

REVISTA

da Ordem dos Advogados

Doutrina

Luis Manuel Teles de Menezes Leitão: *“DISPOSITIVOS TECNOLÓGICOS DE PROTECÇÃO E DIREITO DE ACESSO DO PÚBLICO”* Pág. 735

Dário Moura Vicente: *“ARBITRAGEM DE INVESTIMENTO: A CONVENÇÃO ICSID E OS TRATADOS BILATERAIS”* Pág. 751

Pedro de Albuquerque: *“A INDEPENDÊNCIA E INCOMPATIBILIDADE DOS MEMBROS DA MESA DA ASSEMBLEIA GERAL DAS SOCIEDADES EMITENTES DE VALORES MOBILIÁRIOS EM MERCADO REGULAMENTADO E DE “GRANDES SOCIEDADES ANÓNIMAS” (O EXERCÍCIO DE FUNÇÕES DE ADVOGADO DO ENTE COLECTIVO FACE AO ARTIGO 374.º — A DO CÓDIGO DAS SOCIEDADES COMERCIAIS. A QUESTÃO DA APLICAÇÃO NO TEMPO DAS REGRAS DE INDEPENDÊNCIA E DE INCOMPATIBILIDADES)* Pág. 771

Nélia Daniel Dias: *“A ESTABILIDADE NOS CONTRATOS PETROLÍFEROS INTERNACIONAIS E ALGUNS DOS PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO CONEXOS: DO MITO À REALIDADE”* Pág. 815

José João de Avillez Ogando: *“A RESPONSABILIDADE SOCIAL DA EMPRESA E O PAPEL DO ADVOGADO”* Pág. 867

Mariana Soares David: *“A APLICAÇÃO ANALÓGICA DO REGIME JURÍDICO DA CESSAÇÃO DO CONTRATO DE AGÊNCIA AOS CONTRATOS DE CONCESSÃO COMERCIAL: TRADIÇÃO OU VERDADEIRA ANALOGIA?”* Pág. 885

Pedro Miguel Ferraz: *“O PRAZO DE IMPUGNAÇÃO DE DESPEDIMENTO PARA OS TRABALHADORES QUE EXERCEM FUNÇÕES PÚBLICAS”* Pág. 909

Jurisprudência Crítica

Joaquim Malafaia: “*ANOTAÇÃO AO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL N.º 616/2009 DE 2 DE DEZEMBRO, PROCESSO N.º 795/2009 — 3.ª SECÇÃO*” Pág. 929

Jurisprudência dos Conselhos

- Parecer n.º 56/2008-CS/R: “*Inconstitucionalidade e Medida da Pena de Suspensão*” Pág. 945
- Parecer n.º 77/PP/2010-G: “*Licenciaturas de Três Anos Admitidas Para Ingresso no Estágio da Ordem dos Advogados e Incompatibilidades*” Pág. 955
- Parecer n.º 80/PP/2010-G: “*Proibição de Publicidade: Placa ‘Balcão Único’*” Pág. 959

Vida Interna

- Regulamento da Comissão Nacional contra a Procuradoria Ilícita, n.º 445/2011, de 13 de Julho Pág. 963

DISPOSITIVOS TECNOLÓGICOS DE PROTECÇÃO E DIREITO DE ACESSO DO PÚBLICO*

*Pelo Prof. Doutor Luís Manuel Teles de Menezes Leitão***

SUMÁRIO:

1. Generalidades. 2. Tipos de dispositivos tecnológicos de protecção. 3. O surgimento da protecção jurídica dos dispositivos tecnológicos de protecção. 4. Definição de medidas de carácter tecnológico. 5. Possibilidade de aplicação das medidas de carácter tecnológico. 6. Protecção das medidas de carácter tecnológico. 6.1. Generalidades. 6.2. A tutela penal dos dispositivos tecnológicos de protecção. 6.3. A tutela civil dos dispositivos tecnológicos de protecção. 7. O direito de acesso do público. 8. Conclusão.

1. Generalidades

Os dispositivos tecnológicos de protecção consistem em dispositivos de codificação ou encriptação, que têm por efeito restringir a livre utilização de determinados conteúdos por parte de terceiros. O seu surgimento tornou-se necessário em virtude da crescente pirata-

(*) O presente estudo corresponde ao texto escrito da conferência que realizámos no Curso de Verão em Direito da Sociedade de Informação organizado pela APDI e é destinado ao Estudos em Memória do Professor Doutor Saldanha Sanches. Recordamo-lo com saudade, primeiro como nosso Professor na Faculdade de Direito de Lisboa e depois como Colega, tanto na mesma Faculdade como no Centro de Estudos Fiscais da DGCI.

(**) Doutor e Agregado em Direito, Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Advogado e Jurisconsulto.

ria, que tem vindo a atingir as obras intelectuais, obrigando ao desenvolvimento de tecnologia que permita evitar a sua ilegítima utilização.

Efectivamente, o desenvolvimento da tecnologia digital e o surgimento das redes de comunicação electrónica facilitou extraordinariamente o acesso do público à informação e aos bens culturais, mas ao mesmo tempo potenciou extraordinariamente a possibilidade de usurpação por essa via das obras protegidas pelo direito de autor, aumentando assim enormemente as lesões em larga escala dos direitos de autor.

Esse incremento da lesão aos direitos de autores resulta essencialmente de duas razões. A primeira é a de que os suportes digitais tornam extremamente fácil a reprodução e distribuição das obras protegidas, diminuindo quer os custos de proceder a essa reprodução, quer os riscos de repressão por parte das autoridades⁽¹⁾. A segunda é a de que as reproduções efectuadas nesses suportes não sofrem qualquer diminuição de qualidade em relação ao original, diferentemente do que sucedia com os suportes analógicos⁽²⁾.

A multiplicação de atentados ao direito de autor, principalmente no âmbito do ambiente digital, levou a que a tecnologia viesse reagir contra essa violação através dos denominados dispositivos tecnológicos de protecção. Nada tem de estranho esta solução, uma vez que já salientou LAWRENCE LESSIG na sua obra, *Code and other laws of the Cyberspace* que o comportamento no ciberespaço é essencialmente regulado por quatro factores: o direito (*law*); as regras sociais (*norms*), o mercado (*market*) e a arquitectura técnica do sistema (*code*)⁽³⁾. Neste âmbito, sabendo-se da ineficácia das leis, das regras sociais e do mercado para reprimir

⁽¹⁾ Conforme salienta PAMELA SAMUELSON, “Technological for copyrighted works”, disponível em <http://people.ischool.berkeley.edu/~pam/courses/cyberlaw97/docs/techpro.pdf>, p. 5, até recentemente os custos da reprografia e da gravação de obras protegidas eram suficientemente altos e os seus usos de tal forma públicos que existia um risco mais reduzido de uma elevada violação dos direitos de autor à escala comercial.

⁽²⁾ Cfr. DÁRIO MOURA VICENTE “Direito de autor e medidas tecnológicas de protecção”, em ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE DIREITO INTELECTUAL (org.), *Direito da Sociedade de Informação*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 499-523 (499).

⁽³⁾ Cfr. LAWRENCE LESSIG, *Code and other laws of the cyberspace*, New York, Basic Books, 1999, pp. 86 e ss. Cfr. ainda ID, “The Law of The Horse: What Cyberlaw Might Teach”, em *Harvard Law Review* 113 (1999), 2, pp. 501-549 (507 e ss.).

a pirataria no ambiente digital, os empresários recorreram à arquitectura técnica do sistema, criando tecnologias destinadas a impedir o acesso aos utilizadores não autorizados. Trata-se, no fundo, de uma situação semelhante ao controlo da velocidade nas estradas, em que, quando os condutores sistematicamente ultrapassam os limites de velocidades, são colocadas bandas na estrada, que os impedem de circular se essa velocidade não for reduzida. No caso das medidas tecnológicas de protecção, a máquina é considerada como uma resposta aos problemas gerados por ela própria, nos termos da célebre citação de CHARLES CLARK, “*the answer to the machine is the machine*”(4). No entanto, o problema que se coloca neste caso é o de que uma tecnologia pode fazer, outra tecnologia também pode desfazer(5), sendo perfeitamente possível criar novos meios digitais destinados a ultrapassar ou neutralizar os dispositivos tecnológicos de protecção. Tal torna necessário que ocorra uma nova intervenção do Direito em ordem a sancionar a neutralização dos dispositivos tecnológicos de protecção. Daí o surgimento da afirmação de KAMIEL J. KOEMAN “*legislators all over the world have determined that the answer of the machine is not enough, but needs to be backed by statutory protection*”(6).

2. Tipos de dispositivos tecnológicos de protecção

Segundo nos referem KOELMAN e HELBERGER(7), os dispositivos tecnológicos de protecção podem ser divididos em quatro tipos:

(4) Cfr. CHARLES CLARK, “The answer to the Machine is the Machine”, em P. B. HUGENHOLTZ (org.), *The future of Copyright in a Digital Environment*, The Hague/London/Boston, Kluwer Law International, pp. 139-148.

(5) Cfr. PAMELA SAMUELSON, *op. cit.*, p. 2.

(6) Cfr. KAMIEL J. KOEMAN, “A Hard Nut to Crack: The Protection of Technological Measures”, na *European Intellectual Property Law Review* 2000, pp. 272-288 (272), disponível em <http://www.ivir.nl/publications/koelman/hardnut.html>.

(7) Cfr. KAMIEL J. KOELMAN / NATALI HELBERGER, “Protection of technological measures” em P. B. HUGENHOLTZ (org.), *Copyright and Electronic Commerce. Legal aspects of Electronic Copyright Management*, The Hague/London/Boston, Kluwer Law International, 2000, pp. 165-227.

- a) dispositivos que controlam o acesso à obra;
- b) dispositivos que controlam determinados usos da obra;
- c) dispositivos que protegem a integridade da obra;
- d) dispositivos que permitem contabilizar as vezes em que se teve acesso ou se utilizou a obra.

Relativamente *aos dispositivos que controlam o acesso à obra* estes podem ocorrer de várias formas. A primeira será o controlo de acesso a um conteúdo disponibilizado *on-line* através da própria fonte, como sucede quando alguém exige uma senha para aceder a determinado sítio da internet. Outra será o controlo do acesso através do próprio receptor, como sucede quando se exige um descodificador para ter acesso a determinadas emissões de TV. Outra será o controlo de acesso a um exemplar da obra já adquirido, como as medidas que impedem as reproduções de CD-ROM ou de *software*. Finalmente, é também uma medida de controlo de acesso a que impede o acesso subsequente, como sucede com os CD-ROM de instalação de programas, em que o programa de instalação se destrói após a primeira utilização.

Em relação *aos dispositivos que controlam certos usos da obra*, eles podem consistir em impedir que determinado documento digital possa ser objecto de impressão, de cópia integral, ou colocado na internet. Estes dispositivos são normalmente usados para impedir cópias excessivas do documento, por exemplo, apenas permitindo a cópia a partir do documento original e não das suas cópias subsequentes, ou instalando um *worm* no computador que destrói as cópias do documento.

Em relação *aos dispositivos de protecção da integridade da obra*, eles previnem a possibilidade de ser realizada a sua alteração por parte dos utilizadores. Uma vez que se destinam a proteger direitos morais, estes dispositivos não são muito utilizados. Podem ser, no entanto, estabelecidas formas de protecção para evitar a alteração de certos conteúdos não autorizados por terceiros (como a autenticação exigida aos autores de certos blogues) ou para limitar as alterações realizadas à obra aberta (como as limitações à supressão de conteúdos realizada pela *Wikipedia* para evitar o vandalismo).

Uma última categoria corresponde aos *dispositivos de contabilização das vezes em que se teve acesso ou se utilizou a obra*. Estes dispositivos, embora não restrinjam o acesso nem a utilização da obra, possibilitam uma melhor gestão dos direitos de autor sobre ela, controlando o uso que dela se fez e cobrando o utilizador nos casos em que este tenha feito utilização da obra em desconformidade com a respectiva licença.

3. O surgimento da protecção jurídica dos dispositivos tecnológicos de protecção.

Os dispositivos tecnológicos de protecção vieram a ser objecto de reconhecimento internacional através do art. 11.º do Tratado da OMPI Sobre Direito de Autor (WIPO Copyright Treaty), bem como do art. 18.º do Tratado da OMPI sobre Interpretações ou Execuções e Fonogramas (WIPO Performances and Phonograms Treaty), ambos de 1996. O art. 11.º do Tratado da OMPI sobre Direito de Autor estabelece que “as Partes Contratantes devem prever uma protecção jurídica adequada e sanções jurídicas eficazes contra a neutralização de dispositivos tecnológicos efectivos que sejam utilizados pelos autores no exercício dos seus direitos previstos neste Tratado ou na Convenção de Berna e que, relativamente às suas obras, restrinjam actos que não sejam autorizados pelos autores a que digam respeito ou permitidos por lei”. É semelhante a disposição do art. 18.º do Tratado da OMPI sobre Interpretações ou Execuções e Fonogramas, referida agora aos artistas, intérpretes e executantes e aos produtores de fonogramas.

Face a estes tratados, os dispositivos tecnológicos de protecção só podem ser juridicamente tutelados se preencherem as seguintes quatro condições:

- a) serem eficazes;
- b) serem utilizados por autores, artistas, intérpretes, executantes ou produtores de fonogramas;
- c) serem utilizados no exercício de direitos de autor ou conexos consignados nos Tratados ou na Convenção de Berna;

- d) restringirem actos não autorizados pelos titulares desses direitos ou não permitidos por lei.

A partir do momento em que preenchem essas quatro condições, os Estados membros são obrigados a proibir os actos de neutralização dessas medidas. No entanto, em resultado da pressão dos fabricantes dos produtos susceptíveis de efectuar essa neutralização, os Tratados da OMPI apenas se referem aos actos individuais de neutralização de dispositivos tecnológicos de protecção, e não aos actos de fabrico e comercialização dos produtos susceptíveis de a realizar.

Em consequência desta previsão nos Tratados, nos EUA, os dispositivos tecnológicos de protecção foram reconhecidos na Secção 1201 do Digital Millennium Copyright Act, de 1998, onde expressamente se prevê na alínea (a) (1) que “*no person shall circumvent a technological measure that effectively control access to a work protected*”. No entanto, o DMCA foi mais longe do que os Tratados da OMPI, na medida em que a alínea (b) (1) da Secção 1201 proíbe ainda como violações adicionais a produção, comercialização, oferta ou distribuição de medidas de neutralização dos dispositivos tecnológicos de protecção. A razão para esta extensão prende-se com o facto de se ter considerado como muito mais lesivos para os titulares de direito a oferta ou distribuição de processos de neutralização, do que os actos individuais de neutralização dos dispositivos tecnológicos de protecção⁽⁸⁾. Esta proibição foi aplicada pela primeira vez no caso *Universal Studios Inc. V. Corley*, nos termos do qual foi sancionado Eric Corley editor da revista digital 2600 The Hacker Quarterly por ter divulgado nessa revista um programa informático DeCSS que possibilitava a neutralização do CSS (*Contents Scramble System*) utilizado pelos autores, em ordem a permitir a codificação dos DVD que distribuíam, por violação desta disposição do DMCA. O Tribunal não aceitou a defesa dos réus de que a sua atitude estaria protegida pelo *fair use*, que caracteriza o Direito de Autor, nem entendeu que a proibição de divulgação do referido programa informático

⁽⁸⁾ Cfr. KOELMAN/HELBERGER, *op. cit.*, p. 178 e DÁRIO MOURA VICENTE, *op. cit.*, p. 506.

violasse a liberdade de imprensa protegida pelo I Aditamento⁽⁹⁾. A decisão veio a ser posteriormente confirmada pelo Tribunal de Recurso⁽¹⁰⁾.

Os dispositivos tecnológicos de protecção vieram igualmente a ser previstos no art. 6.º da Directiva 2001/29/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Maio de 2001. Inspirada pelo DMCA, a Directiva foi também mais longe do que tinham ido os Tratados da OMPI, uma vez que não apenas proibiu os actos de neutralização dos dispositivos tecnológicos de protecção, mas também os actos preparatórios dessa neutralização como o fabrico, a importação, a distribuição, a venda, o aluguer, a publicidade para efeitos de venda ou aluguer ou a posse para fins comerciais desses produtos. Para além disso, o n.º 3 do art. 6.º estendeu essa tutela ao fabricante de bases de dados, o qual não é abrangido pelos Tratados da OMPI. Finalmente, o n.º 4, admite a protecção dos dispositivos tecnológicos de protecção contra formas de utilização das obras e prestações que, embora não consentidas pelos titulares de direitos, são livres de acordo com a legislação autoral⁽¹¹⁾.

Na sequência da sua transposição para o Direito interno, dos dispositivos tecnológicos de protecção passaram a estar previstos nos arts. 217.º e ss. do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, que lhes chama antes “medidas de carácter tecnológico”.

⁽⁹⁾ Cfr. United States District Court for the Southern District of New York, de 17/8(2000), *Universal Studios Inc. v. Reimerdes* em 111 F.Supp.2d 294, disponível em http://www.leagle.com/xmlResult.aspx?xmlDoc=2000405111FSupp2d294_1372.xml&docbase=CSLWAR2-1986-2006 e de 19/8/2000, em 111 F.Supp.2d 346, disponível em http://www.leagle.com/xmlResult.aspx?xmlDoc=2000457111FSupp2d346_1423.xml&docbase=CSLWAR2-1986-2006.

⁽¹⁰⁾ Cfr. US Court of Appeals Second Circuit de 28/11/2001, *Universal City Studios Inc. v. Corley*, 273 F.3d 429, 60 USPQ2d 1953, disponível em <http://digital-law-online.info/cases/60PQ2D1953.htm>.

⁽¹¹⁾ Cfr. DÁRIO MOURA VICENTE, *op. cit.*, pp. 506-507.

4. Definição de medidas de carácter tecnológico

Nos termos do art. 217.º, n.º 2, CDADC entende-se por *medidas de carácter tecnológico* todas as técnicas, dispositivos ou componentes que, no decurso do seu funcionamento normal, se destinem a impedir ou restringir actos relativos a obras, prestações e produções protegidas, que não sejam autorizados pelo titular dos direitos de propriedade intelectual. A lei estabelece, no entanto, que não se devem considerar como medidas de carácter tecnológico os protocolos, formatos, algoritmos, e métodos de criptografia, de codificação ou de transformação.

Nos termos do art. 217.º, n.º 3, CDADC “as medidas de carácter tecnológico são consideradas «eficazes» quando a utilização da obra, prestação ou produção protegidas, seja controlada pelos titulares de direitos mediante a aplicação de um controlo de acesso ou de um processo de protecção como, entre outros, a codificação, cifragem ou outra transformação da obra, prestação ou produção protegidas, ou um mecanismo de controlo da cópia, que garanta a realização do objectivo de protecção”.

Desta disposição parece resultar que os dispositivos tecnológicos abrangidos pela lei portuguesa (como também pela Directiva) apenas abrangem medidas que restrinjam o acesso à obra ou a protejam. Os dispositivos que limitem o número de cópias da obra ou contabilizem o acesso ou a sua utilização não se encontram conseqüentemente abrangidos por esta definição⁽¹²⁾.

5. Possibilidade de aplicação das medidas de carácter tecnológico

Nos termos do art. 217.º, n.º 4, CDADC “a aplicação de medidas tecnológicas de controlo de acesso é definida de forma voluntária e opcional pelo detentor dos direitos de reprodução da obra, enquanto tal for expressamente autorizado pelo seu criador

(12) Cfr. KOELMAN/HELBERGER, *op. cit.*, p. 173.

intelectual”. Desta disposição resulta que, sem autorização do criador intelectual não é possível a introdução de medidas de carácter tecnológico para restringir o acesso à obra. A decisão sobre a sua utilização compete, no entanto, ao titular dos direitos de distribuição, não podendo em consequência o autor, que tenha permitido a distribuição da obra, impor a implementação dessas medidas.

6. Protecção das medidas de carácter tecnológico

6.1. Generalidades.

Nos termos do art. 217.º, n.º 1, CDADC, “é assegurada protecção jurídica, nos termos previstos neste Código, aos titulares de direitos de autor e conexos, bem como ao titular do direito *sui generis* previsto no Decreto-Lei n.º 122/2000, de 4 de Julho, com a excepção dos programas de computador, contra a neutralização de qualquer medida eficaz de carácter tecnológico”. A lei reconhece assim aos autores e ao titular do direito *sui generis* relativo às bases de dados o direito à utilização de medidas eficazes de carácter tecnológico e a possibilidade de reagir contra a sua neutralização⁽¹³⁾. Exceptuam-se, porém, os autores de programas de computador, onde esse direito não é atribuído.

Ao assegurar protecção contra “a neutralização de qualquer medida eficaz de carácter tecnológico”, a lei considera ilícita a utilização de qualquer equipamento ou *software* destinado a dar

⁽¹³⁾ A concessão destas medidas ao titular do direito *sui generis* relativo às bases de dados suscita a crítica de ALEXANDRE DIAS PEREIRA, “Direitos de autor, da imprensa à internet”, disponível em http://www.ciberscopio.net/artigos/tema3/cdif_01.pdf, p. 7, para quem “isso significa que a protecção jurídica dos dispositivos tecnológicos já nada terá a ver com o direito de autor, pois que poderá uma tal base nem ser protegida pelo direito de autor nem conter obras por ele protegidas. Trata-se de um puro direito de protecção de conteúdos informativos, destinado a tutelar investimentos de produção contra actos de concorrência parasitária e, mesmo, actos de utilizadores finais que afectem o investimento (por ex., tendo acesso à base sem pagar o respectivo título de acesso). E com isto o domínio público parece ser eclipsado”.

acesso à obra ou prestação, sem autorização do titular dos respectivos direitos. Abrangem-se aqui os cartões pirateados e os programas informáticos que aplicam continuamente as *passwords*. Tem-se perguntado, no entanto, se a própria disponibilização da *password* a terceiros pode ser aqui abrangida. Tem sido defendido que a disponibilização de *passwords* é proibida pela Directiva 2001/29/CE, uma vez que ela se refere expressamente à *prestação de serviços* que permitam ultrapassar a protecção (art. 6.º, n.º 1, proémio da Directiva 2001/29/CE)⁽¹⁴⁾.

A protecção jurídica reconhecida às medidas de carácter tecnológico consiste essencialmente em duas vias: a tutela penal e a tutela civil.

Analisemos separadamente estas duas formas de tutela.

6.2. A tutela penal dos dispositivos tecnológicos de protecção

A neutralização das medidas de carácter tecnológico é tipificada como crime no art. 218.º, n.º 1, CDADC o qual estabelece que “quem, não estando autorizado, neutralizar qualquer medida eficaz de carácter tecnológico, sabendo isso ou tendo motivos razoáveis para o saber, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 100 dias”. A lei exige, no entanto, um elemento subjectivo no tipo que é o facto de o agente ter o conhecimento ou tendo motivos razoáveis para o ter, de que se encontra a neutralizar uma medida de carácter tecnológico. Devemos dizer que temos dificuldade em conceber casos em que esse elemento não esteja preenchido pelo que a sua previsão pode ser fonte de dúvidas jurisprudenciais.

A lei prevê a punibilidade da tentativa com multa até 25 dias (art. 218.º, n.º 2, CDADC).

No entanto, ainda é prevista a punibilidade autónoma de actos preparatórios do crime, a que se refere o art. 219.º CDADC. Efectivamente, esta disposição estabelece que “quem, não estando autorizado, proceder ao fabrico, importação, distribuição, venda, aluguer, publicidade para venda ou aluguer, ou tiver a posse para

(14) Cfr. KOELMAN/HELBERGER, *op. cit.*, p. 212.

fins comerciais de dispositivos, produtos ou componentes ou ainda realize as prestações de serviços que:

- a) Sejam promovidos, publicitados ou comercializados para neutralizar a protecção de uma medida eficaz de carácter tecnológico; ou
- b) Só tenham limitada finalidade comercial ou utilização para além da neutralização da protecção da medida eficaz de carácter tecnológico; ou
- c) Sejam essencialmente concebidos, produzidos, adaptados ou executados com o objectivo de permitir ou facilitar a neutralização da protecção de medidas de carácter tecnológico eficazes;

é punido com pena de prisão até 6 meses ou com pena de multa até 20 dias”.

Temos assim uma solução paradoxal em termos penais. É que enquanto a tentativa de neutralização de medidas eficazes de carácter tecnológico é apenas punida com multa, a prática de actos preparatórios autonomamente tipificados como crime já é punida com pena de prisão.

6.3. A tutela civil dos dispositivos tecnológicos de protecção

A neutralização das medidas de carácter tecnológico é susceptível de gerar responsabilidade civil, nos termos gerais. Nos termos do art. 226.º CDADC, essa responsabilidade é independente do procedimento criminal a que haja lugar, mas pode ser exercida conjuntamente com a acção penal.

A lei admite ainda o recurso a procedimentos cautelares perante a neutralização de medidas de carácter tecnológico. Efectivamente, o art. 227.º, n.º 1, CDADC prevê que “os titulares de direitos podem, em caso de violação dos mesmos ou quando existam fundadas razões de que esta se vai produzir de modo iminente, requerer ao tribunal o decretamento das medidas cautelares previstas na lei geral, e que, segundo as circunstâncias, se mostrem neces-

sárias para garantir a protecção urgente do direito”. O art. 227.º, n.º 2, CDADC admite igualmente que os intermediários a que recorra um terceiro para infringir um direito de autor ou direitos conexos, possam igualmente ser destinatários dessas medidas cautelares previstas na lei geral, sem prejuízo da faculdade de os titulares de direitos os notificarem, prévia e directamente dos factos ilícitos, em ordem à sua não produção ou cessação de efeitos.

7. O direito de acesso do público

A utilização dos dispositivos tecnológicos de protecção colocou desde sempre o problema de estar a alterar o equilíbrio de interesses estabelecido no direito de autor em prejuízo dos utilizadores das obras. Efectivamente os titulares do direito de autor nunca tiveram possibilidade de controlar cada uso privado da obra, tendo sido estabelecido pela lei limites ao direito de autor, em ordem a possibilitar o uso privado e o acesso do público às obras.

A criação dos dispositivos tecnológicos de protecção vem assim alterar o paradigma do direito de autor, o qual recaindo sobre um bem intelectual, acessível facticamente a todos, apenas poderia ser objecto de protecção jurídica. Os dispositivos tecnológicos de protecção passaram a permitir aos titulares dos direitos vedar o acesso material às obras, como se fossem proprietários de bens corpóreos, cujo acesso pode ser vedado a terceiros através de paredes, portas e chaves, cabendo a quem tem a chave decidir individualmente sobre cada acesso⁽¹⁵⁾. Tal situação ultrapassa muito a protecção conferida pelo direito de autor, uma vez que enquanto este se encontra limitado pelo seu objecto, pelo prazo de protecção da obra e pelas utilizações livres concedidas a terceiro, a exclusividade conferida pela tecnologia é ilimitada, podendo negar acesso a obras não protegidas ou proibir utilizações que a lei considera livres⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁵⁾ Cfr. KOELMAN/HELBERGER, *op. cit.*, pp. 190-191.

⁽¹⁶⁾ Cfr. KAMIEL J. KOELMAN, “The protection of technological measures vs. the copyright limitations”, disponível em <http://www.ivir.nl/publicaties/koelman/alaiNY.html>.

Os dispositivos tecnológicos de protecção colocam por isso sérios problemas em relação ao direito de acesso do público à obra, no âmbito das utilizações livres que dela são permitidas. O art. 6.º, n.º 4 da Directiva 2001/29/CE admite nesses casos a neutralização de dispositivos tecnológicos de protecção, mas apenas em relação a alguns limites ao direito de autor, o que leva OLIVEIRA ASCENSÃO a considerar que de uma penada se suprime no digital a maioria dos limites que já existiam⁽¹⁷⁾.

Na transposição desta norma, o art. 221.º, n.º 1, CDADC veio estabelecer que “as medidas eficazes de carácter tecnológico não devem constituir um obstáculo ao exercício normal pelos beneficiários das utilizações livres previstas nas alíneas *a), e), f), i), n), p), q), r), s)* e *t)* do n.º 2 do artigo 75.º, na alínea *b)* do artigo 81.º, no n.º 4 do artigo 152.º e nas alíneas *a), c), d), e e)* do n.º 1 do artigo 189.º do Código, no seu interesse directo, devendo os titulares proceder ao depósito legal, junto da Inspeção-Geral das Actividades Culturais (IGAC), dos meios que permitam beneficiar das formas de utilização legalmente permitidas”. Assim, em relação a certos limites ao direito de autor é possível solicitar o levantamento das medidas de carácter tecnológico, sendo obrigatório o depósito na IGAE dos meios que permitam proceder a esse levantamento.

No entanto, e de acordo com o art. 222.º CDADC, essa faculdade de levantamento não se aplica em relação às obras, prestações ou produções protegidas, que sejam disponibilizadas ao público na sequência de acordo entre titulares e utilizadores, de tal forma que a pessoa possa aceder a elas a partir de um local e num momento por ela escolhido. Efectivamente, se alguém disponibiliza mediante acordo o acesso a obras *on line* a uma categoria restrita de utilizadores, não é possível solicitar o levantamento das medidas de carácter tecnológico. Da mesma forma, de acordo com o art. 221.º, n.º 8, CDADC os titulares de direitos podem sempre aplicar medidas eficazes de carácter tecnológico para limitar o número de reproduções autorizadas relativas ao uso privado.

⁽¹⁷⁾ Cfr. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “A função social do Direito Autoral e as limitações legais, em LUÍS GONZAGA SILVA ADOLFO/MARCOS WACHOWICZ (org.), *Direito da Propriedade Intelectual. Estudos em Homenagem ao P.º Bruno Jorge Hammes*, Curitiba, Juruá, 2006, pp. 85-111 (104-105).

Em ordem a permitir o levantamento das medidas de carácter tecnológico, o art. 222.º, n.º 2, CDADC insta os titulares de direitos a adoptar adequadas medidas voluntárias, como o estabelecimento e aplicação de acordos entre titulares ou seus representantes e os utilizadores interessados. Caso, porém, se verifique, em razão de omissão de conduta, que uma medida eficaz de carácter tecnológico impede ou restringe o uso ou a fruição de uma utilização livre por parte de um beneficiário que tenha legalmente acesso ao bem protegido, pode o lesado solicitar à IGAC acesso aos meios depositados que permitem proceder ao levantamento dessas medidas (art. 222.º, n.º 3, CDADC).

O levantamento das medidas eficazes de carácter tecnológico pode dar lugar a litígios entre as partes. O art. 221.º, n.º 4, CDADC atribui a competência para resolver esses litígios à Comissão de Mediação e Arbitragem, criada pela Lei n.º 83/2001, de 3 de Agosto, de cujas decisões cabe recurso para o Tribunal da Relação, com efeito meramente devolutivo. A resolução desses litígios processa-se segundo um regulamento que assegura os princípios da igualdade processual das partes e do contraditório e define as regras relativas à fixação e pagamento dos encargos devidos a título de preparos e custas dos processos (art. 221.º, n.º 7, CDADC). Os processos têm natureza urgente, em ordem a permitir a sua conclusão no prazo máximo de três meses (art. 221.º, n.º 6). Em caso de condenação, a lei prevê expressamente que o incumprimento das decisões pode dar lugar à aplicação da sanção pecuniária compulsória prevista no art. 829.º-A do Código Civil (art. 221.º, n.º 5, CDADC).

8. Conclusão

Os dispositivos tecnológicos de protecção instituem uma nova dimensão no Direito de Autor, permitindo que as obras e as prestações obtenham uma protecção material e não apenas uma protecção jurídica. Paradoxalmente, no entanto, desencadeiam a necessidade de novas intervenções da ordem jurídica, quer para

proteger os próprios dispositivos tecnológicos de protecção, quer para assegurar o respeito de certos limites legais ao direito de autor. É por isso de afastar a possibilidade de regulação dos comportamentos apenas com base na tecnologia, já que mesmo uma protecção tecnológica necessita sempre de um adequado suporte jurídico.

ARBITRAGEM DE INVESTIMENTO: A CONVENÇÃO ICSID E OS TRATADOS BILATERAIS*

*Pelo Prof. Doutor Dário Moura Vicente***

SUMÁRIO:

1. A arbitragem de investimento: relevância atual e problemas que suscita.
2. A Convenção ICSID. *a)* Objeto; *b)* Características distintivas.
3. Os tratados bilaterais de investimento e a sua articulação com a Convenção ICSID. *a)* Noção e relevância dos tratados bilaterais de investimento; *b)* A articulação dos tratados bilaterais de investimento com o ICSID; *c)* Problemas que suscita a arbitragem prevista nos tratados bilaterais de investimento.
4. A nova competência da União Europeia para celebrar tratados bilaterais de investimento e as questões que coloca no tocante à resolução extrajudicial de litígios. *a)* O Tratado de Lisboa e a competência da União para celebrar tratados bilaterais de investimento; *b)* A aplicabilidade da arbitragem ICSID aos tratados europeus de investimento; *c)* A articulação com outros mecanismos de resolução de litígios; *d)* A apensação de processos arbitrais; *e)* A intervenção dos Estados-Membros da União nos processos arbitrais de que esta seja parte; *f)* A subsistência dos tratados bilaterais de investimento nacionais.
5. Conclusões.

(*) Conferência proferida em 21 de julho de 2011 no *V Congresso do Centro de Arbitragem Comercial*.

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

1. A arbitragem de investimento: relevância atual e problemas que suscita

A globalização da economia que caracteriza a nossa era implicou, além do mais, um aumento muito significativo das operações de investimento estrangeiro⁽¹⁾. Para as economias emergentes, esse investimento é um instrumento fundamental a fim de viabilizar a exploração dos recursos naturais de que são titulares e a construção das infraestruturas de que carecem. Para os países desenvolvidos, é uma forma não menos relevante de suprir as necessidades de capital do Estado e das empresas.

O investimento estrangeiro é, porém, fortemente vulnerável a interferências do Estado que o acolhe, quer por via de medidas de nacionalização ou expropriação, quer através de restrições ao repatriamento dos lucros do investidor, do aumento de impostos ou de alterações legislativas de outra natureza. Vem daqui a frequência com que se suscitam litígios a respeito desses investimentos.

Nos últimos anos, a arbitragem tem ganho crescente relevância como forma de resolução destes litígios⁽²⁾. O que bem se compreende: do ponto de vista do investidor estrangeiro, a arbitragem constitui uma garantia essencial de que, em caso de litígio com o Estado ou outro ente público com quem contratou, o mesmo será decidido por um órgão imparcial. Na ótica do Estado recetor do investimento, trata-se de uma forma de incentivar o investimento estrangeiro.

A arbitragem de investimento suscita, no entanto, diversos problemas particularmente complexos, entre os quais destacaremos os seguintes: (a) A sua articulação com os meios de resolução de litígios previstos no Direito interno do Estado recetor do investimento; (b) A forma exigível para o consentimento do Estado relativamente à sujeição do litígio a árbitros e em particular a suficiência, para este efeito, de uma disposição constante de uma convenção internacional ou lei nacional que preveja a arbitragem

(1) Cfr. United Nations Conference on Trade and Development, *World Investment Report 2011*, Nova Iorque/Genebra, 2011.

(2) *Vide*, por último, os dados disponíveis em International Centre for Settlement of Investment Disputes, *The ICSID Caseload — Statistics*, vol. 2011-2.

como forma de resolução dos litígios emergentes de investimentos estrangeiros e a correlativa desnecessidade de celebração de uma convenção de arbitragem; (c) O critério de determinação da lei aplicável, a qual, caso seja a do Estado recetor do investimento, pode ser unilateralmente alterada por este em sentido desfavorável ao investidor; (d) A suscetibilidade de anulação das decisões arbitrais, que, por via de regra, os Estados não aceitam seja decidida por tribunais de outro Estado; (e) O reconhecimento e a execução da decisão arbitral, em especial a questão de saber se é necessária para o efeito a sua prévia revisão e confirmação por um tribunal do Estado parte na arbitragem.

2. A Convenção ICSID

a) Objeto

Ao longo das últimas décadas, diversos instrumentos internacionais têm-se ocupado da arbitragem de investimento e dos problemas por ela suscitados.

Entre esses instrumentos sobressai a *Convenção Para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos Entre Estados e Nacionais de Outros Estados*, celebrada em Washington, D.C., em 1965, que instituiu o Centro Internacional Para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos (ICSID), a qual constitui o objeto precípua desta exposição⁽³⁾.

Até maio de 2011, tinham ratificado esta Convenção 157 Estados⁽⁴⁾. Portugal é parte dela desde 1984. No espaço lusófono, integram-na também Cabo Verde, Moçambique e Timor-Leste. Angola

⁽³⁾ Ver, sobre essa Convenção, Aron Broches, «The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States», *Recueil des cours de l'Académie de La Haye de Droit international*, vol. 136 (1972-II), pp. 331 ss.; CHRISTOPH H. SCHREUER/LORETTA MALINTOPPI/AUGUST REINISCH/ANTHONY SINCLAIR, *The ICSID Convention: A Commentary*, 2.^a ed., Cambridge, 2009; e CHRISTINA BINDER/URSULA KRIEBAUM/AUGUST REINISCH/STEPHAN WITTICH (orgs.), *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford, 2009.

⁽⁴⁾ Cfr. o estado das ratificações disponível em <http://icsid.worldbank.org/ICSID>.

e o Brasil permanecem, até à data, à margem da Convenção. A Guiné-Bissau e São Tomé e Príncipe assinaram-na, mas não a ratificaram.

A Convenção de Washington prevê a resolução dos litígios que integram o respetivo objeto por pessoas escolhidas pelas partes ou nomeadas pelo Presidente do ICSID de entre os membros de uma lista de árbitros.

A competência do ICSID encontra-se definida no art. 25.º, n.º 1, da Convenção, nos termos do qual:

«A competência do Centro abrangerá os diferendos de natureza jurídica diretamente decorrentes de um investimento entre um Estado Contratante (ou qualquer pessoa coletiva de direito público ou organismo dele dependente designado pelo mesmo ao Centro) e um nacional de outro Estado contratante, diferendo esse cuja submissão ao Centro foi consentida por escrito por ambas as partes.»

A Convenção não define o conceito de investimento relevante para este efeito⁽⁵⁾. Na jurisprudência de diversos tribunais arbitrais constituídos sob a égide do ICSID tem-se admitido que a existência de um investimento pressupõe o preenchimento de certos requisitos que o distinguem de uma transação comercial comum, a saber: (a) Um contributo (*apport*) económico do investidor em dinheiro ou outros bens; (b) Uma certa duração temporal, situada por alguns entre dois e cinco anos; (c) A susceptibilidade de gerar lucros ou rendimentos; (d) A assunção pelo investidor dos riscos da operação em causa; e (e) Que o investimento concorra para o desenvolvimento económico do Estado de acolhimento⁽⁶⁾. A exigí-

(5) Ver, sobre o tema, por último, EMMANUEL GAILLARD, «Identify or Define? Reflections on the Evolution of the Concept of Investment in ICSID Practice», in *Essays in Honour of Christoph Schreuer*, cit. (nota 3), pp. 407 ss.; e JEAN HO, «The Meaning of “Investment” in ICSID Arbitrations», *Arbitration International*, 2010, pp. 633 ss.

(6) Trata-se do denominado *Salini Test*, que remonta à decisão arbitral proferida em 23 de julho de 2001 no caso *Salini Costruttori SpA and another v. Kingdom of Morocco* (ICSID Case No. ARB/00/4), in *Clunet Journal de Droit International*, 2002, pp. 196 ss., e disponível em <http://icsid.worldbank.org>.

bilidade da verificação destes requisitos está, no entanto, longe de ser pacífica⁽⁷⁾.

O conceito de investimento compreende, em todo o caso, tanto o *investimento direto*, *i.e.*, aquele que se traduz na constituição de empresas ou na aquisição de equipamentos, instalações, *stocks* ou participações sociais em empresas já existentes num país por empresas, particulares ou entes públicos estabelecidos noutros países, como o *investimento indireto*, ou seja, o que tem lugar sob a forma de financiamentos⁽⁸⁾.

Mais controversa é a questão de saber se a definição de investimento relevante para os efeitos do art. 25.º da Convenção de Washington pode ser extraída dos tratados bilaterais de investimento celebrados entre os Estados membros do ICSID. Voltaremos a este ponto adiante⁽⁹⁾.

Através das *Regras Sobre Facilidades Adicionais*, adotadas em 1978, a arbitragem ICSID foi estendida a outros litígios para além dos previstos no art. 25.º, nos quais pelo menos o Estado parte ou o Estado de que é originário o investidor é membro da Convenção. Alargou-se assim a jurisdição do ICSID a casos em que um desses Estados não se encontra vinculado à Convenção. Esta não se aplica, todavia, às arbitragens instauradas ao abrigo das Facilidades Adicionais, conforme o declara expressamente o art. 3.º das referidas Regras; o que tem importância, em especial, no tocante ao reconhecimento das decisões arbitrais proferidas ao

(7) Haja vista, por último, à decisão proferida em 4 de agosto de 2011 no caso *Abaclat and Others v. The Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/07/05), disponível em <http://icsid.worldbank.org>, na qual o tribunal arbitral se absteve de aplicar o *Salini Test* em ordem a verificar se as aquisições feitas por vários milhares de cidadãos e empresas italianas de obrigações emitidas pelo Estado argentino, cujo valor não fora reembolsado na data do respetivo vencimento, constituíam investimentos na acepção do art. 25.º da Convenção de Washington. Sem questionar o bem-fundado daquele *test*, o tribunal sublinhou que seria contraditório com o objetivo precípuo da Convenção, consistente em promover o investimento privado, que certos contributos, qualificáveis como investimentos à luz do tratado bilateral de investimento entre a Itália e a Argentina, não beneficiassem da proteção conferida pela Convenção ICSID por não preencherem critérios que esta não enuncia e que têm sido aplicados de forma divergente pelos tribunais arbitrais. Tais critérios não deveriam, por isso, segundo o Tribunal, funcionar como limites à aplicação da Convenção.

(8) Cfr. JULIAN LEW/LOUKAS MISTELLIS/STEFAN KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, Haia/Londres/Boston, 2003, p. 782.

(9) Ver *infra*, n.º 3, b).

abrigo das Facilidades Adicionais, que não beneficiam do princípio de reconhecimento automático previsto na Convenção.

Até dezembro de 2010, foram decididos no âmbito do ICSID 221 processos. Neste momento, estão pendentes nele 129 processos. Estima-se que cerca de dois terços dos litígios relativos a investimentos estrangeiros sejam presentemente submetidos ao ICSID.

b) Características distintivas

Entre as características distintivas da arbitragem ICSID apontaremos as seguintes.

Em primeiro lugar, a *exclusividade* dos meios de resolução de litígios previstos na Convenção (art. 26.º). O consentimento dado pelas partes à arbitragem no âmbito da Convenção implica, salvo estipulação em contrário, a renúncia a qualquer outro meio jurisdicional. As partes podem decerto, nos termos da Convenção, estipular a obrigatoriedade da exaustão dos meios administrativos e judiciais internos previamente à instauração da arbitragem, mas tal é raro.

Em segundo lugar, a necessidade de um *duplo consentimento* do Estado parte relativamente à resolução por arbitragem de determinado litígio. A ratificação ou aprovação da Convenção pelos respetivos Estados membros não implica, por si só, o consentimento destes quanto à resolução por arbitragem de qualquer litígio concreto (preâmbulo, parágrafo sétimo): é ainda necessária, nos termos do art. 25.º, n.º 1, da Convenção, uma manifestação por escrito da vontade de submeter esse litígio a arbitragem. É por este motivo que por vezes se afirma que a Convenção ICSID é um «acordo-quadro», que apenas possibilita um acordo posterior entre um investidor cujo Estado nacional seja membro do ICSID e outro Estado membro deste, no sentido da resolução por arbitragem de certo ou certos litígios. Note-se porém que, como veremos adiante, a referida manifestação de vontade do Estado parte pode ter lugar não apenas através de uma convenção de arbitragem contida num contrato entre o Estado e o investidor estrangeiro, mas também de

uma lei nacional sobre investimentos estrangeiros ou de um tratado bilateral de investimentos.

Em terceiro lugar, a *deslocalização* do processo arbitral e dos meios de anulação da decisão. Na arbitragem ICSID, a lei aplicável ao processo arbitral — a *lex arbitri* — é a própria Convenção ICSID, a qual exclui a aplicabilidade de qualquer lei nacional. A Convenção regula expressamente o pedido de arbitragem (art. 36.º), a constituição do tribunal arbitral (arts. 37.º a 40.º), os poderes e funções do tribunal arbitral (arts. 41.º a 47.º), a sentença (arts. 48.º e 49.º), a substituição e inibição dos árbitros (arts. 56.º a 58.º), as custas do processo (arts. 59.º a 61.º) e o local onde este decorre (arts. 62.º e 63.º). Relativamente às questões de processo não reguladas na Convenção, aplicam-se, nos termos do art. 44.º: em primeira linha, as regras escolhidas pelas partes; subsidiariamente, o Regulamento de Arbitragem do ICSID; e naquilo a que o Regulamento não preveja, o que for decidido pelo próprio tribunal arbitral. As decisões arbitrais proferidas no âmbito do ICSID não estão sujeitas a anulação por qualquer tribunal nacional, mas tão-só por um comité *ad hoc*, nomeado nos termos do art. 52.º. As causas de anulação são apenas as que aí figuram, sendo o elenco muito restritivo (não figura nele, por exemplo, a ordem pública). Estamos, assim, perante um processo arbitral verdadeiramente internacional, ou supranacional, em que a escolha do lugar da arbitragem (que, na falta de escolha de outro local, será Washington, D.C.) não tem repercussão direta sobre as regras aplicáveis ao mesmo. É só na fase da execução da sentença arbitral que as leis nacionais ganham relevo, de acordo com o disposto no art. 54.º, n.º 3. Esta característica das arbitragens ICSID reflete a circunstância de se tratar aqui de arbitragens entre Estados e nacionais de outros Estados e de, através da submissão a essas arbitragens, os Estados renunciarem à sua imunidade de jurisdição.

Em quarto lugar, o *primado do Direito Internacional* sobre o Direito interno do Estado contratante (art. 42.º): na falta de escolha pelas partes das regras aplicáveis ao mérito da causa, «o tribunal deverá aplicar a lei do Estado Contratante parte no diferendo (incluindo as regras referentes aos conflitos de leis), bem como os

princípios de direito internacional aplicáveis». Assim se procura dar resposta a dois interesses contraditórios que estão em jogo nesta matéria: por um lado, o interesse do Estado parte no diferecendo em ver aplicado a este o seu próprio Direito, que presumivelmente salvaguardará melhor a sua posição; por outro, o interesse do investidor privado em ser protegido contra eventuais modificações unilaterais do regime jurídico aplicável ao investimento por parte do Estado anfitrião. Por força da referida regra, se a lei do Estado contratante lhe permitir a expropriação ou a nacionalização sem indemnização dos bens do investidor privado, o princípio de Direito Internacional Público que impõe o pagamento dessa indemnização prevalecerá sobre ela⁽¹⁰⁾.

Em quinto lugar, o *reconhecimento automático* das decisões arbitrais proferidas no âmbito do ICSID (art. 54.º): os Estados contratantes devem reconhecer a obrigatoriedade da sentença dada em conformidade com a Convenção e assegurar a execução no seu território como se fosse uma decisão final de um tribunal desse Estado — independentemente, portanto, de qualquer processo de revisão e confirmação prévias. A parte interessada no reconhecimento e execução tem apenas de fornecer ao tribunal competente ou outra autoridade desse Estado, para esse efeito, uma cópia da sentença autenticada pelo Secretário-Geral do ICSID.

⁽¹⁰⁾ Foi o que sucedeu no caso *AGIP v. Congo*, decidido em 1979 ao abrigo da Convenção ICSID (ICSID Case No. ARB/77/1), reproduzido em *Yearbook of Commercial Arbitration*, 1983, pp. 133 ss., e disponível em <http://icsid.worldbank.org>. Os bens da AGIP no Congo haviam sido nacionalizados em 1975 e transferidos para uma empresa local por força de um diploma legal que estabelecia expressamente que não seria devida qualquer compensação por esse facto. O tribunal examinou a validade desse diploma legal à luz do Direito Internacional Público e concluiu ser o ato de nacionalização incompatível com ele. Em conformidade, condenou o Congo a indemnizar a AGIP.

3. Os tratados bilaterais de investimento e a sua articulação com a Convenção ICSID

a) Noção e relevância dos tratados bilaterais de investimento

Durante um longo período de tempo, o ICSID permaneceu em larga medida inoperante: até ao início dos anos 80, deu entrada nele uma escassa dezena de processos.

Foi só quando, na década de 90, começaram a ser celebrados em larga escala tratados bilaterais de investimento que o ICSID passou a ter uma atividade mais intensa.

Estes tratados visam, de um modo geral, promover e proteger os investimentos realizados pelos nacionais de cada um dos respetivos Estados partes no território do outro Estado parte⁽¹¹⁾.

Para tanto, conferem-se aos investidores estrangeiros certas garantias fundamentais, entre as quais avultam tipicamente: (a) O tratamento nacional e da nação mais favorecida; (b) A proibição de expropriações e nacionalizações com caráter discriminatório e sem indemnização; (c) A livre transferência do capital e dos rendimentos do investimento; e (d) A resolução dos diferendos entre as partes por negociações e, caso estas não bastem, por arbitragem.

Muitos tratados preveem para este efeito a possibilidade de submissão dos diferendos relativos a investimentos estrangeiros ao ICSID, mesmo que um dos Estados contratantes não seja parte da Convenção de Washington. Assim sucede, por exemplo, com os tratados bilaterais de investimento celebrados entre Portugal, Angola e o Brasil, que desta forma poderão ficar vinculados a decisões emanadas do ICSID apesar de não serem membros dele⁽¹²⁾.

Originariamente concebidos para tutelar os investimentos oriundos de países ocidentais, estes tratados transcendem hoje largamente esse âmbito, estimando-se em cerca de 2.500 os que

⁽¹¹⁾ Ver FAUSTO DE QUADROS, *A protecção da propriedade privada pelo Direito Internacional Público*, Coimbra, 1998, pp. 48 ss.

⁽¹²⁾ Contudo, estes dois acordos ainda não entraram em vigor, o que reflete a política externa destes países, tradicionalmente pouco receptiva a tais tratados.

foram já celebrados. Portugal é parte de 50 tratados bilaterais de investimento, dos quais 39 se encontram em vigor.

Estes tratados têm hoje relevância não apenas para os países desenvolvidos, mas também para os que possuem economias emergentes e que se tornaram entretanto exportadores de capitais. É justamente esse o caso de Angola e do Brasil.

Na ausência de uma convenção multilateral sobre proteção dos investimentos, os tratados bilaterais de investimento são hoje a principal fonte do regime aplicável na matéria.

b) A articulação dos tratados bilaterais de investimento com o ICSID

Mas como se estabelece a conexão entre os tratados bilaterais de investimento e o ICSID?

No caso *Lanco*⁽¹³⁾, decidido em 1998, a cláusula de arbitragem constante do tratado celebrado em 1991 entre a Argentina e os Estados Unidos foi interpretada por um tribunal arbitral constituído sob a égide do ICSID como uma *oferta pública* por parte de cada um dos Estados contratantes, dirigida aos investidores nacionais do outro Estado contratante, de sujeição a arbitragem dos litígios resultantes de investimentos estrangeiros⁽¹⁴⁾. Essa oferta seria suscetível de ser aceite pelos investidores estrangeiros mediante a instauração do processo arbitral⁽¹⁵⁾. Esta interpretação foi posteriormente confirmada no caso *LG&E*, decidido em 2004⁽¹⁶⁾.

(13) Cfr. *Lanco International, Inc. v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/97/6), reproduzido em *International Legal Materials*, 2001, pp. 457 ss., e disponível em <http://icsid.worldbank.org>.

(14) Neste sentido, cfr. BERNARDO CREMADES, «Arbitration in Investment Treaties: Public Offer of Arbitration in Investment-Protection Treaties», in *Law in International Business and Dispute Settlement in the 21.st Century. Liber Amicorum Karl-Heinz Böckstiegel*, Colónia, etc., 2001, pp. 149 ss. (p. 158); e JULIAN LEW/LOUKAS MISTELLIS/STEFAN KRÖLL, ob. cit., 2003, p. 768.

(15) JULIAN LEW/LOUKAS MISTELLIS/STEFAN KRÖLL, ob. cit., p. 765.

(16) Cfr. *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc., v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/02/1), disponível em <http://icsid.worldbank.org>.

Sempre que seja invocada numa arbitragem ICSID a violação de um tratado bilateral de investimento, a cláusula de arbitragem constante deste pode, de acordo com esta jurisprudência, constituir a manifestação do consentimento do Estado, que o art. 25.º, n.º 1, da Convenção de Washington exige a fim de que o Centro possa exercer a sua competência.

Esta última compreende, segundo o entendimento que tem prevalecido na jurisprudência arbitral do ICSID desde o caso *Vivendi*, julgado em 2002, não apenas as pretensões fundadas na violação pelos Estados das garantias atrás referidas, enunciadas nos tratados bilaterais de investimento (*treaty claims*), mas também as que resultam do incumprimento de contratos concluídos pelos Estados ou outros entes públicos com investidores estrangeiros ao abrigo desses tratados (*contract claims*)⁽¹⁷⁾. Já as pretensões puramente contratuais, dissociadas de qualquer violação de um tratado bilateral de investimento, encontram-se subtraídas à jurisdição dos tribunais arbitrais previstos nesse tipo de tratados⁽¹⁸⁾. Apenas se exceptuam do que acabamos de dizer, segundo certa doutrina, as hipóteses em que os tratados em questão contêm uma cláusula (por vezes dita «cláusula guarda-chuva» ou *umbrella clause*) segundo a qual cada Estado contratante cumprirá as obrigações assumidas (*maxime* por efeito de um contrato) perante um investidor nacional do outro Estado contratante⁽¹⁹⁾.

(17) Cfr. a decisão de anulação proferida em 3 de julho de 2002 no caso *Compañia de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal (formerly Compagnie Générale des Eaux) v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/97/3), disponível em <http://icsid.worldbank.org>.

(18) Cfr., neste sentido, a decisão proferida no caso *Abaclat and Others v. The Argentine Republic*, cit. *supra* (nota 7).

(19) Ver SOPHIE LEMAIRE, «*Treaty claims et contract claims* : la compétence du CIRDI à l'épreuve de la dualité de l'État», *Revue de l'arbitrage*, 2006, pp. 353 ss.; *idem*, «La mystérieuse *umbrella clause* (interrogations sur l'impact de la clause de respect des engagements sur l'arbitrage en matière d'investissements)», *Revue de l'arbitrage*, 2009, pp. 478 ss.; MICHAEL NOLAN/EDWARD BALDWIN, «The Treatment of Contract-Related Claims in Treaty-Based Arbitration», *Mealey's International Arbitration Report*, vol. 21, n.º 6, junho de 2006, pp. 1 ss. Sobre a denominada *internacionalização* dos contratos de investimento, que se encontra associada a estas cláusulas, vide na literatura nacional: ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA/FAUSTO DE QUADROS, *Direito Internacional Público*, 3.ª ed., Coimbra, 1993, pp. 176 ss.; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Contrato de empreendimento comum*

Importa contudo notar que certos tratados bilaterais de investimento só abrangem determinado tipo de investimentos estrangeiros. Outros, apenas compreendem nas respetivas cláusulas de arbitragem certas categorias de litígios (por exemplo, os relativos a expropriações). Outros ainda exigem o prévio esgotamento dos meios jurisdicionais internos no Estado recetor do investimento. Nem todas as cláusulas de arbitragem contidas nos tratados bilaterais de investimento podem, por isso, ser qualificadas como ofertas públicas de sujeição de um litígio à decisão de árbitros.

Supomos, em todo o caso, que preenchem esse desiderato os tratados bilaterais de investimento portugueses. O texto-padrão destes é, com efeito, no que diz respeito à resolução de litígios entre um Estado parte e um investidor de outro Estado parte, o seguinte:

«Artigo 14.º

Resolução de diferendos entre uma Parte e um investidor de outra Parte

1. Os diferendos que surjam entre um investidor de uma das Partes e a outra Parte, relacionados com um investimento do primeiro no território da segunda, serão, na medida do possível, resolvidos de forma amigável.

2. Se, decorridos seis meses após o início das consultas, não for possível resolver o diferendo de acordo com o previsto no número 1 do presente Artigo, o investidor poderá submetê-lo:

- a) Aos tribunais competentes da Parte no território da qual se situa o investimento; ou
- b) Ao Centro Internacional para a Resolução de Diferendos relativos a Investimentos (CIRDI), para conciliação ou arbitragem, nos termos da Convenção para a Resolução de Diferendos relativos a Investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados, adotada em Washington D.C., a 18 de março de 1965; ou

(joint venture) em *Direito Internacional Privado*, Lisboa, 1998, pp. 507 ss.; e JORGE MIRANDA, *Curso de Direito Internacional Público*, 4.ª ed., Cascais, 2009, pp. 60 s.

- c) A um tribunal arbitral *ad hoc*, estabelecido por acordo especial entre as Partes ou de acordo com as Regras de Arbitragem da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (CNUDCI); ou
 - d) A qualquer outra instituição de arbitragem ou em conformidade com quaisquer outras regras de arbitragem, desde que a tal não se oponha o Estado parte no diferendo.
- [...].»

O tratado-padrão português confere, por conseguinte, ao investidor estrangeiro a faculdade de optar entre diferentes meios de resolução de litígios, nos quais se compreende a arbitragem ICSID. Os Estados partes dão assim antecipadamente, através do tratado, o seu consentimento ao meio que vier a ser escolhido pelo investidor. Feita por este a opção pela arbitragem ICSID, será ela o meio exclusivo de resolução do litígio. Os Estados partes não podem, designadamente, invocar contra ela a competência dos seus próprios tribunais.

O direito potestativo que assiste ao investidor estrangeiro de desencadear a arbitragem contra o Estado recetor do investimento, mesmo que não se encontre numa relação contratual direta com ele — no que já se tem visto uma brecha fundamental no princípio da relatividade dos contratos («*privity of contracts*»)⁽²⁰⁾ — constitui, como é bom de ver, um reforço muito significativo das garantias do investidor estrangeiro e é outra característica da arbitragem de investimentos, que a distingue da arbitragem comercial internacional.

Outro ponto de conexão entre a arbitragem ICSID e os tratados bilaterais de investimento consiste na definição de investimento relevante para os efeitos do disposto no art. 25.º da Convenção de Washington. Na ausência de uma definição desse conceito na própria Convenção, tem-se admitido que a qualificação de uma

⁽²⁰⁾ Ver JAN PAULSSON, «Arbitration Without Privity», *ICSID Review. Foreign Investment Law Journal*, 1995, pp. 232 ss.; MICHAEL D. NOLAN/FRÉDÉRIC G. SOURGENS, «Limits Of Consent — Arbitration Without Privity And Beyond», in MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ-BALLESTEROS/DAVID ARIAS (orgs.), *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, Madrid, 2010, pp. 873 ss.

situação concreta como investimento, determinante da competência do ICSID, pode também ser retirada de um tratado bilateral de investimento, independentemente do preenchimento dos requisitos do referido *Salini Test*; tal, aliás, a solução que seria mais condizente com a circunstância de a competência do centro de arbitragem criado por aquela Convenção se basear necessariamente no consentimento das partes⁽²¹⁾.

Refira-se por último que a cláusula da nação mais favorecida, inserida na generalidade dos tratados bilaterais de investimento, tem sido interpretada por certos tribunais arbitrais no sentido de que abrange os próprios mecanismos de resolução de litígios, possibilitando-se assim ao demandante a invocação das cláusulas de resolução de litígios mais favoráveis contidas noutros tratados bilaterais celebrados pelo Estado demandado⁽²²⁾.

c) Problemas que suscita a arbitragem prevista nos tratados bilaterais de investimento

Pese embora a sua inequívoca relevância como fatores de dinamização da arbitragem de investimento, os tratados bilaterais de investimento não têm ficado imunes à crítica. Entre outros aspetos, têm-lhes sido apontadas as restrições que as cláusulas de arbitragem neles contidas importam ao exercício pelos Estados recetores de investimentos da sua competência legislativa e reguladora em matérias como a proteção do ambiente, da saúde pública e dos direitos fundamentais, dado que os atos normativos adotados a este

(21) Cfr. a decisão de anulação proferida em 16 de abril de 2009 por um comité *ad hoc*, nos termos do art. 52.º da Convenção, no caso *Malaysian Historical Salvors Sdn Bhd v. Government of Malaysia* (ICSID Case No. ARB/05/10), disponível em <http://icsid.worldbank.org>.

(22) Veja-se por exemplo a decisão proferida em 21 de junho de 2011 no caso *Impregilo v. Argentina* (ICSID Case No. ARB/07/17), disponível em <http://icsid.worldbank.org>, em que o tribunal arbitral (com um voto de vencido) sancionou a invocação por um investidor italiano da cláusula da nação mais favorecida contida no tratado bilateral de investimento entre a Argentina e a Itália, em ordem a beneficiar do tratado entre a Argentina e os Estados Unidos da América, que prevê um prazo obrigatório de seis meses para consultas entre as partes, mas que, ao contrário daquele primeiro tratado, não impõe o recurso aos tribunais do Estado parte no litígio previamente à instauração de um processo arbitral.

respeito são por vezes caracterizados como nacionalizações ou expropriações indiretas.

Estas críticas ganham particular relevo num período, como o presente, de crise económica mundial, em que despontam tendências protecionistas e em que a intervenção dos Estados na economia tende a acentuar-se. Não é, por isso, impossível que o fenómeno dos tratados bilaterais de investimento venha a conhecer no futuro próximo alguma retração ou que, pelo menos, as cláusulas de arbitragem deles constantes sejam revistas em ordem a acautelar aquelas preocupações.

A esta luz se devem entender as denúncias da Convenção de Washington pela Bolívia e pelo Equador, ocorridas respetivamente em 2007 e 2009.

A verdade, porém, é que, sempre que as negociações e a conciliação se mostrem improficuas a fim de resolver os litígios emergentes de investimentos estrangeiros, a arbitragem continua a ser, dada a *neutralidade* do órgão jurisdicional chamado a pronunciar-se sobre eles, o mecanismo preferível para o efeito.

4. A nova competência da União Europeia para celebrar tratados bilaterais de investimento e as questões que coloca no tocante à resolução extrajudicial de litígios

a) O Tratado de Lisboa e a competência da União para celebrar tratados bilaterais de investimento

Até recentemente, a competência para celebrar tratados bilaterais de investimento era exclusivamente dos Estados. O art. 207.º, n.º 1, do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia veio, no entanto, atribuir à União a competência para celebrar acordos bilaterais relativos ao investimento estrangeiro com terceiros Estados⁽²³⁾.

⁽²³⁾ Ver, sobre o tema, NIKOS LAVRANOS, *Bilateral Investment Treaties (BITs) and EU Law*, disponível em <http://ssrn.com>; MARC BUNGENBERG/JÖRN GRIEBEL/STEFFEN HIN-

Esta competência suscitou um certo número de novos problemas relacionados com o regime da resolução por arbitragem, no âmbito do ICSID, dos litígios emergentes dos investimentos abrangidos por esses tratados. São esses problemas que vamos analisar em seguida.

b) A aplicabilidade da arbitragem ICSID aos tratados europeus de investimento

Entre os referidos problemas sobressai o que se prende com a própria possibilidade do recurso à arbitragem ICSID a fim de resolver esses litígios.

O problema deriva de a União Europeia não ser parte da Convenção de Washington, que, como vimos, apenas atribui competência ao ICSID para a resolução de litígios entre os respetivos Estados partes e nacionais de outros Estados partes.

O recurso ao ICSID encontra-se contemplado, como se viu acima, nos tratados bilaterais de investimento celebrados pelo Estado português e oferece, tanto para o Estado como para os investidores portugueses, importantes garantias, sendo por isso desejável acautelá-lo nos futuros tratados europeus de investimento.

Naturalmente que uma hipótese de solução desse problema consistiria na adesão da União Europeia à Convenção de Washington⁽²⁴⁾.

Mas é duvidosa a exequibilidade a curto prazo de semelhante adesão, a qual parece prejudicada pelo facto de ser necessária para o efeito a revisão do art. 67.º da Convenção (que a declara aberta para assinatura dos Estados membros do Banco Mundial) mediante um acordo internacional a ratificar por todos os seus atuais Estados membros.

DENLANG (orgs.), *International Investment Law and EU Law*, número especial do *European Yearbook of International Economic Law*, Berlim/Heidelberg, 2011; e MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, *A actuação externa da União Europeia depois do Tratado de Lisboa*, Coimbra, 2011, pp. 453 ss.

(24) Cfr. Comissão Europeia, *European Investment Agreements: Dispute Settlement and International Responsibility*, Bruxelas, 2011.

Menos complexa, sob este ponto de vista, seria a adesão da União Europeia às regras do ICSID sobre facilidades adicionais, cuja revisão para aquele efeito apenas exigiria a intervenção do Conselho Administrativo desta entidade.

De todo o modo, os tratados europeus de investimento podem estipular desde já, e independentemente da adesão da União Europeia à Convenção de Washington, a possibilidade de os investidores nacionais de Estados membros desta instaurarem a arbitragem nela prevista sempre que o Estado estrangeiro recipiente do investimento seja também parte da Convenção, hipótese que cabe no art. 25.º desta.

Outra hipótese de solução para o dito problema consiste em os tratados europeus de investimento remeterem para as regras de arbitragem da UNCITRAL, estabelecendo-se como órgão de administração do processo arbitral o Secretariado do ICSID. O recurso à arbitragem segundo aquelas regras também já se encontra previsto, como verificámos atrás, nos tratados bilaterais de investimento celebrados pelo Estado português.

c) A articulação com outros mecanismos de resolução de litígios

Dentre estes mecanismos, o preferível é, do ponto de vista do investidor, a arbitragem ICSID, e não a da UNCITRAL, em virtude do sistema de reconhecimento automático de decisões arbitrais consignado no art. 54.º da Convenção de Washington.

Com efeito, qualquer outro mecanismo de resolução de litígios coloca o investidor numa posição mais frágil, pela necessidade de obter a prévia revisão e confirmação da decisão arbitral antes de esta poder ser executada no Estado recetor do investimento.

O problema acabado de enunciar poderia, no entanto, ser minorado, ou mesmo completamente superado, incluindo nos tratados europeus de investimento uma cláusula de *reconhecimento automático* da decisão arbitral análoga à que consta do art. 54.º da Convenção de Washington.

Semelhante solução asseguraria que os investidores europeus beneficiassem, mesmo fora do quadro da Convenção, de garantias idênticas às que os tratados bilaterais de investimento nacionais lhes conferem.

d) A apensação de processos arbitrais

Dada a maior abrangência dos tratados bilaterais de investimento europeus, é de supor que aumente a frequência das situações em que são deduzidas por diferentes investidores *múltiplas pretensões* resultantes dos mesmos factos (como aconteceu há alguns anos com a Argentina).

Tendo em vista o interesse na coerência das decisões proferidas sobre essas pretensões e na economia processual, parece justificar-se que, na ausência de disposições específicas da Convenção de Washington sobre a matéria, os tratados europeus de investimento admitam tanto a apensação de processos arbitrais (*«consolidation of claims»*) instaurados separadamente como a pluralidade de demandantes ou demandados, devendo regular-se também nesses tratados o modo de designação dos árbitros nesta eventualidade.

e) A intervenção dos Estados-Membros da União nos processos arbitrais de que esta seja parte

O exercício pela União Europeia da competência prevista no art. 207.º, n.º 1, do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia implica que esta será *parte legítima*, como demandada, nos litígios que vierem a ser instaurados por investidores estrangeiros perante tribunais arbitrais ao abrigo dos tratados europeus de investimento (ainda que sejam os Estados-Membros da União os recetores dos investimentos em causa).

Caso seja condenada nos processos assim instaurados, a União poderá, no entanto, ter direito de regresso contra os Estados-Membros, na medida em que sejam imputáveis a estes os atos ou omissões que determinaram a condenação.

Resulta daqui a necessidade de contemplar nos futuros tratados europeus de investimento um mecanismo tendente a possibilitar a intervenção dos Estados-Membros nos processos arbitrais de que seja parte a União, o qual permita acautelar, por um lado, a correta defesa dos interesses desses Estados no processo arbitral e, por outro, que a decisão proferida neste constitua também caso julgado quanto a eles.

f) A subsistência dos tratados bilaterais de investimento nacionais

A celebração dos tratados europeus de investimento não implicará necessariamente a caducidade ou a revogação dos tratados existentes entre Estados-Membros e terceiros países, que se estimam em cerca de 1.200 (ou seja, quase metade dos tratados bilaterais de investimento em vigor em todo o mundo)⁽²⁵⁾. Estes tratados poderão, no futuro, subsistir a par dos primeiros, pelo menos enquanto a União Europeia não exercer a sua competência nesta matéria relativamente a todos os parceiros comerciais da União⁽²⁶⁾.

Esta circunstância levanta o problema de saber se e em que medida deverão os tratados nacionais ser ajustados aos novos tratados europeus.

Na medida em que destes resulte para os investidores nacionais um aumento de garantias, parece ser de preconizar esse ajustamento: dificilmente se entenderia, com efeito, que um acordo relativo a investimentos estrangeiros celebrado pela União Europeia protegesse mais fortemente um investidor nacional do que um acordo celebrado pelo Estado português.

⁽²⁵⁾ Cfr. a comunicação da Comissão Europeia intitulada *Rumo a uma política europeia global em matéria de investimento internacional*, documento COM (2010) 343 final, de 7 de julho de 2010.

⁽²⁶⁾ A matéria é objecto da *Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece disposições transitórias para os acordos bilaterais de investimento entre os Estados-Membros e os países terceiros*, documento COM (2010) 344 final, de 7 de julho de 2010, sobre a qual se pronunciou o Parlamento Europeu na Resolução Legislativa de 10 de maio de 2011, disponível em <http://www.europarl.europa.eu>.

Assim, por exemplo, as soluções adotadas nos tratados bilaterais de investimento nacionais deveriam ser alinhadas com o que vier a estabelecer-se nos tratados europeus quanto ao prazo mínimo de consultas antes da instauração do litígio, aos mecanismos disponíveis de resolução de litígios (que entre nós não incluem atualmente as facilidades adicionais do ICSID) e à reversibilidade da opção feita pelo investidor quanto ao mecanismo de resolução de litígios acionado no caso concreto.

5. Conclusões

A análise empreendida revela-nos a importância fundamental da arbitragem ICSID como mecanismo de resolução de litígios surgidos no quadro de investimentos abrangidos por tratados bilaterais.

As cláusulas de arbitragem contidas nestes últimos podem, segundo a orientação que tem prevalecido na jurisprudência arbitral, valer como manifestações do consentimento dos Estados que deles são partes relativamente à arbitragem ICSID.

Contudo, a arbitragem de investimento não tem ficado imune à crítica e mostra-se suscetível de vários aperfeiçoamentos, tendentes designadamente a torná-la mais segura do ponto de vista do exercício pelos Estados dos seus poderes de soberania.

A recente consagração no Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia da competência desta para celebrar tratados bilaterais de investimento trouxe consigo novos desafios à resolução extrajudicial de litígios emergentes de investimentos estrangeiros, que terão de ser objeto, a breve trecho, de atos normativos e acordos internacionais a celebrar pela União.

A arbitragem de investimento, durante muito tempo escassamente utilizada como meio de composição de litígios, revela-se assim uma realidade em franca expansão, ainda que carecida de certa renovação do seu regime.

A INDEPENDÊNCIA E
INCOMPATIBILIDADE DOS MEMBROS DA
MESA DA ASSEMBLEIA GERAL DAS
SOCIEDADES EMITENTES DE VALORES
MOBILIÁRIOS EM MERCADO
REGULAMENTADO E DE «GRANDES
SOCIEDADES ANÓNIMAS»

(O EXERCÍCIO DE FUNÇÕES DE ADVOGADO DO
ENTE COLECTIVO FACE AO ARTIGO 374.º-A DO
CÓDIGO DAS SOCIEDADES COMERCIAIS. A
QUESTÃO DA APLICAÇÃO NO TEMPO DAS
REGRAS DE INDEPENDÊNCIA E DE
INCOMPATIBILIDADES)

Pelo Prof. Doutor Pedro de Albuquerque

SUMÁRIO:

§ 1 — Introdução. 1. O problema a tratar. 2. Razão de ordem.
§ 2 — A interpretação-aplicação do Direito; algumas coordenadas fundamentais. § 3 — Algumas soluções de Direito comparado no tocante à eleição do presidente da mesa: a Lei das sociedades anónimas em Espanha, o *Décret* n.º 67-236 de 23 de Março de 1967 relativo às sociedades comerciais na França, o Código Civil italiano e a *Aktiengesetz* alemã.
§ 4 — O caso em apreço. 4. 1. O problema das incompatibilidades estabelecidas pelo artigo 414.º-A e das garantias de independência constantes do artigo 414.º: seu sentido e alcance face à independência estabelecida pelo estatuto da Ordem dos Advogados. 4. 2. A aplicação no tempo do artigo 414.º/5 do Código das Sociedades Comerciais.

§ 1 — Introdução⁽¹⁾

1. O problema a tratar

I — O artigo 374.º-A do Código das Sociedades Comerciais veio sujeitar, com as necessárias adaptações, os membros da mesa da assembleia geral, das sociedades emittentes de valores mobiliários admitidos à negociação em mercado regulamentado e das sociedades que cumpram os critérios referidos na alínea *a*) do n.º 2 do artigo 413.º⁽²⁾, aos requisitos de independência do artigo 414.º/5 e ao regime de incompatibilidades previsto no artigo 414.º/5 e 414.º-A/1/e), todos do Código das Sociedades Comerciais, na redacção que lhes foi dada pelo Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de Março de 2006 e entrado em vigor em 30 de Junho de 2006.

II — Neste estudo interessar-nos-á, pois, e fundamentalmente, o disposto no artigo 414.º/5 e no artigo 414.º-A/1/e). O primeiro preceito vem determinar:

Considera-se independente a pessoa que não esteja associada a qualquer grupo de interesses específicos na sociedade nem se encontre em alguma circunstância susceptível de afectar a sua isenção de análise ou de decisão, nomeadamente em virtude de:

- a*) Ser titular ou actuar em nome ou por conta de titulares de participação qualificada igual ou superior a 2% do capital social da sociedade;
- b*) Ter sido reeleita por mais de dois mandatos, de forma contínua ou intercalada.

(1) Artigo elaborado em 2007 e destinado aos estudos comemorativos do centenário do nascimento do Professor Paulo Cunha. A bibliografia citada e os elementos legais considerados são naturalmente ditados pela data da realização do escrito.

(2) Às sociedades anónimas autonomizadas na segunda parte do artigo 413.º/2/a) do Código das Sociedades Comerciais tem-se dado a designação de «grandes sociedades anónimas». A respeito desta nomenclatura e das especialidades de regime, com autonomia face ao das entidades cotadas, associadas a este tipo de sociedades cfr. PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das sociedades comerciais*, 3.ª edição, Coimbra, 2007, 37 e ss.; GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, *A fiscalização societária redesenhada: independência, exclusão de responsabilidade e caução obrigatória dos fiscalizadores*, in *Reformas do Código das Sociedades*, Coimbra, 2007, 286, nota (13).

Quanto ao segundo, é o seguinte o respectivo teor:

1 — Não podem ser eleitos ou designados membros do conselho fiscal, fiscal único ou revisor oficial de contas:

(...)

e) Os que, de modo directo ou indirecto, prestem serviços ou estabeleçam relação comercial significativa com a sociedade fiscalizada ou sociedade que com esta se encontre em relação de domínio ou de grupo;

A questão que nos propomos abordar aqui consiste em saber se ficam sujeitos à actuação conjugada destes dois preceitos e do artigo 374.º-A do Código das Sociedades Comerciais, os membros da mesa da assembleia geral e, concretamente, os presidentes, das sociedades emitentes de valores mobiliários admitidos à negociação em mercado regulamentado e das «grandes sociedades comerciais» que sejam seus advogados ou sócios ou associados de sociedades de advogados prestadoras, sem qualquer vínculo jurídico prévio, de serviços às mencionadas sociedades comerciais. Se a resposta for afirmativa, então, deve perguntar-se pelos termos dessa sujeição.

2. Razão de ordem

I — O presente estudo suscita uma questão de interpretação-aplicação de um conjunto de preceitos legais relativos aos requisitos ou pressupostos a que deve obedecer a pessoa escolhida como presidente, ou membro da mesa da assembleia geral, de determinadas sociedades anónimas. Pergunta-se, concretamente, se é de aplicar, ou não, a advogado ou sócio de uma firma prestadora de serviços a uma «grande sociedade» ou sociedade comercial cotada, o disposto no artigo 414.º-A/1/e) e no artigo 414.º/5/b) do Código das Sociedades Comerciais.

II — A resposta à interrogação acabada de enunciar levar-nos-á, antes de mais, à abordagem de um conjunto de questões de

natureza metodológica acerca da questão da interpretação-aplicação do Direito. De seguida, procederemos a uma breve incursão de Direito Comparado, no sentido de averiguar como é que diversos legisladores, de distintos países, têm encarado e definido os pressupostos e requisitos prévios de eleição do presidente da mesa da assembleia geral das sociedades anónimas. Dados estes passos, regressar-se-á ao problema concreto a resolver neste nosso estudo para abordar, em primeiro lugar, a questão de saber se um advogado se deve considerar sujeito aos requisitos de incompatibilidade constantes do artigo 414.º-A do Código das Sociedades Comerciais, e em que medida, e, seguidamente, o problema da aplicação ou não, ao caso por nós analisado, do artigo 414.º/5/b). De passagem aproveitaremos para abordar a questão da aplicação no tempo do artigo 414.º/5 e 414.º-A do Código das Sociedades Comerciais.

§ 2 — A interpretação-aplicação do Direito; algumas coordenadas fundamentais

I — O problema metodológico da interpretação jurídica⁽³⁾ não é um problema de *interpretatio legis* mas *actus* de realização

⁽³⁾ Segue-se aqui, com alguns desenvolvimentos e modificações, quanto escrevemos em parte a este respeito no nosso *Os limites à pluriocupação dos membros do conselho geral e de supervisão e do conselho fiscal*, Coimbra, 2007. Para uma análise acerca do modo como a doutrina de ponta vem encarando o actual problema metodológico da interpretação jurídica cfr., entre nós, CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-facto — Questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade (Ensaio de uma reposição crítica)*, I, *A crise*, Coimbra, 1967, *passim*, e por exemplo 214 e ss.; Id., *O princípio da legalidade criminal*, in *Digesta. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, Coimbra, 1995, I, 428 e ss.; Id., *Interpretação jurídica*, in *Idem*, II, 337 e ss.; Id., *O actual problema metodológico da realização do direito*, in *Idem*, II, 249 e ss.; Id., *O método jurídico*, in *Idem*, II, 283 e ss.; Id., *Metodologia jurídica. Problemas fundamentais*, Coimbra, 1993, *passim* e 83 e ss.; Id., *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*, Coimbra, 2003, *per totum*; Id., *O sentido actual da metodologia jurídica*, in *Boletim da Faculdade de Direito*, volume comemorativo, 2003, 115 e ss., *maxime* 134 e ss.; e JOSÉ BRONZE, *Lições de introdução ao direito*, 2.ª edição, Coimbra, 2006, 875 e ss. V., também, MENEZES CORDEIRO, *Lei (aplicação da)*, in *Polis. Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, Lisboa / São Paulo, 1985, III, cols. 1046 e ss.; e

do Direito⁽⁴⁾). A interpretação jurídica não intenciona — como pretendia o positivismo jurídico, tanto o histórico como o legalista, ao identificar o Direito, na sua manifestação positiva, às respectivas determinações formais e estas com as suas expressões textuais, com os textos legais, os quais, precisamente porque textos, como que necessariamente implicariam uma interpretação também só textual — uma significação simplesmente textual, seja ela filológica, hermenêutica *stricto sensu* ou analítico-linguística — se se quiser exegética hermenêutica ou semântica⁽⁵⁾). O problema da interpretação jurídica não é filológico, hermenêutico-cognitivo, linguístico. Trata-se de um problema jurídico, especificamente jurídico e, destarte, de um problema normativo⁽⁶⁾ que não pode comodamente resolver-se na simples consideração da letra da lei, na mera afirmação de que onde a lei não distingue não deve o intérprete(-aplicador) distinguir.

II — Neste cenário não pode duvidar-se da inadmissibilidade metodológica do brocardo *in claris non fit interpretatio*⁽⁷⁾. A aceitação de semelhante brocardo, ou mesmo de que o texto da lei nos forneceria o *prius* ou ponto de partida no processo de interpretação

mais recentemente, ainda, pode-se cfr. SANDRA MARTINHO RODRIGUES, *A interpretação jurídica no pensamento de Ronald Dworkin (uma abordagem)*, Coimbra, 2005, *passim*, e designadamente, 1 e ss., 23 e ss., 147 e ss.; e CRISTINA QUEIROZ, *A interpretação jurídica*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no centenário do seu nascimento*, 2006, I, 268 e ss..

(4) Cfr. a bibliografia citada *supra* na nota 3. Sublinhe-se, aqui, a título ilustrativo CASTANHEIRA NEVES, *O actual problema...*, 11 e ss..

(5) V., novamente, CASTANHEIRA NEVES, *O actual problema...*, 249 e ss.. Cfr., também, e novamente, a literatura referida na nota 3.

(6) Cfr. nesse sentido os autores e obras citadas *supra* na nota 1. Cfr., igualmente, a bibliografia mencionada nessa nota para uma exacta compreensão do significado de quanto se afirma no texto.

(7) Sublinhando a, de longa data, conhecida insubsistência do brocardo *in claris non fit interpretatio* cfr. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Coimbra, 1989, 586; PEDRO DE ALBUQUERQUE, *A representação voluntária em direito civil*, Coimbra, 2004, 1000, nota 1672; OLIVEIRA ASCENÇÃO, *O direito. Introdução e teoria geral*, 13.^a edição refundida, Coimbra, 2005, 392 e ss.; CRISTINA QUEIROZ, *A interpretação...*, in *Estudos...*, I, 267 e ss.. Veja-se, também, na literatura jurídica estrangeira PERELMAN, *Ética e direito*, tradução de JOÃO DUARTE, Lisboa, 2002, 547 e ss., 557 e ss.

e realização do Direito⁽⁸⁾, pressuporia que a expressão e o teor verbal das leis se imporia por si só e previamente aos sentidos jurídicos possíveis, sem interpretação (compreensão), ou tão-só com uma interpretação da significação comum da expressão ou teor verbal. Ora, ambas as coisas são sabidamente insustentáveis⁽⁹⁾. Uma, por razões linguísticas, pela normal indeterminação ou invencível abertura semântica das significações verbais comuns. A outra, por razões hermenêuticas: o sentido do texto jurídico é um sentido unitariamente jurídico, não, primeiro, um sentido verbal ou

(8) O reconhecimento dos postulados acima enunciados, relativamente à insuficiência da letra da lei enquanto factor predeterminante da interpretação jurídica e como critério dos respectivos limites, é objecto também de expressa e corrente afirmação nas obras dogmáticas nacionais. Assim, cfr. PAULO MOTA PINTO, *Aparência de poderes de representação e tutela de terceiros, reflexão a propósito do artigo 23.º do Decreto-Lei n.º 178/86 de 3 de Julho*, in *Boletim da Faculdade de Direito*, 1993, LXIX, 614; PEDRO DE ALBUQUERQUE, *A representação...*, 1000; Id., *Direito ao cumprimento de prestação de facto, o dever de a cumprir e o princípio nemo ad factum cogi potest. Providência cautelar, sanção pecuniária compulsória e caução*, separata da *Revista da Ordem dos Advogados*, 2005, 65, II, 478 e ss.; Id., *Responsabilidade processual por litigância de má fé, abuso de direito e responsabilidade civil em virtude de actos praticados no processo. A responsabilidade por pedido infundado de declaração da situação de insolvência ou indevida apresentação por parte do devedor*, Coimbra, 2006, 158 e ss.; Id., *Anotação ao Acórdão do STJ — 2-3-2004. Contrato-promessa, procuração irrevogável e acção de preferência*, in *CDP*, 2006, 13, Janeiro-Março, 20 e ss.; PEDRO DE ALBUQUERQUE e MARIA DE LURDES PEREIRA, *A responsabilidade civil das autoridades reguladoras*, in *Regulação e Concorrência*, Coimbra, 2005, 227, nota 57. Na jurisprudência v., por exemplo, na direcção que se vem referindo no texto acerca do sentido e propósito da interpretação-aplicação do Direito, por exemplo, *STJ — 7-12-1994* (TORRES PAULO), in *www.dgsi.pt* (instituição de herdeiro); *STJ — 15-10-1996* (LOPES PINTO), in *www.dgsi.pt* (condenação *ultra petitum*) (=Diário da República, I — série A, de 26 de Novembro de 1996; e =*Boletim do Ministério da Justiça*, 460, 164); *STJ — 11-3-1997* (FERNANDES MAGALHÃES), in *www.dgsi.pt* (seguro obrigatório automóvel); *STJ — 17-4-2002* (LOURENÇO MARTINS), in *www.dgsi.pt* (processo 02P381) nota 5; *STJ — 20-3-2002* (LOURENÇO MARTINS), in *www.dgsi.pt* (processo 02P137); *STJ — 30-4-2003* (LOURENÇO MARTINS), in *www.dgsi.pt* (recurso para o Supremo Tribunal de Justiça), nota 3; *STJ — 23-10-2003* (PEREIRA MADEIRA), in *www.dgsi.pt* (julgamento em conferência); *STJ — 27-1-2004* (FERNANDES MAGALHÃES), in *www.dgsi.pt* (empreitada); *STJ — 7-12-2005* (FERNANDES MAGALHÃES), in *www.dgsi.pt* (falência); *STJ — 19-1-2006* (OLIVEIRA BARROS), in *www.dgsi.pt* (poderes do Supremo Tribunal de Justiça), nota 8; *STJ — 30-5-2006* (FERNANDES MAGALHÃES), in *www.dgsi.pt* (acidente de viação).

(9) V., por exemplo, e a título meramente exemplificativo, CASTANHEIRA NEVES, *O sentido...*, in *Boletim...*, volume comemorativo, 142.

literal e, depois, um sentido jurídico⁽¹⁰⁾. O legislador não usa palavras para se limitar a enunciar o seu sentido comum (ainda quando técnico ou mesmo técnico-jurídico) mas para prescrever uma intenção jurídica através das palavras e expressões⁽¹¹⁾. E isto postula uma unidade, seja ela entendida como hermenêutica seja normativa, entre palavra/expressão e sentido: a palavra/expressão legal é a de um sentido jurídico⁽¹²⁾. E daqui resultam duas conclusões directamente ligadas entre si: a primeira é a de que o teor verbal ou literal não manifesta um sentido linguístico a que se venha a acrescentar o sentido jurídico resultante do processo de interpretação; a segunda consiste justamente na circunstância de as palavras e expressões legais, como formas de significação de um sentido jurídico, só encontrarem a especificação da sua indeterminação no próprio sentido jurídico interpretando. E sendo esse sentido um resultado da interpretação está tudo dito quanto à valia do elemento verbal⁽¹³⁾.

Aliás, a perspectiva de interpretação aqui em crise encontra-se inclusivamente superada pelo conceito hermenêutico, em sentido rigoroso, de texto⁽¹⁴⁾. De acordo com semelhante conceito, se o sentido jurídico a atingir pela interpretação houver de se exprimir através do texto ou, conforme refere a propósito CASTANHEIRA NEVES, enquanto se considera este também a sua objectivação cultural ou o seu ícone, constitui-se, todavia, para além dele ou transcendendo-o. Desde logo pela relevância do contexto significativo em que se insere⁽¹⁵⁾, pelo relevo da pré-compreensão do

⁽¹⁰⁾ Para mais desenvolvimentos acerca dos limites da letra da lei enquanto factor interpretativo prévio ou determinante v., de entre os autores referenciados *supra* na nota 3, por exemplo, CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia...*, 115 e ss., com amplas indicações comprovativas de que este suposto cânone hermenêutico não é cumprido aí mesmo onde é invocado. V., também, e sempre a título exemplificativo, JOSÉ BRONZE, *Lições...*, 893 e ss., e 909; CRISTINA QUEIROZ, *A interpretação...*, in *Estudos...*, I, 267 e ss.; e PERELMAN, *Ética...*, 547 e ss.

⁽¹¹⁾ Em termos muito próximos CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia...*, 118 e 119.

⁽¹²⁾ CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia...*, 119.

⁽¹³⁾ CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia...*, 119.

⁽¹⁴⁾ CASTANHEIRA NEVES, *O sentido...*, in *Boletim...*, volume comemorativo, 142. V., também, e por exemplo, do mesmo autor CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia...*, 118 e ss..

⁽¹⁵⁾ Há muito que se chama, por exemplo, a atenção para a circunstância de a interpretação se mostrar uma tarefa de conjunto. Nenhum artigo de lei pode ser tomado

intérprete, pela situação histórico-concreta da compreensão, pela coisa ou referente de que a significação fala, etc.⁽¹⁶⁾. Neste caso estamos ainda perante uma interpretação textual, mas que vê já no texto, sobretudo, um sentido compreensivo cultural que o transcende⁽¹⁷⁾.

III — Mas mesmo quando a perspectiva hermenêutica acabada agora mesmo de enunciar represente já um progresso, ela mostra-se ainda assim insuficiente. O problema jurídico-normativo da interpretação não é o de determinar uma significação, mesmo se jurídica, que as leis ou quaisquer normas jurídicas expressem, mas o de obter dessas leis um critério prático-normativo adequado de decisão dos casos concretos. Uma boa interpretação não é aquela que, numa perspectiva hermenêutico-exegética, determina correctamente o sentido textual da norma. É antes aquela que numa perspectiva prático-normativa utiliza bem a norma como critério de justa decisão do problema concreto⁽¹⁸⁾. Ou, se se preferir, numa outra formulação, na interpretação jurídica não se trata de compreender determinantemente a letra e o espírito do texto legal em causa, nem de explicitar a significação da regra-prescrição em causa, mas de reconstituir adequadamente uma norma do *corpus iuris* como critério orientador da solução de um caso qualificado como juridicamente relevante⁽¹⁹⁾.

Por isso, o objecto da interpretação não é a norma-texto mas a norma-problema⁽²⁰⁾. Ao intérprete-aplicador não interessa a norma enquanto objecto semântico-prescritivo, que comunica

isoladamente. O horizonte ou pano de fundo da interpretação terá de ser sempre o ordenamento tomado no seu todo. O sentido de cada fonte está sempre em necessária conexão com o de todas as outras, pelo que ele será adulterado se o pretendermos tomar isoladamente. Cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, *O direito...*, 392 e 393.

⁽¹⁶⁾ CASTANHEIRA NEVES, *O sentido...*, in *Boletim...*, volume comemorativo, 142 e 143.

⁽¹⁷⁾ CASTANHEIRA NEVES, *O sentido...*, in *Boletim...*, volume comemorativo, 143.

⁽¹⁸⁾ Assim, e de entre a bibliografia citada *supra* na nota 1 cfr., por exemplo, CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia...*, 84 e ss.. V., também, a jurisprudência referida *supra* na nota 6.

⁽¹⁹⁾ JOSÉ BRONZE, *Lições...*, 887 e ss..

⁽²⁰⁾ JOSÉ BRONZE, *Lições...*, 892.

impositivamente um sentido literal, mas a norma enquanto *regula* prático-normativa, apta para orientar (em termos igualmente normativamente fundamentados), a solução de um problema ou de uma série de problemas a que se reconhece uma relevância jurídica específica.

Assim, e retomando um exemplo de escola já divulgado por exemplo por RADBRUCH e presente, entre nós, quer em CASTA-NHEIRA NEVES⁽²¹⁾ quer em JOSÉ BRONZE⁽²²⁾, a proibição legal de entrada de cães em determinado local não pode considerar-se semântico-vulgarmente determinável, mas apenas pragmático-juridicamente densificável face a um conjunto de exigências problemáticas que estão subjacentes a esta proibição, em termos tais que abrangido por este comando se deve considerar também um urso.

Da mesma forma, a expressão «dano ambiental» não pode valer com o seu significado semântico-vulgar, mas ser antes concretizável em referência ao conjunto de exigências de sentido que preenchem o Direito do Ambiente⁽²³⁾.

Pode ainda aceitar-se que uma seringa dificilmente se considera uma arma. Não deixa contudo de ser essa a qualificação que normativamente se lhe adequa e corresponde quando, em determinadas circunstâncias, uma subtração fraudulenta tiver sido feita com a ameaça de uma seringa que o arguido diga infectada com sida⁽²⁴⁾.

Pode igualmente nesta perspectiva discutir-se se um ácido deve, ou não, qualificar-se normativamente como uma arma⁽²⁵⁾.

E no caso *Frigalimont v. B. N. S. Int'l Sales Corp.*, julgado por um tribunal dos Estados Unidos⁽²⁶⁾, até um vocábulo aparente-

(21) *Metodologia...*, 132.

(22) O exemplo correu já, de resto, o mundo inteiro como o atesta as referências que lhes faz também PERELMAN, *Ética...*, 560 e ss., 557 e ss., indicando ter ido colhê-lo numa obra do jurista mexicano de origem espanhola RECASÉNS-SICHES.

(23) JOSÉ BRONZE, *Lições...*, 910 e ss., com indicação de outros exemplos.

(24) A respeito deste exemplo v. JOSÉ BRONZE, *Lições...*, 913, com ulteriores indicações.

(25) V., novamente, JOSÉ BRONZE, *Lições...*, 913, nota 17.

(26) *Apud* JOSÉ BRONZE, *Lições...*, 913, e nota 118.

mente tão unívoco como «frangos» suscitou acesa controvérsia jurídica.

Situações como as agora referidas não terão mesmo fim. Pense-se, por exemplo, e ainda, nos exemplos figurados por PERELMAN⁽²⁷⁾ a partir de um sinal, colocado à entrada de um parque público, que proíbe o trânsito automóvel. Deverá o agente de polícia, em serviço de guarda, opor-se, com base nele, à entrada de uma ambulância que vem buscar a vítima de um enfarte, de um veículo de limpeza municipal, de um táxi chamado para transportar uma criança que partiu ou torceu uma perna ou para levar à maternidade uma mulher grávida com sintomas de ir em breve iniciar o trabalho de parto? A resposta é obviamente negativa em todos estes casos.

IV — Mais. Um determinado sentido considerado em relação a determinados contextos⁽²⁸⁾ pode deixar de o ser numa nova situação, quando confrontado com a provocação que lhe dirige um novo caso. Além disso, de uma óptica prático-normativa deixa de ser possível ou pertinente indicar qual o elemento interpretativo preponderante⁽²⁹⁾.

Numa perspectiva metodológica adequada o *prius* metodológico é-nos dado pelo caso⁽³⁰⁾. O problema jurídico a decidir é não apenas o ponto de partida e o objectivo final, mas, mais do que isso, a pedra-de-toque ou basilar na perspectiva da qual toda a juridicidade deve ser intencionada e compreendida. O objecto principal do pensamento jurídico não está já na norma. Ele coloca-se no caso concreto a decidir e no problema da concreta (judicativo-decisória) realização do Direito que ele suscita^(31/32). Fora do caso con-

⁽²⁷⁾ PERELMAN, *Ética...*, 553.

⁽²⁸⁾ Em sentido aproximado CRISTINA QUEIROZ, *A interpretação...*, in *Estudos...*, I, 269.

⁽²⁹⁾ Assim, CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia...*, 106; e JOSÉ BRONZE, *Lições...*, 938 e 939.

⁽³⁰⁾ CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia...*, *passim*, 142 e ss..

⁽³¹⁾ CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia...*, 17 e ss.

⁽³²⁾ O reconhecimento da prioridade do caso e das diferenças problemática e normativa que ele traz consigo face às possibilidades do sistema normativo abstractamente posto, coloca-nos perante a manifestação para a qual o Professor CASTANHEIRA

creto, ou sem pelo menos o ter funcionalmente em vista, há especulação teórica, a qual, mesmo se iluminada ou esclarecida, não é Direito⁽³³⁾. O Direito deve ser tomado e entendido na sua concreta manifestação⁽³⁴⁾.

NEVES tem particularmente chamado a atenção dos limites normativo-jurídicos das normas legais no global processo de realização do Direito. Aqui e agora poderemos sublinhar, apenas, a circunstância de eles nos imporem o reconhecimento da circunstância de o Direito não constituir um objecto pressuposto ou uma qualquer normatividade constituída com a qual o jurista vai lidar. Ao contrário, o Direito é um *continuum* problemático de normatividade constituída. Quer isto dizer que apenas com tudo aquilo que a concreta realização do Direito implica de integração, de desenvolvimento, de correcção e de reelaboração da tal normatividade abstractamente pressuposta se pode alcançar uma ordem em que o Direito se afirma enquanto tal. O decisivo e fundamental deixa de ser visto na norma para passar a residir no juízo, pois será em função deste que a norma haverá de ser compreendida como critério jurídico (normativo-jurídico). O pensamento jurídico não é pois um conhecimento teórico dogmático de normas. O problema do pensamento jurídico não está na determinação conceitual-sistematicamente dogmática, mas na resolução dos problemas jurídicos concretos de forma prático-normativamente justa. Cfr. CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia...*, 17 e ss..

⁽³³⁾ MENEZES CORDEIRO, *Lei...*, in *Polis...*, III, cols. 1046 e ss.. V., também, CASTANHEIRA NEVES, e de entre as suas obras, por exemplo, *O Instituto jurídico dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais*, Coimbra, 1983, 204 e ss.; *Fontes do direito*, in *Digesta*, cit., II, 7 e ss.; 93 e ss.; *Metodologia...*, *passim* e por exemplo 29.

⁽³⁴⁾ Trata-se de um pressuposto metodológico devidamente salientado pela doutrina nacional como base de uma adequada dogmática jurídica, e assumido, de forma expressa, como critério orientador das respectivas investigações. Neste sentido v., designadamente, CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-facto — Questão-de-direito...* I, quando, ainda antes de entrar no estudo ou análise do tema que se propõe tratar, o autor explica, em jeito de prefácio, as condições de emergência do problema da distinção entre questão-de-facto e questão-de-direito; CARLOS MOTA PINTO, *Da cessão da posição contratual*, Coimbra, 1970, XVII e ss., 5 e ss.; e PEDRO DE ALBUQUERQUE, *A representação...*, 22 e ss.. Num fenómeno reportável às conquistas da escola histórica contra o jusracionalismo antecedente: o Direito pertence a uma categoria de realidades dadas por uma evolução paulatina das sociedades. No momento actual do conhecimento humano, a sua configuração apresenta-se com uma complexidade causal, insusceptível de total abarcamento. Complexidade que inviabiliza, em definitivo, explicações puramente lógicas ou racionais da realidade jurídica. Nestas condições, o Direito deve ser conhecido de modo directo, tal como se nos apresenta (assim, e designadamente, cfr. MENEZES CORDEIRO, *Ciência do direito e metodologia jurídica nos finais do século XX*, separata da *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, 1989, 11 e 12). Recordem-se, a este propósito, os contributos dados tanto pela chamada jurisprudência problemática, cujas bases modernas foram lançadas por VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz / Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung*, 5.^a edição, Munique, 1974, *per totum* (escapando à prisão kantiana e estribado no pensamento aristotélico e ciceroniano, com a sua *atitude deliberativa, o saber prudencial, a paideia*, em suma, com a respectiva teoria da deliberação e da escolha, com a dis-

Mas se é assim, então, a hierarquização dos elementos interpretativos deverá necessariamente depender das circunstâncias do caso concreto.

tição entre a fundamentação dedutiva e a meramente persuasiva [a este respeito v. ARISTÓTELES, *Ética Eudimiana*, VIII, 1246b, in *Obras*, tradução para o espanhol de FRANCISCO SAMARANCH, Madrid, 1967; *Retórica*, tradução e notas de Manuel Alexandre Júnior, Paulo Farmhouse Alberto, Abel de Nascimento Pena, introdução de MANUEL ALEXANDRE JÚNIOR, Lisboa, 1998, 1357a, 51 e ss., 1355b, pp. 56 e ss. 1359a, pp. 57 e ss.; *Ética a Nicômaco*, tradução de JULIÁN MARIAS, Madrid, 1985, 1094b, 1095a, 1098a e *Tópicos, Tratados de lógica (Órganon)*, tradução para o espanhol de MIGUEL SANMARTIN, Madrid, 1982, I], VIEHWEG defende a necessidade de o raciocínio jurídico se dever realizar, não através de axiomas, mas com base em tópicos, entendidos de modo funcional, como possibilidades de orientação e fios condutores do pensamento. A tópica surge, assim, como uma técnica de pensar por problemas, com origem na retórica, e contraposta ao pensamento sistemático-dedutivo), assim como pela teoria da argumentação que tem em PERELMAN, *Logique Juridique. Nouvelle réthorique*, Paris, 1976, *per totum*, o respectivo *caput scholae*; e, mais remotamente, a metodologia analítico-proble-mática dos glosadores e pós-glosadores bem como o carácter prudencial do Direito Romano (a respeito destes últimos aspectos v. as considerações e desenvolvimentos de RUY DE ALBUQUERQUE e MARTIM DE ALBUQUERQUE, *História do Direito Português*, Lisboa, 1993, 12.^a edição, I, Lisboa, 2005, 327 e ss., 335 e ss.). Lembre-se, ainda, e de passagem, a importância, neste ponto, do ensinamento filosófico de SÃO TOMÁS DE AQUINO, ao considerar o *jus* como algo de objectivo e concreto, como um *medium rei* entre as operações ou coisas exteriores a uma pessoa (cfr., a título meramente indicativo, MICHEL VILLEY, *La promotion de la loi et du droit subjectif dans la seconde scolastique*, in *La Seconda Scolastica nella Formazione del Diritto Privato Moderno. Incontro di studio*, Florença, 16-19 de Outubro de 1972, a cargo de PAOLO GROSSI, Milão, 1973, 53 e ss.). A propósito da recente hipótese de quebra da insolubilidade da relação entre o conceito abstracto e o caso real v. MENEZES CORDEIRO, *Ciência do direito e metodologia jurídica...*, 35 e ss., 41 e ss., 67 e ss.. Esta quebra resulta da compreensão da realização do Direito como algo de unitário e da consequente aceitação da relação comunicativa entre o caso e a norma (mas também do reconhecimento da natureza constituinte da decisão). Apenas em análise abstracta — e porque *non datur scientia de individuo* — é possível decompor a referida realização em várias fases, as quais, porém, só funcionam em conjunto. O caso é hoje entendido como parte de um todo vivo, que vai desde a localização da fonte à delimitação dos factores relevantes, ao ponto, por exemplo, de a própria ontologia do Direito ser fixada por ARTHUR KAUFMANN, *Vorüberlegung zu einer juristischen Logik und Ontologie der Relationen. Grundlegend einer personalen Rechtstheorie*, in *Rechtstheorie. Zeitschrift für Logik, Methodenlehre Kybernetik und Soziologie des Rechts*, Berlim, 1986, 17, 257 e ss., na relação entre o caso e a norma. Lembrem-se, ainda, entre nós, os escritos e investigações autónomas de GOMES DA SILVA, *O dever de prestar e o dever de indemnizar*, Lisboa, 1944, I, 27 e ss.; Id., *Esboço de uma concepção personalista do direito. Reflexões em torno da utilização do cadáver humano para fins terapêuticos e científicos*, separata da *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, 1965, 113 e ss., e particularmente, p. 145, na qual se pode ler: «(...) a realidade jurídica em si mesma é concreta», ou 150, onde se escreve «(...) é ao conjunto des-

Tudo a fazer com que esta recompreensão do problema da interpretação, vista como autêntica realização do Direito, exija, implique ou postule a convocação de outros fundamentos e critérios normativos e de outros elementos interpretativos bem diferentes daqueles que tradicionalmente se invocavam. Entre esses outros fundamentos e critérios contar-se-ão, naturalmente, valores e interesses⁽³⁵⁾, que dêem validade à constitutiva realização do Direito, para além daqueles critérios e fundamentos imediatamente oferecidos pela normatividade positiva, pelo Direito positivo. Sendo os critérios e fundamentos normativos extratextuais, no confronto com as normas jurídicas positivas, que assim se convocam desde logo interesses e fins, mas, sublinhe-se, também e em última análise, valores⁽³⁶⁾ e princípios normativos^(37/38). Princípios e valores referi-

tes três elementos — a ordem jurídica objectiva, que contém as formas do direito, a subjectiva, que é a matéria onde tais formas se hão-de actuar; e a vida jurídica, expressão do dinamismo por que se opera tal actuação — que propriamente se dá o nome de direito.

⁽³⁵⁾ Cfr. CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia...*, 30 e 124 e 125; e também *Interpretação...*, in *Digesta...*, II, 369 e 370. V., por último, JOSÉ BRONZE, *Lições...*, que escreve a respeito da emergência de novos factores interpretativos: «Referimo-nos, inter alia, aos inucleados em dimensões axiológico-práticas fundamentalmente constitutivas da normatividade jurídica — pense-se nos emblemáticos princípios normativos e na pluralidade de vectores que a sua autonomização permite relevar». Um catálogo mais completo ou sistematização, tida por pacífica, dos vários elementos normativos extratextuais susceptíveis de fundamentarem e orientarem a actividade concretizadora, integradora e de realização do Direito — e entre os quais se contam, a título meramente exemplificativo, a natureza das coisas e argumentos de carácter institucional, os interesses, as tipificações sociais relevantes, a estrutura jurídico-social referida pela norma, a própria situação social juridicamente problemática, os efeitos jurídico-sociais da decisão, critérios ético-jurídicos, normativo-sociais e os *standards* legais sejam ou não solicitados pelas cláusulas gerais ou conceitos de valor, as teorias dogmáticas de sentido normativo e não conceptual, os precedentes da casuística jurisprudencial, os princípios jurídicos, a justiça do resultado da decisão — pode ser confrontado nas duas obras de CASTANHEIRA NEVES citadas nesta nota.

⁽³⁶⁾ Para uma referência ao labor dos prudentes como fonte e limite de validade do Direito v. RUY DE ALBUQUERQUE, *Direito de juristas — Direito de Estado*, separata da *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 2001, XLII, 2, 751 e ss..

⁽³⁷⁾ CASTANHEIRA NEVES, *O sentido...*, in *Boletim...*, volume comemorativo, 128.

⁽³⁸⁾ Para ulteriores referências às linhas de superação da tradicional interpretação jurídica tal como ela nos tinha sido fundamentalmente legada pelo método jurídico de Oitocentos cfr. CASTANHEIRA NEVES, *Interpretação...*, in *Digesta*, cit., II, 369 e ss.; que refere os elementos normativos extratextuais (e transpositivos) da interpretação jurídica; o *continuum* da realização do Direito e a interpretação como um momento dessa rea-

dos ao ordenamento no seu conjunto e não apenas obtidos por abstracção a partir de normas legais, como o demonstra claramente o princípio da boa fé, ainda na vigência do Código Civil de 1867, cuja afirmação não suscitava qualquer dúvida como uma das coordenadas básicas comunitárias de então, não obstante a circunstância de a obra de Seabra não revelar para ele qualquer abertura especial⁽³⁹⁾.

§ 3 — Algumas soluções de Direito Comparado no tocante à eleição do presidente da mesa: a Lei das sociedades anónimas em Espanha, o *Décret* n.º 67-236 de 23 de Março de 1967 relativo às sociedades comerciais na França, o Código Civil italiano e a *Aktiengesetz* alemã

I — Na breve análise de Direito Comparado, a realizar de seguida, consideraremos preceitos e regimes relativos à presidência da mesa da assembleia geral pertencentes ao Direito espanhol, francês, italiano e alemão. Poderemos na sequência dessa análise verificar que as preocupações manifestadas pelo legislador português, no artigo 374.º-A do Código das Sociedades Comerciais, não correspondem a um cuidado universal.

II — No país vizinho, o Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de Dezembro, que aprovou o texto refundido da lei das sociedades anónimas, veio estabelecer no respectivo artigo 110.º, sob a epígrafe “*Presidência da assembleia Geral*”⁽⁴⁰⁾:

A assembleia geral será presidida pela pessoa designada nos estatutos; na sua falta pelo presidente do conselho de administração, e na falta deste, pelo accionista que elejam em cada caso os sócios presentes na reunião.

(...)

lização; a realização do Direito e não a interpretação como o problema metodológico; e ainda *Metodologia...*, 124 e ss.; assim como JOSÉ BRONZE, *Lições...*, 929 e ss..

⁽³⁹⁾ Assim, OLIVEIRA ASCENSÃO, *O direito...*, 418 e 419.

⁽⁴⁰⁾ A tradução é nossa. É o seguinte o texto original: *Presidência de la junta* «I. La junta general será presidida por la persona que designen los estatutos; en su defecto, por el Presidente del Consejo de Administración, y a falta de

Chega, pois, num passo que merece ser sublinhado, a admitir-se a particularidade de o presidente do conselho de administração presidir à mesa da assembleia geral. Esta possibilidade encontrou, igualmente, consagração no Direito francês, através do artigo 146.º do *Décret* n.º 67-236, de 23 de Março de 1967, relativo às sociedades comerciais, mas em termos ainda mais fortes e categóricos. É o seguinte o texto desse preceito⁽⁴¹⁾:

As assembleias de accionistas são presididas pelo presidente do conselho de administração ou do conselho de vigilância, de acordo com os casos, e na sua ausência, pela pessoa prevista nos estatutos. Na falta, a assembleia elege ela mesma o seu presidente.

Ao contrário, pois, do verificado com o preceito da Lei espanhola das sociedades anónimas, a participação do presidente do conselho de administração nas assembleias gerais como presidente da mesa não é meramente eventual mas, sim, a solução natural.

III — São um pouco diferentes as respostas do Direito italiano e do Direito alemão.

Quanto ao primeiro estabelece o artigo 2371.º do respectivo Código Civil⁽⁴²⁾:

éste, por el accionista que elijan en cada caso los socios asistentes a la reunión.

2. El Presidente estará asistido por un Secretario, designado también por los estatutos o por los accionistas asistentes a la junta».

Este regime não é expressamente alterado pela lei 26/3003, de 17 de Julho de 2003, modificadora da lei 24/1988 do Mercado de Valores, nem pelo *Código Unificado de Buen Gobierno Corporativo* aprovado em 19 de Maio de 2006.

⁽⁴¹⁾ Uma vez mais a tradução é nossa. A versão original é a seguinte: «*Les assemblées d'actionnaires sont présidées par le président du conseil d'administration ou du conseil de surveillance, selon le cas, ou, en son absence, par la personne prévue par les statuts. A défaut, l'assemblée élit elle-même son président.*

En cas de convocation par les commissaires aux comptes, par un mandataire de justice ou par les liquidateurs, l'assemblée est présidée par celui ou par l'un de ceux qui l'ont convoquée». A Lei de *Sécurité Financière* de 2003 deixaria esta matéria intocada.

⁽⁴²⁾ Tornamos a proceder à tradução. Em italiano pode ler-se o seguinte: «*L'assemblea è presieduta dalla persona indicata nell'atto costitutivo o, in mancanza, da quella designata dagli intervenuti. Il presidente è assistito da un segretario designato nello stesso modo.*

L'assistenza del segretario non è necessaria quando il verbale dell'assemblea è redatto da un notaio».

A assembleia é presidida pela pessoa indicada no acto constitutivo ou, na sua falta, por aquela designada pelos intervenientes. O presidente é assistido por um secretário designado do mesmo modo.

(...)

Não encontramos neste diploma quaisquer regras que especificamente viessem definir pressupostos formais de independência e de incompatibilidade do presidente da mesa da assembleia geral⁽⁴³⁾.

Já a *Aktiengesetz* alemã nada diz acerca da pessoa do presidente da mesa da assembleia geral. Não obstante, a prática estatutária vai normalmente no sentido de eleger como presidente da assembleia geral um membro do *Aufsichtsrat*. Trata-se, todavia, de uma função adicional atribuída a esse membro e não de uma função decorrente da sua participação no órgão de vigilância ou fiscalização. Não existem, portanto, também na lei alemã sobre sociedades anónimas, disposições específicas destinadas a consagrar pressupostos ou requisitos formais de independência do presidente da mesa da assembleia geral. Não obstante, a sua função é identificada claramente com a necessidade de proceder a uma adequada e justa resolução dos problemas ou assuntos suscitados por ocasião das assembleias gerais⁽⁴⁴⁾.

⁽⁴³⁾ Num panorama no qual não interfere o *Codice di Autodisciplina*, da responsabilidade do Comité para a *Corporate Governance*.

⁽⁴⁴⁾ Sobre tudo isto pode ver-se, *colorandi causa*, UWE HÜFFER, *Aktiengesetz*, 7.^a edição, Munique, 2006, comentário ao § 119, n.ºs 18 e 19, 684 e 685. Convém notar a circunstância de o *Deutscher Corporate Governance Kodex*, com a redacção de 14 de Junho de 2007, apesar de conter um conjunto de disposições relativas à assembleia geral, não contemplar nada de relevante neste específico ponto. Sublinhe-se, também, a circunstância de, segundo os respectivos estatutos, a própria *Deutsche Börse AG* ter como presidente da mesa um membro do *Aufsichtsrat*. Note-se que esta prática leva a que o presidente da mesa seja sempre alguém que cumpre os critérios necessários para ser membro do *Aufsichtsrat*. Para uma análise de conjunto acerca da constituição, organização, funções e tarefas do *Aufsichtsrat* v., por exemplo, DIETERICH HOFFMANN e PETER PREU, *Der Aufsichtsrat*, 5.^a edição. Munique, 2003. Cfr., também, e de entre a variedade de estudos com relevância nesta matéria, *colorandi causa*, LUTTER, *Defizite für eine effiziente Aufsichtsratsstätigkeit und gesetzlich Möglichkeiten der Verbesserung*, in *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, 1995, 159, 287 e ss.; e RAISER, *Pflichten und Ermessen von Aufsichtsratsmitgliedern*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1996, 552 a 554. V., por último, o que nós próprios escrevemos a propósito deste órgão em *Os limites à pluriocupação...*, 57 e ss..

§ 4 — A questão em análise

4. 1. O problema das incompatibilidades estabelecidas pelo artigo 414.º-A e das garantias de independência constantes do artigo 414.º: seu sentido e alcance face à independência estabelecida pelo estatuto da Ordem dos Advogados

I — Antes da entrada em vigor da alteração do Código das Sociedades Comerciais, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 76-A/2006, o Código das Sociedades Comerciais não continha, à semelhança dos regimes jurídicos agora analisados no parágrafo precedente, qualquer regra estabelecendo requisitos formais de independência dos membros da mesa da assembleia geral. E continua a não os ter relativamente à generalidade das sociedades. Isso apenas não sucede a propósito das sociedades emitentes de valores mobiliários em mercado regulamentado e «grandes sociedades anónimas».

Na sua anterior redacção, o artigo 374.º limitava-se a estabelecer ser a mesa, pelo menos, constituída por um presidente e um secretário, podendo o contrato determinar que o presidente, o vice-presidente e os secretários da mesa da assembleia geral fossem eleitos por esta, por período não superior a quatro anos, de entre accionistas ou outras pessoas. No silêncio do contrato, e sempre de acordo com o preceito em referência, na falta das pessoas eleitas, ou no caso de não comparência destas, servia, primeiro, de presidente da mesa da assembleia geral o presidente do conselho fiscal ou do conselho geral e de secretário um accionista presente, escolhido por aquele; depois, e na falta ou não comparência do presidente do conselho fiscal ou do conselho geral, presidia um accionista por ordem do número de acções de que sejam titulares; em igualdade atendia-se à maior antiguidade como accionista e à idade.

Perante este esquema tornou-se prática mais ou menos divulgada, num fenómeno de resto com raízes seculares, serem os presidentes das mesas das assembleias gerais advogados que, de uma forma ou de outra, prestavam serviços às respectivas sociedades.

II — A solução directa e imediatamente decorrente do artigo 374.º do Código das Sociedades Comerciais, na versão ante-

rior à reforma de 2006, quanto às regras de processamento da eleição ou escolha do presidente da mesa da assembleia geral não seria tocada por esta reforma. Na verdade, o artigo 374.º do Código das Sociedades Comerciais actualmente em vigor foi apenas objecto de algumas alterações destinadas a contemplar os novos modelos de governo societário, passando a dispor:

1. A mesa da assembleia geral é constituída, pelo menos, por um presidente e um secretário.

2. O contrato de sociedade pode determinar que o presidente, o vice-presidente e os secretários da mesa da assembleia geral sejam eleitos por esta, por período não superior a quatro anos, de entre accionistas ou outras pessoas.

3. No silêncio do contrato, na falta de pessoas eleitas nos termos do número anterior ou no caso de não comparência destas, serve de presidente da mesa da assembleia geral o presidente do conselho fiscal, da comissão de auditoria ou do conselho geral e de supervisão e de secretário um accionista presente, escolhido por aquele.

4. Na falta ou não comparência do presidente do conselho fiscal, da comissão de auditoria ou do conselho geral e de supervisão, preside à assembleia geral um accionista, por ordem do número de acções de que sejam titulares; caso se verifique igualdade de número de acções, deve atender-se, sucessivamente, à maior antiguidade como accionista e à idade.

Não obstante, o legislador de 2006 viria a incluir, no Código das Sociedades Comerciais, um novo artigo 374.º-A, sob a epígrafe «*Independência dos membros da assembleia geral*» onde se subordinaria, com as necessárias adaptações, os membros da mesa da assembleia geral das sociedades emitentes de valores mobiliários admitidos à negociação em mercado regulamentado e das «grandes sociedades» aos requisitos de independência do artigo 414.º/5 e ao regime de incompatibilidades previsto no artigo 414.º-A/1.

A questão que se coloca é, pois, como vimos, a de saber se este preceito — aliás não constante do projecto de articulado das alterações ao Código das Sociedades Comerciais⁽⁴⁵⁾ — é de molde

⁽⁴⁵⁾ Este texto está disponível em <http://www.cmvm.pt/NR/rdonlyres/9A6DF665-B529-426E-B266-75E08A225352/5703/proposta_articulado_csc.pdf>.

a impedir um advogado, que seja sócio de uma firma que preste serviços à sociedade, de ser membro ou de presidir à respectiva assembleia geral? Uma resposta a esta interrogação obriga à determinação do respectivo sentido e alcance, sendo certo que esse será, também, o resultado da consideração do sentido e alcance normativos dos próprios artigos 414.º e 414.º-A do Código das Sociedades Comerciais para onde remete.

III — Uma primeira achega no sentido da determinação do alcance do artigo 374.º-A do Código das Sociedades Comerciais obtém-se a partir da sua própria consideração. Ao sujeitar a figura dos membros da mesa da assembleia geral aos artigos 414.º e 414.º-A do Código das Sociedades Comerciais o pretendido foi ajudar o intérprete-aplicador, por um lado, na determinação das situações nas quais aqueles se podem considerar independentes e concomitantemente, por outro, as conjunturas de falta de independência⁽⁴⁶⁾. A consideração dos artigos 414.º e 414.º-A é, por si só, também disso mesmo confirmadora. Na verdade, no seu próprio âmbito de aplicação directa, o objectivo dos artigos 414.º e 414.º-A do Código das Sociedades Comerciais é o de ajudar a assegurar a independência das entidades a que se reportam. Isto é particularmente assim para a primeira das duas regras, mas é-o⁽⁴⁷⁾, igualmente, e em grande medida, para a segunda. De facto, mesmo no que toca às incompatibilidades estabelecidas no artigo 414.º-A a sua razão de ser é — porventura com uma ou outra excepção em que se descubrem outras *rationes* alternativas ou simultâneas — a de estabelecer determinados requisitos e condições formais de

⁽⁴⁶⁾ Mas isto, por si só, levanta um outro problema: qual a razão pela qual a lei não estendeu os mesmos requisitos a todas as assembleias gerais? Serão admissíveis, noutras sociedades não emitentes de valores mobiliários em mercados regulamentados ou insusceptíveis de se enquadrarem no conceito de «grandes sociedades», presidentes não independentes? Ou presidentes ou membros das mesas «dependentes»? A interrogação torna pertinente a questão que consiste em saber se o regime imposto pelo artigo 374.º-A não deverá ser de aplicar por analogia a outras sociedades. Contra parece, todavia, depor, desde logo o regime expressamente previsto para a presidência das sociedades por quotas.

⁽⁴⁷⁾ Mas importa notar desde já um fenómeno da maior importância e sobre o qual teremos oportunidade de insistir mais adiante com outro pormenor. O artigo 414.º/1/5 não vem, ao contrário do que tem sido entendido, fixar situações de falta de independência mas, isso sim, casos nos quais essa independência se presume.

independência e de não permeabilidade a interesses diversos daqueles que devem legalmente ser tomados em consideração. No caso concreto do artigo 414.º-A/1/e) não há mesmo qualquer dúvida a este respeito. O sentido por ele visado é, de forma absolutamente incontrovertida, o acabado agora de referir.

IV — Mas, sendo este o alcance dos artigos 414.º e 414.º-A [e especificamente do n.º 1/e)], também se dirá ser ele apenas esse. Dito de outra forma: por força dos artigos 414.º e 414.º-A, e da remissão para eles feita pelo artigo 374.º do Código das Sociedades Comerciais, o que se consegue é uma independência formal, e apenas uma independência formal, dos titulares dos órgãos visados⁽⁴⁸⁾. Os preceitos agora em referência não condicionam de modo algum o efectivo comportamento das pessoas por eles abrangidos — e nomeadamente do presidente da mesa.

Neste quadro, e tendo em vista a questão específica que nos ocupa, reveste-se da maior importância a consideração do disposto no artigo 76.º/1 do Estatuto da Ordem dos Advogados, aprovado pela Lei n.º 15/2005, de 26 de Janeiro. Na verdade, neste preceito estabelece-se a obrigatoriedade de os advogados exercerem os interesses que lhes são confiados com plena autonomia técnica e de forma isenta, independente e responsável. O sentido desta norma vai bastante para além daquele que é conseguido pelos artigos 374.º-A, 414.º e 414.º/1/e) do Código das Sociedades Comerciais. Através

⁽⁴⁸⁾ Com a agravante sublinhada por GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, *A fiscalização societária...*, in *Reformas...*, 302 e 303, de os inconvenientes do esquema de independência consagrado pelo Código das Sociedades Comerciais, no artigo 414.º, poder, se não for devidamente interpretado, conduzir precisamente ao efeito bem diverso do pretendido. Na verdade, ele mostra-se susceptível de originar a perversa consequência da captura da sociedade pelos membros independentes dos órgãos de fiscalização ou da mesa da assembleia, tornados verdadeiros profissionais da independência. Para evitar este resultado terão as sociedades de ir buscar pessoas tão distantes da vida societária que se corre o risco de ir procurar, segundas linhas ou escolhas, para descobrir pessoas independentes mas insusceptíveis, em circunstâncias normais, de integrarem quaisquer órgãos sociais, quer em virtude das respectivas características e competências pessoais, quer em virtude do seu alheamento, não apenas, da concreta sociedade comercial mas da vida societária em geral. É o propósito de evitar situações deste tipo que tem, aliás, levado o legislador alemão a evitar um excesso de rigidez na formulação de determinado tipo de incompatibilidades dos membros do *Aufsichtsrat*. Veja-se, a este respeito, por todos, quanto escrevemos no nosso *Os limites à pluriocupação...*, 58 e ss..

destes, sublinhe-se novamente, procura-se alcançar uma independência formal dos titulares de certos cargos, afastando-se a possibilidade de eleição de um conjunto de pessoas relativamente às quais se formula uma suspeição ou deixa de se presumir a independência. O artigo 76.º/1 do Estatuto da Ordem dos Advogados busca e impõe muito mais do que uma independência formal. Ele determina uma independência substantiva ao nível do próprio comportamento dos sujeitos visados que não se podem deste modo bastar com formas. Dir-se-ia, portanto, que o artigo 76.º/1 do Estatuto da Ordem dos Advogados — em si mesmo direito especial relativamente ao regime estritamente societário — prevalece completamente sobre os artigos 374.º-A, 414.º e 414.º-A/1/e), consumindo-os em si mesmo e impondo algo que vai para além do conseguido por estes preceitos⁽⁴⁹⁾.

V — Conclua-se pois: do ponto de vista normativo pareceria não ser possível considerar-se dependente, ou não independente, por força da aplicação dos artigos 374.º-A, 414.º e 414.º-A/1/e) do Código das Sociedades Comerciais, o sócio de uma firma de advogados que presta serviço a uma sociedade anónima. A obrigação de actuação independente, imposta por lei aos advogados, é em si mesma conflituante e oposta à de comportamento subordinado à influência de uma qualquer entidade externa. Passa-se, aqui, algo de semelhante ao que se viu suceder com os exemplos, mencionados no parágrafo segundo, de PERELMAN a propósito da não aplicação da proibição abstracta de circulação de veículos a certas circunstâncias ou situações, atentas as especificidades do caso. Também na hipótese agora por nós debatida, aquela que parece ser uma proibição abstracta e geral se dirá, atentas as particularidades do caso e regras do ordenamento jurídico *in casu* concitadas (invocar-se-ia aqui o elemento sistemático da interpretação-aplicação do Direito), ser objecto de uma acrítica e imponderada aplicação à hipótese especial posta pela situação dos advogados, atento o teor da imposição constante do respectivo Estatuto. Em função da espe-

⁽⁴⁹⁾ Acerca da questão relativa aos concursos de normas v., *colorandi causa*, e por último JOSÉ ANTÓNIO VELOSO, *Concurso e conflito de normas*, separata de *Direito e Justiça*, 2003, XVIII.

cificidade da posição do advogado, das obrigações sobre ele pendentes — e pendentes a um nível não puramente formal mas, mais do que isso, do próprio comportamento substancial a adoptar — e da fiscalização que a Ordem dos Advogados deve exercer acerca do respectivo cumprimento não se afiguraria, de um ponto de vista normativo, e numa metodologia jurídica adequada, possível equiparar, para efeitos de aplicação do artigo 414.º/5 e do artigo 414.º/1/e) do Código das Sociedades Comerciais, a situação de um advogado à de alguém que preenche os requisitos do primeiro dos dois preceitos ou daquele que presta serviços à sociedade ao abrigo de uma qualquer prestação de serviços ou relação comercial a que se refere a segunda das normas agora em referência.

VI — Contra o raciocínio agora expresso invocar-se-á a circunstância de os próprios revisores de contas se encontrarem, também eles, sujeitos a deveres de independência funcional, em resultado do particular regime para eles decorrente do Estatuto da Ordem dos revisores oficiais de contas (cfr. o respectivo artigo 44.º). Como, quanto a estes, o Código das Sociedades Comerciais é bem claro ao declarar serem-lhes aplicáveis os artigos 414.º/5 e 414.º/A/1/e) ficaria comprometida a posição anteriormente expressa: a regra da independência funcional dos advogados não levaria a presumi-los sempre independentes, com desconsideração — relativamente a eles — do disposto nos artigos do Código das Sociedades Comerciais em análise pela razão simples de idêntica independência dos revisores oficiais de contas não os eximir à aplicação os artigos 414.º/5 e 414.º/A/1/e). Tudo visto, pareceria ser propósito da lei estabelecer simultaneamente o dever de independência funcional dos revisores oficiais de contas e a sua sujeição complementar a certos requisitos formais, destarte, não subsumidos pela obrigação de actuação isenta, de independência assim como de incompatibilidade. Tudo, num cenário aplicável *mutatis mutandis* aos advogados e, nomeadamente, a quantos desempenhem funções na mesa da assembleia geral.

Não obstante o carácter aparentemente imbatível do raciocínio acabado de expor há alguns aspectos adicionais a deverem ser tidos em consideração.

VII — Desde logo, se é certo estabelecer o estatuto dos revisores oficiais de contas uma independência funcional destes, também é verdade ser esse mesmo estatuto a declarar estarem sujeitos ao complexo de poderes e deveres atribuídos aos restantes membros do órgão interno de fiscalização das empresas ou de outras entidades ou ao próprio órgão (artigo 43.º), num passo sem paralelo no respeitante aos advogados. Dir-se-á não ser essa circunstância, por si só, suficiente para afastar a aplicação do artigo 414.º-A aos advogados membros do conselho fiscal e, portanto, insuficiente também para a arredar quando eles exerçam funções de membros da mesa. Parece-nos, porém, ter o artigo agora em referência um alcance bem claro: impedir a eleição daqueles que, de modo directo ou indirecto, prestem serviços ou estabeleçam relação comercial significativa com a sociedade ou com entidade com esta em relação de domínio ou de grupo. E a este respeito, insista-se, em função da especificidade da posição do advogado, das obrigações sobre ele pendentes e da fiscalização que a Ordem dos Advogados deve exercer acerca do respectivo cumprimento, não é, de um ponto de vista normativo, e numa metodologia jurídica correcta, possível comparar, para efeitos de aplicação do artigo 414.º /1/e) do Código das Sociedades Comerciais, a situação do advogado que presta serviços jurídicos à sociedade a uma qualquer prestação de serviços ou relação comercial a que se refere aquele preceito. Para serem causa de incompatibilidade, para o advogado, os serviços ou relações comerciais por ele prestados terão de ser de natureza diversa dos realizados pelo advogado nessa sua qualidade, pois estes, pelas suas características e regime próprio, apresentam uma configuração particular não assimilável aos demais serviços e relações comerciais.

Perguntar-se-á, todavia, em que medida este entendimento pode ser acolhido, confortado ou ao invés contraditado pelo regime próprio ao qual se encontram sujeitos os revisores oficiais de contas⁽⁵⁰⁾?

O artigo 78.º do Estatuto dos Revisores Oficiais de Contas apenas considera causa de incompatibilidade a prestação de servi-

(50) Esta questão coloca-se, recorde-se, por eles próprios também estarem legalmente numa situação de independência.

ços susceptíveis de colocarem em causa a independência profissional. O Estatuto dos Revisores constitui lei especial relativamente ao Código das Sociedades Comerciais. Por isso, poder-se-ia dizer prevalecer sobre este. O que significaria, ao fim e ao cabo, verificar-se relativamente aos revisores oficiais de contas algo de muito parecido com quanto resulta da aceitação de que a consagração legal da independência funcional dos advogados leva a considerar não valer sem mais, quanto a eles, e em razão da mera prestação de serviços de advocacia, o disposto no artigo 414.º-A/1/e). Na verdade, do funcionamento conjugado do artigo 49.º (onde se consagra a mencionada independência) e do artigo 78.º/1/c) (incompatibilidades relativas) ambos do Estatuto dos Revisores resultaria, afinal, só serem causa de impedimento as relações, sejam elas quais forem, donde resulte uma efectiva colocação em causa da sua independência⁽⁵¹⁾.

Sucedo, porém, que o Estatuto dos Revisores Oficiais de Contas foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 487/99, de 16 de Novembro, e rectificado pela Declaração de Rectificação n.º 4-A/2000, de 31 de Janeiro. Ele é, portanto, anterior ao artigo 414.º/1/e) do Código das Sociedades Comerciais. Na versão prévia à reforma de 2006, o Código das Sociedades Comerciais determinava, tão-só, no seu artigo 414.º/3/e), sob a epígrafe *Incompatibilidades e Requisitos*, não poderem ser eleitos ou designados membros do conselho fiscal ou fiscal único os prestadores de serviços remunerados com carácter permanente à sociedade fiscalizada ou sociedade que com esta se encontre em relação de domínio ou de grupo. A regra do artigo 414.º-A/1/e) do Código das Sociedades Comerciais é, agora, claramente mais exigente, não só relativamente a quanto se estipulava nesse mesmo diploma, mas também no concernente à norma do

(51) Note-se estabelecer o artigo 79.º dos Estatutos como motivo de incompatibilidade não a prestação de serviços remunerados susceptíveis de afectarem a independência, mas apenas aqueles que «(...) *ponham em causa a sua independência profissional*». Sublinhe-se, ainda, o facto de o Estatuto conter uma disposição consagrando um princípio geral por força da qual a profissão de revisor oficial de contas é incompatível com qualquer outra que possa implicar a diminuição da independência, do prestígio ou da dignidade da mesma ou ofenda outros princípios de ética e deontologia profissional e mesmo assim, apenas, apontar como causa de incompatibilidade a prestação de serviço remunerado que efectivamente envolva a perda de independência.

artigo 78.º/1/c) do Estatuto dos Revisores Oficiais de Contas. E de tal forma que se poderia mesmo sustentar ter vindo a nova redacção do artigo 414.º-A/1/e) revogar, tacitamente, o artigo 78.º/1/c) do Estatuto. Semelhante entendimento pode, porém, ser contraditado. Bastaria reconhecer a diversidade da posição do revisor oficial de contas no confronto com outros sujeitos ao disposto no artigo 414.º-A/1/e) para se dever concluir no sentido segundo o qual a densificação do conceito geral e indeterminado «*significativa*» não pode ser igual para todos eles. E essa diversidade poderia mesmo passar pela aceitação segundo a qual, atenta a independência legal deste, só seria significativa a prestação de serviço ou a relação comercial estabelecida entre a sociedade e o revisor oficial de contas, que nos termos do artigo 78.º/1/c) do respectivo Estatuto colocarem em causa a independência profissional. Situação que se não presumiria, tendo antes de ser demonstrada⁽⁵²⁾. Não nos detemos, porém, por não interessar verdadeiramente ao nosso problema, de forma pormenorizada, na viabilidade deste entendimento. A nós interessa-nos, sobretudo, focar um outro aspecto até aqui não referido. É que há uma diferença fundamental entre a independência funcional do revisor oficial de contas e a independência do advogado. A primeira é imposta no exercício da própria profissão enquanto membro fiscalizador da sociedade, sendo acompanhada de um conjunto de regras destinadas a reforçá-la ou apoiá-la. A segunda, a do advogado, é devida em toda e qualquer actuação por este realizada. Ela cobrirá, portanto, a actuação do advogado não apenas enquanto membro da mesa da sociedade ou titular de um órgão desta — na medida em que o desempenho destas funções esteja associado à sua qualidade profissional — mas, também, a sua própria actuação como prestador de outros serviços de advocacia ao ente colectivo. Tem, pois, aqui acrescido cabi-

(52) Mesmo assim veja-se o estabelecido no artigo 3.º do Código de Ética e Deontologia Profissional dos Revisores Oficiais de Contas, publicado no *Diário da República*, III Série, n.º 297, de 26 de Dezembro de 2001, onde se estabelece o dever de estes recusarem qualquer trabalho que, por qualquer motivo, possa diminuir a sua liberdade de julgamento ou suscitar dúvidas a terceiros sobre a sua independência profissional, sendo que nos n.ºs 3 e 4 do preceito se estabelecem justamente presunções de diminuição da referida liberdade de julgamento ou dúvida por parte de terceiros quanto à independência do revisor oficial de contas.

mento a afirmação segundo a qual a prestação de serviços do advogado à sociedade não pode ser, sem mais, e para efeitos de aplicação do artigo 414.º/A/e) do Código das Sociedades Comerciais, equiparável a qualquer outra. Ignorar este aspecto é voltar à ultrapassada pressuposição segundo a qual seria a lei e o seu texto a fornecer o *prius* ou ponto de partida no processo de interpretação e realização do Direito. De tal forma que o seu sentido seria obtido com desconsideração do caso ao qual se aplica, destarte, com um alcance, inferido de forma puramente geral e abstracta, capaz de abranger toda e qualquer situação de vida nele supostamente enquadrável, na sua qualidade de mero e puro objecto signifiante. As doutrinas e orientações de ponta em sede de interpretação (compreensão)-aplicação do Direito demonstraram, todavia, e ao invés, como vimos, encontrar-se, justamente, o *prius* metodológico, no próprio caso, com as suas especificidades e particularidades próprias. Conforme refere CASTANHEIRA NEVES, a interpretação jurídica só será entendida em termos metodologicamente correctos se for vista como a determinação normativo-pragmaticamente adequada de um critério jurídico do sistema de Direito vigente para a solução do caso decidendo⁽⁵³⁾.

O supremo mandamento da ideia de Direito e da Justiça é o da realização do princípio da igualdade^(54/55). Por força daquele mandamento e deste princípio deve o intérprete-aplicador tratar de modo igual aquilo que é igual, mas de modo diferente o que é diverso. Por isso mesmo, só realizará a ideia de Direito aquele que proceda, não a uma aplicação indiscriminada do artigo 414.º/1/e)

⁽⁵³⁾ CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia...*, 142 e ss., e em termos de se dizer, sem se converter metodologicamente o pensamento jurídico numa casuística — pois o problema concreto não deixa de convocar o sistema de normatividade que pressupõe (na respectiva qualidade de problema jurídico de uma dada ordem jurídica), de resto intencionado pela mediação da norma — que a normatividade da norma é ela própria função da concreta problematidade jurídica do caso que a solicita.

⁽⁵⁴⁾ Assim v., por exemplo, CANARIS, *Die Feststellung von Lücken im Gesetz. Eine methodologische Studie über Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung* praeter legem, 2.ª edição, Berlim, 1983, 183; e CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia...*, 276.

⁽⁵⁵⁾ A respeito deste princípio v., *colorandi causa*, entre nós, MARTIM DE ALBUQUERQUE, *Da igualdade. Introdução à jurisprudência*, com a colaboração de EDUARDO VERA-CRUZ PINTO, Coimbra, 1993.

do Código das Sociedades Comerciais a todas e quaisquer prestações e relações estabelecidas com a sociedade, mas tenha, isso sim, em consideração a sua diversidade. Nestes termos, insista-se, a particularidade própria da prestação de serviços de advocacia deve conduzir à conclusão segundo a qual eles não são, por si só, motivos de incompatibilidade. Ela apenas existirá quando as suas particularidades concretas e específicas possam de facto condicionar a independência do advogado que, nessa sua qualidade profissional, seja simultaneamente órgão independente de uma sociedade comercial. Sendo que a perda de independência, atento o regime legal próprio a que se encontra sujeito o advogado, não se presume pela simples circunstância de existir uma prestação de serviços de advocacia. É necessária a demonstração de circunstâncias concomitantes disso mesmo indiciadoras.

VIII — Diga-se, finalmente, como mesmo a não ser como defendemos, o que se refere sem conceder, e a entender-se dever aplicar-se sem mais a incompatibilidade do artigo 414.º/A/1/e) pela simples circunstância de um advogado prestar serviços jurídicos a uma sociedade sendo também membro de um órgão ao qual se aplica o preceito em referência, sempre esses serviços jurídicos seriam, não quaisquer uns, mas apenas, e de acordo com o artigo, os que se assumam como significativos.

IX — Resolvida a questão colocada pelo artigo 414.º/A/1/e) do Código das Sociedades Comerciais importa, agora, saber qual o alcance do artigo 414.º/5 e em que medida pode ele condicionar ou impedir um advogado que se encontre nalguma das condições mencionadas nas suas duas alíneas de exercer funções na mesa da assembleia geral⁽⁵⁶⁾. Uma resposta adequada a esta interrogação obriga a ter bem presente quanto dispõe o preceito agora em análise. É o seguinte, lembre-se, o seu teor:

Considera-se independente a pessoa que não esteja associada a qualquer grupo de interesses específicos na sociedade nem se encontre

⁽⁵⁶⁾ Sendo que quanto dissermos a este respeito valerá também, *mutatis mutandis*, para o conselho fiscal.

em alguma circunstância susceptível de afectar a sua isenção de análise ou de decisão, nomeadamente em virtude de:

- a) Ser titular ou actuar em nome ou por conta de titulares de participação qualificada igual ou superior a 2% do capital social da sociedade;
 - b) Ter sido reeleita por mais de dois mandatos, de forma contínua ou intercalada.
- (...)

X — Se bem se atentar na disposição acabada de transcrever verifica-se ser o seu alcance reduzido. Na verdade, ela não vem estabelecer, contra quanto tem sido pretendido e sustentado, quem não deve ser considerado independente mas, sim, e com meridiana clareza⁽⁵⁷⁾, quem pode ser considerado independente⁽⁵⁸⁾. Com efeito, o preceito agora em questão (limita-se a) enuncia(r) *ipsis*

⁽⁵⁷⁾ A expressão usada é «*considera-se independente*».

⁽⁵⁸⁾ Não nos parece, pois, de subscrever a posição de quantos têm sustentado (assim, *colorandi causa*, GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, *A fiscalização...*, in *Reformas...*, 288 e 289, 304 e ss.) estabelecer o artigo 414.º/5 causas de perda da independência. É, de facto, muito diversa a norma contida, por um lado, no artigo 414.º/5 do Código das Sociedades Comerciais e a constante, por outro, do artigo 1.º/2/a) do regulamento 7/2001 da CMVM. Neste estabelece-se claramente que, para efeitos da sua aplicação, não são considerados administradores executivos independentes os que estejam associados a quaisquer grupos de interesses específicos na sociedade ou que se encontrem nalguma circunstância susceptível de afectar a sua isenção de análise e de decisão, estando nessa categoria, nomeadamente, os que sejam titulares, exerçam funções de administração, tenham vínculo contratual ou actuem em nome ou por conta de titulares de participação qualificada igual ou superior a 10% do capital social ou dos direitos de voto na sociedade, ou de idêntica percentagem em sociedade que sobre aquela exerça domínio, nos termos do disposto no Código dos Valores Mobiliários ou os membros do órgão de administração que sejam titulares, exerçam funções de administração, tenham vínculo contratual ou actuem em nome ou por conta de titulares de participação qualificada igual ou superior a 10% do capital social ou dos direitos de voto na sociedade concorrente. É não apenas a redacção a mostrar-se diferente mas as próprias percentagens referidas nas duas normas a revelarem-se completamente distintas. Atenta esta circunstância e a aparente incompatibilidade existente, neste aspecto, entre o artigo 414.º/5 do Código das Sociedades Comerciais e o artigo 1.º/2/a) do regulamento 7/2001 da CMVM (não apenas no que às valorações diz respeito mas concretamente quando em causa estejam os membros da comissão de auditoria, simultaneamente fiscalizadores e administradores). GABRIELA FIGUEIREDO DIAS defende a revogação tácita deste último pelo primeiro. Procedendo-se a uma interpretação-compreensão-aplicação do artigo 414.º/5 nos moldes por nós defendidos pode e deve-se perfeitamente considerar em vigor o disposto no regulamento quanto aos requisitos de independência dos administradores.

verbis um conjunto de circunstâncias cuja verificação permite considerar ou presumir, de forma de resto elidível, que certas pessoas por elas abrangidas são independentes. Ele não nos diz, em lado algum, determinar a não verificação dessas mesmas circunstâncias uma situação de falta de independência. Perguntar-se-á se não é, todavia, possível, através de um raciocínio *a contrario* a partir do artigo 414.º/5 do Código das Sociedades Comerciais, assentar-se nas situações consideradas como de independência para se chegar àquelas que devem ser consideradas como de falta de independência. A resposta afigura-se-nos claramente negativa⁽⁵⁹⁾. Mesmo sem considerar a posição de quem, como KELSEN⁽⁶⁰⁾, julga o argumento *a contrario* totalmente desprovido de valor, por não existir qualquer critério susceptível de permitir optar entre ele e a analogia. Na verdade, aceitando a operacionalidade deste esquema de raciocínio, a improcedência ou inviabilidade, no nosso caso específico, de recurso ao argumento *a contrario* parece impor-se claramente por a sua utilização depender, de acordo com a orientação tradicional, da presença de uma norma excepcional⁽⁶¹⁾. Ora, no caso em apreço, e não obstante todas as dificuldades causadas pela determinação da excepcionalidade, ou não, de uma norma, facilmente se constata não ser a afirmação ou presunção de independência de quantos se encontram nas condições referidas nas duas alíneas do artigo 414.º/5 do Código das Sociedades Comerciais algo de excepcional. De facto não é, de modo algum, sustentável a afirmação segundo a qual a independência é excepcional e a dependência a regra⁽⁶²⁾. Dir-se-á ser mesmo o contrário.

⁽⁵⁹⁾ Além disso, mesmo quando fosse positiva, parece-nos claro que o artigo 414.º/5 do Código das Sociedades Comerciais só viria estabelecer uma presunção de falta de independência e não uma desqualificação inelidível.

⁽⁶⁰⁾ KELSEN, *Teoria pura do direito*, 4.ª edição, tradução de BAPTISTA MACHADO, Coimbra, 1976, 468.

⁽⁶¹⁾ Assim cfr., a título meramente exemplificativo, OLIVEIRA ASCENSÃO, *O direito. Introdução e teoria geral*, 13.ª edição refundida, Coimbra, 2005, 471 e 472, sublinhando mesmo assim a circunstância de o argumento lógico, compreendido na interpretação enunciativa, *a contrario* em certos casos não ser sequer susceptível de funcionamento perante regras excepcionais; e ELSA SEQUEIRA SANTOS, *Analogia e tipicidade em Direitos Reais*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, 2003, IV, 477.

⁽⁶²⁾ Se se preferir que o cumprimento rigoroso dos princípios, regras e deveres a

Numa perspectiva normativa da interpretação(compreensão)-aplicação do Direito orientado para a busca de soluções justas e normativamente adequadas para os concretos casos decididos a aceitação segundo a qual o artigo 415.º/5 do Código das Sociedades Comerciais se limita a consagrar uma presunção de independência, não contendo qualquer regra de desqualificação, é também a mais adequada⁽⁶³⁾. Na verdade, num fenómeno patente para o qual a nossa Doutrina chamou quase de imediato a atenção, uma interpretação excessivamente rigorosa das regras relativas à independência dos órgãos sociais de certas sociedades comerciais pode conduzir a uma perversão extremamente funesta e perigosa: a sujeição e captura da sociedade pelos membros «independentes» tornados verdadeiros profissionais da «independência» ou, quando se pretenda evitar este resultado, a condenação do ente colectivo a servir-se de segundas linhas ou escolhas, excessivamente distantes da vida societária não apenas da concreta instituição na qual desempenham funções mas em geral e, quanto mais não seja apenas por isso mesmo, sem qualquer aptidão para o desempenho das funções que lhes são atribuídas⁽⁶⁴⁾.

que uma determinada pessoa se encontra sujeita e a aptidão, vocação e tendência para tal seja excepcional e o seu incumprimento a regra.

(63) Dir-se-á que, por si só, a circunstância de a lei afirmar que certas pessoas se consideram independentes, em vez de dizer claramente quem é dependente, não é decisiva para considerarmos haver aqui uma mera presunção de independência e não de dependência. Atenta a perspectiva normativa do processo interpretativo em que, como resulta do que escrevemos antes acerca do problema metodológico da interpretação, nos colocamos, diremos não podermos estar mais de acordo. Mas deve acrescentar-se o seguinte: isso seria também assim na hipótese contrária. Mesmo que a fonte a interpretar estabelecesse que se consideravam como dependentes as pessoas que se encontram em determinadas situações isso não seria suficiente, por si só, e numa perspectiva metodológica adequada do processo de interpretação(compreensão)-aplicação do Direito, para se determinar qual o sentido da presunção. Depois de quanto escrevemos, facilmente se compreenderá não podermos aceitar que tudo passaria afinal pela mera consideração da letra da lei (com interesse pode ver-se PEDRO FERREIRA MÚRIAS, *Por uma distribuição fundamentada do ónus da prova*, Lisboa, 2000).

(64) GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, *A fiscalização societária...*, in *Reformas...*, 303 e 304. Mas outros argumentos se poderiam ainda adicionar ao expresso no texto, para, numa perspectiva e compreensão metodológica adequada do problema da interpretação(compreensão)-aplicação do Direito, em conjunto com o sentido da letra da lei e os demais motivos referidos *supra* neste nosso trabalho, justificar o entendimento do artigo 414.º-A do Código das Sociedades Comerciais como uma norma da qual se extrai

XI — O sentido por nós aqui proposto para o artigo 414.º/5 do Código das Sociedades Comerciais parece, aliás, impor-se com razão acrescida no caso do exercício da presidência da mesa por advogado, como resulta de tudo quanto se disse já a propósito da afirmação de independência dos advogados decorrente da lei, através do Estatuto da Ordem dos Advogados. Aliás, face a este estatuto afigura-se inclusivamente discutível — para se utilizar um eufemismo — se a verificação, ou não, das condições constantes do artigo 414.º/5/a) e b) tem, no caso dos advogados, qualquer relevância. Nos termos do artigo 76.º dos referidos Estatutos será sempre, do ponto de vista legal e jurídico, de considerar ou presumir como independente⁽⁶⁵⁾, mesmo quando no exercício ou complemento das suas funções profissionais seja chamado a intervir em órgãos de uma sociedade. A independência só não se poderia nesta perspectiva, e a esta luz, presumir, contra o disposto no artigo 414.º do Código das Sociedades Comerciais, se o desempenho das funções sociais nada tivesse a ver com o exercício das funções de advogado.

Perguntar-se-á, todavia, e a esta luz, qual o enquadramento a dar àquelas situações nas quais o membro da mesa, e concretamente o seu presidente, esteja associado a um grupo de interesses específicos ou se encontre em alguma outra circunstância susceptível, em tese, de poder eventualmente afectar a sua decisão de aná-

apenas uma presunção de independência e não uma presunção de dependência. A título meramente ilustrativo refere-se a própria liberdade de escolha da profissão ou género de trabalho, consagrada inclusivamente a nível constitucional (cfr. o artigo 47.º da CRP), e cuja circunscrição tem de ser sempre extremamente ponderada e cuidadosa — ponderação e cuidado, portanto, de que deve fazer mostras o próprio intérprete-aplicador, não se deixando aprioristicamente subjugar por raciocínios de cariz meramente formal ou lógico (como é por exemplo o argumento *a contrario* ou mesmo o mero recurso à letra da lei) e cuja consequência acaba por ser, justamente, o estabelecimento de limitações ou restrições a essa liberdade, sem quaisquer outros motivos que não sejam o próprio recurso ao formalismo usado.

(65) No sentido da inexistência de qualquer incompatibilidade entre as funções de advogado de determinada sociedade e o preenchimento de lugares na mesa da respectiva assembleia geral se tem, aliás, repetidamente pronunciado a Ordem dos Advogados. Cfr. *Deliberação do Conselho Geral da Ordem dos Advogados de 29-06-2006*; *Parecer do Conselho Geral da Ordem dos Advogados n.º E-21/04*, disponível através do endereço <http://www.oa.pt/Conteudos/Pareceres/detalhe_parecer.aspx?idc=5&idsc=158&ida=51168>; *Parecer do Conselho Geral da Ordem dos Advogados n.º E-15/05*, in <http://www.oa.pt/Conteudos/Pareceres/detalhe_parecer.aspx?idc=5&idsc=158&ida=51170>.

lise ou de decisão, nomeadamente em virtude da verificação de algum dos factos descritos no artigo 414.º/5 do Código das Sociedades Comerciais. Em hipóteses como essas, a presunção legal de independência não pode naturalmente funcionar nem tem essa pretensão. Deverá, pois, sempre que existir alguma circunstância susceptível de, em abstracto, interferir com as funções do membro da mesa ou da respectiva presidência, proceder-se à demonstração de que elas importaram, ou não, de facto, numa efectiva perda da independência do administrador de acordo com as regras gerais do ónus da prova. Valerá, todavia, aqui ainda quanto se disse já acerca do peso e importância do dever de independência pendente sobre os advogados por força do respectivo Estatuto.

XII — A prova final de que as incompatibilidades e impedimentos resultantes do funcionamento conjugado dos artigos 374.º/A, 414.º/5 e 414.º-A do Código das Sociedades Comerciais não devem nem podem ser interpretados ao pé da letra é-nos fornecida por esse próprio diploma. Senão, repare-se, no já antes por nós mencionado artigo 374.º/4 do Código das Sociedades Comerciais, ao prever não apenas a possibilidade de, verificadas certas circunstâncias particulares, um accionista exercer pontualmente as funções de presidente da mesa da assembleia geral mas, mais do que isso, ir ao ponto de determinar qual deve ser esse accionista em razão do maior número de acções por ele detido. Uma qualquer pretensão no sentido de que os artigos 374.º/A, 414.º/5 e 414.º-A conteriam uma inarredável e literal disciplina das situações em que se verificaria um impedimento para o desempenho de funções de membro da mesa teria ditado o puro e simples aniquilar da possibilidade consagrada no artigo 374.º/4 do Código das Sociedades Comerciais de o maior accionista ser chamado a ocupar esse lugar. Sendo que se houvesse qualquer pretensão de, em termos esgotantes, completamente esgotantes, se definir uma inafastável e literal disciplina, nos artigos 374.º/A, 414.º/5 e 414.º-A, de impedimento para desempenho de lugares na mesa da assembleia — e considerando a circunstância de o seu teor e redacção ter sido revisto precisamente na mesma altura e ocasião em que se procedeu à introdução no Código das Sociedades Comerciais do artigo 374.º/A —

pareceria no mínimo estranho que se não tivesse alterado ou suprimido o critério de escolha do presidente de certa assembleia geral em função da maior quantidade de acções detidas⁽⁶⁶⁾.

4. 2. A aplicação no tempo do artigo 414.º/5 do Código das Sociedades Comerciais

I — Resta-nos agora abordar a última questão mencionada no início deste estudo: aquela que se prende com o problema da aplicação no tempo do artigo 414.º/5 do Código das Sociedades Comerciais.

Partindo do pressuposto segundo o qual o artigo 414.º/5/b) contém uma causa de desqualificação⁽⁶⁷⁾, GABRIELA FIGUEIREDO DIAS defende a sua aplicação apenas a casos futuros — numa linha que advoga, aliás, ser aplicável, na generalidade, para a interpretação das regras de independência, relativamente a todo o espaço que as normas deixem para interpretação (*sic*)⁽⁶⁸⁾ — de forma a apenas serem contabilizados os mandatos cumpridos após a entrada em vigor da norma de que agora se cura.

Para alicerçar esta sua posição louva-se, em primeiro lugar, a autora no argumento segundo o qual o carácter altamente exigente e restritivo do regime da independência que a reforma do Código das Sociedades Comerciais agora oferece e nos efeitos perversos que dele podem resultar⁽⁶⁹⁾ tornam prudente uma interpretação das

⁽⁶⁶⁾ Poder-se-ia, é certo, sustentar que esse accionista não poderia ultrapassar o limiar de 2% supostamente imposto por lei. Depois de quanto dissemos já nos parecer ser o sentido desse patamar não existe qualquer razão para em concreto o substituto do presidente eleito não poder ter mais percentagem do capital da sociedade.

⁽⁶⁷⁾ Que a ser aceite não poderia nunca ser absoluta, tratando-se antes de uma simples presunção de desqualificação.

⁽⁶⁸⁾ Mas sublinhe-se, com a devida vénia e consideração: espaço para a interpretação das normas é algo que existe necessariamente e por natureza. É uma imposição da própria ontologia das mesmas e do Direito, entendido este de forma adequada e correcta.

⁽⁶⁹⁾ Esses efeitos foram já aqui sublinhados por duas vezes. Voltamos a recordá-los. Eles prendem-se com a circunstância de uma interpretação excessivamente rigorosa das regras da independência poder conduzir a um resultado oposto ao pretendido pela consagração de regras nas quais se suscita a presença de membros independentes nos órgãos sociais: a sujeição e captura da sociedade por esses mesmos membros tomados verdadei-

respectivas normas no sentido menos gravoso susceptível de ser delas extraído, na exacta medida em que elas ainda comportem uma margem para a interpretação sem corromper o seu fundamental significado e a sua mais elementar teleologia⁽⁷⁰⁾.

Em segundo lugar, em apoio deste seu entendimento, recorre GABRIELA FIGUEIREDO DIAS ao ensinamento de PAULO OLAVO CUNHA para quem os critérios de independência e as novas incompatibilidades dos membros da mesa da assembleia geral só devem considerar-se aplicáveis às designações posteriores à entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 72-A/2006.

II — Quanto ao primeiro argumento é a própria autora a afirmar a respectiva fragilidade⁽⁷¹⁾. Não a acompanhamos, porém. Já atrás o sublinhámos: numa perspectiva normativa da interpretação(compreensão)-aplicação do Direito, orientada para a busca de soluções justas e normativamente adequadas para os concretos casos decidendo, a perversão a que uma interpretação excessivamente rigorosa das regras relativas à independência dos órgãos sociais de certas sociedades comerciais pode conduzir afigura-se, não apenas, importante, mas fundamental. E isto é assim, de resto, num campo que ultrapassa a delimitação da sua aplicação no tempo para assumir relevância na própria fixação do conteúdo da norma — e no sentido por nós aqui preconizado. Quanto não nos parece, pois, de subscrever é o entendimento defendido por GABRIELA FIGUEIREDO DIAS segundo o qual o artigo 414.º/5/b) seria uma norma de desqualificação^(72/73). Na nossa

ros profissionais da independência ou, quando se pretenda evitar este resultado, a condenação do ente colectivo a servir-se de segundas linhas ou escolhas, excessivamente distantes da vida societária, não apenas da concreta instituição na qual desempenham funções mas em geral e, quanto mais não seja apenas por isso mesmo, sem qualquer aptidão para o desempenho das funções atribuídas.

⁽⁷⁰⁾ GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, *A fiscalização societária...*, in *Reformas...*, 306.

⁽⁷¹⁾ GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, *A fiscalização societária...*, in *Reformas...*, 306.

⁽⁷²⁾ GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, *A fiscalização societária...*, in *Reformas...*, 304 e ss..

⁽⁷³⁾ Mesmo se na forma de mera presunção, questão que de resto a autora não esclarece.

opinião ele limita-se, já o vimos, a estipular uma presunção de independência.

Relativamente ao entendimento expresso a este respeito por PAULO OLAVO CUNHA, e invocado por GABRIELA FIGUEIREDO DIAS — no sentido segundo o qual o regime das normas de independência e das incompatibilidades dos membros da mesa das assembleias gerais e outros órgãos sociais apenas se aplicaria a novos mandatos cujo exercício seja posterior à entrada em vigor da reforma de 2006 do Código das Sociedades Comerciais — esse não o podemos, com a devida vénia e consideração, subscrever de todo em todo. E não apenas por PAULO OLAVO CUNHA julgar ver, também ele, nessas normas hipóteses de desqualificação quando nós entendemos estar presente no artigo 414.º/5 do Código das Sociedades Comerciais uma mera presunção de independência, aliás susceptível de afastamento mediante prova em contrário. A posição do ilustre e distinto autor vai muito para além do campo de aplicação do artigo em referência, estendendo-se a todas as hipóteses para as quais se consagra uma nova exigência ao nível da independência ou incompatibilidade dos membros da mesa ou de outros órgãos societários. De acordo com este autorizado comerciante, o regime de independência e das incompatibilidades constituiria doravante uma condição de validade substancial da designação, que seria nula se efectuada em violação dessas condições⁽⁷⁴⁾. Mas não nos parece, insista-se, com a devida consideração, ser assim. Mesmo quando nos encontrássemos perante normas de desqualificação, nem por isso poderíamos considerar estar-se diante de requisitos substanciais de eleição ou escolha dos sujeitos por ela abrangidos. Basta atentar-se na possibilidade de o membro do órgão social ser independente e se encontrar numa situação de total compatibilidade vindo a perdê-la em altura posterior, em virtude de alguma causa superveniente⁽⁷⁵⁾. Nessa eventualidade ficará des-

⁽⁷⁴⁾ Assim, PAULO OLAVO CUNHA, *A aplicação no tempo da reforma de 2006 do Direito Societário português*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, 2007, I, 67, 219; Id., *Direito...*, 41 e ss..

⁽⁷⁵⁾ Pense-se, por exemplo, na hipótese de no momento da eleição, ocorrido já depois da entrada em vigor da reforma do Código das Sociedades Comerciais efectuada em 2006, não se verificar, ainda, qualquer prestação de serviço do tipo mencionado no

qualificado não podendo continuar o seu mandato. Mas isso não se deve a nenhuma exigência substancial da designação ou nomeação nem a consequência passa a ser a respectiva nulidade. Deve-se, isso sim, a normas nas quais se estabelecem os pressupostos ou condições para o exercício ou desempenho de certo cargo social.

III — Desenvolvendo o princípio da retroactividade nos moldes da teoria do facto passado, o artigo 12.º/2 do Código Civil diferencia dois tipos de normas⁽⁷⁶⁾: as que dispõem sobre requisitos de validade (substancial ou formal) de factos ou sobre efeitos de quaisquer factos — primeira parte do preceito em referência — e aquelas outras que estabelecem sobre o conteúdo de certas situações jurídicas e o modelam sem olhar aos factos geradores de tais situações — segunda parte. As primeiras apenas são susceptíveis de aplicação aos factos novos. As segundas, essas, já se aplicam às situações jurídicas constituídas antes da lei nova, mas subsistentes ou em curso à data da respectiva entrada em vigor⁽⁷⁷⁾. Se se preferir, numa outra formulação sintética, dir-se-á dever distinguir-se entre a constituição e o conteúdo das situações jurídicas⁽⁷⁸⁾. À constituição — e portanto aos requisitos de validade substancial e formal e aos factos constitutivos — aplica-se a lei do momento em que essa constituição acontece. Ao conteúdo das situações subsistentes à data da entrada em vigor da lei nova aplica-se imediatamente essa lei no respeitante ao regime futuro deste conteúdo e seus efeitos — com ressalva, porém, em termos que não analisaremos agora das situa-

artigo 414.º/A/1/e). Ou na eventualidade de no momento da eleição do presidente da mesa ele não actuar em nome ou por conta de titulares de participação qualificada igual ou superior a 2%. Todavia, em momento posterior à eleição isso passa a suceder. Nessa eventualidade, e a partir da referida verificação, o membro do órgão social passa a ficar desqualificado sem se verificar qualquer tipo de nulidade da respectiva nomeação, escolha ou eleição, como é bom de ver.

⁽⁷⁶⁾ Assim também, expressamente, BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*, Coimbra, 1983, 223.

⁽⁷⁷⁾ Acerca da problemática da aplicação das leis no tempo pode ver-se, *colorandi causa*, de entre a multidão de estudos susceptíveis de serem aqui mencionados, BAPTISTA MACHADO, *Âmbito de eficácia e âmbito de competência das leis*, Coimbra, 1970 (D07-527); Id., *Introdução ao Direito...*, 220 e ss.; OLIVEIRA ASCENSÃO, *Introdução...*, 545 e ss.; JOSÉ BRONZE, *Lições...*, 833 e ss..

⁽⁷⁸⁾ BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito...*, 233 e 234.

ções de origem contratual relativamente às quais pode existir como que uma sobrevivência da lei antiga⁽⁷⁹⁾.

Sucedo, porém, que a fórmula do facto passado só seria inteiramente exacta e operativa se a aplicação da lei nova a quaisquer factos passados implicasse retroactividade da mesma⁽⁸⁰⁾. Figuremos os seguintes exemplos igualmente propostos por BAPTISTA MACHADO⁽⁸¹⁾:

— A lei nova vem aumentar o elenco das causas de indignidade sucessória definido nos artigos 2034.º a 2038.º do Código Civil. É aplicável a factos praticados antes da sua entrada em vigor? E se uma nova lei entra em vigor entre a abertura e a partilha da herança?

— A lei nova vem estabelecer não poderem adquirir o estatuto de comerciante aqueles que tenham praticado determinado delito ou tipo de delito antieconómico. Será esta lei aplicável a factos delituais praticados sob a vigência da lei antiga mas que ao tempo não eram factor de impedimento?

A resposta deve ser afirmativa em ambos os casos⁽⁸²⁾. Perguntar-se-á, todavia, como? Não se trataria de uma anomalia, de uma situação de aplicação retroactiva da lei nova?

A interrogação é, não obstante o aparente desvio a que a solução preconizada parece dar, de fácil resolução se, como é apropriado, distinguirmos, de um lado, entre factos determinantes da competência da lei aplicável e, do outro, factos abrangidos no campo de aplicação da norma competente⁽⁸³⁾. É que não são, na verdade, quaisquer factos a determinarem a competência da lei aplicável mas, tão-só, os factos constitutivos, modificativos ou extintivos de situações jurídicas⁽⁸⁴⁾. Destarte, a teoria dos factos passados enquanto critério determinante da aplicação da competência da lei nova deve

⁽⁷⁹⁾ Sobre tudo isto v., novamente, BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito...*, 234.

⁽⁸⁰⁾ BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito...*, 234 e 235.

⁽⁸¹⁾ BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito...*, 222 e 223.

⁽⁸²⁾ Na mesma direcção se pronuncia, por exemplo, BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito...*, 235.

⁽⁸³⁾ Cfr. a este respeito BAPTISTA MACHADO, *Âmbito...*, *per totum*; Id., *Introdução ao Direito...*, 235.

⁽⁸⁴⁾ V., novamente, BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito...*, 235.

ser formulado nos seguintes moldes: a lei nova não se aplica a factos constitutivos, modificativos ou extintivos verificados antes do seu início de vigência⁽⁸⁵⁾. Mas nada impede que, determinada a competência da lei nova, a mesma lei seja aplicada a factos passados por ela assumidos como pressupostos impeditivos ou desimpeditivos⁽⁸⁶⁾.

Pertencem ao quadro dos factos pressupostos, cuja localização no tempo não influi sobre a determinação da lei aplicável, designadamente, os impedimentos matrimoniais, as causas da indignidade sucessória, os fundamentos de deserdação, etc.. Pertencem, também, à mesma categoria os efeitos inibitórios e outros (relativamente, por exemplo, à inibição do poder paternal) quando não ligados obrigatoriamente à condenação penal, assim como quaisquer consequências mediatas de uma situação jurídica regulada por uma lei sobre uma situação jurídica regulada por outra lei — referindo-se, a título de exemplo, a hipótese de uma lei nova vir pela primeira vez retirar direitos sucessórios aos cônjuges separados judicialmente: ela aplica-se mesmo aos casos em que a separação teve lugar na vigência da lei antiga⁽⁸⁷⁾. Isto quer dizer que a circunstância, em si mesma, de os factos susceptíveis de ditarem a situação de incompatibilidade ou de susceptibilidade de perda de independência terem ocorrido no passado, por si, não importar qualquer forma de retroactividade. Não estão, por exemplo, fora do alcance do artigo 414.º-A/1/g) aqueles que se tenham casado antes da respectiva entrada em vigor. O mesmo se dirá sempre a título ilustrativo relativamente ao artigo 414.º-A/1/j) de todos quantos tenham sido declarados interditos, inabilitados ou insolventes. Por isso, se alguém for eleito hoje e, antes da vigência do regime de independência e incompatibilidade, já se encontrar nalguma circunstância considerada relevante para efeitos de aplicação desse mesmo regime ele terá naturalmente aplicação. Essencial para a

(85) BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito...*, 235, sublinhando a circunstância de por isso ela ser retroactiva sempre que se aplique a factos passados por ela própria assumidos ou visados como factos constitutivos, modificativos ou extintivos de situações jurídicas.

(86) BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito...*, 235, fala ainda a este respeito em pressupostos negativos ou positivos.

(87) BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito...*, 236.

compreensão deste fenómeno é a manutenção de forma clara da distinção entre âmbito de competência e âmbito de aplicação de uma norma. Uma vez estabelecida a lei competente cabe a esta definir, de modo livre, o seu domínio de aplicação, podendo fazê-lo reportando-se a factos anteriores concretamente verificados antes do seu início de vigência — conquanto, sublinhe-se novamente, não lhes atribua efeito constitutivo utilizando-os, tão-só, como pontos de referência para a definição do regime material da situação jurídica sujeita à sua vigência⁽⁸⁸⁾. Nestes casos dir-se-á, por exemplo, com ROELLECK⁽⁸⁹⁾ e, entre nós, BAPTISTA MACHADO⁽⁹⁰⁾, existir, não uma situação de retroactividade, mas sim de retroconexão.

⁽⁸⁸⁾ Sobre tudo isto, na mesma direcção, BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito...*, 236.

⁽⁸⁹⁾ ROELLECK, *Grundgesetz Mitarbeiter Kommentar*, organizado por UMBACH/CLEMENS 2002, 1, Art. 1 — 37 GG, comentário ao artigo 20, 1291, suscitando a questão da respetiva admissibilidade constitucional. O problema tem de resto sido objecto de várias decisões do Tribunal Constitucional alemão. Não obstante algumas objecções e resistências levantadas à sua admissibilidade, incluindo pelo próprio Tribunal Constitucional tudesco, pode dizer-se haver uma abertura, no espaço jus cultural tudesco, para aceitação da admissibilidade da retroconexão, pelo menos, se ela não vier frustrar a necessária tutela da confiança na manutenção de uma situação favorável ou, mais propriamente, se a frustração da tutela da confiança na subsistência da posição favorável não for superior ao interesse público. Mas não faltam posições claramente mais permissivas para as quais a escolha dos factos (pretéritos ou porvir) aos quais a norma associa para o futuro é exclusivo problema do conteúdo dessa mesma norma. Ou mesmo quem afirma apenas fazer sentido ponderar e balancear a tutela da confiança, de um lado, e o interesse público, do outro, nos casos de verdadeira retroactividade. Tratando-se de retroconexão a norma, mesmo se se relaciona com factos passados, diz, afirma-se, respeito apenas a efeitos futuros e não fechados desses factos. Por isso, a confiança, devido à abertura do possível desenvolvimento dos efeitos jurídicos por verificar, ainda não se formou de forma sólida e as pessoas e sujeitos de Direito não têm não podem ter, nenhuma garantia ou pretensão à imutabilidade das normas jurídicas. É, porém este um ponto insusceptível de desenvolver aqui. Para mais referências a este propósito cfr., ainda, *colorandi causa*, GUNTER KISKER, *Die Rückwirkung von Gesetzen*, 1963, 24 a 26; GERHARD OTTE, *Das Pflichtteilsrecht — Verfassungsrechtsprechung und Rechtspolitik*, in *Archiv für die Civilistische Praxis*, 2002, 202, 334; JAN DIRK HARKE, *Rechtsnatur der Einrede und Rückwirkungsverbot. Bundes-Bodenschutzgesetz und mietrechtliche Verjährung*, in *Idem, ibidem*, 956; GERHARD DANNECKE, *Das Intertemporale Strafrecht*, 1993, 201 e 202; HEIKE POHL, *Rechtssprechungsänderung und Rückanknüpfung*, 2005.

⁽⁹⁰⁾ BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito...*, 236, que fala também a este respeito em referência pressupponente.

IV — Diferente pode apresentar-se a situação daquele que se encontrava já em exercício de funções ao tempo da entrada em vigor da lei nova. Poderá valer quanto a ele o novo regime das incompatibilidades e independência? Se entendermos, como faz PAULO OLAVO CUNHA, estarmos diante de requisitos ou condições de validade substancial da respectiva designação a resposta deveria ser, na realidade, no sentido de a lei nova só ser aplicada a quem vier a ser eleito depois da sua entrada em vigor. Não nos parece, porém, conforme já antes referimos, nada evidente representar o novo regime de validade e independência de certos órgãos sociais apenas condições ou requisitos de tal natureza. Já fizemos essa demonstração antes, ao sublinharmos como a perda de independência ou a incompatibilidade superveniente têm tanta relevância como a inicial⁽⁹¹⁾. Não voltaremos, por isso, a ela. Agora interessa-nos evidenciar aqui um outro aspecto.

V — Começemos por analisar o artigo 374.º-A do Código das Sociedades Comerciais. Nele sujeita-se os membros da mesa de determinadas sociedades a um determinado regime em matéria de independência e incompatibilidades. Não se faz qualquer menção ao facto gerador da situação jurídica regulada: o exercício das funções de membro da mesa. Dir-se-ia, pois, por esta via estar-se diante de uma hipótese semelhante à regulada na segunda parte do artigo 12.º/2 do Código Civil e, destarte, ser aquele preceito do Código das Sociedades Comerciais imediatamente aplicável às situações já constituídas mas subsistentes à data da sua entrada em vigor. O problema reside na circunstância de o artigo 374.º-A do Código das Sociedades Comerciais não definir, em si mesmo, nenhum regime relativamente à independência e incompatibilidades dos membros da mesa. Ele remete para os artigos 414.º/5 e 414.º-A do mesmo diploma. Estabelecerão estes o regime de uma

(91) Ou se se preferir e dito de outra forma. A comprovação de que não estamos aqui perante condições substanciais de eleição dos membros de certos órgãos sociais ficou feita a partir do momento em que fizemos a demonstração de que as normas cuja aplicação se discute vieram, na verdade, estabelecer um regime aplicável seja qual for o momento em que se coloque a questão da dependência ou independência dos membros dos órgãos sociais abrangidos — e não apenas no momento da respectiva eleição.

determinada situação jurídica abstraído dos factos que lhe deram origem ou, ao invés, imporão eles condições de validade da eleição ou de certos membros? Julgamos dever tratar em separado cada um dos preceitos agora em referência.

Quanto ao artigo 414.º/5 do Código das Sociedades Comerciais, se se partisse do pressuposto de que ele contém uma causa de desqualificação não nos pareceria, na realidade, vir definir um determinado regime para uma certa situação jurídica considerando os factos dela geradores. Na verdade, e assumindo o pressuposto agora enunciado, a nosso ver, dir-se-á vir regular este preceito o próprio conteúdo de uma situação jurídica abstraído dos factos dela geradores. Porquê? Porque ele está apenas a moldar as condições e limites ao exercício — que não de validade da eleição — e ocupação da posição de certos órgãos sociais. Tratar-se-ia, em tudo, de uma hipótese equivalente àquela em que a nova norma vem regular de modo diferente os poderes e deveres dos sócios estabelecendo, por exemplo, só poderem os accionistas intervir nas assembleias gerais das sociedades anónimas se tiverem mais de dez acções⁽⁹²⁾, ou os membros do conselho fiscal ou da mesa não necessitarem de ser sócios⁽⁹³⁾. Não se regulam factos, mas o conteúdo de situações jurídicas⁽⁹⁴⁾.

Perguntar-se-á, todavia — partindo sempre do pressuposto da desqualificação — se, ao invés de regular os limites ao exercício de certos cargos sociais e, destarte, o conteúdo de situação jurídica associada à respectiva ocupação e desempenho, não se deve entender regular antes o artigo 414.º/5 do Código das Sociedades Comerciais a situação jurídica concreta e específica relativa à falta de independência? Diríamos não poder uma coisa ser separada da outra. O estabelecimento da relevância da falta de independência liga-se sempre, directamente, ao conteúdo da situação jurídica associada ao desempenho e ocupação do cargo social abrangido

(92) Também aqui se não está a dispor sobre as condições de validade da constituição da própria assembleia geral. Nesta hipótese, como bem sublinha a propósito OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito...*, 560, está-se, isso sim, a regular o conteúdo de situações jurídicas.

(93) No mesmo sentido v. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito...*, 560.

(94) OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito...*, 560.

pela exigência por ela implicada, que esse é regulado com abstracção dos factos dele geradores.

Sucede, porém, e como vimos, não estar, a nosso ver, contemplada nenhuma situação de desclassificação ou exclusão no artigo 414.º/5, mas uma simples presunção de independência a favor de determinadas pessoas que se não encontrem em determinadas circunstâncias. Qual deverá então ser a solução para o problema da aplicação da norma em referência entendida a esta luz? Também aqui se nos afigura que o sentido desta presunção acaba, afinal, por vir a conter alguma forma de regulamentação de uma determinada situação jurídica — o exercício de certo cargo ou função — com desconsideração dos factos que dão origem a essa situação (a eleição, designação, etc.). Logo, também por esta via se constata ser o artigo 414.º/5 do Código das Sociedades Comerciais de aplicação às situações já constituídas subsistentes à data da sua entrada em vigor.

VI — E quanto ao artigo 414.º-A do Código das Sociedades Comerciais? Aparentemente, PAULO OLAVO CUNHA teria razão ao considerar estar-se, no caso das incompatibilidades, perante um requisito de eleição do membro da mesa ou órgão social por ela abrangidas. E isto pela razão simples de o artigo 414.º-A/1 dispor claramente não poderem ser eleitos ou designados todos quantos se encontrem numa das situações mencionadas nas suas várias alíneas. Teríamos, pois, um requisito de validade da própria deliberação. Só que este preceito não está sozinho. Existe um outro, que é igualmente relevante: o artigo 414.º-A/2, por força do qual a superveniência de algum dos motivos indicados no número anterior importa a caducidade da designação. Temos, então, uma hipótese em que a norma vem regular o conteúdo de certas situações jurídicas, mas sem abstrair do facto que lhe dá origem, pois refere-se a ele para determinar a respectiva caducidade. Ou seja: o artigo 414.º-A/1 vem, de facto, regular certas condições de validade da designação dos membros de determinados órgãos sociais. Isso já não sucede, porém, com o artigo 414.º-A/2, pois ao estabelecer uma causa de relevância superveniente, já está no plano das condições e limites ao exercício do próprio cargo. Porém, como não abstrai do

facto gerador o sistema funciona de forma harmónica: as causas de incompatibilidade só assumem relevância perante quem ainda não tenha sido eleito ao tempo da sua entrada em vigor⁽⁹⁵⁾.

⁽⁹⁵⁾ Lembre-se que o artigo 414/3.º/e) do Código das Sociedades Comerciais na redacção anterior à reforma de 2006 apenas estabelecia como causa de incompatibilidade a prestação de serviços remunerados com carácter permanente à sociedade fiscalizada ou com ela em relação de domínio ou de grupo. O artigo 414.º/1/e) abrange os que de modo directo ou indirecto prestem serviços ou estabeleçam relação comercial significativa com a sociedade fiscalizada ou com esta em relação de domínio ou de grupo. As novas exigências não valem, portanto, perante quem já tivesse sido eleito ao tempo da entrada em vigor da reforma de 2006.

A ESTABILIDADE NOS CONTRATOS PETROLÍFEROS INTERNACIONAIS E ALGUNS DOS PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO CONEXOS: DO MITO À REALIDADE

Pela Mestre Nélia Daniel Dias

SUMÁRIO:

1.1 — Breve introdução. **1.2** — A chamada relação contratual estabilizada: a ideia clássica e o mito nos contratos petrolíferos. **1.3** — A violação da cláusula de estabilidade: algumas consequências, de facto e de direito, para o contrato de investimento petrolífero. **1.4** — O efeito substancialmente moralizador da inserção de uma cláusula de estabilidade nos contratos petrolíferos. **1.5** — O futuro das cláusulas de estabilidade nos novos contratos petrolíferos: da clássica estabilidade ao recente equilíbrio contratual. **1.6** — Conclusões. **Abreviaturas. Modo de citar. Bibliografia. Arbitragem.**

1.1. Breve introdução

Nesta sede propomo-nos conciliar o inconciliável. Será que é possível? Tentemos então o impossível. Será que podemos inserir uma cláusula de estabilidade num contrato de investimento internacional petrolífero impedindo, desse modo, que o Estado Hospedeiro possa alterar unilateralmente o acordo durante todo o período de duração do projecto? Vejamos o que seria desejável e o que se passa hoje na realidade. Esta é a matéria que nos propormos tratar.

1.2 A chamada relação contratual estabilizada: da ideia clássica e o mito nos contratos petrolíferos

São vários os tipos de contratos através dos quais uma ou mais partes, geralmente uma parte estrangeira privada, resolve investir no negócio de petróleo e gás⁽¹⁾. Esses contratos internacionais⁽²⁾, podem ser simples contratos de concessão tradicional⁽³⁾, de partilha de produção⁽⁴⁾ (PSA), contratos de serviço (puros)⁽⁵⁾, contratos de prestação de serviços com⁽⁶⁾ ou sem⁽⁷⁾ cláusula de risco,

⁽¹⁾ Para uma visão mais geral sugerimos vivamente a leitura de JORGE SALGADO GOMES e FERNANDO BARATA ALVES, *O universo da indústria petrolífera — Da pesquisa à refinação*, Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

⁽²⁾ Sobre a noção de contrato internacional vide a dada por IRINEU STRENGER citado por DIOGO PIGNATARO DE OLIVEIRA, *Os contratos internacionais e a indústria do petróleo*, s/d, disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id+10391>>. Acesso em 19 de Agosto de 2009 para o qual “*são contratos internacionais do comércio todas as manifestações bi ou plurilaterais da vontade livre das partes, objectivando relações patrimoniais ou de serviços, cujos elementos sejam vinculantes de dois ou mais sistemas jurídicos extraterritoriais.*”

⁽³⁾ Para procurar o conceito de cada um destes tipos de contratos petrolíferos sugerimos a leitura de MARILDA ROSADO DE SÁ RIBEIRO, *As joint ventures na indústria do petróleo, Temas de Direito Petrolífero e de Direito de Comércio internacional*, Renovar, 1977, página 129 a 132. A *concessão clássica* é encarada como um verdadeiro contrato administrativo que abrange grandes áreas reservadas ao investidor estrangeiro, durante longos períodos, de onde decorrem obrigações que se podem restringir ao pagamento de *royalties* ou a uma taxa anual. Nestes contratos há geralmente uma ausência de controlo ou ingerência do Estado hospedeiro. Dentro desta concessão clássica é costume distinguir-se ainda a *concessão do pós-guerra*.

⁽⁴⁾ Ou *Acordos de Produção Compartilhada*. Originário da Indonésia e datado de 1966, traduz-se no contrato eleito pelos chamados *Países em vias de desenvolvimento*. Nestes o Estado Hospedeiro possui uma participação e o investidor privado assume o risco da parte técnica e financeira da operação, numa certa área. A produção do petróleo é da propriedade do Estado Hospedeiro, depois de operada a recuperação de custos, sendo depois rateada entre o Estado e o investidor privado segundo uma determinada percentagem. Os equipamentos bem como as instalações são da propriedade do Estado.

⁽⁵⁾ O investidor privado é encarado como um mero prestador de serviços, havendo a faculdade de receber a sua contrapartida em petróleo. O Estado Hospedeiro é o proprietário de todos os activos.

⁽⁶⁾ Nesta modalidade o investidor privado compromete-se a fornecer os serviços técnicos essenciais à execução das actividades petrolíferas, incluindo o financiamento, assumindo exclusivamente os riscos da operação.

⁽⁷⁾ O investidor privado assim como o Estado Hospedeiro assumem a obrigação de prestar serviços técnicos de operação e desenvolvimento de áreas já descobertas e a proceder ao seu financiamento. O investimento efectuado pelo investidor privado é reem-

contratos de associação⁽⁸⁾ em participação (dentro dos quais a doutrina tem incluído as *joint ventures*), arrendamento⁽⁹⁾ (*lease contracts*), híbridos⁽¹⁰⁾ ou outros⁽¹¹⁾. Nestes contratos em geral o que os diferencia dos demais são o facto de termos, por um lado, um investidor privado, ou mais, e do outro o Estado (Governo), agência estatal ou uma empresa governamental. Aqui constatamos que se prevêem direitos e obrigações derivados dos direitos concedidos pelo Estado quanto à exploração, utilização e destino do petróleo⁽¹²⁾. Outra característica prende-se com o facto de se tratarem de negócios que, pela sua própria natureza,⁽¹³⁾ implicam o estabeleci-

bolsado havendo ainda possibilidade da liquidação de um bónus referente à produção excedente.

⁽⁸⁾ É estabelecido um acordo entre a empresa estatal do Estado Hospedeiro existindo *royalties* que tendem a aumentar em razão do aumento da produção petrolífera. Uma das características essenciais prende-se com a existência do “*carrego*” correspondente ao facto do financiamento das despesas de exploração referentes à percentagem do interesse participativo da Empresa Estatal com reembolso posterior no caso de sucesso. Assiste-se, outrossim, a uma divisão dos riscos em termos paritários nas fases de desenvolvimento e de produção e os resultados apenas serão partilhados depois da dedução dos *royalties*.

⁽⁹⁾ Tratam-se de instrumentos legais através dos quais as companhias petrolíferas adquirem o direito de exercer de forma exclusiva as actividades petrolíferas.

⁽¹⁰⁾ Estes modelos híbridos reúnem o melhor de dois ou mais contratos pois tendem a aglutinar características essenciais das formas clássicas dos contratos de investimentos petrolíferos.

⁽¹¹⁾ As *licenças*, por exemplo, traduzem-se em autorizações legais outorgadas pela autoridade governamental, geralmente encabeçada por um Ministério. Podem assumir, ou não, um carácter exclusivo. Alguma doutrina tende a confundir a licença com uma concessão. Sublinhe-se ainda que as díspares nomenclaturas procuram acolher algumas particularidades de certos sistemas jurídicos. Por isso é que é curial ouvir falar no *Modelo Colombiano de Associação, Contrato de Partilha de Produção de Angola*, etc. Finalmente, existem outros tipos de contratos petrolíferos que não iremos tratar nesta sede mormente cujo objecto é muito variado designadamente os *Joint Bidding Agreement (JDA), Joint Operating Agreement (JOA), Farmout Agreements (FA), Swap Agreements, Lifting ou Offtake Agreements, Gas Sales Agreements (GSA), International Crude Oil Sales Agreements (ICOSA)*, entre outros. Sobre a definição de cada um destes acordos temos DIOGO PIGNATARO DE OLIVEIRA. *Os contratos internacionais e a indústria do petróleo*, s/d, disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id+10391>>. Acesso em 23 de Agosto de 2009

⁽¹²⁾ Assim, MARILDA ROSADO DE SÁ RIBEIRO, *As joint ventures na indústria do petróleo, Temas de Direito Petrolífero e de Direito de Comércio internacional*, cit., página 129.

⁽¹³⁾ A respeito das várias fases típicas que envolvem um projecto de petróleo e gás pronunciou-se SILVANA TORDO, *Fiscal Systems for hydrocarbons- Design issues*, World Bank Working Paper n. 123, 40902, The World Bank, Agosto de 2007, páginas 3 a 4.

mento de uma relação jurídica muito duradoura⁽¹⁴⁾. Em regra estipulam-se direitos e obrigações que visam durar cerca de vinte ou trinta anos e que, ainda, poderão ser prorrogados. De maneira a proteger o investimento privado de alterações governamentais e legislativas umas das cláusulas que têm sido muito utilizadas pelo investidor privado⁽¹⁵⁾ têm sido as *cláusulas de estabilidade ou de estabilização*⁽¹⁶⁾. Mas antes de investir é comumente aceite que, previamente à aposição de uma cláusula desta índole, o investidor privado deverá efectuar a devida diligência com o objectivo de saber quais poderão ser as consequências jurídicas concretas para o contrato no caso de uma alteração unilateral legislativa do Estado⁽¹⁷⁾, significando com isso que deverá previamente conhecer a lei local. Pode ocorrer, *maxime* que o quadro legal desse Estado seja consentâneo com a inclusão de uma cláusula desta natureza ou não. Por seu turno, da parte do Estado, quando aceites porque previstas no seu sistema jurídico⁽¹⁸⁾, estas disposições são geralmente encaradas como criadoras de um ambiente auspicioso em termos

(14) BERNARDINI, PIERO, *Stabilization and adaptation in oil and gas investments*, *Journal of World Energy Law and Business*, 2008, Volume I, n.º 1, página 98.

(15) Geralmente secundadas por terceiros como é o caso dos Bancos ou outras instituições financeiras que suportam este tipo de projectos.

(16) Existem alguns trabalhos mais e menos recentes sobre a cláusula de estabilidade. Consideramos, todavia, ser essencial, para além dos que iremos referenciar expressamente ao longo deste trabalho, a leitura da abordagem efectuada por PETER D. CAMERON, *Stabilisation in Investment Contracts and changes of Rules in host countries: Tools for Oil and Gas investors*, Final Report, 7 de Julho de 2006, AIPN, e do mesmo Autor *Contract stability in the Petroleum industry: changing the rules and the consequences*, Middle East Economic Survey, Volume XLIX, n. 22, 28 de Maio de 2007, igualmente disponível em <<http://www.aipn.org>>. Acesso em 22 de Agosto de 2009, A.F.M.MANIRUZZA-MAM, *The pursuit of stability in international energy investment contracts: a critical appraisal of the emerging trends*, *The Journal of World Energy Law and Business* 2008 1(2), páginas 121 a 157. Disponível *on line* desde 24 de Junho de 2008 em <http://jwelb.oxfordjournals.org/cgi/content/extract/1/2/121>. Acesso em 12 de Setembro de 2009 e, novamente, por PETER D. CAMERON, *Stabilization in Investments Contracts and Change of Rules by host Countries: Tools for O and G Investors*, AIPN, First draft of AIPN Research Project (2005-6), sugerimos a leitura do seu índice contido na página 3 desse trabalho.

(17) Como esmiuça PETER D. CAMERON, *Stabilisation in Investment Contracts and changes of Rules in host countries: Tools for Oil and Gas investors*, *cit.*, páginas 56 a 58.

(18) No caso angolano podemos encontrar o Art.º 92 da LAP que menciona que os direitos adquiridos ao abrigo das concessões petrolíferas continuam plenamente válidos e eficazes em protecção da estabilidade contractual.

de investimento⁽¹⁹⁾, atraindo investimento, e como integradoras dos riscos económicos que o investidor estrangeiro suporta sempre que investe.

Certos autores, como é o caso de PETER CAMERON⁽²⁰⁾, optam por diferenciar as formas clássicas das modernas. Uma primeira noção de *cláusula de estabilidade*⁽²¹⁾ consiste naquela disposição que, de forma ostensiva, proíbe ou refere a consequência da revisão de uma legislação existente, decretos, despachos ou outras revisões de cariz unilateral do Estado Hospedeiro referente ao Contrato outorgado com este Estado ou nova legislação, Regulamentos, Decretos e/ou despachos que irão determinar uma revisão na relação jurídica inicialmente estipulada entre o Estado Hospedeiro e o investidor internacional. Ou, se quisermos, elas essencialmente ditam que as mudanças legislativas que de forma desfavorável afectem um projecto, não se aplicam ao mesmo. Nos

⁽¹⁹⁾ Mesmo em relação aos Estados que aceitam estas disposições algumas vezes são críticas designadamente em certos domínios específicos como é o caso dos Direitos Humanos. Assim referindo-se a uma hipótese específica *vide* ANDREA SEMBERG, *Stabilization Clauses and Human Rights*, International Finance Corporation World Bank Group, United Nations, 27 de Maio de 2009, páginas viii e 10 a 11.

Ademais, alguns países podem não sentir essa necessidade de introduzir previsões jurídicas de estabilidade com vista a atracção de investimento por diversas razões mormente por possuírem reservas suficientes.

⁽²⁰⁾ CAMERON, PETER, *Stabilisation in Investment Contracts and changes of Rules in host countries: Tools for Oil and Gas investors*, *cit.*, páginas 53 e 54, igualmente disponível em <<http://www.aipn.org>>. Acesso em 22 de Agosto de 2009. Este menciona que a jurisprudência relevante quanto à aplicação das cláusulas de estabilidade poderá ser dividida em duas categorias, diferenciando os casos tradicionais (datados de 1970 a 1980 destacando os casos *Agip vs. Congo*, *BP vs. Libia*, *Liamco vs. Libia e Libia vs. TOPCO*) que trata das cláusulas no seu sentido mais comum do termo, das cláusulas num sentido mais moderno, que visam restabelecer o *equilíbrio económico do contrato*.

⁽²¹⁾ Conceito traduzido com base na definição dada por A.F.M. MANIRUZZAMAN, *Stabilization in investment contracts and change of rules in host countries: Tools for Oil and Gas Investors*, London, numa apresentação efectuada em Londres a 26 de Fevereiro de 2007, slide 2, Disponível em <http://www.port.ac.uk/departments/academic/law/staff/MunirManiruzzamanRecentLecturesConferencePresentations/filettdownload,77641,en.ppt>. Acesso em 23 de Setembro de 2009.

No fundo, esta cláusula procura assegurar o acordo contra futuras investidas governamentais ou legislativas, seja a título de legislação *stricto sensu* ou a nível regulamentar. Na prática traduz-se num compromisso dado por um Estado estrangeiro em não alterar os termos do pacto mediante nova legislação ou qualquer outro meio, sem o assentimento das outras partes contratuais.

primórdios, estas disposições propunham-se precaver certos *riscos políticos*⁽²²⁾ específicos que poderiam atingir os acordos de investimento⁽²³⁾ tratando-se de uma forma procurar introduzir fontes jurídicas externas no contrato⁽²⁴⁾. Segundo FIONA MARSHALL e DEBORAH MURPHY⁽²⁵⁾ estas disposições passaram para o estrelato em resultado da sua inclusão no consórcio de companhias petrolíferas e os Estados Hospedeiros que envolveram o polémico Baku-Tsibilibi-Ceyhan (*BTC*) projecto de gasodutos que atravessa o Azerbaijão, a Geórgia e a Turquia. Na sua fórmula original, os contratos referentes a esse investimento possuíam previsões jurídicas que isentavam os investidores de qualquer efeito por mudança

(22) Esta expressão não é nossa. A este respeito *vide* MARGARITA T.B. COALE, *Stabilization clauses in international petroleum transactions*, Denver Journal of International Law and Policy, Volume 30, 22 de Março de 2002, EMEKA J. WOKORO, *Achoring stabilization Clauses in International Petroleum Contracts*, 2009, acessível em http://works.bepress.com/emeka_wokoro/1/. Acesso em 5 de Setembro de 2009. A Autora reflecte que estas disposições podem servir para diminuir o risco político, PAUL E. COMEAUX e N. STEPFAN KINSELLA, *Reducing Political Risk in Developing Countries: Bilateral Investment Treaties, Stabilization Clauses, and MIGA & OPIC Investment Insurance*, New York Law School Journal of International and Comparative Law, 1994. Disponível em <http://www.kinsellalaw.com/wp-content/uploads/publications/polrisk.pdf>. Acesso em 13 de Setembro de 2009. O autor alerta para a circunstância do investidor poder sempre acautelar os seus interesses fazendo um seguro de *risco político*. Este seguro cobriria várias situações *maxime* um distúrbio civil, guerra, terrorismo, expropriação, transferência monetária, quebra contratual ou inobservância de responsabilidades fiscais decorrentes da soberania nacional. A este respeito existe, por exemplo, a MIGA ou a OPIC. A acrescer, faz alusão a BRUNO LEONI autor do livro *Freedom and the Law*, 3.ª edição ampliada, com prefácio de Arthur Kemp (*Indianapolis: Liberty Fund 1991*) para o qual nunca poderemos estar certos que no dia seguinte teremos as mesmas regras (jurídicas, entenda-se) que temos na actualidade.

(23) BLAKE, CASSELS e GRAYDON LLP, *Adressing risk in international Petroleum agreements*, 7 de Janeiro de 2006. Disponível em http://blakes.com/english/view_printer_bulletin.asp?ID=110. Acesso em 16 de Agosto de 2009.

(24) Em torno da validade destas disposições, nos termos da lei internacional e a relevância desta técnica contratual na indústria petrolífera actual, debruçou-se THOMAS J. PATE, *Evaluating Estabilization Clauses in Venezuela's Strategic Association Agreements for Heavy- Crude Extraction in the Orinoco Belt: the Return of a Forgotten Contractual Risk Reduction Mechanism for the Petroleum Industry* (colocado à disposição em 20 de Novembro de 2008 mas revisto em 12 de Janeiro de 2009). Acessível em <http://ssrn.com/abstract=1304663>. Acesso em 12 de Setembro de 2009.

(25) MARSHALL, FIONA e DEBORAH MURPHY, *Climate Change and International Investment Agreements: Obstacles or Opportunities — Draft for discussion*, publicado pelo *International Institute for Sustainable Development*, 2009, páginas 34 e 35.

de legislação incluindo remodelações legislativas referentes à área da saúde, segurança e ambiente. Através da cláusula de estabilidade o Estado Hospedeiro aceita voluntariamente que os seus poderes legislativos e administrativos não terão a virtualidade de modificar unilateralmente as condições contratuais acordadas com o investidor ou mesmo anulá-las. Contudo, como é sabido, ainda assim, o risco de uma alteração unilateral existe sempre, mesmo na actualidade, tendo estes diversos instrumentos que lhe permitem adoptar medidas unilateralmente. Depende muito da vontade desses Estados e *quicá* dos seus Governos. Estes poderão sempre rever o contrato unilateralmente pois na prática, para alguns deles, a questão resume-se tão-só em apurar quais os danos patrimoniais a compensar. Por isso é que se costuma vincar que uma cláusula desta compleição poderá ser deveras inconveniente para o Governo que a outorgue. Com esta anuência assiste-se a um robustecimento do princípio originário do adágio romano *Pacta Sunt Servanda*⁽²⁶⁾ ou se quisermos o *princípio da obrigatoriedade da convenção*⁽²⁷⁾, albergando o investidor privado diante dos poderes de soberania do Estado Hospedeiro face aos recursos naturais. Exactamente por esta mesma razão é que estas disposições ora em apreço, fortemente enraizadas no interesse privado, têm expressamente sido repelidas por alguma doutrina e certa jurisprudência ao aludirem que com a sua utilização não se estaria a observar o *princípio do interesse público*, interesse esse prevalecente em qualquer contrato de direito público mormente na exploração dos recursos naturais. É sabido que o conteúdo contratual traduz-se na lei entre

(26) A propósito deste corolário previsto no nosso sistema jurídico em termos gerais *maxime* no art.º 405 do CC mas associado aos contratos petrolíferos leia-se KATIA YANNACA-SMALL, *Interpretation of the umbrella Clause in Investment Agreements*, OECD, Working papers on international investment, Number 2006/03, Outubro de 2006.

(27) RODRIGUES, SÍLVIO, Apontamentos retirados da aula proferida em sede do Curso de Pós-graduação de Direito e Gás no dia 21 de Abril de 2009, Faculdade de Direito Agostinho Neto, em Luanda. A mesma ideia encontra-se subjacente no art.º 1.3 da Convenção da UNIDROIT(2004), com a epígrafe "*Força obrigatória do contrato*", da seguinte forma: "*Um contrato validamente celebrado é vinculatório entre as partes. Ele somente pode ser modificado ou extinto em conformidade com o disposto nas suas próprias cláusulas, ou pelo comum acordo das partes, ou ainda segundo previsão diversa contidas nos presentes Princípios.*"

as partes⁽²⁸⁾. Mas associadamente é certo que esta máxima jurídica não deverá ser contemplada em termos absolutos e jamais com base em qualquer circunstância ou decisão unilateral de uma das partes mas principalmente tendo na mira um *caso fortuito* ou uma situação de *alteração anormal das circunstâncias*. A crescer a este facto é imperioso apurar que este paradigma notável, fundado na tese Aristotélica da virtude de manter as promessas feitas, deverá ser contrabalançado, em sede de contratos de investimento, nos termos da lei internacional especificadamente pela CVLT⁽²⁹⁾. Estas cláusulas também visam demarcar que a segurança jurídica é *conditio sine qua non* deste tipo de acordos tendo como desígnio o retorno do investimento privado incluindo nas áreas tão sensíveis quanto as áreas fiscais, ambientais⁽³⁰⁾, laborais, importação e exportação, direitos de propriedade, entre outras.

Sublinhe-se que não obstante tomarem esta designação o seu conteúdo e teor pode variar, de caso para caso, de acordo com os autores e conforme as técnicas de redacção utilizadas para o efeito. Podemos então diferenciar as clássicas cláusulas de estabilidade conhecidas por *cláusulas congeladoras (freezing clauses)* que assumem esta qualificação por terem a virtualidade de, em termos

(28) Diferentemente do que ocorreu num contrato petrolífero do Azerbaijão de 1999 onde menciona expressamente que aquele acordo constitui *Lei do Azerbaijão*.

(29) O paradigma regra do *Pacta Sunt Servanda* encontra-se previsto no art.º 26 mas poderá ser excepcionado com base na boa fé, na razoabilidade, nas políticas públicas bem como numa alteração das circunstâncias (art.º 62).

(30) A área ambiental é, segundo o nosso entendimento, talvez de todas aquela que mais rios de tinta tem feito correr sendo que, para alguns vozes mais autorizadas na matéria, tratam-se de domínios onde se têm criado genuínas novas obrigações aos investidores e que, por isso, devem ser excepcionadas. GAETAN VERHOOSSEL, *Foreign Direct Investment and Legal Constraints on Domestic Environmental Policies; Striking a "Reasonable" Balance Between Stability and Change*, Artigo publicado in *Law and Policy in International Business*, Vol. 29, 1998, investigou sobre duas áreas, a saber o facto de uma modificação na legislação ambiental quebrar com certa técnica de estabilidade contratual, legislativa ou fundada num Tratado e ainda pelo facto desta alteração poder ameaçar a viabilidade de determinados projectos económicos. Disponível em <http://www.questia.com/googleScholar.qst?docId=5001396309>. Acesso em 12 de Setembro de 2009. Assim é que algumas empresas petrolíferas, antevendo o complexo dilema, assumem *ex ante* um comportamento activo adoptando as *melhores práticas internacionais* no que respeita a paradigma de segurança e ambiente (por exemplo, quanto a avaliação dos impactos ambientais, planos de abandono, etc). Constitui uma forma de se salvaguardarem contra eventuais futuras queixas e evita a necessidade de futuras alterações ao contrato.

gerais, solidificar a lei do Estado Hospedeiro aplicável ao contrato durante toda a vida do referido projecto. Dentro destas ANDREA SHEMBERG⁽³¹⁾ discrimina as *cláusulas totalmente congeladoras (full freezing)*, que são aquelas que se destinam a enregelar todas as leis pelo período da duração do projecto e as *limitadamente congeladoras (limited freezing)* que propendem a abrigar o investidor num quadro legislativo mais restrito. Outros autores⁽³²⁾ optam ainda por falar em *cláusulas de estabilidade stricto sensu*⁽³³⁾ ou cláusula de estabilidade tradicional referindo-se às citadas *cláusulas congeladoras, cláusulas de consistência*⁽³⁴⁾ e as *cláusulas de intangibilidade*⁽³⁵⁾. Nestas vamos encontrar a estipulação da proibição de alterar ou anular unilateralmente as regras contratualmente estabelecidas, a supremacia do contrato como lei especial perante a lei geral (legislação), a previsão e a defesa do contrato contra legislação subsequente contrária ao previamente acordado incluindo despachos administrativos e outras decisões, a incorpo-

⁽³¹⁾ SHEMBERG, ANDREA, *Stabilization Clauses and Human Rights*, International Finance Corporation World Bank Group, United Nations, 27 de Maio de 2009, página 6 e 19 a 23.

⁽³²⁾ CAMERON, PETER, *Stabilisation in Investment Contracts and changes of Rules in host countries: Tools for Oil and Gas investors*, cit., página 7.

⁽³³⁾ A lei que governa o contrato será aquela que dominava na altura em que o contrato foi firmado e executado.

⁽³⁴⁾ NWOKOLO, AMAECHI DAVID, aduz que estas requerem que a lei posterior seja consistente com os termos já concluídos no acordo em *Is there a legal and functional value for the stabilisation clause in international petroleum agreements*. Disponível em http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/car/html/car8_article27.pdf. Acesso em 13 de Setembro de 2009. Podendo significar em alguns casos específicos assim referidos que se não for inconsistente é válida e que o acordo prevalece sobre legislação inconsistente. Esta técnica é conhecida na lei francesa como *inopposabilite* (inoponibilidade) que poderá significar que a nova lei não é oponível ou válida, no sentido de não ser aplicável, aos acordos.

⁽³⁵⁾ Segundo estas o Governo não pode de forma unilateral modificar ou extinguir um contrato requerendo-se o acordo mútuo das partes. Como esclarece AMAECHI DAVID NWOKOLO, *Is there a legal and functional value for the stabilisation clause in international petroleum agreements*, cit., pela sua própria natureza esta disposição visa almejar o compromisso na hipótese de uma mudança legislativa que afecte os termos contratuais. Ao contrário do que ocorre numa cláusula de estabilidade tradicional esta contempla a possibilidade do Estado Hospedeiro poder alterar os termos de um acordo mas essa modificação não pode ser efectuada de forma unilateral. Para PETER CAMERON, *Stabilisation in Investment Contracts and changes of Rules in host countries: Tools for Oil and Gas investors*, cit., página 8, estas disposições visam salvaguardar o investidor contra os poderes exorbitantes de qualquer Governo sempre que actua como autoridade pública.

ração de determinada lei específica introduzida no contrato firmado com o Estado Hospedeiro. Por exemplo, o estabelecimento de um novo *royalty* ou novas taxas resultam necessariamente numa modificação do contrato de concessão sempre que as taxas tenham sido previamente acordadas no contrato. Neste caso, e dada a especificidade do contrato é necessário o consentimento expresso escrito (preferencialmente) ou tácito do investidor previsto no art.º 39 da CVLT. A adicionar, no corpo do contrato onde se encontra patente uma cláusula desta índole, devem as partes ajustar a forma pela qual é imprescindível o recíproco consentimento no caso de abrogação ou modificação dos termos do contrato ou providenciar no sentido de garantir a não alteração no presente ou futuro a não modificação unilateral ou extinção do contrato⁽³⁶⁾.

Outro padrão da maior consideração consubstancia-se no *Princípio da boa vontade ou da boa fé*⁽³⁷⁾ que também deverá ser integrado nesta provisão da estabilidade contratual pois de forma implícita preclui a faculdade de, unilateralmente, modificar ou extinguir o acordo efectuado entre as partes. Tal significa que o acordo deverá ser executado segundo o princípio da boa fé e da boa vontade. O mesmo é dizer que os outorgantes devem proceder, quer nas negociações (preliminares ou definitivas) quer na execução do acordo, com a maior lealdade e confiança recíprocas na intenção de contratar (boa fé subjectiva) e de acordo com os padrões socialmente aceites (boa fé objectiva). Ademais, nesta dimensão poder-se-á considerar que esta regra não impede a possibilidade da extinção unilateral do contrato mas demanda o pagamento de uma justa contrapartida no caso do seu término. Se as partes optarem pela escolha da lei internacional aplicável ao acordo, tal permite a utilização de argumentos de Direito Interna-

⁽³⁶⁾ Interpretação decorrente do caso *Amoco IFC vs Irão* citado por PETER CAMERON, *Stabilisation in Investment Contracts and changes of Rules in host countries: Tools for Oil and Gas investors*, cit., página 15, nota de fim de página n.º 26.

⁽³⁷⁾ Este paradigma encontra guarida no CC v.g. no seu Art.º 227 e a nível internacional no Art.º 1.7 da Convenção da UNIDROIT, com a epígrafe “*Boa-fé*”, da seguinte forma:

(1) *Cada uma das partes deve comportar-se segundo os ditames da boa-fé no comércio internacional.*

(2) *As partes não podem excluir essa obrigação, ou limitar-lhe o alcance.”*

cional Público, dos Princípios estruturantes da lei, e do ora mencionado Princípio da boa fé, recorrendo à arbitragem internacional⁽³⁸⁾.

O próprio investidor privado antes de proceder ao seu investimento deverá encetar um processo rigoroso de apuramento sobre a efectiva aplicabilidade das cláusulas de estabilidade nos Países em que pretende investir de modo a evitar surpresas e antecipar estratégias⁽³⁹⁾. Veja-se que, *summo rigore*, há pontos de vista distintos quanto ao valor legal e funcional destas cláusulas⁽⁴⁰⁾. Seja como for bem sabemos que nos acordos de exploração e produção petrolífera estamos perante um *simples contrato* e não um tratado. Para alguns, uma disposição desta natureza terá de ser enxergada quanto aos limites de não alienação das prerrogativas estatais ou como uma auto-limitação das suas competências legiferantes. Poderia ser o caso naquelas eventualidades em que é a própria previsão que expressamente interdita a nacionalização ou expropriação⁽⁴¹⁾ dos bens do investidor privado. Isto porque como é sabido são diversos os sistemas jurídicos que admitem, expressa ou tacitamente, esta

⁽³⁸⁾ Segundo DAVID ASMUS, JAY ALEXANDER e STEVEN HUNSICKER, *The Developed and Developing World- a look at legal issues facing the industry*, *Oil and Gas Financial Journal*, July, 2006, página 41, mesmo no caso de uma forte cláusula de estabilidade, acompanhada da internacionalização do contrato e dos direitos decorrentes da arbitragem internacional essas circunstâncias não constituem, por si só, garantias que uma reclamação de um investidor privado seja atendida. Isto porque os Governos irão sempre tentar neutralizar os argumentos advogando o princípio da “*permanente soberania*” sobre os seus recursos naturais. Para além disso, os Estados Hospedeiros costumam apresentar diversas teorias de invalidade dos contratos, alteração das circunstâncias, frustração do objectivo, renúncia, entre outros.

⁽³⁹⁾ Alerta-se que Países existem em que a cláusula de estabilidade não obtém o efeito jurídico pretendido como é o caso dos EUA.

⁽⁴⁰⁾ NWOKOLO, AMAECHI DAVID, chama a atenção para esta circunstância no seu trabalho *Is there a legal and functional value for the stabilisation clause in international petroleum agreements*, http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/car/html/car8_article27.pdf. Acesso em 13 de Setembro de 2009.

⁽⁴¹⁾ Sobre a expropriação dos investimentos na indústria petrolífera e debruçando-se sobre a vertente indirecta temos GEORGE JOFFÉ, PAUL STEVENS, TONY GEORGE, JONATAN LUX e CAROL SEARLE, *Expropriation of Oil and Gas Investments: Historical, Legal and Economic Perspectives in a New Age of Resource Nationalism*, *The Journal of World Energy Law and Business*, Volume 2, Número 1, 2009, páginas 3 a 23. Resta apurar se, por exemplo, quando o Estado ou os seus agentes resolvem alterar a interpretação jurídica do conteúdo de certas normas notoriamente mais desfavoráveis para o investidor não estará a proceder a uma verdadeira expropriação indirecta. Entendemos que sim.

figura⁽⁴²⁾. Como refere DAVID ASMUS, JAY ALEXANDER e STEVEN HUNSICKER⁽⁴³⁾, os investidores estão expostos a riscos de expropriação pelos Governos designadamente as “*creeping expropriation*” nas quais a parte do benefício financeiro do Governo é dilatado ou o controlo do Governo sobre os bens do investidor é ampliado. Porém aqui parece-nos que as NOC poderão representar um papel crucial designadamente na estabilidade fiscal dos contratos. Basta que procedam a um reajustamento pagando taxas adicionais da sua própria parte no lucro ou no *royalty* se se tratar de um PSA ou reembolsar directamente a IOC. A este propósito falamos em *expropriação indirecta*. Segundo certa interpretação dos tribunais para que a queixa com base nesse fundamento seja declarada procedente seria necessário que o investidor deixasse de ter o controlo das operações ou o valor do negócio tivesse sido aniquilado. Foi este o entendimento vertido no caso *Sempre vs. Argentina*⁽⁴⁴⁾. O mesmo trilho foi traçado em *PSEG vs. Turquia*⁽⁴⁵⁾ onde o tribunal requereu a necessidade de alguma forma de privação do controlo do investimento, a gestão diária das operações da empresa, interferência na administração, impedimento da distribuição de lucros, interferência na nomeação dos gestores, ou privação de parte ou da totalidade da propriedade e no caso *Eastern Sugar vs. Czech*⁽⁴⁶⁾.

Decorre do Direito Internacional Público que qualquer Estado não pode renunciar às suas prerrogativas de Estado soberano⁽⁴⁷⁾, pois é através delas que atinge a prossecução do interesse público. Daí que se o acordo de investimento cai no domínio público ou do

(42) Assim temos o art.º 13.º da Constituição Angolana.

(43) ASMUS, DAVID, JAY ALEXANDER e STEVEN HUNSICKER, *The Developing and Developing World — a look at legal issues facing the industry*, cit., páginas 40 a 41.

(44) *Sempre Energy International vs. Argentina*, ICSID Caso n.º ARB/02/16 (Argentina — Estados Unidos BIT), Award, 28 de Setembro de 2007.

(45) *PSEG Global et al. vs. Turquia*, ICSID Caso n.º ARB/02/5, Award, 19 de Janeiro de 2007.

(46) *Eastern Sugar BV vs. Czech*, SCC Caso n.º 088/2004 (Czech — Noruega BIT), Final Award, 12 de Abril de 2007.

(47) A respeito dos direitos de soberania e de propriedade vide PETER D. CAMERON, *Property Rights and Sovereign Rights: The case of North Sea Oil*, Academic Press, 1983.

Direito Administrativo deverá sempre ser encarado nos termos do quadro legal do Estado Hospedeiro. Por isso é que, como redigiram ABBA KOLO e THOMAS WÄLDE⁽⁴⁸⁾, os Governos veriam esses acordos não como meros contratos comerciais mas como genuínos instrumentos de políticas públicas que fazem depender o desenvolvimento económico nesses mesmos Estados. Para vivificar este desfecho certa erudição examina e alerta que toda a cláusula de estabilidade que contradiga normas imperativas de Direito Internacional (*ius cogens*) poderá não produzir os efeitos jurídicos pretendidos pelo investidor. Este parâmetro de soberania inclui o poder do Estado sobre os seus recursos naturais a ponto de se considerar que o direito à exploração desses recursos é absolutamente inalienável pelo que não poderá ser restringido por compromissos assumidos de forma convencional com o investidor privado⁽⁴⁹⁾. Uma

⁽⁴⁸⁾ KOLO, ABBA e THOMAS WÄLDE, *Renegotiation and Contract Adaptation in International Investments Projects — Applicable Legal Principle and Industry Practices*, *Journal of World Investment*, Volume 1, Julho de 2000, Número 1. Disponível na página 4 em http://www.transnational-dispute-management.com/samples/freearticles/tv1-1-article_49.htm. Acesso em 12 de Setembro de 2009.

⁽⁴⁹⁾ São diversos os textos que abordam a temática dos povos indígenas (esta expressão parece ter sido acolhida pela maioria dos autores consultados) à soberania permanente sobre os recursos naturais. Neste âmbito sugere-se a leitura da Conferência de ERICA IRENE A. DAES dada na *National Native Title Conference*, em Adelaide, no dia 3 de Junho de 2004 e que pode ser obtida através do endereço http://www.hreoc.gov.au/about/media/speeches/social_justice/natural_resources.html. A este respeito parece-nos preponderante a Resolução da OPEC XVI.90 de 24-25 de Junho de 1968 (*Declaração referente às políticas petrolíferas dos Estados Membros*). Tudo indica que este processo terá encontrado o seu momento mais dominante em 1952 altura em que se iniciou, na ONU, um longo processo de proclamação da *soberania nacional sobre os recursos naturais*. O primeiro passo terá ocorrido com a Resolução n.º 523 (VI) de 12 de Janeiro e n.º 626, ambas de 1952, aprovadas pela AGNU. Para uma leitura deste instrumento legal consulte-se <http://www1.umn.edu/humanrts/instreet/c2psnr.htm>, seguindo-se vários diplomas do qual se pode salientar a Resolução n.º 3 556, de 5 de Dezembro de 1980, na qual a ONU proclama a soberania permanente e plena de todos os Estados sobre os seus recursos naturais e as suas actividades económicas internas uma vez que o desenvolvimento acelerado exige um controlo eficaz por parte dos Países sobre o uso dos seus próprios recursos. Ademais, sugere-se a leitura de ALFREDO RUY BARBOSA, *A natureza jurídica da concessão para exploração de petróleo e gás natural*, *Temas de Direito do Petróleo e do Gás Natural II*, organizado por PAULO VALOIS PIRES, Editora Lúmen Júris, Rio de Janeiro, 2005, páginas 1 a 23. Disponível in <http://jus2.uol.com.br/Doutrina/texto.asp?id+5521>, página 4 de 13. Acesso em 16 de Agosto de 2009. Nessa sequência, vamos encontrar nas Constituições de alguns Países, de forma expressa, como é o caso Brasil no seu art.º 176 no 1.º Parágrafo, a ideia clara que os recursos naturais, inclusive os do subsolo, se tratam

das matérias mais sensíveis a este respeito prende-se com as questões fiscais⁽⁵⁰⁾. Segundo SILVANA TORDO⁽⁵¹⁾, neste âmbito, podemos falar em *cláusulas fiscais flexíveis, neutras e estáveis*. Um regime fiscal maleável trata-se daquele que possibilita ao Governo adoptar uma parte adequada da renda de acordo com certas condições de lucro. Tem a vantagem de estabelecer uma estrutura flexível e é permanentemente estável. Um regime neutro não instiga nem desincentiva o investimento e é considerado como um sistema económico eficiente sendo imparcial. Finalmente um regime estável traduz-se naquele que não varia durante um determinado ciclo temporal nem se prevê que ele se venha a transformar. São prodigiosas as regalias de um sistema fiscal firme em sede de investimento petrolífero. Entre outras, possui um colossal impacto na confiança dos negócios e afecta grandemente o nível de investimento. Podem ser utilizados nas concessões e nos sistemas contratuais⁽⁵²⁾. Aliás, *apud* LUÍS CEZAR P QUINTANS⁽⁵³⁾ “*uma das formas de garantir a manutenção das regras equilibradas seria a criação das chamadas “ tax stability clauses ” nos contratos administrativos firmados entre particulares e entidades publi-*

de bens da propriedade do Estado associada a preocupação da prossecução do chamado interesse público ou interesse nacional. Assim reza igualmente o art.º 12 da Constituição Angolana. Resta, pois, apurar se tais bens se consubstanciam em bens de domínio público ou uma genuína propriedade do Estado ou antes uma simples posse que “(...) traz como consequência certas prerrogativas jurídicas a favor do Estado. (...)”, como ensina QUEVEDO VEJA citado nesse trabalho. Ver igualmente MARILDA ROSADO DE SÁ RIBEIRO, *Direito do Petróleo As joint ventures na indústria do Petróleo*, Segunda edição actualizada e ampliada, Renovar, Rio de Janeiro, São Paulo, 2003, páginas 121 a 129.

⁽⁵⁰⁾ Vide PETER D. CAMERON, *Stabilisation in Investment Contracts and changes of Rules in host countries: Tools for Oil and Gas investors*, *cit.*, páginas 27 a 52.

⁽⁵¹⁾ TORDO, SILVANA, *Fiscal Systems for hydrocarbons — Design issues*, World Bank Working Paper n. 123, *cit.*, páginas 14 e 15.

⁽⁵²⁾ Segundo um estudo referenciado por SILVANA TORDO, *Fiscal Systems for Hydrocarbons — Design Issues*, *cit.*, páginas 14, de 110 países analisados 77% deles oferecia uma estabilidade fiscal. A aditar, noutro trabalho, efectuado pela *Deloitte* em nome da *Aberdeen and Grampian Chamber of Commerce*, temos a inclinação que a estabilidade fiscal constitui o primeiro factor determinante na confiança no investimento e no escalonamento das oportunidades de investimento.

⁽⁵³⁾ QUINTANS, LUÍS CEZAR P, *A cláusula de estabilidade tributária nos contratos publico-privados*, Jus Navigandi, Teresina, Ano 9, n.º 561, 19 de Janeiro 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id+6186>>. Acesso em 16 de Agosto de 2009.

cas, e em especial nos contratos de concessão para a exploração, desenvolvimento e produção de petróleo, gás natural, minerais, recursos hídricos, entre outros”. Assim esta disposição de estabilidade tributária⁽⁵⁴⁾ iria permitir que os licitantes, que posteriormente passam a concessionários, tivessem de orçar projectos de investimento sem quaisquer sobressaltos e desse molde seria uma maneira de se obter a almejada estabilidade e segurança jurídica na relação económica e comercial entre o Estado Hospedeiro e o investidor privado⁽⁵⁵⁾. Tudo para concluir que, do ponto de vista do investidor, existe sempre uma procura no sistema fiscal de maneira a que possa permitir um número mínimo de investimento inicial taxado, a possibilidade de repatriar os lucros para o País de origem do investidor, e uma política geral que seja transparente e previsível. Pretende-se que seja igualmente segura, fundada nos parâmetros internacionais reconhecidos pela indústria petrolífera, bem como fundada num maturado sistema jurídico que possa dar confiança a qualquer investidor.

1.3. A violação da cláusula de estabilidade: algumas consequências, de facto e de direito, para o contrato de investimento petrolífero

É conhecido que os Estados Hospedeiros possuem certas formas de unilateralmente introduzirem medidas nos contratos de investimento. Essa faculdade vulgarmente decorre da própria lei petrolífera em vigor nesse mesmo Estado. Vejamos quais as consequências mais comuns desse facto. Sempre que um contrato de investimento não seja cumprido pelo Estado Hospedeiro o investi-

⁽⁵⁴⁾ Note-se que também é costume falar-se em cláusula de estabilidade nos contratos de trabalho.

⁽⁵⁵⁾ No Brasil o regime jurídico actualmente em vigor não permite a aplicação da previsão de estabilidade financeira como nos relata LUÍS CEZAR P QUINTANS, *A cláusula de estabilidade tributária nos contratos publico-privados*, cit., e ANTÓNIO CORREIA DE PINHO, *Impostos, Impostos, Impostos, Brasil Energia, Outubro de 2003*. Disponível em <<http://www.energiahoje.com/brasilenergia/noticiario/2003/10/01/270322/antonio-correia-de-pinho>>. Acesso em 16 de Agosto de 2009.

dor privado poderá recorrer aos remédios jurídicos disponíveis. Este poderá optar pelos mecanismos de resolução contratual dos conflitos existentes e fundamentar-se nas leis de investimento privado (quando aplicáveis) que algumas vezes permitem o recurso a um tribunal arbitral neutral. Podem ainda optar, por acordo⁽⁵⁶⁾, pelo recurso à figura da arbitragem internacional⁽⁵⁷⁾. Estatisticamente a larga maioria dos litígios entre o Estado e um investidor estrangeiro encontram-se sob a alçada do ICSID, ou das regras da UNICITRAL ou por Tribunais Arbitrais *ad hoc*. Note-se que para tal poderá ser necessário averiguar, caso a caso, como questão prévia, sobre a possibilidade de se recorrer ao Tribunal arbitral, nacional ou internacional, no caso de uma concessão. Isto porque é patente que sistemas jurídicos existem que consideram que neste domínio subsiste um *princípio de indisponibilidade do interesse público*, limitando-se desta forma a área objectiva da própria arbitragem⁽⁵⁸⁾. Sendo certo que na contingência do contrato de investimento possuir uma disposição de estabilidade qualquer medida referente a segurança social poderá ser vista, em concreto, como uma expropriação⁽⁵⁹⁾ que precisa de ser compensada devidamente ao investidor privado. A este propósito é praxe salientar o *leading*

(56) Sobre o consentimento da arbitragem recomendamos a leitura do texto de CRISTOPH SCHREUER, *Consent to Arbitration*, TDM, Volume 2, Número 5, Novembro de 2005.

(57) Ver FREDERICO ORTINO, *Latest developments in investor — state dispute*, IIA Monitor n.º 1 (2008) International Investment Agreements, United Nations Conference on Trade and Development, Geneva, disponível igualmente na Internet e TODD WEILER, *International Investment Law and arbitration, Leading cases from ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, Cameron May Ltd. International Law and Policy, 2005, Inglaterra.

(58) É o caso da legislação portuguesa quanto aos direitos indisponíveis (art.º 1 da Lei 31/86, de 29-08 conhecida como LAV), a angolana (art.º 1, n.º 1 da LAV) a italiana (sempre que não possa ser objecto de transacção — art.º 806 do CPC), francesa, no que tange a matérias de interesse público (art.º 2060 do CC), brasileiro (art.º 43 da Lei de Petróleos e art.º 1 da Lei 9.307/96), como alertam JOAQUIM DE PAIVA MUNIZ e DANIELLE GOMES ALMEIDA, *Os limites da arbitragem nos contratos relacionados à exploração e produção de Petróleo e Gás Natural*, no livro organizado por PAULO VALOIS PIRES, *Temas de Direito do Petróleo e do Gás Natural II*, Editora Lúmen Júris, Rio de Janeiro, 2005, páginas 145 a 159.

(59) Sobre a noção geral de expropriação consultar CRISTOPH H. SCHREUER, *The concept of expropriation under the ECT and other Investment Protection Treaties*, TDM, Volume 2, Número 5, Novembro de 2005, páginas 105 a 169.

case consubstanciado no caso *Methanex Corporation vs. os Estados Unidos*⁽⁶⁰⁾: “...as a matter of general international law, a non-discriminatory regulation for a public purpose, which is enacted in accordance with due process and, which affects, inter alios, a foreign investor or investment is not deemed expropriatory and compensable unless specific commitments had been given by the regulating government to the then putative foreign investor contemplating investment that the government would refrain from such regulation.” O Tribunal julgou que uma regulação não discriminatória que tenha sido adoptada tendo em conta o interesse público e de acordo com o devido processo não deverá ser encarada como uma verdadeira expropriação. Todavia, certo é que o Estado Hospedeiro poderia ter efectuado um compromisso específico refreando tal regulamentação mediante a inserção de uma cláusula de estabilidade. E, nesse caso, a regulamentação do Estado já poderia ser apelidada de expropriação. A ideia base é que o Governo Hospedeiro, sempre que se veja envolvido numa situação de nacionalização ou expropriação⁽⁶¹⁾ não possa, por si só,

⁽⁶⁰⁾ Informações prestadas por FIONA MARSHALL e DEBORAH MURPHY, *Climate change and international Investment Agreements: obstacles or Opportunities-Draft for discussion*, publicado pelo *International Institute for Sustainable Development*, 2009, página 35.

⁽⁶¹⁾ Fala-se em *expropriação directa* principalmente naqueles famigerados casos de nacionalismo que desenharam as décadas de 70 e 80. Porém, as disputas mais recentes estão vulgarmente associadas ao fenómeno conhecido por *expropriação indirecta*. A expropriação consiste numa privação de riqueza, que pode ser directa quando o investimento é nacionalizado ou directamente expropriado mediante a transferência de título. A nível internacional é pacífica a ideia de que tendo em conta a medida de compensação legal por essa transferência de propriedade exige-se o correspondente pagamento pelo Estado ao investidor expropriado de uma justa indemnização. Podemos igualmente vislumbrar outras circunstâncias em que se assista à interferência do Estado no uso da propriedade ou no gozo de benefícios do investidor ainda que o título legal de propriedade não seja afectado. Esses procedimentos produzem efeitos similares à comum expropriação ou nacionalização e tomam a designação referenciada neste trabalho de *expropriação indirecta*, de facto ou “*creeping expropriation*”. Assim explicou CATHERINE YANNACAS-SMALL, *Indirect expropriation and the Right to regulate in international Investment law*, OECD, Working papers on international investment, Número 2004/4, Setembro de 2004, páginas 3 e 4. Existem alguns textos legais que fazem menção a esta figura, designadamente alguns BIT’s, Secção IV do Relatório de 1992 *World Bank Guidelines*, 1994 ECT (art.º 13), NAFTA (art.º 1110), CEDH, (art.º 1 do Primeiro Protocolo concluído em 1952 mas que entrou em vigor em 1954), Convenção da OECD 1967 (art.º 3) e, segundo a

invocar a prerrogativa da sua soberania de modo a poder excluir a matéria referente ao contrato da jurisdição do Tribunal arbitral. Nestas hipóteses, o árbitro poderá determinar que, não obstante a lei internacional reconhecer o direito do Governo a nacionalizar ou expropriar certos bens tal inclinação não significa que aquele não possa assumir o correspondente compromisso que tinha assumido com o investidor privado ou liquidar uma justa compensação⁽⁶²⁾. Aliás, basta ter presente a imposição de determinadas obrigações fiscais que não existiam e que venham a alterar a estrutura económica equilibrada existente entre as partes à data da execução do contrato. Aqui a experiência e a prática têm demonstrado, à sociedade, que mais vale alegar em sede de tribunal arbitral a violação do princípio do justo e equitativo que expropriação indirecta propriamente dita. A introdução de uma cláusula desta natureza no contrato terá directas consequências para a resolução do caso em tribunal sempre que seja chamado a dirimir uma disputa sobre se se verificou *in casu* uma violação do *paradigma do tratamento justo*

mesma, os critérios poderão ter a ver com o grau de interferência com os direitos de propriedade designadamente um impacto severo em termos económicos ou a duração da regulação, o tipo de medidas governamentais, ou uma interferência na medida avaliada em termos de razoável expectativa de retorno do investimento como decorre de páginas 9 a 20 desse seu trabalho. Em termos de decisões são diversos os casos conhecidos, alguns apontados por PETER D. CAMERON, *Stabilisation in Investment Contracts and changes of Rules in host countries: Tools for Oil and Gas investors, cit.*, principalmente a páginas 59 a 69.

(62) Nestas circunstâncias os lesados serão compensados com o valor patrimonial dos bens retirados. Tratando-se de violações do contrato, e tirando algumas hipóteses específicas, os queixosos deverão ser devidamente compensados com a atribuição de uma indemnização que os deveria colocar na mesma situação não fora a lesão. Mas a concessão da indemnização tem limites quando os danos não eram previsíveis ou são muito remotos para serem concedidos. A este respeito MICHAEL PRYLES fala no famoso caso *Hadley vs. Baxendale* e ainda no caso *Sapphire Int. Petroleum Ltd vs. National Iranian Oil Company*, in *Lost Profit And capital Investments*, 2008, página 1, http://www.arbitration-icca.org/articles.html?author=Michael_Pryles&sort=author. Acesso em 5 de Setembro de 2009. Ainda a respeito deste *leading case* datado de 1854 temos ROBERT J. INCOLINGO, *Liability: Where does it come from and where does it end?*, http://www.irinfo.org/articles/article_2_2004_incolingo.html. Acesso em 5 de Setembro de 2009. A respeito da compensação adequada, o seu *standard*, e a sua aplicação referiram-se GEORGE JOFFÉ, PAUL STEVENS, TONY GEORGE, JONATHAN LUX e CAROL SEARLE, *Expropriation of oil and gas investments: historical, legal and economic perspectives in a new age of resource nationalism, cit.*, páginas 3 a 23.

e equitativo quanto à promoção do investimento estrangeiro equitativo. Por exemplo, no caso *Siemens vs. Argentina*⁽⁶³⁾ constatamos que o Tribunal considerou que esta expressão visava proteger e promover o investimento estrangeiro. O mesmo problema foi debatido no caso *PSEG vs. Turquia*⁽⁶⁴⁾, *Enron vs. Argentina*⁽⁶⁵⁾, *MCI Power Group vs. Equador*⁽⁶⁶⁾ e em *Parkerings- Compagniet AS vs. Lituânia*⁽⁶⁷⁾. A acrescer, este conceito é da maior relevância, não só em sede teórica como prática, pois as pré-decisões do investidor fundamentam-se em certos pressupostos comerciais que o Estado Hospedeiro não pode nem deve ignorar. É comumente conhecido que um dos elementos integrantes de qualquer paradigma do tratamento justo e equitativo e consequentemente a protecção contra o tratamento arbitrário ou discriminatório significa que o Estado Hospedeiro tem a exacta obrigação de respeitar as chamadas *legítimas expectativas*⁽⁶⁸⁾ do investidor quando este

(63) *Siemens A.G. vs. Argentina*, ICSID Caso n.º ARB/03/28 (Argentina Alemanha BIT), Award, 6, Fevereiro de 2007.

(64) *PSEG Global et al. Vs. Turquia*, ICSID Caso n.º ARB/02/5, Award, 19 de Janeiro de 2007.

(65) *Enron Corporation and Ponderosa Assets L.P. vs. Argentina*, ICSID Caso n.º ARB/01/3 (Argentina- Estados Unidos BIT), Award, 22 de Maio de 2007.

(66) *M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine, Inc vs. Equador*, ICSID Caso n.º ARB/03/6 (Equador — Estados Unidos BIT), Award, 31 de Julho.

(67) *Parkerings — Compagniet AS vs. Lituânia*, ICSID Caso n.º ARB/05/08 (Lituânia Noruega BIT), Award, 11 de Setembro de 2007.

(68) Somos da opinião que os direitos adquiridos consubstanciam um verdadeiro direito subjectivo e concreto. Esta matéria é muito clara no âmbito desta complexa temática que nos propusemos tratar pois diz-se que o titular de um direito adquirido, seja ele uma pessoa singular ou colectiva, está, em regra, protegido de futuras mudanças legislativas que regulamentam o acto ou o contrato pelo qual nasceu o seu direito, pois esse direito já se encontra integrado no seu património ainda que não tenha sido exercido pelo respectivo titular. A este respeito debruçou-se SAVIGNY e a escola italiana encabeçada por CARLO FRANCESCO GABBA, *Teoria della retroattività delle leggi*, I, Terceira edição, Torino 1891-99, página 19, citado por TEREZA APARECIDA ASTA GEMIGNANI, *O direito adquirido e a republicação do Estado*, Estudo multidisciplinar, *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15.ª Região*, Campinas, São Paulo, n.º 10, página 68, 2000. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/19109>. Acesso em 16 de Agosto de 2009. O titular do direito adquirido verá sempre o seu direito protegido mesmo que surja uma norma contrária à primeira lei, de onde deriva o seu direito. Parece-nos igualmente certo que o conceito de direito adquirido no seu sentido mais lato engloba a ideia de estabilidade jurídica. Mas para tal é sempre necessário apurar se existe, de facto, um direito adquirido. Isto porque os seus requisitos e eficácia dependerão sempre do ordena-

decide realmente investir. Mas aqui é preciso delimitar se estamos perante as legítimas expectativas, ou meras expectativas de Direito, ou de um verdadeiro direito adquirido. Isto porque, como é do conhecimento geral, a mera expectativa traduz-me apenas numa simples esperança de vir a adquirir o direito, enquanto que um *direito adquirido* consubstancia uma realidade perfeitamente diferenciável e não limitada. Parece-nos que no que tange a este ponto a própria doutrina e terminologia é assaz oscilante. Outrossim, este paradigma deverá actuar em consonância directa com o *princípio da não discriminação no tratamento dos investidores*. No caso *Parkerings e Lituânia*⁽⁶⁹⁾ o tribunal decidiu que uma cláusula de estabilidade num contrato de investimento poderá corroborar com a legítima expectativa do investidor de que o seu investimento jamais será influenciado de forma negativa pelas mudanças legislativas. Assim sendo, uma quebra de cumprimento por não honrar uma cláusula desta indole poderá ocasionar uma resolução judicial que ateste que se assistiu a uma quebra do *princípio do tratamento justo e equitativo*⁽⁷⁰⁾.

mento jurídico em questão. *Vide* por exemplo o caso Angolano e o art.º 92 da LAP. Pergunta-se então: será que é necessário encontrar uma norma constitucional para asseverar que o mesmo é de facto protegido por lei? Em bom rigor, havendo esse respaldo, constitucional de preferência, ou a outro nível, dúvidas não surgirão. Por exemplo, no Brasil, onde se verifica uma extensíssima bibliografia sobre este assunto a compreensão da existência deste instituto associa-se à ideia de intangibilidade que mereceu acolhimento constitucional desde 1934. Estes direitos foram omitidos na Carta de 1937 mas restaurados em 1946. E vigora até aos dias de hoje no actual art.º 5, XXXVI/CF da Constituição de 1988 na qual se menciona; “*A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*”. Falamos de um direito adquirido, protegido constitucionalmente, e não uma mera expectativa jurídica, desprotegida geralmente por lei. Note-se que esta noção não é, todavia, unívoca. Como resulta de um parecer publicado no *BMJ* n.º 434, página n.º 6, do Conselho Consultivo da PGR de Portugal: “*O princípio do respeito dos direitos adquiridos releva no quadro da sucessão de leis no tempo em termos de proibição de retroactividade, ainda que inautêntica, na medida em que ofenda de maneira intolerável e injustificada os princípios da segurança e confiança jurídicas, corolários do princípio de Estado de Direito democrático, a que se reporta o n.º 2 da Constituição da República Portuguesa — CRP*”.

⁽⁶⁹⁾ *Parkerings — Compagniet vs. Lituania*, ICSCID Caso N.º ARTB/05/08, 11 de Setembro de 2007, mencionado por FIONA MARSHALL e DEBORAH MURPHY, *Climate change and international Investment Agreements: obstacles or Opportunities — Draft for discussion*, *cit.*, página 36.

⁽⁷⁰⁾ SCHREUER, CRISTOPH H., *Fair and Equitable Treatment (FET): interactions with other standards*, *TDM*, Volume 4, Número 5, Setembro de 2007, e do mesmo

A crescer, saliente-se ainda, o *princípio da segurança das relações jurídicas* e sujeição obrigatória dos Estados e dos particulares ao Estado Democrático de Direito⁽⁷¹⁾. A disposição jurídica geral da segurança jurídica, de acordo com o autor argentino JORGE REINALDO VANOSSI⁽⁷²⁾, trata-se do conjunto de condições que tornam possíveis às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências directas dos seus actos e dos factos à luz da liberdade que lhes é reconhecida. Aqui a pessoa tem a certeza que as relações jurídicas realizadas sob a égide de certa norma jurídica devem perdurar ainda que tal disposição venha a ser revogada, de forma expressa ou tácita. No caso peculiar dos contratos de investimentos a ausência desta segurança poderá inclusivamente constituir um grande entrave quanto à injeção de novos capitais no País Hospedeiro. Nestes Estados democráticos o seu comportamento deve igualmente pautar-se por um comportamento exemplar, contido na chamada *boa governação*, fundado nos ideais da transparência, na já aludida protecção das legítimas expectativas do investidor, liberdade, processo devido e boa fé. E tendo sempre em vista os interesses públicos e da colectividade⁽⁷³⁾. Daí que uma nova lei⁽⁷⁴⁾ só deve ser aplicada para o futuro e não a relações jurí-

Autor *Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice, The Journal of World Investment & Trade* (2005), volume 6, issue 3, páginas 357 a 386, e *Fair and Equitable Treatment, TDM*, Volume 2, Número 5, Novembro de 2005. Igualmente disponível em <http://www.fdimoot.org/iip/Reading5b2.pdf>. Acesso em 18 de Setembro de 2009.

⁽⁷¹⁾ Assim relembra VALMIR PONTES FILHO, *Direito adquirido ao regime da aposentaria (o princípio da segurança das relações jurídicas, o direito adquirido e a expectativa de Direito)*, Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, Número 7 — Setembro/Outubro/Novembro 2006 — Salvador-Bahia-Brasil, Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 14 de Agosto de 2009, cujo objectivo consiste essencialmente na realização da harmonia e progresso social, benefícios que não poderão existir sem a correspondente estabilidade.

⁽⁷²⁾ Autor de *El Estado de Derecho en el Constitucionalismo Social* citado por CHARLLES MAX M. DA ROCHA, num texto intitulado *Direito adquirido e estabilidade*, elaborado em Novembro de 1995, originalmente publicado no *libertas*, órgão informativo da UFPI, Ano 1.º, n.º 1, edição de 1 de Novembro de 1996. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=378>. Acesso em 15 de Agosto de 2009.

⁽⁷³⁾ Por isso não poderemos concordar por Mark Twain que a certa altura terá dito que “*em questões de Estado cuide das formalidades e pode esquecer as moralidades.*”

⁽⁷⁴⁾ Imaginemos a criação de uma nova lei que venha a estabelecer o pagamento de uma licença ambiental. Esta apenas poderá ser aplicada aos projectos futuros e não aos pendentes.

dicas já passadas ou ainda em execução. Como assevera em termos conclusivos LEON FREJDA SZKLAROWSKY⁽⁷⁵⁾ “(...) *qualquer reforma legislativa ou imposição do Estado, deve levar em consideração as garantias e os direitos fundamentais.*”

Ainda a este propósito é curial fazer-se alusão a outro paradigma jurídico conhecido como *princípio da ordem pública*⁽⁷⁶⁾. E como já terá levantado GABBA⁽⁷⁷⁾: “*quem é que poderá traçar a linha entre a ordem privada e a ordem pública?*”. *Summo rigore* poderíamos asseverar que todas as normas assentam em critérios de ordem pública e devem com ela compaginar-se. Isto para esclarecer que o efeito retroactivo é, por definição, um acto gerador de efeitos contrários ao fim do Direito cujo objectivo consiste na realização da harmonia, justiça e paz social. Estes benefícios não poderão existir sem a correspondente estabilidade. As relações humanas só se desenvolvem solidamente sempre que há estabilidade e segurança. A incerteza operada pela eventualidade do legislador mudar a lei em certos casos ocasionaria uma comprovada anarquia e paralisação social. Por isso é que tal garantia pode ser classificada, como terá dito o Conde GRANIER⁽⁷⁸⁾, como a “*própria moral da legislação*”. Assim, poderíamos inclusivamente, pelo menos em tese, enquadrar os direitos adquiridos como sendo uma norma de ordem pública. Mas aqui a doutrina está longe de ser unânime. O que dizer no caso de oposição entre esses dois conceitos? A este propósito maioritariamente conclui-se primeiramente que o efeito ordinário da lei é o imediato e para o futuro. Se a relação de conflito referir-se a um interesse particular prevalece o critério de respeito pelos direitos adquiridos. No caso de conflito

(75) SZKLAROWSKY, LEON FREJDA, *Irretroatividade da lei, Jus navigandi*, Teresina, ano 7, n.º 66, Junho de 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4190>> Acesso em 22 de Agosto de 2009.

(76) Este princípio poderá ser consagrado quer em termos internos quer em sede internacional. A este respeito temos o art.º 280, n.º 2 e o art.º 22 ambos do CC Angolano e Português.

(77) GABBA referenciado por TEREZA APARECIDA ASTA GEMIGNANI, *O direito adquirido e a republicação do Estado*, cit., página 67, 2000. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/19109>. Acesso em 16 de Agosto de 2009.

(78) GRANIER(1815) citado por TEREZA APARECIDA ASTA GEMIGNANI, *O direito adquirido e a republicação do Estado*, cit., página 68, 2000. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/19109>. Acesso em 16 de Agosto de 2009.

entre o direito adquirido e a aplicação de uma norma que se reporta à ordem pública a decisão deverá atender prioritariamente aos interesses do bem comum. Contudo, ainda que se trate de matéria relativa ao interesse público não pode existir retroactividade se a lei nova não contiver determinação expressa e inequívoca de respeito pelos direitos adquiridos. Assim sendo, é assaz importante ter presente o verdadeiro conceito de ordem pública como aquele que preserva o bem comum evitando-se confundir com outros cenários não confundíveis e que só aparentemente se tratam de interesse público⁽⁷⁹⁾. Preservar o direito adquirido significa na nossa óptica resguardar o primado da segurança, estabilidade e certeza do Direito que consiste na previsibilidade das consequências jurídicas de certo acto jurídico. Isto sem prejuízo do facto da alteração de algumas regras jurídicas serem absolutamente essenciais para dar resposta às rápidas mudanças que surgem em qualquer sociedade. Seja como for não se pode admitir a aplicação de uma lei nova que pressuponha a não existência de uma lei anterior, já consolidada ou ainda em execução mormente quanto aos seus efeitos jurídicos. Se o contrato de investimento internacional possui um dos paradigmas substantivos⁽⁸⁰⁾ do Direito Internacional do Investimento substanciado na chamada “*cláusula guarda-chuva*”⁽⁸¹⁾ (“*umbrella clauses*”)⁽⁸²⁾ uma violação do Estado Hospedeiro da cláusula de

(79) A respeito da transparência existe um foro chamado *Iniciativa de Transparência das Indústrias Extractivas (ITIE)* que visa promover a acção de Governos e companhias sobre a transparência das receitas e despesas provenientes dos recursos naturais.

(80) Esta designação é de RUDOLF DOLZER, Professor da Universidade de Bona e CHRISTOPH SCHREUER, Professor de Direito Internacional da Universidade de Viena, autores de *Principles of International Investment Law*, Fevereiro de 2008, Oxford University Press.

(81) Tradução nossa (literal). Segundo KATIA YANNACA-SMALL, *Interpretation of the umbrella clause in investment agreements*, OECD, Working papers on international investment, Number 2006/3, Outubro de 2006 esta expressão poderá assumir outras conhecidas designações como “*mirror effect*”, “*elevator*”, “*parallel effect*”, “*sanctity of contract*”, “*respect clause*” e “*pacta sunt servanda*”.

(82) Sobre a interpretação desta cláusula parecem-nos cruciais os textos elaborados por MAHNAZ MALIK, no seu trabalho *The Expanding Jurisdiction of Investment-State Tribunals: Lessons for Treaty Negotiators*, Issues in International Investment Law, Background Papers for the Developing Country Investment Negotiators’ Forum, Singapura, 1 e 2 de Outubro de 2007, KATIA YANNACA-SMALL, *Interpretation of the umbrella clause in investment agreements*, OECD, Working papers on international investment, Number

estabilidade num contrato de investimento poderá ser encarada como um genuíno incumprimento contratual⁽⁸³⁾. O que pode variar é a terminologia utilizada bem com a respectiva interpretação, que pode ser mais ou menos abrangente como veremos mais adiante. E essa circunstância tem tido diversos tipos de consequências jurídicas designadamente uma constante e desaconselhável, diríamos nós, variação a nível interpretativo. Os tribunais têm tido diferentes e por vezes divergentes opiniões v.g. sobre se uma cláusula típica dos Tratados de Investimentos Bilaterais ou Bilateral Investment Treaty (BIT), que se referem a observância de obrigações, poderão transformar a comprovada violação do contrato numa infracção de um pacto ou Tratado⁽⁸⁴⁾. Com efeito, parece-nos que sempre que um Estado Hospedeiro infringe os direitos garantidos ao investidor estrangeiro pelos BIT viola normas de direito costumeiro internacional bem como quebra as obrigações decorrentes de um Tratado que possuía com o Estado de onde provém o investidor. A este propósito saliente-se que a Suíça, a Holanda, o Reino Unido e a Alemanha geralmente incluem uma cláusula deste tipo nos BIT, ao passo que a França, Austrália e Japão apenas incluem tal disposição numa larga minoria dos contratos. Tudo indica que o Canadá jamais incluiu uma previsão desta natureza nos BIT⁽⁸⁵⁾. Estas cláusulas são geralmente redigidas da seguinte forma: “*Cada parte deverá observar qualquer obrigação em que tenha incorrido*

2006/3, Outubro de 2006, e THOMAS WÄLDE, *The umbrella clause in investment arbitration — A comment on original intentions and recent cases*, *The Journal of World Investment and Trade*, Volume 6, n.º 2, Abril de 2005, Genebra. Para efeitos de apreciação histórica do instituto em apreço recomenda-se a leitura de A.C. SINCLAIR, *The origins of the umbrella Clause in the International Law Investment Protection*, *Arbitration International 2004*, Volume 20.º, Número 4, páginas 411 a 434.

⁽⁸³⁾ Segundo MAHNAZ MALIK, *The Expanding Jurisdiction of Investment-State Tribunals: Lessons for Treaty Negotiators*, cit., página 2, rodapé n.º 2, existem aproximadamente mais do que 250 disputas conhecidas entre um investidor e um Estado sendo que mais de dois terços desses conflitos surgiram depois do ano de 2001.

⁽⁸⁴⁾ A este propósito MAHNAZ MALIK, *The Expanding Jurisdiction of Investment-State Tribunals: Lessons for Treaty Negotiators*, cit., página 5 fala na magia destas disposições ao terem a virtualidade de transformarem uma mera violação contratual numa queixa de um Tratado fundado em contrato.

⁽⁸⁵⁾ Dados avançados por KATIA YANNACA-SMALL, *Interpretation of the umbrella clause in investment agreements*, OECD, Working papers on international investment, Número 2006/3, Outubro de 2006, páginas 5-6.

tendo em conta o investimento”. Estima-se que existem actualmente mais do que 2 500⁽⁸⁶⁾ BIT⁽⁸⁷⁾ e nestes aproximadamente 40% possuem uma previsão desta índole. Todavia, teremos de concordar que com a expressão ora em apreço constatamos que existe larga margem para uma certa incerteza interpretativa quanto ao sentido preciso a dar sempre que se refere a “*qualquer obrigação*”. Nesta sede podemos diferenciar uma interpretação mais restrita ou mais abrangente consoante as circunstâncias. Numa dada interpretação mais generosa, digamos assim, poderemos vislumbrar que a ideia é converter todos os compromissos do Estado Hospedeiro, sejam eles contratuais, legislativos ou de outra natureza qualquer, numa genuína obrigação de cariz internacional como se decorresse da violação de uma obrigação de um tratado. Esse entendimento mais lato tem a nossa adesão ainda que saibamos de antemão que esta tese apresenta diversas fragilidades designadamente a desvantagem de não fazer a clara distinção entre o que deve ser enquadrado como ordem nacional e internacional e ainda parece permitir uma grande concessão dos Estados em termos de abrir mão da sua soberania nacional encarada no seu sentido mais clássico. Uma voz que sustenta este raciocínio poderemos encontrar no caso *Eureka vs. Poland*⁽⁸⁸⁾: “*O verdadeiro e comum sentido de uma provisão que prescreve que um Estado deverá observar*

⁽⁸⁶⁾ Cifra fornecida por GILL, GEARING e BIRT, *Contractual Claims and Bilateral Investment treaties: A comparative Review of the SGS Cases* (2004 21:5 J. Int Arb. 307) como nota de rodapé n.º 31 e reiterada por MAHNAZ MALIK, *The Expanding Jurisdiction of Investment-State Tribunals: Lessons for Treaty Negotiators*, cit., especialmente páginas 6 (vide comentários efectuados de páginas 8 a 11). Igualmente acessível em <http://www.iisd.org/investment/capacity/dci_forum_2007.asp>. Acesso em 17 de Outubro de 2009.

⁽⁸⁷⁾ Estes não são uniformes. Alguns deles apenas cobrem disputas concernentes a obrigações decorrentes do acordo especificamente em questão, outros estendem a jurisdição para qualquer litígio relacionado com investimentos, outros fazem nascer uma obrigação internacional que compele o Estado Hospedeiro a “*cumprir com qualquer obrigação a que se tenha comprometido*” ou “*constantemente garantir a observância dos compromissos a que se obrigou*”, ou “*a observar qualquer obrigação que tenha assumido*” ou outras expressões do género.

⁽⁸⁸⁾ *Eureka BV vs. Poland*, de 19 de Agosto referida por FIONA MARSHALL e DEBORAH MURPHY, *Climate change and international Investment Agreements: obstacles or Opportunities- Draft for discussion*, publicado pelo International Institute for Sustainable Development, 2009, página 36.

qualquer obrigação contratual que tenha assumido relativamente a certos investimentos estrangeiros não é obscura. As expressões "deve observar" traduzem uma obrigação imperativa e categórica referindo-se a qualquer tipo de obrigação, e não as de certo tipo, em que tenha incorrido perante o investidor"⁽⁸⁹⁾. Entre outras possíveis inclinações esta orientação permite ao investidor o direito de trazer à colação quaisquer clivagens contratuais com o Estado Hospedeiro num tribunal arbitral internacional bem como nos tribunais judiciais estaduais. Mas nem sempre foi assim. A primeira abordagem de um tribunal relativamente a esta disposição *guarda-chuva* tinha uma visão muito mais restritiva⁽⁹⁰⁾. No caso *SGS vs. Paquistão*⁽⁹¹⁾ o tribunal considerou que não se poderia interpretar no sentido que essa cláusula pretendia converter essa obrigação num compromisso similar ao vertido num Tratado internacional. Por isso é que decidiu que, em suma: *"(...)acreditamos que a prova clara e convincente deveria ser efectuada pelo reclamante (investidor, entenda-se) que essa era exactamente a vontade das partes no Tratado Suíço-Paquistanês de Protecção do investimento."* O caso de *El Paso vs. Argentina*⁽⁹²⁾ ficou aglures entre os

⁽⁸⁹⁾ Tradução nossa. O mesmo entendimento mais lato vamos encontrar no caso *SGS vs. Philippines, Noble Ventures, Inc vs. Romania e LG&E vs. Argentina* como explicou MAHNAZ MALIK, *The Expanding Jurisdiction of Investment-State Tribunals: Lessons for Treaty Negotiators*, cit., página 11.

⁽⁹⁰⁾ Como relembra KATIA YANNACA-SMALL, *Interpretation of the umbrella clause in investment agreements*, cit., não obstante esta cláusula ser conhecida desde 1950 onde já constava no Art.º 4 da Convenção conhecida como *1956-1959 Abs Draft International for the Mutual Protection of Private Rights in Foreign Countries* e os seus efeitos serem largamente discutidos na doutrina e literatura o que parece certo é que só com o caso *SGS — Société Generale de Surveillance, SA vs. Paquistão* é que a mesma começou efectivamente a ser testada.

⁽⁹¹⁾ *SGS — Société Generale de Surveillance, SA vs. Paquistão*, caso ICSID, de 6 de Agosto de 2003 citado por FIONA MARSHALL e DEBORAH MURPHY, *Climate change and international Investment Agreements: obstacles or Opportunities — Draft for discussion*, cit., página 37.

⁽⁹²⁾ *El Paso Energy International Company vs. the Argentine Republic*, ICSID case N.º ARB/03/15, de 27 de Abril de 2006 citada por FIONA MARSHALL e DEBORAH MURPHY, *Climate change and international Investment Agreements: obstacles or Opportunities- Draft for discussion*, cit., página 37. Outros casos existem que corroboraram esta visão mais restrita como foi o caso de *Salini vs. Jordan* ou *JoyMining vs. Egypt* como descreve MAHNAZ MALIK, *The Expanding Jurisdiction of Investment-State Tribunals: Lessons for Treaty Negotiators*, cit., página 9.

dois extremos das posições, mas pendendo para uma visão mais estreita sobre esta matéria, concatenando com as cláusulas de estabilidade, decidindo da seguinte forma: “...*Da leitura da cláusula guarda-chuva lida em concordância com o Artigo VII não resulta a interpretação da extensão da protecção da violação das regras do Tratado a qualquer acordo comercial de que o Estado faça parte... mas poderá cobrir outras obrigações contratuais adicionais aceites pelo Estado soberano como é o caso de inserção de uma cláusula de estabilidade num contrato de investimento*”⁽⁹³⁾.

Tudo isto para demonstrar que, independentemente da posição adoptada, as hipóteses acima transcritas revelam claramente que, tirando a posição mais conservadora como sucedeu no caso *SGS vs Paquistão*, uma cláusula de estabilidade, sendo um compromisso efectuado pelo Estado Hospedeiro perante o investidor, terá sempre de ser considerada como uma previsão âncora “*guarda-chuva*” em qualquer contrato de investimento internacional. Ou seja, uma previsão de estabilidade poderá sempre funcionar como uma funcional arma poderosa no prolixo arsenal do investidor privado desde que redigida de uma forma clara e sejam inseridas nos contratos de investimento todas as consequências jurídicas possíveis bem como a inserção de cláusulas jurídicas transparentes quanto à resolução de eventuais conflitos entre o investidor e o Estado.

1.4 O efeito substancialmente moralizador da inserção de uma cláusula de estabilidade nos contratos petrolíferos

Actualmente não é totalmente líquida a ideia dos vários autores da importância e função de uma cláusula de estabilidade nos contratos de investimento estrangeiro. Alguns consideram inclusivamente que não tem qualquer funcionalidade na base da lei internacional já que, na prática, proíbe qualquer interferência (arbitrária ou ilegal) de um Estado Hospedeiro quanto a um contrato de inves-

⁽⁹³⁾ Tradução nossa.

timento. Outros consideram que estas teriam um papel meramente financeiro possibilitando ao investidor que sempre que um contrato seja violado possa concludentemente dar origem à compensação monetária daí decorrente. Outros ainda ponderam que serviriam para conferir uma espécie de protecção secundária mesmo naquelas situações em que a lei internacional já confere alguma protecção ao investidor. Pensamos que para além do efeito substancialmente edificante e de justiça contratual que estas cláusulas representam nestes contratos é absolutamente capital a sua inserção quando certos Estado não pretendem honrar os seus compromissos até ao final do projecto. Bem sabemos que a aposição de uma cláusula desta natureza poderá eventualmente condicionar o Estado na sua actuação ainda que, como é sabido, *o papel aceita tudo* não significando com isso que o facto de tais obrigações se encontrarem claramente redigidas e o contrato assinado seja automaticamente sinónimo do seu integral cumprimento pelo Estado Hospedeiro.

A crescer, em termos de lei internacional, sabemos que a mesma é válida, ainda que os maiores problemas decorram da interpretação que os tribunais ou os árbitros façam dela⁽⁹⁴⁾. Isto porque poderemos referenciar a existência de Tratados e Convenções internacionais que preconizam a estabilidade dos contratos, designadamente as disposições de resguardo da propriedade anti-expropriação, anti-nacionalização, expropriação arrepiente com cláusulas de compensação, garantia de livre transferência de moeda, transferência de direitos do investidor ou determinados regimes especiais. Esta doutrina da internacionalização poderá coadjuvar o investidor privado estrangeiro contribuindo com uma solução especialmente financeira que possa remediar a expropriação já que muito problemático se torna poder repeli-la. Certo é que mesmo o investidor privado mais desvelado poderá sempre ficar exposto a alterações contratuais decorrentes das mais diversas con-

⁽⁹⁴⁾ Vide o caso *Texaco vs. Lybian Arab Republic* e *Liamco versus Libya* citados por PAUL E. COMEAUX, PAUL E. e N. STEPFAN KINSELLA, *Reducing Political Risk in Developing Countries: Bilateral Investment Treaties, Stabilization Clauses, and MIGA & OPIC Investment Insurance*, *New York Law School Journal of International and Comparative Law*, 1994, igualmente disponível em <http://www.kinsellalaw.com/wp-content/uploads/publications/polrisk.pdf>. Acesso em 13 de Setembro de 2009, página C-2 19.

junturas, de facto ou de direito, imputáveis ou não ao Estado. Por exemplo, pode dar-se a eventualidade que de acordo com certa lei local qualquer cláusula de estabilidade não seja considerada válida⁽⁹⁵⁾. Ou pode o investidor não possuir uma cláusula de estabilidade suficientemente forte no seu contrato que firmou com o Governo ou decorrente da licença. Ou poderá a cláusula introduzida encerrar um âmbito muito restrito, circunscrevendo-se *maxime* ao cariz fiscal. Noutras suposições poderão igualmente existir situações em que o investidor necessite, de tempos a tempos, de aprovações com alguma discricionariedade do Governo para poder iniciar ou expandir a sua actividade. Ou os propósitos desenhados pelo Governo podem ser muitos vagos deixando uma “*abertura*” no contrato de investimento totalmente sujeito a alterações unilaterais do Governo. Ademais, mesmo que o investidor tenha de alguma forma tentado prevenir todas as situações o Governo pode, porque assim o entende, simplesmente ignorar as estipulações contratuais assumidas e impor as alterações que lhe aprouverem na suposição que o investidor não iria arriscar perder parte do seu investimento já realizado. Independentemente destes cenários traçados supra e outros que poderão existir, já que a realidade é sempre muito mais rica, certo é que as cláusulas de estabilidade continuam a ser utilizadas, na larga maioria dos contratos de investimento petrolífero constituindo uma prática moderna de poderá *in concreto* proteger o investidor⁽⁹⁶⁾. No nosso entendimento nestes contratos deveria consagrar-se expressa e inequivocamente que os seus termos são vinculativos para as partes independentemente de posteriores compromissos, negociações ou extensões dos contratos excepto se ambas as partes, por acordo, expressarem, por escrito, a sua vontade de mudar o sentido ou o efeito vinculativo de uma cláusula de estabilidade⁽⁹⁷⁾.

⁽⁹⁵⁾ Segundo certa *Common Law* se na lei local os tribunais tiverem de ser chamados a interpretar este tipo de cláusulas decerto considerarão que não são aplicáveis estas cláusulas e que não tem qualquer efeito de vincular o Estado Hospedeiro. Por seu turno, na *Civil Law* a cláusula de estabilidade já pode adquirir outro sentido já que são conhecidas as implicações decorrentes da santificação dos contratos.

⁽⁹⁶⁾ SEMBERG, ANDREA, *Stabilization Clauses and Human Rights*, International Finance Corporation World Bank Group, *cit.*, página 19.

⁽⁹⁷⁾ Neste sentido manifestaram-se PAUL E. COMEAUX, PAUL E. e N. STEP-

1.5 O futuro das cláusulas de estabilidade nos novos contratos petrolíferos: da clássica estabilidade ao recente equilíbrio contratual

Um outro aspecto da maior relevância prende-se com a forma como o investidor pretende minimizar eventuais riscos a que se encontre sujeito mediante a utilização destas cláusulas. E nesta sede o investidor poderá sempre escolher e dar a maior atenção à opção da lei aplicável ao contrato. Assim, pode decidir introduzir uma cláusula de estabilidade muito bem trajada e, em simultâneo, abranger uma provisão que tolere a *renegociação do contrato*⁽⁹⁸⁾ e disposições concernentes aos casos de *Força Maior ou de alteração anormal das circunstâncias*. Supomos que não existe nesta insinuação qualquer paradoxo nem se tratam de institutos incombináveis entre si. Mas o que é exacto é que as partes privadas envolvidas nas negociações internacionais não costumam abarcar nos seus contratos cláusulas de renegociação⁽⁹⁹⁾. Achamos que esta certa hesitação pode ter a ver com o facto de considerarem que poderão estar a tornar a relação contratual imprevisível, aumentar os custos da transacção ou tornar o contrato não obrigatório⁽¹⁰⁰⁾.

Outra defesa do investidor consubstancia-se na selecção da lei⁽¹⁰¹⁾. Esta é ordinariamente utilizada para nortear sobre qual a lei ou Princípios jurídicos aplicáveis ao contrato de investimento, incluindo no sempre delicado acontecimento de disputa entre as

FAN KINSELLA, *Reducing Political Risk in Developing Countries: Bilateral Investment Treaties, Stabilization Clauses, and MIGA & OPIC Investment Insurance*, *New York Law School Journal of International and Comparative Law*, 1994, igualmente disponível em <http://www.kinsellalaw.com/wp-content/uploads/publications/polrisk.pdf>. Acesso em 13 de Setembro de 2009, página C-2 21.

⁽⁹⁸⁾ Sobre o objectivo e procedimentos da renegociação temos, PIERO BERNARDINI, *Stabilization and adaptation in oil and gas investments*, *Journal of World Energy Law and Business*, 2008, Volume I, n.º 1, página 105.

⁽⁹⁹⁾ Assim temos ROLAND BROWN, *Contract stability in international petroleum operations*, *The CTC Reporter*, Número 29, Primavera de 1990, página 57.

⁽¹⁰⁰⁾ Esta constatação encontramos em JONH YUKIO GOTANDA, *Renegotiation and adaptation clauses in Investment Contracts, revisited*, Artigo publicado no *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Volume 36, 2003, páginas 1461 a 1473.

⁽¹⁰¹⁾ Esta escolha de lei é efectuada ao abrigo do princípio da autonomia da vontade (Art.º 405 do CC).

partes. Poderíamos ser exercitados a arrematar que a maioria dos acordos escolheria a lei interna do Estado Hospedeiro como lei aplicável a tal contrato. Todavia, para o investidor esta circunstância poderá significar uma menor imparcialidade ou preparação do tribunal estadual para julgar estes pleitos. Se as partes elegerem a lei nacional então esta será a lei aplicável pese embora as questões referentes a nacionalização ou compensação caiam sob a alçada da lei internacional no que tange à responsabilidade do Estado. Ora, em certos países em vias de desenvolvimento considera-se que a interpretação de um contrato de concessão trata-se de matéria de lei doméstica podendo os Estados simplesmente mudar de opinião com base no seu direito à soberania nacional. Não nos parece que este deva ser o entendimento correcto. Outros países invocam a já mencionada tese da internacionalização dos contratos significando que uma vez que um Estado soberano se compromete com um investidor privado não pode modificar unilateralmente os termos contratuais. Só com base no consentimento mútuo. Podem ainda as partes optar por aplicar unicamente a lei internacional e nessa circunstância as partes devem identificar previamente quais as normas dos Tratados e referentes ao investimento que são aplicáveis ao contrato em discussão. O que em si já encerra uma enorme dificuldade na medida em que, como é comumente sabido, as normas internacionais visam essencialmente regular as relações entre Estados. Esta questão de apurar qual é a lei aplicável em caso de conflito é proeminente. Nestas conjunturas vulgarmente os casos serão resolvidos com base no recurso à arbitragem internacional. Na hipótese das partes escolherem a aplicação de uma lei de um terceiro Estado essa será a lei aplicável ao contrato. Seja qual tenha sido a escolha, e como aconselha certa doutrina parece-nos indispensável que as partes tenham transposto para o contrato um forte apelo à lei ou aos Princípios Gerais internacionais⁽¹⁰²⁾, caso contrá-

⁽¹⁰²⁾ Sublinhe-se que, como ensina MA.F.M MANIRUZZAMAN, *State Contracts in Contemporary International Law: Monist versus Dualist Controversies*, num artigo publicado no *European Journal of International Law*, Volume 12, Número 2, 2001, páginas 309 a 328, certa tese é da opinião que, independentemente da escolha da lei efectuada pelas partes, nesses contratos a lei internacional sobrepõe-se à escolha das partes e aplica-se automaticamente sobre a lei local.

rio poderemos estar presente de um caso em que a cláusula de estabilidade pode perder toda a sua funcionalidade⁽¹⁰³⁾. A nível da arbitragem⁽¹⁰⁴⁾ internacional são inúmeras as resoluções arbitrais que podemos encontrar. Casos como *Lena Goldfields, Ltd vs. USSR*⁽¹⁰⁵⁾, que foi a primeira a referenciar a escolha da lei e a cláusula de estabilidade e a considerar que para além da lei nacional casos podem existir em que uma outra lei poderá ser aplicável às relações contratuais entre o Estado Hospedeiro e o investidor privado estrangeiro. Outra decisão constatamos na *Sapphire International Petroleum Ltd vs. National Iranian Oil Company*⁽¹⁰⁶⁾ na qual o árbitro reconheceu a validade das cláusulas de estabilidade no âmbito do Direito Internacional. No caso *Arábia Saudita vs. Arabian American Oil Company (Aramco)*⁽¹⁰⁷⁾ vimos que se reconheceu a validade destas provisões. Tal ocorreu igualmente nos chamados casos *Libyan Nationalization cases* referindo-se a três situações nas quais as cláusulas ora em apreço prevaleceram e a nacionalização operada pelo Estado Líbio constituiu uma brecha na Lei internacional. Finalmente, temos o caso entre o *Governo do Koweit vs. American Independent Oil*⁽¹⁰⁸⁾ no qual o Tribunal declarou que, uma vez que o acordo de concessão tinha sido renegociado por diversas vezes, a cláusula de estabilização já não poderia ser utilizada. Num outro ângulo é primordial trazer à colação que, em muitas conjunturas, não existem certas normas ou Princípios de Direito Comer-

⁽¹⁰³⁾ Assim EMEKA J. WOKORO, *Achoring Stabilization Clauses in International Petroleum Contracts*, 2009. Acessível em <http://works.bepress.com/emekawokoro/1/>. Acesso em 5 de Setembro de 2009.

⁽¹⁰⁴⁾ Sobre a arbitragem envolvendo Estados pronunciou-se KAJ SAVAGE, *Arbitration involving States*, in Lawrence Newman and Richard Hill(eds), *Leading Arbitrators' Guide for International Arbitration*(Juris publishing 2003), páginas 651 a 708.

⁽¹⁰⁵⁾ Decisão citada por AMAECHI DAVID NWOKOLO em *Is there a legal and functional value for the stabilization clause in international petroleum agreements*. Disponível em http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/car/html/car8_article27.pdf. Acesso em 13 de Setembro de 2009. (vide nota de rodapé n.º 46).

⁽¹⁰⁶⁾ Decisão referida por AMAECHI DAVID NWOKOLO em *Is there a legal and functional value for the stabilization clause in international petroleum agreements*, cit. (vide nota de rodapé n.º 48).

⁽¹⁰⁷⁾ AMAECHI DAVID NWOKOLO, *Is there a legal and functional value for the stabilization clause in international petroleum agreements*, cit. (vide nota de rodapé n.º 50).

⁽¹⁰⁸⁾ AMAECHI DAVID NWOKOLO, *Is there a legal and functional value for the stabilization clause in international petroleum agreements*, cit. (vide nota de rodapé n.º 56).

cial em determinado Estado em particular. Também nestas circunstâncias a escolha da lei assume o maior interesse na medida em que a nível das transacções internacionais o investidor gosta sempre de se assegurar, através de uma serena e prévia *due diligence*, qual será o quadro legal no caso de eventual litígio.

Recentemente quando se fala nestas cláusulas pretende-se aprimorar sobre a sua legitimidade e aplicabilidade⁽¹⁰⁹⁾ nos contratos de investimento mais recentes⁽¹¹⁰⁾. Na contemporaneidade fala-se muito em *cláusulas de equilíbrio económico*⁽¹¹¹⁾, *cláusulas de estabilidade económica*, ou *cláusulas de equilíbrio económico ou financeiro*⁽¹¹²⁾. Segundo ANDREA SHEMBERG⁽¹¹³⁾ é exequível discernir duas categorias, principalmente as cláusulas de estabilidade económica *total* que se tratam daquelas que, assim como estão descritas no contrato, protegem contra qualquer implicação resultante de uma alteração legislativa, e as cláusulas de estabilidade económica *limitada* que balizam a aplicação da cláusula designada no contrato. Pensamos que alberga uma nova abordagem do problema visando a obtenção de uma solução mais equitativa para ambas as partes de maneira a manter ou a tentar restaurar

⁽¹⁰⁹⁾ Falando sobre esta matéria e na busca da estabilidade aconselhamos vivamente a leitura do trabalho de A.F.M. MANIRUZZAMAN, *The pursuit of stability in international energy investment contracts: a critical appraisal of the emerging trends*, *The Journal of World Energy Law and Business* Volume 1, número 2, páginas 121 a 157 originalmente publicado *on line* em 24 de Junho de 2008. Disponível em <http://jwelb.oxfordjournals.org/cgi/content/extract/1/2/121>. Acesso em 16 de Agosto de 2009.

⁽¹¹⁰⁾ Assim temos THOMAS J. PATE, *Evaluating stabilization clauses in Venezuela's strategic Association Agreements' for heavy — Crude extraction in the Orinoco Belt: the return of a forgotten contractual risk reduction mechanism for the Petroleum industry*, 20 November 2008. Disponível em <http://ssm.com./abstract=1304663>. Acesso em 16 de Agosto de 2009.

⁽¹¹¹⁾ São conhecidos os casos de Baku-Tbilisi-Ceyhan (BTC) oleoduto principal de exportação (Azerbaijão, Geórgia e Turquia) e o Projecto do Gasoduto da África de Oeste (Benim, Gana, Nigéria e Togo), estes últimos acordados através de um Tratado internacional e um acordo de Projecto Internacional.

⁽¹¹²⁾ CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Contratos públicos: subsídios para a dogmática administrativa, com exemplo no princípio do equilíbrio financeiro*, Almedina, 2007, páginas 89 a 90.

⁽¹¹³⁾ SHEMBERG, ANDREA, *Stabilization Clauses and Human Rights*, *cit.*, páginas 7 a 8 e 24 a 25. A autora fala ainda na existência de cláusulas híbridas, que bebem as influências das *freezing clauses* e das cláusulas de equilíbrio económico, que, por seu turno também se subdividem nas categorias de *total* e *parcialmente híbridas*.

o equilíbrio económico do contrato⁽¹¹⁴⁾. Esta posição decorreu da circunstância da efectividade legal das clássicas cláusulas de estabilidade. A este nível ainda podemos pronunciar a existência de equilíbrio económico estipulado, equilíbrio económico não estipulado e equilíbrio económico negociado. No âmbito do equilíbrio económico não estipulado e equilíbrio económico negociado o árbitro irá resolver o conflito decorrente do insucesso das partes ao tentarem reacomodar o contrato. Segundo FIONA MARSHALL e DEBORAH MURPHY⁽¹¹⁵⁾ podemos ainda pronunciar a existência de cláusulas híbridas que comungam das *freezing clauses* e das cláusulas que buscam o equilíbrio económico e que obrigam o Estado Hospedeiro a colocar o investidor na mesma posição em que se encontrava antes da alteração legislativa isentando-o dos efeitos da nova lei. Não nos parece plenamente satisfatória a mera inclusão de uma cláusula geral de mediação ou conciliação, permitindo que um terceiro venha ao auxílio das partes numa auto-composição de litígios e arbitragem. É preferível que as partes coloquem adicionalmente no contrato o papel preciso do terceiro ou do

⁽¹¹⁴⁾ São várias as disposições jurídicas donde ressaltam estas preocupações mormente no Modelo de Acordo de Partilha e Exploração de Produção de 1994 do Qatar (nos termos do art.º 34.12 subordinado à epígrafe “*equilíbrio do acordo*”), e no Modelo de 20 de Março de 1997 do Turkmenistão que contém uma cláusula similar nos seguintes termos: “*Se no presente ou no futuro certas leis e regulamentos do Turkmenistão ou qualquer requisito imposto ao Grupo Empreiteiro ou aos seus subempreiteiros por qualquer autoridade daquele Estado que contenha determinadas normas não contidas neste acordo e cuja implementação criará um efeito adverso nos benefícios económicos do Grupo Empreiteiro as partes introduzirão as necessárias correcções a este contrato para assegurar que o Grupo Empreiteiro obtenha os resultados económicos de forma antecipada nos termos e condições deste Acordo*”. No mesmo sentido vamos encontrar o Modelo do Cazaquistão pelo Decreto n.º 108 de 17 de Janeiro de 1997 que na sua Cláusula 28.^a menciona no caso de alterações da legislação que cause uma deterioração no estado do Contrato aplicar-se o parágrafo n.º 16 que menciona que as partes chegarão a um consenso introduzindo tais aditamentos ou alterações pois são necessárias para a restauração do interesse económico das partes. Em Angola, decorrendo da própria lei e não de contrato temos o art.º 63 do DL n.º 10/07, de 03-10 referente ao projecto Angola LNG bem como o art.º 10 do DL n.º 11/07 de 05-10. Mas os contratos de investimento de gás também podem incluir este tipo de cláusulas.

⁽¹¹⁵⁾ MARSHALL, FIONA e DEBORAH MURPHY, *Climate change and international Investment Agreements: obstacles or Opportunities — Draft for discussion*, cit., principalmente páginas 34 a 37 referindo-se especificamente às cláusulas de estabilidade nos contratos de investimento.

árbitro para poder emendar o contrato, ou as partes celebrem um acordo permitindo ao tribunal arbitral compor o litígio, designadamente actualizando ou revendo os contratos. Como já afluamos, em certos Países são as próprias leis nacionais a possibilitarem directamente as cláusulas de estabilidade⁽¹¹⁶⁾. A este respeito podemos vislumbrar a cláusula de estabilidade fiscal, a legislação nacional referente às regras que estipulam o equilíbrio económico. A este nível vamos encontrar um maior incremento do número dos Tratados sobre investimentos internacionais à guisa do que alertam DAVID ASMUS, JAY ALEXANDER e STEVEN HUNSICKER⁽¹¹⁷⁾. Com efeito, muitos Estados já executaram Tratados de investimentos bilaterais, (BIT's). Estes instrumentos jurídicos já citados anteriormente servem, segundo alguns autores⁽¹¹⁸⁾, para reduzirem o já referido risco político uma vez que se tratam de Tratados que protegem o investimento privado, existentes entre um Estado Hospedeiro e o Estado da proveniência do investidor. Como se asseverou, nos tempos actuais, cada vez mais se busca o equilíbrio económico sendo raro encontrar estipulada uma cláusula de estabilidade na sua versão mais clássica. Até porque a certa altura a imutabilidade contratual acaba por parecer anti-natural nos tempos modernos, apesar de desejável, pelo menos no que tange ao investidor estrangeiro. Ao contrário, e perante os acontecimentos, estas as partes têm optado, antes, de uma forma *quicá* mais realista, pelo menos na nossa opinião, pela inclusão de uma cláusula com vista ao *equilíbrio económico*⁽¹¹⁹⁾.

⁽¹¹⁶⁾ Como é o caso do Cazaquistão, Colômbia, Venezuela, Bolívia, Panamá, Peru e Timor-leste.

⁽¹¹⁷⁾ DAVID ASMUS, JAY ALEXANDER e STEVEN HUNSICKER, *The developed and Developing world — a look at legal issues facing the industry*, cit., página 41 advertem que os EUA já assinaram cerca de quarenta BITs com outras Nações e que o Reino Unido já assinou mais de cem. Outrossim, até ao presente totalizam mais do que 2 300. Além destes podemos ainda vislumbrar a existencia de Tratados multilaterais como é o caso da NAFTA.

⁽¹¹⁸⁾ PAUL E. COMEAUX, PAUL E. e N. STEPFAN KINSELLA, *Reducing Political Risk in Developing Countries: Bilateral Investment Treaties, Stabilization Clauses, and MIGA & OPIC Investment Insurance*, cit., igualmente disponível em <http://www.kinsellalaw.com/wp-content/uploads/publications/polrisk.pdf>. Acesso em 13 de Setembro de 2009, página C-2 3.

⁽¹¹⁹⁾ De acordo com EMEKA J. WOKORO, *Achoring stabilization Clauses in International Petroleum Contracts*, 2009, acessível em <http://works.bepress.com/emeka>

Estas previsões jurídicas permitem que o Estado ou os seus agentes possam contrabalançar o investidor privado pelo prejuízo económico sofrido em razão das novas leis e Decretos que afectem os termos contratuais iniciais, quer em termos específicos, como é o caso das cláusulas de teor fiscal, quer em termos mais abrangentes. Nestas conjunturas, o investidor deverá cumprir pontualmente com a nova legislação mas já sabe de antemão que irá ser devidamente compensado financeiramente pelo Estado. Certo é que, por vezes, assistimos verdadeiramente a uma alteração anormal das circunstâncias comparativamente com as que existiam à data do acordo inicial. Mas esta hipótese para além de exigir a substancialidade da modificação obriga a que se averigúe se as mesmas não estão excluídas pelo contrato. Estamos a pensar no desequilíbrio económico ou de uma outra circunstância qualquer. Esta contingência está usualmente antevista em sede geral das legislações nacionais, Tratados internacionais e outros Diplomas congêneres⁽¹²⁰⁾.

Acontece que, seja fundada no contrato ou num Tratado, será sempre providente tentar a via negocial antes da arbitragem. Mas é capital ter presente que a renegociação⁽¹²¹⁾ de um contrato progride no sentido transversalmente antagónico das cláusulas de estabilidade no seu sentido mais clássico do termo. E a renegociação⁽¹²²⁾

wokoro/1/. Acesso em 5 de Setembro de 2009, as partes têm uma obrigação de renegociar com vista a restauração do equilíbrio económico do contrato.

⁽¹²⁰⁾ Um desses instrumentos é a Resolução XVI.90 de 24-25 de Junho de 1968 que se fundamenta no princípio da alteração de circunstâncias para justificar a aquisição por membros do Governo de uma razoável participação na propriedade das empresas concessionárias holdings (Parágrafo n.º 12). Outro será a UNIDROIT e os seus Princípios dos Contratos de Comércio Internacionais (2004) que na sua Cláusula 6 n.º 2 regulamenta as chamadas cláusulas de *hardship*. Esta realidade é delineada como qualquer evento que altere fundamentalmente o equilíbrio do contrato e que confere o direito à parte lesada de solicitar a renegociação do contrato.

⁽¹²¹⁾ A respeito da renegociação de acordo com as normas internacionais pronunciaram-se ABBA KOLO e THOMAS WÄLDE, *Renegotiation and Contract adaptation in International Investments Projects- Applicable Legal Principle and Industry Practices*, *Journal of World Investment*, Volume 1, Julho de 2000, Número 1. Disponível nas páginas 21 a 23 em http://www.transnational-dispute-management.com/samples/freearticles/tv1-1-article_49.htm. Acesso em 12 de Setembro de 2009.

⁽¹²²⁾ A este propósito temos o Art.º 92 da LAP que menciona, a respeito do regime de transição, que os contratos válidos e eficazes podem ser renegociados entre as partes segundo o Princípio da equidade ou equilíbrio de interesses.

será conduzida com base na lei aplicável ao contrato⁽¹²³⁾. A acrescentar, em teoria, e variando de caso para caso, pode dar-se o caso do tribunal arbitral nem sequer atender a cláusula de estabilidade em apreço. Fazendo uma crítica que se impõe e avaliando a questão em termos puramente normativos torna-se problemático e por vezes irrealista não recorrer às figuras que também existem expressamente a nível de algumas legislações nacionais, que constituem uma excepção ao princípio do *Pacta Sunt Servanda*, referente a figura da *alteração anormal das circunstâncias*⁽¹²⁴⁾, *Force Majeure* ou cláusulas de *hardship*. A *Force Majeure* mencionada no art.º 7.1.7 dos Princípios do UNIDROIT é composta por determinados requisitos legais semelhantes na maioria dos ordenamentos jurídicos, mas a larga maioria dos tribunais tem efectuado uma interpretação restritiva deste instituto. E os seus pressupostos são: *primo*, que o evento seja uma causa natural externa às partes, *secundo*, que o acontecimento seja imprevisível ou não se poderia acautelar e, *tertio*, que se torne impossível cumprir a obrigação em termos definitivos ou transitórios.

Uma outra disposição bastante utilizada no âmbito dos contratos internacionais é a chamada cláusula de *hardship*⁽¹²⁵⁾ que

(123) KOLO, ABBA, e THOMAS W. WALDE, *Renegotiation and Contract adaptation in the International investment projects : Applicable Legal Principles and Industry practices*, cit. páginas 5 e seguintes, falam na diferenciação entre o sistema da *Common Law* (principalmente a lei inglesa) e da Lei Civil.

(124) Para que se verifique a modificação contratual de acordo com juízos de equidade, em Portugal e em Angola (Art.º 437 do CC), exige-se, na lei civil, a existência cumulativa de dois requisitos designadamente terem as circunstâncias em que as parte fundaram a decisão de contratar sofrido uma alteração *anormal* e afectar gravemente as exigências das obrigações assumidas pela parte lesada os princípios da boa fé e não estar coberta pelos riscos próprios do contrato.

(125) Esta cláusula mereceu a atenção da legislação internacional designadamente dos *Princípios Relativos Aos Contratos Comerciais Internacionais* acolhidos em 1994 pelo *Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado*, geralmente conhecida por UNIDROIT. A respeito da diferença entre a *Force Majeure* e a cláusula de *hardship* sugerimos a leitura do artigo de WERNER MELIS, *Force Majeure and Hardship Clauses in international Commercial Contracts in view of the Practice of the ICC Court f Arbitration*, do relatório apresentado no Seminário do ICC que ocorreu em Paris de 6 a 9 de Dezembro em 1983, disponível em <http://trans-lex.org/126600>. Acesso em 5 de Setembro de 2009. Em termos latos considera que a cláusula de *Força Maior* tem preponderância sobre a isenção de responsabilidade sempre que o cumprimento de uma obrigação se haja tornado impossível ao passo que a cláusula de *hardship* visa cobrir aquelas situações sobre

engloba algumas semelhanças com a teoria da imprevisão da escola francesa já que trata de solucionar adversidades criadas ao contrato. Como explica NÁDIA DE ARAÚJO⁽¹²⁶⁾ “*Nas definições clássicas de hardship estão presentes critérios de imprevisibilidade, inevitabilidade e extraterritorialidade em relação à vontade de uma das partes, bem como o seu efeito, que é de tornar inviável a execução da obrigação. Sua concepção, na maioria das vezes, embora proveniente de países distintos, segue uma orientação que podemos classificar de Lex mercatória, por um número comum de características: a possibilidade de efeito suspensivo e não extintivo do evento; obrigações da parte em informar a outra do ocorrido e comprovar a sua disposição para remover os obstáculos à sua ocorrência; a possibilidade de renegociar o contrato, depois de certo tempo de atraso.*” Outrossim, no foro da UNIDROIT⁽¹²⁷⁾ temos o art.º 6.2.1 (*Obrigatoriedade do contrato*) que diz que sempre que o cumprimento de um contrato se torna mais oneroso para uma das partes (a lesada), ela continua, ainda assim, obrigada a cumprir o contrato, ressalvadas as disposições respeitantes ao *hardship*. O art.º 6.2.2 aponta para uma concretização do conceito de *hardship* rezando que esta circunstância ocorre quando sobrevêm factos que alteram fundamentalmente o equilíbrio do contrato, seja porque o custo do adimplemento da obrigação de uma parte tenha aumentado, seja porque o valor da contra-prestação haja diminuído, e os factos ocorrem ou se tornam conhecidos da parte em desvantagem após a formação do contrato, os factos não poderiam ter sido razoavelmente levados em conta pela parte em desvantagem no momento da formação do contrato, os factos estão fora da esfera de controlo da parte em desvantagem e o risco pela

eventos não previstos que alteram em termos substantivos o equilíbrio contratual que determina uma onerosidade excessiva para uma das partes.

⁽¹²⁶⁾ ARAÚJO, NÁDIA, *Contratos internacionais e a cláusula de hardship: a transposição de sua conceituação, segundo a lex mercatoria, para o plano interno nos contratos de longa duração*, Colectânea organizada por MARILDA ROSADO, *Estudos e Pareceres Direito do Petróleo e Gás*, Rio de Janeiro, São Paulo e Recife, Renovar, 2005, página 418.

⁽¹²⁷⁾ A respeito da UNIDROIT e as cláusulas de estabilidade vide DAVID OSER, *The Unidroit Principles of International Commercial Contracts: A Governing Law?* Martinus Nijhoff Publishers/Brill Academic, 2008, páginas 113 a 115.

superveniência dos factos não foi assumido pela parte lesada. Finalmente o art. 6.2.3 (*Efeitos da hardship*) menciona que a parte lesada tem o direito de encetar renegociações do contrato. Mas vinque-se que este direito não confere, por si só, direito de suspender a execução do contrato. À falta de acordo das partes em tempo razoável, cada uma delas poderá sempre recorrer ao Tribunal. Caso o Tribunal considere a existência de *hardship*, poderá, se for razoável, extinguir o contrato, na data e condições a serem fixadas, ou adaptar o contrato com vista a restabelecer-lhe o equilíbrio.

Crê-se que é preciso não olvidar que esses Estados poderão desbaratar a firmeza que depositaram no investidor estrangeiro. E é exactamente o que pretende evitar. Daí que sejam continuadas e preferíveis as soluções de compromisso que permitem ao investidor estrangeiro “reter” o seu interesse já que as soluções arbitrais são geralmente circunscritas tão-só aos prejuízos, entenda-se financeiros, arrazoados pelo investidor. Como diz o ditado “*mais vale um mau acordo que uma boa demanda*”.

1.6 Conclusões

A questão primordial que se coloca em cima da mesa é que, de facto, estamos a lidar com dois direitos ou interesses em clara colisão, um de direito e interesse público correspondente ao interesse do Estado Hospedeiro e outro de interesse privado traduzido no interesse do investidor estrangeiro. Havendo discordância entre estes dois poderemos concluir, face aos elementos ora trazidos, pela manifesta preponderância do interesse público todavia não sem a adequada e razoável compensação monetária.

Vimos que nos contratos de investimento petrolífero existe uma urgente necessidade de fazer apelo à lei internacional pois, caso contrário, as disposições de estabilização poderão perder toda a sua funcionalidade prática devido à comprovada presente inconsistência interpretativa dos tribunais arbitrais internacionais. Ademais, devem as partes se precaverem de antemão no sentido de evitar que a sua disputa seja julgada num tribunal arbitral ou estadual

doméstico. Principalmente para evitar surpresas e quebra de imparcialidade.

De seguida, outro ângulo que nos parece substancial passa pela circunstância dos negociadores e redactores deste tipo de contratos deverem ter os maiores cuidados com a sua redacção, seja nos preliminares seja na efectivação do clausulado final para poderem garantir a real utilidade destas disposições. De acordo com alguns autores, as lições aprendidas pelos negociadores é que a mesma deverá ser sempre redigida de forma muito clara dizendo exactamente o que se proíbe incluindo *v.g.* que o Estado Hospedeiro renuncia expressamente ao seu direito de nacionalizar ou de praticar qualquer interferência contratual, durante um certo período de tempo. Ademais, em certos países deverá ser incluída uma previsão que especifique a forma pela qual o Estado Hospedeiro se compromete a não alterar unilateralmente as cláusulas prevenindo especificamente todas consequências jurídicas detalhadas para a sua violação mormente o *quantum* indemnizatório exacto, restituição, reembolso ou indemnização.

E não havendo uma legislação internacional que venha a uniformizar o investimento estrangeiro, que se almeja, bem como um tribunal que se dedique especialmente a estas complexas matérias iremos continuar a ter visões dos tribunais arbitrais que não poderão oferecer a segurança que os investimentos estrangeiros carecem. Voltamos, assim, ao propecto enigma da força ou da ausência dela, no Direito Internacional. Daí que em certos cenários internacionais seja, de longe, preferível optar antes por um Tratado global sobre o investimento estrangeiro e estabelecer um Tribunal internacional desta natureza que possa assegurar uma formulação, interpretação e aplicação uniforme de acordo com os paradigmas da protecção do investimento⁽¹²⁸⁾.

Este problema da falta de robustez destas cláusulas pode-se ter acentuado, segundo alguns, devido ao facto de actualmente os investidores não possuírem a mesma “superioridade negocial” que possuíam na anterior era das concessões.

⁽¹²⁸⁾ Assim se pronunciou SURYA P. SUBEDI, *International Investment Law: Reconciling Policy and Principle*, Hart Publishing Ltd, Oxford and Portland, 2008.

Outro desfecho poderia passar pela redução da duração dos contratos de investimento petrolíferos.

Concluindo, parece-nos fundamental que as partes, na actualidade, introduzam uma cláusula de equilíbrio económico nos seus contratos de investimento petrolífero e sujeitem-se a aplicação de um BIT ou MAI. É uma posição muito mais cautelosa e que francamente beneficia a parte. Se assim não for, vai permitir-se que *entre pela janela o que se pretendia que ficasse à porta*, ou seja, vão surgir novas formas de contornar (v.g. expropriação indirecta) ou amenizar os efeitos jurídicos que se pretendiam obstar com a introdução de uma cláusula de estabilidade nos contratos perdendo esta, na nossa opinião, rapidamente toda a sua razão de existência.

ABREVIATURAS⁽¹²⁹⁾

Ac. STJ	Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça
Ac.	Acórdão
AGNU	Assembleia-geral das Nações Unidas
art.º	Artigo
BIT	<i>Bilateral Investment Treaty</i>
BMJ	Boletim do Ministério da Justiça
CEDH	Convenção Europeia dos Direitos do Homem
Cfr.	<i>cifra</i>
CC	Código Civil Português e Angolano
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil Português e Angolano
CRP	Constituição da República Portuguesa
CA	Constituição da República de Angola
CVLT	Convenção de Viena das Leis e Tratados de 23 de Maio de 1969
CDM	Convenção dos Direitos do Mar
CVLT	Convenção de Viena das Leis e Tratados de 23 de Maio de 1969
CVCO	Convenção de Viena para Camada de Ozono 1985
DUDH	Declaração Universal dos Direitos do Homem
DL	Decreto-lei
ECT	<i>Energy Charter Treaty</i>
EUA	Estados Unidos da América
FA	<i>Farm out Agreement</i>
FET	<i>Fair and Equitable Treatment</i>
GSA	<i>Gas Sales Agreements</i>
HSE	<i>Health Safety and Environmental</i>
ICOSA	<i>International Crude Oil Sales Agreements</i>
IOC	<i>International Oil Company</i>
ICC	<i>International Chamber of Commerce</i>
IPA	<i>International Petroleum Agreement</i>
JBA	<i>Joint Bidding Agreement</i>
JOA	<i>Joint Operating Agreement</i>
LAV	Lei da Arbitragem Voluntária
LAP	Lei Angolana das Actividades Petrolíferas
MAI	<i>Multilateral Agreement on Investment</i>
MIGA	<i>World's Bank Multilateral Guarantee Agency</i>

(129) Indicam-se para as publicações periódicas e siglas.

MP	Ministério Público
NOC	<i>National Oil Company</i>
NAFTA	<i>North American Free Trade Agreement</i>
OECD	<i>Organization for Economic Co-operation and Development</i>
OECD	<i>Draft Convention on the Protection of Foreign Property</i>
OPEC	<i>Organization of the Petroleum Exporting Countries</i>
ONU	Organização das Nações Unidas
PIDCP	Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos
PGR	Procuradoria-geral da República
PSA	<i>Production Sharing Agreement</i>
RL ou Lx.	Relação de Lisboa
s.s.	<i>stricto sensu</i>
SCC	<i>Stockholm Chamber of Commerce</i>
STJ	Supremo Tribunal de Justiça Português
TAC	Tribunal Administrativo do Círculo
TC	Tribunal Constitucional
TDM	<i>Transnational Dispute Management</i>
TEDH	Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
UNIDROIT	<i>International Institute for the Unification of Private Law 1994</i>
UNCITRAL	<i>United Nations Commission on International Trade Law</i>
v.g.	<i>verbi gratia</i>
vs.	<i>versus</i>

O Petróleo...

Encontrar é uma euforia,

Têr e mantê-lo é uma boa garantia,

Explorar é, de longe, a melhor parte...

MODO DE CITAR:

Todas as citações bibliográficas serão efectuadas, depois da primeira citação, através da indicação do nome do Autor, Título da obra, e número(s) da(s) página(s).

BIBLIOGRAFIA

- ARAÚJO, NÁDIA, *Contratos internacionais e a cláusula de hardship: a transposição de sua conceituação, segundo a lex mercatoria, para o plano interno nos contratos de longa duração*, Colectânea organizada por MARILDA ROSADO, *Estudos e Pareceres Direito do Petróleo e Gás*, Rio de Janeiro, São Paulo e Recife, Renovar, 2005, página 418.
- ASMUS, DAVID, JAY ALEXANDER e STEVEN HUNSICKER, *The developed and Developing world — a look at legal issues facing the industry*, *Oil and Gas Financial Journal*, July, 2006, página 41.
- ASTA GEMIGNANI, TEREZA APARECIDA, *O direito adquirido e a republicação do Estado*, *Estudo multidisciplinar*, *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15.ª Região*, Campinas, São Paulo, n.º 10, página 67, 2000. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/19109>. Acesso em 16 de Agosto de 2009.
- BARBOSA, ALFREDO RUY, *A natureza jurídica da concessão para exploração de petróleo e gás natural*, *Temas de Direito do Petróleo e do Gás Natural II*, organizado por PAULO VALOIS PIRES, Editora Lúmen Júris, Rio de Janeiro, 2005, páginas 1 a 23. Igualmente disponível in <http://jus2.uol.com.br/Doutrina/texto.asp?id+5521>, página 4 de 13.
- BERNARDINI, PIERO, *Stabilization and adaptation in oil and gas investments*, *Journal of World Energy Law and Business*, 2008, Volume I, n.º 1, página 98.
- BLAKE, CASSELS e GRAYDON LLP, *Addressing risk in international Petroleum agreements*, 7 de Janeiro de 2006. Disponível em http://blakes.com/english/view_printer_bulletin.asp?ID=110.

- BROWN, ROLAND, *Contract stability in international petroleum operations*, *The CTC Reporter*, Número 29, Primavera de 1990, página 57.
- CAMERON, PETER D., *Contract stability in the Petroleum industry: changing the rules and the consequences*, Middle State Economic Survey, Volume XLIX, n.º 22, 28 de Maio de 2007, igualmente disponível em <<http://www.aipn.org>>.
- _____, *Property Rights and Sovereign Rights: the case of North Sea Oil*, Academic Press, 1983.
- _____, *Stabilisation in Investment Contracts and changes of Rules in host countries: Tools for Oil and Gas investors, Final Report*, 7 de Julho de 2006, AIPN.
- COALE, MARGARITA T.B., *Stabilization clauses in international petroleum transactions*, *Denver Journal of International Law and Policy*, Volume 30, 22 de Março de 2002.
- COMEAX, PAUL E., e N. STEPFAN KINSELLA, *Reducing Political Risk in Developing Countries: Bilateral Investment Treaties, Stabilization Clauses, and MIGA & OPIC Investment Insurance*, *New York Law School Journal of International and Comparative Law*, 1994, igualmente disponível em <http://www.kinsellalaw.com/wp-content/uploads/publications/pol-risk.pdf>.
- CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Cadernos O Direito*, n.º 2, 2007, *Contratos públicos: subsídios para a dogmática administrativa, com exemplo no princípio do equilíbrio financeiro*, Almedina, páginas 89 a 90.
- CORREIA DE PINHO, ANTÓNIO, *Impostos, Impostos, Impostos, Brasil Energia*, Outubro de 2003. Disponível em <<http://www.energiahoje.com/brasilenergia/noticiario/2003/10/01/270322/antonio-correia-de-pinho>>.
- DA ROCHA, CHARLES MAX M., *Direito adquirido e estabilidade*, (elaborado em Novembro de 1995), originalmente publicado no *libertas*, órgão informativo da UFPI, Ano 1.º, n.º 1, edição de 1 de Novembro de 1996. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=378>.
- DAES, ERICA IRENE A, *National Native Title Conference*, em Adelaide, no dia 3 de Junho de 2004 e que pode ser obtida através do endereço http://www.hreoc.gov.au/about/media/speeches/social_justice/natural_resources.html.
- DOLZER, RUDOLF, e CHRISTOPH SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, Fevereiro de 2008, Oxford University Press.
- GABBA, CARLO FRANCESCO, *Teoria della retroattività delle leggi*, I, Terceira edição, Torino 1891-99, página 19, citado por TEREZA APARECIDA ASTA

- GEMIGNANI, *O direito adquirido e a republicação do Estado*, Estudo multidisciplinar, Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15.^a Região, Campinas, São Paulo, n.º 10, página 68, 2000. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/19109>. Acesso em 16 de Agosto de 2009.
- GILL, GEARING e BIRT, *Contractual Claims and Bilateral Investment treaties: A comparative Review of the SGS Cases* (2004) 21:5 J. Int Arb. 307.
- GOTANDA, JONH YUKIO, *Renegotiation and adaptation clauses in Investment Contracts, revisited*. Artigo publicado no Vanderbilt Journal of Transnational Law, Volume 36, 2003, páginas 1461 a 1473.
- INCOLLINGO, ROBERT J., *Liability: Where does it come from and where does it end?*, http://www.irinfo.org/articles/article_2_2004_incolingo.html.
- J. WOKORO, EMEKA, *Achoring stabilization Clauses in International Petroleum Contracts*, 2009, acessível em [http:// works.bepress.com/emeka_wokoro/1/](http://works.bepress.com/emeka_wokoro/1/).
- JOFFÉ, GEORGE, PAUL STEVENS, TONY GEORGE, JONATHN LUX e CAROL SEARLE, *Expropriation of oil and gas investments: historical, legal and economic perspectives in a new age of resource nationalism*, The Journal of World Energy Law and Business, Volume 2, Número 1, 2009, páginas 3 a 23.
- KOLO, ABBA e THOMAS WÄLDE, *Renegotiation and Contract adaptation in International Investments Projects — Applicable Legal Principle and Industry Practices*, Journal of World Investment, Volume 1, Julho de 2000, Número 1. Disponível na página 4 em http://www.transnational-dispute-management.com/samples/freearticles/tv1-1-article_49.htm.
- LEONI, BRUNO, *Freedom and the Law*, Terceira edição ampliada, com prefácio de Arthur Kemp (Indianapolis: Liberty Fund 1991).
- MALIK, MAHNAZ, *The Expanding Jurisdiction of Investment-State Tribunals: Lessons for Treaty Negotiators*, Issues in International Investment Law, Background Papers for the Developing Country Investment Negotiators' Forum, Singapura, 1 e 2 de Outubro de 2007, igualmente acessível em http://www.iisd.org/investment/capacity/dci_forum_2007.asp.
- MANIRUZZAMAM, A.F.M., *Stabilization in Investments Contracts and Change of Rules by host Countries: Tools for O and G Investors*, AIPN, First draft of AIPN Research Project (2005-6).
- , *The pursuit of stability in international energy investment contracts: a critical appraisal of the emerging trends*, The Journal of World Energy Law and Business 2008 1(2), páginas 121 a 157. Disponível on line

- desde 24 de Junho de 2008 em <http://jwelb.oxfordjournals.org/cgi/content/extract/1/2/121>.
- , *State Contracts in Contemporary International Law: Monist versus Dualist Controversies*, num artigo publicado no *European Journal of International Law*, Volume 12, Número 2, páginas 309 a 328, 2001.
- MARSHAL, FIONA e DEBORAH MURPHY, *Climate change and international Investment Agreements: obstacles or Opportunities — Draft for discussion*, publicado pelo International Institute for Sustainable Development, 2009, páginas 34 e 35.
- NWOKOLO, AMAECHI DAVID, *Is there a legal and functional value for the stabilisation clause in international petroleum agreements*, http://www.dun.dee.ac.uk/cepmlp/car/html/car8_article27.pdf.
- ORTINO, FREDERICO, *Latest developments in investor-state dispute*, IIA Monitor n.º 1 (2008) International Investment Agreements, United Nations Conference on Trade and Development, Geneva, disponível igualmente na Internet.
- OSER, DAVID, *The Unidroit Principles of International Commercial Contracts: A Governing Law?* Martinus Nijhoff Publishers /Brill Academic, 2008, páginas 113 a 115.
- PAIVA MUNIZ, JOAQUIM DE, e DANIELLE GOMES ALMEIDA, *Os limites da arbitragem nos contratos relacionados à exploração e produção de Petróleo e Gás Natural*, no livro organizado por PAULO VALOIS PIRES, *Temas de Direito do Petróleo e do Gás Natural II*, Editora Lúmen Júris, Rio de Janeiro, 2005, páginas 145 a 159.
- PATE, THOMAS J., *Evaluating stabilization Clauses in Venezuela's Strategic Association Agreements for Heavy — Crude Extraction in the Orinoco Belt: the return of a forgotten Contractual Risk reduction Mechanism for the Petroleum industry* (colocado a disposição em 20 de Novembro de 2008 mas revisto em 12 de Janeiro de 2009). Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1304663>>.
- PIGNATARO DE OLIVEIRA, DIOGO, *Os contratos internacionais e a indústria do petróleo*, s/d, disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id+10391>>.
- PONTES FILHO, VALMIR, *Direito adquirido ao regime da aposentaria (o princípio da segurança das relações jurídicas, o direito adquirido e a expectativa de Direito)*, Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, Número 7 — Setembro/Outubro/Novembro 2006 — Salvador

-Bahia-Brasil. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>.

PRYLES, MICHAEL, sobre o caso *Hadley vs Baxendale* e ainda ao caso *Sapphire Int. Petroleum Ltd vs. National Iranian Oil Company*, in *Lost Profit And capital Investments*, 2008, página 1, http://www.arbitration-icca.org/articles.html?author=Michael_Pryles&sort=author.

QUINTANS, LUÍS CEZAR P, *A cláusula de estabilidade tributária nos contratos publico-privados*, Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n.º 561, 19 de Janeiro 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id+6186>>.

RODRIGUES, SÍLVIO, Apontamentos da Autora retiradas da aula proferida em sede do II Curso de Pós-graduação de Direito e Gás no dia 21 de Abril de 2009, Faculdade de Direito Agostinho Neto, em Luanda (apontamentos não publicados).

ROSADO DE SÁ RIBEIRO, MARILDA, *As joint ventures na indústria do petróleo, Temas de Direito Petrolífero e de Direito de Comércio internacional*, Renovar, 1977, página 129 a 132, e segunda edição actualizada e ampliada, Renovar, Rio de Janeiro, São Paulo, 2003, páginas 121 a 129.

SALGADO GOMES, JORGE e FERNANDO BARATA ALVES, *O universo da indústria petrolífera — Da pesquisa à refinação*, Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

SAVAGE, KAJ, *Arbitration involving States*, in Lawrence Newman and Richard Hill (eds), *Leading Arbitrators' Guide for International Arbitration* (Juris publishing 2003), 651 a 708.

SCHREUER, CRISTOPH H., *Fair and Equitable Treatment (FET): interactions with other standards*, TDM, Volume 4, Número 5, Setembro de 2007.

—, *Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice*, *The Journal of World Investment & Trade* (2005), volume 6, issue 3, páginas 357 a 386, *Fair and Equitable Treatment*, TDM, Volume 2, Número 5, Novembro de 2005. Igualmente disponível em <http://www.fdimoot.org/iip/Reading5b2.pdf>.

—, *The concept of expropriation under the ECT and other Investment Protection Treaties*, TDM, Volume 2, Número 5, Novembro de 2005, páginas 105 a 169.

—, *Consent to Arbitration*, TDM, Volume 2, Número 5, Novembro de 2005.

- SHEMBERG, ANDREA, *Stabilization Clauses and Human Rights*, International Finance Corporation World Bank Group, United Nations, 27 de Maio de 2009, páginas viii e 10 a 11.
- SINCLAIR, A.C., *The origins of the umbrella Clause in the International Law Investment Protection*, *Arbitration International 2004*, Volume 20.º, Número 4, páginas 411 a 434.
- SUBEDI, SURYA P., *International Investment Law: Reconciling Policy and Principle*, Hart Publishing Ltd, Oxford and Portland, 2008.
- SZKLAROWSKY, LEON FREJDA, *Irretroatividade da lei, Jus navigandi*, *Tere-sina*, ano 7, n.º 66, Junho de 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4190>>.
- TORDO, SILVANA, *Fiscal Systems for hydrocarbons — Design issues*, World Bank Working Paper n. 123, 40902, The World Bank, Agosto de 2007, páginas 3 a 4.
- VERHOUSEL, GAETAN, *Foreign direct investment and legal constraints on domestic environmental policies; Striking a “reasonable” balance between stability and change*, Journal article in *Law and Policy in International Business*, Vol. 29, 1998, Disponível em <http://www.questia.com/googleScholar.qst?docId=5001396309>.
- WÁLDE, THOMAS, *The umbrella clause in investment arbitration — A comment on original intentions and recent cases*, *The Journal of world Investment and Trade*, Volume 6, n.º 2, Abril de 2005, Genebra.
- WEILER, TODD, *International Investment Law and arbitration, Leading cases from ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, Cameron May Ltd. International Law and Policy, 2005, Inglaterra.
- WERNER MELIS, *Force Majeure and Hardship Clauses in international Commercial Contracts in view of the Practice of the ICC Court of Arbitration*, do relatório apresentado no Seminário do ICC que ocorreu em Paris de 6 a 9 de Dezembro em 1983, disponível em <http://translex.org/126600>.
- YANNACA-SMALL, CATHERINE, *Indirect expropriation and the Right to regulate in international Investment law*, OECD, Working papers on international investment, Número 2004/4, Setembro de 2004, páginas 3 e 4.
- _____, *Interpretation of the umbrella Clause in Investment Agreements*, OECD, Working papers on international investment, Number 2006/03, Outubro de 2006.

ARBITRAGEM

Sítios na Internet Recomendados:

ADRWorld:

<www.ADRWorld.com>

American Arbitration Association:

<www.adr.org>

Associação Portuguesa de Arbitragem:

<www.arbitragem.pt>

Associação Suíça de Arbitragem:

<www.arbitration-ch.org>

Association for International Arbitration:

<www.arbitration-adr.org>

BITs disponíveis em:

<http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch____779.aspx>

Câmara de Comércio Internacional:

<www.iccwbo.com>

Camera Arbitrale di Milano:

<www.camera-arbitrale.it>

Centro de Arbitragem da Associação Comercial de Lisboa:

<www.acl.org.pt>

Club Español de Arbitraje:

<www.clubarbitraje.com>

Comité Brasileiro de Arbitragem:

<www.cbar.org.br>

CNUDCI:

<www.uncitral.org>

Comité Français d'Arbitrage:

<www.arbitrage-fr.org>

Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit:

<www.dis-arb.de>

ICC:

<<http://www.iccwbo.org/>>

ICSID:

<<http://www.worldbank.org/icsid/>>

ICSID Convenções, Regulamentos e Regras, disponíveis em:

<<http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc/basicdoc.htm>>

London Court of International Arbitration:

<www.lcia-arbitration.com>

NAFTA disponível em:

<http://www.naftasecalena.org/DefaultSite/index_e.aspx?DetailID=160>

OHADA:

<www.ohada.com>

The Arbitration Database:

<www.arbitration.fr>

UNCITRAL:

<<http://www.uncitral.org/>>

UNCTAD (ed.), Assuntos relacionados com os acordos de investimentos internacionais disponíveis em:

<<http://www.unctad.org/iia>>

UNCTAD disponível em:

<<http://r0.unctad.org/disputesettlement/course.htm>>

WIPO Arbitration and Mediation Center:

<www.wipo.int/amc>

World Bank:

<<http://www.worldbank.org/>>

A RESPONSABILIDADE SOCIAL DA EMPRESA E O PAPEL DO ADVOGADO

Pelo Dr. José João de Avilez Ogando

SUMÁRIO:

I. INTRODUÇÃO; 1. Colocação da questão, 2. Noção de Responsabilidade Social da Empresa, 3. O ressurgimento do tema; **II. AS TEORIAS EM CONFRONTO,** 1. A teoria dos detentores de um interesse sobre a sociedade (*stakeholders*), 2. A teoria dos titulares do capital (*stockholders*), 3. A superação ética da Doutrina Social da Igreja, 4. Os níveis de responsabilidade social da empresa; **III. O PAPEL DO ADVOGADO.**

I. INTRODUÇÃO

1. Colocação da questão

I. Em Setembro de 2003, o CCBE — Conselho das Ordens e Sociedades de Advogados da União Europeia publicou um documento intitulado “*CSR — Corporate Social Responsibility and the Role of the Legal Profession*”⁽¹⁾ cuja leitura se recomenda e que pretende ser um guia para os advogados europeus em matéria de aconselhamento sobre questões relacionadas com a Responsabilidade Social das Empresas⁽²⁾. Trata-se de um documento que faz

(1) Documento disponível no site do CCBE, já na segunda actualização, de Junho de 2008.

(2) O termo responsabilidade surge aqui, não no sentido jurídico do termo, mas sim no seu sentido ético, referindo-se portanto à conduta a que um determinado sujeito se encontra obrigado por força de um preceito moral.

designadamente referência às oportunidades e benefícios que se apresentam para as empresas que escolhem adoptar comportamentos socialmente responsáveis, bem como aos riscos envolvidos para a sua não observância, às razões que levam o CCBE a considerar os advogados como especialmente vocacionados pelo aconselhamento neste domínio, e às oportunidades e técnicas de aconselhamento a adoptar na abordagem destes temas.

Logo nas exposições introdutórias daquele documento dirigido a todos os advogados europeus é referido que

“a Responsabilidade Social das Empresas (RSE) é um instrumento de mudanças positivas na empresa. Ela define o quadro e a forma dentro das quais a empresa deve dirigir a sua actividade por forma a responder às expectativas da sociedade nos domínios ético, jurídico, comercial e público. Estas linhas de orientação servem como ponto de partida para o advogado de empresas na definição de novas soluções jurídicas para os seus clientes”⁽³⁾.

II. No entanto, antes de serem apontadas baterias relativamente à responsabilidade social das empresas, a abordagem deste tema exige uma prévia reflexão sobre algumas perspectivas que têm sido lançadas sobre o tema e que colocam em perspectiva o próprio papel da empresa na sociedade moderna em que hoje vivemos, de maneira a sabermos definir com precisão o papel da empresa na sociedade moderna.

III. Trata-se de um tema objecto de considerável debate noutros países, que gerou inicialmente uma controvérsia entre os partidários da teoria dos detentores de capital (*stockholders*) e aqueles que defendem a teoria dos detentores de interesses sobre a sociedade (*stakeholders*). Estas duas correntes centraram muito o seu debate, não em particulares concepções éticas relativamente ao

⁽³⁾ CCBE — Conselho das Ordens e Sociedades de Advogados da União Europeia, “CSR — Corporate Social Responsibility and the Role of the Legal Profession”, p. 2.

papel da empresa, mas sim na *extensão* do envolvimento da própria empresa no desempenho de actividades de carácter socialmente valioso. Por outras palavras estas concepções discutem sobre quem é que incide esta responsabilidade, defendendo o papel da empresa como eventual sujeito activo de justiça social, reconduzindo-se no fundo à questão de saber se as empresas devem ou não ser consideradas como sujeitos morais, abrangidos por deveres de carácter ético para com a comunidade.

Este debate está hoje relativamente superado, na medida em que as concepções éticas que advogam a responsabilidade social da empresa vêm-na como um meio de atingir determinados fins socialmente úteis, tornando a questão de saber sobre quem é que incidem os deveres de a tornar socialmente responsável — se a própria sociedade, os accionistas ou os seus administradores — uma questão meramente secundária.

Daí que não utilizaremos tanto o termo *sociedade* como o de *empresa*, já que os termos muitas vezes confundidos pretendem aqui sempre designar, não a forma jurídica habitualmente adoptada para a prossecução de uma actividade social, mas sim toda a unidade económica composta pela organização de meios e factores produtivos.

IV. Cabe no entanto aqui uma referência às teorias dos *stockholders* e dos *stakeholders* porquanto cada uma delas representa um estágio distinto na abordagem do problema da responsabilidade social das empresas sendo que cada uma trouxe uma perspectiva nova à discussão, representando um novo estágio na maturação e na compreensão do problema. A posição da Doutrina Social da Igreja é igualmente invocada pois como veremos e independentemente das convicções de cada um, acaba de facto por trazer *mais e melhor* ao debate, ao focar o princípio da subsidiariedade e sustentar os valores da solidariedade, da justiça social e do papel das organizações na sociedade como justificação para um novo nível de responsabilidade social das empresas.

2. Noção de Responsabilidade Social da Empresa

I. Como é sabido, fala-se em responsabilidade para designar a situação de quem é chamado a responder pelos seus próprios actos, ou seja, de um dever a que determinada pessoa singular ou colectiva está adstrita em virtude da ocorrência de um qualquer facto gerador do mesmo. Assim, o responsável é aquele sobre quem impende a obrigação de responder por determinada circunstância, sendo o termo igualmente utilizado como adjetivo para apontar aqueles que evidenciam uma capacidade para assumir os deveres que decorrem do *risco* ou do *custo* que as suas actividades representam para um ou mais indivíduos ou para a própria colectividade.

II. Neste contexto, a responsabilidade social das empresas é geralmente descrita como um movimento voluntário de integração de preocupações sociais e ambientais na gestão das empresas, quer no que diz respeito directamente às suas operações comerciais, quer no que diz respeito à sua interacção com outras partes envolvidas no processo. Isto implica uma atenção redobrada ao nível ético por parte dos seus responsáveis relativamente aos investidores, aos próprios funcionários, ao ambiente, aos clientes e fornecedores e às próprias comunidades locais em que a empresa se integra.

III. Em termos conceptuais, o termo responsabilidade da empresa comporta um sentido *institucional* e um sentido *operacional*. Fala-se de responsabilidade social da empresa em sentido *institucional* para designar genericamente uma estratégia tendente a assegurar a prosperidade da empresa através da satisfação das legítimas expectativas dos grupos de interesses que a envolvem, o que implica atingir um ponto de equilíbrio entre a iniciativa económica privada e os interesses da colectividade.

Por outro lado, a responsabilidade social da empresa em sentido *operacional* relaciona-a directamente com a ideia de sustentabilidade desdobrando-se essencialmente nas seguintes três dimensões:

- a) a *dimensão económica*, onde entra a necessidade de assegurar rentabilidade financeira, o que apenas se consegue mediante a valorização pública dos bens e serviços proporcionados pela empresa através de meios lícitos e eticamente satisfatórios;
- b) a *dimensão social* da sustentabilidade da empresa que exprime a sua capacidade para ir ao encontro das aspirações dos trabalhadores respeitando os seus direitos e fornecendo-lhes o seu espaço de realização pessoal; e
- c) a *dimensão ambiental*, por intermédio da qual na escolha de processos e meios de produção a empresa assegura a necessidade de preservação ambiental e a economia de recursos naturais.

3. O ressurgimento do tema

I. A teoria da função social da empresa começou a tomar corpo em finais da década de setenta como consequência da constatação do crescente protagonismo das empresas na economia de mercado, potenciada pelos processos de globalização, de integração dos mercados e pelo retrocesso do intervencionismo estatal a que se assistiu no último quartel do século XX. Estes factores foram determinantes para a crescente dispersão do capital social das sociedades pelo público investidor que, conjuntamente com as facilidades sem precedentes no acesso à informação, determinam uma maior capacidade de influência por parte de diversos grupos de intervenientes que pelas mais diversas razões estão ligados à vida das empresas.

À medida em que as empresas se integram na sociedade, seja pelo seu desenvolvimento e crescente sucesso comercial, seja pela sua expansão para novos mercados, aumentam aqueles que sobre ela detêm um qualquer interesse. Este fenómeno produziu uma tendência inexorável e progressiva no sentido da tomada de consciência quanto ao impacto das actuações da empresa sobre elementos exteriores a ela, consequências a que vulgarmente os economistas

designam de *externalidades*. E nas sociedades modernas este problema torna-se mais pertinente uma vez que a maior exposição das empresas acaba por torná-las mais vulneráveis no mercado, uma vez que a sua credibilidade fica sujeita a um escrutínio cada vez mais exigente.

Estes efeitos são ainda potenciados quando existam fenómenos de expansão que determinam que as empresas inicialmente situadas num único local partam para outros mercados onde, através do desenvolvimento das suas actividades, aumentem a sua influência e exposição, designadamente ao nível das condições de vida das populações locais onde a sua actividade se desenrola.

II. Não podemos ainda esquecer que uma importante categoria de sujeitos afectados pelo desempenho das empresas são de facto os próprios investidores detentores do capital, em cujos interesses se inclui a necessidade de adopção voluntária de um conjunto de boas práticas de direcção e funcionamento que assegurem a imagem da empresa, a sua integração com as comunidades em que se inserem e sejam assim geradoras de maior sustentabilidade económico-financeira.

À medida que os tempos correm e que se pronuncia o movimento de integração e de expansão das empresas no mundo globalizado, todo este conjunto de pressões vai-se sentindo de uma forma mais pronunciada. Hoje as empresas são mais sensíveis a questões como o respeito pelos direitos dos trabalhadores, o meio ambiente e até as condições de vida das populações mais desfavorecidas, pois sabem que o comportamento da organização é valorado e reflecte-se no prestígio dos produtos e marcas que comercializam. Por outro lado, há que ter em conta o comportamento de quem procura realizar investimentos socialmente responsáveis e que por isso é discriminado positivamente em detrimento da concorrência.

III. O interesse suscitado relativamente a estas questões foi também em parte reavivado pelo ressurgir dos escândalos financeiros a que assistimos no início da década, entre os quais se destaca

como exemplo paradigmático o abrupto colapso da gigante americana Enron que como outras possuía o seu próprio código ético que não foi respeitado. Acontecimentos como estes chamaram a atenção para a necessidade de salvaguardar a existência de regras relativas ao bom governo das sociedades e criar os mecanismos que permitam de alguma forma ao público em geral aferir o cumprimento de regras de boa conduta no governo das sociedades.

Este movimento no sentido de assegurar o bom governo das sociedades em geral e em especial naquelas que abrem o seu capital ao público, pode considerar-se incluído numa pequena parte daquilo a que se designa a responsabilidade social das empresas. Isto porque em geral, os membros dos órgãos de administração, especialmente das empresas que têm o seu capital disperso pelo público, têm responsabilidades para com os investidores de revelação ao mercado do grau de cumprimento de determinadas práticas de direcção adoptadas.

IV. Mas este conceito tem ressurgido também ao nível da implementação de conjuntos sistematizados de regras que têm em vista regular não só as relações entre os membros do órgão de administração e os accionistas, mas muitas vezes também sobre as relações da empresa com os seus *stakeholders*, sendo que ao levar à assunção de compromissos da empresa perante os credores, os trabalhadores e os accionistas asseguram uma cultura de credibilidade, transparência e justiça.

Além disso, a experiência tem demonstrado que o reposicionamento do papel da empresa na sociedade induzido pela adopção de práticas consideradas socialmente valiosas beneficia a empresa, provocando o aumento da sua competitividade a médio e longo prazo⁽⁴⁾. Outros benefícios para a alteração de comportamentos através da adopção de uma postura a vários níveis ética por parte da empresa têm sido apontados como permitindo entre outras, captar investidores que procurem realizar investimentos em empresas

⁽⁴⁾ OECD Observer, “*Corporate Governance and Responsibility: Foundations for Market Integrity*”, n.º 234, Outubro de 2002, p. 7 e segs.

socialmente responsáveis bem como despoletar processos internos que permitam às organizações tomar consciência e ir ao encontro, de uma maneira mais eficiente, das necessidades e legítimas expectativas de todos quantos estão envolvidos nas suas operações.

II. AS TEORIAS EM CONFRONTO

1. A teoria dos detentores de um interesse sobre a sociedade (*stakeholders*)

I. De acordo com os defensores da teoria dos *stakeholders*, os membros do órgão executivo devem atender a todos quantos afectam ou são afectados pela vida da empresa e têm, por isso, um interesse no seu bom funcionamento. Entre estes, além dos próprios accionistas, encontram-se os empregados, fornecedores, clientes, a comunidade local e o Estado. De acordo com esta posição, o objectivo da empresa seria o de coordenar os interesses destes grupos, fazendo incidir sobre os administradores os deveres morais de dirigir a actividade social, tendo em atenção manter um constante equilíbrio de tais interesses.

II. A principal ideia que se encontra por trás desta teoria resulta da ideia de que a empresa, ao beneficiar de diversos factores de produção proporcionados pela sociedade em geral e pelo próprio Estado, que tornam possível o desenvolvimento das suas operações, estaria por isso obrigada a compensar a comunidade que torna o seu sucesso possível.

Esta forma de encarar o papel da empresa desencadeou um movimento que teve em vista ultrapassar as questões levantadas pelo problema de separação entre titularidade e controlo sobretudo das grandes empresas, no sentido de estabelecer uma estrutura teórica que permitisse legitimar a adopção de certos comportamentos considerados socialmente responsáveis por parte dos respectivos administradores.

III. A verdade é que, ao contrário do que advoga esta teoria, a empresa não é um sujeito moral. E a querer-se assacar às empresas alguma responsabilidade neste domínio há que atender-se ao disposto no artigo 6.º do Código das Sociedades Comerciais, nos termos do qual

“a capacidade da sociedade compreende os direitos e as obrigações necessários ou convenientes à prossecução do seu fim, exceptuados aqueles que lhe sejam vedados por lei ou sejam inseparáveis da personalidade singular”.

De acordo com esta norma, a capacidade de exercício da sociedade tem como limite a prossecução do seu fim imediato, ou seja gerar lucros, o que restringe fortemente a autonomia dos administradores no que diz respeito à adopção de políticas socialmente responsáveis. Tal compreende-se uma vez que os administradores⁽⁵⁾ gerem meios de produção que lhes são alheios, permitindo-lhes apenas neste domínio a tomada de decisões abrangidas pelo primeiro nível de responsabilidade social que consiste em que a realização de lucros seja feita mediante o exemplar cumprimento de todas as regras do jogo.

Isto não significa, claro está, que não tenha sentido pensar num sentido mais abrangente da responsabilidade social da empresa. Na verdade, há que não desconsiderar a empresa como sujeito juridicamente autónomo e separar a sua responsabilidade directa da responsabilidade dos empresários seus accionistas. Não nos devemos esquecer que na noção de responsabilidade social da empresa nos referimos a esta como centro de intersecção de responsabilidades de carácter social, onde se incluem simultaneamente a pessoa colectiva e o empresário, que apesar de serem entidades relacionadas, têm funções claramente distintas.

Não obstante, a teoria dos *stakeholders* teve o mérito indiscutível de chamar a atenção para os diferentes grupos que cooperam para que a actividade da empresa seja possível, e para a necessi-

(5) Os administradores e gerentes estão obrigados como é sabido ao dever geral de diligência previsto no artigo 64.º do Código das Sociedades Comerciais, nos termos do qual: “os gerentes, administradores ou directores de uma sociedade devem actuar com a diligência de um gestor criterioso e ordenado, no interesse da sociedade, tendo em conta os interesses dos sócios e dos trabalhadores”.

dade de ser sensível às necessidades de cada um, lançando luz sobre novos campos de responsabilidade social e tornando mais amplo e abrangente o horizonte ético da empresa.

2. A teoria dos titulares do capital (*stockholders*)

I. Em 1970, MILTON FRIEDMAN publicou um controverso artigo que constituiu uma reacção àquilo a que veio a designar-se de teoria dos *stakeholders*^(6/7) e onde expressava as suas opiniões no que diz respeito à responsabilidade social das empresas. Segundo este autor, o primeiro passo para a clarificação da doutrina da responsabilidade social da empresa é questionarmo-nos o que é que a mesma implica e para quem. Em princípio, as pessoas responsáveis pelos actos da sociedade seriam os detentores do capital, já que são elas que detêm o domínio sobre ela. No entanto, e uma vez que a discussão da responsabilidade social é primariamente dirigida às empresas, a sua abordagem é sobretudo da competência dos membros do órgão executivo.

II. O elemento chave da posição deste autor assenta no facto de os administradores serem representantes ou agentes que agem no interesse dos accionistas, o que determina que a sua principal responsabilidade seja para com estes⁽⁸⁾. Donde, a responsabilidade social dos administradores seja o gerir a empresa em termos

(6) O termo *stakeholder* foi inicialmente introduzido em 1963 como “*os grupos sem cujo apoio a organização deixaria de existir*” (R. EDUARD FREEMAN e DAVID L. REED, in “*Stockholders and Stakeholders: A New Perspective on Corporate Commerce*”, cit. apud Stephen M. Bainbridge, in “*The Bishops and the Corporate Stakeholder Debate*”).

(7) MILTON FRIEDMAN, “*The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits*”, *The New York Times Magazine*, 13 de Setembro de 1970, p. 32.

(8) “*Num sistema de liberdade de iniciativa económica e de propriedade privada, um executivo de empresa é um empregado dos donos do negócio. Ele tem uma responsabilidade directa para com os seus empregadores. Tal responsabilidade é a de levar a cabo a actividade social de acordo com a vontade daqueles, que geralmente será a de aumentar os lucros ao máximo, conformando-se ao mesmo tempo com as regras básicas vigentes em sociedade, tanto as incorporadas na lei, como em costumes éticos. (...) Enquanto as suas acções de acordo com as da “responsabilidade social” reduzirem os resultados para os*

o mais consentâneos possíveis com a sua função qual seja a de prosseguir os interesses dos accionistas, desde logo através de políticas de maximização do lucro. Segundo este autor, a dificuldade no exercício da responsabilidade social por parte dos administradores de empresas acaba por ilustrar a grande virtude da empresa privada que consiste em forçar as pessoas a serem responsáveis pelos seus actos, tornando a exploração alheia difícil.

Neste artigo, FRIEDMAN defende que

“existe um e apenas um tipo de responsabilidade social da empresa: usar os seus recursos e envolver-se em actividades destinadas a aumentar os seus lucros na medida em que se mantenha dentro das regras do jogo, o que significa envolver-se numa concorrência aberta e livre sem engano ou fraude.”

O seu desacordo com aqueles que defendiam uma responsabilidade social das empresas sem limites, ia ao ponto de afirmar que os mesmos, ao negar o lucro como o fim último da empresa, *estavam a defender puro e inadulterado socialismo.*

III. Não obstante as suas propostas terem tido para muitos o significado que os administradores das empresas deveriam alcançar os fins de lucro a todo o custo, a verdade é que este autor reconhece especificamente o imperativo de que os negócios sejam prosseguidos no estrito respeito pela lei e pelas regras de mercado, reconhecendo o lugar da ética no exercício das actividades de direcção. Estes limites à acção dos administradores contrariam a ideia generalizada contra aquele autor, de que a teoria de FRIEDMAN defende políticas de gestão unicamente viradas para a maximização do lucro e desprovidas de qualquer preocupação quanto à sua responsabilidade social.

MILTON FRIEDMAN teve o mérito de chamar a atenção para o facto de que as empresas são instrumentos nas mãos dos accionis-

investidores, eles estão a gastar o dinheiro alheio”. MILTON FRIEDMAN, “*The Social Responsibility...*”, cit..

tas, transferindo o centro da discussão do tema da responsabilidade social e clarificando o que hoje nos parece óbvio: que a responsabilidade social da empresa não se deve confundir com a responsabilidade social do empresário.

IV. Poderá portanto dizer-se que, segundo este autor:

- a) **a empresa cumpre a sua função social primordialmente através do desempenho da sua actividade económica,** contribuindo desse modo para a realização dos objectivos gerais de política económica, ao gerar lucro para os seus accionistas;
- b) **a prossecução da actividade económica da empresa deve conformar-se com o conjunto de preceitos legais e éticos** aplicáveis aos demais agentes do mercado, sem recurso a praticas ilícitas ou fraudulentas; e
- c) **a existir uma intervenção voluntária socialmente valiosa por parte da empresa que ultrapasse o estrito âmbito do referido nas alíneas anteriores, a mesma não caberá aos seus administradores, sendo isso sim uma matéria da responsabilidade dos detentores do capital⁽⁹⁾.**

3. A superação ética da Doutrina Social da Igreja

I. A nossa análise aos pontos de vista atrás descritos é complementada com uma breve abordagem à ética católica na adopção de comportamentos socialmente responsáveis, uma vez que coloca o tema numa perspectiva inteiramente diferente.

⁽⁹⁾ Naturalmente que, no contexto das sociedades com o capital aberto ao investimento do público, em que o capital se encontra disperso pelo público investidor que coloca as suas poupanças em partes de capital, as pessoas sobre as quais verdadeiramente recai a responsabilidade de definir a condução dos destinos da empresa serão os investidores institucionais ou outras pessoas ou grupos de pessoas que detenham uma participação suficientemente influente, designadamente ao nível da nomeação de membros do órgão de administração.

O pensamento contido na Doutrina Social da Igreja não se detém com a questão de saber se a empresa é um ente moral ou não, nem tão pouco se questiona saber quais os sujeitos activos e passivos de comportamentos éticos, antes aproveita o melhor contributo de cada uma das correntes e indica a necessidade de que a empresa seja orientada para o bem comum. De facto, é defendido na linha aliás da teoria dos *stockholders* de Milton Friedman que

“Cada um tem o direito de iniciativa económica e usará legitimamente os seus talentos a fim de contribuir para uma abundância proveitosa a todos e recolher os justos frutos dos seus esforços. Mas terá o cuidado de se conformar com as regulamentações impostas pelas legítimas autoridades em vista do bem comum”⁽¹⁰⁾.

Por outro lado existe também uma aproximação à teoria dos *stakeholders* onde se defende que

“Os responsáveis de empresas têm, perante a sociedade, a responsabilidade económica e ecológica das suas operações. Estão obrigados a ter em consideração o bem das pessoas, e não somente o aumento dos lucros. Estes são necessários, pois permitem realizar investimentos que assegurem o futuro das empresas e garantam o emprego”⁽¹¹⁾.

No entanto, ao introduzir o conceito de solidariedade, o âmbito da responsabilidade social da empresa é lançado a patamares ainda mais abrangentes:

“tal como a pessoa se realiza plenamente na doação de si própria, assim a propriedade se justifica moralmente na criação quando, em moldes e tempos devidos, gera ocasiões de trabalho e crescimento humano para todos”⁽¹²⁾.

Assim, à medida que mais meios e poder são colocados à disposição de cada um, maior se torna a urgência de colocar esses

⁽¹⁰⁾ Catecismo, ponto 2429.

⁽¹¹⁾ Catecismo, ponto 2432.

⁽¹²⁾ JOÃO PAULO II, *Centesimus Annus*, 43.

meios ao serviço do bem comum. E aqui o empresário deve considerar-se particularmente obrigado no sentido de utilizar o seu privilégio e autoridade como instrumentos privilegiados para alcançar esse fim.

II. Para a Doutrina Social da Igreja, a responsabilidade social da empresa é um conceito que pode de algum modo relacionar-se com o conceito de *Justiça Social*, introduzido pelo PAPA PIO XI na sua encíclica *Quadragesimo Anno*, no sentido de poder ser vista como a virtude de quem, no âmbito da empresa, ordena o seu comportamento tendo em vista o cumprimento de propósitos socialmente valiosos. Significa conhecer o seu lugar na sociedade e exercer as suas funções empresariais em vista da influência no sentido do melhoramento das instituições sociais. Como escreveu MICHAEL NOVAK,

“o Papa constata que os homens e as mulheres livres dos tempos modernos podem juntar-se, organizar-se e modificar as instituições das sociedades em que vivem. Realizar este potencial social exige-lhes vigilância, iniciativa, visão de futuro, coragem, realismo, competências organizacionais e perseverança (além de uma provável ajuda de advogados). Além disso, sem a prática desta virtude, o princípio da subsidiariedade não poderia apelar a nenhum grupo social menor do que o Estado”⁽¹³⁾.

Este *princípio da subsidiariedade* que foi inicialmente formulado na doutrina social da igreja pelo PAPA PIO XI e posteriormente clarificado pelo PAPA JOÃO PAULO II na sua carta encíclica *Centesimus Annus*, é o que confere um especial papel à empresa na sociedade. Por ele se exprime a noção de que a sociedade desenvolve-se melhor quando os seus membros reconhecem que diferentes organizações sociais — tais como a família, a empresa, o governo — assumem responsabilidades diferentes na sociedade. Nos termos deste princípio,

(13) MICHAEL NOVAK, “*A Ética Católica e o Espírito do Capitalismo*”, p. 114.

“uma instância social de ordem superior não deve interferir na vida interna de uma comunidade de ordem inferior, privando-a das suas competências, mas deve antes apoiá-la em caso de necessidade e ajudá-la a coordenar a sua acção com a das outras componentes sociais, tendo em vista o bem comum”⁽¹⁴⁾.

Desta forma se defende expressamente que o objectivo último da empresa deve atender a sua existência como comunidade de pessoas que, de diverso modo, procuram a satisfação das suas necessidades fundamentais e constituem um grupo especial ao serviço de toda a sociedade. O Papa chama à atenção para a circunstância de que o verdadeiro debate deve centrar-se em todos aqueles que de uma forma ou de outra tomem parte na empresa, e que façam uso da virtude da justiça social no ambiente do labor quotidiano. Daí que se chame à atenção das nações para a formação de *empresários eficientes e conscientes das suas responsabilidades*.

III. A função social da empresa a que JOÃO PAULO II e autores como MICHAEL NOVAK chamaram à atenção tem como principal mérito o de fazer notar que além da função social *primária* da empresa defendida por MILTON FRIEDMAN e das suas obrigações perante todos quantos contribuem para o desenrolar das suas operações, a empresa tem também que ter em consideração, ao desenhar as suas posições no domínio da responsabilidade social, o seu próprio lugar na sociedade em que está enquadrada e que, por via dos princípios da subsidiariedade e da justiça social, deve assumir. Relativamente a este último aspecto, chama-se à atenção do papel dos empresários, como sujeitos morais últimos na esfera da empresa, que se querem *conscientes das suas responsabilidades*.

⁽¹⁴⁾ JOÃO PAULO II, *Centesimus Annus*, 48; cfr. igualmente PIO XI, *Quadragesimo Anno*, 79.

4. Os níveis de responsabilidade social da empresa

I. Cada uma das teorias assinaladas tem o mérito de nos fazer compreender melhor um aspecto diferente da responsabilidade social da empresa, e de nos ajudar a ver com maior lucidez as obrigações sociais da empresa que decorrem: (i) da sua função económica concreta, como também (ii) da necessidade de retribuir adequadamente a todos quantos depende a prossecução da sua actividade, e ainda (iii) do seu posicionamento relativamente à sociedade como um todo.

Daí que se diga que a responsabilidade social da empresa corresponde a uma tomada de consciência a três níveis que correspondem a três círculos concêntricos, que têm em conta sucessivamente a sua função económica, as forças que operam à volta da empresa e o papel que a mesma desempenha na colectividade em que se insere.

II. Temos portanto um primeiro círculo que é o da exemplaridade ou da excelência. Como referiu MILTON FRIEDMAN, as empresas têm que ser eficientes. Essa é a primeira responsabilidade social das empresas: produzir valor acrescentado. No entanto, este nível de responsabilidade da empresa em sociedade, é inseparável de um outro aspecto fundamental para que o valor gerado seja socialmente valioso: é necessário que no desenrolar das suas operações e na prossecução do seu fim último a empresa respeite a legalidade e os direitos de todas as partes envolvidas. Por outras palavras, a primeira responsabilidade das empresas é o da exemplaridade ou excelência no exercício da sua actividade.

III. O segundo círculo de responsabilidade social das empresas é o dos *stakeholders*, ou seja, o da responsabilidade da empresa relativamente a todos os que concorrem directamente para o sucesso das suas operações comerciais. De acordo com este nível de responsabilidade social a empresa deve compensar adequadamente ou não prejudicar desnecessariamente os clientes, fornece-

dores, trabalhadores, e até mesmo a comunidade local, na medida do seu contributo para a criação de valor acrescentado por parte da empresa, mas também dos encargos por cada um suportados.

IV. Finalmente, temos um terceiro círculo de responsabilidade social que onerará mais o empresário do que as empresas através dos seus administradores, que corresponde à responsabilidade da empresa relativamente à colectividade em geral, ao Estado e ao meio ambiente, que cumpre ter em consideração em diferentes medidas, quer consoante os custos envolvidos para as próprias empresas, quer consoante o seu impacto concreto nas suas operações.

III. O PAPEL DO ADVOGADO

I. Através do documento “*CSR — Corporate Social Responsibility and the Role of the Legal Profession*”, o CCBE sustenta que a profissão de advogado desempenha um papel relevante na tomada de consciência das empresas e dos empresários na pedagogia da responsabilidade social da empresa e na implementação de comportamentos socialmente responsáveis, referindo que a advocacia e a responsabilidade social das empresas prosseguem fins convergentes, como a defesa da moralidade, legalidade e justiça. E uma vez que a principal função do órgão executivo da empresa é assegurar a sua prosperidade dirigindo a actividade comercial ao mesmo tempo que se conforma com as legítimas expectativas dos seus accionistas e restantes *stakeholders*, cumpre ao advogado promover a implementação daqueles valores nas empresas.

II. Assim, e dada a especial proximidade dos advogados das empresas aos centros de decisão das mesmas, existem um conjunto de oportunidades de aconselhamento que podem traduzir-se em projectos de diversa índole, tais como:

- a) a elaboração de planos de responsabilidade social e a sensibilização para o seu efeito preventivo no que diz respeito a potenciais litígios em empresas cujos processos não satisfaçam todos os requisitos legais;
- b) a sensibilização das empresas para a circunstância de que cada vez mais o comportamento das empresas que não se conforme inteiramente com os preceitos legais em vigor está sujeito a procedimentos civis que podem ser onerosos mesmo em casos de negligência, aumentando de ano para ano os casos de potencial responsabilidade criminal;
- c) a preparação de estratégias de planeamento fiscal relacionadas com a realização de acções no domínio dos planos de responsabilidade social, tirando partido de todos os benefícios fiscais conexos com essas actividades como é o caso dos benefícios fiscais relacionados com o mecenato;
- d) a prestação de serviços relacionados com a divulgação de informação sobre as operações da empresa ao público em geral ou a entidades de supervisão, a emissão de comunicados em exercício de direitos de resposta;
- e) elaboração de códigos éticos ou de conduta, etc.

III. As estratégias de responsabilidade social incluem uma gama variável de práticas que podem diferir de empresa para empresa na base de um conjunto de variáveis, tais como: as características do sector de actividade, os valores da empresa, a cultura da organização, a sua história específica, as suas relações com consumidores, os atributos das marcas que comercializa, entre outras.

A adopção destes comportamentos podem fazer parte de um novo conjunto de serviços que promoverá o desenvolvimento de uma cultura de organização, ao mesmo tempo transmitindo uma imagem institucional com atributos próprios que fortalecerão a sua reputação e credibilidade comerciais. Por outro lado, tais serviços aumentarão o prestígio das empresas em causa uma vez que as torna participantes activas do melhoramento das condições de vida nas comunidades onde operam.

A APLICAÇÃO ANALÓGICA DO REGIME JURÍDICO DA CESSAÇÃO DO CONTRATO DE AGÊNCIA AOS CONTRATOS DE CONCESSÃO COMERCIAL: TRADIÇÃO OU VERDADEIRA ANALOGIA?

Pela D.^{ra} Mariana Soares David

SUMÁRIO:

I. INTRODUÇÃO. II. OS CONTRATOS DE DISTRIBUIÇÃO À LUZ DA HISTÓRIA. III. A APLICAÇÃO ANALÓGICA DAS NORMAS QUE REGULAM A CESSAÇÃO DO CONTRATO DE AGÊNCIA. A) A TENDÊNCIA; B) A (ALEGADA) JUSTIFICAÇÃO. IV. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

I. INTRODUÇÃO

As últimas décadas têm evidenciado a sedimentação, entre a nossa doutrina e jurisprudência, de uma forte corrente favorável à aplicação analógica do regime de cessação dos contratos de agência (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 178/86, de 13 de Julho, e alterado pelo Decreto-Lei n.º 118/93, de 13 de Abril), a contratos de distribuição legalmente atípicos, como os contratos de franquia e os contratos de concessão comercial.

Com efeito, o problema da delimitação do regime jurídico aplicável a determinado negócio jurídico assume especial relevo e

dificuldade quando estamos perante figuras que não se encontram directamente reguladas por qualquer diploma legal.

No que toca aos contratos de distribuição, porventura pela sua crescente frequência e relevância negocial, esta questão tem motivado inúmeros escritos doutrinários e decisões jurisprudenciais que a têm resolvido de modo praticamente unânime. Em suma, concluindo-se que a similitude estrutural entre o contrato de agência e a generalidade das figuras negociais tendentes à distribuição comercial de produtos justifica a proclamação do primeiro como figura paradigmática entre os demais contratos de distribuição e a exportação *extra muros* aos restantes do regime plasmado no referido Decreto-Lei n.º 178/86, mormente na parte referente aos termos e consequências da cessação do contrato.

Uma tendência com a qual não podemos concordar, seja pela excessiva simplificação que acarreta, seja pela fraca fundamentação e rigor teórico de grande parte das decisões que a propugnam, seja pelas consequências nefastas que muitas vezes resultam (ou podem resultar) da sua aplicação prática.

Posto isto, e embora sem qualquer pretensão de exaustividade quer na análise do problema quer na documentação das diversas posições que têm sido tecidas sobre o mesmo, o que nos propomos é a demonstrar a controvérsia que ainda subjaz ao aparente consenso que se tem gerado em torno desta matéria — *maxime*, no que diz respeito à aplicação analógica aos contratos de concessão comercial da indemnização de clientela prevista nos artigos 33.º e 34.º do regime jurídico do contrato de agência.

No essencial, a questão que se coloca é a de saber se esta *proclamada* aplicação analógica tem realmente justificação ou decorre apenas de uma prática consolidada, que prescinde as mais das vezes de uma análise rigorosa da verificação, ou não, no caso concreto, dos pressupostos de que depende o processo de integração de lacunas por analogia.

II. OS CONTRATOS DE DISTRIBUIÇÃO À LUZ DA HISTÓRIA

O crescimento continuado da produção industrial iniciada na segunda metade do século XVIII e a globalização das relações comerciais a que temos assistido nos últimos anos tornaram inevitável o fraccionamento do processo de produção e distribuição.

De facto, num mercado à escala mundial e quase sem fronteiras, a eficiência da actividade de distribuição passa, em larga medida, por um profundo conhecimento de cada região e segmento de mercado e pela qualidade e especialização dos serviços oferecidos por cada elemento da cadeia de distribuição.

Por isso mesmo, na moderna sociedade de consumo, a distribuição directa tem sido praticamente substituída por diversos modelos de distribuição indirecta, desenvolvidos através de uma rede de intermediários especializados, elos de uma cadeia entre a produção e os consumidores finais. Um movimento de descentralização que se tem generalizado, agilizando e racionalizando o processo de circulação dos bens, facilitando a conquista de novos mercados por operadores já instalados e com credibilidade junto do público local, e permitindo transferir para terceiros despesas e riscos que, de outro modo, o produtor teria de suportar directamente.

Neste contexto, para regular as relações comerciais entre produtores e distribuidores em torno desta actividade de intermediação foram, ao longo dos tempos, surgindo diversos esquemas contratuais dirigidos à “representação económica” do produtor / fornecedor, que têm sido agrupados sob a ampla categoria de *contratos de distribuição*.

Em termos históricos, a doutrina tem associado o surgimento destes contratos às ancestrais figuras da *commenda* medieval e do contrato de comissão, posteriormente destronadas pelo contrato de agência⁽¹⁾. Durante várias décadas, foi este o modelo privilegiado de distribuição seguido na generalidade dos países europeus. Tendo o mesmo, aliás, sido merecedor de harmonização comunitá-

(¹) Sobre o desenvolvimento e encadeamento histórico destas figuras, *vide*, por todos, LUÍS MENEZES LEITÃO, *A Indemnização de Clientela no Contrato de Agência*, Coimbra, Almedina, 2006, pp. 13 e 14.

ria através da Directiva n.º 86/653/CEE, do Conselho, de 18 de Dezembro de 1986.

Não obstante, com o passar dos tempos, o desenvolvimento económico e o progressivo distanciamento do produtor relativamente ao destino final dos bens viriam exigir uma maior descentralização e dispersão de custos e riscos, que levou à generalização de um modelo de distribuição indirecta em que o distribuidor passou a ser responsável, não apenas pela promoção dos produtos, mas também pela decisão final sobre a respectiva distribuição e revenda.

Terá sido nesta altura, e em resposta a estas necessidades de mercado, que o contrato de concessão comercial começou a assumir a relevância económica e social que lhe é hoje reconhecida, enquanto “*contrato-quadro que faz surgir entre as partes uma relação obrigacional complexa por força da qual uma delas, o concedente, se obriga a vender à outra, o concessionário, e esta a comprar-lhe, para revenda, determinada quota de bens, aceitando certas obrigações — mormente no tocante à sua organização, à política comercial e à assistência a prestar aos clientes — e sujeitando-se a um certo controlo e fiscalização do concedente*” e que funda “*uma relação de colaboração estável, duradoura, de conteúdo múltiplo, cuja execução implica, designadamente, a celebração de futuros contratos entre as partes, pelos quais o concedente vende ao concessionário, para revenda, nos termos previamente estabelecidos, os bens que este se obrigou a distribuir*”⁽²⁾.

Com efeito, à semelhança do que acontece com o agente, também o concessionário corresponde a um distribuidor dos produtos do produtor/fornecedor, que actua a jusante no circuito comercial, com vista à promoção daqueles produtos, e que se encontra ligado ao produtor/fornecedor por meio de um conjunto de obrigações tendentes a um controlo mínimo da actividade de distribuição, ao eficaz escoamento dos produtos e à defesa da respectiva marca, e do seu prestígio, reputação e notoriedade⁽³⁾.

⁽²⁾ A definição é de ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Denúncia de um Contrato de Concessão Comercial*, em “Anotação Ac. RP 27/6/1995 (Contrato de agência com um transitório, ilicitude da resolução e indemnização de clientela)”, *RLJ*, 133 (2000-2001), pp. 39 e 40.

⁽³⁾ Uma característica que, em qualquer caso, de modo algum, se confunde com a dependência (típica) do agente face ao principal.

Porém, ao contrário do que tipicamente ocorre com o agente, o concessionário normalmente não se limita a intermediar e promover esta actividade de distribuição, adquirindo efectivamente a propriedade dos produtos que distribui e procedendo, por sua própria conta e risco, à respectiva revenda, seja a outros comerciantes, grossistas e/ou retalhistas, seja aos próprios consumidores finais. A subordinação típica dos agentes viria, pois, contrapor-se a autonomia, independência e responsabilidade acrescidas do concessionário — sendo, aliás, este o seu principal traço característico.

Assim se desenvolvendo um modelo de distribuição que permite associar às vantagens da actividade de intermediação anteriormente desempenhada pelos agentes comerciais uma diminuição das responsabilidades assumidas pelo produtor/fornecedor no tocante ao *terminus* do processo de escoamento dos produtos.

III. A APLICAÇÃO ANALÓGICA DAS NORMAS QUE REGULAM A CESSAÇÃO DO CONTRATO DE AGÊNCIA

A) A TENDÊNCIA

Atenta a sua crescente frequência negocial (também dita, *tipicidade social*), o contrato de concessão comercial tem sido, entre nós, nominado e autonomizado das demais espécies de contratos de distribuição comercial, com base num conjunto de características que lhe têm sido reconhecidas pelas nossas doutrina e jurisprudência.

Não obstante, à semelhança do que acontece na generalidade dos demais sistemas jurídicos à escala mundial, a concessão comercial surge ainda, na ordem jurídica portuguesa, como uma figura legalmente atípica^(4/5).

(4) A propósito da tipicidade e atipicidade dos contratos, do seu carácter nominado ou inominado, e do respectivo regime jurídico, *vide* por todos RUI PINTO DUARTE, *Tipicidade e Atipicidade dos Contratos*, Coimbra, Almedina, 2000, pp. 34-44 e 131-159.

(5) Ao que sabemos, são apenas três os sistemas jurídicos em que o contrato de concessão comercial se encontra específica e directamente regulado na lei, a saber, a lei belga de 27 de Julho de 1961, *relative à la résiliation unilaterale des concessions de vente exclusive*

O que levanta, desde logo, e com particular acuidade, o problema da determinação do respectivo regime jurídico, que aliás se prende com um outro problema que o antecede em termos metodológicos e que consiste na sua qualificação.

Na verdade, sendo certo que mesmo no âmbito dos contratos típicos são frequentes as questões suscitadas em torno destas operações de interpretação e qualificação contratual e da respectiva subsunção jurídica⁽⁶⁾, é sem dúvida no domínio da atipicidade que as mesmas colocam especiais dificuldades. Desde logo porque, neste domínio, o intérprete não encontra para o efeito qualquer apoio na lei, seja através de uma descrição do acervo normativo que há-de limitar a liberdade negocial das partes no negócio em apreço, seja através de uma descrição dos seus traços essenciais (*essentialia*).

Todavia, no que diz respeito aos contratos de concessão comercial, estas questões têm sido resolvidas com particular *agilidade* pelas nossas doutrina e jurisprudência — de um lado, e no que toca à sua qualificação, com recurso ao tipo social construído para catalogação desta figura e, de outro lado, no que toca à determinação do respectivo regime jurídico, através da aplicação analó-

à durée indéterminée, a lei brasileira n.º 6729, de 28 de Novembro de 1979, sobre a concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automóveis de via terrestre e o Código Comercial de Macau, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 40/99/M. Sendo de notar que, em todos esses casos se prevê, de facto, o direito do concessionário a uma indemnização de clientela após a cessação do contrato, em semelhantes ao que ocorre entre nós no âmbito do contrato de agência. Isso mesmo se encontra também previsto, ainda com maior alcance, nos artigos 18.º e ss. do *ICC Model Distributorship Contract (sole importer-distributor)* de 1993, aplicável à generalidade dos contratos de distribuição. Todavia, ainda que esta compensação se possa considerar defensável *de iure condendo*, uma vez que a mesma não se encontra (pelo menos, ainda) prevista na nossa ordem jurídica *de iure constituto*, apenas pela análise dos pressupostos da analogia se poderá eventualmente concluir pela sua necessidade da sua atribuição no caso concreto.

(6) Operações que exigem sempre um aturado exercício de interpretação do caso concreto e de aproximação do mesmo a cada uma das normas legais previstas para o tipo (cf. RUI PINTO DUARTE, *Tipicidade e Atipicidade dos Contratos*, cit., pp. 121-130). Pois, conforme refere JOÃO BAPTISTA MACHADO — como de costume, com particular mestria —, ainda que neste ponto citando Kaufmann, “*todo o conhecimento jurídico, toda a descoberta do direito (heurística jurídica) e até toda a chamada ‘subsunção’ mostra a estrutura da analogia*” (cf. *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, Almedina, 1991, pp. 330-331).

gica das normas que regulam a cessação do contrato de agência, atenta a sua similitude estrutural⁽⁷⁾

De facto, como atrás se deixou sumariamente referido, analisando os diversos escritos que se têm debruçado sobre esta matéria, é fácil verificar uma clara tendência favorável à exportação *extra muros* do regime jurídico previsto para o contrato de agência a outras figuras negociais paralelas mas sem regulação legal directa, como é o caso do contrato de concessão comercial. Neste sentido se têm pronunciado os nossos tribunais superiores, na quase totalidade dos acórdãos proferidos a este propósito⁽⁸⁾, e uma parcela significativa e largamente maioritária da nossa doutrina, da qual se destacam nomes como os de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Comercial I*, Coimbra, Almedina, 2001, pp. 513 e 514, LUÍS MENEZES LEITÃO, *A Indemnização de Clientela no Contrato de Agência*, Coimbra, Almedina, 2006, pp. 84 e 85 e SOFIA TOMÉ D'ALTE, *O Contrato de Concessão Comercial*, *RFDUL*, Volume XLII, N.º 2, 2001, pp. 1418-1420.

⁽⁷⁾ Quanto mais não seja por, tanto o agente como o concessionário, serem colaboradores estáveis do produtor/fornecedor, os quais actuam como intermediários do processo de distribuição dos produtos produzidos/fornecidos por este último, com vista à defesa dos seus interesses e à promoção dos seus bens e marca.

⁽⁸⁾ Vejam-se, designadamente, os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 04/05/93 (proc. n.º 803376), de 22/11/95 (*CJ*, 1995, 3, 115), de 12/12/96 (proc. n.º 88398), de 23/09/97 (proc. n.º 97B458), de 23/04/98 (*Act. Jur.*, n.º 16/17), de 18/11/99 (proc. n.º 99B3868), de 10/05/01 (proc. n.º 01B324), de 10/07/01 (proc. n.º 01A2202), de 15/10/02 (proc. n.º 02A2057), de 12/06/03 (proc. n.º 03B1267), de 31/03/04 (proc. n.º 04B545), de 27/05/04 (proc. n.º 04B1665), de 30/09/04 (proc. n.º 04B191), de 12/04/2005 (proc. n.º 04A4685), de 21/04/05 (proc. n.º 04B3868), de 06/07/2005 (proc. n.º 04B4598), de 22/09/2005, proc. n.º 05B1894, de 06/12/2005 (proc. n.º 0522728), de 29/06/2006 (proc. n.º 06B2110), de 14/09/2006 (proc. n.º 06P1271), de 10/10/2006 (proc. n.º 06A2132), de 23/11/2006 (proc. n.º 06B2085), de 13/09/2007 (proc. n.º 07B1958); os acórdãos do Tribunal da Relação do Porto de 18/10/94 (proc. n.º 9420142), de 27/06/95 (proc. n.º 9520949), de 01/07/96 (proc. n.º 9550745), de 09/11/98 (proc. n.º 9250387), de 21/06/00 (proc. n.º 0030767), de 15/04/04 (proc. n.º 0431755), de 22/04/04 (proc. n.º 0430631), de 09/12/04 (proc. n.º 0430673); os acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa de 09/07/91 (proc. n.º 0018146), de 11/07/02 (proc. n.º 00122967), de 26/06/03 (proc. n.º 4398/2003-2), de 18/05/04 (proc. n.º 3589/2004-7), de 02/02/06 (proc. n.º 9219/2004-6), de 06/05/08 (proc. n.º 2010/2008-7), de 08/05/08 (proc. n.º 3038/2008-6) e os acórdãos do Tribunal da Relação de Coimbra de 26/11/96 (*CJ*, Ano XXI, tomo V, 1996, 31-34), de 28/10/97 (*CJ*, ano XXII, tomo VI, 1997, 43-48), de 16/03/99 (proc. n.º 1076/98) e de 10/01/06 (proc. n.º 2659/05) — disponíveis em www.dgsi.pt.

Uma tendência que se diz ancorada sobre o ensinamento de ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, autor do anteprojecto legislativo do regime jurídico do contrato de agência, e sobre o ponto 4 do respectivo preâmbulo, mas que, a nosso ver, denota uma profunda incompreensão do seu verdadeiro alcance e extensão e incorre, além do mais, em diversos vícios de cariz dogmático e metodológico que inquinam *ab initio* o acerto das suas conclusões.

Com efeito, em primeiro lugar, nem o regime do contrato de agência nem as lapidares e tão profusamente citadas obras do seu autor material permitem concluir, como se tem feito, em abstracto, e sem devida fundamentação e ponderação das particulares circunstâncias do caso concreto, que sendo os contratos de concessão comercial legalmente atípicos deve ser-lhes aplicado por analogia o regime de cessação do contrato de agência.

Pelo contrário, é o próprio regime da agência que, no referido ponto 4 do preâmbulo, aconselha uma certa moderação na apreciação da sua justificação no caso concreto. Aí se lendo, relativamente ao contrato de concessão comercial, que “*detecta-se no direito comparado uma certa tendência para o manter como contrato atípico, ao mesmo tempo que se vem pondo em relevo a necessidade de se lhe aplicar, por analogia — quando e na medida em que ela se verificque —, o regime da agência, sobretudo em matéria de cessação do contrato*” (realce nosso). No mesmo sentido se pronunciando ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, que apesar de ser usualmente reconhecido como principal paladino desta aplicação analógica, sempre deixou claro nos seus escritos que, “*em princípio, a actividade típica dos concessionários e franquizados, por si só, não será susceptível de justificar, por analogia, uma indemnização de clientela*”^(9/10).

(9) Cf. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Contrato de Agência*, 6.^a Edição Actualizada, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 143 e *Denúncia de um Contrato de Concessão Comercial*, cit., pp. 78 e 79.

(10) Neste mesmo sentido, demarcando-se do aparente consenso que se tem gerado sobre a questão, v. também, por todos, RUI PINTO DUARTE, em *Tipicidade e Atipicidade dos Contratos*, ob. cit., 184-195 e “A jurisprudência portuguesa sobre a aplicação da indemnização de clientela ao contrato de concessão comercial — Algumas observações” em *The-mis*, n.º 3 (2001), pp. 316-321.

Um autor que nos parece ter tratado a questão com particular acuidade e rigor, mas cujo discurso não terá, porventura, sido compreendido por LUÍS MENEZES LEITÃO. Só

Porém, o certo é que entre nós se tem proclamado esta analogia, de plano e em abstracto, e não apenas em relação a determinada norma e figura negocial concretas, mas em relação às diversas normas que regulam a cessação do contrato de agência e à generalidade dos contratos de concessão comercial.

Uma generalização que se tem vindo a enraizar cada vez mais na nossa cultura jurídica, mas que se traduz numa notória violação das regras gerais de interpretação e de integração de lacunas. Sendo, aliás, particularmente grave por ser tecida sobre uma figura legalmente atípica como esta, cujos contornos podem ser muito distintos, atenta a maior autonomia das partes na sua definição, e que, apesar de ser hoje nominada e reconhecida como socialmente típica, nem sempre recolhe consenso quanto à definição das suas características essenciais⁽¹¹⁾.

Por outro lado, importa realçar que, em bom rigor, o que a descrita corrente doutrinária e jurisprudencial tem sustentado — e tem efectivamente aplicado em diversos casos concretos — nem sequer corresponde a uma verdadeira aplicação analógica, mas sim a uma

assim se explica que este o tenha colocado, a este propósito, na sua *A Indemnização de Clientela no Contrato de Agência*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 84, ao lado daqueles que, como ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO e JOSÉ ALBERTO VIEIRA, apoiam a extensão da indemnização de clientela a todos os concessionários comerciais. Isto, não obstante o próprio PINTO DUARTE tenha deixado claro na primeira das mencionadas obras, redigida por ocasião da sua Dissertação de Doutoramento, para qual remete aliás a segunda, que “*Não parece, pois que as regras ditadas pelo legislador português para a agência possam ser aplicadas automaticamente, ou com ligeireza, ao contrato de concessão comercial. Isto não significa que a recusa absoluta dessa aplicação, mas apenas que julgamos que isso só deve suceder quando o contrato de concessão que estiver concretamente em análise se aproxime do modelo do contrato de agência subjacente à lei portuguesa (e à directiva comunitária).*” (cf. *Tipicidade e Atipicidade dos Contratos*, cit., p. 195).

⁽¹¹⁾ Com efeito, apesar de existir um núcleo consensual de características apontado pelas diversas definições doutrinárias e jurisprudenciais de contrato de concessão comercial, há pelo menos um ponto fulcral em que as mesmas divergem: a maior ou menor dependência do concessionário face ao concedente. Uma dependência que, a nosso ver, não corresponde a uma característica típica dos concessionários (os quais se distinguem dos agentes comerciais precisamente pela sua autonomia), mas que, a existir, justificaria de facto a analogia com o regime da agência.

O que significa que, por detrás deste mesmo *nomen*, se podem esconder realidades substancialmente distintas, mas cuja especificidade se perde algures no seu processo de catalogação. As quais não podem ser incluídas numa mesma premissa genérica, sob pena de comprometer a fiabilidade de qualquer silogismo assim fundado.

aplicação directa, do regime de cessação do contrato de agência aos contratos de concessão comercial. Pois, tomando o paradigmático exemplo da indemnização de clientela, prevista nos artigos 33.º e 34.º do regime jurídico do contrato de agência, a única coisa que se exige para que ao concessionário seja atribuída (supostamente, por analogia) uma indemnização de clientela é que, no caso, se encontrem preenchidos os requisitos previstos no artigo 33.º do Decreto-Lei n.º 178/86⁽¹²⁾. Isto é, nada mais do que se exige para aplicação directa do preceito, no âmbito do próprio contrato de agência!

Por outras palavras, e em suma, o que se faz é saltar o momento lógico prévio de verificação dos pressupostos desta analogia, a qual pura e simplesmente se afirma e se “justifica” com base nos requisitos de que depende a sua aplicação directa no âmbito do contrato de agência. Isto, sem antes se verificar se, no caso, estão ou não reunidos os pressupostos de que depende este processo de integração de lacunas, a saber: a existência de uma lacuna, a não excepcionalidade da norma a *exportar* e a sua adequação ao caso concreto.

É, pois, esta tendência de aplicação (*dita* analógica) do regime da cessação dos contratos de agência à generalidade dos contratos de concessão comercial que se tem difundido entre nós nos últimos anos, assumindo já foros de verdadeira tradição. Uma tradição com a qual não podemos concordar, pelo menos por princípio, por considerarmos que a mesma padece, como se viu, de diversos vícios lógicos, que afectam inevitavelmente a sua preci-

⁽¹²⁾ Isto é, a angariação de novos clientes para a outra parte ou o aumento substancial do volume de negócios com a clientela já existente (artigo 33.º, n.º 1, al. a)), a existência de benefícios consideráveis auferidos pela outra parte, após a cessação do contrato, resultantes da actividade de promoção e angariação de clientela desenvolvida pelo agente (artigo 33.º, n.º 1, al. b)), e a inexistência de qualquer forma de retribuição do agente por contratos negociados ou concluídos, após a cessação do contrato, com os clientes referidos na alínea a) (artigo 33.º, n.º 1, al. c)).

A propósito destes requisitos, do seu conteúdo e exigências probatórias, e bem assim dos requisitos negativos constantes dos n.ºs 3 e 4 do mesmo artigo 33.º do Decreto-Lei n.º 178/86, vejam-se ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Contrato de Agência*, cit., pp. 138-140, CAROLINA CUNHA, *A indemnização de clientela do agente comercial*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pp. 59-326, JOANA VASCONCELOS, “Cessação do contrato de agência e indemnização de clientela — algumas questões suscitadas pela jurisprudência relativa ao DL n.º 178/86”, em *DJ* 16 (2002), I, pp. 143-263, LUÍS MENEZES LEITÃO, ob. cit. pp. 45-63.

são mas que se escondem por detrás deste aparente, incoerente e irreflectido consenso.

B) A (ALEGADA) JUSTIFICAÇÃO

Nesta ordem de ideias, na impossibilidade de uma afirmação generalizada de analogia entre o contrato de agência e o contrato de concessão comercial e de uma aplicação genérica ao segundo do regime jurídico previsto para o primeiro, apenas perante o caso concreto se poderá averiguar da eventual justificação desta aplicação analógica.

Sendo certo que, atento o substrato fáctico subjacente à grande maioria das decisões jurisprudenciais que têm sufragado esta aplicação analógica, estamos até em crer que essa aplicação nem sempre se justifica.

Senão vejamos:



A regra no que toca à determinação do regime jurídico aplicável aos contratos (legalmente) atípicos é a que os mesmos devem ser regulados pelo disposto pelas partes no contrato, no limite da sua autonomia privada⁽¹³⁾, pelas normas gerais que regulam as obrigações contratuais, pelos usos aplicáveis por força de lei e, subsidiariamente, pelas disposições previstas para figuras típicas semelhantes cuja analogia se justifique no caso concreto. Isso mesmo resulta claro, entre tantos outros, do acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 14/02/2006, proc. n.º 10878/2005-7, *in* www.dgsi.pt.

O que implica, antes de mais, um exercício de interpretação negocial, necessário quer para determinação da vontade das partes, expressa no contrato ou resultante de comportamentos concludentes das mesmas, quer para descoberta de eventuais casos omissos, quer

⁽¹³⁾ Isto é, contanto que não sejam desse modo ofendidos preceitos imperativos, a cuja aplicação se não possa furtar o contrato de concessão comercial.

até para qualificação (ou não) de determinada figura negocial concreta como contrato de concessão comercial. E implica também, por outro lado, uma rigorosa interpretação das diversas normas directamente previstas na lei para figuras semelhantes. Só assim se podendo válida e correctamente concluir (ou não) pela necessidade, adequação e justificação da aplicação de tais normas — aí sim, por analogia — à figura negocial em apreço no caso concreto.

Com efeito, o recurso à analogia surge nos n.ºs 1 e 2 do artigo 10.º do Código Civil como meio adequado de preenchimento de lacunas “sempre que no caso omissis procedam as mesmas razões justificativas da regulamentação do caso previsto na lei” (sublinhado nosso).

Trata-se, no fundo, de uma emanação do princípio da igualdade, *alma mater* da generalidade dos sistemas jurídicos constitucionais, em conformidade com o velho brocardo latino *ubi eadem ratio legis, ubi eadem eius dispositio*. Por isso mesmo se tem entendido que a analogia não corresponde a um processo de criação de direito novo, mas sim a um processo de descoberta de direito não contido directamente na lei para determinados casos mas imanente ao sistema jurídico, o qual se justifica fundamentalmente por razões de coerência normativa, de justiça relativa e até de certeza jurídica⁽¹⁴⁾.

Não obstante, importa não esquecer que o princípio da igualdade não se limita a prescrever a paridade entre todas as situações hipoteticamente concebíveis, impondo mesmo, ao invés, em certos casos, *o tratamento como desigual do que é desigual*⁽¹⁵⁾.

O problema reside, pois, em identificar a parcela dessa (des)igualdade de que a analogia se pode (e deve) ocupar. Impondo-se, para o efeito, não apenas uma simples semelhança formal ou estrutural entre o caso regulado e o caso omissis, mas uma semelhança visceral no que toca às características que justificam a solução prescrita pela lei quanto ao caso regulado — i.e., no que toca à sua *ratio legis*.

⁽¹⁴⁾ Cf. JOÃO BAPTISTA MACHADO, ob. cit., pp. 202 e 331.

⁽¹⁵⁾ Cf. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, “Direitos Fundamentais”, 3.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, pp. 239 e 240.

Neste sentido, alertava já MANUEL DE ANDRADE, nos idos anos 60, quase em tom de prenúncio, para o risco de os intérpretes caírem numa *“indução precipitada ou incompleta”*, quando *“tendo apurado que um ou vários preceitos legais convém do mesmo modo, no indicado plano valorativo, a outros para além daqueles a que se referem, induzem daí um princípio mais extenso, que aplicam depois a todas as hipóteses omissas nele incluídas, vendo em tal princípio o fundamento ou pressuposto daquela ou daquelas disposições legais; e isto sem terem o cuidado de examinar, nem antes de induzirem o princípio, nem no momento da sua aplicação, para todos e cada um desses casos omissos, e não só para alguns, se ele é tão justificável como nas espécies visadas na lei (realce nosso)(¹⁶)*.



Ora, transpondo o que atrás se deixou exposto para o assunto de que ora nos ocupamos, somos levados a concluir, na linha de RUI PINTO DUARTE(¹⁷), que é pela compreensão do conteúdo e da razão de ser de cada uma das normas que regulam a cessação do contrato de agência — no âmbito do diploma que as circunscreve e no quadro das relações comerciais que as mesmas visam regular — e pelo seu confronto com o contrato de concessão comercial em apreço no caso concreto que se poderá, eventualmente, concluir pela necessidade de aplicação analógica das normas previstas para o primeiro(¹⁸).

De entre tais normas merecem especial destaque, quer pela sua especificidade, quer pela frequência com que têm sido aplicadas a figuras afins ao contrato de agência, os artigos 28.º e 29.º do Decreto-Lei n.º 178/86, por meio dos quais se atribui, a qualquer

(¹⁶) MANUEL DE ANDRADE, *Ensaio sobre a Teoria da Interpretação das Leis*, 2.ª Edição, Coimbra, Arménio Amado, Editor, Sucessor — Coimbra, 1963, pp. 81.

(¹⁷) Que nos parece francamente ter sido quem, entre nós, melhor tratou o problema, em todas as suas dimensões, ainda que de forma sumária.

(¹⁸) Nas sempre iluminadas palavras de JOÃO BAPTISTA MACHADO, ob. cit., p. 204, *“Metodologicamente, isto significa que, para alcançar o verdadeiro concreto, para ascender do abstracto ao concreto”, é preciso “descer” (ou subir?) do pseudo-concreto ao abstracto”*.

das partes, uma indemnização pela eventual falta de pré-aviso da denúncia do contrato pela contraparte, e os *supra* referidos artigos 33.º e 34.º do mesmo diploma, por meio dos quais se atribui ao agente o direito a uma indemnização de clientela após a cessação do contrato.

O primeiro dos referidos institutos corresponde a uma manifestação dos princípios gerais da boa fé e da proibição do abuso do direito, aplicáveis a todos os tipos contratuais e não apenas ao contrato de agência, para que a outra parte se possa precaver face aos possíveis incómodos resultantes da cessação do contrato. Princípios que impõem sempre um certo pré-aviso de denúncia, ainda que do regime contratual legal ou convencional não resulte a necessidade de respeitar determinado prazo para a produção do efeito extintivo da denúncia^(19/20).

Assim sendo, a especialidade introduzida, a este propósito, pelo regime da agência diz respeito à delimitação dos prazos mínimos de pré-aviso a observar pelas partes⁽²¹⁾. Prazos esses que foram encurtados pelo Decreto-Lei n.º 118/93, de 13 de Abril (em conformidade com a Directiva n.º 86/653/CEE⁽²²⁾), e cuja aplicação análoga aos contratos de concessão comercial tem, por isso, sido recusada pelas mais recentes doutrina e jurisprudência⁽²³⁾. Uma posição com a qual se concorda, por se considerar também que, face aos avultados investimentos acarretados pelos concessionários neste tipo de contratos, tais prazos serão excessivamente curtos para que as partes se possam preparar para a cessação da relação comercial e para os efeitos desta na sua actividade económica — não lhes

(19) E bem assim da resolução sem fundamento — como nota ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Contrato de Agência*, cit., pp. 133 e 134.

(20) Cf. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Da Cessação do Contrato*, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 113-117.

(21) A excepção do que ocorre no âmbito do contrato de agência e do contrato de locação, na generalidade dos casos, tais prazos não se encontram fixados na lei. Devendo, como tal, ser fixados pelas partes ou determinados de acordo com critérios de razoabilidade, ditados pelo tipo de contrato em apreço e pela respectiva duração.

(22) *Maxime*, por transposição do previsto no artigo 15.º da referida Directiva comunitária.

(23) Cf. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Contrato de Agência*, cit., p. 124 e *Denúncia de um Contrato de Concessão Comercial*, cit., nota 67 (pp. 67 e 68).

sendo, assim, aplicável a razão de ser dos prazos constantes do n.º 1 do artigo 28.º do regime jurídico do contrato de agência.

Por sua vez, o segundo dos referidos institutos corresponde a uma figura singular no nosso ordenamento jurídico, não se conhecendo qualquer outra situação em que a lei atribua a uma das partes, após a cessação do contrato, o direito a uma compensação pela actividade desenvolvida na pendência do mesmo, independentemente da existência (e da prova) de quaisquer danos.

Por isso mesmo se tem levantado, sobretudo entre a doutrina estrangeira, a questão de saber se, neste caso, estaremos perante normas de carácter excepcional — caso em que, nos termos do artigo 11.º do Código Civil, estaria vedada a sua aplicação analógica, por natureza e imperativo legal. Uma questão que tem, entre nós, sido respondida negativamente, por se entender que a natureza jurídica da indemnização de clientela será mais próxima do instituto residual do enriquecimento sem causa do que da responsabilidade civil^(24/25). Desde logo porque, pese embora o seu nome, a indemnização de clientela não visa propriamente o ressarcimento de quaisquer danos (cuja prova não se exige⁽²⁶⁾), mas sim a atribuição ao agente de uma compensação pela actividade de promoção e angariação de clientela desenvolvida pelo mesmo, ao longo da pendência do contrato. Actividade essa que, após a cessação do contrato, deixa de ser remunerada por meio de comissões, podendo em todo o caso continuar a beneficiar o principal. Nas palavras de ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, trata-se, no fundo, de “*uma compensação pela «mais-valia» que este (entenda-se, o agente) lhe proporciona, graças à actividade por si desenvolvida, na medida em que o principal continue a aproveitar-se dos frutos dessa actividade, após o termos da agência*”⁽²⁷⁾.

⁽²⁴⁾ Esta, sim, claramente contrária ao princípio geral da integridade do património e por, isso mesmo, de natureza excepcional.

⁽²⁵⁾ Neste sentido, veja-se RUI PINTO DUARTE, *Tipicidade e Atipicidade dos Contratos*, cit., pp. 193 e 194 e “A jurisprudência portuguesa sobre a aplicação da indemnização de clientela ao contrato de concessão comercial — Algumas observações”, *Themis*, cit., p. 319.

⁽²⁶⁾ Mas que, muitas vezes, se verificam, na vertente de lucros cessantes.

⁽²⁷⁾ Poder-se-á dizer, com razão, que esta compensação tem também um claro intuito de protecção do agente, que explica a sua imperatividade, ou melhor, a impossibili-

Uma posição com a qual tendemos no essencial a concordar, embora se pudesse (ou devesse), em qualquer caso, questionar se ao exposto não obstam as (também reconhecidas) diferenças entre a indemnização de clientela e o enriquecimento sem causa — v.g., o facto de a indemnização de clientela ser calculada com base num juízo equitativo, ter como *causa* e pressuposto a cessação do contrato por qualquer motivo, poder também ter um carácter retributivo (cf. artigo 33.º, n.º 1, alínea c)) e poder servir para compensar um benefício meramente potencial (o qual pode não se verificar, designadamente, por incúria do principal). Serão tais diferenças suficientes para determinar a natureza excepcional destes preceitos?⁽²⁸⁾ E, por outro lado, será o intuito comum destes dois institutos suficiente para aproximar a indemnização de clientela da natureza subsidiária do enriquecimento sem causa? Ou será esta um *tertium genus* situado algures entre o enriquecimento sem causa e a responsabilidade civil por actos lícitos?

Em qualquer caso, resolvido nos descritos termos este primeiro obstáculo, de teor geral, à aplicação analógica da indemnização de clientela a outras figuras contratuais afins, resta aferir, perante cada caso concreto, por um lado, se aí se verifica de facto um espaço em branco, cuja ausência de regulação se deva considerar injustificada de lege lata e, por outro lado, se ao caso se adequa a razão de ser da indemnização de clientela, a ponto de o mesmo reclamar a sua aplicação.

dade de uma renúncia prévia à mesma por parte do agente. Isso mesmo decorre quer do artigo 19.º da Directiva 86/653/CEE do Conselho de 18 de Dezembro de 1986 relativa à coordenação do direito dos Estados-membros sobre os agentes comerciais (do qual decorre, a propósito dos artigos em que se prevê esta indemnização de clientela, que “*as partes não podem, antes da cessação do contrato, derrogar o disposto nos artigos 17.º e 18.º em prejuízo do agente comercial.*”), quer do facto de o artigo 33.º do Decreto-Lei n.º 178/86 ser uma norma na qual se manifesta a ordem pública de protecção (determinado a indisponibilidade do direito deste modo atribuído ao agente).

Todavia, importa notar que tal imperatividade em nada altera a função compensatória que a indemnização de clientela tem, nem tão pouco lhe confere uma função de previdência ou assistência social. Até porque se assim não fosse, nunca poderia esta indemnização ser atribuída (como pode) quando o agente é uma sociedade comercial economicamente poderosa.

⁽²⁸⁾ Em sentido afirmativo, tem decidido boa parte da doutrina alemã, resumida por LUÍS MENEZES LEITÃO, ob. cit., p. 81, tendo por base um preceito muito semelhante aos nossos artigos 33.º e 34.º, igualmente resultantes da transposição do n.º 2 do artigo 17.º da Directiva (o chamado *modelo alemão* da “Ausgleichsanspruch”).

Posto isto, sublinhe-se, uma vez mais pelo certo punho de RUI PINTO DUARTE, que “*é pela comparação das relações entre o principal e o agente com as relações entre o concedente e o concessionário, no momento da cessação dos seus contratos, que pode descobrir a existência de uma lacuna no que diz respeito às relações entre este concedente e concessionário*”⁽²⁹⁾. Sendo certo que só se a razão de ser da indemnização de clientela abranger o contrato de concessão comercial em apreço no caso concreto, nos mesmos termos em que abrange o contrato de agência, mas não tiver sido prevista pelas partes, se pode (e deve) concluir pela existência de uma lacuna, a integrar por analogia.

O que obriga a tomar posição quanto à natureza, função e justificação desta compensação, à luz do diploma que a circunscreve e das especiais características do contrato de agência que justificam a sua atribuição.

Ora, em nossa opinião, o fundamento último da indemnização de clientela reside na dependência técnica e económica que o agente (tipicamente) apresenta face ao principal e que, após a cessação do contrato, o coloca numa posição de especial fragilidade⁽³⁰⁾. Dependência que resulta, designadamente, do facto de o agente actuar por conta do principal e de acordo com apertadas instruções e directrizes impostas pelo mesmo, normalmente para toda a rede de distribuidores; da sua integração na rede de distribuidores do principal, o qual usualmente custeia, no todo ou em parte, muitas das despesas incorridas pelo agente com a promoção e publicidade dos produtos; da sua remuneração por meio de comissões acordadas no contrato; e do facto de o agente se limitar normalmente a promover os produtos do principal, procurando angariar novos clientes e aumentar o volume de negócios existente, sem contudo concluir os negócios que negocia.

Todavia, é precisamente essa dependência que, por regra, não se verifica no âmbito dos contratos de concessão comercial. De

⁽²⁹⁾ RUI PINTO DUARTE, “A jurisprudência portuguesa sobre a aplicação da indemnização de clientela ao contrato de concessão comercial — Algumas observações”, *Themis*, cit., p. 318.

⁽³⁰⁾ Neste sentido, *vide* LUÍS MENEZES LEITÃO, ob. cit., pp. 82 (citando Hansjakob Maier e Michael Budezies) e 85, RUI PINTO DUARTE, *Tipicidade e Atipicidade dos Contratos*, cit., p. 189 e SOFIA TOMÉ D’ALTE, ob. cit., p. 1400.

facto, como atrás se deixou referido, os concessionários são (normalmente) entes comerciais dotados de maior capacidade económico-financeira, que actuam por conta própria e com maior autonomia no que toca à definição das políticas comerciais e promocionais aplicadas; que assumem a maior parte dos investimentos e custos associados à sua actividade e dispõem de uma estrutura própria, já estabelecida e reconhecida no mercado alvo; e que adquirem efectivamente a propriedade dos bens distribuídos, procedendo *motu proprio* à respectiva revenda; sendo remunerados através dos lucros resultantes da diferença entre o respectivo preço de compra e de revenda e assumindo na íntegra os riscos inerentes à comercialização destes produtos⁽³¹⁾.

Sendo justamente esta acrescida autonomia e independência dos concessionários face aos concedentes que os distingue dos agentes e que os torna hoje num dos principais veículos de distribuição de produtos à escala mundial.

Não obstante, não se nega que, em certos casos, esta (usual e socialmente típica) autonomia dos concessionários se possa diluir por detrás das obrigações contratualmente impostas sobre o mesmo, no caso concreto — sobretudo quando estamos perante figuras legalmente atípicas como esta. Tal ocorrerá, designadamente, quando se imponham ao concessionário obrigações de exclusividade⁽³²⁾, obrigações de aquisição de quantidades mínimas, obrigações de conformação com directrizes fixadas pelo concedente sobre a promoção e distribuição dos produtos, obrigações de informação relativa aos resultados da sua actividade e aos clientes angariados, ou quando por qualquer outro modo se aumente a integração do concessionário na rede do concedente e a sua depen-

(31) Quanto a estas e outras diferenças entre os contratos de agência e os contratos de concessão comercial, vejam-se MARIA HELENA BRITO, “O Contrato de Agência”, em FACULDADE DE DIREITO DE LISBOA/CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS (org.), *Novas Perspectivas de Direito Comparado*, Coimbra, Almedina, 1988, pp. 124-126, CARLOS LACERDA BARATA, *Sobre o Contrato de Agência*, Coimbra, Almedina, pp. 111 e 112, SOFIA TOMÉ D’ALTE, ob. cit., pp. 1411 e 1412.

(32) As quais não são elemento essencial do contrato de concessão comercial, como bem nota MARIA HELENA BRITO, *O contrato de concessão comercial*, Almedina, Coimbra, 1990, pp. 72 e ss.

dência face a este último⁽³³⁾. Nestes casos (e perante o caso concreto) se podendo, com propriedade, concluir pela existência de uma dependência do concessionário face ao concedente semelhante à que, no âmbito do contrato de agência, justifica a atribuição ao agente de uma indemnização de clientela.

O que se nega é que esta dependência possa ser considerada um elemento essencial e natural do contrato de concessão comercial e que a mesma possa ser extraída a partir do preenchimento da alínea *a*) do n.º 1 do artigo 33.º do regime da agência⁽³⁴⁾. Mais ainda: o que se nega é que esta analogia possa ser pura e simplesmente afirmada, como tem feito a generalidade da nossa jurisprudência, de modo tautológico, e com base em factos conclusivos ou presumidos a partir de simples regras de experiência, sem uma prévia ponderação da existência ou inexistência, no caso concreto, desta dependência do concessionário face ao concedente⁽³⁵⁾.

⁽³³⁾ Neste sentido, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Contrato de Agência*, cit., pp. 143 e 144 e *Denúncia de um Contrato de Concessão Comercial*, cit., pp. 86 e 87 e RUI PINTO DUARTE, “A jurisprudência portuguesa sobre a aplicação da indemnização de clientela ao contrato de concessão comercial — Algumas observações”, *Themis*, cit., p. 320.

⁽³⁴⁾ Como tem feito, por exemplo, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, em nossa opinião, resolvendo o problema de modo genérico e pouco preciso (cf. *Contrato de Agência*, cit., pp. 144 e *Denúncia de um Contrato de Concessão Comercial*, cit., pp. 86 e 87).

⁽³⁵⁾ A título exemplificativo, vejam-se, entre tantos outros, os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 10/07/2001, proc. n.º 01A2202, de 31/03/2004, proc. n.º 04B545, de 12/04/2005, proc. n.º 04A4685, de 06/07/2005, proc. 04B4598, de 29/06/2006, proc. n.º 06B2110, de 14/09/2006, proc. n.º 06P1271, de 23/11/2006, proc. n.º 06B2085, de 08/03/2007, proc. n.º 07B131, de 13/07/2007, proc. n.º 07B1958, 13/09/2007, proc. n.º 07B1958, de 15/11/2007, proc. n.º 07B3933, os acórdãos do Tribunal da Relação do Porto de 26/06/95, proc. n.º 9520949, 01/07/96, proc. n.º 9550745, de 21/06/2000, proc. n.º 0030767 e de 17/12/2008, 0853788, do Tribunal da Relação de Lisboa de 26/06/2003, proc. n.º 4398/2003-2, de 14/02/2006, proc. n.º 10878/2005-7, de 06/05/2008, proc. n.º 2010/2008-7, 08/05/2008, proc. n.º 3038/2008-6 e de 12/05/2009, proc. n.º 763/05.7TVLSB-7 e do Tribunal da Relação de Coimbra de 16/03/99, proc. n.º 1076/98 e de 10/01/2006, proc. n.º 2659/05 — todos disponíveis em www.dgsi.pt.

Merecendo contudo especial destaque, pela sua expressividade, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15/11/2007, no qual se afirma, sem mais, que “*O contrato de concessão comercial rege-se pelo convencionado pelas partes contratantes, pelas normas gerais dos contratos e, com a necessária adaptação, pelas normas relativas ao contrato de agência, designadamente concernentes à indemnização de clientela*” e o acórdão

Até porque, de outro modo, se acabaria, muitas vezes, por distorcer injustificadamente uma realidade económica e social que é, por natureza, distinta daquela que subjaz ao contrato de agência e que, como tal, não necessita de regulação idêntica — nem deve mesmo ser-lhe reconduzida, sob pena de perder a sua especificidade⁽³⁶⁾.

Um risco que, além do mais, é agravado pela falta de rigor que se tem verificado quer no preenchimento dos pressupostos desta indemnização de clientela, plasmados no artigo 33.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 178/86, quer na determinação do respectivo *quantum*, ao abrigo do artigo 34.º do mesmo diploma. De um lado, facilitando-se a prova dos requisitos positivos exigidos pelo artigo 33.º para atribuição (directa e, por maioria de razão, por analogia) desta compensação, limitando-se a presumir a sua existência a partir dos restantes e/ou a remeter a respectiva prova para momento ulterior⁽³⁷⁾. E, de outro lado, restringindo-se o conceito de *remuneração* relevante para efeitos do artigo 34.º⁽³⁸⁾ ao lucro líquido auferido pelo concessionário nos últimos anos de vigência do contrato — uma restrição que nos parece perfeitamente injusti-

(do Tribunal da Relação de Lisboa de 12/05/2009, do qual decorre que “*atenta a uniformidade de opiniões que se recolhe de diversos trabalhos doutrinários e de múltiplos acórdãos do STJ e das Relações, não se mostram necessárias considerações extensas sobre tal modalidade contratual (o contrato de concessão comercial) e sobre o respectivo regime jurídico. Basta referir, para continuar em direcção ao cerne do diferendo, que estamos perante um contrato-quadro que fez surgir entre as partes uma relação obrigacional complexa*”.

(36) Aliás, que em bom rigor, nada impede que o concessionário seja até, em certos casos, contratualmente mais forte do que o próprio concedente. Caso em que a atribuição de uma indemnização de clientela, em lugar de corrigir uma desigualdade do concessionário face ao concedente (como é próprio da analogia), acabará inclusivamente por agravar uma outra desigualdade preexistente, desta vez, do concedente face ao concessionário.

(37) Quanto a este último ponto, cf. JOANA VASCONCELOS, “Cessação do contrato de agência e indemnização de clientela — algumas questões suscitadas pela jurisprudência relativa ao DL n.º 178/86”, em *DJ* 16 (2002), I, pp. 254-263.

(38) Como, aliás, também para efeitos do artigo 29.º, n.º 2 do mesmo diploma, nos termos do qual se atribui à parte que veja o contrato ser denunciado em desrespeito dos prazos mínimos de pré-aviso estabelecidos no artigo 28.º, em alternativa à indemnização pelos danos causados por essa falta de pré-aviso, “*uma quantia calculada com base na remuneração média mensal auferida no decurso do ano precedente, multiplicada pelo tempo em falta*”.

ficada, desajustada e, aliás, de todo em todo incongruente quer com a própria *ratio* do artigo 34.º quer com esta tão amplamente proclamada analogia⁽³⁹⁾.

⁽³⁹⁾ Com efeito, decorre do artigo 34.º do Decreto-Lei n.º 178/86, por transposição do artigo 17.º, n.º 2 b) da referida Directiva 86/653/CEE do Conselho de 18 de Dezembro de 1986, que a indemnização de clientela “*é fixada em termos equitativos, mas não pode exceder um valor equivalente a uma indemnização anual calculada a partir da média anual das remunerações recebidas pelo agente durante os últimos cinco anos*” (sublinhado nosso). Todavia, ao contrário do que acontece no âmbito do contrato de agência, o concessionário não é normalmente remunerado por meio de comissões pelos negócios angariados/concluídos, mas sim pelo *lucro* resultante da actividade distribuição comercial desenvolvida pelo concessionário, “*que consiste na diferença entre o preço de compra e o preço de revenda dos produtos*” — neste sentido, veja-se, designadamente, o acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 21.05.2002, Proc. 012118, disponível em www.dsgi.pt, e, na doutrina, MARIA HELENA BRITO, *Contrato de Agência*, cit., p. 125 e SOFIA TOMÉ D’ALTE, ob. cit., 1397 ss.

A dúvida consiste, porém, em saber se o lucro relevante para efeitos da aplicação analógica deste artigo 34.º aos contratos de concessão comercial deve ser considerado no seu valor bruto (i.e., sem dedução de quaisquer custos do concessionário) ou, pelo contrário, no seu valor líquido. E, nesta última hipótese, resta saber que custos serão, para o efeito, susceptíveis de dedução. Todos os custos incorridos pelo concessionário no âmbito da sua actividade comercial de distribuição ou apenas os directamente relacionados com a promoção e distribuição dos produtos do concedente?

Ora, a resposta da nossa jurisprudência tem sido praticamente unânime, no sentido de que apenas os lucros líquidos do concessionário deverão para o efeito ser contabilizados. Não raras vezes se encontrando decisões favoráveis a uma dedução da generalidade dos custos suportados pelo concessionário em virtude desta e doutras actividades de distribuição (e.g., encargos com pessoal, aprovisionamentos, telecomunicações, rendas, custos de amortização, etc.).

Uma solução que, em nossa opinião, não tem qualquer apoio quer nos usos comerciais vigentes, quer no conceito laboral de remuneração (caso contrário, tendo em conta o tão falado nível de endividamento das famílias portuguesas, correriam as mesmas facilmente o risco de verem as suas retribuições reduzidas a valores negativos), quer na própria natureza da indemnização de clientela, a qual se apresenta como uma figura mais próxima da retribuição do agente ou do enriquecimento sem causa — e de um enriquecimento por prestação, e não por despesas — do que da responsabilidade civil (e apenas em sede de responsabilidade civil apesar se poderia compreender um tal entendimento, tendo em conta os critérios de constantes do n.º 2 do artigo 566.º do Código Civil). E que, além do mais, não tem sequer espelho no âmbito do contrato da agência, onde não se conhece quem defenda que para cálculo da remuneração do agente seja necessário deduzir, ao valor das comissões recebidas pelo mesmo, as despesas por este incorridas no normal exercício da sua actividade. Sendo até contraditória com a própria natureza e intuito da indemnização de clientela, levando a que a mesma seja inversamente proporcional ao valor do investimento do concessionário na actividade de distribuição e funcionando quase como desincentivo a qualquer investimento — pois, a ser assim, quanto maior fosse o seu investimento do concessionário, menor seria a sua indemnização de clientela.

Com efeito, concluindo-se pela aplicação analógica deste regime a determinado

Assim se somando ao *supra* descrito vício prévio, situado no plano da justificação da aplicação analógica dos referidos artigos 33.º e 34.º no âmbito dos contratos de concessão comercial, dois outros vícios referentes ao funcionamento próprio destes preceitos no âmbito do próprio contrato de agência. Os quais, sobretudo quando justapostos àquele primeiro, se revestem de especial seriedade e perniciosidade seja do ponto de vista teórico-dogmático seja do ponto de vista das suas consequências práticas.

IV. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar do exposto, não temos qualquer objecção de princípio à aplicação analógica ao contrato de concessão comercial do regime de cessação do contrato de agência, a qual se admitirá, sem qualquer problema, nos casos em que tal analogia se verifique e justifique⁽⁴⁰⁾.

Todavia, o que nos parece é que nem tais casos podem ser tomados como regra, nem a aplicação analógica destas ou de quaisquer outras normas pode resultar de uma simples tradição, formulada em termos puramente abstractos e genéricos, e sem

contrato de concessão comercial, por se verificar no caso idêntica necessidade de tutela, haverá razão para distinguir quanto a este ponto? Ou dever-se-á, pelo contrário, salvaguardar a sua aplicação de acordo com o instituto que visa regular? Mais ainda: será razoável ou sequer admissível aplicar analogicamente determinado preceito independentemente do seu fundamento original? Não se traduzirá tal diferenciação parcelar numa desconsideração pela *ratio essendi* e pelo regime legal do instituto em causa? Não se traduzirá tal prática na criação de uma norma ad hoc (ilegítima), ao sabor dos interesses da Demandada no caso concreto? Questões que, *brevitatis causa*, se deixam apenas enunciadas, mas que se revestem de inegável relevância prática.

(40) Por isso mesmo, não obstante a sua falta de fundamentação, nos parecem ter decidido bem, em sentido favorável à aplicação analógica, os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 29/06/2006, proc. n.º 06B2110, de 10/10/2006, proc. n.º 06A2132, do Tribunal da Relação do Porto de 12/10/96, proc. n.º 0630320 e de 25/06/98, proc. 9830253 e do Tribunal da Relação de Lisboa de 18/05/2004, proc. n.º 3589/2004-7, disponíveis em www.dgsi.pt.

devida fundamentação. Exigindo sempre, pelo contrário, uma prévia e rigorosa ponderação da sua adequação ao contrato em apreço, nos termos em que o mesmo tenha sido concretamente delimitado e regulado pelas partes⁽⁴¹⁾.

Por tudo isto, não podemos deixar de discordar desta tendência generalizada de aplicação (dita analógica) do regime do contrato de agência aos demais contratos de distribuição, que se tem vindo a detectar entre as nossas doutrina e jurisprudência. Uma tendência que assenta sobre diversos vícios lógicos que abalam inevitavelmente o acerto das suas conclusões, mas que se encontra de tal modo enraizada na nossa cultura jurídica que deixou pura e simplesmente de ser questionada, propalando-se quase por *stare decisis*.

Não obstante, de modo algum se pretende, através deste sumário estudo, pôr em causa décadas de construção doutrinária e jurisprudencial em torno de um tema sobre o qual, há tão pouco nos começámos a debruçar. Não temos, de todo, essa pretensão. O que se pretende é, tão só, lançar um novo olhar crítico sobre os alicerces desta construção e evidenciar os perigos de uma aplicação analógica desregrada, destes ou de quaisquer outros preceitos. Mais ainda: o que se pretende é alertar para as diferenças entre igualdade e *igualitarização* e para os riscos de uma eventual confusão entre ambas.

Um exercício que, em nossa opinião, poderá até justificar uma inversão dos termos em que a questão é usualmente colocada — no sentido de que, por regra, o regime da cessação do contrato de agência não deve ser aplicado aos contratos de concessão comercial. Considerando-se que só nos singulares casos em que, analisadas as relações comerciais entre concessionário e concedente no âmbito do contrato em apreço, se possa concluir que as mesmas reclamam protecção idêntica à conferida pelo legislador aos agentes comerciais, se verificará um *parentesco funcional* capaz de justificar a sua projecção *extra muros*.

(41) Neste sentido, também, o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 02/02/2006, proc. n.º 9219/2004-6, disponível em www.dgsi.pt.

Nestes termos, e apenas nestes termos, não irá esta aplicação analógica desvirtuar a razão de ser dos preceitos em causa e poderá, efectivamente, contribuir para a realização da Justiça no caso concreto.

Lisboa, 23 de Novembro de 2009

Mariana Soares David

O PRAZO DE IMPUGNAÇÃO DE DESPEDIMENTO PARA OS TRABALHADORES QUE EXERCEM FUNÇÕES PÚBLICAS

Pelo Dr. Pedro Miguel Ferraz

SUMÁRIO:

Introdução. 1. A posição clássica — os prazos do artigo 58.º do CPTA. 2. Posição adoptada; 2.1. O prazo previsto no RCTFP para o despedimento disciplinar; 2.2 O estranho caso do despedimento colectivo e do despedimento por extinção do posto de trabalho. **Conclusões.**

Introdução

O despedimento é um conceito típico do Direito do Trabalho. Por esta razão, o legislador foi evitando a sua utilização no âmbito da relação jurídica de emprego público. O conceito de despedimento encontrava-se limitado a relações contratuais que, apesar de terem a intervenção de entidades públicas, eram reguladas exclusivamente pelas normas de direito privado.

Com a reforma da administração pública operada pelos diplomas legais publicados em 2008, em particular, a Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, e a Lei n.º 59/2008, de 11 de Setembro⁽¹⁾, o

⁽¹⁾ Que aprovou o Regime do Contrato de Trabalho em Funções Públicas, doravante, o “RCTFP”.

paradigma alterou-se radicalmente. A reforma, de natureza mista⁽²⁾, do sistema anteriormente vigente resultou na consagração de três modalidades da relação jurídica de emprego público: a nomeação, o contrato e a comissão de serviço. Estas modalidades diferem não só na constituição e na conformação da relação jurídica, mas também nos motivos e conceitos da respectiva cessação. Para os contratados — que, em virtude das conversões operadas a 1 de Janeiro de 2009, constituem a grande maioria dos “trabalhadores públicos”⁽³⁾ — foi, pela primeira vez numa relação jurídica de direito público, adoptado o conceito de despedimento como uma das modalidades de cessação da relação jurídica vigente⁽⁴⁾.

Ora, não obstante a importação de um conceito do direito do trabalho, permanece inquestionável que o acto de despedimento é um acto administrativo. Todos os requisitos de que depende a classificação de um acto como administrativo encontram-se preenchidos no acto de despedimento⁽⁵⁾, seja este por motivos disciplinares ou por motivos objectivos.

Enquanto acto administrativo cujo conteúdo é susceptível de lesar direitos legalmente protegidos⁽⁶⁾, o acto de despedimento pode ser impugnado judicialmente perante os Tribunais Administrativos e Fiscais (artigo 4.º, n.º 3 alínea *d*) do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais⁽⁷⁾ e nos termos do disposto no Código de Processo nos Tribunais Administrativos⁽⁸⁾ (artigos 59.º

(2) Consideramos que a reforma tem uma natureza mista porque, se a “nova” relação jurídica de emprego público por esta consagrada implicou uma clara privatização para os antigos funcionários e agentes, já quanto aos trabalhadores contratados ao abrigo da Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho, foi evidente a publicização.

(3) Em sentido lato.

(4) Para o caso dos nomeados e dos que se encontram em comissão de serviço mantiveram-se os conceitos anteriormente vigentes de demissão e de cessação da comissão de serviço.

(5) Trata-se obviamente de uma decisão “dos órgãos da Administração que ao abrigo de normas de direito público visam produzir efeitos jurídicos numa situação individual e concreta” — artigo 120.º do Código de Processo Administrativo.

(6) *Vide* artigo 51.º, n.º 1 do Código de Processo nos Tribunais Administrativos.

(7) Com a redacção atribuída pela Lei n.º 59/2008, de 11 de Setembro.

(8) Doravante, o “CPTA”.

do Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores que Exercem Funções Públicas⁽⁹⁾ e 274.º do RCTFP).

Sendo estes aspectos incontrovertidos e conformes com a prática e a legislação que vinha regulando a relação jurídica de emprego público até 2008, há um ponto que é, na nossa opinião, bastante discutível: o prazo de caducidade para impugnar o acto administrativo de despedimento.

Com efeito, convém notar que os prazos previstos no artigo 58.º do CPTA não são semelhantes (nem sequer, quanto a nós, conciliáveis) ao prazo previsto no artigo 274.º, n.º 2 do RCTFP.

Não obstante, até à presente data, a doutrina ainda não revelou qualquer interesse ou curiosidade quanto a este aspecto. Aliás, parece não ter ainda assumido ou tomado consciência de que esta questão — do prazo de impugnação do acto de despedimento — levanta dúvidas fundadas. Tal deve-se, segundo cremos, à natureza mista desta nova modalidade de contrato de trabalho em funções públicas que os especialistas ainda não foram capazes de absorver verdadeiramente: se, por um lado, os administrativistas parecem aceitar sem reservas que o prazo de impugnação se mantém inalterado, por outro lado, os autores mais próximos do direito e processo do trabalho, intimamente ligados ao RCTFP — único regime que lhes é verdadeiramente familiar — dão como assente que o legislador segue a solução do Código do Trabalho de 2003, não questionando sequer se essa interpretação é corroborada pela jurisprudência.

Na esteira da inconsciente dicotomia de pensamento da doutrina, também os tribunais competentes para dirimir os conflitos da relação jurídica de emprego público não se pronunciaram ainda sobre as interpretações contraditórias que o prazo enunciado no artigo 274.º, n.º 2 do RCTFP pode gerar. As considerações da jurisprudência acerca destas questões processuais evidenciam, aliás, que as posições anteriormente defendidas se mantêm, como se o RCTFP não tivesse entrado em vigor.

(9) Doravante, o “Estatuto Disciplinar”.

Parece-nos que a solução para esta questão deve ser encontrada com ponderação, sendo indispensável proceder a uma interpretação cuidada dos preceitos legais, de forma a determinar, em definitivo e de forma segura, qual o prazo de caducidade para impugnação do acto administrativo de despedimento.

Assim sendo, tentaremos, no presente artigo, por um lado, pôr a nu as dúvidas que esta questão pode suscitar e, por outro, apresentar aquela que para nós se revela como a melhor solução, a qual, adiantamos desde já, não segue o entendimento clássico, ou seja, aquele que representa a continuidade da solução aplicável até 2008.

Estamos convictos que a entrada em vigor do RCTFP alterou o prazo de impugnação do acto administrativo de despedimento.

Uma vez que, conforme referido supra, tratamos no presente artigo de um tema novo inserido num regime igualmente novo e ainda amplamente ignorado, quer pela doutrina administrativa e jus-laboral, quer pela jurisprudência, organizaremos a exposição com uma análise e contraposição entre aqueles que cremos serem os argumentos genéricos do entendimento clássico e vigente até 31 de Dezembro de 2008, para depois referirmos a posição que julgamos ter sido a consagrada por um legislador errático que, incompreensivelmente, optou por uma falta de clareza lamentável. Neste contexto, faremos referência ao caso particular do despedimento colectivo e por extinção do posto de trabalho.

1. A posição clássica — os prazos do artigo 58.º do CPTA

O Estatuto Disciplinar, à imagem do que já sucedia no anterior Estatuto Disciplinar dos Funcionários e Agentes da Administração Central, Regional e Local⁽¹⁰⁾, não estabelece qualquer prazo para que o trabalhador que exerce funções públicas possa reagir à sanção disciplinar expulsiva.

(10) Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 24/84, de 16 de Janeiro.

Da mesma forma, a Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, e a Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho, que estabelecem a possibilidade de recurso ao despedimento colectivo ou ao despedimento por extinção do posto de trabalho, nada referem expressamente quanto ao prazo ao dispor do trabalhador para reagir ao acto de despedimento.

Perante o silêncio destes diplomas legais, é compreensível que, em conformidade com a prática anterior à reforma de 2008, se entenda ser de manter o recurso às normas gerais do CPTA.

Conforme mencionado previamente, o acto de despedimento é um acto administrativo com eficácia externa, pelo que a forma de processo aplicável para reacção a um despedimento será necessariamente a acção administrativa especial.

Ora, o artigo 58.º do CPTA apresenta três prazos distintos para impugnação de actos administrativos: o dos actos nulos ou inexistentes, que podem ser impugnados por qualquer interessado a todo o tempo; o de actos administrativos anuláveis pelo Ministério Público, que é de um ano; e, por fim, o de actos administrativos anuláveis nos restantes casos, que é de três meses⁽¹¹⁾.

A nulidade está dependente de determinação expressa da lei nesse sentido⁽¹²⁾ e os supramencionados diplomas legais não a referem para o acto de despedimento. Nestes termos, a não ser no caso de um despedimento verbal que não tenha sido precedido do competente procedimento disciplinar, o qual, ao abrigo do disposto no artigo 133.º, n.º 2 f) do Código de Procedimento Administrativo, corresponderá a um acto nulo e, como tal, impugnável a todo o tempo, o trabalhador terá o prazo de três meses para impugnar o acto de despedimento.

⁽¹¹⁾ Para uma análise mais desenvolvida *vide* MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Manual de Processo Administrativo*, Almedina, 2010, pp. 308 e ss, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa (Lições)*, 7.ª Edição, Almedina, 2005, pp. 219 e ss, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA e CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, Almedina, 2005, pp. 290 e ss e MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Código de Processo nos Tribunais Administrativos, Volume I, e Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais Anotados*, Almedina, 2004, pp. 377 e ss.

⁽¹²⁾ *Cfr.* MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *ob. cit.*, p. 78.

Esta é a posição que, até por manter a solução anterior a 2009, resulta de uma primeira leitura do Estatuto Disciplinar e da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro.

Parece, aliás, ser esta a orientação perfilhada por PAULO VEIGA E MOURA, único autor a fazer referência expressa, ainda que de forma indirecta⁽¹³⁾, ao prazo que, após a reforma, entende ser aplicável para este tipo de despedimento. Com efeito, ao pronunciar-se sobre os efeitos da invalidade da sanção disciplinar de demissão, despedimento ou cessação da comissão de serviço, mais propriamente sobre o facto de a lei prever que à compensação deve ser deduzido o montante da remuneração respeitante ao período decorrido desde a data de produção de efeitos do acto de aplicação da pena até trinta dias antes da data da sua impugnação jurisdiccional⁽¹⁴⁾, o Autor afirma que “a consagração desta dedução representa uma importação completamente despropositada do regime do direito laboral privado, pois se tal dedução faz todo o sentido no regime do direito privado — no qual o prazo máximo de recurso ao Tribunal é de um ano — não tem qualquer explicação no regime público, cujo prazo de impugnação de actos administrativos já é limitado a uns escassos três meses”⁽¹⁵⁾.

No que à sanção disciplinar de despedimento diz respeito, parece-nos que a afirmação é demasiado assertiva. Nada impede, obviamente, que PAULO VEIGA E MOURA mantenha a posição de que o trabalhador tem à sua disposição o prazo de três meses para impugnar o acto de despedimento, contudo, justificava-se que o Autor levantasse a questão do sentido a dar ao disposto no artigo 274.º, n.º 2 do RCTFP quando refere que “a acção [de impugnação do despedimento] tem de ser intentada no prazo de um ano a contar da data do despedimento”.

Fica a dúvida se o Autor defende conscientemente esta posição ou se não identificou a eventual contradição entre os dois diplomas legais.

⁽¹³⁾ O autor aparenta mesmo dar este ponto como assente, sem manifestar qualquer dúvida.

⁽¹⁴⁾ Vide artigo 64.º, n.º 5, do Estatuto Disciplinar.

⁽¹⁵⁾ Vide PAULO VEIGA E MOURA, *Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores da Administração Pública Anotado*, Coimbra Editora, 2009, pp. 196-197.

Parece-nos incontestável que apenas se deverá recorrer à norma geral do artigo 58.º do CPTA se concluirmos que o âmbito de aplicação do mencionado artigo 274.º, n.º 2 do RCTFP não abrange todas as modalidades de despedimento, e PAULO VEIGA E MOURA não esclarece por que não o considera aplicável ao despedimento disciplinar. Esta é a importante questão que vem sendo deixada sem resposta.

Segundo cremos, a única interpretação plausível que permite a defesa de que o prazo de impugnação se mantém nos três meses para a generalidade dos despedimentos é a de que o âmbito de aplicação da referida norma se cinge ao despedimento por inadaptação.

Com efeito, não obstante não se retirar claramente do texto do referido artigo 274.º, n.º 2 do RCTFP, e da subsecção em que se insere⁽¹⁶⁾, a restrição àquela modalidade de despedimento, não deixa de ser verdade que o RCTFP apenas regula o despedimento por inadaptação; as restantes formas de despedimento — despedimento disciplinar, despedimento colectivo e despedimento por extinção do posto de trabalho — são regulados por outros diplomas legais, que não indicam qualquer prazo para a respectiva impugnação.

Assim, é possível considerar que o disposto na subsecção acima referida, e conseqüentemente no artigo 274.º, n.º 2, é apenas aplicável ao despedimento por inadaptação, sendo, portanto, e em virtude do silêncio dos respectivos diplomas legais, aplicáveis os prazos do artigo 58.º do CPTA para as restantes modalidades de despedimento. Tal representaria, pois, uma continuidade em relação ao regime anterior e determinaria a subsistência de três diferentes prazos para reacção a actos administrativos de despedimento: (i) a todo o tempo para despedimentos verbais, não precedidos do competente procedimento disciplinar; (ii) um ano para os despedimentos por inadaptação; (iii) três meses para o despedimento disciplinar, despedimento colectivo ou por extinção do posto de trabalho.

⁽¹⁶⁾ Subsecção III da Secção IV do Capítulo VII do Título II do RCTFP, com o título de “Ilícitude do despedimento”.

Este entendimento tem o mérito de atribuir aos nomeados, aos trabalhadores e aos que se encontram em comissão de serviço um tratamento idêntico, pois todos teriam o mesmo prazo para reagir à sanção disciplinar expulsiva, seja esta a demissão, a cessação da comissão de serviço ou o despedimento. Por outro lado, esta posição permite uma leitura segmentada, e portanto mais fácil, dos diplomas legais. Com efeito, adoptando-se esta posição, bastaria ao intérprete, para o conhecimento das normas aplicáveis, a análise do diploma legal que regula a específica modalidade de despedimento (e, quanto a questões processuais, do CPTA), sem necessidade de proceder à harmonização com o previsto noutros diplomas: para o despedimento disciplinar seria suficiente o recurso ao respectivo Estatuto, para o despedimento colectivo ou por extinção do posto de trabalho o intérprete recorreria apenas ao artigo 18.º da Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho, e para o despedimento por inadaptação bastaria a leitura do RCTFP.

Uma vez que, conforme já destacámos, a jurisprudência — que parece encarar o RCTFP com bastante desconfiança — ainda não se pronunciou claramente quanto a esta matéria, e que a doutrina também mantém o silêncio, este entendimento clássico é o que aparenta vigorar presentemente.

2. Posição adoptada

2.1 O prazo previsto no RCTFP para o despedimento disciplinar

Não obstante as vantagens do entendimento acima referido e o facto de se tratar possivelmente da conclusão que resulta de uma leitura superficial da lei, não cremos ser essa a solução consagrada pelo legislador ou, pelo menos, cremos que não será, certamente, aquela que convém a uma leitura harmoniosa do sistema jurídico.

Na verdade, a lamentável técnica legislativa utilizada na reforma de 2008 obriga, não raras vezes, a que uma mesma questão seja analisada ao abrigo de vários diplomas legais, ficando o intér-

prete impedido de se cingir a um único regime, em claro detrimen- to da segurança jurídica.

Cremos que esta conclusão é igualmente aplicável ao tema em apreço. De facto, não nos parece claro, bem pelo contrário, que o disposto no artigo 274.º, n.º 2 do RCTFP seja apenas dirigido ao despedimento por inadaptação.

Convém não esquecer que o RCTFP é baseado no Código de Trabalho de 2003^(17/18) e que, consequentemente, o disposto no referido artigo 274.º, n.º 2 é idêntico ao disposto no artigo 435.º, n.º 2, 1.ª parte do referido Código de Trabalho. A interpretação do âmbito de aplicação do artigo 274.º, n.º 2 depende, pois, de uma análise do regime laboral, de modo a verificar se as soluções deste regime jurídico são igualmente aplicáveis ao RCTFP.

Pois bem, ao contrário do que sucedia com o CPTA, o prazo de impugnação do despedimento de um “trabalhador privado” estava previsto na referida norma do Código do Trabalho (e não no Código de Processo do Trabalho). Esta conclusão retira-se, desde logo, da própria sistematização do Código do Trabalho. Com efeito, a Secção IV do Capítulo IX do Título II do Código do Trabalho dedicava-se à cessação do contrato de trabalho por iniciativa do empregador. Esta Secção encontrava-se dividida em três sub-secções, sendo a primeira respeitante à resolução (mais propriamente, aos motivos que permitem a resolução), a segunda aos pro-

(17) É, no mínimo, inexplicável que o RCTFP seja um decalque do Código de Trabalho de 2003 quando a sua elaboração coincidiu com a do Código do Trabalho de 2009 que, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro, entrou em vigor cerca de um mês após o RCTFP (e tal deveu-se apenas ao Acórdão n.º 632/08 do Tribunal Constitucional que considerou inconstitucional o prazo de período experimental previsto na proposta de lei; não fosse isso, ambos os diplomas entrariam em vigor no dia 1 de Janeiro de 2009). Ora, parece-nos totalmente incompreensível que o legislador se tenha alicerçado num código que considerou insuficiente para reger as relações jurídico-laborais privadas.

Concorde-se ou não com as alterações introduzidas pelo Código de Trabalho de 2009, a verdade é que esta técnica legislativa implicou discrepâncias de redacção legal e de regime entre o RCTFP e o Código do Trabalho de 2009 que o legislador certamente não desejaria; mais grave ainda, a discrepância implicou a entrada em vigor de normas do RCTFP que são absolutamente indecifráveis. A título exemplificativo, veja-se o disposto quanto ao trabalho a tempo parcial, nomeadamente no artigo 145.º, n.º 2 do RCTFP.

(18) Por uma questão de facilidade de leitura, o Código de Trabalho de 2003 será doravante referido apenas como “Código do Trabalho”.

cedimentos e a terceira à ilicitude do despedimento. Tanto a subsecção referente à resolução, como a referente aos procedimentos encontravam-se decompostas em divisões que versavam sobre os vários tipos de despedimento por iniciativa do empregador (isto é, despedimento disciplinar, colectivo, por extinção do posto de trabalho e por inadaptação), sendo que na subsecção referente à ilicitude do despedimento já não nos deparávamos com esta divisão; as normas desta última subsecção apresentavam uma natureza genérica e aplicavam-se a todas as modalidades de despedimento — a não ser, claro, que a própria norma clarificasse o seu âmbito específico⁽¹⁹⁾.

Ora, o RCTFP mantém esta mesma sistematização. A Secção IV do Capítulo VII do Título II do RCTFP versa igualmente sobre a cessação por iniciativa da entidade empregadora pública e está igualmente dividida nas subsecções de resolução, procedimento e ilicitude do despedimento. A única diferença resume-se ao facto de, em oposição às quatro divisões das subsecções referentes à resolução e ao procedimento, o RCTFP prever apenas a divisão referente ao despedimento por inadaptação.

Esta sistematização, por falta das divisões referentes às restantes modalidades de despedimento, poderia culminar na conclusão de que as normas da Subsecção que versa sobre a ilicitude do despedimento pretendiam regular unicamente o despedimento por inadaptação. Não cremos que assim seja. Veja-se que, se esta Subsecção fosse aplicável apenas ao despedimento por inadaptação, então a sistematização que o RCTFP apresenta na Secção relativa à cessação por iniciativa da entidade empregadora pública obrigaria a que as normas que constam daquela Subsecção se encontrassem numa divisão I com o título de despedimento por inadaptação; em alternativa, das primeiras duas Subsecções não deveria constar a divisão I.

Não sendo este o caso, devemos concluir que a Subsecção que versa sobre a ilicitude do despedimento terá necessariamente um âmbito mais abrangente que a mencionada modalidade do despedimento por inadaptação.

(19) Vide artigos 430.º a 433.º do Código do Trabalho.

Acresce que a própria letra da lei nos artigos constantes da referida Subsecção reforça esta conclusão. Se o disposto nos artigos 273.º e 275.º a 278.º do RCTFP consagra um regime semelhante ao previsto no Estatuto Disciplinar e se o mencionado no artigo 279.º trata eventualmente de um simples esclarecimento que poderia retirar-se das normas gerais, o mesmo já não se poderá dizer relativamente aos artigos iniciais desta Subsecção.

Note-se que o artigo 271.º enumera as causas gerais de ilicitude do despedimento e o artigo 272.º enumera as causas de ilicitude do despedimento por inadaptação. Ora, se a Subsecção referente à ilicitude do despedimento fosse aplicável apenas ao despedimento por inadaptação, não se compreenderia a razão de ser de um artigo que referisse causas gerais da ilicitude e de um que versasse sobre as causas específicas daquela modalidade de despedimento. Mais, se atentarmos ao referido no artigo 271.º, constatamos claramente que o legislador não visou disciplinar apenas o despedimento por inadaptação, uma vez *que esta norma dispõe não só que “(...) qualquer tipo de despedimento é ilícito se (...)”, mas também “sem prejuízo do disposto (...) em legislação especial”*. O artigo 271.º não é, portanto, apenas aplicável ao despedimento por inadaptação.

Chegando-se a esta inevitável constatação relativamente ao artigo 271.º, ter-se-á necessariamente que concluir no mesmo sentido quanto a todos os restantes artigos daquela Subsecção. Os artigos 271.º a 279.º são, pois, directamente aplicáveis a qualquer modalidade de despedimento (com a óbvia excepção do artigo 272.º), a não ser que as disposições que regulamentam tal modalidade de despedimento disponham em sentido contrário.

Assim sendo, a entrada em vigor do RCTFP, mais propriamente do seu artigo 274.º, n.º 2, consagrou o prazo geral de um ano para impugnação do acto administrativo de despedimento. Este prazo é aplicável ao despedimento por inadaptação e também à sanção disciplinar de despedimento, visto que o Estatuto Disciplinar, ao remeter-se ao silêncio, não afasta a aplicabilidade do prazo geral.

É este o invariável desfecho que se extrai de um exercício de hermenêutica jurídica, quer pelo elemento gramatical, quer pelos elementos sistemático e histórico.

2.2 O estranho caso do despedimento colectivo e do despedimento por extinção do posto de trabalho

Relativamente ao despedimento colectivo e ao despedimento por extinção do posto de trabalho refira-se, preliminarmente, que a opção legislativa é de todo incompreensível.

A Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, estabelece a possibilidade de recurso a estas modalidades de despedimento para os vinculados por contrato e, quanto à respectiva regulamentação, remete para o RCTFP. Por sua vez, o RCTFP, não obstante ser uma (má) cópia do Código do Trabalho, como já foi mencionado, não regula os procedimentos com vista ao despedimento colectivo ou ao despedimento por extinção do posto de trabalho. Aliás, as sete centenas de artigos do RCTFP e da respectiva regulamentação não fazem uma única referência expressa ao despedimento colectivo e ao despedimento por extinção do posto de trabalho. A ausência de alusão indicia que o despedimento colectivo e o despedimento por extinção do posto de trabalho carecem de regulamentação. Não é, todavia, assim.

Por meio de atenta análise é possível descortinar que o artigo 18.º da Lei n.º 59/2008, de 11 de Setembro (que aprova o RCTFP) não revoga o artigo 18.º da Lei n.º 23/2004, de 12 de Junho. Ora, é exactamente este último normativo — o artigo 18.º da Lei n.º 23/2004, de 12 de Junho — que admite o recurso ao despedimento colectivo e ao despedimento por extinção do posto de trabalho e, quanto à respectiva regulamentação, remete para os termos do Código do Trabalho vigente.

Pois bem, se é caricato que duas leis supostamente idealizadas de forma concertada para uma mesma reforma se contradigam (uma vez que, na realidade, o RCTFP não regula estas modalidades de despedimento), chega a ser ridículo que uma matéria que representa um corte fundamental no antigo paradigma da Administração Pública seja regulada por um artigo de uma Lei ultrapassada que se limita a remeter para o regime de direito laboral privado. Mais inaceitável é esta estouvada técnica legislativa de se regulamentar o regime de contrato de trabalho em funções públicas com extensos setecentos artigos (muitos deles de utilidade duvidosa) e já não se

considerar que os quinze artigos relativos às referidas modalidades — que, a nosso ver, necessitariam de ser adaptados à realidade da relação jurídica de emprego público — sejam relevantes para o regime que regula o trabalho em funções públicas.

Enfim, estamos em crer que este ponto representa bem a qualidade da técnica legislativa adoptada nesta reforma e também a honestidade do nosso legislador que prefere deixar esta matéria “escondida” numa alínea de um artigo da lei preambular que aprova o RCTFP.

Ora, exactamente pelo acima mencionado, o despedimento colectivo e o despedimento por extinção do posto de trabalho devem ser analisados com especial cuidado e pormenor.

A opção legislativa consagrada, além de censurável, fomenta sérias hesitações quanto à eventual previsão de um prazo específico para impugnação do acto de despedimento inserido num processo de despedimento colectivo ou de despedimento por extinção do posto de trabalho. De facto, não é descabido questionar-se se o disposto no artigo 18.º da Lei n.º 23/2004, de 12 de Junho, afasta a aplicabilidade do artigo 274.º, n.º 2 do RCTFP, uma vez que o âmbito da remissão do artigo 18.º da Lei n.º 23/2004, de 12 de Junho, pode eventualmente incluir os prazos de impugnação previstos no Código do Trabalho de 2009.

Note-se que não estamos perante uma dúvida de relevância meramente teórica, pois os prazos para ambas as modalidades são efectivamente diferentes do prazo de um ano consagrado pelo artigo 274.º, n.º 2 do RCTFP: o despedimento por extinção do posto de trabalho deve ser impugnado em sessenta dias, enquanto que o prazo para impugnação do despedimento colectivo é de seis meses.

Tendo em conta a própria *ratio* dos prazos previstos no artigo 387.º e 388.º do Código do Trabalho de 2009, não cremos que a remissão do artigo 18.º da Lei n.º 23/2004, de 12 de Junho, tenha tamanha amplitude.

Com efeito, os prazos previstos no Código do Trabalho de 2009 para estas modalidades de despedimento têm como base as especificidades dos termos processuais das respectivas acções de impugnação do despedimento. Veja-se que o Código de Pro-

cesso do Trabalho prevê formas de processo especiais tanto para o despedimento colectivo como para o despedimento por extinção do posto de trabalho e esse facto influi directamente nos prazos de impugnação que são previstos no Código do Trabalho de 2009: o prazo de impugnação do despedimento colectivo não se estende por mais de seis meses porque há uma necessidade de rapidamente consolidar uma situação que pode implicar enormes alterações para o empregador, uma vez que, na acção de impugnação de despedimento colectivo prevista no Código de Processo do Trabalho, todos os trabalhadores abrangidos são chamados para intervir na acção; por sua vez, no caso do despedimento por extinção do posto de trabalho, o prazo de impugnação é apenas de sessenta dias porque a forma de processo aplicável é a acção especial de impugnação judicial da regularidade e licitude do despedimento, que se inicia com o preenchimento de um mero formulário pelo trabalhador, não sendo necessária a preparação de uma peça processual, ou sequer a intervenção de um Advogado. É, pois, a simplicidade do impulso processual do trabalhador que justifica o curto prazo de sessenta dias⁽²⁰⁾.

Estando a estipulação dos prazos de impugnação do despedimento colectivo e do despedimento por extinção do posto de trabalho intimamente ligada às formas de processo aplicáveis e aos respectivos termos, não devemos, da remissão genérica do artigo 18.º da Lei n.º 23/2004, de 12 de Junho, concluir que os prazos de caducidade previstos no Código do Trabalho de 2009 são aplicáveis aos trabalhadores que exercem funções públicas, uma vez que, conforme já referido, é ponto assente que a impugnação de qualquer acto de despedimento por trabalhadores que exercem funções

(20) Cfr. Livro Branco das Relações Laborais, pp. 110 e seguintes, disponível in www.mtss.gov.pt/docs/LivroBrancoDigital.pdf. Vide ainda MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Direito do Trabalho, Parte II - situações laborais individuais*, 3.ª Edição, Almedina, 2010, p. 943, PEDRO ROMANO MARTINEZ, in PEDRO ROMANO MARTINEZ, [et. al.], *Código do Trabalho Anotado*, 7.ª Edição, Almedina, 2009, pp. 852-853, JOSÉ EUSÉBIO ALMEIDA, A nova acção de impugnação judicial da regularidade e licitude do despedimento, *Prontuário de Direito do Trabalho*, n.º 85, Coimbra Editora, Janeiro-Abril 2010, p. 103 e HÉLDER QUINTAS, A (nova) acção de impugnação judicial da regularidade e licitude do despedimento, *Prontuário de Direito do Trabalho*, n.º 86, Coimbra Editora, Maio-Agosto 2010, pp. 147-148.

públicas é apreciada perante os Tribunais Administrativos e Fiscais e nos termos do disposto no Código de Processo nos Tribunais Administrativos.

Temos portanto de considerar que, não obstante estas dúvidas desnecessariamente criadas por um legislador inábil, o prazo de um ano previsto no artigo 274.º, n.º 2 do RCTFP é igualmente aplicável para o despedimento colectivo e para o despedimento por extinção do posto de trabalho.

Parece-nos então que a opção do legislador, materializada no artigo 274.º, n.º 2 do RCTFP, foi a de atribuir aos trabalhadores vinculados por contrato de trabalho em funções públicas um mesmo prazo de um ano para reacção a qualquer despedimento, independentemente da respectiva modalidade, o que tem, a nosso ver, a vantagem de simplificar o regime de impugnação do acto de despedimento. De facto, visto que a forma de processo é a mesma para a impugnação de qualquer modalidade de despedimento, não nos parece que existisse justificação para prever diferentes prazos de caducidade. É apenas lamentável que o legislador não tenha sabido simplificar a interpretação das normas legais que prevêm o novo regime.

Acresce ainda que o prazo de um ano, não obstante ser bastante mais alargado que o prazo geral de três meses, tem o mérito de limitar a impugnação dos actos de despedimento nulos. De facto, não se justificava que, num âmbito tão sensível como o do emprego (seja este público ou privado), a invalidade do acto de despedimento pudesse ser invocada a todo o tempo.

Esta opção legislativa é eventualmente criticável pelo facto de o prazo ao dispor dos contratados para impugnação do acto de despedimento ser distinto do que se encontra ao dispor daqueles em comissão de serviço e, sobretudo, dos nomeados. De facto, é duvidoso que existam razões substanciais para a diferença de regime. De qualquer forma admitimos que o legislador tenha considerado justificável o prazo de um ano porque abrange igualmente modalidades de actos de despedimento por razões objectivas a que os nomeados não estão sujeitos e que apresentam importantes especificidades. É uma opção legislativa que, apesar de eventualmente criticável, não deverá conduzir a qualquer apreciação de violação

dos preceitos constitucionais. Conforme já referido pelo Tribunal Constitucional relativamente a disposições da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, “*a função pública não é um estatuto que obrigatoriamente seja marcado pela homogeneidade*”(21).

Conclusões

1. A Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, e a Lei n.º 59/2008, de 11 de Setembro, alteraram radicalmente o paradigma da relação jurídica de emprego público que até aí vigorava. O despedimento, conceito típico do direito do trabalho e até então apenas admitido para relações contratuais reguladas exclusivamente pelas normas de direito privado, foi importado para os trabalhadores vinculados por contrato de trabalho em funções públicas.
2. A transposição deste conceito de direito privado não alterou a competência dos Tribunais Administrativos e Fiscais para decidir sobre impugnações de actos de despedimento, nem afastou a aplicabilidade genérica do Código de Processo nos Tribunais Administrativos.
3. Contudo, o legislador não foi claro quanto ao prazo de que dispõem os trabalhadores que exercem funções públicas para impugnar o acto administrativo de despedimento. Pode, pois, compreensivelmente, questionar-se se os prazos previstos no artigo 58.º do CPTA mantêm a respectiva aplicabilidade ou se, pelo contrário, o prazo em vigor é o previsto no artigo 274.º, n.º 2 do RCTFP.
4. O entendimento que representa a continuidade do regime vigente até 2008 (por nós apelidado de clássico) é o de que são aplicáveis os prazos previstos no artigo 58.º do CPTA.

(21) Acórdão n.º 154/2010, ponto 8.3, disponível in <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>.

Com efeito, o Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores que Exercem Funções Públicas continua a não prever o prazo para reagir à sanção disciplinar expulsiva, sucedendo o mesmo com a Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, e a Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho, quanto ao despedimento colectivo e ao despedimento por extinção de trabalho.

Assim sendo, é defensável o recurso à norma geral do artigo 58.º do CPTA, considerando-se, por conseguinte, que o trabalhador em funções públicas tem o prazo de três meses para impugnar o acto administrativo de despedimento, a não ser no caso de um despedimento verbal, que não tenha sido precedido do competente procedimento disciplinar, que será impugnável a todo o tempo.

Consequentemente, à luz deste entendimento clássico, o artigo 274.º, n.º 2 do RCTFP dirigir-se-ia apenas ao despedimento por inadaptação, única modalidade de despedimento prevista neste diploma legislativo.

5. Não obstante o entendimento clássico atribuir aos contratados, nomeados e em comissão de serviço um tratamento semelhante e permitir uma leitura mais fácil dos diplomas legais, cremos que um exercício de interpretação revela ter o legislador adoptado solução distinta.

Por um lado, a sistematização do RCTFP, quando comparada com o Código do Trabalho (no qual foi baseada a elaboração daquele), revela que as normas da Subsecção III da Secção IV do Capítulo VII do Título II do RCTFP (referentes à ilicitude do despedimento) apresentam uma natureza genérica e, como tal, não limitada ao despedimento por inadaptação.

Por outro lado, a contraposição do artigo 271.º com o artigo 272.º do RCTFP revela o carácter mais abrangente do primeiro em relação ao segundo, que, por referência expressa, apenas é aplicável ao despedimento por inadaptação.

Por fim, a própria redacção legal do artigo 271.º revela claramente que o legislador não visou disciplinar apenas o despedimento por inadaptação na supra referida Subsecção do RCTFP.

6. Entendemos, portanto, que o artigo 274.º, n.º 2 do RCTFP (que consta da Subsecção acima referida) é directamente aplicável a qualquer modalidade de despedimento, a menos que a legislação que regule a respectiva modalidade disponha em sentido contrário.
7. Por conseguinte, o prazo de caducidade de um ano será o actualmente em vigor, quer para o despedimento por inadaptação, quer — face ao silêncio do Estatuto Disciplinar — para o acto de despedimento enquanto sanção disciplinar expulsiva.
8. Relativamente ao despedimento colectivo e ao despedimento por extinção do posto de trabalho, é necessária uma ponderação adicional.
Com efeito, não obstante a Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, remeter a regulamentação destas modalidades de despedimento para o RCTFP, é na realidade o artigo 18.º da Lei n.º 23/2004, de 12 de Junho (não revogado pelo artigo 18.º da Lei n.º 59/2008, de 11 de Setembro) que permite o recurso a estas modalidades através de uma remissão genérica para os termos do Código do Trabalho vigente. Pois bem, em virtude desta remissão, pode questionar-se se, ao remeter para os termos do referido diploma legal, o artigo 18.º da Lei n.º 23/2004, de 12 de Junho, não está igualmente a remeter para os prazos de impugnação aí previstos, ficando portanto afastada a aplicabilidade do artigo 274.º, n.º 2 do RCTFP.
9. Uma vez que os prazos previstos no Código do Trabalho para a impugnação/apreciação do despedimento colectivo e do despedimento por extinção do posto de trabalho estão intimamente ligados às formas de processo especiais previstas no Código de Processo do Trabalho — que não são aplicáveis a trabalhadores que exercem funções públicas — estamos em crer que o prazo de um ano previsto no artigo 274.º, n.º 2 do RCTFP é igualmente aplicável para o despedimento colectivo e para o despedimento por extinção do posto de trabalho.

10. Assim sendo, deve concluir-se que a entrada em vigor do RCTFP consagrou um novo prazo de impugnação do acto administrativo de despedimento, tendo desta forma simplificado o respectivo regime: um trabalhador público vinculados por contrato terá sempre o mesmo prazo de um ano para reacção a qualquer acto de despedimento, independentemente da respectiva modalidade.
11. Justificava-se, no entanto, que o legislador apresentasse esta alteração de forma clara e evidente, favorecendo a segurança jurídica.
O facto de um tema como o que aqui nos debruçamos gerar tamanhas dúvidas comprova o quão grave e lamentável é o desacerto dos diplomas legais que, supostamente, visavam implementar uma coerente e sólida reforma da Administração Pública.

Jurisprudência Crítica

ANOTAÇÃO AO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL N.º 616/2009

Processo n.º 795/2009
3.ª Secção

Relatora: Conselheira Maria Lúcia Amaral

Acordam, em Conferência,
na 3.ª Secção do Tribunal Constitucional

I **Relatório**

1. Nos presentes autos de fiscalização concreta da constitucionalidade, vindos do Tribunal da Relação de Coimbra, em que é recorrente A., foi proferida decisão sumária de não conhecimento do objecto do recurso com o seguinte fundamento:

[...]

É manifesto que em lugar algum das alegações de recurso para o Tribunal *a quo* foi suscitada qualquer questão de constitucionalidade normativa, apenas aí se afirmando que “[...] ao não ter aplicado o princípio *in dubio pro reo*, o Tribunal [de primeira instância] violou o preceituado no art. 32.º, n.º 2 da Lei Fundamental [itálico nosso]”. Ao formular a questão nesses termos, é evidente que o que o recorrente pretende atacar é a própria decisão recorrida e não qualquer norma ou segmento normativo de um preceito legal que, aliás, nem sequer identifica.

Uma tal forma de proceder é manifestamente insuficiente para que se possa considerar cumprido o ónus, que impende sobre o recorrente, de, caso pretenda vir a recorrer para o Tribunal Constitucional, suscitar previamente, perante o tribunal recorrido, *de modo processualmente adequado*, uma questão de constitucionalidade normativa que por este possa vir a ser apreciada.

Este pressuposto de admissibilidade do recurso só é, em regra, de considerar preenchido quando o interessado, pelo menos, identifica a norma que reputa de inconstitucional, menciona a norma ou princípio constitucional que considera infringido e justifica, ainda que de forma sumária, mas de modo claro e preciso, as razões que, no plano constitucional, invalidam a norma e impõem a sua “não aplicação” pelo tribunal da causa, ao abrigo do disposto no artigo 204.º da Constituição.

O que, de todo em todo, não aconteceu no presente caso.

O próprio modo como o recorrente veio agora delimitar o objecto do recurso de constitucionalidade é manifestamente insatisfatório, pois, embora identifique o artigo 127.º do Código de Processo Penal, não enuncia de forma rigorosa qual o sentido que, *in casu*, ao preceito foi atribuído de que se extrai a norma que se considera inconstitucional. Sendo que tal forma de proceder seria, em todo o caso, extemporânea para que se pudesse considerar cumprido o ónus de suscitação prévia, de modo processualmente adequado, de uma questão de constitucionalidade normativa.

Tanto basta para que se não possa conhecer do recurso de constitucionalidade.

2. Notificado desta decisão, A. veio reclamar para a conferência, dizendo o seguinte:

1) O presente recurso foi interposto com base na situação prevista no artigo 70 n.º 1 alínea b) da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, ou seja numa decisão judicial que aplicou normas cuja inconstitucionalidade foi suscitado pelo ora Recorrente durante o processo.

2) O Recorrente, no seu requerimento de interposição de recurso, constante de fls... dos presentes autos, alegou e invocou o seguinte:

1.º) A fls(...) dos autos, com reafirmação a fls. (...), e, dos ditos autos, designadamente no recurso que deu entrada em juízo em Fevereiro de 2009, e resposta ao Parecer emitido pelo Senhor Procurador Geral Adjunto ao Tribunal da Relação de Coimbra, em Abril desse mesmo ano, ao arguido, ora recorrente, arguiu vícios de inconstitucionalidade material, por violação do princípio constitucional da garantia do processo criminal, previsto e consagrado no artigo 32 n.º 2 da CRP, na concreta interpretação e aplicação que daqueles preceitos foi efectuada nos autos (divergente da do arguido, ora recorrente).

O recorrente pretende, pois, que seja, apreciada a constitucionalidade da interpretação normativa do artigo 127 do CPP que conduz à violação e não aplicação do Principio in dubio pro reo, que assegura as garantias de defesa do arguido, violando consequentemente o disposto do dito artigo 32 da CRP, por incorrecta interpretação do artigo 127 do C. P. P.

2.º) O ora recorrente foi condenado, no Processo 402/04.3GASPS que correu termos no Tribunal Judicial de São Pedro do Sul pela co-autoria material, em concurso efectivo, de três crimes de furto qualificado um dos quais na forma tentada, p. e p. pelas disposições conjugadas dos artigos 203 n.º 1 e 204, numa pena única de quatro anos de prisão efectiva.

3.º) Diverge o arguido, ora recorrente, deste entendimento do Exmo. Colectivo do Tribunal Judicial de São Pedro do Sul, pois que, desde logo, e como referiu ao Tribunal da Relação de Coimbra:

“Ponderada a prova produzida, a sua validade e o seu alcance, apenas se pode concluir que o Tribunal a quo, revela uma apreciação criteriosa da prova, deu como assente a factualidade ora impugnada mediante um rebuscado raciocínio de índole persecutória, inequivocamente sustentado numa

presunção de culpa, inaceitável face à CRP, cujo art. 32 n.º 2 há muito banuiu do Processo Penal.”

“...não será correcto fundamentar-se, tão só, com o critério de aplicação do artigo 127 do CPP a não possibilidade de obtenção de sucesso de algumas das questões que o arguido, recorrente, elege como constitutivas do recurso apresentado, pois tal argumento colocaria, de imediato, o presente recurso como não controlável e o seu objecto prisioneiro da decisão recorrida.”

“Deveria o tribunal recorrido aplicar o princípio in dubio pro reo, enquanto expressão garante da presunção de inocência e da minimização de equívocos irreflectidos quando se recorre a este tipo de prova.”

“Ao não ter aplicado o princípio in dubio pro reo, o Tribunal a quo violou o preceituado no artigo 32 n.º 2 da Lei Fundamental.”

“Assim sendo, o Tribunal “a quo”, [violou] não só o art. 210 n.º 1 do Código Penal, ao ter proferido decisão condenatória sem que o tipo legal de crime se encontrasse preenchido, como também o artigo 127 do C.P. Penal e, ainda o art. 32.º n.º 2 da Lei Fundamental”.

4.º) No momento processualmente correcto, e conhecendo dos vícios de inconstitucionalidade arguidos pelo ora recorrente, decidiu o Venerando Tribunal da Relação de Coimbra não se verificarem os vícios apontados.

5.º) Embora pareça ao ora recorrente — sempre salvo o devido respeito — que a questão da inconstitucionalidade foi no duto acórdão do Venerando Tribunal da Relação de Coimbra subalternizada em relação a outras questões que aí se tecem, bem certo é que as considerações nele produzidas e expendidas, e sobretudo a decisão de confirmar integralmente a decisão recorrida, não deixa dúvidas sobre o entendimento do acórdão daquele Venerando tribunal quanto à não violação, no caso concreto, de qualquer preceito constitucional.

6.º) Assim não o entende o ora recorrente, sempre salvo o devido respeito por opinião contrária.

7.º) *E, por isso, mostrando-se esgotados os recursos ordinários, estará o Venerando Tribunal Constitucional em condições de conhecer do presente recurso.*

8.º) *Nessa hipótese, o presente recurso, limitado à questão da inconstitucionalidade arguida, mencionada supra e, outrossim, na motivação do já referido recurso, e decidida agora no duto acórdão do Venerando Tribunal da Relação de Coimbra, que lhe negou provimento e confirmou inteiramente as decisões da primeira instância, está a ser interposto em tempo (cf artigo 75 n.º 1 da Lei da Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional.)*

9.º) *E visa obter declaração de inconstitucionalidade material do artigo 127.º, do C.P.P, na concreta interpretação e aplicação que daquele preceito fez a decisão da primeira instância e, também, por confirmação da mesma, o duto acórdão do Venerando tribunal da Relação de Coimbra, por violação dos princípios constitucionais das garantias do processo criminal, previstos e consagrados no artigo 32 da CRP.*

3) *Todavia entendeu a Ex.^{ma} Senhora Juíza Conselheira-Relatora, ao abrigo do disposto no artigo 78-A n.º 1 da Lei do Tribunal Constitucional, não tomar conhecimento do objecto do recurso em virtude de,*

4) *... “em lugar algum das alegações de recurso para o tribunal a quo foi suscitada qualquer questão de constitucionalidade normativa”.*

5) *... “sendo manifestamente insuficiente para que se possa considerar cumprido o ónus, que impende sobre o recorrente de, suscitar previamente perante o tribunal recorrido, de modo processualmente adequado, uma questão de constitucionalidade normativa que por este possa vir a ser apreciada.”*

6) *Terminando por referir que: ... “embora identifique o artigo 127 do C.P.P, não enuncia de forma rigorosa qual o*

sentido que, in casu, ao preceito foi atribuído de que se extrai a norma que se considera inconstitucional”.

7) Ora, salvo o devido respeito, por posição diversa, discorda o Recorrente, ora Reclamante da douta decisão sumária da Exma. Senhora Juíza Conselheira-Relatora, razão pela qual deve a mesma ser submetida à sábia apreciação da Veneranda Conferência deste Venerando Tribunal Constitucional.

8) Com efeito, contrariamente ao que se afirma na douta decisão reclamada o Recorrente, ora reclamante, respeitou o conjunto de requisitos específicos aos recursos de constitucionalidade para que o mesmo possa ser conhecido.

9) Na verdade, enunciou, de forma clara e perceptível, o sentido que no caso foi atribuído ao artigo 127 do C.P.P, tornando a norma inconstitucional.

10) Como, aliás, decorre de uma análise, ainda que superficial no seu requerimento de interposição de recurso, nomeadamente:

O recorrente pretende, pois, que seja, apreciada a constitucionalidade da interpretação normativa do artigo 127 do C.P.P que conduz à violação do disposto no artigo 32 da CRP, em virtude da violação e não aplicação do princípio In Dubio Pro Reo, que assegura as garantias de defesa do arguido, violando consequentemente o disposto do dito artigo 32 da CRP, por incorrecta interpretação do artigo 127 do C.P.P.

Do supra citado, extrai-se que:

11) a norma que reputamos como inconstitucional é o artigo 127 do C.P.P.

12) o princípio constitucional que consideramos infringido encontra-se mencionado, ou seja o princípio in dubio pro reo e,

13) por fim encontra-se, salvo melhor opinião, que se encontra justificado, as razões que, no plano constitucional, invalidam a norma, pois são as garantias de defesa do arguido consagrado no artigo 32.º da Lei Fundamental.

14) Tendo, portanto, na nossa modesta opinião, rigorosamente cumprido todos os requisitos e pressupostos impostos pela Lei do Tribunal Constitucional, designadamente,

- Identificação da norma que se reputa constitucional
- Menção da norma ou princípio constitucional que considera infringido e,
- Justificação, ainda que de forma sumária, mas de modo claro e preciso, as razões que, no plano constitucional, invalidam a norma e impõem a sua “não aplicação” pelo tribunal em causa

15) Face ao supra exposto, impõe-se, com o devido respeito, conhecer do objecto do recurso interposto.

3. O representante do Ministério Público junto do Tribunal Constitucional respondeu à reclamação nos seguintes termos:

1.º

Na Decisão Sumária de fls 2813 a 2816, decidiu não conhecer-se do recurso interposto pelo recorrente porque, invocando ele a violação do princípio do *in dubio pro reo*, não tinha, durante o processo, suscitado qualquer questão de inconstitucionalidade normativa que levasse à violação daquele princípio.

2.º

Efectivamente, ao dizer-se, como disse o recorrente na motivação do recurso para o Tribunal da Relação de Coimbra (o momento oportuno para suscitar a questão), que o tribunal de 1.ª instância, ao não ter aplicado aquele princípio, violara o

artigo 32.º, n.º 2, da Constituição, não se está a colocar a questão a nível de qualquer interpretação normativa, antes a imputar à decisão, a violação daquele princípio.

3.º

Aqui, será de referir que o acórdão recorrido é neste ponto bastante claro, quando aí se afirma que o tribunal não usou aquele princípio “porque não teve quaisquer dúvidas de valoração da prova e, ficou seguro do juízo de censura formulado”.

4.º

Na reclamação apresentada, o recorrente não adianta quaisquer argumentos que possam abalar a decisão reclamada.

5.º

Aliás, para ilustrar que suscitaram adequadamente a questão de inconstitucionalidade, transcrevem parte daquilo que haviam afirmado no requerimento de interposição do recurso para este Tribunal.

Ora, por um lado, aí não vem delineada qualquer questão de inconstitucionalidade normativa.

Por outro, como é evidente, esse já não era o momento próprio nem o instrumento processual adequado para suscitar a questão.

6.º

Pelo exposto, deve indeferir-se a reclamação.

Cumprе apreciar e decidir.

II Fundamentos

4. O reclamante alega que, contrariamente ao que se afirma na decisão sumária reclamada, respeitou o conjunto de requisitos específicos de que depende a admissibilidade do recurso de constitucionalidade.

Para demonstrá-lo, afirma que enunciou, de forma clara e perceptível, o sentido que no caso foi atribuído ao artigo 127.º do Código de Processo Penal (CPP), ilustrando-o por intermédio da reprodução, na parte relevante, do requerimento de interposição do recurso de constitucionalidade.

Entende o reclamante que daí decorre que a norma que reputa inconstitucional é o artigo 127.º do CPP, que o princípio constitucional que considera violado é o princípio *in dubio pro reo* e que justifica as razões que, no plano constitucional, invalidam a norma.

Assim sendo, afirma que se encontram cumpridos os requisitos estabelecidos na Lei do Tribunal Constitucional que, segundo o reclamante, seriam o de identificação da norma que se reputa inconstitucional [por lapso, escreveu-se “constitucional”]; menção da norma ou princípio constitucional que considera infringido e justificação, ainda que de forma sumária, mas de modo claro e preciso, das razões que, no plano constitucional, invalidam a norma e impõem a sua “não aplicação” pelo tribunal em causa.

Não tem razão o reclamante.

Na reclamação que apresenta, o reclamante confunde aquilo que são requisitos específicos do requerimento de interposição do recurso de constitucionalidade e aquilo que são pressupostos de admissibilidade do recurso de constitucionalidade.

A decisão reclamada enunciou já em que consistem os últimos, tendo justificado de forma satisfatória por que razão não se verifica cumprido o ónus de suscitação prévia, de modo processualmente adequado, de uma questão de constitucionalidade normativa, em termos que são de acompanhar e se dão aqui por integralmente reproduzidos.

5. Além disso, importa observar que os vícios atribuídos pela decisão reclamada ao requerimento de interposição do recurso de constitucionalidade não integram a sua *ratio decidendi*, pois nela se salvaguarda que ainda que o recorrente, no requerimento de interposição do recurso de constitucionalidade, tivesse enunciado de forma rigorosa qual o sentido atribuído ao artigo 127.º do CPP de que se extrai a norma que se considera inconstitucional – o que, manifestamente, não se verifica –, tal forma de proceder seria, em todo o caso, extemporânea para que se pudesse considerar cumprido o ónus de suscitação prévia, de modo processualmente adequado, de uma questão de constitucionalidade normativa.

III Decisão

6. Pelos fundamentos expostos, o Tribunal Constitucional decide indeferir a presente reclamação, confirmando a decisão sumária reclamada.

Custas pelo reclamante, fixando-se a taxa de justiça em 20 (vinte) unidades de conta.

Lisboa, 2 de Dezembro de 2009

Maria Lúcia Amaral
Carlos Fernandes Cadilha
Gil Galvão

ANOTAÇÃO(*)

Pelo Dr. Joaquim Malafaia(**)

1 — Nos termos do disposto no artigo 204.º da CRP e no artigo 70.º n.º 1 *b*) da Lei 28/82 de 15 de Novembro, que lhe obedece, pode-se recorrer para o Tribunal Constitucional das decisões dos Tribunais que apliquem uma ou mais norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo. Aquelas disposições legais exigem que a questão da inconstitucionalidade seja suscitada no processo e perante o Tribunal.

Só os requisitos para a interposição de recurso para o Tribunal Constitucional é que se encontram estabelecidos no artigo 75.º-A do diploma legal supra citado.

2 — O nosso sistema compreende por órgãos de fiscalização da constitucionalidade, o Tribunal Constitucional, que, é o órgão a quem compete a administração da justiça de natureza jurídico-constitucional, artigo 221.º e os tribunais comuns que apreciam e decidem das questões de inconstitucionalidade ou da não inconstitucionalidade que se suscitarem nos casos que estejam a decorrer, artigo 204.º, ambos da CRP.

(*) O estudo que se dá à estampa constitui, no essencial, o relatório apresentado no Curso de Mestrado em Direito Judiciário (Direitos Processuais e Organização Judiciária) na Unidade Curricular Direito Processual Constitucional e Internacional, na Escola de Direito da Universidade do Minho, no ano lectivo de 2009/2010.

(**) Advogado.

3 — Existe um princípio que se apelida de princípio da constitucionalidade, que implica a conformação material e formal de todos os actos com a constituição. Neste sentido se fala da “constitucionalidade da lei” da “constitucionalidade da jurisprudência”, J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, 5.^a edição, pág. 277.

4 — Por direito processual constitucional entende-se o conjunto de regras e princípios positivados na Constituição e noutras fontes de direito, leis e tratados, que regulam os procedimentos juridicamente ordenados à solução de questões de natureza jurídico-constitucional, pelo Tribunal Constitucional (cfr. CRP artigo 221.º), J.J. GOMES CANOTILHO, ob. cit., pág. 955.

5 — Ao lado da Constituição, a fonte das mais importantes do direito processual constitucional é a *Lei de Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional*, Lei n.º 28/82 de 15 de Novembro, alterada pelas Leis n.º 143/85 de 26-11, 85/89, de 7-9, 88/95, de 1-9, 13-A/98 de 26/2, que não sendo um fim em si mesmo serve para a realização do direito constitucional material. Nesta lei “(1) se densifica a disciplina jurídica referente à competência, organização e funcionamento do Tribunal Constitucional; (2) se individualizam e regulam os vários processos constitucionais, designadamente os processos de fiscalização da constitucionalidade e legalidade”... “Através dos processos constitucionais garante-se, desde logo, a Constituição. Garantir a constituição contra normas inconstitucionais significa proteger a ordem constitucional objectiva. ... O direito constitucional processual cumpre a função de garantia da funcionalidade do próprio sistema de controlo da constitucionalidade”, J. J. GOMES CANOTILHO, ob. cit., págs. 958 a 960.

6 — A questão suscitada perante o juiz tem de ser de inconstitucionalidade. Tem de colocar-se o problema de conformidade ou desconformidade de uma norma com a constituição antes de esgotado o poder jurisdicional do juiz sobre a matéria que a inconstitucionalidade respeita.

7 — “A aplicação da norma ou a desaplicação por inconstitucionalidade não tem que ser expressa, podendo ser implícita (cfr. Acs. TC 406/87, 429/89, 119/90, 354/91) ... “os tribunais ... têm acesso directo à Constituição, aplicando ou desaplicando normas cuja constitucionalidade foi impugnada no feito submetido a decisão judicial. ... O juiz *a quo* ... decide o caso, interpretando a norma a aplicar como constitucional ou inconstitucional, independentemente do recurso posterior, restrito à questão da inconstitucionalidade para o Tribunal Constitucional. A solução contrária conduziria, em todo o seu rigor, a eliminar a fiscalização concreta do ordenamento constitucional português”, J. J. GOMES CANOTILHO, ob. cit., pág. 977.

8 — Das decisões dos tribunais relativas à questão da inconstitucionalidade cabe recurso para o Tribunal Constitucional. O objecto do recurso não é a decisão do tribunal *a quo* sobre o mérito da questão ou do facto submetido a julgamento, mas apenas o segmento da decisão judicial relativo à questão da inconstitucionalidade. Aí sim faz sentido que o recurso a interpor para o Tribunal Constitucional se faça nos termos em que a Lei 28/82 estatui, ou seja, após o Tribunal se pronunciar que uma norma é ou não inconstitucional em determinada interpretação que se lhe seja dada pelo Juiz do Tribunal *a quo*. O recorrente só pode criticar a interpretação da lei e da sua desconformidade com a Constituição depois de ter a decisão. Por isso é que a lei estabelece que a desconformidade com a Constituição tem de ser suscitada para quando for obtida uma decisão aí sim, para recorrer para o Tribunal Constitucional tem de se proceder conforme a Lei 28/82 estatui. Até porque como já se disse o direito processual constitucional regula os procedimentos juridicamente ordenados à solução de questões de natureza jurídico-constitucional, acrescentamos, só, pelo Tribunal Constitucional.

A regulamentação processual destes recursos, das decisões judiciais para o Tribunal Constitucional em que se vai reapreciar a ilegalidade da norma aplicada ou não aplicada conforme a constituição está contida nos artigos 280.º da *norma normarum* e nos artigos 69.º e seguintes da Lei 28/82.

9 — “A decisão considerada em si mesma, pode conter erros materiais ou nulidades processuais ou até infringir as normas cons-

titucionais e legais que balizam a sua formação ou o seu âmbito (a decisão, enquanto tal, e não a decisão enquanto reportada a esta ou aquela norma constitucional”, JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Coimbra Editora, Tomo VI, pág. 185.

10 — *Estas normas só se aplicam no que aos recursos de inconstitucionalidade a interpor para o Tribunal Constitucional tange e não se aplicam na arguição de inconstitucionalidade nos outros tribunais.*

Para se poder recorrer da decisão da não inconstitucionalidade para o Tribunal Constitucional é necessário que os Tribunais apliquem uma norma ao caso concreto, norma essa cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo, conforme preceitua o artigo 280.º n.º 1 b) da CRP.

11 — *Na decisão sumária proferida, não se tem em linha de conta que a fiscalização concreta da inconstitucionalidade ao caso concreto existe e é possível de ser feita quer nos Tribunais quer no Tribunal Constitucional. O que se exige é de facto a arguição efectiva da inconstitucionalidade seja feita.*

12 — No recurso para o Tribunal Constitucional só está em causa a parte da inconstitucionalidade da norma e a interpretação que dela foi feita pelo Tribunal *a quo*. Não se discute toda a causa. Por isso, não se pode verificar a inconstitucionalidade arguida nas peças dos processos onde foi suscitada e daí extrapolar que essa alegação corresponde à alegação feita para o Tribunal Constitucional. E muito menos se pode concluir, como a decisão sumária o faz, que o arguido suscitou defeituosamente a questão perante o Tribunal *a quo*, quando o que está em causa é precisamente a decisão da inconstitucionalidade proferida pelo Tribunal e não o modo como a mesma foi suscitada. O objecto do recurso em sentido substantivo (e não meramente processual) é, pois, uma norma à qual se reporta a questão da inconstitucionalidade e não a decisão judicial do tribunal *a quo*.

13 — *A decisão sumária não indica qualquer norma, sendo por isso nula a mesma por falta de fundamentação.*

14 — *A interpretação feita de que não se conhece do recurso interposto pelo arguido para o Tribunal Constitucional porque a alegação da inconstitucionalidade que se fez perante o Tribunal da Relação não é conforme a regulamentação processual que se aplica somente ao Tribunal Constitucional é ela própria ilegal e inconstitucional violando o disposto no artigo 20.º n.º 4 transformando o processo num processo que não é equitativo e justo.*

15 — *O artigo 280.º n.º 1 b) da CRP impõe somente que se suscite no decurso do processo a inconstitucionalidade da norma para se poder recorrer da decisão final dos tribunais para o Tribunal Constitucional.*

Estabelecerem-se critérios sem estarem ancorados na lei como se faz nesta decisão sumária, onde não se conhece do recurso interposto apesar das inconstitucionalidades terem sido suscitadas e de na mesma decisão se pretender aplicar as regras sobre a organização, funcionamento e processo do Tribunal Constitucional a todos os processos nos outros tribunais onde se discuta a inconstitucionalidade da norma, é contra o que a lei diz, nomeadamente a norma normarum no supra dito artigo e no artigo 20 n.º 4. Ora, estabelecerem-se os ditos critérios proibidos e inexistentes na lei, inviabilizam, na prática, o direito à apreciação do recurso. De facto, se atentarmos ao artigo 20.º n.º 4 CRP, nele se estatui o due process que se traduz na proibição de requisitos processuais desnecessários ou desviados de um sentido conforme ao direito fundamental de acesso aos tribunais. Assim e também por isso a interpretação feita aos artigos 20.º n.º 4 e 280.º n. 1 b) na decisão sumária proferida é ela mesmo violadora da Constituição e por isso inconstitucional.

16 — *Devia pois ter sido admitida a reclamação da decisão sumária.*

Jurisprudência
dos Conselhos

INCONSTITUCIONALIDADE E MEDIDA
DA PENA DE SUSPENSÃO

Parecer do Conselho Superior n.º 56/2008-CS/R

Relatora: D.^{ra} Nicolina Cabrita

SUMÁRIO

1. O direito disciplinar constante do EOA não viola os preceitos constitucionais que consagram o princípio da tipicidade nem, tão pouco, os direitos à segurança no emprego, ao trabalho e dos trabalhadores (art.^{os} 53.º, 58.º e 59.º da Constituição da República).
2. Na ponderação da pena há que ter em consideração os antecedentes profissionais e disciplinares do arguido, o grau de culpa, as consequências da infração e todas as demais circunstâncias agravantes e atenuantes, previstas nos art.^{os} 105.º e 106.º do EOA/84, sendo que às infrações cometidas com culpa grave é de aplicar a pena de suspensão (cfr. art.º 104.º, n.º 1 e 5 do mesmo EOA).

1. O Senhor Dr., arguido nos autos supra referenciados, veio interpor recurso para este Conselho Superior do Acórdão de 17 de Setembro de 2007, do Conselho de Deontologia de, que determinou a aplicação àquele Senhor Advogado de uma pena de cinco anos de suspensão, por violação dos deveres preceituados

nas alíneas c), d) e j) do n.º 1 do art. 83.º do EOA/84, na redacção conferida pela Lei n.º 80/2001, aplicável ao caso por força do disposto no art.º 205.º do EOA/05. Esta pena, após o cúmulo jurídico com a pena de um ano de suspensão, aplicada no âmbito do processo 37/D/2002 e respectivos apensos, deu lugar à condenação numa pena única de cinco anos e oito meses de suspensão.

2. Alegou o Recorrente nos termos constantes de fls. 343 e 344 dos presentes autos, tendo concluído conforme segue:

- «A. *O Estatuto da Ordem dos Advogados é manifestamente inconstitucional ao não tipificar as condutas susceptíveis de preencherem um determinado ilícito disciplinar.*
- B. *Identicamente é inconstitucional ao impedir um profissional de desenvolver a sua actividade.*
- C. *Tudo em violação dos art.ºs 53.º, 58.º e 59.º da Constituição da República Portuguesa.*
- D. *Acréscce também que a medida da pena aplicada, caso se conclua pela sua constitucionalidade, é manifestamente desadequada, tendo em consideração as condutas em causa.*
- E. *Por fim, nada consta do acórdão recorrido que ancore a conclusão de ter havido dolo ou premeditação.»*

3. Contra-alegou o Participante (cfr. fls. 364 a 367), propugnando a condenação do Recorrente na pena de expulsão.

4. Encontram-se assentes os seguintes factos:

- a) Em 12 de Fevereiro de 2001, conferiu mandato ao Senhor Advogado arguido que, em 20 de Fevereiro de 2001, no exercício desse mandato, subscreveu e deu entrada em juízo da participação elaborada nos termos e para os efeitos previstos no art.º 26.º, n.º 3 do Código de Processo de Trabalho, que esteve na origem dos autos de acidente de trabalho que correram termos no Tribunal de Trabalho de sob o n.º 44/2001, na qual a cliente do Senhor Advogado arguido foi autora e foram réus a,

Lda e a Companhia de Seguros SA (cfr. certidão judicial de fls.2 a 6 dos presentes autos).

- b) Nos autos referidos na alínea anterior a autora reclamou o pagamento de uma pensão anual e vitalícia a que por lei tivesse direito, em função do grau de incapacidade que lhe viesse a ser atribuído.
- c) No dia 11 de Outubro de 2001 realizou-se uma tentativa de conciliação, na qual esteve presente o Senhor Advogado arguido em representação da sua cliente, não tendo as partes logrado chegar a acordo, por divergência quanto ao valor da retribuição e o grau de IPP (cfr. fls. 7 a 10), pelo que, por despacho dessa mesma data foi determinado que os autos ficassem a aguardar a propositura da competente acção judicial (cfr. fls.9)
- d) Embora notificado do despacho referido na alínea anterior, o Senhor Advogado arguido nunca deu entrada em juízo da acção judicial em causa, pelo que, por despacho de 23 de Janeiro de 2003, foi declarada interrompida a instância (cfr. fls.12).
- e) Ouvida nos presentes autos, a fls. 37, a cliente do Senhor Advogado declarou não ter dado quaisquer instruções ao Senhor Advogado arguido no sentido deste não instaurar a acção judicial competente, que este nunca a informou nem esclareceu sobre as consequências da acção não ter dado entrada em juízo e, finalmente, que nunca mais voltou a ser contactada pelo Senhor Advogado arguido desde o momento em que este se ausentou de
- f) Por não encontrar quem aceitasse mandato para propor acção judicial contra o Senhor Dr., advogado com escritório na Comarca de, o Participante requereu ao Conselho Distrital de desta Ordem a nomeação de um patrono, tendo para o efeito sido nomeado, em Julho de 1998, o Senhor Advogado arguido (cfr. fls.147 e 148).
- g) A acção judicial que, no seguimento da nomeação referida na alínea anterior, o Senhor Advogado arguido propôs, veio a correr termos pelo 2.º Juízo do Tribunal Judicial de

....., com o n.º, e nela o Participante foi condenado, em sede de pedido reconvençional, a pagar ao réu a quantia de quinhentos e cinquenta mil escudos, a título de indemnização por danos morais (cfr. certidão de fls. 201 a 227 – fls 201 a 225).

- h) Notificado da sentença referida na alínea anterior, o Senhor Advogado arguido interpôs recurso, em 8 de Outubro de 2002 (cfr. fls. 226), o qual foi admitido, com efeito suspensivo, em 18 de Novembro de 2002 (cfr. fls.227), mas não apresentou alegações, pelo que o recurso foi julgado deserto, por despacho de 20 de Fevereiro de 2003 (cfr. fls. 6 do Apenso 58/D/2004).
- i) Em 17 de Março de 2003, o Réu/reconvinte Dr. deu entrada em juízo do pedido de execução de sentença, pelo que, em 5 de Abril de 2003, foram penhorados dois veículos propriedade do Participante (cfr. fls.172 e 173).
- j) Entre 24 de Abril de 2003 e 25 de Junho de 2003 este Participante enviou, via telefax, para os escritórios do Senhor Advogado arguido, situados em e, pelo menos sete cartas, nas quais refere a dificuldade em obter informações sobre o andamento do processo judicial e solicita a marcação urgente de uma reunião, *«pois haverá certamente justificação para que a PSP de, por ordem do Tribunal Judicial da Comarca da mesma cidade, me queira apreender 3(três) viaturas»* (cfr. fls. 150 a 165).
- k) No dia 1 de Julho de 2003, após ter sido notificado da execução, nos termos e para os efeitos previstos no n.º 1 do art.º 926.º do CPC, o Participante enviou ao Senhor Advogado arguido um fax com o seguinte teor: *«Hoje, 2003/07/01, pelas 14 horas, fui notificado da penhora decretada pelo Tribunal, sob a forma de execução sumária, requerida por, Junto lhe envio a mesma, assim como a restante documentação apensa, a fim de conforme penso que fará e tal como a Lei prevê, em dez dias deduzir embargos de executado ou oposição à penhora. Estou de há muito a esta parte disponível para o que se afigurar*

necessário e só agora imagino que era este o momento que aguardava» (cfr. fls.166).

- l) Em 9 de Janeiro de 2004 o Participante comunicou ao Conselho Distrital de a impossibilidade de entrar em contacto com o Senhor Advogado arguido (cfr. fls. 7 e 8 do Apenso 58/D/2004), pelo que, por ofício datado de 21 de Julho de 2004, o Senhor Advogado arguido foi notificado para se pronunciar, nos termos e para os efeitos previstos no art.º 34.º, n.º 1 da Lei do Apoio Judiciário (cfr. fls.10 do referido Apenso).
- m) Para pagamento de despesas e honorários, o Participante entregou ao Senhor Advogado arguido um total de PTE. 65.000\$00 (cfr. fls.33)

5. Resulta, ainda, dos autos, que o Senhor Advogado arguido foi notificado da acusação em cinco de Janeiro de dois mil e sete e nada disse ou requereu.

6. Apreciando.

Nas suas alegações de fls. 343 e seguintes o Senhor Advogado arguido começou por invocar a «inconstitucionalidade» das normas do Estatuto da Ordem dos Advogados, ao abrigo das quais lhe foi aplicada a sanção disciplinar, por **violação dos preceitos constitucionais** que consagram [1] **o princípio da tipicidade** e [2] **os direitos à segurança no emprego, ao trabalho e dos trabalhadores (arts.º 53.º, 58.º e 59.º da Constituição da República)**.

Salvo o devido respeito, o Recorrente não tem razão.

No que concerne ao [1] **princípio da tipicidade**, consagrado no art.º 29.º da Constituição com referência à lei criminal, e «segundo o qual cabe à lei e só a ela determinar quais os factos ou condutas que constituem crime e quais os pressupostos que justificam a aplicação de uma medida de segurança»⁽¹⁾, é importante ter

⁽¹⁾ Cfr. M. SIMAS SANTOS e M. LEAL HENRIQUE, *Noções Elementares de Direito Penal*, 3.ª ed. revista e actualizada/2009, Editora Rei dos Livros, pág. 17.

presente que «no direito disciplinar não existe um elenco típico dos factos considerados infracções. A tradição legislativa tem sido a de não tipicizar a ilicitude dos factos, procedimento avalizado pelo Tribunal Constitucional»⁽²⁾, designadamente no Acórdão n.º 666/94⁽³⁾. Aí se refere o seguinte: «A regra da tipicidade das infracções, corolário do princípio da legalidade, consagrado no n.º 1 do artigo 29.º da Constituição (nullum crimen, nulla poena, sine lege), só vale, qua tale, no domínio do direito penal, pois que, nos demais ramos do direito público sancionatório (maxime, no domínio do direito disciplinar), as exigências da tipicidade fazem-se sentir em menor grau: as infracções não têm, aí, que ser inteiramente tipificadas». Na verdade, «as normas que prevêm ilícitos disciplinares revestem uma plasticidade tal que lhes permite abranger um vasto conjunto de comportamentos susceptíveis de lesar o interesse público implicado e que, pela sua variedade, não são passíveis de enunciação exhaustiva. Dado o carácter não taxativo da enunciação, “podem caber na mesma pena aplicável a certos factos outras condutas não descritas na lei, mas estas, então, terão de possuir a mesma natureza das descritas como exemplo”. No direito disciplinar “a analogia definidora das infracções não é apenas admitida, mas pressuposta como elemento essencial integrador das várias previsões legais”»⁽⁴⁾.

O Recorrente veio ainda alegar que o Estatuto [2] **viola os seguintes preceitos constitucionais: art.º 53.º** [direito dos trabalhadores à «segurança no emprego, sendo proibidos os despedimentos sem justa causa ou por motivos políticos ou religiosos»]; **art.º 58.º** [direito ao trabalho]; **e ainda o art.º 59.º** [direitos dos trabalhadores, designadamente, à retribuição, à organização do trabalho em condições socialmente dignificantes, à prestação do trabalho em condições de higiene, segurança e saúde, ao repouso e aos lazeres, ao limite máximo da jornada de trabalho, etc, à assis-

⁽²⁾ Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República, com o n.º convencional PGRP00002711, disponível em <http://www.dgsi.pt/>

⁽³⁾ Relator: Cons. Messias Bento. Ac. disponível em http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/acordaos94_601-700.htm

⁽⁴⁾ Idem Parecer referido em 2.

tência material em situação de desemprego e à indemnização, em caso de acidente de trabalho].

Salvo o devido respeito, não se descortina razão ou fundamento para aplicar à situação em análise os preceitos constitucionais citados pelo Senhor Advogado arguido, desde logo porque o poder disciplinar exercido por esta Ordem não decorre de uma qualquer relação de trabalho ou emprego, mas antes do interesse público inerente ao exercício da profissão de advogado, por via da sua relevante função social (cfr. art.º 3.º do EOA)

É, pois, de concluir, sem necessidade de mais considerações, que as inconstitucionalidades invocadas pelo Senhor Advogado arguido carecem, em absoluto, de fundamento, pelo que cumpre apreciar, agora, as **duas questões finais**, a saber, as alegadas **falta de [3] adequação da pena aplicada às condutas em análise** e de **[4] fundamentação no que respeita à existência de dolo ou culpa**.

Tendo em consideração os factos apurados no âmbito dos presentes autos, que acima se descrevem (cfr. n.º 4 supra) , é forçoso concluir que também quanto a estas questões o Senhor Advogado arguido não tem razão.

Quanto à gravidade das condutas em análise, quer no que respeita às atitudes em si, quer no que respeita às consequências, os autos não deixam margem para dúvidas. Em ambos os patrocínios em análise o Senhor Advogado arguido agiu com intolerável displicência. No primeiro caso impunha-se que tivesse acautelado devidamente os interesses da sua cliente, dando entrada em juízo, em devido tempo, da competente acção judicial. Ora, não só o Senhor Advogado arguido não o fez, como também nunca apresentou qualquer justificação para não o ter feito, quer directamente à cliente, quer no âmbito dos presentes autos. A cliente, que lhe havia conferido mandato, acabou por se ver forçada a aceitar o patrocínio de outro Colega, que o Tribunal nomeou, «*visto o Dr. ter-se ido embora de e nunca me (lhe) disse nada nem nunca mais apareceu*» (cfr. fls.37). O mesmo se diga relativamente ao segundo patrocínio. Neste caso o patrocinado, aqui Participante,, surpreendido pela penhora dos dois veículos de que era proprietário, tentou, por diversas vezes e vários meios entrar em contacto

com o Senhor Advogado arguido, procurando apoio e orientação, sem qualquer sucesso, sendo certo que este último não podia ignorar as consequências do trânsito em julgado da sentença e, por conseguinte, devia ter agido em conformidade com esse conhecimento, a que acresce a circunstância de não ter apresentado qualquer justificação para o facto de, em sede de recurso, não ter apresentado alegações, nem ao cliente nem, sequer, no âmbito dos presentes autos disciplinares.

Face ao exposto é de concluir que o Senhor Advogado arguido violou, com culpa grave, os deveres de estudar e tratar com cuidado e zelo as questões de que foi incumbido, nos quais, diga-se, estão incluídos os deveres de aconselhar e orientar devidamente o cliente na resolução dos problemas que o afectam, com recurso a todo o seu saber e experiência, sem necessidade, sequer, de solicitação expressa para tanto, já que esse dever de auxílio do cliente é uma das vertentes do dever de zelo e diligência, previsto, à data da prática dos factos, no art. 83.º, n.º 1, alínea *d*) do EOA/84.

Violou, igualmente, e também com culpa grave, o dever de assegurar ambos os patrocínios até resolução definitiva das questões, que se encontra previsto na alínea *j*) do n.º 1 do art.º 83.º do EOA/84, já que em ambos os casos nunca apresentou qualquer justificação para a inércia processual verificada em ambas as situações, coincidente, tanto quanto parece, com a mudança do escritório para outra comarca.

Finalmente, é de entender que no âmbito do patrocínio do Réu, violou, também com culpa grave, o dever que informar o cliente sobre o andamento da questão, previsto na alínea *c*) do n.º 1 do art.º 83.º do EOA, uma vez que se apurou que, por diversas vezes, o cliente procurou obter informação junto do Senhor Advogado arguido sobre o situação processual e este último nunca a prestou.

As condutas acima descritas são — como aliás se afirma no douto Acórdão recorrido — inaceitáveis, no plano deontológico, e geradoras de grave desprestígio para a profissão, para os Advogados em geral e ainda para esta Ordem, que os representa.

Na ponderação da pena há que ter em consideração os antecedentes profissionais e disciplinares do arguido, o grau de culpa, as

consequências da infracção e todas as demais circunstâncias agravantes e atenuantes, previstas nos art.ºs 105.º e 106.º do EOA/84, sendo que às infracções cometidas com culpa grave é de aplicar a pena de suspensão (cfr. art.º 104.º, n.º 1 e 5 do mesmo EOA).

Conforme bem se decidiu no Acórdão recorrido, a favor do Senhor Advogado arguido não milita qualquer circunstância atenuante, sendo de ter em consideração a agravante seguinte: acumulação de infracções, desde logo porque são dois os patrocínios em análise neste processo e por correrem simultaneamente outros processos disciplinares, nos quais, aliás, também veio a ser aplicada ao Senhor Advogado arguido uma pena de suspensão, já transitada (alínea *e*) do n.º 1 do art.º 106.º).

Tendo em consideração a forma como o Senhor Advogado arguido conduziu os patrocínios em análise e a desconformidade das suas condutas com os deveres deontológicos que sobre ele impendiam, nada há a apontar à qualificação da culpa como grave, uma vez que, tal como se refere no duto Acórdão recorrido, o Senhor Advogado arguido agiu de forma livre e não podia ignorar que as condutas infringiam regras deontológicas absolutamente básicas e fundamentais, que há muito regem a relação entre os advogados e clientes.

Atenta a gravidade da culpa, das infracções e respectivas consequências, a pena de suspensão é a que se mostra adequada, nada havendo a apontar à forma como foi graduada, designadamente no que respeita à duração.

Improcedem, assim, os argumentos do Senhor Advogado arguido referidos em [3] e [4] supra, pelo que o recurso não merece provimento, propondo-se, assim, que o mesmo lhe seja negado.

À sessão.

Lisboa, 3 de Março de 2009

LICENCIATURAS DE TRÊS ANOS ADMITIDAS PARA INGRESSO NO ESTÁGIO DA ORDEM DOS ADVOGADOS E INCOMPATIBILIDADES

Parecer do Conselho Geral N.º 77/PP/2010-G

Relator: Dr. A. Pires de Almeida

Objecto do Parecer

O Ilustre Colega, Sr. Dr. ..., solicitou ao Senhor Bastonário a informação se é possível o Sr. Dr. ... ter-se inscrito no estágio da Ordem dos Advogados com “uma licenciatura de Bolonha, de 3 anos, sem ter frequentado um curso de mestrado” e participou, ao mesmo tempo, a existência, em seu entender, da incompatibilidade existente entre o exercício da actividade de advogado estagiário daquele e as funções de Presidente da Associação Comercial e Industrial de ... (A.C.I.....).

Parecer

Quanto ao pedido de informação, ao tempo, estava em vigor o artigo 9.º-A, n.º 1 e 2, do Regulamento n.º 52-A/2005, de 1 de Agosto (Regulamento Nacional de Estágio da Ordem dos Advoga-

dos), na redacção que lhe foi dada pela Deliberação n.º 3333-A/2009, de 16 de Dezembro, do Conselho Geral da Ordem dos Advogados, que sujeitava a exame os licenciados pós-Bolonha para poderem ingressar no estágio.

Contudo, com a publicação do Acórdão n.º 3/2011 do Tribunal Constitucional, de 4 de Janeiro de 2011, com força obrigatória geral, tal exigência de exame foi considerada inconstitucional, tal como o aludido Regulamento que o previa.

Daí que, parece-nos, perdeu relevância tal pedido de informação, isto é, mesmo com aquela licenciatura de três anos, poderia o dito Colega ter acedido ao estágio, como acedeu.

Quanto à alegada incompatibilidade, dir-se-á que ela existe, efectivamente.

Com efeito, o exercício das funções de Presidente da Associação Comercial e Industrial ... bule com a isenção, a independência e a responsabilidade que o advogado estagiário tem que ter na “aprendizagem” para o exercício futuro da advocacia.

Na verdade, considerando o disposto nos arts. 76.º e 78.º, ambos do Estatuto da Ordem dos Advogados, os princípios gerais daí decorrentes implicam que um advogado (e por maioria de razão um estagiário) tenha isenção, independência e dignidade no exercício da sua profissão, não compatível com o exercício do cargo ou função que possa fazer perigar aquelas.

In casu, parece evidente que o Sr. Dr. ..., ao exercer o cargo de Presidente daquela Associação Comercial e Industrial, em que tem de defender os interesses da mesma e submeter-se aos ditames da Assembleia Geral, não estará em condições de, ao mesmo tempo, exercer o estágio na advocacia, sob a égide do patrono, em que poderá surgir um eventual conflito de interesses com os daquela Associação.

De resto, e não será este o menos importante dos fundamentos para tal incompatibilidade, sempre o Sr. Dr. ..., enquanto Presidente daquela Associação e, ao mesmo tempo, advogado estagiário, poderá angariar clientela, mormente junto dos associados, em desrespeito flagrante do disposto na al. h) do n.º 2 do art. 85.º do E.O.A.

Daí que, se o Sr. Dr. ... era já Presidente daquela Associação ao tempo da sua inscrição no estágio (e os autos não nos fornecem elementos para o saber), deveria a mesma ter sido recusada, se e enquanto permanecer naquele cargo. Ou, logo que verificada esta incompatibilidade, notificado para que optasse pela cessação daquele cargo, sob pena de ser suspensa a sua inscrição como advogado estagiário.

Não tendo ocorrido nem uma coisa, nem outra, é altura de o Conselho Distrital do ... notificar o Sr. Dr. para aquele efeito.

Acresce que, tanto quanto sabemos e decorre, de resto, do site da referida A.C.I.... — Associação Comercial e Industrial do ..., esta elabora contratos a celebrar com outras entidades, presta informação e parecer sobre as melhores soluções jurídico-legais a adotar na prossecução dos objectivos da ACI... e presta “apoio jurídico” quer a associados, quer a não associados.

Ora, tal Associação não consta das entidades declaradas, pelo Conselho de Ministros, como de utilidade pública, nem foi consultada ou pedido parecer à Ordem dos Advogados sobre qualquer eventual concessão de autorização específica para a prática, por aquela, de actos próprios de advogados (Cfr. n.ºs 4 e 5 do art. 6.º da Lei n.º 49/2004, de 24/08 — Actos Próprios dos Advogados).

Conclusão

- A) Desde a data da publicação do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 3/2011, de 04/01, qualquer licenciado pós-Bolonha pode inscrever-se no curso de estágio da Ordem dos Advogados;
- B) Existe incompatibilidade entre o exercício do cargo de Presidente de uma Associação Comercial e Industrial e o de advogado estagiário;
- C) *In casu*, deverá comunicar-se à Associação Comercial e Industrial do ... (ACI...) que está impedida de praticar actos próprios de advogados, conforme disposto na Lei

n.º 49/2004, de 24/08 (Cfr. arts. 1.º e 6.º deste Diploma), nomeadamente os que anuncia no seu sítio na internet;

- D) Deverá, ainda, remeter-se cópia deste parecer, se e após deliberação a aprová-lo, ao Ministério Público local para os efeitos tidos por convenientes, relativamente à prática por tal Associação de actos próprios de advogado.

É este, s.m.o., o n/parecer.

À próxima sessão do Conselho Geral, para deliberação.

Viseu, 23 de Fevereiro de 2011

O Relator: A. Pires de Almeida

PROIBIÇÃO DE PUBLICIDADE: PLACA “BALCÃO ÚNICO”

Parecer do Conselho Geral N.º 80/PP/2010-G

Relator: Dr. A. Pires de Almeida

Consulta

As Ilustres Advogadas, Sr.^{as} Dr.^{as} ... e ..., tendo constituído uma Sociedade de Advogados (... – Sociedade de Advogados, RL) vêm perguntar se poderão colocar em placa publicitária exterior, junto ao nome da aludida sociedade e/ou em placa separada, a informação de que a mesma oferece aos clientes serviços que se enquadram no “Balcão Único” (Casa Pronta, Balcão das Heranças e do Divórcio com Partilha...) e, ainda, se tal informação poderia constar nos cartões e papel timbrado, em anúncios de jornais e divulgação na rádio.

Parecer

Este Conselho Geral pronunciou-se já, em diversas deliberações (e cujo relator de pareceres aprovados foi o ora signatário — Cfr. nomeadamente os Procs. n.º 4/PP/2009-G e 42/PP/2010-G), sobre pedidos semelhantes aos da presente consulta, tendo entendido (adianta-se já) que está proibido aos advogados inserir “na

placa/tabuleta ou painel que os identifica como tais, perante o público em geral, expressões como “Balcão Único” (Cfr. cit. Proc. 4/PP/2009-G) e/ou “inserir em cartões, placas identificativas, jornais” aquelas expressões e/ou idênticas, a anunciarem serviços com aquele “Balcão Único” relacionados. (cit. Proc. 42/PP/2010-G).

Não se vê como poderá deixar de continuar a entender-se como deliberado ficou, naqueles processos, no sentido da proibição de tal publicidade.

Com efeito, e considerando o que dispõem os n.º 1 a 4 do art. 89.º do E.O.A., a publicidade que as Ilustres Colegas pretendem dar dos serviços, a serem prestados aos seus clientes pela dita sociedade, não é, nem pode ser permitida.

Efectivamente, antes de mais, a expressão “Balcão Único” está associada à extensão que o poder público pretendeu dar a um só Serviço (público) de várias competências, antes reservadas a outros tantos Serviços Públicos / Repartições.

E daí que a inserção, em tabuleta de uma sociedade de advogados, daquela expressão “Balcão Único”, poderia dar a ideia ao cidadão comum de que, no escritório daquela sociedade, poderiam ser tratados todos os assuntos relativos à “casa pronta”, às “heranças” e “partilha”.

Ora, tal não é verdade, pois um advogado não pode proceder, por exemplo, à partilha de heranças, sem o consentimento de todos os interessados, como o poderão fazer, com a publicação da portaria que regulamentará o novo regime do inventário, os Notários.

Além de que, convenhamos, as normas estatutárias sobre a publicidade permitida não admitem que um escritório de advogados possa vir a ser confundido com um “balcão empresa na hora”, “balcão casa pronta” e/ou “balcão heranças e divórcio com partilha” que, seguramente, ofenderiam o estatuído pelas normas do E.O.A., atrás citadas.

Acresce que, tais expressões, sempre poderiam inculcar a “promessa ou indução de resultados “para os clientes”, em violação da al. a) do n.º 4 do cit. art. 89.º do E.O.A., já que, seguramente, as Colegas da sociedade em causa, não poderão, repete-se, fazer a partilha da herança, sem consentimento prévio de todos os interessados...

Por último, é manifesto que a inserção de tais expressões, na tabuleta de sociedades, cartões e papel timbrado da mesma e/ou sua publicitação em geral, não é, também e seguramente, “área preferencial de actividade”(Cfr. al. *a*) do n.º 3 do art. 89.º do E.O.A.), nem “menção a assuntos profissionais que integrem o currículo profissional” das Colegas (Cfr. al. *h*) do n.º 3 do cit. art.).

De resto, a competência que o advogado tem, para poder autenticar documentos particulares, relativos a imóveis e/ou partilha de bens, advém já, directamente, da lei e, por conseguinte, a simples menção de advogado(s) na placa nos cartões e em papel timbrado e/ou a sua publicitação na rádio informa já os potenciais clientes da possibilidade de o advogado tratar de assunto, relacionado com imóveis e com partilhas, nos termos legais.

Conclusão

Assim, somos de parecer que não é permitido às Colegas ou a qualquer advogado e/ou sociedade de advogados incluírem nas placas/tabuletas, nos cartões, em papel timbrado e/ou em quaisquer anúncios, a dita expressão “Balcão Único”, por tal “informação e publicidade” infringir o disposto no art. 89.º do EOA.

É este, s.m.o. o nosso parecer.

À próxima sessão do Conselho Geral.

Visou, 22 de Fevereiro de 2011.

O Relator: A. Pires de Almeida ...

REGULAMENTO DA COMISSÃO NACIONAL
CONTRA A PROCURADORIA ILÍCITA

Regulamento n.º 445/2011 de 13 de Julho de 2011

Regulamento da Comissão Nacional Contra a Procuradoria Ilícita, aprovado em sessão plenária do Conselho Geral de 29 de Março de 2011. Diário da República. — S. 2-E N. N. 139 (21 de Julho de 2011), p. 30380-30381.

Artigo 1.º
DENOMINAÇÃO

É criada no âmbito da Ordem dos Advogados Portugueses a Comissão Nacional contra a Procuradoria Ilícita (CNCPI).

Artigo 2.º
COMPOSIÇÃO

A Comissão é composta por um Presidente, um representante de cada Conselho Distrital, o Presidente do Instituto dos Advogados em Prática Individual (I.A.P.I.) e um representante da Câmara dos Solicitadores.

Artigo 3.º

OBJECTIVOS

A CNCPI tem como principais objectivos definir, incentivar, coordenar a nível nacional a promoção da advocacia e da solicitação preventiva e as acções de combate à procuradoria ilícita, designadamente:

- a) Promover a dignificação do exercício da actividade dos Advogados e Solicitadores, designadamente, e se necessário, em articulação com entidades públicas e privadas, ou respectivas associações;
- b) Intervir junto da opinião pública de modo a que os cidadãos reconheçam as vantagens da procuradoria ser praticada pelos únicos profissionais habilitados quais sejam os advogados e os solicitadores;
- c) Incentivar as entidades públicas na criação de condições para a recusa de actos resultantes do exercício da procuradoria ilícita, e
- d) Identificação da pessoa ou entidade que os pretenda praticar determinando a sua qualidade profissional e ou título em que actua com participação da ocorrência à Ordem dos Advogados e à Câmara dos Solicitadores;
- e) Sensibilizar os órgãos de soberania na adopção de medidas legislativas ajustadas à prevenção do exercício da procuradoria ilícita e à condenação dos seus agentes e ou cúmplices;
- f) Apresentar ao Conselho Geral, por iniciativa própria ou por solicitação daquele, pareceres que contribuam para a adopção das soluções mais adequadas em cada caso concreto.

Artigo 4.º

NOMEAÇÃO DO PRESIDENTE

O Presidente é nomeado pelo Bastonário com ratificação pelo Conselho Geral pelo tempo do respectivo mandato.

Artigo 5.º
NOMEAÇÃO DOS VOGAIS

Os vogais são indicados pelos Conselhos Distritais, pelo I.A.P.I. e pela Câmara dos Solicitadores que serão empossados pelo Bastonário sendo a duração do mandato coincidente com o do Conselho Geral.

Artigo 6.º
FUNCIONAMENTO

- a) As reuniões da CNCPI são convocadas pelo respectivo Presidente e realizam-se uma vez por mês, sem prejuízo de alteração posterior da sua periodicidade;
- b) A convocatória será feita pelo meio mais expedito, preferencialmente por correio electrónico, incluindo uma ordem de trabalhos, com dez dias de antecedência em relação à data marcada;
- c) Não havendo unanimidade na tomada de decisões, serão as mesmas votadas por maioria dos seus membros presentes. Em caso de empate o Presidente tem voto de qualidade;
- d) Das reuniões será lavrada acta a aprovar na reunião seguinte e da qual será enviada cópia ao Bastonário e ao Conselho Geral.

Artigo 7.º
PARTICIPAÇÃO DO BASTONÁRIO

O Bastonário é informado das datas das reuniões podendo, se o entender, presidir às mesmas.

13 de Julho de 2011
O Presidente do Conselho Geral,
António Marinho e Pinto