
Art. 79.º	Características dos campos de trabalho.	_____	_____	_____	_____
Art. 80.º	Brigadas de trabalho.	_____	_____	_____	_____
Art. 81.º	Competências das brigadas de trabalho.	_____	_____	_____	_____
Art. 82.º	Aproveitamento do trabalho dos presos.	_____	_____	_____	_____
_____	_____	Art. 65.º	Aproximação do trabalho na vida em liberdade.	Art. 42.º n.º 2	A aproximação do trabalho à vida em liberdade é um dos princípios da organização do trabalho.

EXECUÇÃO DAS PENAS E MEDIDAS PRIVATIVAS DA LIBERDADE 605

Anteprojecto de 1969 Artigos	Conteúdo	DL n.º 265/79, de 1 de Agosto Artigos	Conteúdo	Lei n.º 115/2009 de 12 de Outubro Artigos	Conteúdo e Diferenças
—	—	Art. 66.º	Livre emprego e trabalho por conta própria.	Art. 42.º n.º 3	Com a devida autorização o recluso pode trabalhar por conta própria.
—	—	Art. 69.º	Isenção do dever de trabalho.	—	—
—	—	Art. 70.º	Colaboração da comunidade exterior.	—	—
Art. 83.º e Art. 84.º	Remuneração do trabalho.	Art. 71.º	Remuneração do trabalho.	Art. 41.º n.º 5	A remuneração do trabalho é um dos princípios gerais do trabalho.
Art. 85.º	Repartição da remuneração.	Art. 72.º	Repartição da remuneração.	Art. 46.º n.º 1 e 2	Destino e repartição da remuneração.
Art. 86.º	Alterações à repartição da remuneração.	Art. 73.º	Alterações à repartição da remuneração.	Art. 46.º n.º 3	O director-geral dos Serviços Prisionais pode autorizar uma repartição diferente.
Art. 88.º	Impenhorabilidade da remuneração.	Art. 75.º	Impenhorabilidade da remuneração.	—	—
Art. 89.º	Condições de trabalho.	Art. 68.º	Condições de trabalho.	Art. 41.º n.º 3	Manteve-se a aproximação aos direitos dos trabalhadores não reclusos.
—	—	Art. 74.º	Fundo disponível.	—	—
—	—	Art. 76.º	Dinheiro de bolso.	—	—
—	—	Art. 77.º	Dinheiro de transição para a vida livre.	Art. 46.º n.º 1 al. b)	A remuneração tem como objectivo o apoio à reinserção social.

Anteprojecto de 1969 Artigos	Conteúdo	DL n.º 265/79, de 1 de Agosto Artigos	Conteúdo	Lei n.º 115/2009 de 12 de Outubro Artigos	Conteúdo e Diferenças
—	—	Art. 78.º	Custas de internamento.	—	—
Art. 90.º	Escolaridade obrigatória.	Art. 80.º	Escolaridade obrigatória	Art. 38.º n.º 2	Escolaridade obrigatória.
Art. 91.º	Tempo de frequência das aulas.	—	—	—	—
—	—	Art. 81.º	Subsídios com fins formativos.	Art. 39.º	Incentivos ao ensino.
Art. 92.º e Art. 93.º	Ocupação dos tempos livres.	Art. 83.º	Ocupação dos tempos livres.	Art. 50.º	Tempo livre.
Art. 94.º	Reclusos menores	—	—	—	—
Art. 95.º	Trabalhos manuais voluntários.	Art. 88.º	Trabalhos manuais voluntários.	Art. 45.º	Actividade ocupacional.
Art. 96.º	Rádio e televisão.	Art. 86.º	Rádio e televisão.	Art. 49.º	Actividades sócio-culturais e desportivas. Hoje, dá-se maior relevo às actividades desportivas.
Art. 98.º	Jornais e revistas.	Art. 85.º	Jornais e revistas.		
Art. 99.º	Biblioteca.	Art. 84.º	Biblioteca.		
—	—	Art. 87.º	Posse de objectos para a ocupação dos tempos livres.	—	—
Art. 102.º e Art. 103.º	Liberdade de religião e de culto.	Art. 89.º	Liberdade de religião e de culto.	Art. 56.º	Liberdade de religião e de culto.
—	—	Art. 90.º	Manifestações religiosas.	—	—

EXECUÇÃO DAS PENAS E MEDIDAS PRIVATIVAS DA LIBERDADE 607

Anteprojecto de 1969 Artigos	Conteúdo	DL n.º 265/79, de 1 de Agosto Artigos	Conteúdo	Lei n.º 115/2009 de 12 de Outubro Artigos	Conteúdo e Diferenças
Art. 104.º	Assistência espiritual.	Art. 91.º	Assistência espiritual.	_____	_____
_____	_____	Art. 92.º	Posse de objectos de culto.	_____	_____
Art. 105.º	Proibição de assistência a cerimónias religiosas.	_____	_____	_____	_____
Art. 106.º	Assistência moral aos reclusos.	_____	_____	_____	_____
Art. 107.º	Colaboração na assistência moral e espiritual.	Art. 94.º	Colaboração na assistência moral e espiritual.	Art. 57.º	Ministros de culto.
_____	_____	Art. 93.º	Serviços religiosos.	Art. 56.º n.º 5	O Regulamento Geral concretiza a forma como são prestados os serviços religiosos.
Art. 108.º n.º 1 e 2	Direito a receber visitas.	Art. 29.º e Art. 30.º	Direito a receber visitas.	Art. 58.º	Princípios gerais sobre as visitas. Verifica-se uma inovação, pois o recluso pode fazer contactos através de videoconferência, desde que autorizado.
Art. 108.º n.º 3	Visitas de advogados e notários.	Art. 32.º e Art. 33.º	Visitas de advogados e notários.	Art. 61.º	Visitas de advogados, notários, conservadores e solicitadores. Deu-se um alargamento das profissões jurídicas. As novas tecnologias no âmbito do controlo, são também uma novidade.

Anteprojecto de 1969 Artigos	Conteúdo	DL n.º 265/79, de 1 de Agosto Artigos	Conteúdo	Lei n.º 115/2009 de 12 de Outubro Artigos	Conteúdo e Diferenças
Art. 109.º	Vigilâncias das visitas.	Art. 34.º e Art. 35.º	Vigilâncias das visitas.	Art. 63.º	Vigilância e controlo.
Art. 110.º n.º 6	Revista aos visitantes.	Art. 30.º n.º 3	Revistas aos visitantes.		
_____	_____	Art. 37.º	Entrega de objectos durante a visita.		
Art. 110.º n.º 1 e 2	Princípios fundamentais.	Art. 29.º n.º 2	Princípios fundamentais.	Art. 59.º	Visitas pessoais. Esta matéria está mais regulamentada.
Art. 110.º n.º 3	Visitas de menores de 16 anos.	Art. 30 n.º 5	Visitas de menores de 16 anos.	Art. 58.º n.º 4	Visitas de menores de 16 anos.
Art. 110.º n.º 4 e 5	Proibição de visitas.	Art. 31.º	Proibição de visitas.	Art. 65.º	Não autorização e proibição de visita. Esta matéria está mais regulamentada.
Art. 111.º	Visitas a recluso estrangeiro.	Art. 38.º	Visitas a recluso estrangeiro.	Art. 62.º	Visitas de entidades diplomáticas ou consulares.
_____	_____	Art. 36.º	Interrupção da visita.	Art. 64.º	Interrupção da visita.
_____	_____	Art. 39.º	Visitas especialmente autorizadas.	Art. 66.º	Visitas aos estabelecimentos prisionais.
Art. 112.º	Direito à correspondência.	Art. 40.º	Direito à correspondência.	Art. 67.º n.º 1	Correspondência.
Art. 113.º n.º 2	Correspondência dos reclusos analfabetos.	Art. 41.º	Correspondência dos reclusos analfabetos.	Art. 67.º n.º 2	O recluso pode ser auxiliado na leitura.
Art. 113.º n.º 3	Despesas com a correspondência.	Art. 40.º n.º 3	Despesas com a correspondência.	_____	_____

EXECUÇÃO DAS PENAS E MEDIDAS PRIVATIVAS DA LIBERDADE 609

Anteprojecto de 1969 Artigos	Conteúdo	DL n.º 265/79, de 1 de Agosto Artigos	Conteúdo	Lei n.º 115/2009 de 12 de Outubro Artigos	Conteúdo e Diferenças
Art. 114.º	Comunicação aquando da detenção.	—	—	—	—
Art. 115.º	Controle e retenção da correspondência.	Art. 42.º e Art. 43.º	Controle e retenção da correspondência.	Art. 68.º e Art. 69.º	Controlo e retenção da correspondência.
Art. 116.º	Processo crime.	—	—	—	—
—	—	Art. 44.º	Expedição e recepção da correspondência.	Art. 67.º n.º 1	Esta matéria é regulada no Regulamento Geral.
—	—	Art. 45.º	Utilização das informações obtidas.	Art. 73.º	Dever de sigilo.
—	—	Art. 46.º	Requisição da correspondência.	—	—
—	—	Art. 47.º	Violação das regras da correspondência.	—	—
—	—	Art. 48.º	Telefonemas e telegramas.	Art. 70.º e Art. 71.º	Contactos telefónicos e respectivo controlo. Hoje, já não se faz menção aos telegramas e regula-se de forma mais exhaustiva os contactos telefónicos.
Art. 117.º	Saídas em regime aberto ou de meia liberdade.	Art. 60.º	Licenças de saída de curta duração.	Art. 80.º	Licenças de saídas de curta duração. O período de saída foi aumentado de um máximo de 48 horas para um máximo de 3 dias.

Anteprojecto de 1969 Artigos	Conteúdo	DL n.º 265/79, de 1 de Agosto Artigos	Conteúdo	Lei n.º 115/2009 de 12 de Outubro Artigos	Conteúdo e Diferenças
Art 118.º	Comparência em juízo ou outro motivo justificado.	Art. 62.º-A	Comparência em juízo ou outro motivo justificado.	Art. 76.º n.º 4 al. a)	É autorizada a saída custodiada para comparência em acto judicial ou em acto de investigação criminal.
—	—	Art. 62.º-B	—	Art. 83.º	Licenças de saída de preparação para a liberdade. Esta matéria está hoje devidamente regulamentada.
Art. 119.º	Contagem do tempo das saídas.	Art. 54.º	Contagem do tempo das saídas.	Art. 77.º n.º 1	Disposições comuns.
Art. 120.º	Saídas concedidas a título excepcional.	—	—	—	—
—	—	Art. 49.º	Competência para a concessão de licença de saída.	Art. 76.º n.º 5	O Regulamento Geral dispõe sobre os procedimentos relativos aos procedimentos de saída.
—	—	Art. 50.º	Requisitos para a concessão de licenças de saída.	Art. 78.º	Requisitos e critérios gerais. Esta matéria está, hoje, mais regulamentada.
—	—	Art. 51.º	Medidas alternativas à concessão de licenças de saída.	—	—
—	—	Art. 52.º	Impossibilidade de concessão de licenças de saída prolongada.	Art. 77.º n.º 3, 4, 5, 6, 7 e 8	Situações específicas de concessão de licenças.

EXECUÇÃO DAS PENAS E MEDIDAS PRIVATIVAS DA LIBERDADE 611

Anteprojecto de 1969 Artigos	Conteúdo	DL n.º 265/79, de 1 de Agosto Artigos	Conteúdo	Lei n.º 115/2009 de 12 de Outubro Artigos	Conteúdo e Diferenças
—	—	Art. 53.º	Revogação das licenças de saída prolongadas.	Art. 85.º	Incumprimento das condições.
—	—	Art. 55.º	Não concessão de licenças de saída.	Art. 77.º n.º 3	A não concessão de licença não pode, em caso algum, ser considerada como medida disciplinar.
—	—	Art. 56.º	Despesas com as licenças de saída.	Art. 54.º n.º 3 al. c)	Despesas com as licenças de saída.
—	—	Art. 57.º	Colaboração da sociedade e avaliação dos resultados.	—	—
—	—	Art. 58.º	Flexibilidade na execução.	—	—
—	—	Art. 59.º	Licenças de saída prolongadas.	—	—
—	—	Art. 61.º	Licenças de saída prolongadas.	—	—
—	—	Art. 62.º	Saída do estabelecimento por motivos especiais.	Art. 82.º	Licenças de saída especiais.
Art. 121.º	Comunicação à família dos presos.	—	—	—	—
Art. 122.º	Informações a prestar aos reclusos sobre familiares.	—	—	—	—
Art. 123.º	Direitos dos reclusos.	Art. 4.º n.º 1	Direitos dos reclusos.	Art. 7.º	Direitos do recluso. Hoje, temos um elenco de direitos muito exaustivo.

Anteprojecto de 1969 Artigos	Conteúdo	DL n.º 265/79, de 1 de Agosto Artigos	Conteúdo	Lei n.º 115/2009 de 12 de Outubro Artigos	Conteúdo e Diferenças
Art. 124.º	Autorização para casamento.	—	—	—	—
Art. 125.º	Tratamento pelo nome.	—	—	Art. 7.º n.º 1 al. d)	O recluso tem direito a ser tratado pelo nome.
Art. 126.º	Possibilidade de fumar.	—	—	—	—
Art. 127.º	Obrigações dos reclusos.	Art. 110.º	Regras de conduta.	Art. 8.º	Deveres do recluso.
Art. 128.º	Direito de exposição e de queixa.	Art. 138.º	Direito de exposição e de queixa.	Art. 7.º al. m) e Art. 116.º	O recluso tem direito a ser ouvido, a apresentar pedidos, reclamações, queixas e recursos. O recluso tem direito de reclamação, petição, queixa e exposição.
—	—	Art. 139.º	Direito de exposição ao juiz do tribunal de execução das penas.	—	—
—	—	Art. 140.º	Audição no conselho técnico de elementos estranhos.	Art. 116.º n.º 5	O Regulamento Geral concretiza as condições de exercício dos direitos referentes a reclamações, petições, queixas e exposição.
—	—	Art. 141.º	Notificação do recluso.	—	—
—	—	Art. 142.º	Acta das secções.	—	—
—	—	Art. 143.º	Recurso interposto de sanções disciplinares.	—	—

EXECUÇÃO DAS PENAS E MEDIDAS PRIVATIVAS DA LIBERDADE 613

Anteprojecto de 1969 Artigos	Conteúdo	DL n.º 265/79, de 1 de Agosto Artigos	Conteúdo	Lei n.º 115/2009 de 12 de Outubro Artigos	Conteúdo e Diferenças
—	—	Art. 144.º	Efeito do recurso.	—	—
—	—	Art 145.º	Comunicação da interposição do recurso.	—	—
—	—	Art. 146.º	Audiência do recurso.	—	—
—	—	Art. 147.º	Alteração ou confirmação da medida recorrida.	—	—
—	—	Art. 148.º	Forma de proferir a decisão.	—	—
—	—	Art. 149.º	Não admissão do recurso.	—	—
—	—	Art. 150.º	Acesso aos órgãos de soberania e direito de participação na vida pública.	—	—
—	—	Art. 151.º	Recurso para o Tribunal dos Direitos do Homem.	Art. 116.º n.º 4	Recursos para outras instituições nacionais e internacionais.
Art. 129.º	Proibições dos reclusos.	—	—	—	—
Art. 130.º	Dinheiro próprio.	Art. 120.º	Dinheiro próprio.	—	—
Art. 131.º	Caderneta.	—	—	—	—
Art. 132.º	Momento da libertação.	Art. 155.º n.º 2	Momento da libertação.	Art. 25.º n.º 4 e 5	Libertação.
Art. 133.º	Utilização do fundo disponível.	—	—	—	—

Anteprojecto de 1969 Artigos	Conteúdo	DL n.º 265/79, de 1 de Agosto Artigos	Conteúdo	Lei n.º 115/2009 de 12 de Outubro Artigos	Conteúdo e Diferenças
Art. 134.º	Utilização inconveniente do pecúlio.	—	—	—	—
Art. 135.º	Princípios fundamentais.	Art. 108.º	Princípios fundamentais.	Art. 86.º	Princípios gerais sobre ordem, segurança e disciplina.
—	—	Art. 109.º	Competência da direcção.	Art. 87.º	A manutenção da ordem e da segurança compete aos serviços prisionais.
Art. 136.º	Medidas especiais de segurança.	Art. 111.º	Medidas especiais de segurança.	Art. 88.º	Tipos, finalidades e utilização dos meios de ordem e segurança.
—	—	Art. 112.º	Algemas.	Art. 91.º	Utilização de algemas.
—	—	Art. 113.º	Isolamento em cela especial de segurança.	Art. 92.º	Cela de separação.
—	—	Art. 114.º	Competência e controle médico na aplicação das medidas.	—	Não há um artigo específico sobre esta matéria. O controlo médico é definido nos artigos referentes a cada matéria.
—	—	Art. 115.º	Transferências por razões especiais de segurança.	Art. 22.º n.º 1 <i>in fine</i>	Transferência por razões de ordem e segurança.
—	—	Art. 116.º	Revista.	Art. 89.º	Revista pessoal e busca.
—	—	Art. 117.º	Meios de identificação.	—	—

EXECUÇÃO DAS PENAS E MEDIDAS PRIVATIVAS DA LIBERDADE 615

Anteprojecto de 1969 Artigos	Conteúdo	DL n.º 265/79, de 1 de Agosto Artigos	Conteúdo	Lei n.º 115/2009 de 12 de Outubro Artigos	Conteúdo e Diferenças
—	—	Art. 118.º	Direito de captura.	Art. 97.º	Evasão ou ausência não autorizada.
—	—	Art. 119.º	Posse de objectos.	Art. 28.º	Posse de objectos e valores.
—	—	Art. 121.º	Compensação de gastos e indemnização por danos.	—	—
—	—	Art. 122.º	Princípios gerais dos meios coercivos.	Art. 94.º	Princípios gerais dos meios coercivos.
—	—	Art. 124.º	Princípio da proporcionalidade	Art. 94.º n.º 2	Os meios coercivos têm de respeitar os princípios da necessidade, da adequação e da proporcionalidade.
—	—	Art. 123.º	Coacção física.	Art. 95.º	Tipos e condições de utilização dos meios coercivos.
—	—	Art. 125.º	Intimidação.	—	—
Art. 137.º	Regras gerais sobre o emprego de armas.	Art. 126.º	Regras gerais sobre o emprego de armas.	—	—
Art. 138.º	Inquérito escrito sobre o emprego de armas	—	—	—	—
—	—	Art. 127.º	Meios coercivos no tocante aos cuidados com a saúde.	Art. 35.º	Cuidados de saúde coactivamente impostos. Este artigo saiu do título sobre meios coercivos para o título da saúde.

Anteprojecto de 1969 Artigos	Conteúdo	DL n.º 265/79, de 1 de Agosto Artigos	Conteúdo	Lei n.º 115/2009 de 12 de Outubro Artigos	Conteúdo e Diferenças
Art. 139.º	Valor das condutas dos presos.	—	—	—	—
Art. 140.º	Prémios concedidos aos reclusos.	—	—	—	—
Art. 141.º	Pressupostos das medidas disciplinares.	Art. 128.º	Pressupostos das medidas disciplinares.	Art. 98.º	Princípios do regime disciplinar.
—	—	Art. 129.º	Execução das medidas disciplinares.	Art. 113.º	Execução das medidas disciplinares.
Art. 142.º	Princípio da proporcionalidade	Art. 130.º	Princípio da proporcionalidade	—	—
Art. 143.º	Tipos de medidas disciplinares.	Art. 133.º	Tipos de medidas disciplinares.	Art. 105.º	Medidas disciplinares.
Art. 144.º n.º 1	Competência em matéria disciplinar.	Art. 136.º	Competência em matéria disciplinar.	Art. 112.º	Competência.
Art. 144.º n.º 2	Audição do recluso.	Art. 131.º	Audição do recluso.	Art. 110.º n.º 2	Direito do recluso a ser ouvido.
Art. 144.º n.º 5	Assistência médica e outras visitas.	Art. 137.º	Assistência médica e outras visitas.	Art. 109.º	Assistência médica.
—	—	Art. 131.º	Processo.	Art. 110.º	Princípios gerais do procedimento disciplinar.
—	—	Art. 132.º	Infracções disciplinares.	Art. 102.º, 103.º e 104.º	Classificações das infracções disciplinares: simples e graves.
—	—	Art. 134.º	Condições da cela disciplinar.	Art. 108.º	Internamento em cela disciplinar.

EXECUÇÃO DAS PENAS E MEDIDAS PRIVATIVAS DA LIBERDADE 617

Anteprojecto de 1969 Artigos	Conteúdo	DL n.º 265/79, de 1 de Agosto Artigos	Conteúdo	Lei n.º 115/2009 de 12 de Outubro Artigos	Conteúdo e Diferenças
Art. 145.º	Poder de aconselhar.	Art. 135.º	Poder de aconselhar.	_____	_____
Art. 146.º	Fuga dos reclusos.	_____	_____	_____	_____
Art. 147.º	Falecimento dos reclusos.	_____	_____	_____	_____
Art. 148.º	Realização de autópsias.	_____	_____	_____	_____
Art. 149.º	Encargos com os funerais dos reclusos.	_____	_____	_____	_____
Art. 150.º	Espólio dos reclusos.	_____	_____	_____	_____
Art. 151.º	Libertação dos reclusos.	Art. 152.º	Libertação dos reclusos.	Art. 23.º	Mandado de libertação.
Art. 152.º	Dever do director	Art 153.º	Dever do director.	_____	_____
Art. 153.º	Recluso doente.	Art. 154.º	Recluso doente.	Art. 25.º n.º1	Libertação de recluso doente.
Art. 154.º	Transporte do recluso libertado.	_____	_____	_____	_____
Art. 155.º	Momento de libertação.	Art. 155.º	Momento da libertação.	Art. 24.º	Momento da libertação.
Art. 157.º	Do indulto.	_____	_____	Art. 223.º a 228.º	Indulto.
_____	_____	Art. 195.º	Pessoal além do quadro.	_____	_____
_____	_____	Art. 196.º	Seleção e preparação do pessoal.	_____	_____

Anteprojecto de 1969 Artigos	Conteúdo	DL n.º 265/79, de 1 de Agosto Artigos	Conteúdo	Lei n.º 115/2009 de 12 de Outubro Artigos	Conteúdo e Diferenças
—	—	Art. 197.º	Distribuição dos funcionários.	—	—
—	—	Art. 198.º	Dever de colaboração.	—	—
—	—	Art. 199.º	Conselho de assessores.	—	—
—	—	Art. 200.º	Investigação criminal e execução da pena.	—	—
—	—	Art. 201.º	Internamento em centros de detenção para maiores imputáveis de 25 anos.	Art. 126.º	Princípios gerais da medida de segurança de internamento e internamento de imputável portador de anomalia psíquica.
—	—	Art. 202.º	Assistência pós-penitenciária.	Art. 128.º	Plano terapêutico e de reabilitação.
—	—	Art. 203.º	Auxílio na maternidade.	Art. 4.º n.º 3	A execução das penas e medidas privativas da liberdade aplicadas a mulheres deve proteger-se a maternidade.
—	—	Art. 204.º	Assistência medicamentosa.	—	—
—	—	Art. 205.º	Registo de nascimento.	—	—
—	—	Art. 206.º	Reclusas com filhos.	Art. 7.º n.º 1 al. g)	Direito do recluso de manter filho consigo.

EXECUÇÃO DAS PENAS E MEDIDAS PRIVATIVAS DA LIBERDADE 619

Anteprojecto de 1969 Artigos	Conteúdo	DL n.º 265/79, de 1 de Agosto Artigos	Conteúdo	Lei n.º 115/2009 de 12 de Outubro Artigos	Conteúdo e Diferenças
—	—	Art. 207.º	Princípios fundamentais sobre reclusos estrangeiros.	Art. 4.º n.º 4	Princípios orientadores para os reclusos estrangeiros.
—	—	Art. 208.º	Acesso a meios que facilitem a comunicação.	—	—
Art. 158.º	Execução da prisão preventiva.	Art. 209.º	Execução da prisão preventiva.	—	—
Art. 159.º	Regime de execução da prisão preventiva.	Art. 210.º	Regime de execução da prisão preventiva.	Art. 123.º	Prisão preventiva.
Art. 160.º	Incomunicabilidade.	Art. 211.º	Incomunicabilidade	—	—
Art. 161.º al. a) e b)	Visitas.	Art. 212.º	Visitas.	—	—
Art. 161.º al. c)	Vestuário.	Art. 213.º	Vestuário.	—	—
Art. 161.º al. d)	Alimentação.	Art. 214.º	Alimentação.	—	—
Art. 162.º	Trabalho.	Art. 215.º	Trabalho.	—	—
—	—	Art. 216.º	Maiores imputáveis até 25 anos.	—	—
—	—	Art. 216.º-A	—	—	—
Art. 163.º	Conduta a adoptar na execução de penas e medidas de segurança	—	—	—	—

Anteprojecto de 1969 Artigos	Conteúdo	DL n.º 265/79, de 1 de Agosto Artigos	Conteúdo	Lei n.º 115/2009 de 12 de Outubro Artigos	Conteúdo e Diferenças
Art. 164.º	Objectivo do internamento resultante da aplicação de uma medida de segurança.	Art. 217.º	Objectivo do internamento resultante da aplicação de uma medida de segurança.	—	—
—	—	Art. 218.º	Aplicação de outras normas.	—	—
Art. 167.º	Regime da execução de penas e medidas de segurança.	—	—	—	—
Art. 168.º	Execução das penas e medidas de segurança quanto às mulheres.	Art. 222.º	Medidas de segurança em estabelecimentos para mulheres.	—	—
Art. 169.º a Art. 174.º	Reclusos menores.	—	—	—	—
Art. 175.º e Art. 176.º	Reclusos por crimes contra a segurança do Estado.	—	—	—	—
Art. 177.º a Art. 181.º	Doentes, anormais psíquicos, alcoólicos e outros intoxicados.	—	—	—	—
Art. 182.º	Internados em prisões abertas.	—	—	—	—
Art. 183.º	Regime de meia liberdade.	—	—	Art. 125.º	Prisão por dias livres e em regime de semidetenção.
Art. 184.º	Prisão por dias livres.	—	—	—	—

EXECUÇÃO DAS PENAS E MEDIDAS PRIVATIVAS DA LIBERDADE 621

Anteprojecto de 1969 Artigos	Conteúdo	DL n.º 265/79, de 1 de Agosto Artigos	Conteúdo	Lei n.º 115/2009 de 12 de Outubro Artigos	Conteúdo e Diferenças
Art. 185.º a Art. 192.º	Remissão da multa pelo trabalho.	—	—	—	—
Art. 193.º a Art. 195.º	Regime da prova.	—	—	—	—
Art. 196.º a Art. 204.º	Assistência Social dos Serviços Criminais.	—	—	—	—
Art. 205.º a Art. 207.º	Fundo de Fomento e Patronato Criminal.	—	—	—	—

Parecer da Associação Sindical dos Juizes Portugueses relativo Proposta de Lei 252/X, Coordenação de António João Latas e Mouraz Lopes — In site www.asjp.pt, Abril de 2009.

Proposta de Lei n.º 252/X/4.^a (Gov) – Texto Final e Relatório da Discussão e Votação na Especialidade — In site www.parlamento.pt, Julho de 2009.

ANOTAÇÃO AO ACÓRDÃO DO
TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA
DE 9 DE MAIO DE 2006

Acordam no Tribunal da Relação de Lisboa:

1 — Relatório

Na 1.^a Vara Cível da Comarca de Lisboa, (...) Sociedade Auto Central ..., intentou acção de condenação, com processo ordinário, contra (...) Portugal Automóveis, S.A., pedindo que esta seja condenada a pagar-lhe o montante global de 57 831 566\$00, sendo 19 843 860\$00, por denúncia da relação contratual com pré-aviso inferior ao estipulado no «Contrato», e 37 987 706\$00, a título de indemnização de clientela, com juros legais a partir de 1/7/98 e até integral pagamento.

Para o efeito, alega, em síntese, conforme se refere na sentença recorrida, que:

- a) A A. dedica-se a comercialização de veículos automóveis, e a R. é a importadora exclusiva de veículos e peças da marca (...) para todo o território nacional.
- b) A A. foi desde a sua criação em Abril de 1961 até 31/07/1998 concessionária da marca (...), sendo que a área da sua concessão abrangia os concelhos de Leiria, Marinha Grande e Batalha.
- c) A relação contratual entre A. e R. regia-se, desde 01/10/1996, por um “Contrato de Concessão Duração

Indeterminada” o qual reunia todas as características dos chamados contratos de adesão, sendo certo que o texto do contrato foi imposto pela R., e não diferia de concessionário para concessionário.

- d)* Em 05/02/1998 a A. recebeu uma carta da R. na qual esta, invocando o alegado incumprimento, por parte da A., de objectivos comerciais estipulados no contrato de concessão supra referido, e o disposto na cláusula terceira, n.º 2 de tal contrato, denuncia o mesmo com efeitos a partir de 31/07/1998.
- e)* Esta rescisão seguiu-se a uma desrazoável e infundada fixação, também ela unilateral, de metas de vendas para o ano de 1997, sendo certo que tais metas se achavam em perfeita desconformidade quer com a evolução do mercado e da produção da marca (...), quer com as características sócio-económicas específicas da região de Leiria.
- f)* A cláusula contratual invocada para a rescisão do contrato de concessão é nula por violar o disposto nos arts. 18.º, al. *e)*, e 19.º, als. *d)* e *f)* do D. L. 220/95, de 31108.
- g)* Com efeito, a mencionada cláusula introduz mecanismos contratuais que se traduzem num abuso da parte mais forte (o importador) que é violador dos ditames impostos pela boa-fé e pela tutela da confiança, já que por força da mesma cláusula, a fixação do número de veículos a comercializar pelo concessionário constitui uma prerrogativa do importador que, mediante comunicação ao concessionário, vincula este último.
- h)* Não obstante a mesma cláusula se reporte a um sistema de arbitragem, o certo é que este sistema viola o regime legal da arbitragem (Lei 31/86, de 29/08), já que o art. 11.º, n.º 5 deste diploma estabelece que sendo o litígio resolvido por árbitro único deve o mesmo ser nomeado por acordo entre as partes, sendo que a notificação para iniciar o processo deve conter a indicação do árbitro proposto.
- i)* ... e é também nula porque estabelece que a decisão do árbitro deve ter em conta “a política comercial que o

importador pretende prosseguir para o ano em consideração”, o que constitui uma manobra fraudulenta que vicia a própria estrutura de convenção de arbitragem.

- j)* A rescisão do contrato dos autos é extemporânea, por desrespeito do prazo estipulado na Cláusula Décima Terceira n.º 2 do contrato, que estabelece um prazo de 12 meses.
- k)* Face a ilicitude da rescisão do contrato dos autos por parte da R., deve esta indemnizar a A. nos termos previstos no art. 29.º, n.º 2 do D.L. 178/86, alterado pelo D.L. 118/93, de 13/04 (regime jurídico do contrato de agência, consensualmente aplicável ao contrato de concessão).
- l)* Assim, considerando que a remuneração média mensal das remunerações auferidas pela A. relativamente ao negócio (...) foi, no ano precedente, de Esc. 3.307.310\$00, multiplicando esta pelo prazo que faltava na denúncia (6 meses), temos que o montante da indemnização devida a A. é de Esc. 19.843.860\$00.
- m)* Por outro lado, assiste a A. o direito a haver da R. a indemnização de clientela prevista no mencionado regime jurídico do contrato de agência.
- n)* Assim, considerando que a A. não recebeu, nem irá receber qualquer retribuição por contratos negociados ou concluídos após a cessação do contrato dos autos, deve a indemnização de clientela ser fixada equitativamente, coincidindo com o máximo estabelecido no art. 34.º do D.L. 178/86, alterado pelo D.L. 118/93.
- o)* Nesta conformidade, considerando que nos anos de 1994 a 1998 as remunerações recebidas pela A. no que se refere ao negócio (...) foram de, respectivamente, Esc. 38.839.482\$; 39.000.973\$00; 38.851.274\$00; 39.667.731\$00; 33.129.073\$00, num total de Esc. 189.488.533\$00 temos que a indemnização de clientela a que a A. tem direito é de Esc. 37.987.706\$00 (Esc. 189.488.533\$00: 5), indemnização essa que a A. reclamou a R. por carta datada de 23/06/1999.

Conclui pela procedência da acção, formulando os pedidos supra enunciados.

A ré contestou, alegando, conforme igualmente se refere na sentença recorrida, que:

I — A A. nunca conseguiu cumprir os planos de acção propostos pela R.

II — Desde 1995 que a R. propunha a A. a reestruturação desta, quer a nível de meios humanos, que se achavam subdimensionados, quer a nível de instalações, que não se achavam adaptadas as exigências do mercado; quer a nível de stand e oficina, ou seja, a nível de assistência na venda e no pós-venda, as quais se achavam caducas e ultrapassadas.

III — ... não obstante, a A. limitou-se a efectuar pequenos melhoramentos, no sentido de minimizar o mau.

IV — Para além da concessão exclusiva da marca (...), a A. detinha também a concessão da marca (...), mas os negócios relativos a uma e outra não se achavam separados e autónomos, nomeadamente ao nível da contabilidade.

V — Todos estes factos geravam descontentamento da R., o que esta comunicou a A. em inúmeros encontros, designadamente por ocasião das negociações e assinatura dos Planos de Acções.

VI — O clausulado do contrato de concessão não pode ser qualificado como de adesão (não sendo por isso aplicável o D.L. 446/85, de 25/10, alterado pelo D.L. 220/95, de 31/08), porquanto os concessionários (...), através da sua associação representativa, tiveram a possibilidade de o discutir oportunamente, sendo que a A. e outros concessionários só manifestaram reservas quando subscreveram o contrato, sendo certo que o podiam ter feito antes.

VII — A A. nunca reclamou ou discutiu os objectivos anuais de vendas, ou solicitou o recurso ao mecanismo de arbitragem previsto no contrato de concessão.

VIII — A A. não cumpriu os objectivos estipulados para os anos de 1995, 1996, e 1997, sendo de salientar que em 1996 reali-

zou apenas 73,3% do seu objectivo, e em 1997 realizou apenas 56% do seu objectivo para este ano.

IX — Nos termos previstos no contrato firmado entre A. e R. e bem assim no Regulamento CE n.º 1475/95, a não realização dos objectivos estabelecidos constitui fundamento de resolução do contrato, pelo que a resolução do contrato dos autos é lícita.

X — A Cláusula terceira do contrato dos autos não viola o disposto no regime jurídico da arbitragem voluntária, porquanto estabelece que a nomeação do árbitro cabe ao Presidente do Tribunal da Relação de Lisboa; sendo que o objecto de tal arbitragem é a determinação do objectivo de vendas anual, e os critérios para a sua determinação pelo árbitro são, para além da “política comercial do importador”, as “vendas realizadas anteriormente pelo concessionário” e as “estimativas previsionais de vendas para a zona”.

XI — A A. não tem direito a qualquer indemnização, porquanto a resolução do contrato foi plenamente válida mas, ainda que assim não fosse, não tem a A. direito a qualquer indemnização de clientela porquanto não foi a A. quem angariou clientela para a R., e porque o território atribuído a A. não foi ocupado pela R. mas sim por um novo concessionário, sendo certo que mantendo a A. a concessão Citroën, desde logo cativou os seus clientes para esta marca.

Conclui, assim, pela improcedência da acção.

Seguidamente, foi proferido despacho saneador, tendo-se seleccionado a matéria de facto relevante considerada assente e a que passou a constituir a base instrutória da causa.

Realizada a audiência de discussão e julgamento, foi, após decisão da matéria de facto, proferida sentença, julgando a acção totalmente improcedente.

Inconformada, a autora interpôs recurso de apelação daquela sentença.

Produzidas as alegações e colhidos os vistos legais, cumpre decidir.

2 — Fundamentos.

2.1. Na sentença recorrida consideraram-se provados os seguintes factos:

1. A A, encontra-se matriculada na 1.^a Conservatória do Registo Comercial de Leiria, com a matrícula 415 de 12/7/1961 e desenvolve a sua actividade no sector da comercialização e venda de veículos automóveis (A).

2. Por seu turno, a R, encontra-se integrada no “Grupo (...)”, de que este fabricante é accionista de controle e que actua como importadora exclusiva de veículos automóveis e peças sobressalentes da marca “(...)” para todo o território nacional (B).

3. A mesma R. encontra-se matriculada na Conservatória de Oeiras desde 26/4/95, com o n.º 9376, tendo por objecto a importação para o território português de veículos novos da marca “(...)” bem como de peças sobressalentes, acessórios e respectivos equipamentos, e sua distribuição no referido território através de uma rede comercial constituída por concessionários independentes e ou por filiais (C).

4. A A. deixou de ser concessionária da marca “(...)” desde 31/07/1998 (D).

5. A respectiva zona da actividade da A. situava-se na zona de Leiria, abrangendo os concelhos de Leiria, Marinha Grande e Batalha, na qual tinha o exclusivo da marca “(...)” (E).

6. Em 1998 e 1999 foi atribuída a A. o estatuto PME excelência comércio, isto “pelo seu assinalável desempenho económico-financeiro e perfil de gestão”, isto numa iniciativa conjunta do IAPMEI e da CGD, tal como se documenta a fls. 23 e 24 dos presentes autos (F).

7. Em 30/9/96 a A. remeteu a R. a carta documentada a fls. 56/57 que esta última veio a receber em 3/10/96, relativa ao “novo contrato de concessão”, tudo isto nos moldes aí expressos (G).

8. Esta carta foi enviada em consonância com vários outros concessionários “(...)” e a conselho da “APOCOP — Associação

Portuguesa de Concessionários (...)", tudo isto de acordo com a circular n.º 38/96 documentada a fls. 59 dos autos, na qual a mesma associação, para além do mais, refere que em reunião havida nesse mesmo dia entre a sua direcção e a direcção da R. tinha procedido a entrega do parecer técnico sobre o contrato de concessão (H).

9. No dia 1/10/96 foi subscrito pela R., na qualidade de "importador", e pela A., na qualidade de "concessionário", o escrito documental inserto a fls. 31/55 dos autos, intitulado "contrato de concessão de duração indeterminada Portugal", tendo por objecto "reger as relações comerciais relativas a venda de veículos novos e de peças sobressalentes fornecidos pelo IMPORTADOR, que figurem nas tabelas em vigor publicadas por este e a prestação dos serviços necessários ao seu uso, bem como a manutenção do nome da marca ou das marcas sob as quais são comercializados" (cfr. cláusula primeira do mesmo contrato) tudo isto nos moldes aí documentados (I).

10. Em 17/12/96 a R. remeteu a "Rocha Marques" a carta documentada a fls. 103 dos autos, na qual expressava a sua posição sobre a posição assumida na mencionada carta datada de 30/12/96, tudo isto nos moldes expressos no mesmo documento (J).

11. No dia 5/2/1998 a A. recebeu da R. a carta documentada a fls. 61 dos autos, datada de 31/1/98, na qual esta ultima procedia a rescisão do contrato de concessão aludido em I), nos termos da cláusula 3.ª, n.º 2 do mesmo contrato e com efeitos a partir de 31/7/1998, tudo nos demais termos aí expostos, sendo que a A. remeteu idêntica missiva a identificada "APOCOP" e a cada um dos concessionários (K).

12. Por seu turno a A. enviou a R. a missiva documentada a fls. 63 dos autos, datada de 23/6/1999, que esta ultima veio a receber, na qual a mesma demandante comunicava que pretendia receber indemnização de clientela em consequência da cessação do referido contrato de concessão (L).

13. A A. procedeu a definição em comum com a R. de «planos de acção» anuais para a concessão referida, tal como se documenta a fls. 25 a 30 dos autos (M).

DA BASE INSTRUTÓRIA

14. A A. era “concessionária” da marca “(...)”, nos concelhos de Leiria, Marinha Grande e Batalha, desde o início da sua actividade, em 1961 (1.º).

15. Desde o momento referido em 14. até a data mencionada em 4. a A. foi a “face visível” da marca “(...)” na região aludida em 5 (2.º).

16. A A. dispunha de uma organização de meios humanos e materiais destinados a promover a comercialização de veículos novos da marca “(...)” e suas peças, bem como a prestar “assistência pós-venda” (6.º).

17. A A. colaborou com a R. na promoção e implementação de pelo menos parte das sugestões de melhoramento das suas instalações, que lhe eram apresentadas pela R. (8.º).

18. O clausulado do acordo mencionado em 9. é idêntico aos acordos que a R. celebrou com os demais concessionários portugueses da marca “(...)” (9.º).

19. Nos termos da cláusula terceira, n.º 2 do escrito mencionado em 9., “O IMPORTADOR tem o direito de rescindir o presente contrato de concessão se se verificarem cumulativamente as seguintes situações:

- se o objectivo de vendas do CONCESSIONÁRIO definido no número I da presente cláusula for realizado em menos de 90% a 31 de Dezembro do período anual considerado;
- se a percentagem de penetração global de veículos novos abrangidos pelo presente contrato, calculada pela forma aqui indicada, na zona de primeira responsabilidade concedida ao CONCESSIONÁRIO e apreciada a 31 de Dezembro do período anual entretanto concluído, for inferior em, pelo menos, 15% relativamente as percentagens de penetração global dos referidos novos em Portugal.

Na hipótese do IMPORTADOR fazer uso deste direito, obriga-se a avisar o CONCESSIONÁRIO por carta registada com

aviso de recepção e, por derrogação da cláusula 13.^a número 1 com pelo menos seis meses de antecedência relativamente a data de produção dos efeitos da rescisão.

Para o cálculo das percentagens de penetração só serão tomados em conta os registos automóveis relativos a vendas de veículos novos realizados pelos CONCESSIONÁRIOS nas respectivas zonas de primeira responsabilidade, devendo, ainda, ser consideradas as particularidades próprias de cada marca nessa zona e nomeadamente serão deduzidos os registos automóveis relativos as vendas realizadas pelos Construtores e IMPORTADORES ao seu pessoal, as sociedade e estabelecimentos não comerciais do seu Grupo, e respectivo pessoal.” (10.º).

20. No ano de 1997 a A. teve um resultado líquido mensal, decorrente da actividade descrita em 14. de Esc. 2.795.611\$66 (Esc. 33.547.340\$00: 12) (11.º).

21. Nos anos de 1994 a 1998 a A. teve os seguintes resultados líquidos anuais, decorrentes da actividade descrita em 14.:

- 1994: Esc. 53.402.636\$00;
- 1995: Esc. 18.288.157\$00;
- 1996: Esc. 16.795.513\$00;
- 1997: Esc. 33.547.340\$00;
- 1998: Esc. 37.459.488\$00 (12.º).

22. A R. só iniciou a sua actividade como importadora para o território português de veículos novos da marca “(...)”, bem como peças sobressalentes, acessórios e respectivos equipamentos e sua distribuição através de uma rede comercial constituída por concessionários independentes e ou filiais em 1/1/1995 (13.º).

23. A A. dispunha, além do exclusivo mencionado em 5., o exclusivo da marca “(...)” para a mesma zona, e que mantém até hoje (14.º).

24. Desde 1995 que a R. sugeria a reestruturação da A. a nível de recursos humanos, por considerar que esta não possuía recursos humanos suficientes, nomeadamente vendedores (16.º e 17.º).

25. A A. não acolheu a totalidade das sugestões de reestruturação mencionadas em 24. (18.º).

26. A R. considerava que as instalações da A. não se encontravam adaptadas as exigências do mercado, seja a nível de *stand*, seja a nível de oficina, ou seja, ao nível de “assistência na venda e no pós-venda”, considerando tais estruturas desactualizadas e necessitando de profunda remodelação; e transmitiu tais pontos de vista a A. (19.º a 22.º).

27. Na sequência do referido em 26., a A. procedeu a algumas alterações nas suas instalações, não tendo porém levado a cabo todas as alterações sugeridas pela R. (23.º).

28. Mesmo após a celebração do contrato aludido em 9., a organização empresarial da A. e sua contabilidade não se encontravam separadas e autónomas relativamente as concessões “(…)” e “(…)” (24.º).

29. O sistema de contabilidade da A. não permitia apurar com rigor a totalidade dos custos e proveitos inerentes às “concessões” “(…)” e “(…)”, porquanto determinadas rubricas da sua contabilidade eram comuns a ambas, pelo que relativamente a tais rubricas só mediante juízos de imputação se podia atribuir parte de tais proveitos e custos ao “negócio” “(…)” e outra parte ao “negócio” “(…)” (25.º).

30. Os factos descritos em 25., 27., 28. e 29. geravam descontentamento na R., o que esta manifestou a A. em inúmeros encontros que mantiveram, nomeadamente por ocasião das negociações e assinatura dos “Planos de Acções” (26.º).

31. Em Abril de 1996 a R. transmitiu a APOCOP o sentido global do clausulado que viria a integrar todos os acordos que celebrou com os seus concessionários, incluindo a A. (27.º).

32. Em Julho de 1996 a R. entregou a APOCOP a minuta do clausulado referido em 31. (28.º).

33. Desde Julho de 1996 até ao dia 29 de Setembro do mesmo ano, nem a APOCOP, nem qualquer dos “concessionários (…)” apresentou a A. qualquer observação ou comentário a minuta mencionada em 31. e 32. (29.º).

34. Em 12/7/1996 existiam cerca de quarenta concessionários “(…)” em Portugal (30.º).

35. Atento o número de concessionários “(...)” mencionados em 34., a R. decidiu negociar o teor da minuta referida em 31. a 33. com a APOCOP, em vez de o fazer com cada um dos seus concessionários (31.º).

36. Os objectivos mencionados nos “planos de acções” representam apenas os objectivos tal como previstos no início do ano civil (37.º).

37. As siglas “MTM VP”, e “MTM VCL”, mencionadas nos Planos de Acções subscritos por A. e R. referem-se, respectivamente ao “Mercado de Todas as Marcas de Veículos Particulares”, e ao “Mercado de Todas as Marcas de Veículos Comerciais Ligeiros”, e os números correspondentes a tais siglas constituem as previsões efectuadas no início do ano quanto ao número total de veículos automóveis a serem vendidos por todas as marcas, em Portugal nesse ano (38.º).

38. Em função dos números iniciais constantes dos planos de acções eram fixados os objectivos previsionais anuais, os quais iam sendo corrigidos ao longo do ano, mensalmente, em função da evolução das vendas das diversas marcas no mercado nacional (39.º e 41.º).

39. A. e R. discutiam anualmente o teor dos planos de acção (40.º).

40. Embora o “objectivo inicial” fixado para a A. em 1996 tivesse sido fixado em 364 veículos, o “objectivo final” da A. acabou por ser de 387 (42.º).

41. No ano de 1996 a A. apenas “vendeu” 284 veículos (43.º).

42. No ano de 1997 o “objectivo anual de vendas” da A, foi inicialmente fixado em 350 veículos (44.º).

43. O “objectivo anual final de vendas” para a A. referente ao ano de 1997 acabou por ser de 434 veículos (45.º).

44. Não obstante o referido em 42. e 43., no ano de 1997 a A. apenas “vendeu” 243 veículos (46.º).

45. No ano de 1997 as “vendas (...)” a nível nacional aumentaram (47.º).

46. A penetração da A. na sua “área concessionada” foi de 6,52% em 1996, e de 4,22% em 1997 (48.º).

47. A penetração da marca “(...)”, em termos nacionais, foi de 5,82% em 1996, e de 6,43% em 1997 (49.º).

48. Os veículos da marca “(...)” são comercializados em Portugal desde 1906 (51.º).

49. Nos anos de 1996 a 1998 a A. gastou, em publicidade nos meios de comunicação social, os seguintes montantes:

— Em 1996: Esc., 664.814\$00;

— Em 1997: Esc. 855.303\$00;

— Em 1998: Esc. 1.203.954\$00 (52.º).

50. Após 31/07/1998 a “concessão (...)” para a região mencionada em 5. foi entregue pela R. a sociedade “(...)” “— Comércio de Automóveis, S.A.”, nos termos do acordo escrito cuja cópia se acha a fls. 153 a 177 (53.º).

2.2. A recorrente remata as suas alegações com as seguintes conclusões:

1.^a Vem o presente Recurso de Apelação interposto da Sentença de fls., que julgou a acção totalmente improcedente e, em consequência, absolveu a R. do pedido.

2.^a A Sentença recorrida considerou lícita a rescisão do contrato de concessão que existia entre A. e R., operada por esta última, e, em consequência, não reconheceu a A. o direito ao recebimento de indemnização decorrente da ilicitude dessa rescisão e a indemnização de clientela devida pelo seu desempenho como concessionária da (...) durante trinta e sete anos. Porém,

3.^a Ao decidir no sentido da licitude da rescisão, a Sentença recorrida, salvo o devido respeito, que muito é, não fez correcta interpretação e aplicação do Direito aos factos provados e, o que é mais, não fez Justiça. Na verdade,

4.^a Por carta datada de 31 de Janeiro de 1998, a R. comunicou a A. a rescisão do contrato de concessão que existia entre

ambas, e que está documentado nos autos, com efeitos a partir de 31 de Julho seguinte.

5.ª Essa rescisão foi operada ao abrigo do disposto no n.º 2 da cláusula 3.ª do mesmo contrato, i.e. invocando o incumprimento, pela A., em 1997, dos objectivos de venda estabelecidos para esse ano e o facto de a percentagem de penetração global de veículos novos (...) na área de concessão ter sido inferior, em mais de 15%, as percentagens de penetração global de veículos novos (...) em Portugal. Acontece que,

6.ª A rescisão sub judice é ilícita, não só porque a forma como foi operada contrariou frontalmente os ditames de boa-fé contratual a que a R. estava, naturalmente obrigada, como porque se fundamentou exclusivamente na aplicação da cláusula 3.ª do contrato de concessão, que é nula.

7.ª Efectivamente a A. não atingiu no ano de 1997 os objectivos de vendas unilateralmente fixados pela R. para esse período. No entanto,

8.ª A A. tinha a expectativa legítima — criada pela R. — de que o mecanismo de rescisão da cláusula 3.ª do contrato não seria aplicado.

9.ª Por um lado, porque assim não acontecera em situações anteriores (e mesmo com outros concessionários) em que igualmente os referidos objectivos de vendas não eram atingidos e também porque nenhuma indicação houve por parte da R. de que o incumprimento de objectivos de vendas poderia passar a comprometer, de facto, a continuidade da concessão. Por outro lado,

10.ª Porque até à carta de rescisão nunca a R. tinha demonstrado a A. qualquer descontentamento com a sua actuação como concessionária, tendo, bem pelo contrário, realizado conjuntamente com A. planos de acções que previam medidas e investimentos a realizar pela A. que se prolongavam para lá da data em que operou a rescisão do contrato.

11.ª Para além de consubstanciar um manifesto *venire contra factum proprium*, a forma como a R. pôs termo a uma concessão que durou quase quarenta anos, período em que A. e R., num

são relacionamento e em articulação de esforços, promoveram a imagem e o crescimento da marca (...) no Distrito de Leiria, é claramente violadora de todos os ditames da boa-fé, designadamente os deveres de respeito e lealdade contratual,

12.^a Sendo, por isso, a rescisão ilícita.

13.^a É-o também, como se referiu, porque a cláusula 3.^a do contrato viola gravemente disposições legais de carácter imperativo, estando por isso ferida de nulidade. Na verdade,

14.^a O contrato sub judice é um contrato de adesão, composto por cláusulas contratuais gerais, de acordo com os critérios estabelecidos no artigo 1.º do DL 446/85, de 25/10, aplicando-se-lhe, em consequência, o Regime das Cláusulas Contratuais Gerais, como foi expressamente reconhecido na Sentença em crise. Ora,

15.^a Da apreciação do teor da cláusula 3.^a do contrato sub judice, resulta evidente que a mesma encerra uma série de privilégios que favorecem, de forma perfeitamente injustificável e abusiva, a posição da R., autora e proponente do texto do contrato, relativamente a A..

16.^a E considerando a ausência de qualquer processo negocial prévio a estipulação das disposições do contrato, relativamente as quais a A. não pôde efectivamente influenciar o respectivo teor, é forçosa a conclusão de que a referida cláusula 3.^a é, a luz do regime constante no DL n.º 446/85, de 25 de Outubro (na redacção que lhe foi conferida pelo DL n.º 220/95, de 31/8), designadamente do artigo 19.º als, *d*), *f*) e *g*), abusiva, proibida e, conseqüentemente, nula. Efectivamente,

17.^a E como ficou expressamente reconhecido na Sentença recorrida: "... a cláusula terceira do contrato dos autos impõe uma ficção de aceitação."

18.^a Porém, e contrariamente ao que a Sentença recorrida defendeu, a nulidade da cláusula em apreço por força da aplicação do disposto na al. *d*) do art. 19.º do RCCG não é afastada pela alegada "relevância preponderante" que a definição e cumprimento de objectivos de vendas teria no quadro negocial em causa (concessão comercial).

19.^a Desde logo, porque não há qualquer relevância preponderante. Como defende a doutrina mais autorizada, a definição de objectivos anuais de vendas não assume qualquer “relevância preponderante” no contrato-quadro que é a concessão comercial, não sendo a obrigação principal do contrato, nem sequer, como também reconhece a Sentença (cfr. fls 703), uma obrigação essencial do mesmo. Acresce que,

20.^a Da aplicação conjunta dos n.ºs 1 e 2 da cláusula 3.^a resulta que a ficção de aceitação imposta pela R. pode vir a ter consequências tão graves para o concessionário como a rescisão do próprio contrato, porquanto num primeiro momento o Concedente (a R.) determina que a definição desses objectivos é feita por si, impondo no contrato uma ficção de aceitação dos mesmos pelo Concessionário (A.), e, num segundo momento, estipula que o não cumprimento desses objectivos de acordo, com os parâmetros também por si definidos, lhe dá a possibilidade de resolver o contrato... — como, aliás, aconteceu nos autos. Donde,

21.^a O problema não residir apenas na pura e simples ficção de aceitação (já por si ilícita), ou sequer na definição unilateral de objectivos pela R., mas, sobretudo, na forma como os objectivos são definidos, na forma como são ficcionadamente aceites e nas consequências que da ficção de aceitação podem advir para o concessionário, nos termos do n.º 2 da mesma cláusula.

22.^a Não pode, pois, deixar de considerar-se a cláusula 3.^a do contrato sub judice como abusiva nos termos da al. d) do mesmo artigo 19.º do RCCG. Acresce que,

23.^a O contrato de concessão é, por natureza, um contrato estável e que exige da parte do concessionário avultados investimentos, para mais quando se trata de uma concessão de automóveis, como é o caso, em que, para além da estrutura de comercialização de veículos e de peças, é assegurada pelo concessionário, ao consumidor final, a assistência pós-venda, o que implica a existência de stands, oficinas, serviços administrativos, etc.

24.^a Como se diz na Sentença — e bem — a al. f) do artigo 19.º do RCCG tutela a expectativa de uma certa estabilidade

da relação contratual, sempre que uma das partes tenha realizado investimentos.

25.^a Para os efeitos da al. *f*) do artigo 19.º do RCCG, o termo “denúncia” aí usado não pode ser interpretado em sentido estrito, devendo entender-se aplicável a qualquer decisão de pôr termo a um contrato sem justa causa objectiva.

E efectivamente,

26.^a Com o esquema de articulação dos nos 1 e 2 da cláusula 3.^a do contrato montado pela R., a verdade é que, mesmo sem justa causa, a R. poderia, de acordo com a literalidade do contrato, rescindir a relação contratual com o concessionário.

27.^a Quanto a questão dos investimentos, o único requisito da al. *f*) do artigo 19.º do RCCG é que tenham sido exigidos a parte que não elaborou (nem teve oportunidade de contribuir para a respectiva conformação negocial) o clausulado do contrato investimentos ou outros dispêndios consideráveis.

28.^a Ora, como resulta do teor dos planos de acções cuja iniciativa era, como ficou demonstrado, da R. (...), entre tais investimentos (concluídos ou em fase de conclusão pela A.) contavam-se, por exemplo, “a modernização do stand” situado do centro de Leiria, a “construção de um pavilhão novo para instalações da oficina ao lado da actual”, a aquisição de um terreno, promoção de um loteamento, realização dos referidos projectos e obras, para construção de uma “instalação integrada”, etc...

29.^a Tais investimentos não poderão deixar de ser forçosamente qualificados como “investimentos consideráveis”, que envolvem “dispêndios consideráveis”.

30.^a Aliás, como é do senso comum, a própria natureza do contrato sub *judice* determina que se hajam de considerar os investimentos regulares da A. como “consideráveis”, não sendo, sequer, imaginável que se possa instalar e manter uma concessão de veículos da marca (...), que actue em exclusivo nos concelhos de Leiria, Marinha Grande e Batalha, com investimentos modestos, irrelevantes ou despiciendos.

31.^a A disposição legal em causa não exige que os investimentos ou dispêndios sejam desproporcionados ou descomuns. Exige apenas “consideráveis”, e, no caso, é evidente que o foram.

32.^a Não pode, pois, deixar de considerar-se a cláusula 3.^a como abusiva, também nos termos da supra referida al. f) do artigo 19.º do RCCG.

33.^a A mesma cláusula 3.^a é ainda abusiva nos termos da al. g) do artigo 19.º do RCCG. É que,

34.^a A forma como está construída leva a que seja sempre o concessionário a suportar o custo da arbitragem a que recorra por discordância com os objectivos de vendas fixados pela R., independentemente da eventual obtenção de vencimento.

35.^a A própria Sentença é inequívoca ao reconhecer que, “... nenhum interesse atendível justifica que a cláusula contratual em análise estabeleça que o custo da arbitragem é sempre suportado pela parte que recorre a arbitragem, ou seja, ao concessionário.” Acresce que,

36.^a Contrariamente ao entendido na Sentença recorrida, a disposição em causa implica graves inconvenientes para o concessionário (a A.), sem que quaisquer interesses atendíveis do concedente o justifiquem (a R.).

37.^a É do conhecimento comum que as arbitragens são um meio de resolução de conflitos dispendioso. Muito mais dispendioso do que o recurso aos tribunais que sejam comuns.

38.^a Uma cláusula, como a 3.^a do contrato em causa, em que uma das partes estabelece a regra de que é sempre a outra a suportar o custo da arbitragem, seja qual for a decisão, está inequivocamente a estabelecer um foro que envolve grave inconveniente para a parte que fica com esse encargo, ademais quando se sabe que os custos de uma arbitragem são avultados.

39.^a E tem, como é evidente, o único (ilegítimo) objectivo de desincentivar o recurso a arbitragem pelo concessionário, o que tem como consequência directa a aceitação, sem reservas, pelo concessionário dos objectivos de vendas unilateralmente

fixados pela R. — motivação que é a todos os títulos censurável. Por outro lado,

40.^a Não há nenhum interesse da R. — legitimamente atendível, entenda-se — que justifique o estabelecimento de um foro que envolva esse grave inconveniente para o concessionário. Donde,

41.^a Também por esta razão é nula a cláusula 3.^a do Contrato, como não poderá deixar de ser reconhecido pelo Venerando Tribunal ad quem. Em suma,

42.^a A cláusula 3.^a do contrato sub *judice*, da inteira autoria da R., que a impôs a A. sem a possibilidade de qualquer negociação, está ferida de nulidade por manifesta ofensa ao Regime das Cláusulas Contratuais Gerais, em diversas vertentes,

43.^a E mais do que apenas apreciar cada uma das ofensas ao RCCG de *per si* importa sobretudo olhar para a cláusula no seu todo; para a sua origem; para os seus objectivos; e para a sua absoluta incompatibilidade com os interesses tutelados pelo RCCG, não podendo concluir-se senão pela integral nulidade da cláusula, reconhecendo-se assim a A. a tutela das alíneas *d)*, *f)* e *g)* do DL n.º 446/85, de 25 de Outubro (na redacção que lhe foi conferida pelo DL n.º 220/95, de 31/8).

44.^a Ao decidir contrariamente, a Sentença recorrida interpretou e aplicou incorrectamente as referidas disposições do RCCG. Acresce que,

45.^a A cláusula compromissória contida na cláusula 3.^a do Contrato sub *judice* não se limita a fazer a especificação referida no artigo 2.º n.º 3 da Lei da Arbitragem Voluntária (Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto), impondo, pelo contrário, critérios segundo os quais o árbitro deve decidir o litígio, neles incluindo o da necessária consideração da “política comercial que o importador pretende prosseguir para o ano em consideração”, i. e., o da sua própria política.

46.^a Esta imposição de critérios desrespeita também o disposto no artigo 22.º da LAV, sendo que o critério “atender a polí-

tica comercial do Importador” subverte toda a lógica de isenção e equidade que deveria presidir ao mecanismo arbitral.

47.^a Ao decidir contrariamente, fez a Sentença recorrida errada interpretação e aplicação do disposto nos artigos 2.º n.º 3 e 22.º da Lei da Arbitragem Voluntária, não podendo, também por esta razão, deixar de se julgar a cláusula 3.^a do contrato *sub judice* inválida. Por último,

48.^a Há ainda que reconhecer a invalidade da referida cláusula 3a do contrato por violação do Regulamento (CE) 1.475/95, de 28 de Junho. Com efeito,

49.^a A expressão “nomeadamente”, constante do n.º 3 do artigo 4.º do referido Regulamento pode significar que o preceito não contém uma enumeração exaustiva dos critérios que podem ser considerados na definição dos objectivos de vendas, mas não permite a conclusão de que são admitidos todos e quaisquer critérios, designadamente os que correspondam, no fundo, a vontade exclusiva de uma das partes. Pelo que,

50.^a A imposição do critério “atender a política comercial do Importador” na cláusula contratual em apreço, atentas as razões supra referidas, desrespeita o referido n.º 3 do artigo 4.º do Regulamento (CE) 1.475/95. Mas acresce a este facto que,

51.^a A cláusula 3a em análise viola ainda de forma mais grave, mas por outra razão, o disposto no mesmo artigo 4.º n.º 3, e bem assim o disposto no artigo 5.º n.º 3, ambos do Regulamento (CE) n.º 1.475/95. Assim é que,

52.^a A cláusula 3.^a consagra como critério de fixação de objectivos anuais de vendas a política comercial da R. e permite a resolução do contrato por incumprimento desses objectivos anuais, quando, nos termos do Regulamento ora em apreço, “procurar vender” a quantidade mínima fixada pelo concedente constitui apenas uma obrigação de meios, e não uma obrigação de resultados, sendo como tal, insusceptível de consubstanciar motivo de rescisão lícita por incumprimento de “obrigações essenciais” do concessionário, por força do disposto no n.º 3 do artigo 5.º do mesmo Regulamento.

53.^a A própria Sentença recorrida reconheceu que a obrigação de “procurar vender” o número de veículos definido pela R. (cfr. n.º 1 da cláusula 3.^a) não é uma obrigação essencial no contrato sub judice, ao afirmar que “... assiste razão a A. em sustentar que a mera inobservância dos objectivos de vendas não constitui incumprimento de obrigações essenciais do contrato...”. Entendimento que é, aliás, subscrito pela doutrina mais autorizada, designadamente pelo Prof. Pinto Monteiro e pela D.^{ra} Maria Helena Brito, conforme citações supra.

54.^a É, pois, forçoso reconhecer a invalidade da Cláusula 3.^a, por manifesta violação do disposto nos artigos 4.º n.º 3 e 5.º n.º 3 do Regulamento (CE) n.º 1.475/95 da Comissão, de 28 de Junho de 1995. Acresce que,

55.^a Não ficou, por qualquer forma, provado nos autos que a A. não tenha procurado atingir os objectivos de venda definidos pela R., nem que o não atingir desses objectivos em 1997 se tenha devido a qualquer comportamento culposo ou negligente da A.

Em suma:

56.^a De todo o exposto resulta inequívoco que a Cláusula 3.^a do Contrato de Concessão de Duração Indeterminada, celebrado entre a R. (...) Portugal e a (...), em 01.10.1996, é nula por violação das disposições injuntivas supra identificadas do Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais, da Lei da Arbitragem Voluntária e do Regulamento (CE) 1.475/95, de 28.06 (artigo 294.º do Código Civil),

57.^a Devendo, em consequência, considerar-se, por força do regime previsto no n.º 2 do artigo 13.º do D.L. n.º 446/85, de 25 de Outubro, ou das regras gerais de redução ou conversão dos negócios jurídicos (artigos 292.º e 293.º do Código Civil), como expurgado o contrato da parte viciada, isto é da referida Cláusula 3.^a.

58.^a E nesses termos, não pode também deixar de considerar-se, para todos os legais efeitos, como ilegal a rescisão do Contrato de Concessão operada pela R. (...). Assim sendo, como é,

59.^a Considerando que, de acordo com a Cláusula 13.^a n.º 2 do Contrato, a R. sempre poderia por termo a relação contratual

com um pré-aviso de, pelo menos, 1 ano, a A. reclama a tal título, nos termos previstos no artigo 29.º n.º 2 do DL n.º 178/86, de 3/7 (aplicável a cessação dos contratos de concessão, como é pacificamente reconhecido na doutrina e na jurisprudência), o montante correspondente a remuneração média mensal da A. com a concessão sub *judice*, multiplicada pelo número de meses em falta de pré-aviso (i. e., 6), e

60.^a Atendendo a que o resultado líquido mensal da (...) com o negócio (...) correspondia, em 1997, como ficou provado nos autos (cfr. ponto 21 dos factos provados — fls. 681), a Esc. 2.795.611\$66,

61.^a Deve a R, ser condenada a pagar a A., a este título, a quantia de € 83.666,71, a que devem acrescer juros legais de mora, a partir de 31 de Julho de 1998 e até integral pagamento.

62.^a Deve ainda a R. ser condenada a pagar a A. uma indemnização de clientela porquanto, independentemente da ilicitude da rescisão, se encontram verificados os pressupostos legais da sua atribuição (artigo 33.º do DL n.º 178/86, de 3 de Julho de 1986). Com efeito,

63.^a Ficou provado nos autos que a A. foi concessionária exclusiva da marca (...), nos concelhos de Leiria, Marinha Grande e Batalha, desde o início da sua actividade, em 1961, tendo sido, desde então e até Julho de 1998 a face visível da marca (...) na região abrangida pela Concessão.

64.^a A A. foi a grande responsável pela angariação e fidelização da clientela (...) nos referidos concelhos durante 37 anos.

65.^a E é inegável que o fez com qualidade, competência e bons resultados, porque só isso justifica que tenha mantido a concessão da marca “(...)” durante quase quatro décadas. Por outro lado,

66.^a É evidente que a R. está, desde Julho de 1998, a usufruir e a beneficiar da actividade desenvolvida pela A., sendo que para o preenchimento deste requisito legal é, conforme reconhecido pela doutrina, totalmente indiferente o facto da R. ter designado um novo concessionário para a região. Acresce que,

67.^a Desde o terminus da relação contratual com a R., não recebeu a A. qualquer retribuição, compensação ou vantagem decorrente de quaisquer contratos concluídos posteriormente com os Clientes (...) angariados e fidelizados por si.

68.^a É também incontornável que o pressuposto exigido pelo n.º 3 do artigo 33.º do diploma em questão se verifica no caso dos presentes autos, porquanto, o contrato sub judice não cessou por razões imputáveis a A., mas antes a R., que o rescindiu ilícitamente.

69.^a Ainda que se viesse a entender ser lícita a rescisão contratual operada pela R., o que só a benefício de raciocínio, e sem conceder, se refere, sempre seria de excluir o afastamento do direito a indemnização de clientela previsto no n.º 3 do artigo 33.º do DL n.º 178/86.

70.^a É que, atenta a natureza e finalidade do instituto, só o incumprimento contratual propriamente dito, motivado por actuação culposa ou negligente, capaz de gerar no principal (ou no concedente) o direito a ser ressarcido pela contraparte (o agente ou concessionário), pode preencher a “factispecie” do n.º 3 do artigo 33.º, afastando o direito a receber a indemnização de clientela. Daí que,

71.^a Apenas a cessação do contrato com fundamento em comportamento culposo do concessionário, possa afastar esse direito. Ora,

72.^a Como se disse, não ficou demonstrado nos autos que a cessação do contrato tenha tido fundamento em comportamento doloso, ou mesmo negligente, da A., i.e., nada nos autos evidencia qualquer incumprimento da A. susceptível de enquadrar o conceito de imputabilidade ínsito no referido n.º 3 do artigo 33.º do Regime Jurídico do Contrato de Agência. Pelo contrário.

73.^a Ao não decidir de acordo com a interpretação do disposto no n.º 3 do artigo 33.º do D.L. n.º 178/86, de 3 de Julho de 1986 que se vem de referir e, conseqüentemente, ao não arbitrar a A. uma indemnização de clientela, fez a Sentença errada interpretação e aplicação desse preceito legal.

74.^a A A. efectuou, dentro do prazo legal, a comunicação a que se refere o n.º 4 do art. 33.º do Regime Jurídico do Contrato de Agência.

75.^a Encontram-se, assim, integralmente reunidas as condições para a atribuição a A. de indemnização de clientela nos termos previstos na lei, a qual —atendendo a duração do contrato e a circunstância do mesmo se ter iniciado em 1961, sendo imputável a A. e ao seu esforço a implantação que a (...) tem hoje nos concelhos de Leiria, Batalha e Marinha Grande se deve fixar, nos termos previstos no art. 34.º do DL n.º 178/86, no máximo legalmente admitido.

76.^a Considerando que ficou provado que, entre 1994 e 1998, a A. obteve com o negócio (...) os resultados líquidos anuais descritos no ponto 21 dos factos provados (cfr. fls. 681), deve a R. ser condenada a pagar a A., a título de indemnização de clientela, quantia correspondente a média de tais resultados, i.e., o montante de € 159.109,68 (contravalor de Esc. 31.898.626\$80), acrescido de juros legais de mora, a partir de 31 de Julho de 1998, e até integral pagamento.

Termos em que, com o douto suprimento de V. Ex.^{as} que expressamente se invoca, deve ser dado provimento ao presente recurso, revogando-se a decisão recorrida e, em consequência, julgar-se a acção proposta totalmente procedente.

2.3. A recorrida contra-alegou, concluindo nos seguintes termos:

1) Não merece qualquer censura ou reparo a douta sentença proferida nos presentes autos que, considerando válida a resolução do contrato operada pela R., ora Apelada, julgou a acção improcedente.

2) Assiste inteira razão a ora Apelante quando afirma existir um lapso de escrita no relatório de facto constante da douta decisão, porquanto, o artigo 52.º da base instrutória, e o valor gasto em publicidade aí referido, reportam-se, de facto, ora Apelada.

3) Sem prejuízo de o lapso dever ser rectificado, não pode, porém, tal facto ter qualquer relevância em benefício da posição que pela Apelante é pugnada nos autos, sendo-lhe, bem inversamente, desfavorável, como se verá mais adiante.

4) Apelante e Apelada mantiveram entre si o contrato cuja cópia se encontra junta aos autos de fls. 31 a 55 e ao qual se reporta a alínea j) dos factos assentes, sendo inquestionável que tal pode ser qualificado como sendo de “concessão comercial”.

5) Na sua essencialidade mais pura, o contrato de “concessão comercial”, reconduz-se a uma obrigação sinalagmática, cabendo ao concessionário adquirir os produtos que lhe são fornecidos pelo concedente e, subsequentemente, comercializá-los no mercado.

6) Pelo seu lado e correspectivamente, o concedente encontra-se vinculado a fornecer os produtos por si comercializados ao concessionário para que este proceda a sua revenda no mercado.

7) Ambas as partes, colaboram num escopo comum, que corresponde à colocação dos produtos que são objecto do contrato no mercado, por forma a auferirem ambas o lucro que decorra dessa actividade.

8) Para além dessa dupla obrigação, que se repercute no tempo e que leva a qualificar a “concessão comercial” como um contrato quadro, na medida em que envolve a celebração de futuros contratos de fornecimento, outras obrigações resultam, em regra, da generalidade dos contratos com essa natureza.

9) Essas obrigações, laterais ou acessórias, encontram-se funcionalizadas a obrigação principal que se descreveu e visam, ainda, o objecto essencial do contrato, que se reconduz a comercialização no mercado dos produtos que dele são objecto, proporcionando a ambas as partes o lucro correspectivo.

10) No caso vertente, a Apelante obrigou-se, como concessionário da Apelada, a adquirir os veículos por esta comercializados e a proceder a sua venda no mercado ao qual se circunscrevia, por delimitação contratual, a sua actividade tendo-se vinculado, ainda, a cumprir as obrigações conexas com essa comercialização e ainda incluídas dentro da base essencial do contrato, e que respei-

tavam a prestação dos serviços de pós venda relativos aos veículos em causa.

11) Para além dessas obrigações, e de forma lateral e acessória, a Apelante encontrava-se vinculada a diversas outras obrigações, funcionalizadas aquela outra, que assumiu a título principal, e que respeitavam ao modo pelo qual a sua actividade deveria ser desenvolvida, sendo-lhe exigido procedesse a comercialização de veículos e a prestação dos serviços de pós venda de forma adequada e cumprindo diversas obrigações acessórias para que fossem cumpridos os objectivos comuns a ambas as partes e respeitantes ao aumento das vendas e dos consequentes lucros.

12) A realização de objectivos de venda era uma das suas obrigações essenciais do contrato, pois, nos termos desse contrato, a Apelante obrigou-se, a título principal, a adquirir a Apelada os veículos por esta comercializados para os revender no mercado que lhe estava atribuído,

13) Apesar de não terem sido fixados volumes mínimos de aquisição a que a Apelante ficasse vinculada, a fixação de objectivos de vendas, reportava-se, ainda a essa obrigação essencial.

14) Com efeito, ao invés de terem sido fixados volumes mínimos de vendas de forma positiva, esses volumes foram estabelecidos negativamente, correspondendo, em ambos os casos, a sua não verificação a um incumprimento, por parte da Apelante, da principal obrigação a que se vinculou.

15) A realização de objectivos transcende uma pura obrigação lateral do contrato, referente a forma das vendas ou a integração na rede do concedente e reconduz-se a uma das formas pelas quais é possível ser quantificada ou concretizada a obrigação principal que adstringe o concessionário, bastando, para assim concluir ver que o escopo comercial do concedente e que o leva a celebrar ou a manter um contrato com esta natureza é, exactamente, a venda dos produtos que comercializa, no mercado, através do concessionário.

16) A cessação do contrato foi efectuada pela Apelada através da comunicação junta aos autos a fls. 61 e que é referida na alínea *k*) dos factos assentes através da qual esta operava essa cessação, nos termos da sua cláusula 3., com fundamento no incumprimento

por parte da Apelante dos objectivos de vendas estabelecidos também nos termos contratuais.

17) Revestiu, pois, a forma de uma resolução que, por ser efectuada de acordo e ao abrigo do contrato, tem natureza convencional e que não pode, senão, ser imputada ao incumprimento por parte da Apelada, uma vez que, esta, se encontrava vinculada a cumprir os objectivos de vendas fixados anualmente.

18) A carta através da qual Apelada operou a resolução do contrato, não teve um carácter inesperado, não se compreendendo, sequer, como pode a Apelante invocar que o comportamento daquela lhe deu positivamente a entender que relação contratual iria manter-se.

19) O descontentamento da Apelada, devidamente manifestado a Apelante, resulta da matéria provada nos autos, nomeadamente, das respostas aos artigos 15.º a 26.º da base instrutória.

20) A “expectativa legítima” ou a “convicção” de que não seria operada a resolução do contrato invocada pela Apelante, não apenas não encontra apoio factual, como é mesmo contrariada pela matéria que resultou demonstrada.

21) De todo o modo e correspondendo a resolução a uma faculdade que é conferida à parte não faltosa no âmbito do contrato, quando exista fundamento que a legitime, está na inteira disponibilidade desta a sua utilização, desde que não o faça de modo abusivo.

22) Aliás, no ano de 1996, a Apelada nem sequer, poderia face a cláusula nos termos da qual efectivou no ano subsequente a resolução, ter resolvido o contrato, pois, embora a Apelante não tenha cumprido os objectivos de vendas a sua penetração não foi inferior à penetração nacional em 15%.

23) A Apelante invoca expressamente a contradição entre o exercício da faculdade de resolução por parte da Apelada e a finalidade pela qual foi exercida, mas essa invocação, não se baseia em quaisquer factos concretos que a possam apoiar, remetendo-se apenas para ilações vagas, com as quais se procura imputar um comportamento ou um escopo a Apelada que nunca existiram e são até contrariados pela matéria que resultou provada.

24) Resulta demonstrado que no ano em questão, de 1997, a Apelante não cumpriu os objectivos de vendas, sendo, por isso, absolutamente válida e legítima a resolução operada com base nesse incumprimento.

25) Assim e tomando em conta os objectivos anuais fixados que resultavam, como ficou demonstrado, da correcção efectuada, ao longo do ano, mensalmente e em função da evolução do mercado de veículos (resposta aos artigos 39.º e 41.º da base instrutória), o objectivo foi de 434 veículos (resposta ao artigo 45.º da base instrutória), tendo a Apelante vendido 243 veículos (resposta ao artigo 46.º da base instrutória).

26) Uma vez que nos termos do contrato a resolução era permitida caso não fossem atingidos os objectivos em pelo menos 90%, esta foi absolutamente válida, face a percentagem de apenas 56% atingida.

27) E tal situação de incumprimento verificou-se igualmente, tomando em conta os objectivos provisionais fixados no início de cada ano, e discutidos aquando da realização do plano de acções (resposta ao artigo 40.º da base instrutória) que foi de 350 veículos (resposta ao artigo 44.º da base instrutória).

28) Mais uma vez a Apelante apenas atingiu 69% do objectivo fixado, estando, por isso, bem longe dos 90% que lhe eram exigidos pela mencionada cláusula do contrato.

29) Essa cláusula 3. permitia a resolução, se para além do incumprimento dos objectivos, a penetração da Apelante na sua área de actividade fosse inferior em 15%, face a penetração da Apelada no território nacional.

30) E ficou demonstrado que a penetração da marca “(...)” em termos nacionais foi de 6.43% (resposta ao artigo 49.º da base instrutória) o que permitia, uma variação de apenas 0.964, ou seja, a penetração da Apelante não poderia ter sido inferior a 5.46%.

31) Ora, a penetração desta foi de, apenas, 4.22%, bastante inferior a esse limite que estava contratualmente fixado, pelo que, a resolução foi, por isso, válida e efectiva.

32) E sem prejuízo de, desde já se adiantar que cláusula 3. do contrato é perfeitamente válida como se verá adiante, cabe verificar que o contrato em questão não foi o primeiro a ser celebrado

entre as partes, correspondendo a uma versão alterada do anterior contrato vigente, cuja cópia foi junta em audiência de julgamento pela Apelante, e no qual a Apelada assumiu a posição que antes era “Morar”.

33) E, nesse contrato, existia já uma cláusula com teor semelhante aquela que agora está em questão, na qual se atribuía a Apelada a faculdade de resolução, caso os objectivos não fossem cumpridos em 85% e a penetração fosse inferior em 1.5.

34) É evidente que, ainda que fosse inválida a cláusula 3. do contrato como pretende a Apelante, na sua versão alterada, sempre seria válida a versão original deste, a qual não foi por ela impugnada.

35) E, atentos os valores referidos antes e demonstrados nos autos, por a Apelante ter atingido os objectivos em apenas 55.99% (considerando os objectivos finais) ou em 69% (considerando os objectivos iniciais), a resolução sob esse aspecto era permitida.

36) Como também seria permitida, face aos valores de penetração provados, uma vez que, a penetração da Apelante, face a da Apelada, de 6.43%, não poderia ser inferior a 4.93%, atenta a variação de 1.5 permitida, e foi apenas de 4.20%.

37) A Apelante entende que o contrato a que se vem fazendo referencia, na sua versão de 1996, se encontra sujeito ao regime das cláusulas contratuais, gerais, tendo sido pré determinado pela Apelada, sem que lhe fosse dada possibilidade de negociar ou discutir o seu clausulado.

38) Mas, da matéria que ficou demonstrada nos autos resulta exactamente o contrário, ou seja, que a Apelada decidiu negociar o contrato com a “Apocop”, organização que representava os seus diversos concessionários (resposta ao artigo 31.º a base instrutória).

39) E que, tendo sido entregue em Julho, a minuta desse contrato a “Apocop” (resposta ao artigo 28.º a base instrutória), nem esta, nem qualquer concessionário, incluindo a Apelante, apresentaram qualquer observação ou comentário a essa minuta (resposta ao artigo 29.º a base instrutória).

40) Se a Apelante pretendia, efectivamente, negociar o contrato e tinha conhecimento da sua minuta através da “Apocop”, não se compreende porque razão não se dirigiu a Apelada para o fazer.

41) Para que o contrato possa ser qualificado como sendo de “adesão” não é suficiente que tenha sido pré-elaborado pela Apelada, sendo ainda necessário que, esta, não tivesse, sobre ele, permitido qualquer discussão ou negociação, o que, manifestamente, não aconteceu, pois, esta facultou a sua apreciação e discussão a “Apocop” e nunca se furtou a discuti-lo com qualquer dos seus concessionários, nem nunca se negou a introduzir nele qualquer alteração que lhe fosse sugerida ou a sujeitá-la a negociação.

42) Saliente-se que o contrato, como bem sabiam as partes, deveria entrar em vigor em 1 de Outubro de 1996, data em que se iniciava a vigência de o novo regulamento da União Europeia que motivara a sua alteração, não se compreendendo como poderia, em bom rigor, ser negociado na data em que a “Apocop”, por fim, reagiu — 29 de Setembro desse ano.

43) Entendeu-se na douta decisão que é objecto de recurso, que não ficou demonstrado o carácter rígido do contrato ora em causa mas que, cabendo o ónus da prova de que o contrato assim não o era sobre a Apelada e não tendo tal facto sido provado, este se encontra sujeito ao regime das cláusulas contratuais gerais.

44) Não obstante, da matéria de facto que ficou provada a esse respeito, resulta que o contrato foi, efectivamente, sujeito a negociação, não com a Apelante directamente, mas, com esta através da organização que a representava.

45) Aliás, é evidente face ao teor dos documentos juntos com a p.i. sob os n.ºs 7 e 8, que a Apelante integrava e era representada por essa associação, pois respondeu ao envio da minuta contratual que lhe foi enviada pela Apelada através de comunicação cuja minuta foi preparada e lhe foi entregue pela “Apocop”.

46) Assim, os contactos efectuados com essa associação, que representava a Apelante, demonstram, que o contrato esteve sujeito a negociação, não se limitando a Apelada a apresentar a sua minuta aquela para que, unicamente, o aceitasse ou recusasse.

47) Alarga-se, por isso, o objecto do presente recurso, nos termos do Art.º 684-A, do C.P.C., para que a aplicabilidade aos autos da disciplina das cláusulas contratuais seja também apreciada.

48) Mas ainda que estivesse sujeito ao regime das cláusulas contratuais gerais, essa sujeição não tomaria, por si só e automati-

camente, nulas as suas cláusulas, ou a sua cláusula 3., sendo necessário que esta se revelasse proibida face a essa legislação.

49) Nem sequer pode compreender-se a invocação que sob este aspecto é apresentada pela Apelante, pois, desde logo e para os efeitos da cláusula 3. e no aspecto que agora importa considerar, é irrelevante o foro previsto pelo contrato (alínea g) do Art.º 19.º do Decreto-Lei 446/85, de 25 de Outubro).

50) Não se vê, também, que ficção de recepção ou de manifestação de vontade que se estabelece que pudesse ser proibida pela alínea d) do Art.º 19.º do Decreto-Lei 446/85, de 25 de Outubro, uma vez que, é até prevista a solução por via da arbitragem nos casos em que existam diferendos quanto aos objectivos previstos, tanto mais, que os objectivos provisionais eram fixados nos planos de acções, onde eram discutidos (resposta ao artigo 40.º da base instrutória).

51) Nem na cláusula em causa se prevê uma situação de denúncia, mas, como já se apontou, um caso de resolução, o que afasta o campo de previsão da alínea f) do Art.º 19.º do Decreto-Lei 446/85, de 25 de Outubro, que, de resto exigiria, para ser aplicada e que a Apelante tivesse demonstrado ter efectuado, por for a do contrato, investimentos consideráveis, o que esta não fez.

52) E nada impediria, ainda que a esse contrato fosse aplicado o regime previsto para as cláusulas contratuais gerais, que nele fosse inserida tal cláusula .que visa reagir contra o incumprimento por parte da Apelante de obrigação principal que a adstringia e o frustrar dos objectivos da Apelada.

53) Aliás, e as disposições citadas pela Apelante, referem-se apenas aos casos em que as cláusulas que a elas se subsumam sejam apenas relativamente proibidas, havendo, para aquilatar sua validade, que analisar a sua relevância na dinâmica do contrato e dos interesses em jogo.

54) A alínea d) do Art.º 19.º do Decreto-Lei 446/85, de 25 de Outubro, apenas proíbe e ainda assim de forma relativa, as cláusulas que imponham ficções de recepção, de aceitação ou de outras manifestações de vontade, com base em factos para tal insuficientes.

55) E na cláusula em causa, estabelece-se que a Apelada teria a iniciativa para definir os objectivos de vendas por proposta

apresentada a Apelante, que, esta, caso não a aceitasse poderia contestar tal objectivo, que em caso de desacordo, qualquer das partes poderia recorrer a arbitragem, e se assim não acontecesse, considerar-se-ia fixado o objectivo proposto pela Apelada.

56) Não está em causa nestes autos qualquer desacordo da parte da Apelante face aos objectivos fixados, não havendo matéria de onde se possa retirar ter existido tal desacordo sendo, pois, a questão suscitada no plano abstracto e unicamente para, por essa via, obter a anulação de toda a cláusula 3., que permitiu a Apelada operar a resolução do contrato.

57) Só se tivesse sido invocado e demonstrado pela Apelante o seu desacordo face aos objectivos propostos faria sentido aferir da validade da cláusula sob o prisma que é apresentado, o que não sucede nestes autos, pelo que, se torna irrelevante a pretendida apreciação.

58) A procedência da nulidade invocada, de facto, apenas poderia ter efeitos na parte da cláusula que considera no silêncio da Apelante fixados os objectivos propostos pela Apelada, ficando esta amputada dessa parte, mas mantendo todo o seu restante teor.

59) E não estando sob apreciação nestes autos qualquer desacordo quanto a fixação de objectivos, será irrelevante a manutenção, ou não, desse aspecto da cláusula em causa.

60) Não obstante, a norma antes citada apenas proíbe — e ainda assim — relativamente a ficção que não tenha fundamento suficiente, e não reagindo a Apelante perante o objectivo que lhe proposto e do qual lhe foi dado conhecimento, existe suficiente fundamento para que a sua aceitação seja ficcionada.

61) Aliás, sendo a fixação do objectivo de vendas no interesse primordial da Apelada, que dessa forma poderá aferir do comportamento comercial do concessionário e do cumprimento por parte deste na sua obrigação essencial na dinâmica do contrato, não se justifica que tal definição ficasse impedida pelo desacordo deste.

62) E nem sequer a Apelante ficaria sujeita, sempre, mesmo sem o seu acordo, aos objectivos fixados, porquanto sempre tinha os meios ao seu alcance que lhe permitiam opor-se a essa decisão;

63) A alínea *f*) do Art.º 19.º do Decreto-Lei 446/85, proíbe, e mais uma vez de forma apenas relativa, as cláusulas que colocam

na disponibilidade de uma das partes a possibilidade de denúncia imediata ou com pré-aviso insuficiente, sem compensação adequada, do contrato quando este tenha exigido a contra parte investimentos ou outros dispêndios consideráveis.

64) A denúncia constitui manifestação de uma partes, através de simples de declaração, de pôr fim a um contrato, sem que lhe seja necessário invocar qualquer fundamento ou razão que justifique tal decisão, pois, como ensinava o saudoso Prof. Mota Pinto “nela se manifesta uma pura e simples vontade não carecida de justificação (uma nuda voluntas) do autor (*Teoria Geral do Direito Civil*, 3.^a edição, Coimbra, 1999, pág. 622).

65) A disposição referida visa, por isso, impedir que, por um acto livre e sem necessidade de qualquer justificação ou fundamento, seja posto fim, por uma das partes, a contratos com carácter de estabilidade e que pelos dispêndios originados possam prejudicar a contraparte.

66) É inequívoco que a tal preceito legal não é adequado, quer face a sua letra, quer face ao seu fundamento e finalidade, a aplicar-se a outras situações, como inesperada) ou as de resolução (em que a cessação do contrato tem fundamento o incumprimento de alguma ou de algumas das obrigações nele previstas).

67) E, nos presente autos, o contrato foi resolvido com base em cláusula que o permitia, face ao incumprimento por parte da Apelante dos objectivos fixados, incumprimento que, como se apontou já, se reconduz, afinal, ao incumprimento da principal obrigação que a adstringia.

68) A disposição mencionada não é susceptível de englobar na sua previsão, os casos de cessação, como o dos autos, que se fundem em incumprimento, o que seria, até, contrário até a ordem pública.

69) Mas ainda que assim não fosse, nem por isso, poderia prevalecer a posição pugnada pela Apelante, porquanto, não estão alegados ou demonstrados quaisquer investimentos que esta tenha efectuado por força do contrato, tendo, o investimento considerado na douda decisão relativo a publicidade, sido, como se viu efectuado, não como por mero lapso se considerou pela Apelante, mas, outrossim, pela Apelada.

70) De nada vale à Apelante vir, nesta sede, tentar alegar e demonstrar o que não fez antes, uma vez, que nem sequer lhe bastaria ter demonstrado a realização de investimentos ou outros dispêndios por força do contrato, sendo necessário que provasse que estes haviam sido consideráveis.

71) Aliás, sempre seria impossível demonstrar esse nexo de causalidade, entre o contrato e os supostos investimentos, por ter ficado demonstrado que a Apelante, era e é também concessionária de outra marca automóvel, confundindo-se ambas as actividades (vd. resposta aos artigos 14.º e 24.º da base instrutória).

72) Por essa razão, ainda que investimentos tivesse efectuado, esses investimentos, em regra, nunca seriam perdidos pela simples cessação do contrato, e é acenas essa, a situação que a norma referida pretende evitar.

73) Nos presentes autos não está em causa qualquer foro convencional, não tendo, igualmente, ficado demonstrado qualquer desacordo face aos objectivos fixados ou qualquer recurso a arbitragem que decorresse desse desacordo.

74) Mais uma vez, a Apelante, procura, através de uma questão que não se discute nos presentes autos, obter a anulação total da cláusula 3., do contrato, para evitar as consequências do seu incumprimento.

75) Mas, ainda que a sua posição pudesse prevalecer, a nulidade de tal cláusula seria apenas parcial, ficando apenas amputada da cláusula compromissória e devendo entender-se que, esta, se manteria, sendo o desacordo quanto aos objectivos resolvido pelos meios comuns.

76) De qualquer forma, nada há de inválido na cláusula em causa, a luz daquilo que determina a alínea g) do Art.º 19.º do Decreto-Lei 446/85, que apenas impede que se estabeleça um foro que envolva prejuízos para uma das partes sem que nele haja interesse relevante da outra parte.

77) E se, efectivamente, o recurso a arbitragem é mais dispendioso do que o recurso aos Tribunais comuns, também é certo que permite a obtenção de decisões de modo mais célere.

78) Estando em causa a definição de objectivos, situação que se reveste de importância essencial por constituir a concretiza-

ção da obrigação basilar do contrato, a resolução de um desacordo teria necessariamente que ser célere, não podendo aceitar-se que apenas anos depois, ficasse definitivamente fixado o objectivo.

79) Por outro lado, e como muito bem se entendeu na douta sentença que é objecto de recurso, a questão a decidir pelo Tribunal arbitral seria eminentemente técnica, e mais adequada a ser resolvida por um Tribunal dessa natureza, e com a adequada especialização técnica como que resulta, desde logo, dos critérios de decisão estabelecidos nessa cláusula.

80) Nem se vê, que face aos critérios referidos, haja algum prejuízo para a Apelante, como esta pretende, sendo a política comercial da Apelada apenas um, entre outros, dos critérios elegidos.

81) A Apelante pretende que a cláusula 3. do contrato, na parte em que estabelece uma cláusula compromissória que remete para a arbitragem a decisão de um eventual desacordo relativo a fixação dos objectivos viola a Lei 31/86, de 29 de Agosto, que disciplina a arbitragem voluntária.

82) A este respeito valem as considerações já antes formuladas, pelo que, mesmo sendo nula a cláusula compromissória constante da cláusula referida, tal situação apenas acarretaria a sua nulidade parcial, devendo a cláusula manter-se, apesar de amputada, desse compromisso e remetendo para os meios comuns a resolução dos litígios ocorridos.

83) E não estando nos presentes autos em questão qualquer desacordo quanto a determinação de objectivos, mas, sim, o incumprimento destes apesar da inexistência desse desacordo, a invalidade alegada nenhuma relevância poderá ter.

84) Não obstante, nada existe de inválido na cláusula compromissória fixada, que não limita a decisão do Tribunal Arbitral aos critérios que nela são fixados, e que tem um carácter essencialmente técnico, pois, face a ela, o Tribunal Arbitral deverá decidir, nos termos do Art.º 22.º da Lei referida, de acordo com o Direito, devendo, apenas, nessa decisão e no seu aspecto técnico, tomar em consideração, nomeadamente, os critérios antes descritos, uma dos quais, mas entre outros, será a política comercial da Apelada.

85) E nada impede que se remeta para critérios desse tipo, desde que não se impeça o julgamento com base no Direito constituído, pois, como foi decidido no Acórdão deste Meritímo, Tribunal da Relação de Lisboa, de 1990.04.05, em situação análoga”constitui cláusula compromissória e é inteiramente válida aquela em que as partes estipulam que “em caso de sinistro a avaliação dos bens seguros será feita entre o segurado (...) e a seguradora” (in C.J. 1990, vol. II, pág. 149).

86) A Apelante invoca, ainda, que a cláusula 3. do contrato viola o Regulamento CE 1475/95, de 28 de Junho, por permitir a resolução do contrato com fundamento no incumprimento dos objectivos de vendas, defendendo que, a permissão consagrada de que sejam fixados esses objectivos, admite apenas o estabelecimento de uma obrigação de “melhores esforços”.

87) Ora, a ser como quer fazer crer a Apelante a fixação de objectivos deixaria de ter qualquer valor, por não haver qualquer sanção para o seu incumprimento, como aliás foi doutamente entendido na decisão “sub judice”.

88) E se o Regulamento citado permite a resolução com base em incumprimento, terá que entender-se que, também será possível, fazer depender essa resolução do incumprimento dos objectivos que legitimamente possam ser fixados.

89) E ao contrário daquilo que foi decidido, a obrigação de consecução dos objectivos, é concretização ou quantificação da obrigação essencial do contrato, justificando, a sua violação, por si só, a resolução do contrato.

90) A Apelante, verificado como foi, o incumprimento, caberia demonstrar que esse incumprimento não resultou de culpa sua, o que não fez, tendo bem inversamente ficado provado o inverso, como decorre das respostas aos artigos 15.º a 26.º da base instrutória.

91) Acresce que a resolução prevista apenas era permitida caso fossem verificados dois pressupostos cumulativamente (realização em menos de 90% do objectivo de vendas e diferença negativa em pelo menos 15% da taxa penetração da Apelante face a taxa de penetração nacional) cuja conjugação seria mais do que

suficiente para que ficasse demonstrada gravidade do incumprimento.

92) Com efeito, como se diz na douta decisão “a inobservância da obrigação de procurar atingir os objectivos de vendas estipulados nos termos do contrato, quando qualificada pelos dois requisitos acima enunciados constitui manifestação de falta grave de empenhamento por parte do concessionário.

93) A resolução de qualquer contrato poderá ser efectuada de acordo com aquilo que nele se encontra previsto ou de acordo com as normas gerais que a possibilitam, sempre tendo como pressuposto o incumprimento definitivo da parte contra a qual é exercida.

94) Apesar de no contrato de “concessão comercial”, pelas suas características próprias, ser entendido que não basta um qualquer incumprimento e que será necessário que esse incumprimento se revista de gravidade ou consequências tais que possa ser objectivamente apreciado como justa causa, a resolução poderá ter também como base um incumprimento previsto no contrato ao qual, independentemente da gravidade ou consequências, as partes considerem como fundamento susceptível de a permitir.

95) Não haverá, nesses casos, como acontece nos autos e salvo situações de manifesta contradição com normas injuntivas do ordenamento jurídico, que aferir da justeza da resolução, apreciando objectivamente a gravidade e consequências do incumprimento que a motivou, bastando, pois, que fique demonstrado o incumprimento.

96) De qualquer modo, o incumprimento dos objectivos de vendas por parte da Apelante, e que ficou demonstrado, constitui, ainda que não existisse tal cláusula, fundamento suficiente para permitir a resolução do contrato, pois, reporta-se a principal obrigação que decorria para a Apelante do contrato reportada a colocação dos veículos que constituem o seu objecto no mercado.

97) E o incumprimento desses objectivos frustrava totalmente o escopo prosseguido pela Apelada através do contrato e que passava pelas vendas no mercado considerado, e mediatamente, pelo aumento do seu lucro.

98) Aliás, como ensina Maria Helena Brito, justa causa de resolução no contrato de “concessão comercial” é “todo o facto susceptível de impedir a prossecução do fim de cooperação que o contrato se propõe — a organização de distribuição de produtos mediante acção concertada das partes — e de alterar os resultados comerciais que uma das partes podia legitimamente esperar da execução do contrato”. (*O Contrato de Concessão Comercial*, Almedina, 1990, pág. 227).

99) Não seria, por conseguinte, admissível, manter a Apelada vinculada a um contrato em que eram frustradas, como já vinham sendo (respostas aos artigos 42.º e 43.º da base instrutória), os seus objectivos de vendas, com as consequências de perda de mercado daí decorrentes.

100) Tendo o contrato sido resolvido com base naquilo que nele se dispunha e sendo essa resolução válida, tanto no plano formal, como no plano substancial, nenhuma indemnização poderá exigir a Apelante com fundamento na falta do pré-aviso necessário para efectuar uma denúncia.

101) De qualquer forma, ainda que assim, não se entendesse, nem por isso poderia prevalecer a posição da Apelada, que esta faz assentar no Art.º 29.º do Decreto-Lei 178/86, de 3 de Julho, e que quantifica ao abrigo do seu n.º 2.º.

102) É inequívoco que o contrato previa, em caso de denúncia, um pré-aviso de um ano e que a comunicação enviada pela Apelada, apenas teve, face a data em que deveria tomar-se efectiva, uma antecedência de seis meses, mas a disposição antes referida, refere-se apenas, pelo menos no tocante a forma de cálculo prevista, aos prazos fixados no Art.º 28.º, sendo, apenas, a violação desses prazos, e não de outros, mais longos e convencionalmente fixados, que poderá determinar a indemnização calculada de acordo com o n.º 2.º.

103) A disposição em causa destina-se “a quem violar os prazos referidos no artigo anterior, sendo, esses prazos aqueles que constam nas alíneas do n.º 1.º do Art.º 28.º e apenas a violação desses prazos, imperativos e legalmente fixados, poderá determinar a aplicação do regime estabelecido pelo n.º 2.º do Art.º 29.º, havendo, nos restantes casos, em que haja violação dos prazos con-

vencionais, que seguir os termos gerais de direito, com prova dos danos provocados pela falta de pré-aviso.

104) Nos autos não se encontra atestada a ocorrência de quaisquer danos decorrentes da falta de pré-aviso, estando até, bem inversamente, demonstrado que a Apelante se mantém em actividade explorando outra concessão comercial concorrencial (resposta ao artigo 14.º da base instrutória).

105) Ainda que seja entendido que deve ser aplicado aos presentes autos o regime previsto para o contrato de “agência” e relativo a indemnização de clientela, não poderia, nunca, a Apelante receber qualquer indemnização a esse título.

106) Com efeito, determina o n.º 4.º do Art.º 33.º do Decreto-Lei 178/86, de 3 de Julho que “não é devida indemnização de clientela se o contrato tiver cessado por razões imputáveis ao agente”, e o contrato ora em questão cessou, efectivamente, por razões imputáveis a Apelante, nomeadamente, pelo incumprimento por parte desta dos objectivos de vendas estipulados.

107) E nem sequer ficou demonstrado por esta, que o incumprimento que lhe era imputado e que veio a ficar demonstrado não procedesse de culpa sua, sendo que a ela incumbia a prova, face ao carácter contratual da responsabilidade, da inexistência dessa culpa.

108) Aliás, não só essa culpa se deverá presumir, como também, ficou demonstrada nos autos, atentas das respostas dadas aos artigos 14.º a 26.º da base instrutória, que são susceptíveis de a demonstrar.

109) Ora, a norma citada pela Apelante é expressa em afastar a indemnização de clientela nos casos em que, como no dos autos, o contrato tenha cessado por razões imputáveis ao agente, o que é, apesar da discordância manifestada, admitido pelo ilustre autor citado por ela que depois de se referir a solução de prudência que assumira no anteprojecto da disciplina do contrato de agência, ao não tratar expressamente a questão, refere que “essa atitude de prudência legislativa teve de ser abandonada pelo Decreto-Lei 118/93, uma vez que a directiva veio tomar posição expressa sobre o problema, no seu artigo 18P” (António Pinto Monteiro, *Contratos de Distribuição Comercial*, Almedina 2002, pág. 156), o

que toma inquestionável o afastamento da indemnização de clientela nessas situações.

110) Como o contrato de “concessão comercial”, não tem ainda regulamentação legal específica que lhe seja aplicável, a aplicação a qualquer contrato das normas previstas legalmente para outro tipo contratual, carecem de analogia, de equiparação de situações que o permitam.

111) Não pode, pois, como é entendimento da Apelante, aplicar-se, apenas por o contrato em causa nos autos poder qualificar-se como de “concessão comercial” e estar incluído na categoria da distribuição, sem mais e independentemente de qualquer análise concreta, as normas que estabelecem, para o contrato de “agência” a indemnização de clientela e a indemnização por falta de pré-aviso.

112) Com efeito, essa aplicação, no tocante a indemnização de clientela, passa, “num primeiro momento por averiguar em cada caso concreto, se o distribuidor, pese embora juridicamente actue por conta própria, desempenhou funções, cumpriu tarefas e prestou serviços semelhantes aos de um agente em termos de ele próprio dever considerar-se, pela actividade que exerceu, como um relevante factor de atracção de clientela”, (António Pinto Monteiro, ob. cit., pág. 163);

113) Ora, nos presentes autos não decorre da exígua matéria relativa a actividade desenvolvida pela Apelante ao abrigo do contrato e que resultou demonstrada que esta tivesse uma posição equiparável a de um agente, cuja actividade se reconduz à promoção de contratos em benefício do principal, com prospecção de mercado, difusão de produtos e angariação de clientes.

114) E da matéria que ficou demonstrada, não pode resultar tal equiparação funcional da Apelante, pois, resultou apenas provado, com interesse para essa questão, que a Apelante “dispunha de uma organização de meios humanos destinada a promover a comercialização dos veículos novos de marca “(…)” e as suas peças, bem como a prestar assistência pós venda” (resposta ao artigo 6.º da base instrutória).

115) Toda a restante matéria que havia sido invocada para este efeito e que constava nos artigos 2.º a 8.º da base instrutória,

ou não resultou provada, ou ficou provada, mas de forma que não permite a analogia pretendida.

116) Aliás, saliente-se que resulta dos autos, e é até facto notório que não carece de alegação, que a marca “(...)” tem grande prestígio no mercado relevante, sendo conhecida desde 1906 (resposta ao artigo 51.º da base instrutória) e que, esse prestígio, no decurso da vigência do contrato, foi ainda promovido pela Apelada através de publicidade (resposta ao artigo 52.º da base instrutória).

117) Mas é necessário ainda, para que a analogia se verifique que “o concedeste (...) venha a beneficiar dessa clientela, que isso seja previsível” (autor e obra citados, pág. 165), o que decorre das diferenças que se verificam entre a “agência” e a “concessão comercial”, uma vez que, nesta última, tal transmissão não se revela automática, já que o concessionário actua autonomamente e em nome próprio.

118) Em relação a este aspecto particular, nada existe nos autos que permita determinar que, ainda que em abstracto, se verificará essa transmissão de clientela, e tal situação não pode resultar de presunções como a Apelante parece pretender, pois, atenta a actividade considerada, de venda de veículos, não poderá considerar-se, em termos de razoabilidade e a luz da experiência comum, que aqueles que adquirem um veículo “(...)”, após essa aquisição, voltem, adquirir outros, permanecendo fiéis a essa marca ou que após essa aquisição e findo o período de assistência técnica gratuita, continuem a aceder aos serviços de pós venda, prestados pela marca ou pelos concessionários.

119) As considerações antes expendidas valem, com as devidas adaptações para as normas que prevêm no contrato de agência a indemnização por violação dos prazos de pré-aviso, que estão também especificamente talhadas para os contratos desse tipo.

120) Com efeito, actuando o agente no mercado, na prospecção de clientes para o principal, que com esses clientes celebrará em nome próprio futuros contratos, justifica-se, face ao grau de dependência verificado, que, em caso de cessação do contrato, lhe seja dado um pré-aviso adequado para que possa reorganizar a sua actividade.

121) Diferente é a situação do concessionário, que actua, no mercado em nome próprio, contactando directamente com os clientes, e celebrando com eles os contratos de fornecimento de bens ou de prestação de serviços, com autonomia e independência face ao concedente.

122) Só a equiparação em tarefas e funções, da actividade de ambos, permitirá a convocação da norma em questão, equiparação essa que não se encontra, em relação a Apelante, alegada ou demonstrada nos autos.

123) Para obter a condenação da Apelada, ainda que tivesse ficado demonstrado que esta não cumpriu o período necessário de pré-aviso, sempre a Apelante teria, pois, que alegar e provar que sofreu danos provocados por esse comportamento, estabelecendo o nexo causal entre os referidos comportamento e prejuízos.

124) De qualquer forma, para obter a indemnização de clientela que peticiona nos autos, a Apelante teria que alegar e demonstrar os pressupostos dos quais depende a atribuição de tal indemnização e que constam do n.º 1 do Art.º 33.º do Decreto-Lei 178/86, de Julho, que exige, de resto, a sua verificação cumulativa.

125) A pouca material de facto que foi alegada a respeito desses pressupostos, e a, mais exígua ainda, material que, sobre esse aspecto, resultou provada, não são susceptíveis de permitir considerar verificada tal demonstração.

126) Exige-se, de acordo com o primeiro dos pressupostos referidos, que, por força da actividade desenvolvida tenha sido angariado um número considerável de clientes pelo agente ou distribuidor, ou que tenha sido, por este, aumentado, de forma substancial, o volume de negócios com a clientela já existente.

127) É necessário que seja efectuada uma comparação entre duas situações: aquela que existia antes dos agente iniciar a sua actividade e aquela que existia aquando da cessação do contrato.

128) A factualidade demonstrada nos autos não permite, todavia efectuar tal comparação, não se sabendo qual o número de clientes (...) que existia antes da Apelante iniciar a sua actividade, nem aquele que existia após a cessação do contrato, nem os volumes de negócios relativos a essa marca nos momentos considerados.

129) Não se encontra, igualmente, alegado qual o número de clientes que possam ter sido angariados pela Apelante durante os anos de vigência do contrato, ou o valor de volume de negócios que resultou aumentado.

130) Aliás, os valores contabilísticos demonstrados nos autos e relativos aos cinco últimos anos de duração do contrato, não só, não permitem efectuar a comparação que antes se referiu, como são conta até de uma descida gradual das vendas.

131) Não pode considerar-se demonstrado o pressuposto em causa, tanto mais que, a material que, pese embora de forma deficiente, poderia levar a presumir tal pressuposto e que constava dos artigos 3.º e 4.º da base instrutória não resultou provada.

132) Cabia também à Apelante alegar e demonstrar que a Apelante beneficiou da sua actividade após a cessação do contrato, sendo, mais uma vez, exigido, não um simples benefício, mas, sim, um benefício tido por considerável.

133) Ora, também acerca deste pressuposto nenhuma material de facto é alegada, não estando, sequer, invocado que os clientes de veículos (...) da área onde actuava a Apelante se transferiram após a cessação do contrato para a Apelada, directa ou indirectamente.

134) Aliás, a clientela de veículos, de acordo com a experiência comum, é, em regra, ocasional, não podendo considerar-se que esteja fidelizada a uma marca e não podendo, por isso, ter-se como angariada.

135) Não pode, pois, da matéria alegada pela Apelante, resultar demonstrado o pressuposto em causa, pois, em lado nenhum ficou provado que a Apelada tenha beneficiado da actividade desenvolvida por aquela.

136) Por último, é certo que a Apelante deixou de obter qualquer remuneração resultante da comercialização dos veículos que eram objecto do contrato.

137) Não obstante, ficou demonstrado nos autos que mantém, ainda hoje, e na mesma área a representação e o exclusivo da marca (...), concorrente daquela que é representada pela Apelada (resposta ao artigo 14.º da base instrutória).

138) Assim, continua, ainda hoje, a beneficiar, através dessa marca, da actividade que desenvolveu em benefício da Apelada, o que, afasta o terceiro dos pressupostos antes enunciado.

139) Mas ainda que fosse devida qualquer indemnização, por o contrato em causa não poder ser qualificado como “agência” e face aquilo que se encontra disposto nos Art.ºs 29.º e 34.º do Decreto-Lei 178/86, de 3 de Julho, o valor invocado pela Apelante não poderia, nunca, corresponder ao seu montante.

140) Com efeito, não é possível assimilar a comissão percebida por um agente, que visa, única e exclusivamente, remunerar a actividade que, este, desenvolve em benefício do principal, com a margem de lucro auferida pelo distribuidor.

141) Através da comissão é remunerado o esforço desenvolvido pelo agente em prol do lucro directamente obtido pelo principal, enquanto a margem auferida pelo distribuidor corresponde ao seu lucro e só indirectamente tem reflexos no lucro obtido pelo concedente.

142) Assim, num contrato que não possa ser qualificado como “agência”, a aplicação da norma que estabelece o limite máximo das indemnizações de clientela e de falta de pré-aviso, não poderá ser efectuada com referencia as receitas efectivamente recebidas pela Apelante.

143) Terá, por conseguinte, que fixar-se o limite máximo com base nas comissões que teria, hipoteticamente, recebido o distribuidor caso o seu contrato fosse de “agência”, deduzindo-se, da sua margem, todos os valores que não fossem próprios de agente (vd. neste sentido, Martinez Sanz, *Contratos de Distribución: Concesión e Franchising*, in *Scientia Jurídica*, XLJV, 1995, n.º 2561258, págs. 357 e 358).

144) Ora, nenhuma matéria existe nos autos que permita discernir, do volume de negócios percebidos pela Apelante, qual a parte que poderia ser equiparada a uma comissão, pelo que, cabendo-lhe a ela essa prova, que funda o direito de que se arroga, não poderá, nunca a acção proceder.

Nestes termos, deve o presente recurso ser julgado improcedente, mantendo-se, na íntegra a douda decisão recorrida, ainda que

com, se necessário, a apreciação ao abrigo do Art.º 684.º-A do C.P.C, da questão suscitada nas conclusões XXXVI) a XLVI).

2.4. Tendo a recorrida requerido, na respectiva alegação, a ampliação do âmbito do recurso, nos termos do art. 684.º-A, do C.P.C., a recorrente respondeu, concluindo pela improcedência da pretensão da recorrida.

2.5. Antes do mais, haverá que apreciar uma questão prévia suscitada pela recorrente, que consiste em saber se houve erro de escrita, devido a lapso manifesto, aquando da resposta ao ponto 52.º da base instrutória. É que, perguntando-se aí se a ré gastou, em média, de 1996 a 1998, uma verba anual de 15.000.000\$00 em publicidade nos meios de comunicação social, a resposta foi dada imputando-se as despesas aí mencionadas a autora. Ora, é manifesto que se trata de um erro de escrita tendo-se escrito «A.» quando pretendia escrever-se «R.», como, aliás, a própria ré reconhece.

Refira-se, ainda, que, além desse, se detectam mais dois lapsos de escrita, devidos a lapso manifesto. Assim, na resposta ao ponto 29.º da base instrutória, também se escreveu «A.» quando pretendia escrever-se «R.», conforme resulta, manifestamente, quer do contexto da pergunta, quer do contexto da resposta. Por outro lado, na al. j) da matéria de facto assente faz-se referência a carta datada de 30/12/1996, quando tal referência só tem sentido se for feita a carta datada de 30/9/1996, atento o teor da al. g) e dada a expressão — «mencionada» — utilizada na al. j), sendo que, não consta dos autos qualquer carta datada de 30/12/1996.

Nestes termos, haverá que corrigir tais erros, ao abrigo do disposto no art. 667.º, do C.P.C., devendo ler-se «R.» onde está escrito «A.» nas respostas aos aludidos pontos 29.º e 52.º, e devendo ler-se «30/9/1996» onde está escrito «30/12/1996», na referida al. j).

Note-se, porém, que, ao contrário do que alega a recorrente, o lapso de escrita por ela apontado não deu causa a qualquer erro de julgamento, na sentença recorrida, como irá demonstrar-se mais a frente.

2.6. Apreciada a questão prévia, cumpre, agora, decidir as demais questões colocadas no presente recurso, quais sejam:

1.^a — da qualificação, características e regime jurídico do contrato celebrado entre autora e ré;

2.^a — da aplicabilidade do regime jurídico das cláusulas contratuais gerais;

3.^a — da validade da cláusula 3.^a do contrato:

a) à luz do regime jurídico das cláusulas contratuais gerais;

b) à luz do regime da arbitragem voluntária;

c) à luz do Regulamento (CE) N.º 1475/95, de 28/6;

4.^a — da resolução do contrato;

5.^a — da indemnização.

2.6.1. Parece-nos claro que, como se sustenta na sentença recorrida e é entendimento das partes, quer quando celebraram o contrato, quer já nos presentes autos, deve qualificar-se o mesmo como um contrato de concessão comercial.

Não existindo, pois, propriamente, uma questão no que respeita a qualificação do contrato, até porque se concorda com a que foi feita naquela sentença, haverá, todavia, que ponderar as características e o regime jurídico do referido contrato de concessão, tendo em vista a resolução das questões subsequentes, para o que seguiremos muito de perto o expendido por António Pinto Monteiro, in *Contratos de Distribuição Comercial*, págs. 62 e segs. e 105 e segs.

Assim, tem-se entendido a concessão como um contrato-quadro, que faz surgir entre as partes uma relação obrigacional complexa, por força da qual, uma delas, o concedente, se obriga a vender a outra, o concessionário, e esta a comprar-lhe, para revenda, determinada quota de bens, aceitando certas obrigações, designadamente, no que toca a sua organização, a política comercial e a assistência a prestar aos clientes, e sujeitando-se a um certo controlo e fiscalização do concedente.

É através da definição destas regras de comportamento e respectivas obrigações que se estabelecem os laços de colaboração

entre as partes e se articula a actividade de todos no seio da rede de distribuição, havendo, até, quem sublinhe a dependência do distribuidor, constringido a acatar obrigações várias, a fim de harmonizar a sua actuação com a da rede em que se integra, falando-se a este propósito de contratos de dependência (cfr. Georges Virassamy, *Les Contrats de Dépendance*, págs. 5 e segs., citado por Pinto Monteiro, ob. cit., págs. 109 e 110, nota 216). De todo o modo, em contrapartida de tais obrigações, o distribuidor retira importantes benefícios do facto de passar a pertencer a uma rede organizada, sendo-lhe concedida uma posição de privilégio na comercialização de determinados bens, beneficiando da publicidade destes e da notoriedade de certas marcas. Claro que o concedente retira, igualmente, benefícios não menos importantes, já que, afasta de si o risco da comercialização, ao mesmo tempo que assegura o escoamento dos bens, sem perder o controlo da distribuição e sem arcar com os custos respectivos. Tudo isto evidencia a função económico-social deste contrato e explica a sua importância e frequente utilização prática.

Refira-se, ainda, que se é certo que o concessionário beneficia, normalmente, do direito de exclusivo, detendo o monopólio da venda dos bens em certo território, não é esse o traço essencial característico destes contratos, mas sim a cláusula que impõe ao distribuidor, não só a obrigação de adquirir bens para revenda, mas também a de promover a sua comercialização em conformidade com as indicações do concedente. Por isso que se tem perspectivado a concessão no âmbito do contrato de gestão de negócios sublinhando-se, precisamente, o dever de promoção, pelo concessionário, dos bens distribuídos (Martinez Sanz, in *Contratos de distribuição Comercial*, pág. 349, citado por Pinto Monteiro, ob. cit., pág. 110, nota 218, considera mesmo tal dever como um dever «absolutamente básico» do contrato de concessão). Sendo que, no cumprimento desse dever, deve o concessionário zelar pelos interesses da outra parte, recebendo instruções desta, aceitando as suas orientações de política comercial e sujeitando-se ao seu controlo e fiscalização.

No entanto, apesar da indiscutível tipicidade social dos contratos de concessão comercial, os mesmos permanecem legalmente

atípicos, pelo que, se coloca o problema de saber que regime jurídico será de lhes aplicar.

Assim, desde logo, é de atender as próprias cláusulas acordadas pelos contraentes, desde que lícitas, bem como, aos princípios e as regras gerais do direito dos contratos e do negócio jurídico. Mas a questão central é a de saber se poderá aplicar-se aos contratos de concessão o regime do contrato de agência, consagrado no DL n.º 178/86, de 3/7, com as modificações introduzidas pelo DL n.º 118/93, de 13/4, por força da Directiva 86/653/CEE do Conselho, de 18/12/86. Ora, tem-se entendido ser este o contrato cujo regime se mostra mais vocacionado, a partida, para se aplicar ao contrato de concessão (cfr. a doutrina e a jurisprudência citadas por Pinto Monteiro, ob. cit., pág. 65, notas 116, 117 e 118). É que, apesar de comprar para revender e de actuar por conta e em nome próprio, o concessionário, no plano das suas relações com o concedente, actua de modo muito semelhante ao agente e cumpre a mesma função económico-social deste. Todavia, será sempre necessário averiguar, em cada caso, relativamente a norma cuja aplicação se pretende, se a analogia é possível, isto é, se a *ratio legis* é compatível ou se adequa a um concessionário. Embora se entenda, por exemplo, que as normas sobre a cessação do contrato de agência parecem perfeitamente adequadas a concessão é muito discutida a aplicação das normas sobre a indemnização de clientela. O que vale por dizer que a aplicação do regime da agência ao contrato de concessão não é automática, antes terá de efectuar-se, pois, através da analogia.

2.6.2. Na sentença recorrida concluiu-se que o clausulado do contrato de concessão firmado entre autora e ré é de qualificar como composto por cláusulas contratuais gerais. Para tal se concluir, considerou-se que, apesar de não ter resultado provado que a ré se tenha recusado a discutir ou alterar o conteúdo das cláusulas antes da celebração do contrato, também não ficou demonstrado o inverso ou se a que tenha existido verdadeira negociação entre as partes. Logo, uma vez que, nos termos do disposto no n.º 2, do art. 1.º, do DL n.º 446/85, de 25/10, alterado pelo DL n.º 220/95, de 31/8, o ónus da prova de que tais cláusulas resultaram de nego-

ciação prévia entre as partes recai sobre quem pretenda prevalecer-se do seu conteúdo, no caso, a ré, não tendo esta logrado fazer a correspondente prova, havia que decidir como se não tivesse havido negociação.

Esta questão não se colocaria se a ré, ora recorrida, não tivesse ampliado o âmbito do recurso, nos termos do art. 684.º-A, do C.P.C.

De todo o modo, entendemos que não merece censura a solução adoptada na sentença recorrida. Na verdade, conforme ai se refere, o que houve foi contactos entre a ré e a associação dos concessionários (...) (ACOPOP), não se tendo sequer alegado que tal associação tenha quaisquer poderes de representação dos seus associados para, em nome destes, negociar as cláusulas dos contratos de concessão. Acresce que, não é o recurso a condições modelo colectivamente negociadas que logra afastar a aplicação da disciplina das cláusulas contratuais gerais, pois que, conforme refere Almeno de Sá, *Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva Sobre Cláusulas Abusivas*, 2.ª ed., pág. 216, se as condições negociadas a nível associativo não se tomam parte integrante do contrato, mas antes tal só pode verificar-se por força de uma ulterior aceitação individualizada, então só relativamente a este momento tem sentido discutir se as cláusulas foram ou não negociadas.

Assim, no caso dos autos, o que se terá visado, fundamentalmente, foi um regulamento negocial uniforme, com vista a formar o conteúdo de diversos contratos futuros, não comportando uma lógica de alterabilidade consoante o caso singular (cfr. as respostas aos pontos 9.º, 27.º, 28.º, 30.º e 31.º da base instrutória). Ou seja, terá havido um intencionado pré-condicionamento do programa contratual, que não acolhe a ideia de uma negociação capaz de influir na modelação do respectivo conteúdo. O que, aliás, é natural quando, em casos como o dos autos, se pretende uniformizar as condições contratuais e de actuação dos vários distribuidores no âmbito da rede.

2.6.3. No que respeita a questão da validade da cláusula 3.ª do contrato de concessão comercial em causa, haverá que analisar sob várias perspectivas:

- à luz do regime jurídico das cláusulas contratuais gerais;
- à luz do regime da arbitragem voluntária;
- à luz do Regulamento (CE) N.º 1475/95, de 28/6.

2.6.3.1. É do seguinte teor a referida cláusula 3.ª:

«**1.** Em contrapartida da concessão que aqui é acordada, o CONCESSIONÁRIO obriga-se a:

— prosseguir a venda de veículos novos visados pelo presente contrato na zona de primeira responsabilidade que lhe é concedida, assim como prestar serviço de apoio aos clientes;

Realizar os seus melhores esforços para vender o número de veículos novos, previamente adquiridos ao importador, durante o prazo e de acordo com os modelos e períodos que o Importador lhe venha a indicar por carta tendo em conta as capacidades de produção do Construtor, dos elementos conhecidos do mercado local e as necessidades dadas a conhecer pelo CONCESSIONÁRIO. O objectivo de venda referente às quantidades de veículos a comercializar no decurso dos períodos anuais ulteriores será objecto de aditamentos ao presente contrato. Em caso de desacordo do CONCESSIONÁRIO relativamente a proposta do IMPORTADOR, quanto ao seu objectivo anual, a parte mais diligente requererá, nos quinze dias seguintes a data em que o IMPORTADOR tenha notificado, por escrito, o CONCESSIONÁRIO da proposta referida, ao Presidente do Tribunal da Relação de Lisboa a nomeação de um árbitro com o objectivo de fixar por via da arbitragem e após ter ouvido ambas as partes, de acordo com o processo do contraditório, o objectivo de vendas anual, devendo ter em conta as vendas anteriormente realizadas na zona de primeira responsabilidade do CONCESSIONÁRIO, as estimativas previsionais de vendas relativamente a essa zona e a nível nacional, assim como a política comercial que o IMPORTADOR pretende prosseguir para o ano em consideração. Neste caso e até que seja proferida a decisão da arbitragem, a proposta do IMPORTADOR em matéria de objectivos de venda aplicar-se-á provisoriamente. É, desde já, acordado que a decisão da arbitragem será definitiva e sem possibilidade de recurso, sendo os custos da arbitragem suportados pela parte que tenha tomado a iniciativa de a requerer. Caso não seja requerida

arbitragem no prazo acima referido, a proposta do IMPORTADOR relativa ao objectivo de venda anual do CONCESSIONÁRIO será considerada definitivamente aceite, sem reservas, pelo CONCESSIONÁRIO.

2. O IMPORTADOR tem o direito de rescindir o presente contrato de concessão se se verificarem cumulativamente as seguintes situações:

— se o objectivo de vendas do CONCESSIONÁRIO definido no número I da presente cláusula for realizado em menos de 90% a 31 de Dezembro do período anual considerado;

— se a percentagem de penetração global de veículos novos abrangidos pelo presente contrato, calculada pela forma aqui indicada, na zona de primeira responsabilidade concedida ao CONCESSIONÁRIO e apreciada a 31 de Dezembro do período anual entretanto concluído, for inferior em, Dezembro do pelo menos, 15% relativamente as percentagens de penetração global dos referidos novos em Portugal.

Na hipótese do IMPORTADOR fazer uso deste direito, obriga-se a avisar o CONCESSIONÁRIO por carta registada com aviso de recepção e, por derrogação da cláusula 13º número 1 com pelo menos seis meses de antecedência relativamente a data de produção dos efeitos da rescisão. Para o cálculo das percentagens de penetração só serão tomados em conta os registos automóveis relativos a vendas de veículos novos realizados pelos CONCESSIONÁRIOS nas respectivas zonas de primeira responsabilidade, devendo, ainda, ser consideradas as particularidades próprias de cada marca nessa zona e, nomeadamente, serão deduzidos os registos automóveis relativos as vendas realizadas pelos Construtores e IMPORTADORES ao seu pessoal, às sociedade e estabelecimentos não comerciais do seu Grupo, e respectivo pessoal.”

3. O CONCESSIONÁRIO disporá permanentemente de um “stock” de veículos novos e de veículos de demonstração necessários a realização dos seus objectivos de venda e cuja composição deverá responder as necessidades dos clientes, devendo ser representativo da gama proposta pelo IMPORTADOR.

O CONCESSIONÁRIO celebrará com uma companhia de seguros de reconhecida solvabilidade uma apólice de seguro por forma a segurar os veículos e “stock” contra todos os riscos, tendo o IMPORTADOR requerer a exibição da referida apólice.».

Segundo a recorrente, a cláusula em questão é relativamente proibida, nos termos das als. *d*), *f*) e *g*), do art. 19.º, do DL n.º 446/85, de 25/10, com as alterações introduzidas pelo DL n.º 220/95, de 31/8, que o republicou integralmente.

De harmonia com o disposto naquelas alíneas, são proibidas, consoante o quadro negocial padronizado, as cláusulas contratuais gerais que imponham ficções de recepção, de aceitação ou de outras manifestações de vontade com base em factos para tal insuficientes (al. *d*); que coloquem na disponibilidade de uma das partes a possibilidade de denúncia, imediata ou com pré-aviso insuficiente, sem compensação adequada do contrato, quando este tenha exigido a contraparte investimentos ou outros dispêndios consideráveis (al. *f*); que estabeleçam um foro competente que envolva graves inconvenientes para uma das partes, sem que os interesses da outra o justifiquem (al. *g*).

Dir-se-á, antes do mais, que, tratando-se, como se trata, de cláusulas relativamente proibidas, as proibições implicam uma certa valoração, que há-de fazer-se tendo como referente, não o contrato singular ou as circunstâncias do caso, mas o tipo de negócio em causa e os elementos que normativamente o caracterizam. É este o sentido da lei quando nos remete para «o quadro negocial padronizado» (cfr. Almeno de Sá, ob. cit., pág. 259). O que significa que não são os interesses individuais dos intervenientes que directamente relevam, mas sim os interesses típicos do círculo de pessoas normalmente implicadas em negócios da espécie considerada.

Acresce que, no que se refere ao critério de avaliação do conteúdo proibido das cláusulas, a utilizar no domínio das proibições relativas, haverá que ter sempre em conta a cláusula geral da boa fé, enquanto princípio orientador do controlo do conteúdo, sendo que, o objectivo último deste controlo é a consecução de um adequado equilíbrio contratual de interesses, a implicar uma ponderação dos mesmos de acordo com o princípio da proporcionalidade.

Posto isto, haverá, então, que averiguar se a cláusula 3.^a do contrato é proibida, nos termos das citadas alíneas do art. 19.º.

No que respeita a al. *d*), considerou-se na sentença recorrida que aquela cláusula impõe uma ficção de aceitação, na medida em que, caso a autora não manifeste desacordo com a proposta da ré, ou, manifestando-o não recorra à arbitragem, o seu comportamento omissivo vale como aceitação da proposta da ré. Considerou-se, no entanto, naquela sentença, que, não pode ter-se por infringido o disposto na al. *d*), do art. 19.º, porquanto, a definição de objectivos anuais de vendas assume relevância preponderante na economia do tipo negocial em questão, sendo o concedente quem tem uma visão estratégica alargada do mercado nacional e quem, lidando directamente com o fabricante, conhece a capacidade produtiva a estratégia comercial deste, afigurando-se que, pelo menos quando o concessionário tenha o exclusivo em determinada zona geográfica, a definição daqueles objectivos em nada contraria as regras da boa fé. Mais se considerou que seria desrazoável que a eventual inércia ou oposição do concessionário pudesse impedir ou bloquear a definição de objectivos anuais, pelo que, o silêncio do concessionário face a proposta do concedente não pode constituir obstáculo a essa definição, não podendo considerar-se injustificado o valor que a cláusula 3a lhe atribui de aceitação da proposta.

Concorda-se inteiramente com esta argumentação, tendo em conta, designadamente, o que atrás expusemos no ponto 2.6.1., a propósito das características do contrato de concessão celebrado entre autora e ré. E não se diga que não há qualquer relevância preponderante, pois que, como já se referiu, o traço essencial característico destes contratos reside na cláusula que impõe ao distribuidor, não só a obrigação de adquirir bens para revenda, mas também a de promover a sua comercialização em conformidade com as indicações do concedente. Por outro lado, não se pode dizer que o concedente, através da cláusula 3.^a, tenha procurado levar a cabo, exclusivamente, interesses próprios, sem tomar em consideração, de forma minimamente ajustada ou razoável, os interesses da contraparte ou sem, no mínimo, lhe facultar uma adequada compensação. É que o distribuidor, em contrapartida das obrigações que lhe são impostas, retira importantes benefícios do facto de passar a

pertencer a uma rede organizada e de passar a deter o exclusivo em determinada zona geográfica da comercialização do bem em questão, beneficiando da publicidade deste e da notoriedade da marca. Ou seja, não se verifica uma desrazoável perturbação do equilíbrio de interesses em detrimento do concessionário.

Quanto à al. f), considerou-se na sentença recorrida que a mesma não tem aplicação ao caso em análise, já que, a cláusula 3.ª, n.º 2, não prevê qualquer situação de denúncia do contrato, antes consagrando a possibilidade de resolução do mesmo por incumprimento, sendo que, a faculdade de denúncia do contrato com pré-aviso e sem indemnização consta da cláusula 12.ª, mas prevendo esta um pré-aviso de 2 anos, o que constitui, indubitavelmente, uma antecedência mais do que razoável. Mais se considerou que, ainda que assim não fosse, sempre se deveria ter por não infringida a mencionada disposição legal, por não constarem da factualidade provada factos que permitam ter a autora realizado investimentos ou dispêndios consideráveis.

Nada temos a opor a tais considerações. Note-se que é aqui que a recorrente detecta ter havido um erro de julgamento, em virtude do erro de escrita por ela apontado, uma vez que, na sentença recorrida, se faz alusão aos gastos da autora em publicidade, quando é certo que tais gastos foram da ré. Todavia, o que se diz naquela sentença é que tais gastos — por erro atribuídos a autora — não podem considerar-se avultados. Agora, corrigido o erro, o que se pode dizer é que a autora, a esse título, não teve quaisquer gastos. Isto é, o apontado erro de escrita não deu origem a qualquer erro de julgamento, pois que se entendeu que as despesas, por lapso imputadas a autora, não são consideráveis e, por isso, não relevam para o efeito do disposto na al. f), do art. 19.º.

No que respeita a al. g), considerou-se na sentença recorrida não se ver como é que o recurso a arbitragem possa envolver, para a autora, graves inconvenientes, e muito menos que, ainda que assim fosse, os mesmos não sejam de ter por justificados face aos interesses da ré, uma vez que está em causa a resolução de uma questão eminentemente técnica, não chocando que a cláusula contratual em apreço estipule que até decisão final da arbitragem vale, provisoriamente, o objectivo constante da proposta do importador.

Mais se considerou que se é certo que nenhum interesse atendível justifica que a cláusula contratual em análise estabeleça que o custo da arbitragem seja sempre suportado pela parte que a ela recorre, ou seja, pelo concessionário, é igualmente certo que a factualidade provada é insuficiente para aquilatar da gravidade desse inconveniente, que só poderia aferir-se em função de alguma quantificação, ainda que abstracta, da despesa em apreço, face as possibilidades financeiras da generalidade dos concessionários da ré.

Aceitam-se tais ordens de razões, não esgrimindo a recorrente com argumentação convincente em contrário, já que, se limita a alegar ser do conhecimento comum que as arbitragens são um meio de resolução de conflitos dispendioso.

Haverá, deste modo, que concluir que a cláusula 3.^a do contrato de concessão comercial em causa não é nula, a luz do regime jurídico das cláusulas contratuais gerais, nomeadamente, do disposto nas als. *d*), *f*) e *g*), do art. 19.º, do DL n.º 446/85, de 25/10.

2.6.3.2. Segundo a recorrente, a cláusula compromissória contida na cláusula 3.^a do contrato não se limita a fazer a especificação referida no art. 2.º, n.º 3, da Lei da Arbitragem Voluntária (Lei n.º 31/86, de 29/8), antes impondo critérios, pelo que, desrespeita, também, o disposto no art. 22.º, daquela Lei, sendo, por isso, inválida.

Vejamos.

Nos termos do art. 3.º, da citada Lei, «É nula a convenção de arbitragem celebrada com violação do disposto nos arts. 1.º, n.ºs 1 e 4, e 2.º, n.ºs 1 e 2». Logo, invocando a recorrente violação do disposto nos arts. 2.º, n.º 3 e 22.º, da mesma Lei, não há que falar em nulidade.

De todo o modo, não nos parece que tenham sido violados estes últimos artigos. Na verdade, por força da 2.^a parte, do n.º 3, do art. 2.º, a cláusula compromissória deve especificar a relação jurídica a que os litígios respeitem, e, de harmonia com o disposto no art. 22.º, os árbitros julgam segundo o direito constituído, a menos que as partes, na convenção de arbitragem ou em documento subscrito até a aceitação do primeiro árbitro, os autorizem a

julgar segundo a equidade. Ora, a circunstância de a cláusula compromissória em questão prever como objectivo do árbitro a nomear o de fixar, após ter ouvido ambas as partes, o objectivo de vendas anual, devendo ter em conta as vendas anteriormente realizadas na zona de primeira responsabilidade do concessionário, as estimativas previsionais de vendas relativamente a essa zona e a nível nacional, assim como a política comercial que o importador pretende prosseguir para o ano em consideração, não significa que o árbitro não deva julgar segundo o direito constituído. Só que, deve ter em conta, ao assim julgar, os critérios atrás referidos, os quais não subvertem toda a lógica de isenção e equidade que deve presidir ao mecanismo arbitral. Aliás, conforme se refere na sentença recorrida, trata-se de critérios técnicos, que não prejudicam a livre apreciação do árbitro, em função dos factos que apurar e do Direito que entender aplicável.

E sempre se dirá, mais uma vez, que estamos perante um contrato em que é essencial a obrigação do concessionário de promover a comercialização dos bens em conformidade com as indicações do concedente, recebendo instruções deste, aceitando as suas orientações de política comercial e sujeitando-se ao seu controlo e fiscalização. Assim sendo, não é de estranhar que, na fixação do objectivo de vendas anual, ainda que por intermédio da arbitragem, se tenha em consideração a política comercial que o importador pretende prosseguir para o ano em causa.

2.6.3.3. Sustenta a recorrente que há, ainda, que reconhecer a invalidade da referida cláusula 3.^a do contrato por violação do Regulamento (CE) N.º 1475/95, de 28/6.

Assim, entende que a imposição do critério «atender a política comercial do importador» desrespeita o n.º 3, do art. 4.º, daquele Regulamento, pois que, apesar de aí se referir que o perito que fixar a quantidade mínima de produtos contratuais a vender anualmente terá em conta, nomeadamente, (sublinhado nosso) as vendas anteriormente realizadas nesse território, bem como, as estimativas previsionais de vendas relativamente a este território e a nível nacional, o que pode significar que o preceito não contém uma enumeração exaustiva, todavia não permite a conclusão de que são

admitidos todos e quaisquer critérios, designadamente, os que correspondam, no fundo, a vontade exclusiva de uma das partes.

Conforme já resulta do que atrás dissemos no ponto 2.6.3.2., consideramos, tal como na sentença recorrida, que o facto de a cláusula 3.^a estabelecer a política comercial da ré como um dos critérios da definição dos objectivos anuais, a par dos critérios constantes da enumeração exemplificativa do citado art. 4.º, n.º 1.3., não constitui violação deste preceito.

Entende, também, a recorrente que a cláusula 3.^a viola, ainda, o disposto no mesmo art. 4.º, n.º 3, e, bem assim, o disposto no art. 5.º, n.º 3, do mesmo Regulamento.

Para o efeito, alega que aquela cláusula permite a resolução do contrato por incumprimento dos objectivos anuais, quando, nos termos do art. 4.º, n.º 3, «procurar vender» a quantidade mínima fixada pelo concedente constitui, apenas, uma obrigação de meios e não uma obrigação de resultados, sendo, como tal, insusceptível de consubstanciar motivo de rescisão lícita por incumprimento de «obrigações essenciais» do concessionário, por força do disposto no n.º 3, do art. 5.º.

Note-se, no entanto, que, nos termos do n.º 2 da aludida cláusula 3.^a, o importador só tem o direito de rescindir o contrato se se verificarem, cumulativamente, duas situações, quais sejam: que o concessionário realize menos de 90% do objectivo anual de vendas e que a taxa de penetração global de veículos novos da marca (...), na área da concessão, seja inferior em, pelo menos, 15%, a taxa de penetração global dos mesmos veículos a escala nacional. Acresce que, por força da mesma cláusula, a resolução deve ser comunicada ao concessionário com, pelo menos, 6 meses de antecedência, requisito este que o citado art. 5.º, n.º 3, nem sequer prevê.

Assim sendo, estamos de acordo com a sentença recorrida quando nesta se afirma que a inobservância da obrigação de procurar atingir os objectivos mínimos de vendas estipulados nos termos do contrato, quando qualificada pelos dois requisitos atrás referidos, constitui manifestação de grave falta de empenhamento por parte do concessionário e que, nesta medida, é de qualificar como incumprimento de uma obrigação essencial decorrente do contrato, legitimando, pois, a resolução do mesmo. Na verdade, não se trata

de uma mera obrigação de meios, que retiraria, praticamente, qualquer eficácia a cláusula em questão. Mas também não se trata de uma pura obrigação de resultado, pois que se prevêem determinados requisitos que tem de funcionar cumulativamente.

Refira-se, por último, que os objectivos previsionais anuais eram fixados em função dos números iniciais constantes dos planos de acção, os quais iam sendo corrigidos ao longo do ano, mensalmente, em função da evolução das vendas das diversas marcas no mercado nacional, sendo que, autora e ré discutiam, anualmente, o teor desses planos (cfr. as respostas aos pontos 39.º, 40.º e 41.º da base instrutória).

Haverá, deste modo, que concluir que a cláusula 3.ª do contrato de concessão comercial em causa não é nula, a luz do Regulamento (CE) N.º 1475/95, de 28/6.

2.6.4. Segundo a recorrente, a rescisão do contrato operada pela ré é ilícita porque se fundamentou exclusivamente na aplicação da cláusula 3.ª, que é nula. Porém, uma vez que chegámos a conclusão de que tal cláusula não é nula, não há que considerar ilícita a aludida rescisão, com base na invocada, mas não provada, nulidade.

Todavia, entende, ainda, a recorrente que a rescisão é ilícita porque contrariou frontalmente os ditames da boa fé. Para o efeito, alegou que tinha a expectativa legítima, criada pela ré, de que o mecanismo de rescisão da cláusula 3.ª não seria aplicado, quer porque assim não acontecera em situações anteriores, em que, igualmente, os objectivos de vendas não eram atingidos, quer porque nenhuma indicação houve, por parte da ré, de que o incumprimento desses objectivos poderia comprometer a continuidade da concessão. Mais alegou que, até a carta de rescisão, nunca a ré tinha demonstrado a autora qualquer descontentamento com a sua actuação como concessionária, sendo que, enquanto durou a concessão, autora e ré promoveram a imagem e o crescimento da marca (...) no distrito de Leiria.

Verifica-se, no entanto, que não é isso que resulta da matéria de facto apurada. Assim, a ré só iniciou a sua actividade como importadora para o território português de veículos novos da marca

«(...)» em 1/1/95, encontrando-se matriculada na Conservatória de Oeiras desde 26/4/95, sendo que, o contrato de concessão em causa foi celebrado em 1/10/96 (cfr. as als. *c*) e *i*) da matéria de facto assente e a resposta ao ponto 13.º da base instrutória). Contudo, a autora já era concessionária da marca «(...)», nos concelhos de Leiria, Marinha Grande e Batalha, desde 1961, embora também dispusesse do exclusivo da marca (...) para a mesma zona, mantendo-o ainda hoje (cfr. as respostas aos pontos 1.º e 14.º). Não obstante, a autora não logrou demonstrar, apesar de o ter alegado, que, durante todos esse período, tenha aumentado o prestígio da marca «(...)» nessa região, ou que tal marca tenha tido uma crescente implantação no mercado, mediante uma política comercial considerada dinâmica e uma postura considerada de grande profissionalismo e eficiência, ou que os interesses daquela marca tenham sido sempre zelosamente cuidados pela autora (cfr. as respostas negativas aos pontos 3.º, 4.º e 7.º).

Por outro lado, desde 1995 que a ré sugeriu a reestruturação da autora, a nível de recursos humanos, por considerar que esta não possuía recursos humanos suficientes, nomeadamente, vendedores, mas a autora não acolheu a totalidade dessas sugestões (cfr. as respostas aos pontos 16.º, 17.º e 18.º). Acresce que, a ré considerava que as instalações da autora não se encontravam adaptadas às exigências do mercado, seja a nível de stand, seja a nível de oficina, considerando tais estruturas desactualizadas e necessitando de profunda remodelação, tendo transmitido tais pontos de vista a autora, que, apesar de ter procedido a algumas alterações nas suas instalações, não levou a cabo todas as sugeridas pela ré (cfr. as respostas aos pontos 19.º a 23.º). Refira-se, ainda, que, mesmo após a celebração do contrato, em 1/10/96, a organização empresarial da autora e a sua contabilidade não se encontravam separadas e autónomas, relativamente às concessões «(...)» e (...), não permitindo apurar com rigor a totalidade dos custos e proveitos inerentes aquelas concessões (cfr. as respostas aos pontos 24.º e 25.º). Sendo certo que, os factos atrás descritos geravam descontentamento na ré, o que foi manifestado por esta a autora em inúmeros encontros que mantiveram, nomeadamente, por ocasião das negociações e assinatura dos planos de acção (cfr. a resposta ao ponto 26.º).

Por conseguinte, da matéria de facto provada não resulta que a rescisão operada pela ré tenha contrariado, frontalmente, os ditames da boa fé contratual, não se tendo demonstrado, pois, as circunstâncias de facto por ela invocadas nesse sentido.

Não há, assim, que considerar ilícita aquela rescisão, seja por nulidade da respectiva cláusula, seja por violação da boa fé contratual.

Na sentença recorrida também se entendeu que é de considerar válida e eficaz a resolução do contrato, operada pela comunicação escrita que a ré dirigiu a autora em 31/1/98 e que esta recebeu em 5/2/98 (cfr. a al. *k*) da matéria de facto assente).

A lei da agência estabelece dois fundamentos de resolução (art. 30.º, als. *a*) e *b*), do DL n.º 178/86, de 3/7), que são aplicáveis, por analogia, ao contrato de concessão, pois que concretizam, de algum modo, princípios gerais que, em princípio, vigoram para qualquer contrato duradouro. O primeiro desses fundamentos consiste no não cumprimento, por qualquer das partes, das respectivas obrigações, quando, pela sua gravidade ou reiteração, não seja exigível a subsistência do vínculo contratual. Sancionam-se, deste modo, quaisquer obrigações que, em concreto, incumbam ao distribuidor, tanto por força da lei ou de cláusula contratual, como em função do escopo prosseguido pelas partes, mesmo que se trate de deveres acessórios ou laterais. Assim, por exemplo, se os resultados obtidos pelo distribuidor ficarem abaixo do volume de negócios garantido, a outra parte poderá, em princípio, resolver o contrato, sendo este o efeito próprio da cláusula resolutiva, em que se afigura traduzir-se tal cláusula (cfr. Pinto Monteiro, ob. cit., págs. 142 a 145).

Ora, na sentença recorrida também se considerou satisfeita a exigência legal de inexigibilidade a que se refere a al. *a*), do citado art. 30.º, face ao teor da cláusula 3.ª, n.º 2, do contrato, que estabelece requisitos cumulativos para a resolução por incumprimento, bem como desvios significativos em relação as obrigações contratuais, para que tenha lugar a resolução, os quais se consideraram verificados, dada a factualidade provada (cfr. as respostas aos pontos 45.º, 46.º, 48.º e 49.º da base instrutória). Por isso que se con-

siderou, a final, válida e eficaz a resolução do contrato, nos termos em que a mesma teve lugar.

Em consequência, entendeu-se naquela sentença que ficou prejudicada a apreciação dos pedidos de indemnização formulados, porque fundamentados na ilicitude daquela resolução.

2.6.5. E, na verdade, considerando-se, como se considera, válida e fundamentada a resolução do contrato, não se colocou a ré numa situação de não cumprimento, pelo que, não está obrigada a indemnizar a autora. Não há, pois, que equiparar a resolução, no caso dos autos, a uma denúncia sem observância do pré-aviso exigível, o que implicaria a correspondente obrigação de indemnização, que é a solução consagrada no art. 29.º, n.º 1, do DL n.º 178/86, de 3/7, para a denúncia que não observe os requisitos legais (cfr. Pinto Monteiro, ob. cit., págs. 147 e 148).

Entende, no entanto, a recorrente que deve a recorrida ser condenada, ainda, a pagar-lhe uma indemnização de clientela, porquanto, independentemente da ilicitude da rescisão, se encontram verificados os pressupostos legais da sua atribuição (art. 33.º, do citado DL).

Apesar deste artigo se referir expressamente a indemnização de clientela, não se trata, rigorosamente, de uma verdadeira indemnização, pois não está dependente da prova de danos sofridos, antes havendo que ter em consideração os benefícios proporcionados pelo agente a outra parte, os quais eram de proveito comum enquanto vigorasse o contrato e passaram, após o seu termo, a poder ser aproveitados, apenas, unilateralmente, pelo principal (cfr. Pinto Monteiro, ob. cit., pág.150, bem como os Acórdãos aí referenciados, designadamente, os Acórdãos do STJ, de 4/5/93, de 27/10/94, de 22/11/95, de 23/4/98, de 3/5/2000 e de 12/10/2000, respectivamente, C.J., Anos I-II-78, II-III-101, III-III-115, VI-II-57, VIII-II-45 e VIII-III-77).

Os requisitos de que depende a atribuição daquela indemnização ao agente estão consagrados nas als. *a)*, *b)* e *c)*, do n.º 1, do citado art. 33.º. Trata-se de requisitos positivos, a provar pelo agente, que devem verificar-se cumulativamente. Assim, é necessário, em 1.º lugar, que o agente tenha angariado novos clientes

para a outra parte ou aumentado substancialmente o volume de negócios com a clientela já existente (al. *a*). Depois, exige-se que a outra parte venha a beneficiar consideravelmente, após a cessação do contrato, da actividade desenvolvida pelo agente (al. *b*). Por último, é preciso que o agente deixe de receber qualquer retribuição por contratos negociados ou concluídos, após a cessação do contrato, com os clientes referidos na al. *a*) (al. *c*).

Esta indemnização de clientela, consagrada expressamente no art. 33.º a favor do agente, constitui uma espécie de doutrina geral que valerá, também, para o concessionário, se for de lhe aplicar, por analogia, o disposto no referido artigo. A nossa jurisprudência tem-se mostrado aberta a aplicação daquela indemnização ao concessionário (cfr., entre outros, os atrás citados Acórdãos do STJ). É que os contratos de concessão envolvem, frequentemente, uma actividade e um conjunto de tarefas similares as da agência, estando os contraentes unidos, de idêntica forma, por relações de estabilidade e de colaboração, e sendo comum o seu objectivo.

De todo o modo, a análise do caso concreto é que é decisiva, havendo que apurar se a clientela, no caso, foi angariada pelo concessionário ou se houve um aumento substancial do volume de negócios, e, ainda, se e em que medida, no futuro, o concedente irá beneficiar dessa clientela ou dessa actividade do concessionário. Na verdade, a indemnização de clientela regulada nos arts. 33.º e 34.º, do DL n.º 178/86, destina-se, como já vimos, a compensar alguém pelos benefícios de que outrem continua a usufruir após o termo do contrato e que devam creditar-se, ainda, no essencial, a actividade do primeiro antes de o contrato cessar.

Verifica-se, no entanto, que, no caso sub judice, a autora não logrou fazer a prova, nomeadamente, do requisito consagrado na citada al. *b*), do n.º 1, do art. 33.º, desde logo, porque nenhum facto relevante alegou a tal respeito, apesar de lhe competir o respectivo ónus, limitando-se a referir que a ré continuará a beneficiar, após a cessação do contrato, da actividade desenvolvida pelo concessionário. Assim, desconhece-se, de todo, se a clientela angariada pela autora se manteve ligada a ré, ou se, pelo contrário, se transferiu para uma concorrente da ré no mercado, cujos produtos — convém relembrar — a autora simultaneamente também comercializava e

continua a comercializar (cfr. a resposta ao ponto 14.º da base instrutória).

Refira-se que a questão do destino da clientela após o termo do contrato é uma questão fundamental a ter em conta, pois não é razoável compensar o distribuidor pelo que fez no passado senão na medida em que se preveja que isso virá a repercutir-se directamente, no futuro, em benefício do concedente (cfr. Pinto Monteiro, *ob. cit.*, pág. 166).

Consideramos, pois, que não é de atribuir a autora, como concessionária, a indemnização de clientela prevista no citado art. 33.º, pois que, não estando verificado o mencionado requisito da al. *b*), não há que aplicar analogicamente aquela norma ao caso dos autos.

Improcedem, assim, as conclusões da alegação da recorrente.

3 — Decisão.

Pelo exposto, nega-se provimento ao recurso, confirmando-se a sentença apelada.

Custas pela apelante.

Lisboa, 9 de Maio de 2006

ROQUE NOGUEIRA
PIMENTEL MARCOS
ANTÓNIO GERALDES

RESOLUÇÃO E EXCLUSÃO DA INDEMNIZAÇÃO DE CLIENTELA

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 9 de
Maio de 2006

Anotação pelo Dr. Rui Tavares Correia

1.1. Um dos princípios basilares em matéria contratual é o da estabilidade, segundo o qual, uma vez firmados através do encontro das vontades das partes outorgantes, os contratos não podem mais ser revogados ou mesmo modificados por uma das partes e sem o concurso das demais ⁽¹⁾.

Uma vez firmados os contratos devem, de acordo com outro dos princípios basilares que enquadram o seu regime, ser pontualmente cumpridos, ficando as partes adstritas às obrigações que para elas resultem do conteúdo no qual acordaram ^(2/3).

⁽¹⁾ Previsto em conjunto com o princípio da pontualidade de cumprimento, sob epígrafe comum de “eficácia dos contratos”, no Art.º 406.º do Código Civil. Aliás, o princípio da estabilidade e o princípio da pontualidade são as duas vertentes ou sub-princípios do princípio dito da “eficácia dos contratos”.

⁽²⁾ Ainda que o contrato não tenha sido sujeito a negociação e esteja, como tal sujeito, ao regime das cláusulas contratuais gerais previsto pelo Decreto-Lei 446/85, de 25 de Outubro. Com efeito, a falta de liberdade de estipulação pode originar nulidade relativa ou absoluta de alguma das cláusulas do contrato, ou mesmo, que parte desse clausulado deva ter-se por não escrito, mas, não obstante, a não existir invalidade, o contrato deverá, como qualquer outro obedecer aos princípios da estabilidade e da pontualidade.

⁽³⁾ Como resulta da aplicação do Art.º 406º do Código Civil e como decorre do velho brocardo “pacta sunt servanda”.

A conjugação destes dois princípios constitui a causa e razão de ser da faculdade que é reconhecida às partes, na maioria dos contratos, de procederem à sua resolução quando a sua contraparte não respeite o conteúdo contratual a que está vinculada. A parte cumpridora não pode, pois, ficar vinculada ao cumprimento de obrigações previstas num contrato em que a sua contraparte, inversamente, não cumpre aquilo que, para ela, o contrato determina. Essa é a razão que leva a permitir que, violada a pontualidade do cumprimento por uma das partes, a parte cumpridora, por sua iniciativa e com fundamento nessa violação, possa proceder à destruição do vínculo contratual, naquilo que consiste a resolução do contrato.

A resolução opera por mera declaração da parte que a ela recorra à sua contraparte e tem efeitos retroactivos ⁽⁴⁾, não abrangendo, porém, nos contratos de execução continuada ou periódica, as prestações que tenham já sido efectuadas. A simples mora no cumprimento de obrigações contratuais não concede à parte lesada a faculdade de resolver o contrato sendo necessário que, essa mora se transforme em incumprimento definitivo, por força da perda de interesse na prestação ou da concessão de um prazo suplementar ao devedor para que cumpra a prestação ⁽⁵⁾, para que possa ser declarada a resolução ⁽⁶⁾. Não obstante, quando exista incumprimento de ambas as partes, a

⁽⁴⁾ Não está afastada também à parte que queira operar a resolução o recurso à via judicial, para através de acção constitutiva exercer essa faculdade, como é defendido por BRANDÃO PROENÇA (“A Resolução do Contrato no Direito Civil”, Coimbra, 1996, pag. 154) (também o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de Novembro de 2002 in www.dgsi.pt — p.º SJ200309300017381 e o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 19 de Setembro de 2006 in www.dgsi.pt — p.º 1036/03,5TAGD.C1, admitindo este último a possibilidade desse efeito resolutivo ser pedido judicialmente em termos subsidiários, face a eventual improcedência do fundamento que motivou a resolução extrajudicial).

⁽⁵⁾ Naquilo que consiste a denominada interpelação admonitória. Nada impedindo, como afirma GALVÃO TELLES, que “por uma razão de economia de tempo e de actividade a parte inocente faça à outra sob o ponto de vista formal, uma só declaração em que lhe fixe prazo para cumprir e desde logo resolva o contrato se tal injunção não for respeitada” (“Direito das Obrigações”, 7.ª edição, Coimbra, 1997, pag. 457, nota 1).

⁽⁶⁾ PEDRO ROMANO MARTINEZ equipara ao incumprimento definitivo a declaração feita por uma das partes de que não irá cumprir, considerando, nessa situação, válida a resolução do contrato que venha a ser feita pela outra parte sem necessidade de interpelação admonitória (“Da Cessação do Contrato”, Almedina, 2005, pags. 139 e 140). Ora, tal declaração, a ser séria e inequívoca provocará, segundo MENEZES CORDEIRO, ou a perda do benefício do prazo estabelecido a favor do devedor para realizar a prestação, caso esta

faculdade de resolução não pode ser validamente exercida por nenhuma delas, não cabendo à parte faltosa, ainda que exista também incumprimento da sua contraparte, resolver o contrato (7).

A impossibilidade de cumprimento, na medida em que seja imputável a uma das partes, permite também a resolução do contrato, sendo por equiparação ao seu regime que se estabelecem as regras que permitem a resolução por incumprimento.

Tem vindo a entender-se que o cumprimento defeituoso (8) constitui também fundamento susceptível de permitir a resolução de um contrato. Não estando regulada em termos gerais tal figura jurídica, considera-se verificada quando a prestação não corresponda àquilo que foi estipulado pelas partes, havendo desconformidade entre aquilo que foi acordado e aquilo que é prestado. A tendência mais comum é de considerar que existindo cumprimento defeituoso, o contrato possa ser resolvido com esse fundamento, como se de incumprimento definitivo se tratasse, por, em bom rigor, não poder defender-se que prestação tenha sido cumprida. Não obstante, tal situação poderá levar a contradições, uma vez que existindo mora, caso em que nada foi prestado, é necessário que essa mora seja transformada em incumprimento definitivo, enquanto que existindo cumprimento imperfeito, o contrato poderá,

tenha prazo certo, ou o imediato vencimento, com incumprimento simultâneo (“A Violação Positiva do Contrato”, in R.O.A., 41, vol. I, pag. 143). Face a este entendimento pareceria mais curial considerar, pois, que a declaração de não cumprir apenas determinaria o vencimento imediato da obrigação e a constituição também imediata do devedor em mora, sendo, ainda, necessária a concessão de prazo suplementar, persistindo o incumprimento para que possa resolver-se o contrato (vd. a esse respeito o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 7 de Março de 1991 in www.dgsi.pt — pº 78155). Não obstante, quando haja declaração inequívoca de que o contrato não vai ser cumprido, não se compreenderia que se tornasse ainda necessário efectuar interpelação admonitória, pelo que, deverá entender-se que a perda do benefício do prazo abrange todo e qualquer prazo para cumprir, incluindo aquele de carácter suplementar que viesse a ser concedido.

(7) Podendo ver-se nesse sentido o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 25 de Outubro de 1972, onde se diz “o contraente que não satisfaz ao que se obrigou (e a má execução da sua prestação é uma modalidade de incumprimento) não tem direito de a resolver o contrato e a pedir indemnização mesmo que da sua parte o outro contraente não tenha também cumprido integralmente a respectiva prestação” (in B.M.J., 221, pag. 278).

(8) BAPTISTA MACHADO, “Pressupostos da Resolução por Incumprimento”, in “Obra Dispersa”, Vol. I, Braga, 1991, pags. 168 e seguintes e ROMANO MARTINEZ, “Da Cessação do Contrato”, citado, pags. 147 e seguintes.

sem mais, ser resolvido, apesar de poder ser ainda reparada essa deficiência de cumprimento ⁽⁹⁾. Mais correcto seria considerar, enquanto fundamento de resolução, o cumprimento defeituoso como uma modalidade de incumprimento e sujeitá-lo às regras que presidem à transformação da mora em incumprimento definitivo, permitindo apenas, com base nele, a resolução, quando o credor tivesse perdido objectivamente o interesse na prestação, correctamente executada, ou tivesse concedido um prazo suplementar para que a deficiência de cumprimento fosse corrigida sem que a sua contraparte o tenha efectuado.

1.2. O princípio da estabilidade contratual a ser aplicado na pureza da sua lógica formal conduziria a um resultado indesejado, fazendo com que, em contratos de execução continuada, as partes, caso nunca se verificasse qualquer incumprimento, ficassem, se nenhum prazo de vigência tivesse sido acordado, eternamente vinculadas. O prolongar das obrigações contratuais, de modo vitalício, ou, até e por aplicação das normas sucessórias, de modo perpétuo, não pode ser admitido pela ordem jurídica. Essa é a razão que leva a considerar que, em contratos duradouros, de execução continuada, e ainda que neles nenhum prazo de vigência tenha sido fixado, as partes possam livremente, e sem invocação de qualquer fundamento que justifique a decisão tomada, desvincular-se. A denúncia, que em contratos com a natureza descrita é permitida, consubstancia, pois, esta faculdade que deverá, com carácter de bilateralidade, considerar-se incluída no conteúdo de qualquer contrato duradouro ao qual não subjazam outras razões consideradas suficientes para a imposição de um carácter vinculístico ⁽¹⁰⁾.

⁽⁹⁾ No contrato de empreitada o cumprimento defeituoso decorrente dos defeitos que existam na obra não é motivo que permita a resolução do contrato, impondo-se, antes de que seja possível essa resolução, que ao empreiteiro seja dada um prazo adequado para reparação dos defeitos (podendo ver-se a clara explicação dada por CURA MARIANO acerca da articulação dos direitos do proprietário da obra em “Responsabilidade Contratual do Empreiteiro pelos Defeitos da Obra”, Almedina, 2004, pags. 115 e seguintes).

⁽¹⁰⁾ Como ensinava MOTA PINTO, “uma vinculação ou “servidão” eterna ou excessivamente duradoura violam a ordem pública, pelo que os negócios só não serão nulos por força do Art.º 280.º do C.C., se estiverem sujeitos ao regime da livre denunciabilidade ou denunciabilidade ad nutum” E, por isso, “deve reconhecer-se nos contratos de duração por

A denúncia não se enquadra no regime dos contratos de execução instantânea por estes, pela sua própria natureza, não originarem situações de vinculação perpétua ou vitalícia.

As diferenças de natureza que justificam a existência de um regime de denúncia nos contratos duradouros face aos contratos de execução instantânea, motivam também que a resolução seja diversa em ambos. O regime geral, previsto para a resolução legal, foi desenhado tendo, sobretudo, em consideração os contratos que prevêem obrigações de execução instantânea. Com efeito, o regime de transformação da mora em incumprimento definitivo através da interpelação admonitória ou da perda de interesse na prestação é, por vezes, de difícil conciliação com contratos onde se estabelecem obrigações que se prolongam no tempo e em que tais mecanismos se revelam inadequados face à economia do contrato. Se a perda de interesse na prestação, que deve ser apreciada objectivamente, muito dificilmente permitirá a resolução ⁽¹¹⁾, a faculdade de proceder à interpelação admonitória poderá colocar entraves gravosos à dissolução do contrato permitindo-se, em prestações nas quais tenham sido estabelecidos prazos certos, que esses prazos fiquem totalmente frustrados. Basta para isso que o devedor entre em mora e venha, perante a interpelação admonitória, cumprir dentro do novo prazo facultado, voltando, logo de seguida, a entrar em mora e assim sucessivamente, em situação gravemente prejudicial do interesse do credor no âmbito do contrato ⁽¹²⁾. Aliás, o regime legal da resolução reconhece, ao

tempo indeterminado, a existência de um poder de denúncia sem específica causa justificativa. O fundamento material desta denunciabilidade “ad nutum” é a tutela da liberdade dos sujeitos que seria comprometida por um vínculo muito duradouro. Por isso, tal poder de denúncia existe mesmo na falta de norma jurídica ou cláusula contratual explícita” (“Teoria Geral do Direito Civil”, Coimbra, 3.^a edição, 1992, pag. 623).

⁽¹¹⁾ Tanto mais que a da perda do interesse na prestação tem sido apreciada na jurisprudência de forma bastante restritiva. Com efeito, a objectividade nessa apreciação que é exigida por lei e que impõe que a perda do interesse não se baseie apenas no critério subjectivo do credor mas no critério razoável de uma pessoa comum face às circunstâncias que rodeiam a mora, tem justificado interpretações que excluem, “a priori” e face à natureza de algumas prestações, que possa existir essa perda de interesse. A perda do interesse na prestação vem assim sendo circunscrita a situações excepcionais nas quais, mais do que uma verdadeira perda de interesse, desapareceu a razão de ser que motivara o contrato e a prestação.

⁽¹²⁾ Na verdade, o escopo da obrigação é a realização do interesse do credor (CALVÃO DA SILVA, “Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória”, Coimbra, 1997, pags. 62 e seguintes).

fixar as suas consequências, esta diversidade decorrente da maior ou menor potencialidade de duração dos contratos ⁽¹³⁾.

A situação que é tratada no Acórdão constitui um exemplo dessa dificuldade, por o motivo que levou à resolução do contrato ter sido o incumprimento dos objectivos anuais de vendas que foram estipulados ⁽¹⁴⁾. A aplicação do regime geral do incumprimento de obrigações, caso não tivesse sido estipulada no contrato tal situação como sendo uma daquelas que permitiam a sua resolução, impediria a resolução fundada no incumprimento. O devedor responsável pelo cumprimento dos objectivos ou quantidades dentro do prazo fixado, verificado o decurso desse prazo, entraria em mora. O credor, atenta a natureza da obrigação, de venda dos bens por si comercializados, não teria, evidentemente, perdido o interesse na prestação, nem se justificaria que lhe fosse exigido que concedesse um novo prazo ao devedor para cumprir, porque, sendo o objectivo anual e dependendo dele o seu desempenho no mercado, a situação em causa frustraria totalmente a dinâmica do contrato no período subsequente ⁽¹⁵⁾. As duas possibilidades que podem perfilar-se são as de considerar tal situação incluída na impossibilidade de cumprimento ou no cumprimento defeituoso.

Mas a prestação, aquisição e revenda de veículos, embora não cumprida dentro do prazo, não se tornou impossível. A impossibilidade é apenas de cumprimento dentro do prazo acordado, não sendo a impossibilidade de cumprimento dentro de um prazo equiparada à impossibilidade de cumprimento que permite a resolução

⁽¹³⁾ A respeito da diversidade do regime da resolução nos contratos duradouros pode ver-se ROMANO MARTINEZ, “Da Cessação do Contrato”, citado, pags. 231 e seguintes.

⁽¹⁴⁾ Apesar de na situação tratada no Acórdão a resolução ser convencional, tendo o fundamento que lhe deu causa sido um daqueles que, aquando da celebração, as partes consideraram que seria motivo suficiente para permitir a desvinculação.

⁽¹⁵⁾ Como pode ilustrar-se pelo exemplo seguinte: verificado o incumprimento dos objectivos logo que findo o primeiro ano de execução contratual, após interpelação admonitória, o devedor e dentro do prazo suplementar fixado cumpre esse objectivo, impedindo assim a resolução. No novo ano volta a não ser atingido o objectivo, tanto mais que parte das vendas realizadas nesse novo anos reportaram-se ainda ao objectivo do ano transacto, voltando a ser fixado novo prazo suplementar, dentro do qual o objectivo é cumprido. A situação poderá, seguramente, repetir-se-á nos anos subsequentes frustrando totalmente o escopo visado pelas partes quando fixaram objectivos anuais.

do contrato, porquanto, a ser assim, em qualquer situação em que o devedor não cumprisse uma prestação dentro do prazo para ela fixado, esta tornar-se-ia impossível e o contrato poderia ser resolvido, contrariando a interpretação que vem sendo feita do regime legal ⁽¹⁶⁾.

Por outro lado, o cumprimento defeituoso não pode também explicar a situação em causa por esta se reportar a um cumprimento parcial e não deficiente. A diferença é da medida da prestação e não da prestação em si mesma ⁽¹⁷⁾.

Mas não se compreende que, sendo incumprida no contrato a obrigação de aquisição, fosse necessário usar dos mecanismos da transformação da mora em incumprimento definitivo e cumprida defeituosamente uma prestação fosse, sem mais, possível resolver o contrato. Nos contratos que prevêm obrigações duradouras ou periódica tem pois que entender-se que determinadas situações geram, por si mesmas, incumprimento definitivo e não apenas mora por, a não realização das prestação nos moldes contratuais previstos consubstanciar, sem necessidade dos mecanismos de transformação da mora em incumprimento definitivo, esse incumprimento definitivo susceptível de permitir a resolução.

1.3. Limitando igualmente o princípio da estabilidade dos contratos, existe ainda outro regime, cujo campo de aplicação e consequências interceptam ambas as situações pelas quais a desvinculação é possível, da resolução por incumprimento e da denúncia. O regime da alteração das circunstâncias, integrado ainda na resolução, por ter que justificar-se num fundamento que o permita, aproxima-se da denúncia por encontrar essa justificação em razões inerentes à ordem jurídica que contendem com a manutenção do contrato, pese embora não decorram do incumprimento. Como não é legítima a vinculação perpétua das partes a obrigações contra-

⁽¹⁶⁾ Tendo em consideração uma obrigação pecuniária com vencimento em dia certo, esta seria sempre impossível quando o pagamento não fosse feito nesse dia, o que contraria o entendimento comum de que tal situação não origina mais do que a mora do devedor.

⁽¹⁷⁾ BAPTISTA MACHADO, distingue com clareza, na inexactidão do cumprimento, a inexactidão qualitativa da inexactidão quantitativa, obra citada, pag. 168.

tuais, não é também legítima essa vinculação em circunstâncias, independentes da sua vontade e que onerem gravemente a posição de uma delas, numa vertente que extravaze o risco normal do contrato ⁽¹⁸⁾.

Maiores problemas se põem perante o princípio da estabilidade dos contratos em relação ao instituto da alteração das circunstâncias que permite, em determinados condicionalismos em que essa alteração seja juridicamente relevante, a resolução do contrato. A resolução não é então justificada pelo incumprimento de uma das partes que fundamenta e justifica a desvinculação operada pela sua contraparte, que obviamente não pode ficar vinculada a obrigações previstas por um contrato que não é reciprocamente cumprido.

Os valores subjacentes à estabilidade contratual têm levado a que a jurisprudência faça uma interpretação muito restritiva das normas que permitem a resolução do contrato fora dos casos de incumprimento e com base na alteração das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar. Aliás, para além de ser necessário que exista essa alteração, que deverá incidir sobre circunstâncias comuns a ambas as partes, inerentes e não exteriores ao contrato ^(19/20), exige-se que a alteração seja anormal e ainda que a vinculação da parte lesada às obrigações contratuais afecte de forma grave a boa fé.

O regime legal é, por isso, direccionado para situações de excepção, não previstas, nem queridas pelas partes aquando da celebração do contrato, que não podem estar cobertas pelo risco inerente à própria dinâmica desse contrato. Com efeito, apesar das circunstâncias inicialmente previstas sofrerem alteração irreversível, se, não obstante, essa alteração se encontrar coberta pelo

⁽¹⁸⁾ A colisão, neste caso, surge entre o princípio da estabilidade contratual e o princípio da boa fé como faz notar MENEZES LEITÃO (“Direito das Obrigações”, vol. II, 4.ª edição, Almedina, 2006, pag. 131).

⁽¹⁹⁾ Podendo ver-se a este respeito, MENEZES CORDEIRO, “Da Alteração das Circunstâncias”, Lisboa 1987.

⁽²⁰⁾ A alteração terá que verificar-se nas circunstâncias que existiam à data da celebração do contrato e que tenham motivado a sua celebração pelas partes, ou nas palavras de MENEZES LEITÃO, na “base do negócio objectiva” (“Direito das Obrigações”, citado, pag. 135).

carácter do próprio contrato, pelo risco a este inerente e previsto ou susceptível de poder ser previsto pelas partes na sua celebração, o instituto não pode operar. E, por outro lado, se apesar de existir uma alteração das circunstâncias com os moldes legalmente exigidos, que escapa ao risco contratual, mas o desequilíbrio que produz no contrato não tiver um carácter grave ou não ofenda gravemente a boa fé, a resolução não é também possível.

Não são, assim, quaisquer desequilíbrios que permitem a aplicação do instituto, mas apenas aqueles que afectem de forma grave a disciplina do contrato e que justifiquem por isso a cessação do vínculo. Impede-se a resolução, ainda, quando a parte lesada esteja em mora, o que se justifica na medida em que a parte incumpridora não pode beneficiar do favor da lei, permitindo-se-lhe que, a coberto da alteração das circunstâncias possa obter a desvinculação de um contrato, explorando esse instituto, as mais das vezes, para finalidades diversas daquelas para as quais este foi instituído. Com efeito, existindo mora da parte que pretende resolver o contrato poderá não ser fácil discernir se essa resolução é objectivamente motivada ou se defende apenas os seus interesses puramente subjectivos.

A resolução do contrato em razão da alteração das circunstâncias enquadra-se no regime mais amplo da resolução, razão pela qual, a sua disciplina terá que ser aferida de acordo com as disposições mais gerais atinentes à resolução de contratos. Deste modo, não parece que seja necessário, para operar a resolução com fundamento na alteração das circunstâncias, o recurso à via judicial, bastando uma mera declaração à contraparte ⁽²¹⁾. Aliás, não se vê quais as razões que imporiam tal solução quando estivesse em questão apenas a alteração das circunstâncias e a dispensassem quando a situação estivesse relacionada com o incumprimento de uma das partes, situação essa, que é apta a provocar um muito maior dissídio entre as partes, podendo com maior pertinência justificar a intervenção moderadora do tribunal.

⁽²¹⁾ Nesse sentido, VAZ SERRA, RLJ, 111, pag. 348 e, mais recentemente, MENEZES LEITÃO, “Direito das Obrigações”, citado, pags. 138 e 139. Em sentido inverso, ALMEIDA COSTA, “Direito das Obrigações”, 5.^a edição, Almedina, 1991, pag. 276, nota 2.

2.1. O contrato que está em questão no litígio tratado pelo Acórdão é susceptível, atentas as obrigações que prevê, de ser qualificado como sendo de concessão comercial, que corresponde a um dos tipos que podem encontrar-se dentro da ampla categoria dos denominados contratos de distribuição comercial ⁽²²⁾. A obrigação essencial dos contratos de concessão comercial é a de colocação no mercado por parte do concessionário dos produtos do concedente. Essa obrigação, da qual decorre, por definição a obrigação assumida

(22) Torna-se, por vezes, difícil de distinguir o contrato de concessão comercial de outros contratos, e nomeadamente, do contrato de franquia na modalidade de franquia de distribuição. Com efeito, embora conceptualmente sejam contratos facilmente diferenciáveis, no plano prático que decorre do conteúdo fixado pelas partes, a distinção torna-se muitas vezes difícil. No contrato de concessão comercial, a obrigação essencial e que caracteriza o contrato é aquela que se consubstancia na revenda dos produtos disponibilizados pelo concedente, obrigando-se as partes a celebrar futuramente e com carácter regular contratos de fornecimento de modo a que o concessionário possa colocar esses produtos no mercado. Não obstante, apesar de o concessionário actuar no mercado com liberdade e autonomia na sua actividade de revenda dos produtos fornecidos pelo concedente, está, em regra, adstrito a diversas obrigações relacionadas com essa colocação que revelam uma verdadeira ingerência na sua actividade e que se referem à publicidade a efectuar, à forma de apresentar os produtos, à assistência de pós venda a dar... Os produtos são vendidos sob as marcas e denominações que lhe forem atribuídas pelo concedente e que estabelece diversas obrigações, como aquelas que se referiram, para que essas marcas ou denominações não sejam prejudicadas ou não percam a conotação qualitativa que tenham no mercado. Por outro lado, o concedente obriga-se, muitas vezes, a prestar um intenso apoio à actividade de comercialização dos produtos que seja desenvolvida pelo concessionário exercendo ainda controlo sobre essa actividade em todas as suas vertentes. Assim, se no plano conceptual a transmissão do “know-how” e autorização para utilização da marca do franqueador que avultam no contrato de franquia, facilmente podem distingui-lo do contrato de concessão comercial, na prática, em situações de ingerência do concedente na actividade do concessionário com transmissão de “know-how”, nem sempre é fácil fazer a distinção. Embora cada um dos contratos se centre em obrigações nucleares diversas, concessão comercial e franquia de distribuição podem na prática revelar-se equiparados, pois, se no contrato de concessão comercial que parte da obrigação de futura celebração de contratos de fornecimento de forma a que sejam colocados no mercado os produtos comercializados pelo concedente, a regulamentação, a título secundário, da forma de colocação no mercado desses produtos, envolve, muitas vezes obrigações que se confundem com a transmissão de “know-how” e controlo de actividade próprias da franquia (vd. a este respeito, PINTO MONTEIRO, “Contratos de Distribuição Comercial”, Almedina, 2002, pag. 122, MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, “O Contrato de Franquia”, Almedina, 2001, pags. 53 e seguintes e MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, “O Contrato de Franquia”, Almedina, 2000, pags. 41 e seguintes, referindo-se este último autor às dificuldades antes tratadas no âmbito dos contratos de concessão comercial, que como aquele que estava em causa no Acórdão, estão ligados ao sector automóvel e em que haja assistência de pós venda.

pelas partes de celebrarem durante a vigência do contrato, outros contratos a ele subjacentes, de fornecimento ⁽²³⁾, é aquela que caracteriza a concessão comercial e à qual se encontram funcionalizadas todas as restantes obrigações que, de acordo com ela devem ser interpretadas e recortar o seu regime. O contrato de concessão comercial tem um carácter duradouro, assenta e pressupõe a cooperação das partes num escopo comum, escopo esse, que entendido numa vertente imediata, mais não é do que a comercialização dos produtos que estão em questão, mas que, no plano mediato se reconduz ao lucro granjeado por essa comercialização, que ambas as partes pretendem obter.

Como em qualquer outro contrato, a resolução do contrato de concessão comercial poderá ser fundada na convenção das partes, definindo estas, “ab initio” as situações que entendam, quando venham a verificar-se, susceptíveis de permitir a desvinculação. As partes podem ainda definir os “meios de efectivação do direito e consequências da actuação lícita ou ilícita” ⁽²⁴⁾. Mas, prevendo-se, ou não, situações que convencionalmente permitam a resolução, outras situações existirão que, mesmo não se subsumindo àquilo que as partes definiram como fundamento de resolução, deverão de acordo com a lei, permiti-la.

Haverá, porém, que ter em consideração que, como o contrato de agência, o contrato de concessão comercial tem um carácter duradouro e de cooperação. Por essa razão se entende ser necessário que a violação, para que se permita a resolução, tenha

⁽²³⁾ Reconhecendo o carácter essencial dessa obrigação para qualificar o contrato de concessão comercial em detrimento da obrigação de exclusividade, afirma Pinto Monteiro que, “o desenvolvimento económico, a evolução do comércio e da indústria e o aperfeiçoamento das técnicas de “marketing” e de distribuição fizeram com que o centro de gravidade se fosse progressivamente deslocando da exclusividade para a cláusula que impõe ao distribuidor não só a obrigação de adquirir bens para revenda mas também a de promover a sua comercialização em conformidade com as indicações do produtor” (“Contratos de Distribuição Comercial”, citado, pag. 106). Aliás, tem vindo a ser entendido que a obrigação de exclusividade não é essencial para caracterizar o contrato de concessão comercial. Afirma, porém COELHO VIEIRA que, pese embora a exclusividade não revista essa essencialidade, a concessão comercial necessita de estar ligada a uma zona de actuação, à qual se reportarão as obrigações das partes (“O Contrato de Concessão Comercial”, AAFDL, 1991, pag. 45).

⁽²⁴⁾ ROMANO MARTINEZ, “Da Cessação do Contrato”, citado, pag. 166.

que ter contornos tais que possa subsumir-se ao conceito de justa causa ⁽²⁵⁾. O conceito de “justa causa” equivale à impossibilidade de poder ser prosseguido o fim contratual que o contrato pressupõe ⁽²⁶⁾. Este conceito é, por um lado, mais exigente do que aquele que é previsto para a generalidade dos contratos, pois exige que o incumprimento que o consubstancie não seja o de qualquer obrigação, mas que esteja ligado a uma obrigação do contrato de tal modo importante ou a uma actuação de tal forma reiterada que determine a extinção dessa finalidade que uma das partes legitimamente prossegue. Mas, por outro lado, o conceito referido revela-se menos exigente do que aquele que postula a disciplina geral dos contrato porquanto, a destruição dessa finalidade poderá ocorrer em situações em que a violação de obrigações contratuais, tomada esta em si mesma, não importe a perda por parte do contraente não faltoso do interesse na prestação e em que não se revele, de acordo com a natureza das coisas, necessário efectuar interpelação admonitória para transformar a mora em incumprimento definitivo. A perda do interesse na prestação deverá, por isso, ser entendida de modo amplo e não específico, não em relação à prestação que não foi cumprida, mas em relação a todas as obrigações contratuais ou ao contrato no seu todo e em toda a dinâmica que o envolve. Com efeito, enquanto no regime geral, vocacionado para os contratos com prestações instantâneas, a aferição deverá ser efectuada no tocante à objectiva perda do interesse em relação à obrigação incumprida, nos contratos duradouros, de cooperação, nos quais existem diversas obrigações principais e secundárias que adstrigem as partes e que se prolongam no tempo, já assim não será. A perda de interesse deverá ser apreciada, não em relação a uma concreta prestação, mas em relação à violação dessa prestação ajuizada em conjunto com todas as restantes de maneira a determinar se essa violação, que pode nem sequer ser havida como incumprimento definitivo, pela sua reiteração ou gravidade importou, pela frustração do escopo prosseguido por uma das partes, a

⁽²⁵⁾ Assim, MARIA HELENA BRITO, que entende que a exigência de justa causa decorre da natureza de cooperação do contrato, admitindo porém que a resolução poderá não resultar apenas de factos culposos (“O Contrato de Concessão Comercial”, Almedina, 1990, pag. 226).

⁽²⁶⁾ MARIA HELENA BRITO, obra citada, pag. 227.

perda de interesse na manutenção do contrato e constituiu assim fundamento suficiente para validamente permitir a sua resolução.

A resolução do contrato, de acordo com o Art.º 31.º do Decreto-Lei 178/86, deverá ser efectuada através de comunicação escrita na qual se refira o fundamento que a motivou e no prazo de um mês a contar do conhecimento desse fundamento que a permitiu. Quando o facto que fundamenta a resolução seja continuado deverá considerar-se que prazo para a efectivar apenas começará a contar desde a sua cessação ⁽²⁷⁾.

2.2. O contrato pode também ser resolvido caso ocorram “circunstâncias que tornem impossível ou prejudiquem gravemente a realização do fim contratual, de forma a que não seja exigível (...) se mantenha pelo prazo convencionado ou imposto em caso de denúncia, como se prevê na alínea b) do Art.º 30.º do Decreto-Lei 178/86.

Encontra-se, pois, consagrada uma possibilidade de fazer cessar o contrato quando este deixe de ser possível ou de atingir a sua finalidade, devendo entender-se essa impossibilidade ou frustração do escopo mais em sentido económico do que jurídico. A não ser assim e abrangendo-se apenas os casos de efectiva impossibilidade, o excerto em causa seria de aplicação muito restrita e não faria sentido a sua inserção, uma vez que a disposição legal referida se aplica apenas quando o contrato seja cumprido, o que não aconteceria se existisse uma situação de impossibilidade de cumprimento. Uma interpretação no sentido de admitir apenas a efectiva impossibilidade, não se compadeceria também com a concessão de idêntica faculdade de resolução nas situações em que haja prejuízo grave na realização económica do contrato. O que se impõe sempre, para que possa operar-se a resolução, é que não seja exigível àquele que exerça essa faculdade, que se mantenha vinculado ao contrato, apesar de nenhum incumprimento existir.

As razões que fundamentam a cessação do contrato, pese embora, possam ligar-se a uma das partes e não apenas ao mercado

⁽²⁷⁾ PINTO MONTEIRO, “Contrato de Agência”, citado, pag. 134 e LACERDA BARATA, “Anotações ao Novo Regime do Contrato de Agência”, Lex, 1994, pag. 78.

ou ao comportamento de terceiros, terão que ser estranhas à vontade de ambas, não podendo a nenhuma delas ser imputáveis, quando não, permitiriam a resolução com base no incumprimento.

Por se tratar de uma disposição especial face ao regime geral da resolução do contrato por alteração das circunstâncias, as normas referidas terão que ser interpretados no quadro desse instituto mais geral. Por essa razão, as circunstâncias aptas a tornar inexigível a manutenção do contrato, pela grave alteração que produzam no quadro contratual, serão aquelas que aquando da celebração não foram preconizadas pelas partes, não estando incluídas não risco normal da relação estabelecida, antes provocando uma grave distorção a esse quadro.

Determina-se ainda no n.º 2.º do Art.º 32.º do Decreto-Lei 178/86, que a resolução do contrato com base nesta situação confere o direito a uma indemnização calculada de acordo com equidade. Não se distingue qual dos contraentes terá direito da receber tal indemnização, pese embora a disposição pareça apontar para o contraente que pretendia manter o contrato até ao termo do seu prazo de vigência. Com efeito, será este que, disposto a manter o contrato, por nele ter interesse, que, por razões que não lhe são imputáveis, vê extinguir-se esse vínculo com os inerentes prejuízos. Não obstante, nada impede que o contraente que exerça a resolução seja, de facto, aquele que maiores prejuízos irá sofrer com a resolução do contrato, principalmente quando essa resolução seja fundada em relevantes alterações de mercado ou até em circunstâncias que, apesar de não imputáveis à sua contraparte, a ela respeitam. Deste modo, deverá ser ajuizado, caso a caso, qual a parte que prejudicada pela resolução poderá ter direito a uma indemnização e para tanto bastará atentar na situação considerada no Acórdão em análise, em que, a entender-se a resolução efectuada não fundada em incumprimento sempre, atenta a impossibilidade de cumprimento dos objectivos, teria, essa resolução que admitir-se como fundada na disposição referida, da alínea *b*) do Art.º 30.º do Decreto-Lei 178/86. As expectativas equacionadas pelo concedente apoiavam-se na comercialização de um determinada quantidade de bens, que justificavam todo o investimento por ele efectuada na actividade do concessionário e ao qual este se vinculou por via das obrigações constantes do contrato de apoio e cooperação. Não sendo esses objectivos alcançados, o que ocorreu de forma reite-

rada, ainda que por outras razões de mercado ⁽²⁸⁾ independentes da vontade ou domínio do concessionário, sempre haveria, verificado o prejuízo grave na realização do fim do contrato que, em termos simples era apenas a comercialização dos bens por ele pressupostos, razão para operar a resolução. E embora o concedente fosse a parte não interessada em manter a execução do contrato seria ele, a parte que, face ao investimento realizado em prol da sua contraparte, seria lesada pela extinção e que poderia exigir uma indemnização, a fixar de acordo com a equidade.

Embora a indemnização de clientela seja afastada apenas quando o contrato cesse por razões imputáveis ao agente e no âmbito da resolução a que se vem fazendo referência não seja esse o caso, não parece que seja possível em tais situações a exigibilidade de uma indemnização com essa natureza. A indemnização de clientela remunera o agente pela mais valia que traga ao principal, pelo benefício pela clientela angariada por ele que o principal vai obter após a cessação do contrato. Ora, a indemnização por equidade fixada pelo n.º 2.º do Art.º 32.º do Decreto-Lei 178/86, deve, qualquer que seja a parte que a exija, tomar em consideração essa mais valia que não poderá, por isso, ser objecto de duplicação. A ser essa indemnização exigida pelo agente um dos factores a considerar, para além de outros, como sejam, os investimentos efectuados, terá necessariamente que ser a perda representada pela transferência dos clientes angariados por força da sua actividade para a esfera do principal e a perda da remuneração que através desses clientes poderia ser auferida caso se mantivesse o contrato. Se a indemnização for exigida pelo principal, no seu cômputo não deverá também deixar de ser tida em conta essa mais valia que poderá diminuir, ou mesmo, anular o seu valor numa aplicação do princípio “*compensatio dano cum lucrì*”. A indemnização calculada nos termos do n.º 2.º do Art.º 32.º do Decreto-Lei 178/86, por a abranger no seu mais extenso campo de aplicação, exclui a indemnização de clientela que deverá na sua fixação ser considerada e incluída.

⁽²⁸⁾ Que não aquelas que se verificavam na situação tratada no Acórdão e que eram imputáveis ao concessionário.

3.1. O Decreto-Lei 178/86, que regula o contrato de agência e que usa aplicar-se ao contrato de concessão comercial afasta a possibilidade de exigir indemnização de clientela quando o contrato tenha cessado por razões imputáveis ao agente. Por aplicação de tal normativo legal fica imediatamente excluído o direito à indemnização de clientela quando por denúncia do agente ou concessionário, acto voluntário e decorrente da livre iniciativa deste, o contrato tenha cessado. Ficam ainda excluídas as situações em que por iniciativa do principal ou concedente, mas com fundamento no incumprimento do agente ou concessionário, o contrato tenha cessado por via de declaração resolutiva. Em tais situações, em que seja demonstrada a subsistência das razões que levaram à resolução e sendo estas imputáveis ao agente ou concessionário, apesar da iniciativa que levou à cessação não ser dele, não pode defender-se que exista direito a indemnização de clientela, por se verificar o pressuposto negativo, cuja verificação afasta, nos termos do n.º 3.º do Art.º 33.º do Decreto-Lei 178/86, essa indemnização. Pela interpretação que faz da natureza jurídica da indemnização de clientela, Pinto Monteiro questiona o seu afastamento nas situações descritas, pois, se essa indemnização não tem natureza sancionatória, não se destinando a indemnizar qualquer dano provocado por facto ilícito resultante da conduta do principal ou concedente, tendo apenas uma função económica que remunera o agente ou concessionário pela mais valia que a sua actividade granjeou para aquele, não deveria ser excluída “a priori”, mesmo que as razões que tenham levado à cessação do contrato sejam imputáveis a este ^(29/30). O insigne autor citado entende que o legislador não deveria ter fixado tal pressu-

(29) Antes da regulamentação legal do contrato de agência, VAZ SERRA considerava que a questão era de solução duvidosa. Com efeito, em anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 7 de Março de 1969, entendia que, por um lado o agente perderia os lucros que resultariam da continuação do contrato e o principal manteria os lucros resultantes da clientela que lhe havia sido proporcionada pelo agente, o que militaria a favor da não exclusão da indemnização ainda que a cessação tivesse sido imputável ao agente. Mas, por outro lado, a ter sido o agente a dar causa à cessação, não poderia legitimamente manter a expectativa nos lucros futuros, que apenas obteria caso a cessação a que deu causa não se tivesse verificado (RLJ, 103, pag. 237).

(30) PINTO MONTEIRO, “Contrato de Agência”, 6.ª edição, Almedina, 2007, pags. 140 e 141.

posto negativo na regulamentação da indemnização de clientela, sem prejuízo de poder o principal exigir, pelo seu lado, indemnização pelos prejuízos causados pela cessação do contrato ⁽³¹⁾. Aliás, poderá aduzir-se ainda que, sendo a indemnização de clientela fixada de acordo com a equidade, haveria sempre, no preenchimento concreto desse conceito, a possibilidade do julgador, aferidas as razões que haviam levado à cessação do contrato, excluir essa indemnização. Não obstante, como é apontado ⁽³²⁾, e face ao regime vigente tal solução preconizada não é defensável.

Ora, a resolução que se tratou no Acórdão em análise tinha por fundamento o incumprimento dos objectivos anuais que o concessionário deveria cumprir, obrigação essencial em qualquer contrato de concessão comercial. A obrigação essencial dos contratos com essa natureza, como contratos quadro, é a de o concessionário adquirir os bens disponibilizados pelo concedente e os colocar no mercado, estando funcionalizadas a essa obrigação todas as restantes obrigações do contrato. Os objectivos de aquisição ou revenda ou de quantidade mínimas que devam ser adquiridas por incidirem, quantificando-a, sobre essa obrigação essencial, constituem o cerne do contrato e verificada a sua violação, são as legítimas expectativas das partes que determinaram a cooperação, pressuposta pelo contrato, que são frustradas. A obrigação descrita não pode, como se diz e bem no Acórdão, ser entendida como uma mera obrigação de meios, porquanto, a ser assim, nenhuma relevância teria e não teria sido convencionalmente estipulado que o seu incumprimento constituiria fundamento, por si só, para a resolução do contrato. E a gravidade da sua violação, atenta a sua relevância na dinâmica do contrato, permitiria por si só, a resolução desse contrato, mesmo que essa resolução não tivesse sido convencionalmente determinada. A não consecução dos objectivos ou quantidades não pode ter outra qualificação que não seja a de incumprimento, não sendo possível sequer, configurar-se como mora do concessionário, uma vez que este, que está adstrito a uma determinada quantidade dentro de um certo lapso temporal, não a obteve ⁽³³⁾.

⁽³¹⁾ PINTO MONTEIRO, “Contrato de Agência”, citado, pag. 141.

⁽³²⁾ PINTO MONTEIRO, “Contrato de Agência”, citado, pag. 141.

⁽³³⁾ PINTO MONTEIRO, citado no Acórdão, no ponto 2.6.4.

Questão diversa será a de saber se o incumprimento resultou, ou não, da culpa do concessionário. Mas, atentas as regras da repartição do ónus da prova é ao concessionário, em situações semelhantes, que cabe alegar e provar os factos que demonstrem que o incumprimento não procede de culpa sua ⁽³⁴⁾.

Em situação inversa àquela que foi tratada no Acórdão, se o contrato for resolvido validamente pelo concessionário ou agente deverá entender-se que, embora a iniciativa dirigida à sua cessação seja decorrente de um acto deste, que cessou por razões imputáveis ao concedente ou principal e que, por isso, não se encontra liminarmente excluída a indemnização de clientela ^(35/36).

Maiores dúvidas se suscitam se a cessação tiver ocorrido por acordo das partes e resulte assim de um acordo de vontades entre principal e agente ou concedente e concessionário no sentido de fazer cessar o contrato. O contrato cessou então por razões que são imputáveis a ambas as partes e que, por isso, recaem também sobre o agente ou concessionário que dirigiu a sua vontade para a extinção do contrato, embora, o tenha feito com o concurso da sua contraparte. A disposição legal não distingue, nem restringe a exclusão da indemnização de clientela às situações em que a cessação do contrato tenha sido única e exclusivamente imputável ao agente ou concessionário. Nem as razões que levam aplicar tal normativo aos casos em que o contrato tenha sido denunciado pelo agente ou concessionário são diferentes quando essa cessação resulte de acordo. A denúncia, sem necessidade de qualquer fundamento que a permita, não é diversa da revogação decorrente de acordo, sendo as

⁽³⁴⁾ O que na situação tratada no Acórdão não foi efectuado.

⁽³⁵⁾ Quando, após a denúncia do contrato que tenha sido efectuada pelo principal, ocorra incumprimento do agente que permita a sua resolução, esta deverá ser operada para que a indemnização de clientela seja excluída (MARTINEZ SANZ, “La Indemnización por Clientela en los Contratos de Agencia e Concesión”, 2.ª edição, Civitas, 1998, pags. 246 e seguintes e MERCADAL VIDAL, “El Contrato de Agencia Mercantil”, Bolonha, 1998, pags. 618 e seguintes).

⁽³⁶⁾ Nada parece também impedir que exercendo embora o seu direito de resolução, o principal o faça concedendo não obstante um período de pré aviso ao agente. Só assim não será quando a concessão desse pré aviso represente, para além da renúncia à faculdade de operar a resolução com efeitos imediatos, também, a renúncia à própria faculdade de resolução (MARTINEZ SANZ, “La Indemnización por Clientela en los Contratos de Agencia e Concesión”, 2.ª edição, Civitas, 1998, pags. 248 e seguintes).

razões que levaram a ambas independentes e estranhas ao acto em si mesmo considerado, que, num caso unilateral e noutro bilateral, encontra a sua perfeição ainda que não sustentado por qualquer razão ou motivo. Se o agente ou concessionário, quer individualmente, quer através de um acordo, aceita livremente desvincular-se de um contrato, aceitou o risco decorrente da perda da mais valia que a clientela angariada pela sua actividade lhe poderia proporcionar se o contrato continuasse, tomando tal decisão livre e esclarecida e, tanto nos casos em que o faz isoladamente, como naqueles em que o acorda com a sua contraparte, as razões que levam à exclusão da indemnização de clientela e que motivaram a disposição legal que a exclui são exactamente as mesmas. Assim, parece dever excluir-se também a indemnização de clientela quando o contrato tenha cessado por acordo entre as partes, por essa cessação ter decorrido de razões imputáveis ao agente ou concessionário ^(37/38/39).

⁽³⁷⁾ Neste sentido MÓNICA DUQUE, que na sequência da posição de Schröder e criticando Martínez Sanz afirma que, sem prejuízo de face à Directiva 86/653/CEE se tornar necessário interpretar restritivamente a disposição legal que prevê a exclusão da indemnização de clientela, entende que “o que releva para excluir o direito não é apenas a eventual situação incumprimento, mas o facto da cessação do contrato ser provocada pela actuação do agente, quer esta constitua um incumprimento imputável, quer se consubstancie num acto de irrepreensível de manifestação da vontade de pôr termo ao contrato”, concluindo assim que “o acordo das partes é uma causa de cessação determinante a insubsistência do direito do agente a ser indemnizado”. A autora considera porém que a situação terá pouco interesse prático uma vez que existindo as partes acordarão também sobre uma eventual indemnização de clientela a pagar (“Da Indemnização de Clientela no Contrato de Agência”, 1997 — dissertação de mestrado, infelizmente não publicada mas disponível para consulta na Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra — pags. 172 e 173).

⁽³⁸⁾ Contra CAROLINA CUNHA (“A Indemnização de Clientela do Agente Comercial”, Coimbra, 2003, pags. 292 e 293), por entender que a disposição legal que exclui a indemnização de clientela deverá ser restritivamente interpretada e que, por isso, apenas poderá abranger as situações em que a extinção decorre de factos apenas imputáveis ao agente. Não parece, porém, que o entendimento revele uma interpretação restritiva, mas outrossim, uma interpretação correctiva, integrando um elemento que não decorre da redacção do preceito, a referência a “razões apenas imputáveis ao agente” ou invés de “razões imputáveis ao agente”. MENEZES LEITÃO (“A Indemnização de Clientela no Contrato de Agência”, Almedina, 2006, pag. 60), por razões idênticas às da autora antes citada considera não dever também excluir-se a indemnização de clientela.

⁽³⁹⁾ No âmbito da legislação espanhola, que é diversa da nossa no tocante ao aspecto em causa limitando-se a prever a exclusão quando o contrato tenha sido resolvido pelo principal com base em incumprimento do agente, ou quando este o tenha denunciado,

E não impede tal conclusão a segunda parte da disposição que afasta a indemnização quando “o agente por acordo com a outra parte tiver cedido a terceiro a sua posição contratual”, pois, esse acordo não faz extinguir o contrato. Com efeito, o excerto da disposição legal transcrito não significa que fosse necessário excluir a indemnização de clientela nessa particular situação de acordo, por na generalidade das cessações convencionadas essa indemnização ser devida. A disposição legal pretende, outrossim, e por ser questão susceptível de causar dúvidas ⁽⁴⁰⁾, tornar claro que, cessando o contrato para aquele agente, por via da modificação subjectiva, operada na estrutura contratual e pese embora esse contrato não tenha efectivamente cessado, a indemnização não será devida. Com efeito, a modificação de sujeitos operada pela cessão da posição contratual, embora não faça cessar o contrato, produz tal alteração na sua estrutura que pode, para o agente cedente, equiparar-se a uma cessação e, por essa razão, poderia permitir a este a exigência da indemnização de clientela, o que a lei expressamente afasta. Aliás, a não existir a norma expressa em causa, estaria aberta a possibilidade de o agente cedente, quando mais tarde o contrato cessasse por razões não imputáveis ao agente cessionário, vir exigir indemnização de clientela pelo período em que actuou no mercado. E em qualquer situação em que o principal ou concedente mantivesse o propósito de prosseguir a exploração do mercado através da mesma forma até então utilizada, não deixaria nunca de obter o acordo do agente ou con-

houve já, pelo menos, uma decisão do Supremo Tribunal negando, quando a cessação do contrato tenha ocorrido por acordo, a indemnização de clientela. Essa decisão mereceu críticas, por se considerar que a exclusão não era aí aplicável nem sequer por analogia. (MARTINEZ SANZ, MONTIANO MONTEAGUDO e FELIPE PALAU RAMIREZ, “Comentário a la Ley sobre Contrato de Agencia”, Civitas, 2000, pag. 505).

⁽⁴⁰⁾ Em situação algo próxima, pode ver-se BAPTISTA MACHADO, em anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17 de Abril de 1986, admitindo a extinção do contrato de agência por denúncia-modificação, e entendendo que esta figura “pode assumir duas modalidades: a denúncia declarada sob condição suspensiva de o destinatário rejeitar a alteração proposta e a denúncia incondicional, acompanhada da proposta de um novo contrato com o conteúdo constante da mesma” (R.L.G., 120.º, 1987, pag. 188) A respeito da mesma figura da denúncia-modificação e também da resolução-modificação, PINTO MONTEIRO, “Denúncia de um Contrato de Concessão Comercial”, Coimbra, 1998, pags. 57 e seguintes.

cessionário para uma cessão da posição contratual deste a favor de um terceiro, porque, desse modo, e ao invés daquilo que ocorreria numa pura e simples revogação do contrato por acordo, ficaria imediatamente eximido de pagar uma indemnização de clientela.

A referência ao acordo nenhuma relevância tem, porquanto, na maior parte das casos e salvo raras excepções, a cessão da posição contratual importa necessariamente o acordo da contraparte. A situação é, por isso, manifestamente diversa daquela que é gerada por um acordo bilateral de cessação do contrato e permite verificar que, para evitar dúvidas, ocorrendo, a cessão esta por imposição expressa exclui a indemnização de clientela.

3.2. A resolução operada por uma das partes pode revelar-se insubsistente, desde que não resulte demonstrado o pressuposto factual onde assentava ou porque esse pressuposto factual, mesmo sendo demonstrado, não poderia subsumir-se ao conceito exigido de “justa causa”. A declaração receptícia será assim inválida, não podendo atingir o fim a que se destinava. Poderá questionar-se se essa invalidade configurará nulidade ou mera ineficácia. Não obstante, qualquer que seja a solução, não parece que o acto possa perder o seu carácter de declaração dirigida à desvinculação contratual. A declaração de resolução comporta dois elementos distintos, sendo um deles a manifestação de vontade em fazer cessar o contrato e o outro a invocação do fundamento que sustenta essa desvinculação. Ainda que a invocação seja infundada permanece válida a declaração destinada à desvinculação, mesmo que desacompanhada do fundamento que a permitia. Com efeito, na maior parte das situações a declaração, ainda que despojada do fundamento que a tornava válida, demonstrará de forma suficientemente explícita a vontade de desvinculação de modo a que possa dizer-se que, ainda que amputada desse fundamento, sempre a parte declarante pretenderia fazer cessar o contrato, em qualquer caso e ainda que tivesse previsto a insubsistência da sua fundamentação. E por isso ou por redução ou conversão, a cessação do contrato será operada e a declaração valerá para todos os efeitos

como se de uma denúncia se tratasse. Aliás, nem se compreendia que a parte que operasse a resolução, ainda que este não pudesse ser válida, ficasse vinculada a um contrato que voluntariamente destruiu e deixou de cumprir. O livre exercício da faculdade de resolução é susceptível de demonstrar uma vontade firme de cessar o contrato, que, pressupõe que, ainda que a parte que a exerce conhecesse a falta de fundamento na qual assentou essa resolução, não deixaria de promover essa cessação. Só assim não será em casos excepcionais em que elementos objectivos atinentes à declaração de vontade do contraente que operou a resolução permitam inequivocamente demonstrar que, este, não pretenderia, se não fosse válido o fundamento que invocou, pôr fim ao contrato ^(41/42).

Uma outra razão pode aduzir-se para considerar-se que ainda que seja inválida a resolução a declaração produzida nesse sentido deva ser susceptível de permitir a extinção, e essa razão, prende-se com a própria situação de facto subjacente, pois, operada a resolução, o contrato deixará de ser cumprido, não sendo, por força da alteração da actuação das partes no mercado, possível fazer regressar uma situação de cessação de facto. A resolução do contrato infundada terá, por isso, que ser havida como uma denúncia e poderá, quer pela falta de pré aviso, quer pela ilicitude face à duração fixada no contrato, originar uma obrigação de indemnização sobre a parte que a operou.

⁽⁴¹⁾ A este respeito, podem ver-se, no âmbito dos contratos de distribuição comercial, PINTO MONTEIRO, “Denúncia de um Contrato de Concessão Comercial”, citado, pags. 72 e 73, e, para a generalidade dos contratos, ROMANO MARTINEZ, “Da Cessação do Contrato”, citado, pags. 218 e seguintes.

⁽⁴²⁾ Em sentido inverso, CARLOS LACERDA BARATA, sustenta que admitir a produção do efeito extintivo quando seja infundada a resolução seria permitir ao infractor obter em violação da lei aquele resultado, reconhecendo porém que tal solução pode envolver, no plano prático, complexidade (“Anotação sobre o Novo Regime do Contrato de Agência”, citado, pag. 79). O autor considera ainda que a equiparação à figura da denúncia não pode fazer-se por esta poder operar apenas em contratos sem duração definida (obra citada, mesma página).

3.3. A situação que é apreciada no Acórdão não se refere a uma resolução fundada no regime legal mas, outrossim, a uma resolução convencional em que o fundamento com base no qual foi operada a desvinculação foi, aquando da celebração do contrato previsto pelas partes como um, entre outros, que permitiam essa desvinculação. Toda a argumentação aduzida visou, conseqüentemente, que a cláusula com base na qual foi operada a resolução fosse julgada nula, argumentação que não foi acolhida no Acórdão ⁽⁴³⁾.

Às partes, ao abrigo da autonomia privada, é lícito estipularem para os contratos que celebrem a regulamentação que considerem mais adequada à salvaguarda dos seus interesses, devendo incluir-se nessa liberdade de estipulação, a possibilidade de fixarem também quais as situações que, sendo entendidas como graves violações, permitem a resolução. As partes podem ainda regular a forma e os prazos para efectivação da desvinculação que poderão ser diversas daquelas que se encontram previstas no Art.º 31.º do Decreto-Lei 178/86.

A liberdade de estipulação, na vertente descrita, deve apenas encontrar limites em situações excepcionais em que a fixação de circunstâncias manifestamente inócuas como sendo susceptíveis de permitir a resolução se revele, face ao regime previsto para a cessação dos contratos, em geral e especificamente perante o regime geral previsto para a cessação dos contratos de distribuição, atentatória da boa fé ⁽⁴⁴⁾.

Não pode, de resto, olvidar-se que as regras que disciplinam a cessação dos contratos de agência, previstas pelo Decreto-Lei 178/86, são, em larga medida, injuntivas, prevalecendo sobre a vontade das partes. Essa é a razão pela qual em contratos de agência internacionais, quando o agente seja português e independentemente das normas que sejam competentes para regular o

⁽⁴³⁾ Por afectar a boa fé, estar viciada por abuso de direito, por a cláusula na qual se fundou ser nula face ao regime das cláusulas contratuais gerais, a lei da arbitragem e as normas comunitárias que disciplinam a concorrência.

⁽⁴⁴⁾ Considerando que a resolução convencional deverá subordinar-se ao conceito de justa causa nos mesmos termos em que o deverá aquela que seja fundada na lei, MARIA HELENA BRITO, "O Contrato de Concessão Comercial", citado, 234.

contrato, ao regime da cessação são sempre aplicáveis as normas nacionais.

O conceito de “justa causa” ao qual se reconduz o incumprimento grave e reiterado legalmente consagrado, sobrepõe-se, pois, à vontade das partes, na medida em que as situações por estas previstas como sendo susceptíveis de prever a resolução terão que adequar-se a esse conceito.

Não pode, porém, deixar de dar-se prevalência à interpretação dada pelas partes, aquando da celebração do contrato, a esse conceito e que as levaram a considerá-lo preenchido quando ocorressem as situações foram estipuladas como sendo susceptíveis de permitir a resolução, pelo que, só em casos excepcionais, como se apontou, pode a tais situação, quando verificadas, ser retirada a eficácia extintiva que as partes lhes quiseram atribuir.

Mas se é assim para o contrato de agência, já não parece que o seja para o contrato de concessão comercial, pois, ao contrário daquele outro, este não está expressamente disciplinado na lei, sendo apesar de socialmente nominado, um contrato atípico. A aplicação das normas da agência à concessão comercial apenas se fará quando exista analogia de situações que a permita e, acima de tudo, quando não exista regulamentação convencional para as situações em causa, pois, no caso contrário, será desnecessário o recurso à analogia. As normas que no âmbito do contrato de agência, por força de regulamentação expressa, assumem carácter injuntivo, sendo até consideradas por alguma doutrina, normas de aplicação imediata ou necessária no plano do Direito Internacional Privado ⁽⁴⁵⁾, no contrato de concessão comercial apenas são aplicadas por analogia e, por isso, unicamente quando falte regulamentação convencional que preveja as situações em que são susceptíveis de aplicar-se. Assim, não têm no âmbito do contrato de concessão comercial o carácter injun-

⁽⁴⁵⁾ PINTO MONTEIRO, pese embora reconheça o carácter injuntivo de tais normas, não lhes reconhece carácter de aplicação imediata, pois, não são forçosamente aplicáveis, mas tão somente quando aquelas que seja determinadas pelas normais regras de conexão não sejam mais favoráveis ao agente (“O Contrato de Agência”, citado, pags. 153 e 154).

tivo ou de aplicação imediata que têm no contrato de agência, sendo, como quaisquer outras, aplicáveis apenas quando não exista expressa regulamentação das partes e assumindo por isso um carácter supletivo decorrente da sua aplicabilidade analógica ^(46/47).

⁽⁴⁶⁾ Nesse sentido, MERCADAL VIDAL, que defende que no âmbito do contrato de concessão comercial rege o princípio da autonomia da vontade, pelo que, mesmo que lhe possam ser aplicadas analogicamente normas próprias do contrato de agência, essa aplicação não abrange a natureza imperativa dessa disciplina. No contrato de concessão comercial vigora assim a liberdade contratual, sendo, mesmo admissível a restrição ou exclusão do regime da indemnização de clientela (obra citada, pag. 625).

⁽⁴⁷⁾ Em posição inversa, COELHO VIEIRA, que defende o carácter injuntivo no âmbito do contrato de concessão comercial das normas que regulam a cessação para o contrato de agência. O autor sustenta mesmo que as regras do Código Civil referentes à resolução por incumprimento não se aplicam ao contrato em questão (obra citada, pags. 142 e seguintes).

Jurisprudência
dos Conselhos

CONSELHO SUPERIOR
PROC. N.º 74/2008-CS/D
DE 20 DE OUTUBRO DE 2009

Relator: Dr. Horácio Costa Azevedo

Sumário

1 Não viola o disposto no **art. 94.º do E.O.A.** o advogado que, embora tenha sido constituído mandatário em procuração conjunta, não praticou qualquer acto no processo de declaração de insolvência, e depois, também em procuração conjunta, foi constituído mandatário de credores reclamantes, se não praticou qualquer acto neste processo de reclamação de créditos e não representou qualquer credor, por ter, entretanto, substabelecido sem reserva os poderes conferidos por esses credores.

Relatório

Por participação dirigida por e outros contra o Dr. e outros ao Conselho de Deontologia de, em 20.07.2007, foi instaurado o presente processo disciplinar.

A competência do Conselho Superior advém do facto de dois dos participados e, em concreto, o participado Dr., terem sido membros de órgãos da O.A.

Em resumo, e de acordo com a participação, o participado Dr. e outros foram mandatários da insolvente no processo que correu termos pelo 2.º Juízo do Tribunal de Comércio de Lisboa, com o n.º

Nesses mesmos autos, os participados foram também mandatários de numerosíssimos reclamantes, entre eles os queixosos.

O requerimento de apresentação da à insolvência foi redigido sob a direcção e responsabilidade destes mesmos senhores advogados e subscrito pelo Sr. Dr.

Os senhores advogados D.^{rs} substabeleceram, em 14 de Agosto de 2000, os poderes que lhes foram conferidos pelos credores reclamantes referidos na S.^{ra} D.^{ra}, tendo-o feito muitíssimo tempo após terem praticado os actos mais importantes no processo de insolvência da

Assim, de acordo com a participação, teriam os participados cometido infracção disciplinar por violação do disposto no **art. 91.º do E.O.A.**, ao aceitarem mandato em causa conexa ou noutra em que defendam a parte contrária, como prevê o **art. 83.º do E.O.A.**

Notificado para se pronunciar sobre a participação, veio o participado dizer o seguinte:

1. *O Advogado, também participado, Ex.^{mo} Senhor Dr., foi contactado nos primeiros dias do mês de Junho de 2006 para ser mandatário do, mandato que aceitou, tendo sido constituído advogado pelo seu Presidente do Conselho de Administração, com poderes para o acto, o Ex.^{mo} Senhor*

2. *Pese embora a procuração subscrita dar poderes a outros colegas do mesmo escritório, nomeadamente, ao signatário, só o Ex.^{mo} Senhor Doutor teve intervenção directa na defesa dos interesses do, tendo sido daquele, face à situação em que a empresa se encontrava, a responsabilidade de apresentar a mesma à insolvência, o que fez subscrevendo a petição inicial que deu entrada no Tribunal de Comércio no dia 29 de Junho de 2006 (vide Doc. n.º 1).*

3. *O motivo pelo qual o ora signatário, bem como os restantes colegas, constavam da procuração subscrita pelo Presidente do Conselho de Administração do, prende-se com o facto de, tendo em conta a proximidade da férias judiciais, se prevenir a hipótese de ser preciso praticar qualquer acto, pelo que constitui-*

dos vários mandatários tal facilitaria a prática do mesmo, sendo que todos os advogados têm domicílio profissional no mesmo escritório.

4. *O estado da empresa e a evolução dos acontecimentos no mercado português fizeram com que decorridos meros 5 dias sobre a entrada da acção, ou seja no dia 4 de Julho de 2006, o Ex.^{mo} Senhor Doutor Juiz titular do processo viesse a proferir a sentença que declarou a insolvência do (vide Doc. n.º 2).*

5. *Com a declaração de insolvência, produziram-se na ordem jurídica diversas consequências, entre as quais, a imediata caducidade do mandato conferido ao ora signatário pelo Presidente do Conselho de Administração do*

6. *A defesa dos legítimos interesses da insolvente está agora a cargo do actual Administrador de Insolvência e do mandatário que este vier a constituir, sendo do seu conhecimento que o patrocínio da massa insolvente do, está agora a cargo do Ex.^{mo} Colega, o Dr.*

7. *Alguns dos credores reclamantes e subscritores da presente participação, constituíram como seus mandatários o signatário e também as Ex.^{mas} Sr.^{as} Dr.^{as} que, apesar de nunca terem tido qualquer intervenção na apresentação à insolvência por parte do só pelo facto de a procuração outorgada pelo Presidente do Conselho de Administração, ser conjunta optaram, em sinal de total transparência e, porventura, excesso de zelo, por substabelecer, sem reserva, todos os poderes para reclamar os créditos na Ex.^{ma} Senhora D.^{ra}*

8. *Sendo esta quem assumiu a defesa dos credores reclamantes e subscreveu as reclamações dirigidas ao Exmo. Senhor Administrador de Insolvência, que assim viram reconhecidos os créditos reclamados.*

9. *As Ex.^{mas} Senhoras Doutoradas apenas praticaram, nas reclamações de créditos, pontuais certificações de fotocópias.*

10. *Da factualidade descrita, não vislumbra o ora signatário, de que forma poderia este, ou os seus colegas, ter violado*

algum dever deontológico, mormente o do art. 83.º do Estatuto da Ordem dos Advogados quando é certo que não estamos, no caso em apreço, face a um processo de partes ou em causas conexas nas quais possa haver qualquer conflito de interesses entre os credores reclamantes e a empresa que, não tendo capacidade para honrar os seus compromissos decidiu, por iniciativa própria, apresentar-se à insolvência e colocar todo o seu património ao dispor dos credores.

Em despacho de apreciação liminar, de fls. 48 a 52, proferido em 12.02.2008, foi decidida a conversão do processo de inquérito em processo disciplinar e em 16.09.2008 foi deduzida acusação em que eram imputados ao arguido os seguintes factos:

1 — Em 15.06.2006, a sociedade subscreveu procuração forense em que constituiu seus procuradores os Senhores D.^{rs}, advogados, com domicílio profissional na (doc. fls. 17).

2 — Os senhores advogados mandatados fazem todos eles parte da mesma sociedade de advogados, denominada R.L., com sede

3 — O Sr. Advogado arguido, entre outros, aceitou a referida procuração forense subscrita pela sociedade

4 — Em 29.09.2006, com base nessa mesma procuração, deu entrada no Tribunal de Comércio de Lisboa petição inicial a requerer a declaração de insolvência da sociedade (doc. fls. 26 a 38).

5 — Em 04.07.2006, foi proferida pelo Tribunal de Comércio de Lisboa sentença de declaração de insolvência da devedora (doc. fls. 39 a 44).

6 — Posteriormente, no âmbito desse mesmo processo de insolvência, o Sr. Advogado arguido aceitou procuração forense de credores reclamantes, tendo sido mandatado para reclamar créditos detidos pela sociedade insolvente

7 — Em 20.07.07, foi apresentada por e outros participação disciplinar contra o Sr. Dr., ex-titular de órgãos da Ordem dos Advogados, com fundamento no facto de o ora arguido

ter aceite procuração forense de credores reclamantes num processo de insolvência, quando também detinha procuração outorgada pela própria insolvente.

8 — A factualidade apurada permite concluir que o Sr. Advogado arguido, ao aceitar o patrocínio de reclamantes de créditos num processo em que também aceitou o mandato forense da própria insolvente, aceitou patrocinar uma questão em que já interveio noutra qualidade, ou que, pelo menos, é conexas com outra em que representou a parte contrária.

9 — Ao agir da forma descrita, o Sr. Advogado arguido incorreu na prática de uma infracção disciplinar por violação do disposto no **n.º 1 do art. 94.º do E.O.A.**, aprovado pelo D.L. n.º 84/84, de 16.03, na redacção da Lei n.º 15/2005, de 26.01, nos termos do qual o advogado deve recusar o patrocínio de uma questão em que já tenha intervindo em qualquer outra qualidade ou seja conexas com outra em que represente, ou tenha representado, a parte contrária.

10 — Tal prescrição aplica-se quer o advogado exerça a sua actividade em prática individual, quer a exerça em associação, sob a forma de sociedade ou não, estando sujeita à mesma obrigação quer a associação, quer cada um dos seus membros, conforme estatui o **n.º 6 do art. 94.º do E.O.A.**

11 — Além disso, estando em causa uma sociedade de advogados, o **art. 60.º do D.L. n.º 229/2004**, de 10 de Dezembro, determina expressamente que a sociedade de advogados, ainda que assegure internamente a criação de grupos de trabalho independentes, não pode patrocinar causas ou clientes quando tal facto consubstanciar uma situação de conflito de interesses nos termos legais.

12 — O Sr. Advogado arguido não podia, por isso, ter assumido o patrocínio dos credores reclamantes num processo em que, em representação da reclamada, havia requerido a sua declaração de insolvência.

13 — O Sr. Advogado arguido agiu de forma livre e consciente, pois não ignorava os deveres deontológicos a que está obrigado no exercício da profissão.

14 — À infracção acima referida são aplicáveis, em abstracto e em alternativa, as penas de advertência, censura, multa ou suspensão, nos termos dos **arts. 125.º e 126.º do E.O.A.** acima referido.

15 — Na medida da pena deverão tomar-se em consideração as circunstâncias atenuantes e agravantes previstas, designadamente, nos **arts. 127.º e 128.º** do referido estatuto.

Notificado da acusação, deduziu o arguido a sua defesa, conforme consta de fls. 110 a 117, requerendo a inquirição de testemunhas.

Começa o arguido por arguir a violação do **art. 32.º, n.º 1 da Constituição** por não vir concretamente referenciado na acusação qual a previsão da norma do **art. 94.º, n.º 1 do E.O.A.** que teria sido por ele violada, o que o impediria de cabalmente exercer a sua defesa.

Ora, só por distração pode o arguido ter arguido tal vício, uma vez que ao mesmo é imputada a prática de factos concretos e a acusação foi plenamente entendida e interpretada, tendo o arguido deduzido a sua defesa relativamente aos concretos factos imputados.

Outro tanto se diga relativamente à arguida nulidade subsidiariamente invocada pelas mesmas razões.

Não ocorre qualquer inconstitucionalidade ou nulidade na imputação feita ao arguido e na descrição factual constante da acusação.

Foram ouvidas as testemunhas indicadas pelo arguido.

Da instrução do processo resultaram provados os seguintes factos:

1 — A sociedade, constituiu seus mandatários os senhores advogados Dr., com escritório na

2 — No exercício dos poderes conferidos por esta procuração, o senhor advogado Dr. elaborou um requerimento por ele

subscrito em que a, se apresentou a requerer a sua declaração de insolvência, em 29.06.2006, que veio a ser declarada, por sentença proferida em 04.07.2006, sendo nomeado administrador da insolvente o Dr.

3 — O único interveniente neste processo de declaração de insolvência, relativamente aos mandatários constituídos na referida procuração foi o Dr.

4 — Alguns credores reclamantes da insolvência e subscritores da participação feita contra o ora arguido constituíram mandatários, em procuração conjunta, o arguido bem como as Sr.^{as} Dr.^{as}

5 — Em 14 de Agosto de 2006, estes três advogados substabeleceram, sem reserva, os poderes forenses que lhes tinham sido conferidos pelos credores reclamantes do referido processo de insolvência na D.^{ra}

6 — Com a data de entrada em tribunal de 24.08.2006, foram apresentadas no referido processo de insolvência reclamações de créditos em nome de diversos credores, sendo alguns deles alguns dos participantes, subscritas pela S.^{ra} D.^{ra}, tendo sido junto a cada uma destas reclamações a procuração conjunta outorgada pelos reclamantes a favor dos referidos advogados Dr., bem como o respectivo substabelecimento, sem reserva, a favor da S.^{ra} D.^{ra}

7 — Está ainda certificado que, no âmbito do referido processo de insolvência de, os credores que haviam outorgado procuração a favor do arguido, foram representados pela S.^{ra} D.^{ra}

Resulta assim dos factos provados que o senhor advogado arguido não só não praticou qualquer acto no que toca ao requerimento de declaração de insolvência de, como igualmente não praticou qualquer acto no concernente às reclamações de créditos dos participantes que em nome destes foram apresentadas nesse processo de insolvência.

Em bom rigor, o senhor advogado arguido não só não representou a insolvente nem interveio o processo de declaração de

insolvência, como também não representou os credores participantes nem interveio no processo de reclamação de créditos.

Além disso, também nem sequer é certo que houvesse realmente conflito de interesses entre a reclamada e os reclamantes, pois aquela até podia ter interesse em ver reconhecidos os créditos dos reclamantes.

O facto de uma pessoa ter um crédito sobre outra não implica necessariamente que haja conflito ou litígio entre elas ou que os seus interesses não possam ser convergentes.

Deste modo, não ficou provado que o arguido tenha praticado a infracção que lhe é imputada, não tendo o mesmo violado o disposto no **art. 94.º** do **E.O.A.**

Parecer

Deve ser julgada não provada e improcedente a acusação, determinando-se o arquivamento dos autos.

À Secção.

Braga, 20 de Outubro de 2009.

O Relator
Horácio Costa Azevedo

CONSELHO GERAL
PARECER DO CG, PROC. N.º 16/PP/2011-G,
DE 31 DE MAIO DE 2011

Relator: Dr. Manuel Henriques

A. RELATÓRIO

A requerente “Obra Social ... IPSS”, com sede ..., vem, por ofício de 17 de Março de 2011, solicitar autorização para abrir um gabinete de consulta jurídica gratuita.

Esclarece que este serviço, a integrar no “*Centro Comunitário, resposta social de apoio à Infância, Juventude e Família*”, se destina a pessoas carenciadas que por vezes só necessitam de “*orientação e direcção para o apoio judiciário*”.

Entende que sendo uma entidade sem fins lucrativos e tendo o estatuto de utilidade pública pode prestar a terceiros serviços que compreendam a prática de actos próprios de advogado já que preenche os requisitos estabelecidos no n.º 4 do art. 6.º da Lei n.º 46/2004.

Na sequência do despacho proferido a fls. 6 e 7 juntou a requerente aos autos os seus estatutos e, ainda, declaração comprovativa de ser Instituição Particular de Solidariedade Social.

B. ANÁLISE E ENQUADRAMENTO DA QUESTÃO COLOCADA

Como resulta do pedido formulado, a Obra Social ..., enquanto Instituição Particular de Solidariedade Social, pretende

saber se pode abrir um gabinete para prestar informação jurídica aos seus utentes.

Dispõe o n.º 1 do art. 6.º da Lei n.º 49/2004, de 24 de Agosto, que “*com excepção dos escritórios ou gabinetes compostos exclusivamente por advogados, por solicitadores ou por advogados e solicitadores, as sociedades de advogados, as sociedades de solicitadores e os gabinetes de consulta jurídica organizados pela Ordem dos Advogados e pela Câmara de Solicitadores, é proibido o funcionamento de escritório ou gabinete, constituído sob qualquer forma jurídica, que preste a terceiros serviços que compreendam, ainda que isolada e marginalmente, a prática de actos próprios dos advogados e dos solicitadores*”.

Porém, no que concerne às entidades sem fins lucrativos, esta proibição comporta a excepção prevista no n.º 4 da mesma disposição legal, que estabelece:

“Não são igualmente abrangidas pelo disposto nos números anteriores as entidades sem fins lucrativos que requeiram o estatuto de utilidade pública, desde que, nomeadamente:

- a) No pedido de atribuição se submete a autorização específica a prática de actos próprios dos advogados ou solicitadores;*
- b) Os actos praticados o sejam para defesa exclusiva dos interessados comuns em causa;*
- c) Estes sejam individualmente exercidos por advogados, advogado estagiário, ou solicitador”.*

Finalmente, estabelece o n.º 5 do mesmo art. 6.º da Lei n.º 49/2004 que:

“A concessão da autorização específica referida no número anterior é precedida de consulta à Ordem dos Advogados e à Câmara dos Solicitadores”.

Face às disposições legais citadas, a primeira questão que se coloca é a de saber se a requerente, conjuntamente com o pedido de atribuição de utilidade pública, solicitou autorização para a prática de actos próprios de advogados ou solicitadores.

Da declaração de fls. 11 e da fotocópia do DR de 30 de Abril de 1996 de fls. 12 resulta que a Instituição Obra Social ... foi registada em 13 de Julho de 1995, a fls. 87 do livro n.º 4 das Associações de Solidariedade Social.

Estabelece o n.º 1 do art. 7.º do DL 119/83 — Estatuto das Instituições Particulares de Solidariedade Social — que “*Poderão os ministérios da tutela organizar um registo das instituições particulares de solidariedade social do respectivo âmbito*”.

Por sua vez o art. 8.º do mesmo diploma prescreve que “*As instituições registadas nos termos do artigo anterior adquirem automaticamente a natureza de pessoas colectivas de utilidade pública, com dispensa do registo e demais obrigações previstas no Decreto-Lei n.º 460/77, de 7 de Novembro*”.

Ora, se a requerente adquiriu automaticamente a natureza de utilidade pública e por isso, sem formalizar qualquer pedido, não podia, ao mesmo tempo, requerer autorização para a prática de actos próprios de advogado como estabelece a al. a) do n.º 4 do art. 6.º da Lei 49/2004.

Em qualquer circunstância, nunca a referida al. a) se poderia aplicar ao caso em apreço já que a Obra Social ... adquiriu a natureza de IPSS muito antes de entrar em vigor a Lei n.º 49/2004.

Assim, a requerente é uma entidade sem fins lucrativos, que adquiriu a natureza de pessoa colectiva de utilidade pública em 1995, mas não tem autorização para a prática de actos próprios de advogados ou solicitadores como exige o n.º 4 do art. 6.º da Lei 49/2004.

Todavia, como já foi decidido pelo Conselho Geral da Ordem dos Advogados, no Parecer n.º E-10/05, esta autorização pode ser requerida à posteriori, em aditamento ao reconhecimento de utilidade pública.

A não se entender deste modo todas as instituições sem fins lucrativos, que tivessem adquirido a utilidade pública antes da entrada em vigor da Lei 49/2004, veriam postergada, de forma incompreensível, a possibilidade de requererem autorização para a prática de actos próprios de advogados ou solicitadores.

Resolvida esta questão, vejamos, agora, se a Obra Social ... reúne os restantes pressupostos do pedido de autorização da prática dos referidos actos.

Da al. *a*) do n.º 4 do art. 6.º da Lei 49/2004 resulta que um dos pressupostos é que “... *se submeta à autorização específica a prática de actos próprios de advogados ou solicitadores*”.

Assim, deverão especificar-se os actos que se pretendem praticar.

Ora, nesta parte, o pedido é omissivo, já que a requerente não enumera de forma clara quais são esses actos, limitando-se a referir que os seus utentes, por serem muito carenciados, por vezes, necessitam de uma orientação e direcção para o apoio judiciário.

Outro dos pressupostos estabelecidos na al. *b*) do n.º 4 do mesmo art. 6.º é que os actos praticados se destinem à defesa exclusiva dos interesses comuns em causa.

Nos termos das als. *b*) e *c*) do n.º 2 do art. 10.º do Decreto-Lei 119/83, de 25 de Fevereiro, dos estatutos das instituições particulares de solidariedade social têm de constar o âmbito de acção, os fins e actividade da instituição.

O art. 2.º dos Estatutos da Associação Obra Social ..., juntos a fls. 13, estabelece que:

“A Associação tem por objectivos:

- a) Prestar serviços de apoio social à Terceira Idade, sendo o seu âmbito de acção a Freguesia de Massarelos, Concelho do Porto.*
- b) Proteger os cidadãos na velhice e invalidez, e em todas as situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou capacidade de trabalho.*
- c) Contribuir para a promoção humana, social e moral em ordem à resolução de problemas nas áreas de Infância, Juventude e Família”.*

Decorre, pois, desta disposição que no objecto social da instituição não está prevista a criação de um gabinete de consulta jurídica.

Acresce que os interesses que a requerente pretende defender com a criação do gabinete jurídico não são, salvo melhor opinião, os previstos na al. b) do n.º 4 do art. 6.º da Lei 49/2004.

O apoio jurídico que se pretende implementar dirige-se à satisfação de interesses particulares de um público carenciado e de baixa condição social.

Magalhães Godinho, citado por Alfredo Gaspar em anotação ao art. 56.º, n.º 6 do anterior Estatuto da Ordem dos Advogados, p. 84, refere que defesa judicial consentida é «exclusivamente dos interesses legitimamente associados», ou seja «é tão-só a dos interesses comuns a todos os sócios, pois que, se assim não fosse, não se trataria de associação de interesses».

Logo os “*interesses comuns em causa*” não são os interesses individuais mas sim os interesses comuns a todos os associados.

Como se refere no Parecer do Conselho Geral n.º E 4/06 “*Não é legalmente admissível a uma cooperativa apesar da sua inegável e meritória actividade em prol dos desfavorecidos, a pretensão da prática de actos no interesse particular de terceiros ou mesmo de cooperadores, já que para além de não corresponder a interesses comuns, redundaria, inevitavelmente, numa forma de agenciamento ilegal de clientela, a qual não poderá de forma alguma ser tolerada*”.

Pelo exposto, consideramos como não preenchido o pressuposto consignado na al. b) do n.º 4 do art. 6.º da Lei 49/2004.

Finalmente estabelece a al. c) da mesma disposição legal que os actos devem ser “... *individualmente exercidos por advogados, advogado estagiário ou solicitador*”.

O pedido formulado é totalmente omisso quanto a este pressuposto, não se fazendo qualquer referência à(s) pessoa(s) a quem a requerente pretende confiar a execução do serviço.

Assim, se estivessem reunidos os restantes pressupostos, o que não é o caso, impunha-se em relação a este, solicitar o devido esclarecimento.

CONCLUSÕES

1. A Associação Obra Social ..., Instituição Particular de Solidariedade Social, veio solicitar autorização para abertura de

um gabinete de consulta jurídica gratuita que tem como alvo um público muito carenciado e que necessita, por vezes, apenas de orientação e direccionamento para o apoio judiciário.

2. Para que tal autorização seja viável torna-se necessário que a requerente preencha os pressupostos estabelecidos no n.º 4 do art. 6.º da Lei 49/2004, de 24 de Agosto.

3. Por outro lado, nos termos das als. *b)* e *c)* do n.º 2 do art. 10.º do DL 119/83, de 25 de Fevereiro, dos estatutos das IPSS têm de constar o âmbito da acção, os fins e actividade da instituição.

4. Ora, do pedido formulado não resulta que estejam preenchidos os pressupostos do n.º 4 do art. 6.º da Lei 49/2004, já que:

a) Não se especificam os actos que se pretendem praticar (al. *a)*).

b) Os interesses que se pretendem satisfazer não são interesses comuns, mas sim interesses individuais dos utentes (al. *b)*).

c) Na autorização solicitada não se faz qualquer referência à(s) pessoa(s) que irão executar o serviço, desconhecendo-se se são advogados, advogados estagiários ou solicitadores (al. *c)*).

5. Finalmente nos estatutos da requerente e no seu objecto social não está prevista a criação ou promoção de um gabinete jurídico.

6. Assim, por não se encontrarem preenchidos os pressupostos referidos deverá ser indeferido o pedido de autorização apresentado pela Obra Social

É este, s.m.o, o meu parecer.
À próxima reunião do Conselho Geral
Torres Vedras, 30 de Maio de 2011

O Relator: MANUEL HENRIQUES

Vida interna

ORDEM DOS ADVOGADOS DELIBERAÇÃO N.º 2089/ 2011

O Conselho Geral da Ordem dos Advogados, reunido em sessão plenária de 21 de Outubro de 2011, ao abrigo do disposto na alínea *m*), do n.º 1, do artigo 45.º, do Estatuto da Ordem dos Advogados, aprovado pela Lei n.º 15/2005, de 26 de Janeiro, delibera:

1 — Alterar o disposto nos números 2.1.1, 2.1.2, 2.1.3, 2.2, 2.3, 2.4, 2.5, 2.6, 2.11, 2.12.1 e aditar os números 2.1.4, 2.6.1, 2.6.2 e 2.6.3, sob a epígrafe **2** — Estágio, da Tabela de Emolumentos e Preços devidos pela emissão de documentos e prática de actos no âmbito dos serviços da Ordem dos Advogados, publicada em anexo à Deliberação n.º 2597/2009, de 11 de Setembro de 2009, com as alterações constantes da Deliberação n.º 3275/2009, de 10 de Dezembro de 2009, da Deliberação n.º 295/2010, de 8 de Fevereiro de 2010, da Deliberação n.º 1271/2010, de 21 de Julho de 2010 e da Deliberação n.º 855/2011, de 30 de Março de 2011, que passam a ter a seguinte redacção:

“ **2** — Estágio:

- 2.1.1 — A pagar no acto de inscrição inicial — 700,00;
- 2.1.2 — A pagar até 15 dias antes da data designada para a realização da prova de aferição — 150,00;

- 2.1.3 — A pagar até 15 dias após a publicação no portal da Ordem dos Advogados da aprovação na prova de aferição — 500,00;
- 2.1.4 — A pagar até 15 dias antes da data designada para a realização do exame final de avaliação e agregação — 150,00;
- 2.2 — Mudança de patrono — 50,00;
- 2.3 — Repetição da fase de formação inicial — 700,00;
- 2.4 — Repetição da fase de formação complementar — 500,00;
- 2.5. — Repetição por cada teste escrito no final da fase de formação inicial — 50,00;
- 2.6 — Pedido de revisão (o valor da taxa cobrada será devolvido em caso de provimento do pedido):
 - 2.6.1 — Da Prova de Aferição, por cada teste — 50,00;
 - 2.6.2 — Da Prova do exame nacional de avaliação de agregação, por área — 37,50;
 - 2.6.3 — Da informação de Estágio — 37,50;
- 2.11 — Prorrogação de estágio — 50,00
- 2.12 — Transferência de centro distrital de estágio:
 - 2.12.1 — A pagar ao conselho distrital destinatário (mudança de patrono) — 50,00;”

2 — Revogar o disposto nos números 2.1.1.1, 2.3.1 e 2.3.2, sob a epígrafe 2 — Estágio, da Tabela de Emolumentos e Preços devidos pela emissão de documentos e prática de actos no âmbito dos serviços da Ordem dos Advogados, publicada em anexo à Deliberação n.º 2597/2009, de 11 de Setembro de 2009, com as alterações constantes da Deliberação n.º 3275/2009, de 10 de Dezembro de 2009, da Deliberação n.º 295/2010, de 8 de Fevereiro de 2010, da Deliberação n.º 1271/2010, de 21 de Julho de 2010 e da Deliberação n.º 855/2011, de 30 de Março de 2011.

3 — As alterações à Tabela de Emolumentos e Preços devidos pela emissão de documentos e prática de actos no âmbito dos ser-

viços da Ordem dos Advogados, aprovadas pela presente Deliberação, entram em vigor no dia imediato à sua publicação na 2.ª série do Diário da República, sendo aplicáveis ao 2.º Curso de Estágio de 2011 e subsequentes.

4 — É republicada, em anexo, que é parte integrante da presente Deliberação, a Tabela de Emolumentos e Preços devidos pela emissão de documentos e prática de actos no âmbito dos serviços da Ordem dos Advogados, Deliberação n.º 2597/2009, de 11 de Setembro de 2009, com as alterações constantes da Deliberação n.º 3275/2009, de 10 de Dezembro de 2009, da Deliberação n.º 295/2010, de 8 de Fevereiro de 2010, da Deliberação n.º 1271/2010, de 21 de Julho de 2010 e da Deliberação n.º 855/2011, de 30 de Março de 2011, com a redacção introduzida pela presente Deliberação.

Lisboa, 25 de Outubro de 2011.
O Presidente do Conselho Geral,
António Marinho e Pinto

ANEXO

Tabela de Emolumentos e Preços

(Em euros)

1 — Quotas:

1.1 — Advogados com mais de quatro anos de inscrição	37,50
1.2 — Advogados com menos de quatro anos de inscrição	18,75
1.3 — Advogados reformados com autorização para advogar....	18,75
1.4 — Advogados de outros Estados membros da União Europeia.....	37,50
1.5 — Advogados de outros Estados membros da União Europeia com menos de quatro anos de inscrição.....	18,75
1.6 — Juristas de reconhecido mérito, mestres e outros doutores em Direito (nos termos do artigo 193.º do EOA)	37,50

2 — Estágio:

2.1 — Inscrição de advogado estagiário:	
2.1.1 — A pagar no acto de inscrição inicial	700,00
2.1.2 — A pagar até 15 dias antes da data designada para a realização da prova de aferição	150,00
2.1.3 — A pagar até 15 dias após a publicação no portal da Ordem dos Advogados da aprovação na prova de aferição	500,00
2.1.4 — A pagar até 15 dias antes da data designada para a realização do exame final de avaliação e agregação	150,00
2.2 — Mudança de patrono	50,00
2.3 — Repetição da fase de formação inicial	700,00
2.4 — Repetição da fase de formação complementar	500,00
2.5 — Repetição por cada teste escrito no final da fase de formação inicial.....	50,00
2.6 — Pedido de revisão (o valor da taxa cobrada será devolvido em caso de provimento do pedido):	
2.6.1 — Da Prova de Aferição, por cada teste	50,00

2.6.2 — Da Prova do exame nacional de avaliação de agregação, por área	37,50
2.6.3 — Da informação de Estágio	37,50
2.7 — Repetição do exame escrito nacional	50,00
2.8 — Repetição da prova oral	50,00
2.9 — Inscrição na prova oral para melhoria de classificação ...	25,00
2.10 — Mudança de nome abreviado	10,00
2.11 — Prorrogação de estágio	50,00
2.12 — Transferência de centro distrital de estágio:	
2.12.1 — A pagar ao conselho distrital destinatário (mudança de patrono).....	50,00
2.12.2 — A pagar ao conselho distrital de origem (despesas administrativas).....	15,00

3 — Inscrição e outros serviços:

3.1 — Inscrição de advogado	300,00
3.2 — Inscrição de advogado brasileiro e outros provenientes de PALOP e ainda de países com regime de reciprocidade	300,00
3.3 — Inscrição de advogado proveniente de outro Estado membro da União Europeia.....	500,00
3.4 — Registo de advogado proveniente de outro Estado membro da União Europeia.....	300,00
3.5 — Inscrição de Juristas de reconhecido mérito, mestres e outros doutores em direito (nos termos do artigo 193.º do EOA)	300,00
3.6 — Declarações.....	5,00
3.7 — Certidões.....	5,00
3.8 — Ao emolumento das certidões acrescerá, por cada lauda	0,50
3.9 — Levantamento da suspensão da inscrição	75,00
3.10 — Segunda via de cédula profissional	25,00
3.11 — Cartão de advogado comunitário.....	100,00
3.12 — Cartão de empregado forense	25,00
3.13 — Renovação do cartão de empregado forense	20,00
3.14 — Pedido de <i>laudo</i> — emolumentos — artigo 23.º do Regulamento n.º 36/2003 (DR 2.ª série), de 6 de Agosto, com a redacção do Regulamento n.º 40/2005 (DR 2.ª série), de 20 de Maio — artigo 23.º — valor do pedido:	
Até € 1250	100,00

Superior a € 1250 e até € 2500	200,00
Superior a € 2500 e até € 7500	300,00
Superior a € 7500 e até € 25 000	400,00
Superior a € 25 000 e até € 50 000	500,00
Superior a € 50 000.....	750,00

4 — Sociedades de advogados:

4.1 — Aprovação do projecto de pacto social.....	375,00
4.2 — Registo da constituição da sociedade	225,00
4.3 — Aprovação do projecto de alteração do pacto social (excepto mudança de Sede).....	225,00
4.4 — Registo de alteração de pacto social.....	225,00

5 — Biblioteca:

5.1 — Fotocópias/impressões (cada):	
1 a 40	(*) 0,10
1 a 100	(*) 0,15
1 a > 100	(*) 0,20
5.2 — Impressões a cores.....	(*) 0,20
5.3 — Gravação de CD-ROM.....	(*) 3,03
5.4 — Digitalização de textos (cada página).....	(*) 0,30
5.5 — <i>Download</i> (cada página).....	(*) 0,20
5.6 — Encadernações (de argolas)	(*) 1,82
5.7 — Empréstimo domiciliário — caução (utilizadores exter- nos)	20,00

6 — Informática:

6.1 — Pedido de envio de <i>e-mails</i> (cada):	
6.1.1 — Para todos os advogados	(*) 403,33
6.1.2 — Para um universo específico	(*) 504,17

(*) IVA incluído à taxa legal em vigor.

6.1.3 — Adicional para urgência (num prazo de vinte e quatro horas)	(*) 504,17
6.2 — Leitor de cartão com chip (cédula profissional)	(*) 30,25
6.3 — Certificados para sociedades (cada)	(*) 15,13

7 — Atribuição do título de advogado especialista:

7.1 — Com o pedido de atribuição do título de advogado especialista	150,00
7.2 — Com a atribuição do título de advogado especialista e respectivo averbamento no processo individual de advogado	150,00
7.3 — Pela confirmação prevista no artigo 4.º do Regulamento Geral das Especialidades	150,00

Publicado em Diário da República, 2.ª série, n.º 210, 2 de Novembro de 2011

(*) IVA incluído à taxa legal em vigor.