

REVISTA

da Ordem dos Advogados

Doutrina

José Lebre de Freitas: "*CONTRATO DE SWAP MERAMENTE ESPECULATIVO. REGIMES DE VALIDADE E DE ALTERAÇÃO DE CIRCUNSTÂNCIAS*" Pág. 943

Dário Moura Vicente: "*O REGIME ESPECIAL DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS EM MATÉRIA DE PATENTES (LEI N.º 62/2011)*" Pág. 971

Alexandre Libório Dias Pereira: "*DA RETRANSMISSÃO POR CABO DE PRESTAÇÕES ARTÍSTICAS PROTEGIDAS POR DIREITOS CONEXOS AO DIREITO DE AUTOR*" Pág. 991

Manuel Pereira Barrocas: "*PROCESSO ARBITRAL CORRETO OU GUERRILHA ARBITRAL? O MAU EXEMPLO DE MAUS PROFISSIONAIS*" Pág. 1085

Lino Torgal / João de Oliveira Geraldes: "*CONCESSÕES DE ACTIVIDADES PÚBLICAS E DIREITOS DE EXCLUSIVO*" Pág. 1095

Tiago Bessa: "*DIREITO CONTRATUAL DE AUTOR E LICENÇAS (VOLUNTÁRIAS) DE EXPLORAÇÃO DA OBRA*" Pág. 1129

Abílio Vassalo de Abreu: "*A NECESSIDADE DE UMA MUDANÇA JURISPRUDENCIAL EM MATÉRIA DE ACESSÃO DA POSSE (ART. 1256.º DO CÓDIGO CIVIL)*" Pág. 1247

Adalberto Costa: "*O DIREITO À IMAGEM*" Pág. 1323

Alexandra Valpaços Gomes de Campos: "*O ESGOTAMENTO DO PODER JURISDICIONAL DOS ÁRBITROS: CORRECÇÃO, INTERPRETAÇÃO E INTEGRAÇÃO DA SENTENÇA ARBITRAL*" Pág. 1379

Marcelino Abreu: *"O CRIME DE ESPECULAÇÃO DE PREÇOS PREVISTO NO ART. 35.º DO DECRETO-LEI N.º 28/84, DE 20 DE JANEIRO (COMENTÁRIO)"*
Pág. 1423

Paulo Manuel Costa: *"OPOSIÇÃO À AQUISIÇÃO DA NACIONALIDADE. A INEXISTÊNCIA DE LIGAÇÃO EFECTIVA À COMUNIDADE NACIONAL"*
Pág. 1453

Jurisprudência Crítica

Luis Manuel Teles de Menezes Leitão: *"ANOTAÇÃO AO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL N.º 187/2013 (LEI DO ORÇAMENTO DO ESTADO PARA 2013)"* Pág. 1483

Jurisprudência dos Conselhos

- Parecer do CS, Proc. n.º 90/2008-CS/D: *"Violação dos artigos 83.º, 85.º, n.º 2, a), 86.º, a), 92.º, n.º 2, 93.º, n.º 2, 95.º, n.º 1, b), todos do Estatuto da Ordem dos Advogados aprovado pela Lei n.º 15/2005, de 26 de Janeiro"*
Pág. 1785
- Parecer do CG, n.º 4/PP/2012-G: *"Incompatibilidade do exercício da advocacia com o exercício de outra actividade pública"* Pág. 1815

Vida Interna

- Deliberação n.º 1400/2012 de 10 de Outubro: Aditamento à Tabela de Emolumentos e Preços Pág. 1821

CONTRATO DE *SWAP* MERAMENTE ESPECULATIVO

Regimes de validade e de alteração de circunstâncias(*)

Pelo Prof. Doutor José Lebre de Freitas

SUMÁRIO:

I — A Questão. **II — Natureza e regime do contrato de *SWAP*.** 1. Caracterização; 2. Regime; 3. O caso-tipo da hipótese. **III — Da resolução do contrato.** 1. Requisitos; 2. Dos riscos próprios do contrato; 3. A aleatoriedade no caso-tipo da hipótese; 4. Verificação dos outros requisitos. **IV — Prestações vencidas.** **V — Conclusões.**

I

A QUESTÃO

Nos anos de 2007 e 2008, nos últimos tempos de euforia dos mercados financeiros e muito perto do dealbar da crise económica que se seguiu à falência do Lehman Brothers, as taxas de juro eram altas e muitos operadores económicos com contratos sujeitos a flutuações, potencialmente desfavoráveis, de taxas de juro procuraram encontrar em contratos de *swap* (permuta) celebrados com instituições financeiras a proteção contra uma subida de taxas que julgavam imparável. Ao lado desses contratos, motivados pelo

(*) Artigo destinado à obra colectiva, no prelo, em memória dos Professores Doutores Palma Carlos e Castro Mendes.

escopo de cobertura dum risco real, muitas instituições financeiras puseram à disposição dum universo, mais ou menos restrito, de clientes um outro tipo de contrato de *swap*, que, desligado de qualquer operação económica concreta, constituía, ainda que formalmente sob a mesma capa, um instrumento financeiro puramente especulativo.

A subsequente queda das taxas de juro a que tais contratos foram indexados acabou por se revelar altamente lucrativa para as instituições financeiras e prejudicial para os seus clientes.

Para fixar ideias, imaginemos uma hipótese-tipo.

Em princípios de 2008, o banco S e a sociedade D celebram um contrato de troca de taxas de juro para ser executado durante um período de cinco anos. Por ele, S vincula-se a pagar a D, trimestralmente, a quantia correspondente à aplicação da taxa de juro variável Euribor a 3 meses à “importância nominal” de 5.000.000,00€ e D vincula-se a pagar ao banco prestações trimestrais correspondentes à aplicação, sobre a mesma importância convencionada, da taxa de juro fixa de 4,66% ou da taxa variável de juros Euribor a 3 meses, consoante esta seja, respetivamente: inferior a 4,15% ou de valor compreendido entre 4,66% e 5,3%; superior a 5,3% ou de valor compreendido entre 4,15% e 4,66% *exclusive*.

Ainda que no documento que formaliza o contrato se diga que este serve um objetivo de gestão de risco de taxa de juro, nele não é feito qualquer reporte do capital nominal de 5.000.000,00€ a um ativo subjacente que respeite a aplicações reais entre as partes ou entre D e terceiros. O contrato é expressamente qualificado como operação de derivados, sem a mínima referência a operações de financiamento real entre as partes ou entre D e terceiros, tanto assim que nele só abstratamente são referidos os riscos da operação, em particular o risco de o cliente registar uma perda financeira. A importância nominal é definida como montante-base da transação, sobre o qual incidem os cálculos decorrentes da operação.

Continuaremos a não fugir muito à prática normal de há 5 anos se imaginarmos ainda que o contrato prevê a possibilidade

de resolução do *swap*, acrescentando, porém, que, se for D a resolvê-lo, ela terá de suportar custos indeterminados, a liquidar.

É facto notório que a taxa Euribor a 3 meses só em fevereiro de 2009 desceu abaixo do patamar de 2%, que, até hoje, nunca mais voltou a atingir. Ao invés, desde a sua criação, em 1999, tinha-se mantido sempre superior a esse patamar e com maior frequência em valores entre 3% e 5%. Só depois do início da crise económico-financeira desencadeada em finais de 2008 é que veio a atingir os baixos valores (sempre inferiores a 1% e, por fim, de 0,2%) em que hoje vegeta.

Se, com fundamento na **anormalidade** desta situação e na sua **não previsão** pelas partes, D propuser contra S uma ação declarativa em que peça que seja **resolvido** o contrato, em que medida a **aleatoriedade** do contrato de permuta de taxas de juro, conjugada com a não estatuição pelas partes de um limite mínimo a partir do qual não tivesse lugar o pagamento das prestações trimestrais estipuladas, afasta a aplicação do regime do art. 437.º-1 do Código Civil, tornando inadmissível a resolução unilateral por alteração das circunstâncias? E — questão prévia — deverá (e poderá oficiosamente) o contrato ser tido por **válido** em face da ordem jurídica portuguesa, ou a sua finalidade meramente especulativa feri-lo-á de total nulidade ou sujeitá-lo-á ao regime das **obrigações naturais**?

Não se trata de questões novas, mas a conjuntura económico-financeira atual confere-lhes especial acuidade. A demonstrá-lo, estão os muitos casos discutidos nos tribunais.

Na vizinha Espanha, é normalmente pedida a anulação do contrato de *swap* (as mais das vezes de cobertura do risco derivado de um financiamento real) por **erro sobre a extensão do risco do produto**, provocado por **deficiência de informação** por parte da instituição financeira. Ascendem já a muitas dezenas as anulações decretadas pelos tribunais de apelação (*audiencias provinciales*)⁽¹⁾.

(1) Sirva de exemplo a sentença da *Audiencia Provincial de Leon* de 12.07.12: por violação do dever de informação, com a consequência de produzir erro (sobre a extensão do risco do produto) na celebração de contrato de *swap* formalizado em 01.02.07 e 14.09.07 para cobertura do risco da taxa de juro, indexada à Euribor a 3 meses, de emprês-

Entre nós, o recente acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães (TRG) de 31.01.13, <www.dgsi>, proc. 1387/11.5TBBCL.G1, resolveu um contrato de *swap* celebrado em 2008 **para cobertura do risco** de subida das prestações de um contrato de locação financeira imobiliária, indexadas à taxa Euribor a 3 meses, com fundamento na anormalidade do montante atingido por aquelas taxas em consequência da atual crise económico-financeira e com retroatividade (abrangendo prestações pagas) a fevereiro de 2009, data da queda abrupta do referido índice. Perante situação de facto semelhante (também *swap* para **cobertura de risco** decorrente da subida de taxas de juro de empréstimos bancários existentes), mas em que não era pedida a resolução ou modificação do contrato por alteração de circunstâncias, mas sim a anulação do contrato por erro e violação de deveres de informação, decidiu o TRL em 17.12.11 (providência cautelar) e em 25.09.12 (respetiva ação principal), manter as decisões de improcedência recorridas.

Note-se que o **erro** do art. 252.º-2 e a **alteração de circunstâncias** do art. 437.º-1 do nosso Código Civil repousam ambos sobre a **base negocial**⁽²⁾, mas que a melhor configuração do erro-vício provocado por falta de informação sobre o risco do produto será a de **erro sobre as qualidades do objeto** (concretamente, a estabilidade da taxa Euribor), regulado pelo art. 251.º do Código Civil e suscetível de integrar a figura do **dolo** por parte da instituição financeira (art. 253.º-1 do Código Civil). Outra perspectiva levaria ainda a considerar a hipótese de se verificar um **negócio usurário** (art. 282.º do Código Civil). Destas várias configurações não trata o presente estudo.

timos bancários existentes, o tribunal anulou o dito contrato e ordenou a restituição de todas as quantias pagas pelas partes em seu cumprimento (<www.portaljuridico.lexnova.es/jurisprudencia/juridico/152890/sentencia-ap.-leon>, proc. 294/2012). Não se trata de caso isolado e a polémica sobre os contratos de *swap* mantém-se, em Espanha, muito viva.

(²) A diferença está em que o erro incide sobre circunstâncias passadas ou atuais (à data do contrato), enquanto a alteração de circunstâncias se dá posteriormente à celebração do contrato. Veja-se, com vários exemplos, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, **Erro e doutrina da imprevisão**, Estudos de Direito do Consumidor, n.º 6 (2004), ps. 319-339, em especial a ps. 329 e 336-337 (critério geral de distinção) e, discordando da perspectiva dominante na jurisprudência em casos de aplicação do bem a fim diferente do declarado, a pp. 330-335.

Quanto à validade jurídica do contrato de *swap*, durante muito tempo olhado sempre com grande desconfiança, continua a ser posta em causa por parte da doutrina quando visa finalidades puramente especulativas, enquanto outra parte tende mesmo então a aceitá-la, deduzindo-a da sujeição dos operadores financeiros que o praticam às normas reguladoras dos mercados mobiliários, estabelecidas em transposição de diretivas comunitárias.

II

NATUREZA E REGIME DO CONTRATO DE *SWAP*

1. Caracterização

Diz-se contrato de *swap* (troca ou permuta) aquele “pelo qual as partes se obrigam ao pagamento recíproco e futuro de duas quantias pecuniárias, na mesma moeda ou em moedas diferentes, numa ou várias datas predeterminadas, calculadas por referência a fluxos financeiros associados a um ativo subjacente, geralmente uma determinada taxa de câmbio ou de juro”⁽³⁾. A referência a um ativo subjacente é característica própria dos instrumentos financeiros derivados, que resultam de “contratos a prazo celebrados e valorados por referência a um determinado ativo subjacente”⁽⁴⁾. Este ativo pode revestir natureza corpórea ou incorpórea, real ou virtual, industrial ou financeira, jurídica ou económica, constituindo, porém, ponto essencial que o seu valor esteja sujeito a riscos de variação”⁽⁵⁾.

O contrato de *swap* surgiu como “um contrato pelo qual as partes se obrigavam reciprocamente a pagar, em datas futuras, o

⁽³⁾ JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, **Os instrumentos financeiros**, Coimbra, Almedina, 2009, p. 167.

⁽⁴⁾ ENGRÁCIA ANTUNES, **cit.**, p. 119.

⁽⁵⁾ ENGRÁCIA ANTUNES, **cit.**, p. 131.

montante das obrigações [da] outra parte perante terceiro, **por efeito de contratos de mútuo (ou de outros contratos financeiros)**, expressas em divisas diferentes ou com diferentes modalidades de taxa de juro, v.g. taxa de juro fixa e taxa de juro variável”(6). O *swap* apareceu, por isso, com a função de **cobrir o risco inerente a uma operação económica subjacente**. Uma empresa contrai um empréstimo bancário, mas receia que a taxa de juro, indexada a um valor variável, se lhe torne insuportável; ou, contratando a prazo a importação ou a exportação de certa mercadoria, receia que a taxa de câmbio se lhe torne desfavorável. Troca por isso a taxa de juro ou de câmbio variável por uma taxa fixa, assim se garantindo contra as flutuações de mercado que receia.

Esta finalidade de cobertura de riscos inerentes à atividade económica não exclui finalidades de **especulação**, na medida em que o *swap*, tal como os outros derivados, pode permitir realizar aplicações lucrativas com base na antecipação do sentido da evolução do valor dos ativos subjacentes; mas, por importantes que possam ser no plano da motivação, estas finalidades devem ter-se por **secundárias** ou **complementares**, sob pena de descaracterização da figura(7).

Estou, por isso, com HELDER MOURATO quando este entende que o *swap* pressupõe “uma **realidade prévia** que lhe irá subjazer e que subsiste de forma independente”, tendo como função (ou

(6) CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos*, Coimbra, Almedina, 2011, II, ps. 117-118.

(7) Pelos cultores do direito bancário são hoje, por vezes, postas lado a lado as finalidades de cobertura de risco e de especulação. Veja-se, por exemplo, FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos*, cit., II, p. 118, MARIA CLARA CALHEIROS, *O contrato de swap*, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, p. 65, ou ENGRÁCIA ANTUNES, cit., ps. 123-124. Mas, enquanto para o primeiro é irrelevante que as partes prossigam uma ou outra dessas finalidades, e portanto exclusivamente a de especulação, já os dois autores restantes parecem considerar que há sempre a finalidade de cobertura de risco para uma das partes. Cf. *infra*, nota 21, para CLARA CALHEIROS. Quanto a ENGRÁCIA ANTUNES, é elucidativa a nota 253 da p. 125 da sua obra, onde se lê que “a dimensão especulativa é, hoje como ontem, fundamental no mercado de derivados”, mas logo a seguir que “cobertura do risco e especulação são **duas faces da mesma moeda**, só abstratamente sendo cindíveis: com efeito, um empresário só pode cobrir um determinado risco da sua atividade económica se encontrar no mercado um investidor ou especulador disposto a assumi-lo, sendo os derivados justamente um mecanismo de concretização massificada dessa **transferência de risco**”.

causa) cobrir o risco inerente a essa realidade subjacente⁽⁸⁾, sem que se possa falar de abstração: ao contrário do que acontece nos títulos de crédito após o primeiro endosso⁽⁹⁾, a referência à causa do instrumento derivado mantém-se enquanto ele durar, como elemento integrante do contrato que o constitui⁽¹⁰⁾.

Não quer isto dizer que a categoria formal do instrumento derivado não seja, **na prática**, utilizada sem ligação a uma realidade subjacente, para fins puramente especulativos. A função do instrumento, tal como inicialmente se apresentou, é então **desviada**. No caso do *swap* de taxa de juro que não vise cobrir um risco de variação de valor respeitante a determinada ou determinadas operações, económicas ou puramente financeiras, que pura e simplesmente não existem, há um **contrato meramente especulativo**, em que a troca mais não serve do que uma finalidade de **jogo ou aposta**⁽¹¹⁾. Então, das duas uma: ou o jogo é **ilícito** e o contrato é irremediavelmente **nulo**; ou o jogo é **lícito** e dele resultam apenas **obrigações naturais**, ressalvada ainda a fraude do credor na execução do contrato⁽¹²⁾ (art. 1245.º do Código Civil).

A ilicitude, consistindo na ofensa, direta ou indireta, do dever imposto por uma norma, que se exprime, no negócio jurídico, pela

⁽⁸⁾ HELDER MOURATO, **O contrato de swap de taxa de juro**, Lisboa, FDUNL, 2012, ps. 5, 45 e 56 (tese de mestrado, ainda inédita, apresentada e discutida na FDUNL). Adiante preciso o que é de entender por causa num contrato inominado (*infra*, nota 23).

⁽⁹⁾ A verdadeira abstração dá-se nos títulos de crédito com a entrada de terceiros na relação cambiária, dado que as exceções respeitantes à relação fundamental originária, ainda que esta não seja mencionada no título, são oponíveis pelo aceitante ao sacador, mas não ao terceiro tomador, ainda que mencionadas no título e com a única exceção da atuação em detrimento consciente do devedor (art. 17.º da Lei Uniforme).

⁽¹⁰⁾ HELDER MOURATO, **cit.**, p. 5.

⁽¹¹⁾ Os contratos de jogo e de aposta têm regras comuns, pelo que, como sempre dizem os autores, não tem interesse prático distingui-los **entre si** (por todos: MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, **Direito das obrigações**, Coimbra, Almedina, 1994, p. 151 (1)). Mais importante é a sua distinção **externa**, perante os outros contratos aleatórios. Visam a atribuição dum benefício a uma das partes, sendo incerto, quando são celebrados, quem será o beneficiário, o que dependerá do resultado dum evento, seja este exterior às partes ou ocorra na sequência duma sua atividade. Tenham fim lúdico ou especulativo, **criam** um risco próprio, em prejuízo de um dos dois contraentes (indeterminado). O conteúdo da prestação ao beneficiário premiado pode variar consoante o contraente que dela auferirá.

⁽¹²⁾ Esta fraude verificar-se-ia, por exemplo, se S estivesse implicado no escândalo internacional dos acordos interbancários para manipulação das taxas Libor e Euribor.

contrariedade à lei do objeto ou do fim negocial (arts. 280.º e 281.º do Código Civil), é distinta do não preenchimento do modelo legal de determinado ato jurídico⁽¹³⁾. No caso do art. 1245.º do Código Civil, parecerá, à primeira vista, que a ilicitude só pode consistir na contrariedade a **outra** norma do sistema: o contrato que preencha o modelo legal do jogo ou aposta é, em princípio, nulo, mas, quando o seu objeto ou fim não contrarie o dever imposto por outra norma jurídica, constitui uma obrigação natural, por sua vez só afastada quando essa contrariedade se verifique⁽¹⁴⁾. Mas a consideração de que, na letra da lei, a licitude tem carácter **excecional** (“porém, quando lícitos”) e o confronto da norma do art. 1245.º do Código Civil com a do art. 3.º-1 do DL 422/89, de 2 de dezembro⁽¹⁵⁾, mostra que é a **própria** norma geral a ferir o contrato de ilicitude, só excetuada quando outra norma **admira** certo tipo de jogo ou aposta⁽¹⁶⁾.

(13) CARIOTA FERRARA, **Il negozio giuridico nel diritto privato italiano**, Napoli, 1948, ps. 31-32; JOÃO DE CASTRO MENDES, **Teoria geral do direito civil**, Lisboa, AAFDL, 1979, III, ps. 759-761.

(14) Neste sentido vai ALMEIDA COSTA, **Direito das obrigações**, cit., p. 151 (2), ao distinguir o jogo **tolerado** do jogo **autorizado** (ou “permitido”, como se diz no art. 3.º-1 do DL 422/89, de 2 de dezembro: cf. nota seguinte). Era o que propunha ADRIANO VAZ SERRA no âmbito dos trabalhos preparatórios do Código Civil: a finalidade do contrato de jogo ou aposta não é tão respeitável que deva proporcionar ao vencedor a ação de cumprimento, mas, não devendo tão-pouco ser sempre tido como imoral, o regime da obrigação natural é o que, em regra, se lhe adequa (**Obrigações naturais**, BMJ, 53, p. 103). VAZ SERRA propôs, por isso, um regime diferente do que, proposto por GALVÃO TELLES, viria a passar para o art. 1245.º do Código Civil (*infra*, nota 16).

(15) “A exploração e a prática dos jogos de fortuna ou azar [“aqueles cujo resultado é contingente por assentar exclusiva ou fundamentalmente na sorte”: art. 1.º] **só são permitidas** nos casinos existentes em zonas de jogo permanente ou temporário criadas por decreto-lei ou, fora daqueles, nos casos excecionados nos artigos 6.º a 8.º” (jogos em percursos turísticos e aeroportos e jogo do bingo).

(16) A essa norma **específica** cabe determinar se o jogo tolerado ou autorizado é, além de lícito, fonte de obrigações civis, aplicando-se, se nada disser, o regime **geral** dos arts. 402.º a 404.º do Código Civil: apenas o **cumprimento** (ou ato equivalente) confere juridicidade às relações previstas no contrato, não sendo este mais do que um dos elementos da fatispécie constitutiva duma atribuição patrimonial que só se aperfeiçoa com o ato de cumprimento (ou outro equivalente) duma obrigação tão-só moral ou social (JOSÉ LEBRE DE FREITAS, **Direito processual civil II / Relatório**, RFDUL, 1996, I, p. 239 (73)), apenas assim se explicando o direito a reter a prestação, com alguma semelhança com o regime da doação (KARL LARENZ, **Lehrbuch des Schuldrechts**, München, Beck, 1987, I,

2. Regime

Uma única norma do nosso sistema jurídico prevê hoje (desde o DL 357-A/2007, de 31 de outubro) o *swap*: no art. 2.º-1-e do Código dos Valores Mobiliários o contrato de *swap* aparece claramente classificado como contrato derivado (“e outros contratos derivados”), como tal regulado pelo código.

Nem uma palavra tem o legislador para o definir, lhe atribuir uma função ou, como faz a Directiva 2004/39/CEE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21.4.04⁽¹⁷⁾, distinguir nele modalida-

ps. 20-21, e II, ps. 199-201). O diploma que regula os jogos de fortuna ou azar (DL 422/89, de 2 de dezembro, alterado pelo DL 10/95, de 19 de janeiro) não contém norma que declare exigíveis as dívidas de jogo contraídas em casinos autorizados, pelo que a autorização mais não significa do que a sua sujeição ao regime das obrigações naturais (RUI PINTO DUARTE, **O jogo e o direito**, Themis, n.º 3, ps. 75-76), ao contrário do que acontece, por exemplo, em direito alemão (§ 763 do BGB). Esta interpretação é a que corresponde ao pensamento expresso por INOCÊNCIO GALVÃO TELLES nos trabalhos preparatórios do Código Civil: o contrato de jogo ou aposta permitido por lei especial que não o considere fonte de obrigações civis está sujeito ao regime da obrigação natural, enquanto o não permitido por lei é pura e simplesmente nulo (**Contratos civis**, BMJ, 83, ps. 182-183). Foi assim que GALVÃO TELLES propôs a redação que viria a vingar no art. 1245.º do Código Civil (*idem*, p. 280). O art. 59.º do DL 422/89 só permite que se jogue com utilização efetiva de dinheiro ou ficha (pré-comprada) que o represente, o art. 60.º proíbe os empréstimos e o art. 62.º-5 só autoriza a cobrança coerciva da quantia constante de **cheque** que haja sido emitido para aquisição de fichas de jogo e cuja falta de provisão tenha sido verificada nos oito dias subsequentes. A realização coerciva do crédito resultante do jogo **enquanto tal** está, pois, excluída, de acordo com a lei geral, apenas havendo de especial esta equiparação da entrega do cheque ao pagamento efetivo da dívida de jogo, com a consequência de contra a obrigação dele constante não ser invocável a inexigibilidade da obrigação subjacente. Esta inexigibilidade mantém-se em todos os outros casos, ou para além do montante constante do cheque. Diferente é o caso das competições desportivas, a que, por via do disposto no art. 1246.º, não se aplica o art. 1245.º do Código Civil.

(17) Na secção C do anexo I, o *swap* é referido cinco vezes enquanto contrato derivado, relativo a cinco diferentes tipos de ativo subjacente (n.ºs 4, 5, 6, 7 e 10), sendo igualmente aí referidos, como modalidade separada, os “contratos financeiros por diferença” (n.º 9). Mas não são atribuídas a essas modalidades funções diferenciadas. Por outro lado, nada na diretiva diz que os Estados fiquem vinculados a reconhecer todos os instrumentos financeiros referidos no anexo. Pelo contrário, é apontado o direito dos Estados de admitir — ou não — à negociação esses instrumentos financeiros (cf., por exemplo, o art. 40.º, n.ºs 4 e 5, ou o art. 50.º-2-K, bem como o considerando 45) e salvaguardada a legislação nacional (cf., por exemplo, o art. 50.º-2). O que a diretiva visa é sujeitar as instituições financeiras a requisitos comuns e a sua atuação, no âmbito das autorizações que os Estados concedam (art. 6.º), a normas procedimentais igualmente comuns, respeitando o princípio

des. Muito menos o Código dos Valores Mobiliários segue orientação semelhante à do atual direito alemão⁽¹⁸⁾, oposta à do direito suíço⁽¹⁹⁾, e afasta a aplicação do art. 1245.º do Código Civil quando o *swap* seja puramente especulativo. Nem se diga que o legislador tinha diante de si uma prática financeira diferenciada de *swaps*, uns com a função respeitável de cobertura de riscos e outros meramente especulativos, e, não distinguindo, a todos reconheceu como lícitos e válidos. O intérprete é confrontado apenas com **algum reconhecimento** do contrato de *swap* (e uma regulação de entidades financeiras e procedimentos que sempre evitará males maiores). Mas qual a extensão desse reconhecimento?

A norma do art. 2.º-1-e do Código dos Valores Mobiliários não a define, pelo que terá de se recorrer às **normas gerais** do sistema jurídico português, que aquela pressupõe. Uma destas normas é a do art. 1245.º do Código Civil, visto que há na prática financeira *swaps* que são um puro jogo ou aposta e não há norma específica que expressamente autorize, ou diga tolerar, **essa** modalidade contratual.

Assim, quando não exerça a função de cobertura do risco de um dos contraentes, por não haver uma **realidade** subjacente a que

da subsidiariedade. De qualquer modo, e como é bem sabido, a diretiva, diferentemente do regulamento, só vigora **na ordem interna** de cada Estado da União na medida em que dela é feita transposição em lei ordinária.

⁽¹⁸⁾ Em direito alemão, os contratos diferenciais (*infra*, nota 20) foram, até junho de 2002, expressamente sujeitos ao regime dos contratos de jogo ou aposta, regulados no § 762 do BGB como fonte de obrigações naturais (“vinculações imperfeitas”). Assim dispunha o § 764 do BGB, hoje revogado. Entendia-se que só os contratos meramente especulativos, sem ligação a um negócio real, eram visados, ainda que, como decidiu o *Bundesgerichtshof* em 18.12.01, as partes o ocultassem mediante a celebração de dois negócios, simultâneos ou sucessivos. Revogado o § 764 do BGB, veio o § 37 da *Wertpapierhandels-gesetz* **expressamente** excluir a dedutibilidade da exceção do jogo ou do contrato diferencial contra os instrumentos derivados previstos no § 2, (2), da mesma lei, entre os quais os contratos derivados (§ 2, (2), n.º 3). Nada de semelhante, como se diz no texto, estatui o nosso Código dos Valores Mobiliários.

⁽¹⁹⁾ Podendo os contratos diferenciais desempenhar a função de cobertura de risco e só quando tal não acontecer se justificando a sua ilicitude ou, pelo menos, a sua sujeição ao regime das obrigações naturais, o art. 513.º-2 do Código das Obrigações suíço é ainda hoje expresso em considerar nulos os contratos diferenciais respeitantes a mercadorias ou valores da bolsa **“quando apresentem as características do jogo ou aposta”**.

se reporte, o *swap*, meramente especulativo, não constitui contrato válido: continuando a ser um **contrato diferencial**⁽²⁰⁾, já não garante a parte contra taxas de juro excessivas (risco exógeno ao contrato); o seu risco é agora **endógeno**, isto é, criado pelas partes e por elas pretendido como tal⁽²¹⁾; sendo estruturalmente um **contrato de jogo ou aposta**⁽²²⁾ e apresentando-se, como tal, desviado da função que lhe deu origem para constituir um contrato de **puro risco**, o contrato de *swap*, por não haver norma específica que neste caso o permita, é nulo (fim contrário à lei: art. 281.º do Código Civil), sem que lhe aproveite o princípio da liberdade de negociar e estipular. Trata-se de negócio nulo por **ilicitude da causa**⁽²³⁾.

⁽²⁰⁾ É contrato diferencial aquele em que é devida uma prestação em dinheiro igual à diferença entre dois valores; sai beneficiada a parte que tenha previsto a alta ou a baixa de certo valor de mercado ou a valorização de certo bem em relação a outro (FERREIRA DE ALMEIDA, **Contratos**, cit., II, p. 119). No *swap* de taxa de juro, considerada cada uma das suas prestações, só uma das partes suportará um custo e só uma terá um benefício, sendo a prestação devida efetuada pela primeira à segunda. De contrato de permuta só se pode, por isso, falar na medida em que se considere ser seu objeto a troca de posições financeiras, mas não no sentido de as partes efetuarem realmente entre si prestações recíprocas (HELDER MOURATO, **cit.**, p. 42).

⁽²¹⁾ FERREIRA DE ALMEIDA, **Contratos**, cit., III, ps. 151 e 263 a 273. As partes não querem “a proteção contra um risco real, não fictício, decorrente do normal desenrolar da atividade económica, [mas sim] a exposição deliberada e consciente às incertezas do mercado, com a perspetiva de virem a obter um lucro” (HELDER MOURATO, **cit.**, p. 51). Os dois autores têm posições antagónicas sobre a valoração jurídica do contrato de *swap* meramente especulativo: FERREIRA DE ALMEIDA entende que da inclusão dos contratos diferenciados no elenco dos contratos de aposta não resulta, “**sem mais**”, a sua invalidade, dada a sua previsão no atual art. 2.º-1-d do Código dos Valores Mobiliários, ressaltando, porém, finalidades atípicas contrárias a **outra lei** (p. 273); HELDER MOURATO entende que a vaga referência do artigo citado não é suscetível de conferir licitude a todos os contratos de *swap*, defendendo a ilicitude, por **desvio de função**, do *swap* puramente especulativo (ps. 45-55 e 61). Por sua vez, CLARA CALHEIROS, que escreve antes da alteração da redação do art. 2.º do Código dos Valores Mobiliários, não toma posição: limita-se a **recear** que o *swap* (todo ele) possa ser considerado um contrato diferencial e por isso ilícito (**cit.**, ps. 94 e 106); mas, mesmo quando trata do *swap* especulativo, parece supor que nele há sempre a procura, por uma parte, da **diminuição da exposição ao risco**, ainda que a outra (o especulador) aumente a sua exposição (p. 72); e, ao longo do seu estudo, vê-se sempre presente, como finalidade fundamental do *swap*, o desejo de cobertura do risco financeiro decorrente de operações (subjacentes) em curso, mediante a neutralização das flutuações do mercado (cf., por exemplo, ps. 104, 105, 108, 113, 115, 124).

⁽²²⁾ FERREIRA DE ALMEIDA, **Contratos**, cit., III, p. 264 (“aposta”).

⁽²³⁾ Nos negócios jurídicos **típicos**, a causa confunde-se com a função económico-social que lhes cabe desempenhar (realização do interesse que visam satisfazer, mediante a

A conclusão diferente chegaríamos se entendêssemos a ilicitude relevante para afastar a aplicação da 2.^a parte do art. 1245.º do Código Civil como extrínseca ao jogo ou aposta: a lei civil toleraria **em geral** o jogo ou aposta, considerando, porém, as obrigações dele decorrentes como meramente naturais; só quando o seu objeto ou fim fosse contrário a **outra** lei ou à ordem pública, ou ofensivo dos bons costumes, é que as obrigações dele decorrentes nem sequer valeriam como naturais (*supra*, n.º 1). O *swap* especulativo seria então, em princípio, **lícito**, mas as obrigações das partes seriam judicialmente **inexigíveis**, sem prejuízo de as prestações pagas em execução do contrato não poderem ser repetidas (arts. 402.º e 403.º do Código Civil).

produção dos seus efeitos), enquanto nos negócios **atípicos** representa o limite do seu reconhecimento pela ordem jurídica, surgindo como contrapeso à vontade autónoma (LEBRE DE FREITAS, **A confissão no direito probatório**, Coimbra, Coimbra Editora, 1991, n.º 26.3). Com o jogo e a aposta tocamos precisamente um dos limites do reconhecimento do negócio jurídico, por isso circunscrito aos tipos que a lei especificamente tolere. Como frisa HELDER MOURATO a ps. 54 da obra citada, um contrato destinado a **reduzir o risco** (considerado, mesmo assim, gerador de meras obrigações naturais até meados dos anos 80: p. 52) torna-se uma transação de **criação de risco** (o que o direito continua a não admitir). O culto do dinheiro na desenfreada sociedade capitalista neoliberal de hoje não pode fazer esquecer princípios éticos que enformam (ainda) os nossos sistemas jurídicos. Não julgo desatualizadas as palavras de RIPERT, citadas por PINTO DUARTE, **cit.**, p. 73: “O jogo é condenável porque o jogador espera obter da simples sorte um enriquecimento que nada justifica. A ordem pública tolera, autoriza ou proíbe os jogos na medida em que há interesse social em utilizar ou canalizar uma paixão humana, mas a tolerância administrativa não pode justificar um contrato que é, em si mesmo, imoral”. No mesmo sentido é a citação que VAZ SERRA, **Obrigações naturais**, *cit.*, p. 95, faz de VON THUR: “A lei reprova o jogo e a aposta porque se traduzem em alterações patrimoniais economicamente injustificadas e estereis e numa perda muitas vezes fatal para o que perde, atribuindo à outra parte ganhos que não podem ter, moralmente, justificação”. Este tipo de preocupação deve, hoje como ontem, orientar o intérprete e o julgador na aplicação das normas. O jurista não pode limitar-se a ir atrás das práticas, ainda que correntes, dos agentes económico-financeiros. Aliás, a cinco anos do início da crise do *subprime*, muito pode hoje o jurista escrever sobre o efeito nefasto do jogo financeiro na economia e na sociedade — em nome dos princípios jurídicos e duma conceção ética do direito.

3. O caso-tipo da hipótese

No caso que hipotizámos, a partir de práticas contratuais existentes, não se faz no documento que formaliza o contrato qualquer referência a operações de financiamento, concedidas pelo banco S ou por terceiros, de que D fosse beneficiária. O capital de 5.000.000,00€ é meramente descrito como “importância nominal” e a indicação isolada do objetivo de gestão do risco de taxa de juro aparece desvinculada de qualquer relação com financiamentos concedidos por S ou por terceiros, mais não constituindo do que uma tentativa de criar uma enganosa aparência de respeitabilidade.

Estamos, pois, perante um contrato de permuta de taxa de juro meramente especulativo.

Como tal, mesmo que as partes não o invoquem, o tribunal da ação de resolução deve, após contraditoriedade, **oficiosamente** declará-lo nulo, nos termos dos arts. 281.º e 286.º do Código Civil, com a consequência da absolvição do pedido de resolução, visto que a questão jurídica da validade/nulidade do contrato é prejudicial à apreciação deste pedido.

A não se entender assim, as obrigações decorrentes do contrato estariam sujeitas, como também já frisado, ao regime da **obrigação natural**. Também esta questão de direito é de **conhecimento oficioso**, sem prejuízo de igualmente só poder ser conhecida após a observância do art. 3.º-3 do Código de Processo Civil. Mas, contrariamente à declaração *tout court* da nulidade do contrato, a verificação de que S não podia exigir o pagamento dos diferenciais dele decorrentes e não pagos por D não impede, a meu ver, o julgamento do pedido de resolução, visto que a resolução do contrato, ainda que S não deduza o pedido reconvenicional da condenação de D a pagar-lhe aqueles diferenciais (caso em que a relação de prejudicialidade entre a questão da natureza da obrigação e este pedido será inequívoca), tem sempre a utilidade de definir a insubsistência das obrigações naturais dele decorrentes, com a consequência de obstar à negação da restituição do indevido no caso de eventual “cumprimento”⁽²⁴⁾ e

⁽²⁴⁾ Bem como ao acionamento, por terceiro a quem seja endossada, de eventual livrança que D haja subscrito, por exigência de S.

pondo ainda a questão, mais adiante tratada, de saber se produzirá efeito retroativo em face das prestações já efetuadas entre as partes.

Temos, portanto, que, a ter o contrato como válido, o nosso tribunal deverá declarar como naturais as obrigações dele decorrentes e entrar seguidamente na apreciação do pedido de resolução.

O mesmo terá de fazer, evidentemente, se entender serem imediatamente jurídicas as obrigações contraídas.

III

DA RESOLUÇÃO DO CONTRATO

1. Requisitos

É há muito conhecido o instituto da resolução do contrato por alteração das circunstâncias, hoje regulado nos arts. 437.º a 439.º do Código Civil. Nem sempre foi esta a sua disciplina e nem sempre foram os mesmos os seus pressupostos. Vale, porém, a pena recordar a evolução havida para verificar a permanência de certas ideias comuns às várias concepções.

Com os glosadores e pós-glosadores foi afirmada a existência da chamada cláusula *rebus sic stantibus*, inerente aos contratos de longa duração, por força da qual tais contratos só se manteriam em vigor enquanto perdurasse o **estado de coisas** em cujo **contexto** haviam sido celebrados⁽²⁵⁾.

A concepção manteve-se no direito comum até que começou a ser afirmado o primado da **vontade** individual e, à sua luz, se esboçaram outras vias para explicar que, apesar do princípio *pacta sunt servanda*, as partes, ao negociar, têm como referência um **determi-**

(25) GALVÃO TELLES, **Manual dos contratos em geral**, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, ps. 337-338.

nado estado de coisas, cuja alteração pode implicar a resolução ou a modificação do contrato de longa duração.

Já numa formulação tardia da cláusula *rebus sic stantibus*, influenciada pelo voluntarismo jusracionalista, é feito apelo à ideia de uma **estipulação implícita**, situada no ato da celebração do contrato⁽²⁶⁾.

Com WINDSCHEID surge a doutrina da **pressuposição**: todo o contrato tem **subjacente** uma **cláusula acessória** que implica a referência da vontade a um determinado estado de coisas, de tal maneira que, se o contraente tivesse prefigurado a alteração das circunstâncias, teria subordinado o negócio a uma condição e, não o tendo feito, nos encontramos perante uma **condição não desenvolvida**, respeitante às circunstâncias em que a vontade se formou⁽²⁷⁾.

No espaço francês formou-se a doutrina da **imprevisão**, no centro da qual está a ideia de que circunstâncias posteriores ao momento do contrato só serão relevantes se, não tendo sido subjetivamente **previstas**, eram também objetivamente **imprevisíveis**, podendo então o contrato ser resolvido ou modificado em conformidade com a **vontade hipotética** das partes⁽²⁸⁾.

A doutrina da **base do negócio** parte igualmente duma conceção subjetiva: para ÖRTMANN, a base do negócio consiste na **representação**, manifestada por uma das partes e não rejeitada pela outra, ou na representação comum de ambas, das circunstâncias sobre cuja base se constrói a vontade negocial⁽²⁹⁾. Surgem posteriormente variantes objetivistas, em que o apelo à vontade subjetiva é substituído por um entendimento declarativista da **autonomia** contratual. A síntese é feita por LARENZ, numa conceção eclética segundo a qual, ao lado da configuração subjetiva, assente numa **representação comum**, há que atender a uma configuração

⁽²⁶⁾ PEDRO PAIS VASCONCELOS, **Teoria geral do direito civil**, Coimbra, Almedina, 2007, p. 358.

⁽²⁷⁾ JOSÉ OLIVEIRA ASCENSÃO, **Direito civil / Teoria Geral**, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, II, ps. 410-411, e PAIS VASCONCELOS, **cit.**, ps. 359-360.

⁽²⁸⁾ PAIS VASCONCELOS, **cit.**, ps. 360-361.

⁽²⁹⁾ PAIS VASCONCELOS, **cit.**, ps. 361-362.

objetiva da base negocial: a base do negócio consiste **também** no conjunto de circunstâncias de que as partes podem não ter tido consciência (e em que não fundaram subjetivamente a decisão de contratar), mas cuja verificação ou duração tem de se pressupor perante o **sentido** do contrato⁽³⁰⁾.

Próxima desta última dupla definição é a que é patente no art. 437.º do nosso Código Civil: constitui base do negócio o conjunto de circunstâncias concretas que fundaram a decisão (de ambas as partes) de contratar, englobando quer aquelas cuja subsistência as partes conscientemente consideraram necessárias, tendo sido pois objeto da sua **representação comum**, quer aquelas cuja insubsistência frustraria o **fim negocial** ou perturbaria inaceitavelmente o **equilíbrio negocial**, ainda que delas as partes não tenham tido consciência⁽³¹⁾.

Para que a alteração dessas circunstâncias constitua o direito à modificação do contrato, é preciso que:

1. Elas tenham sofrido uma alteração **anormal**, seja ela previsível ou imprevisível;
2. O equilíbrio contratual resulte dessa alteração de tal modo perturbado que o cumprimento do contrato nos termos estipulados se torne **injusto** para uma das partes e seja completamente contrário à **boa fé** que a outra o exija⁽³²⁾;

⁽³⁰⁾ LARENZ, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, München, Beck, 1988, ps. 395-397, e *Lehrbuch* cit., I, ps. 322 e 324.

⁽³¹⁾ PAIS VASCONCELOS, *cit.*, p. 371.

⁽³²⁾ Da injustiça para uma parte resultará a má fé ética da outra, se exigir o cumprimento. Na expressão de PAIS VASCONCELOS, “nenhuma pessoa de bem, de boa fé, persistiria na exigência do cumprimento, de modo rígido e sem consideração da injustiça envolvida” (cit., p. 374). Tratando-se de mero **corolário** do desequilíbrio gerado, não se está perante um novo **requisito**, o que torna possível dizer que “a referência à má fé é completamente vazia”, nada acrescentando (OLIVEIRA ASCENSÃO, *cit.*, p. 420). Não é, a meu ver, totalmente assim: as referências à lesão e à boa fé exprimem o grave desequilíbrio gerado pela alteração de circunstâncias, embora a lei pudesse exprimi-lo de outro modo, usando fórmula semelhante à do art. 282.º-1 do Código Civil. O princípio da boa fé está, aliás, na **base** do instituto da resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias (VAZ SERRA, *Resolução ou modificação dos contratos por alteração das circunstâncias*, BMJ, 68, ps. 305, 314, 316, 318, 329-20 e 341; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações*, Lisboa, 1980, II, ps. 142, 146 e 148).

3. O desequilíbrio gerado não esteja coberto pelos **riscos próprios do contrato**, para o que há que saber **se e em que medida** se está perante a *álea normal* dos contratos não aleatórios ou perante um contrato aleatório;
4. A parte lesada não esteja em **mora** no momento em que se verifica a alteração de circunstâncias.

Fixo-me no requisito 3, que é de importância fundamental para o presente estudo.

2. Dos riscos próprios do contrato

Diz-se **álea** um facto incerto quanto à sua verificação (*incertus an*) ou quanto ao momento dessa verificação (*incertus quando*)⁽³³⁾ e **risco** a possibilidade de verificação de um evento incerto⁽³⁴⁾.

Rara será a relação jurídica com origem contratual (*maxime* quando englobe situações jurídicas com formação ou efeito diferido: contratos de execução continuada ou periódica ou de execução diferida, como se lê no art. 1467.º do Código Civil italiano) que não esteja sujeita à incidência de factos cuja verificação é incerta ou não se sabe quando ocorrerá. Nesta medida, pode falar-se duma esfera de **álea normal do contrato**, independentemente da natureza deste; e pode igualmente dizer-se que qualquer contrato implica a assunção de riscos pelas partes.

O comprador de hoje pode amanhã perder a coisa que se tornou sua em virtude da compra e venda, tal como o vendedor ao preço de hoje pode amanhã ver o preço de mercado da coisa vendida inopinadamente aumentado. A compra e venda é um contrato de execução instantânea e modificações como estas não põem em causa as atribuições por ele realizadas. A compra e venda não é um contrato aleatório, não obstante não se saiba, no momento em que

⁽³³⁾ GALVÃO TELLES, **Manual** cit., p. 483.

⁽³⁴⁾ MARGARIDA LIMA REGO, **Contrato de seguro e terceiros**, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 69.

é celebrada, todas as vantagens e desvantagens que dela decorrerão para as partes.

Tão-pouco é contrato aleatório o de cedência do usufruto vitalício, embora a data do falecimento do cedente constitua uma álea importante no esquema **económico** da operação⁽³⁵⁾.

Mas já é aleatório o contrato de cessão de direito litigioso, quando o cessionário assuma o risco do não reconhecimento do direito cedido pelo tribunal, visto que, a concretizar-se este risco, a aquisição da titularidade do direito não chegará a ter lugar, sem prejuízo de o cessionário dever efetuar o pagamento do preço convencionalizado; ou o contrato de compra e venda antecipada do produto de uma colheita, quando haja risco, assumido pelo comprador, de nada vir a ser colhido em virtude de intempéries. E é-o também o contrato de seguro, por criar uma álea ligada a um risco que lhe é exterior e por ele é coberto⁽³⁶⁾. Da essência do contrato aleatório é que, uma vez inteiramente executado, apenas uma parte tenha prestado e a outra não⁽³⁷⁾, ou que uma delas tenha prestado algo de valor bastante superior ao valor da prestação da outra parte⁽³⁸⁾.

Diferentemente do Código Civil italiano, que, no seu art. 1469.º, determina que o regime da nulidade por onerosidade excessiva não se aplica aos contratos aleatórios, o art. 437.º do nosso Código Civil estabelece que a exigência das obrigações assumidas pela parte lesada em consequência da alteração das circunstâncias não deve estar coberta pelos **riscos próprios do contrato**.

Tratou-se de uma opção muito consciente do legislador português, que quis deixar à jurisprudência o papel de “apreciar e decidir se a resolução ou modificação desses contratos [dos contratos

(35) Há quem já tenha considerado, por isso, a cessão do usufruto um contrato aleatório (JOSSE RAND, citado por LIMA REGO, cit., p. 400 (1056)). Nesta linha, um contrato será aleatório quando, no momento da sua celebração, se desconheçam as vantagens económicas que dele emergirão para as partes. Atende-se assim a uma álea económica, mas já não jurídica, e corre-se o risco de cair na indefinição.

(36) LIMA REGO, cit., ps. 399-400.

(37) À expectativa (de que o direito será reconhecido; de que algo será colhido) não corresponderá uma prestação, mesmo que no conceito de prestação se englobem as deslocações patrimoniais.

(38) LIMA REGO, cit., p. 400.

aleatórios] é, **no caso concreto**, abrangida pelos princípios em que se funda a disposição desse artigo”⁽³⁹⁾.

A expressão usada na lei nacional remete para a definição do âmbito de *álea*/risco de cada contrato.

Em primeiro lugar, é por ela abrangida a **álea normal dos contratos não aleatórios**. No caso, por exemplo, da cessão de usufruto, o falecimento, mais cedo do que o esperado, do cedente não proporcionará a resolução do contrato ou a redução do preço, pois, na falta de estipulação das partes em contrário, estamos perante um risco próprio do contrato celebrado.

Em segundo lugar, nos contratos aleatórios, há que circunscrever a aplicação da exceção às respetivas áreas de aleatoriedade, isto é, há que definir a **esfera de risco** assumido pelas partes e não excluir a possibilidade de resolução ou modificação do contrato quando a circunstância alterada a ela não respeite. No caso, por exemplo, da cessão do direito litigioso, por grandes que tenham sido as expectativas das partes quanto ao ganho da ação, a sentença de não reconhecimento do direito, após julgamento da causa, não constitui alteração relevante, mas podem constitui-la outras ocorrências supervenientes que incidam sobre a existência do direito e não hajam sido tomadas em conta pelas partes; e, no caso da venda antecipada dos frutos, o desaparecimento destes por razões climáticas não afetará o negócio celebrado, mas já não assim quando o desaparecimento se deva a outras circunstâncias supervenientes pelas quais o comprador não assumiu o risco. Quanto ao contrato de seguro, não pode, em princípio, ser posto em causa pela verificação ou não verificação do risco coberto, mas

⁽³⁹⁾ VAZ SERRA, **Anotação ao acórdão de 6.4.1978**, RLJ, 111, p. 356. Ver também LUÍS CARVALHO FERNANDES, **A teoria da imprevisão no direito civil português**, Lisboa, Quid Juris, 2001, ps. 120-124 e 268-269, distinguindo as alterações não respeitantes à *álea* do contrato e as que respeitam à própria *álea* do contrato e entendendo que mesmo estas podem, quando anormais, justificar a resolução ou modificação. Também no direito francês se entende que a doutrina da imprevisão se aplica aos contratos aleatórios, quando a **dimensão da *álea*** não era **previsível** à data da celebração do contrato (JACQUES GHESTIN, **Traité de droit civil/Les effets du contrat**, Paris, LGDJ, 1994, ps. 312-313. “A *álea* rechaça a usura, mas não afasta a imprevisão”, conclui o autor, que, porém, entende também que já assim não é nos contratos essencialmente especulativos, onde, por a imprevisão fazer parte da sua essência, “a especulação rechaça a imprevisão”).

pode ser resolvido ou modificado por ocorrência de outros eventos que desequilibrem as prestações e sejam **estranhos à esfera da álea estipulada**⁽⁴⁰⁾.

Em terceiro lugar, mesmo dentro da esfera da álea (formalmente) estipulada, podem registrar-se variações de circunstâncias de tal modo consideráveis que excedam a margem razoável de risco próprio do contrato⁽⁴¹⁾, em medida que as partes não se **representaram** e ponha gravemente em causa o **equilíbrio contratual**⁽⁴²⁾.

(40) Sobre este último ponto: LIMA REGO, *cit.*, ps. 461-465, dando conta de que na própria Itália se entrou a entender que a definição excludente do art. 1469.º do Código Civil italiano não é aplicável quando o desequilíbrio superveniente deriva de **facto estranho à esfera da álea contratual**, devendo atender-se, não à natureza do contrato, mas à natureza do evento superveniente, para determinar se o mesmo se inclui na álea prevista pelo contrato. Veja-se também VAZ SERRA, **Resolução** *cit.*, ps. 351 e 355, contrapondo a **genérica** previsibilidade de alterações à imprevisibilidade de **certo** evento, cuja ocorrência desequilibre o contrato, e afirmando que o facto de “todo o contrato de longa duração [ter] alguma coisa de aleatório” não afasta o regime da alteração de circunstâncias quando é excedida a respetiva medida. MENEZES CORDEIRO, **Direito das Obrigações**, *cit.*, II, 149: “é necessário que a alteração supere tudo o que tinha sido coberto pelo contrato, [de tal modo que] a exigência das obrigações por ele constituídas continue a afetar gravemente os princípios da boa fé”.

(41) OLIVEIRA ASCENSÃO, *cit.*, p. 418: “Em princípio [os negócios aleatórios] não são abrangidos por este instituto [da alteração de circunstâncias]. Mas podem sê-lo, se a variação exceder **consideravelmente** a margem de risco própria do contrato. Um contrato de seguro pode ser atingido por uma evolução que torne anormalmente **quase certo o risco de verificação** (fora do âmbito normal de cobertura) ou que, pelo contrário, torne quase impossível a sua verificação”. No mesmo sentido, CARVALHO FERNANDES, **A teoria da imprevisão**, *cit.*, p. 269, fala da “alteração imprevisível do fator de risco que presidiu à celebração do contrato”. Veja-se também GALVÃO TELLES, **Manual**, *cit.*, p. 347 (318), admitindo a resolução ou modificação do contrato aleatório quando a alteração de circunstâncias exceda “**todos os limites previsíveis**”.

(42) Poderá estranhar-se o apelo ao equilíbrio contratual no contrato aleatório. Mas não é: o fundo de incerteza quanto à ocorrência do evento determinante da dívida ou do valor da prestação duma das partes não exclui a ponderação do grau dessa incerteza na fixação do valor da contrapartida (pense-se no prémio de seguro: LIMA REGO, *cit.*, em especial ps. 371 e 376, que chega a falar dum “conceito alargado de sinalagma”, válido para o contrato de seguro: dum lado, o prémio; do outro, a relação de valor entre a prestação da seguradora e a probabilidade da sua verificação). O próprio jogo ou aposta repousa numa equivalência de oportunidades.

3. A aleatoriedade no caso-tipo da hipótese

Não é, pois, suficiente dizer que o *swap* de taxa de juro é um contrato aleatório para afastar a aplicação do regime geral da alteração de circunstâncias. É, sim, essencial verificar se o abaixamento da taxa de juro Euribor a 3 meses para valores inferiores a 1%, persistentemente mantidos ano após ano, constitui a verificação dum risco que as partes hajam previsto e assumido no contrato que celebraram ou se, ao invés, extravasa o âmbito e o sentido concretos da álea contratual.

Um puro raciocínio matemático formal pareceria levar à solução da alternativa no sentido da primeira conclusão: no contrato, tal como hipotizado, é expressamente estipulado que, sendo a taxa Euribor inferior a 4,15%, D teria de pagar a S o “juro” de 4,66% sobre o capital (ficcional) de 5.000.000,00€; trata-se, pois — dir-se-á —, de um risco assumido e a variação verificou-se no âmbito da previsão das partes sobre a álea contratual.

A frieza formal deste raciocínio não escapa a uma análise apenas um pouco mais profunda, da qual decorre que a estipulação só se mostrará minimamente equilibrada se as partes tiverem tido em vista taxas Euribor superiores a cerca de 3,5%.

Vejamos.

O banco S só perderia uns pozitos percentuais quando a taxa Euribor a 3 meses fosse superior a 4,66% e igual ou inferior a 5,3%: pagaria então a D o diferencial entre essa taxa e os 4,66%. Se o contrato tivesse como *background* um financiamento (de S ou de outro financiador), D cobriria assim o risco de vir a pagar mais de 4,66% pelo capital que lhe fosse posto à disposição. Nesta parte, o *swap* desempenharia corretamente a sua função de cobertura de risco, mediante a troca de uma taxa variável por uma taxa fixa — isto, repete-se, numa margem máxima de **0,64%** (5,30% - 4,66%).

Como os bancos não são instituições de caridade, é compreensível que S se reservasse o direito de ganhar também uns pozitos, mas em valor superior aos ganhos do cliente, quando a taxa Euribor a 3 meses descesse abaixo dos 4,15%, em medida igual à possível subida favorável a D, isto é, em 0,64% (ou 0,65%),

até 3,5%. D pagar-lhe-ia então o diferencial até 4,66%, isto é, o máximo de **1,16%**.

Por seu lado, D (tal como S) nada perderia nem ganharia quando a taxa Euribor a 3 meses se situasse entre 4,15% e 4,66% ou fosse superior a 5,3%. Se alguma operação financeira subja- zesse ao contrato, pagaria o mesmo juro que, sem o contrato, teria de pagar. Não havendo operação alguma subjacente, nada despen- daria.

Diga-se, de qualquer modo, que, se alguma operação finan- ceira houvesse por detrás do jogo, o *swap* não cumpriria a sua fun- ção de cobertura de risco precisamente nos casos em que D dela mais necessitaria, isto é, acima dos 5,3%.

Mas o que as partes seguramente não se representaram em princípios de 2008 (a menos que S usasse de dolo) foi a possibili- dade de a taxa Euribor a 3 meses descer, **com alguma constância**, abaixo dos 3,5%. Tal representação por parte de D denotaria instin- tos suicidas e por parte de S significaria uma exploração dema- siado cínica da fraqueza de raciocínio alheia.

Compreende-se que assim não tenha sido.

O passado da evolução das taxas Euribor, desde a sua criação e nos últimos tempos, inspirava confiança (certamente em ambas as partes) em que os valores referidos no contrato (4,15%, 4,66%, 5,3%) e o não referido (3,5%), mas a admitir nos termos do art. 237.º do Código Civil (maior equilíbrio das prestações como critério inter- pretativo)⁽⁴³⁾, não haviam de sofrer grande alteração, constituindo os **padrões de referência** das partes ao contratar e, portanto, os da nor- mal e previsível evolução futura das taxas Euribor⁽⁴⁴⁾.

(43) A aplicação da regra da 2.ª parte do art. 237.º do Código Civil aos negócios aleatórios “não pode ser feita no sentido da procura de **equivalência** valorativa das presta- ções e tem de admitir, **na equação económica do contrato**, o risco típico de desequilí- brio” (PAIS VASCONCELOS, cit., p. 449), mas só **na precisa medida em que ele foi concre- tamente estipulado** (ver nota 42 supra).

(44) Veja-se o gráfico dessa evolução entre 1999 e 2013 em <<http://www.pt.euri- bor-rates.eu/graficos>>. Nele se vê que a taxa Euribor a 3 meses começou em 1999 acima dos 3%, teve ligeira baixa, logo recuperada, no 2.º semestre desse ano, subiu progressiva- mente até mais de 5% no início de 2001, desceu progressivamente até pouco mais de 2%

A álea contratual tinha de se conter nestes limites e, tendo eles sido ultrapassados, a aleatoriedade do contrato não constitui óbice à resolução.

4. Verificação dos outros requisitos

Afastada a exceção (requisito negativo) dos riscos próprios do contrato, é fácil verificar que os requisitos (positivos) da resolução do contrato por alteração das circunstâncias (n.^{os} 1 e 2, na enunciação atrás feita) se verificam.

O século XX conheceu em 1929 uma grande crise económica, diante da qual todas as que se lhe seguiram foram anãs. Desde o fim da II Grande Guerra, as sociedades ocidentais viveram basicamente um longo ciclo de crescimento económico, que chegou a Portugal nos anos 70. Não é que não tenha havido, ao longo dele, um ou outro período de estagnação, mas tratou-se sempre de curtos períodos de crise, rapidamente suplantados. Ora os juros conservam-se normalmente altos nos períodos de crescimento económico. Como já referido, e constitui facto notório, as taxas da Euribor — e antes dela, as da Libor e da Lisbor —, que servem à indexação de muitos juros da economia real, mantiveram-se, com normais oscilações, dentro de determinados parâmetros, apesar da política monetária prudente do Banco Central Europeu. Nada fazia prever, nos princípios de 2008, a magnitude da crise desencadeada meses depois em Nova Iorque e seguidamente espalhada por todo o mundo. Essa dimensão e projeção não podem deixar de ser consideradas **anormais**: a magnitude e persistência da crise só tem um equivalente (felizmente, ainda não inteiramente atingido) na crise de 1929. A baixa acentuada das taxas Euribor, de modo inédito quando considerada a sua história de **quase 15 anos**, é uma conse-

em meados de 2003, nível em que se manteve até finais de 2005, subiu de novo progressivamente até ultrapassar 5% em fins de 2008 [valor máximo: 5,393% em outubro], caiu a seguir vertiginosamente para nível inferior a 1% e, depois de ligeira alta (até pouco mais de 1,5%) em meados de 2011, precipitou-se de novo até aos atuais **menos de 0,2%**. Até à crise, esteve a maior parte das vezes **entre 3% e 5%** e nunca foi inferior a 2%.

quência indireta da crise e constitui, como esta, uma circunstância **anormal**.

É de realçar que o instituto da alteração das circunstâncias desde sempre esteve (não exclusivamente) relacionado com **situações de rutura** (política ou económica) com repercussão em índices tão voláteis como os preços, a inflação, os valores dos bens⁽⁴⁵⁾. Trata-se de situações em que o próprio princípio do **nominalismo monetário** tem de ceder perante a anormalidade das evoluções registadas⁽⁴⁶⁾. Nada, pois, de inteiramente novo no tipo de caso analisado.

Abstraindo da nulidade decorrente da sua ilicitude, o contrato hipotizado, como já frisei, só se pode ter por equilibrado quando se interprete a referência a taxas Euribor a 3 meses inferiores a 4,15% como significando, nos termos duma **interpretação racional**, feita à luz da norma do art. 237.º do Código Civil para os contratos onerosos, que as partes encararam a hipótese de tais taxas poderem temporariamente baixar para, quando muito, 3,5%, sob pena de constituir um contrato leonino. Feita essa interpretação, o problema fica resolvido⁽⁴⁷⁾: as obrigações das partes cessarão, ou serão reduzidas como se as taxas inferiores a 3,5% fossem deste valor, quando de facto sejam inferiores.

Interpretado, porém, nos seus **termos literais**, o mesmo contrato passou a carecer de resolução na vigência duma taxa Euribor a 3 meses persistentemente inferior a 1%, por o seu cumprimento

(45) As duas grandes guerras do séc. XX, uma revolução, condições climáticas destrutivas e a súbita e acentuada desvalorização da moeda estão entre as situações típicas de alteração relevante de circunstâncias.

(46) Em França de tal modo se liga a doutrina da imprevisão às evoluções de valor que se chega a afirmar que ela não se aplica em situações de alteração de circunstâncias não diretamente relacionadas com a moeda (GHESTIN, *cit.*, ps. 311-312). Veja-se também VAZ SERRA, **Resolução** *cit.*, p. 357: “[Pelo] facto de a depreciação da moeda já ter começado quando o contrato se realiza não parece que deva excluir-se a imprevisibilidade, pois pode ser previsível que a depreciação se acentue, mas ser imprevisível que atinja determinado grau de gravidade”.

(47) Tal como a interpretação da vontade negocial pode levar à conclusão de que ela se manifestou no sentido de afastar a resolução ou modificação do contrato (CARVALHO FERNANDES, **A teoria da imprevisão** *cit.*, ps. 272-274), pode ela também levar a concluir pela desnecessidade duma resolução ou modificação que conduziria a resultados práticos semelhantes aos da própria interpretação (LARENZ, **Lehrbuch** *cit.*, I, ps. 331-332).

se ter tornado **injusto** para D, de outro modo obrigada a pagar a S quantia indeterminada pela resolução, sem qualquer contrapartida. A execução do contrato nestes termos é contrária à **boa fé** e mal ficará a S defender que deve ser cumprido.

Finalmente, desde que D não esteja em **mora** à data da propositura da ação (só depois dela proposta suspendendo o pagamento dos diferenciais), não se verifica o requisito negativo do art. 438.º do Código Civil.

IV

PRESTAÇÕES VENCIDAS

O contrato da nossa hipótese constitui um **contrato de execução periódica**: vigorando durante 5 anos, as partes obrigaram-se a pagar trimestralmente, entre si, o diferencial das taxas de juro estipuladas.

Partamos do pressuposto de que, até à propositura da ação, S primeiro e D depois efetuaram as prestações que foram vencendo, e de que só seguidamente, na decorrência do pedido de resolução, os pagamentos cessaram.

A sorte das prestações pagas será diferente consoante as várias hipóteses (em relação de subsidiariedade) de solução do litígio atrás enunciadas.

Considerando, como em primeira linha considerei, que o contrato é pura e simplesmente nulo por ser ilícita a aposta das partes em que ele se consubstancia, as prestações efetuadas devem ser restituídas (art. 289.º-1 do Código Civil), fazendo-se compensação parcial entre os consequentes créditos de S e de D (até ao montante do primeiro).

Para quem, em vez disso, entenda que o contrato é lícito, mas está sujeito ao regime das obrigações naturais, as prestações efetuadas não serão restituídas (art. 403.º-1 do Código Civil).

Se, finalmente, for entendido que o contrato é lícito e válido, mas que procede o pedido de resolução, há que aplicar o art. 434.º-2

do Código Civil, que, como regra, determina que as prestações já efetuadas não são restituídas, mas excepciona os casos em que entre elas e a causa da resolução exista um vínculo que legitime a restituição de todas. A alteração das circunstâncias dá-se, por natureza, antes da propositura da ação em que é invocada. Se, por causa dela, D tiver pago a S importâncias consideráveis, contrariamente ao que — como ficou frisado — seria justo, a causa da resolução estende-se a todas as prestações posteriores à queda vertiginosa da taxa Euribor em fevereiro de 2009 e o vínculo a que se refere a parte final do referido art. 434.º-2 verifica-se. Dir-se-á então que há que proceder, sem mais, à restituição das quantias pagas por D depois dessa data⁽⁴⁸⁾.

Mas há que atender às pequenas prestações que, antes disso, S tenha pago a D, antes da queda vertiginosa da Euribor. A ideia de equilíbrio do contrato, que orienta o recurso ao meio da resolução, levará possivelmente — é questão de fazer contas —, a repor igualmente o valor dessas prestações⁽⁴⁹⁾.

V

CONCLUSÕES

Quando meramente especulativo, por não visar cobrir o risco decorrente para uma das partes da subida das taxas de juro cobradas por determinada operação económica ou financeira (ainda que seja para a outra pura especulação), o contrato de *swap* de taxa de juro subsume-se no conceito de jogo ou aposta.

⁽⁴⁸⁾ Foi o critério seguido pelo TRG no acórdão de 31.01.13 citado em I *supra*.

⁽⁴⁹⁾ A ideia de locupletamento à custa alheia (enriquecimento sem causa) é invocável na extensão da resolução às prestações realizadas (VAZ SERRA, **Resolução** cit., ps. 372-373).

A referência que é feita ao *swap* no art. 2.º-1-e do Código dos Valores Mobiliários e a sua consequente sujeição, sem mais, à respetiva regulação não implica o reconhecimento indiscriminado de todas as modalidades do contrato (inominado) de *swap* nem o afastamento do regime geral do art. 1245.º do Código Civil para as que, sendo meramente especulativas, o afastam da função (respeitável e, por isso, reconhecível) de cobertura de risco.

É assim nulo o contrato de *swap* de taxa de juro que não tenha subjacente qualquer operação real, constituindo mera especulação para ambas as partes.

A entender-se, ao invés, que a referência feita ao *swap* no Código de Valores Mobiliários tem o significado de conferir licitude a todas as suas modalidades, o contrato de *swap* meramente especulativo constituiria uma obrigação natural, visto que nenhuma norma do Código de Valores Mobiliários (ou outra do sistema jurídico português) confere natureza civil às obrigações nele estipuladas, aplicando-se então o regime geral dos arts. 402.º e 404.º, para que remete o art. 1245.º, do Código Civil.

O contrato de *swap* é um contrato aleatório, mas tal não impede, embora limite, a aplicação do regime do art. 437.º do Código Civil (voluntariamente diverso do do direito italiano), quando se dê alteração das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar, devendo verificar-se se a alteração entra na esfera da álea contratual e, mesmo assim, se a verificação das circunstâncias é de tal modo considerável que exceda a margem razoável do risco próprio do contrato, em medida que as partes não se tenham representado e ponha gravemente em causa o equilíbrio contratual.

A análise do tipo de contrato que inicialmente desenhamos, de acordo com a prática de alguns bancos nos meses que antecederam a atual crise, leva a concluir que as partes assentaram no pressuposto de que a evolução futura da taxa da Euribor continuaria a dar-se dentro dos valores que ela apresentava desde a sua criação há quase 15 anos, tendo a queda vertiginosa de fevereiro de 2009 e a permanência numa baixa cada vez mais acentuada (até valores correspondentes a 1/10 do mínimo atingido até então) representado uma alteração anormal e imprevisível das circunstâncias que cons-

tituíram a base negocial, profundamente injusta para o cliente da instituição financeira e contrária à boa fé que deveria nortear a atuação desta na execução do contrato.

Haveria, pois, fundamento para a resolução do contrato, se este fosse válido (fonte de obrigações civis) ou apenas lícito (fonte de obrigações naturais).

Ressalvada fica a possibilidade de, por interpretação racional do contrato à luz do equilíbrio das prestações, se concluir que ele não rege aquém de certo valor mínimo da taxa Euribor, ainda que não expresse nas declarações contratuais.

O REGIME ESPECIAL DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS EM MATÉRIA DE PATENTES (LEI N.º 62/2011)(*)

*Pelo Prof. Doutor Dário Moura Vicente(**)*

SUMÁRIO:

I. Traços gerais do regime de arbitragem necessária instituído pela Lei n.º 62/2011. **II.** Antecedentes da Lei e seus objetivos essenciais. **III.** Um novo *patent linkage*? **IV.** O problema do interesse em agir nas ações arbitrais. **V.** O âmbito da competência do Tribunal Arbitral e a apreciação da validade das patentes. **VI.** Admissibilidade da pluralidade de partes. **VII.** O acesso à informação administrativa. **VIII.** Balanço do novo regime legal.

I. Traços gerais do regime de arbitragem necessária instituído pela Lei n.º 62/2011

a) A ordem jurídica portuguesa consagrou recentemente um singularíssimo regime de resolução extrajudicial de litígios em matéria de patentes, que nos propomos analisar neste estudo.

(*) Conferência proferida em 2 de março de 2013 no *IV Curso Pós-Graduado de Direito Intelectual*, organizado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e pela Associação Portuguesa de Direito Intelectual.

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

A Lei n.º 62/2011, de 12 de dezembro, instituiu, com efeito, uma nova forma de arbitragem necessária para os litígios «emergentes da invocação de direitos de propriedade industrial, incluindo os procedimentos cautelares, relacionados com medicamentos de referência, na aceção da alínea *ii*) do n.º 1 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 176/2006, de 30 de Agosto, e medicamentos genéricos» (art. 2.º).

Essa Lei impôs, para tanto, ao interessado que pretenda invocar o seu direito de propriedade industrial contra o fabricante de um medicamento genérico que o faça junto de um tribunal arbitral institucionalizado ou que efetue pedido de submissão do litígio a arbitragem não institucionalizada, no prazo de trinta dias a contar da publicitação dos pedidos de autorização de introdução no mercado dos referidos medicamentos genéricos (art. 3.º, n.º 1).

Para este efeito, prevê-se no novo art. 15.º-A do Decreto-Lei n.º 176/2006 (o denominado *Estatuto do Medicamento*), aditado pelo art. 5.º da Lei n.º 62/2011 a esse diploma, que o Infarmed — Autoridade Nacional do Medicamento e Produtos de Saúde, I.P., entidade que decide em Portugal os pedidos de autorização de introdução no mercado de tais medicamentos, deve publicitar no respetivo sítio Internet todos os pedidos de autorização ou registo de introdução no mercado de medicamentos genéricos, independentemente do procedimento a que os mesmos obedecem.

A Lei estabelece ainda que a não dedução de contestação ao pedido de submissão do litígio a arbitragem, no prazo de trinta dias após a notificação para o efeito pelo tribunal arbitral, implica que o requerente de uma autorização de introdução no mercado de determinado medicamento genérico não poderá iniciar a sua exploração na vigência dos direitos invocados pelo titular do correspondente medicamento de referência (art. 3.º, n.º 2).

b) O novo diploma legal disciplina em termos sintéticos a tramitação do processo arbitral nele previsto. Assim:

- provas devem ser oferecidas pelas partes com os respectivos articulados (art. 3.º, n.º 3);

- Apresentada a contestação, é designada data e hora para a audiência de produção de prova que haja de ser produzida oralmente (art. 3.º, n.º 4);
- A audiência tem lugar no prazo máximo de 60 dias posteriores à apresentação da oposição (art. 3.º, n.º 5);
- A falta de contestação ou a decisão arbitral, conforme o caso, são notificadas por meios electrónicos às partes, ao Infarmed e ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI), que procede à sua publicação no *Boletim da Propriedade Industrial* (art. 3.º, n.º 6);
- Da decisão arbitral cabe recurso, com efeito meramente devolutivo, para o Tribunal da Relação (art. 3.º, n.º 7);
- Em tudo o que não se encontre expressamente contrariado pelas regras mencionadas, é aplicável o regulamento do centro de arbitragem escolhido pelas partes e, subsidiariamente, o regime geral da arbitragem voluntária (art. 3.º, n.º 8).

II. Antecedentes da Lei e seus objetivos essenciais

a) Na origem desta Lei está o vastíssimo contencioso que se suscitou em Portugal em torno das autorizações de introdução no mercado de medicamentos genéricos.

O Infarmed há muito que vinha sustentando não dispor de competência para apreciar a alegada violação de uma patente, nem a validade desta, quando se pronunciava sobre os pedidos de autorização de introdução de medicamentos no mercado que lhe eram submetidos. Os tribunais administrativos entenderam todavia, maioritariamente, que o Infarmed devia proceder àquela apreciação⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Veja-se, por exemplo, o acórdão do Tribunal Central Administrativo do Sul de 14 de fevereiro de 2008, disponível em <<http://www.dgsi.pt>>, em que se pode ler: «uma vez que a comercialização não é uma consequência meramente provável da AIM, mas o único efeito com ela pretendido, entendemos que o Infarmed não pode conferir o direito de comercializar o medicamento contra a patente quando concede a AIM».

Daqui resultou a interposição pelos titulares de patentes de medicamentos de referência de numerosos recursos para os tribunais centrais administrativos de atos de autorização de introdução de tais medicamentos no mercado; o que teve como consequência que a entrada dos genéricos no mercado foi frequentemente retardada em Portugal muito para além do período legal de duração das patentes⁽²⁾.

Ao deslocar o referido contencioso dos tribunais de comércio e dos tribunais administrativos para as instâncias arbitrais nela previstas, a Lei n.º 62/2011 propôs-se fundamentalmente, como o revelam os respetivos trabalhos preparatórios, «estabelecer um mecanismo alternativo de composição de litígios que, num curto espaço de tempo, profira uma decisão de mérito quanto à existência, ou não, de violação dos direitos de propriedade industrial», evitando assim as referidas delongas na comercialização desses medicamentos⁽³⁾.

Procurou-se através daquele diploma, por outro lado, dar cumprimento aos compromissos assumidos pelo Estado português perante a Comissão Europeia, o Fundo Monetário Internacional e o Banco Central Europeu no tocante à entrada no mercado de medicamentos genéricos⁽⁴⁾.

c) Não tem sido pacífica, na doutrina portuguesa, a bondade desta opção do legislador pela arbitragem como modo obrigatório de composição dos litígios em apreço.

A arbitragem necessária restringe, com efeito, a autonomia dos interessados, impondo-lhes o recurso à via arbitral a fim de

(2) Ver, sobre esta controvérsia, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, «A protecção do direito fundado em patente no âmbito do procedimento de autorização da comercialização de medicamentos», *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 138.º (2008/09), n.º 3953, pp. 70 ss.; e JOÃO PAULO REMÉDIO MARQUES, *Medicamentos versus patentes*, Coimbra, 2008, especialmente pp. 84 ss.

(3) Cf. a *Exposição de Motivos* da Proposta de Lei n.º 13/XII (disponível em <<http://www.parlamento.pt>>), p. 2.

(4) Haja vista ao *Memorando de Entendimento* entre o Governo português e aquelas instituições, de 17 de maio de 2011 (disponível em <<http://www.portugal.gov.pt>>), cujo n.º 3.60 prevê, entre outras medidas a adotar na área da saúde: «Remover todas as barreiras à entrada de genéricos, especialmente através da redução de barreiras administrativas/legais, com vista a acelerar a participação de genéricos».

comporem os seus litígios, em detrimento dos tribunais estaduais cujos custos são por via de regra inferiores. Por outro lado, não é inequívoca, segundo alguns, a compatibilidade dessa forma de arbitragem com a Lei Fundamental, na medida em que por força dela se confia em exclusivo a particulares, no tocante a certa categoria de litígios, o exercício da função jurisdicional, de que o Estado não pode abdicar enquanto mecanismo de garantia dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos.

A verdade, porém, é que a opção legislativa em apreço reflete a tendência contemporânea no sentido de uma crescente abertura à arbitragem e aos demais meios de composição extrajudicial de litígios em matéria de propriedade intelectual⁽⁵⁾. Dela constitui igualmente expressão, por exemplo, o art. L 615-17 do Código da Propriedade Intelectual francês, na redacção que lhe foi dada pela Lei 2011-525, de 17 de maio de 2011, segundo o qual:

«Les actions civiles et les demandes relatives aux brevets d'invention, y compris lorsqu'elles portent également sur une question connexe de concurrence déloyale, sont exclusivement portées devant des tribunaux de grande instance, déterminés par voie réglementaire, à l'exception des recours formés contre les actes administratifs du ministre chargé de la propriété industrielle qui relèvent de la juridiction administrative. Les dispositions qui précèdent ne font pas obstacle au recours à l'arbitrage, dans les conditions prévues aux articles 2059 et 2060 du code civil [...]»

Esta tendência corresponde, aliás, a uma inegável necessidade social, atentas as dificuldades experimentadas pelos sistemas judiciais estaduais em darem resposta em tempo útil às múltiplas solicitações de tutela jurisdicional que lhes correntemente são dirigidas⁽⁶⁾.

⁽⁵⁾ Vejam-se sobre o tema, por último, TREVOR COOK/ALEJANDRO GARCIA, *International Intellectual Property Arbitration*, Alphen aan den Rijn, 2010; JACQUES DE WERRA, «Can Alternative Dispute Resolution Mechanisms Become the Default Method for Solving International Intellectual Property Disputes?», *California Western International Law Journal*, 2012, pp. 39 ss.

⁽⁶⁾ Cf. os dados coligidos no relatório da *Comissão Europeia para a Eficiência da Justiça*, disponível em <http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/evaluation/2012/Rapport_en.pdf>.

Ela explica-se ainda pela circunstância de, não raro, ser a arbitragem o meio de composição de litígios que melhor acautela a confidencialidade e a especialização de conhecimentos requeridas pelo julgamento dos litígios referentes à propriedade intelectual.

Importa, outrossim, ter presente que o alcance da referida imposição de arbitragem necessária pela Lei n.º 62/2011 é consideravelmente mitigado por duas ordens de factores. Em primeiro lugar, a circunstância, já aludida, de as decisões dos tribunais arbitrais previstos nesse diploma serem susceptíveis de recurso para os Tribunais da Relação: em última análise, sempre serão, por conseguinte, os tribunais estaduais a decidirem os litígios entre titulares de patentes e fabricantes de medicamentos genéricos. Em segundo lugar, o facto de que, como se demonstrará adiante, a arbitragem necessária prevista na Lei n.º 62/2011 não preclui a possibilidade de os interessados se dirigirem aos tribunais judiciais, decorrido que esteja o prazo fixado no art. 3.º, n.º 1, a fim de reagirem contra as violações dos seus direitos de propriedade industrial.

Além disso, não deve perder-se de vista o valor fundamental que subjaz à preferência do legislador pela resolução, em primeira instância, dos litígios relativos à comercialização dos medicamentos genéricos por tribunais arbitrais: o *direito à saúde* e ao *acesso a medicamentos* a custos comportáveis, o qual se achava de alguma sorte comprometido em virtude dos estrangulamentos atrás referidos no funcionamento dos tribunais judiciais e dos órgãos administrativos competentes para a concessão de autorizações de introdução no mercado de medicamentos genéricos⁽⁷⁾.

Por fim, avulta a este respeito a circunstância de tanto a Constituição como a lei ordinária *equipararem tendencialmente* a justiça arbitral à que é ministrada pelos tribunais estaduais: a primeira, pela inclusão dos tribunais arbitrais (voluntários e necessários) entre as categorias de tribunais constitucionalmente admissíveis⁽⁸⁾; a segunda, sujeitando os árbitros a deveres de independência e imparcialidade análogos aos que valem para os

(7) Cf. a citada *Exposição de Motivos* da Proposta de Lei n.º 13/XII, p. 3.

(8) Cf. o art. 209.º, n.º 2.

juízes⁽⁹⁾ e conferindo às decisões por eles proferidas os mesmos efeitos fundamentais que pertencem às decisões oriundas dos tribunais estaduais⁽¹⁰⁾.

III. Um novo *patent linkage*?

a) A Lei n.º 62/2011 estabeleceu ainda, através da nova redação dada ao art. 25.º, n.º 2, do referido Estatuto do Medicamento, e do aditamento do art. 2.º-A ao Regime geral das participações do Estado no preço dos medicamentos, constante do anexo I ao Decreto-Lei n.º 48-A/2010, de 13 de maio, que os pedidos de autorizações de introdução no mercado e de participações no preço de medicamentos genéricos não podem ser indeferidos com fundamento na alegada existência de direitos de propriedade industrial⁽¹¹⁾.

Dissociou-se assim, conforme o permitia o regime europeu dos medicamentos para uso humano⁽¹²⁾, a apreciação destes aspectos do regime dos genéricos dos direitos de propriedade industrial sobre os correspondentes medicamentos de referência.

O que bem se compreende. Pois, como afirmou o Supremo Tribunal Administrativo no acórdão de 9 de janeiro de 2013⁽¹³⁾, «ao titular da patente apenas assiste o direito de impedir o início da comercialização do medicamento, enquanto a sua patente não caducar. Mas já não pode impedir terceiros de iniciar o procedimento tendente à obtenção de AIM nem impedir que a mesma seja

⁽⁹⁾ Cf. o art. 9.º, n.º 3, da Lei da Arbitragem Voluntária, aprovada pela Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro.

⁽¹⁰⁾ Cf. o art. 42.º, n.º 7, da Lei da Arbitragem Voluntária.

⁽¹¹⁾ Ver, sobre a interpretação dessas disposições da Lei, o acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 19 de janeiro de 2012, proc. 08258/11, disponível em <<http://www.dgsi.pt>>.

⁽¹²⁾ Cf. a Diretiva n.º 2001/83/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de novembro de 2001, que estabelece um código comunitário relativo aos medicamentos para uso humano.

⁽¹³⁾ Publicado no *Diário da República*, 1.ª série, n.º 20, de 29 de janeiro de 2013, pp. 571 ss.

concedida ou que seja fixado PVP do medicamento em causa. Pois, como as próprias recorrentes admitem, tais actos não configuram, designadamente, a introdução no comércio de um produto protegido por patente».

Por outro lado, consoante se afirma no mesmo acórdão, «de acordo com um princípio de especialidade de competências, cabe ao INPI a protecção e promoção da propriedade intelectual, cabendo ao Infarmed o controlo da qualidade, eficácia e segurança dos medicamentos. Daí que esta entidade, no processo tendente à concessão das impugnadas AIM's não tivesse de considerar a existência de direitos de propriedade industrial, designadamente os invocados pelas ora recorrentes».

Por isso se conclui no referido aresto que «a AIM, sendo presuposto jurídico essencial para a entrada do medicamento no mercado, não consubstancia um acto de comercialização desse mesmo medicamento, não se traduzindo, por isso, em qualquer violação do exclusivo conferido pela patente».

b) Do mesmo passo, porém, a Lei n.º 62/2011 estabeleceu uma nova forma de articulação entre o procedimento administrativo de concessão da autorização de introdução no mercado de medicamentos genéricos e os direitos de propriedade industrial sobre os medicamentos de referência, ao permitir que os titulares destes se oponham, mediante a instauração de um processo arbitral no prazo de 30 dias contado da publicitação dos pedidos de autorização de introdução no mercado, à exploração daqueles medicamentos enquanto os seus direitos de exclusivo vigorarem, e ao estabelecer, como se referiu acima, que a não dedução de contestação ao pedido de arbitragem no prazo de trinta dias implica que o requerente de uma autorização de introdução no mercado não poderá iniciar a sua exploração na vigência dos direitos invocados pelo titular do correspondente medicamento de referência.

Consagra-se assim um sistema mitigado de *patent linkage*, por força do qual a concessão de uma autorização de introdução no mercado e a introdução no mercado dos genéricos não são inteiramente desligadas da apreciação dos direitos de propriedade industrial sobre os correspondentes medicamentos de referência, sendo

todavia o contencioso da propriedade industrial relativo a esses medicamentos remetido, pelo menos numa primeira fase, para tribunais arbitrais necessários.

IV. O problema do interesse em agir nas ações arbitrais

a) Agora pergunta-se: terão os titulares de direitos de propriedade industrial sobre medicamentos de referência de instaurar ações arbitrais, nos termos da Lei n.º 62/2011, sempre que uma empresa produtora de genéricos requeira uma autorização de introdução no mercado, mesmo que essa empresa não se proponha comercializá-los antes de ter caducado a patente sobre o medicamento de referência, sob pena de ficar precludida qualquer reação ulterior contra a violação desses direitos pelo fabricante de genéricos?

Supomos que a resposta a este quesito deve ser negativa, porquanto uma interpretação da Lei n.º 62/2011 naquele sentido levaria a um resultado oposto ao que é por ela visado. Caso vingasse esse ponto de vista, tais ações teriam, com efeito, de ser forçosamente instauradas — posto que a título cautelar — mesmo que nenhum litígio houvesse entre as partes, multiplicando-se deste modo processos inúteis, que a lei justamente quis evitar.

Julgamos por isso que, à luz da *ratio legis* da Lei n.º 62/2011, aquele preceito deve ser interpretado no sentido de que não impede a propositura de uma ação judicial contra um fabricante de genéricos fundado numa violação iminente ou atual de um direito de propriedade industrial depois de decorrido o prazo nele fixado, contanto que a patente esteja em vigor.

De outro modo, ter-se-ia criado na ordem jurídica portuguesa um novo prazo de caducidade das patentes, que nem o Código da Propriedade Industrial nem as convenções internacionais a que Portugal está vinculado nesta matéria preveem ou consentem; e que seria, além disso, de compatibilidade fortemente questionável com o disposto nos arts. 42.º e 62.º da Constituição, que tutelam, respectivamente, os direitos intelectuais e a propriedade privada.

b) Tem-se verificado todavia que, em alguns casos, as empresas originadoras de medicamentos de referência — porventura querendo salvaguardar-se contra uma diversa interpretação da Lei — propõem ações arbitrais contra fabricantes de genéricos que requereram autorizações de introdução no mercado de fármacos contendo as substâncias ativas a que se referem as suas patentes, independentemente de os mesmos terem manifestado por qualquer meio a intenção de os comercializarem antes de caducadas ou declaradas inválidas essas patentes. O que suscita a questão de saber se se encontra verificado nestes casos o necessário *interesse em agir*.

Ora, como acabamos de ver, a Lei n.º 62/2011 — olhada, como não pode deixar de ser, à luz das suas finalidades próprias e do sistema jurídico em que se insere — não impede (nem poderia impedir) os titulares de patentes relativas a medicamentos de referência de recorrerem às vias judiciais a fim de salvaguardarem os seus direitos, decorrido que esteja o prazo fixado no art. 3.º, n.º 1. E não basta a mera possibilidade de uma interpretação diferente da lei para que se deva reconhecer às demandantes nos referidos casos, em que inexistente qualquer litígio, o interesse em agir, tomado este como a necessidade, objectivamente aferida, de instaurar ou fazer prosseguir uma ação⁽¹⁴⁾.

Tão-pouco se nos afigura admissível que este pressuposto processual possa ser tido como preenchido exclusivamente com base na alegação do demandante de que existe, por parte do demandado, a intenção de introduzir no mercado os medicamentos para que pediu autorizações de introdução no mercado. Com efeito, a aferição do interesse em agir não dispensa, por parte do tribunal, um juízo crítico relativamente aos elementos de facto em que o demandante alicerça a necessidade por si aduzida de lançar mão do processo; e isto sobretudo quando o tribunal for confrontado com a afirmação perentória do demandado, que não haja contestado o direito do demandante nem haja sido acusado de o ter violado, de que não pretende comercializar o genérico em causa antes da caducidade ou invalidação da patente.

(14) Cf. ANTUNES VARELA, J. MIGUEL BEZERRA e SAMPAIO e NORA, *Manual de processo civil*, 2.ª ed., Coimbra, 1985, pp. 179 ss.

V. O âmbito da competência do Tribunal Arbitral e a apreciação da validade das patentes

a) Ao mesmo tempo que impôs a submissão destes litígios a arbitragem necessária, a Lei n.º 62/2011 conferiu aos demandados, com a referida cominação, a possibilidade de contestarem a invocação dos direitos de propriedade industrial em causa. E fê-lo sem estabelecer qualquer limitação quanto aos fundamentos possíveis dessa contestação, os quais são, assim, os mesmos que poderiam ser invocados perante qualquer tribunal estadual, se a este fosse submetido idêntico litígio. Nem poderia ser de outro modo, pois a sujeição de um litígio, *ope legis*, a arbitragem necessária não pode implicar uma restrição dos direitos de defesa que às partes competem quando tal litígio seja cometido à decisão dos tribunais do Estado.

Assim sendo, não seria aceitável que a competência dos tribunais arbitrais constituídos nos termos da Lei n.º 62/2011 se cingisse à determinação da ocorrência da alegada violação de um direito de propriedade industrial e à eventual condenação dos demandados nas sanções a ela inerentes, excluindo-se a possibilidade de esses mesmos tribunais se pronunciarem sobre os meios de defesa aduzidos pelos demandados que contendam com a *validade* ou a *vigência* dos títulos de propriedade industrial em causa.

Primeiro, pela *flagrante injustiça* que representaria a eventual condenação, por um tribunal arbitral necessário, do suposto infrator de um direito de propriedade industrial alheio cujo título fosse inválido.

Segundo, porque uma tal restrição dos meios de defesa concedidos aos demandados na arbitragem necessária seria incompatível com o *princípio do contraditório*, que exige que os factos alegados por uma das partes como causa de pedir ou como fundamento de uma exceção possam ser contraditados pela outra, por impugnação ou por exceção, sendo assim concedida a ambas as partes, em estrita igualdade, a faculdade de se pronunciarem sobre todos eles⁽¹⁵⁾. Princípio este que, constituindo uma das traves mestras do

⁽¹⁵⁾ Neste sentido, LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao processo civil*, Coimbra, 1996, p. 97.

processo justo ou equitativo, que o art. 20.º, n.º 4, da Constituição garante, conduziria à inconstitucionalidade de qualquer interpretação da referida Lei que impedisse as demandadas de, na arbitragem obrigatória por ela instituída, se fazerem valer, em sede de contestação, da invalidade dos direitos de propriedade industrial invocados pelas partes demandantes como fundamento precípua das respetivas pretensões.

Terceiro, porque de outro modo se teria introduzido na ordem jurídica portuguesa, pelo que respeita aos processos que correm perante os tribunais arbitrais necessários criados pela Lei n.º 62/2011, uma injustificada derrogação ao princípio geral conforme o qual o tribunal competente para a ação é também competente para conhecer dos incidentes que nela se levantem e das questões que o réu suscite como meio de defesa, consignado no art. 96.º, n.º 1, do Código de Processo Civil.

b) A Lei n.º 62/2011 não quis, seguramente, limitar os meios de defesa de que se podem socorrer os fabricantes destes medicamentos perante os titulares de direitos de propriedade industrial sobre os medicamentos de referência correspondentes.

Neste sentido, houve a preocupação de declarar expressamente na referida Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 13/XII⁽¹⁶⁾:

«Adopta-se, ainda, uma tramitação consentânea com a preocupação de celeridade, com garantia pelo devido contraditório das partes [...]»

A não ser assim, ter-se-ia criado entre nós uma instância jurisdicional *sui generis* cuja única função seria afirmar patentes e sancionar alegadas violações dos direitos dos respetivos titulares, sem que perante ela se pudesse discutir, sequer por via de exceção, a existência ou a validade dos correspondentes títulos. Ora, nada nos trabalhos preparatórios da referida Lei, nem no respetivo texto ou na sua *ratio*, permite concluir que seja esse o seu sentido; bem pelo contrário.

(16) Cf. p. 3.

c) É certo que, nos termos do art. 35.º do Código da Propriedade Industrial (CPI), a declaração de nulidade ou a anulação de direitos de propriedade industrial só podem resultar de decisão judicial, o que exclui, portanto, os tribunais arbitrais.

Explica-se esta regra pela circunstância de se tratar aqui de direitos absolutos, oponíveis *erga omnes*, e de os efeitos da decisão proferida por um tribunal arbitral — quer os seus poderes derivem de convenção arbitral, quer resultem da lei, como sucede no caso das arbitragens necessárias — se cingirem, em princípio, às partes no litígio que lhe coube julgar.

Mas isso não impede, a nosso ver, que a alegada invalidade de um título de propriedade industrial seja conhecida *a título incidental*, como exceção, por um tribunal arbitral; e que, caso a mesma seja tida como demonstrada, aquele o julgue *inoponível* entre as partes no processo que lhe compete julgar.

A exclusão da «arbitrabilidade» da declaração de nulidade e da anulação de títulos de propriedade industrial decorrente do art. 35.º do CPI apenas vale, deste modo, para a sua apreciação a título principal e com efeitos *erga omnes*; não para uma pronúncia *incidenter tantum*⁽¹⁷⁾.

Assim se conciliam a competência dos tribunais arbitrais necessários criados pela Lei n.º 62/2011 — a qual se restringe à emanação de decisões com eficácia *inter partes* — com a observância dos direitos de defesa garantidos a estas pela Constituição.

d) Esta solução não é, de resto nova, tendo já sido admitida noutros sistemas jurídicos⁽¹⁸⁾. Consideremos, a título de exemplo,

(17) À mesma conclusão fundamental chegámos já no nosso *A tutela internacional da propriedade intelectual*, Coimbra, 2008, p. 432. Em sentido coincidente, vejam-se: ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Arbitragem de litígios com entes públicos*, Coimbra, 2007, p. 45; e JOÃO PAULO REMÉDIO MARQUES, «A apreciação da validade de patentes (ou certificados complementares de protecção) por tribunal arbitral necessário — exceção *versus* reconvenção na Lei n.º 62/2011», *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, 2011, pp. 179 ss. Na doutrina estrangeira, consulte-se, por último, JACQUES DE WERRA, «Arbitrating International Intellectual Property Disputes: Time to Think Beyond the Issue of (Non-) Arbitrability», *International Business Law Journal*, 2012, pp. 299 ss.

(18) Sobre o ponto, veja-se o nosso *A tutela internacional da propriedade intelectual*, cit., pp. 425 ss.

o do país onde mais patentes de invenção são hoje concedidas: os Estados Unidos da América. Diz, a este respeito, o *Patent Act* norte-americano, na secção 294, alínea a):

«A contract involving a patent or any right under a patent may contain a provision requiring arbitration of any dispute relating to the patent validity or infringement arising under the contract. In the absence of such a provision, the parties to an existing patent validity or infringement dispute may agree in writing to settle such dispute by arbitration. Any such provision or agreement shall be valid, irrevocable, and enforceable, except for any grounds that exist at law or in equity for revocation of a contract.»

E a alínea c) da mesma disposição acrescenta:

«An award by an arbitrator shall be final and binding between the parties to the arbitration but shall have no force or effect on any other persons.»

É assim manifesto que, de acordo com o sistema jurídico norte-americano, podem os tribunais arbitrais, ainda que por efeito de mera convenção das partes, conhecer da validade de uma patente, sendo todavia a eficácia da respetiva decisão, neste como em todos os demais aspetos, restrita às partes no processo arbitral.

Mais recentemente, esta mesma orientação foi afirmada em França pela *Cour d'appel de Paris* em acórdão proferido em 28 de fevereiro de 2008 no caso *Société Liv Hidravlika D.O.O v. S.A. Diebolt*⁽¹⁹⁾, no qual se pode ler:

«la question de la validité du brevet débattue de manière incidente à l'occasion d'un litige de nature contractuelle peut, ainsi que le relève l'arbitre, lui être soumise, l'invalidité éventuellement constatée n'ayant, pas plus que s'il s'agissait de la décision d'un juge, d'autorité de la chose jugée car elle ne figure pas au dispositif, qu'elle n'a d'effet qu'à l'égard des parties, de même d'ailleurs qu'une décision en faveur

(19) Reproduzido em *Petites affiches/Chronique droit de l'arbitrage*, 2008, pp. 3 ss., com anotação de VALÉRIE-LAURE BENABOU; e em *Revue de l'arbitrage*, 2009, pp. 169 ss., com anotação de TRISTAN AZZI.

de la validité, les tiers pouvant toujours demander la nullité du brevet pour les mêmes causes.»

e) Pois bem: não é outro o resultado a que, devidamente interpretado, conduz o regime de arbitragem necessária instituído em Portugal pela Lei n.º 62/2011 para os litígios emergentes da invocação, por fabricantes de medicamentos de referência, de direitos de propriedade industrial perante os requerentes de autorizações de introdução no mercado de medicamentos genéricos.

Também perante este diploma se deve, com efeito, reconhecer que a questão da validade das patentes invocadas pelos fabricantes daqueles primeiros medicamentos é *matéria arbitrável*, com a restrição todavia de que os efeitos da sentença arbitral se cingem, nesta como nas demais questões submetidas à apreciação desses tribunais, às partes no processo.

De resto, esta *eficácia relativa* de uma decisão proferida num processo judicial em que a invalidade de um título de propriedade industrial haja sido arguida por exceção é hoje expressamente admitida pela doutrina portuguesa⁽²⁰⁾; apenas está aqui em causa, por conseguinte, estender essa solução às decisões proferidas por um tribunal arbitral.

Recorde-se, por fim, que, tendo o art. 3.º, n.º 7, da Lei n.º 62/2011 estabelecido que da decisão arbitral cabe recurso para o Tribunal da Relação competente, em última análise será um tribunal estadual a apreciar a questão da validade da patente suscitada perante um tribunal arbitral.

f) Dir-se-á, contra o ponto de vista acima exposto, que às demandadas nos processos arbitrais regulados pela Lei n.º 62/2011 sempre seria possível intentarem perante o tribunal estadual competente, nos termos do art. 35.º do CPI, a acção de declaração de nulidade ou de anulação das patentes de que sejam titulares os fabricantes de medicamentos de referência.

⁽²⁰⁾ Cf., por último, LUÍS COUTO GONÇALVES, *Manual de Direito Industrial*, 3.ª ed., Coimbra, 2012, p. 311, nota 775.

Sucedem, porém, que essa possibilidade não supre os gravíssimos inconvenientes que decorreriam, quer para as demandadas quer para o interesse público, de os tribunais arbitrais necessários instituídos pela Lei n.º 62/2011 serem tidos como incompetentes para ajuizarem da validade das referidas patentes.

Por três ordens de razões.

À uma, porque a dispersão por diferentes instâncias jurisdicionais da competência para apreciar os diversos aspetos em que se desdobra o contencioso relativo aos medicamentos genéricos inevitavelmente poria em risco os princípios da *harmonia de julgados* e da *economia processual*, visto que os tribunais arbitrais criados pela Lei n.º 62/2011 poderiam proferir decisões condenatórias dos fabricantes de genéricos, que mais tarde poderiam vir a revelar-se contraditórias com as decisões dos tribunais estaduais que, em ações adrede instauradas, declarassem nulas ou anulassem as patentes invocadas por fabricantes de medicamentos de referência.

Depois, porque a eficácia retroativa destas últimas decisões, nos termos do art. 36.º do CPI, «não prejudica os efeitos produzidos em cumprimento de obrigação, de sentença transitada em julgado, de transacção, ainda que não homologada, ou em consequência de actos de natureza análoga»; e esta regra — que não é senão um corolário do princípio geral da intangibilidade do caso julgado — não se encontra ressalvada pela Lei n.º 62/2011, nem pode sê-lo por via interpretativa ou de integração. O que é suscetível de gerar situações de flagrante injustiça, sempre que se entenda que esta Lei não permite a apreciação da validade das patentes invocadas perante o tribunal arbitral.

Finalmente — e este nos parece ser o argumento fundamental — porque, a subtrair-se aos tribunais arbitrais necessários instituídos pela Lei n.º 62/2011 a competência para se pronunciarem sobre a validade das patentes invocadas pelos fabricantes de medicamentos de referência, se manteria inevitavelmente na órbita dos tribunais do Estado uma parte não despidianda do contencioso gerado pela introdução no mercado de medicamentos genéricos, com as delongas inerentes, a que aquela Lei justamente quis pôr termo.

O regime de arbitragem necessária instituído pela Lei n.º 62/2011 é uma importante *garantia de efetividade* dos direitos de

propriedade industrial das empresas originadoras de medicamentos de referência; mas não pode transformar-se num puro *mecanismo de ratificação* desses direitos: sempre que a sua validade ou existência seja fundamentadamente posta em causa pelos fabricantes de genéricos, não podem os tribunais arbitrais constituídos ao abrigo da Lei escusar-se a pronunciarem-se sobre essa questão.

Eis por que, quanto a nós, devem os tribunais arbitrais poder, com o alcance referido, apreciar a validade das patentes invocadas nos processos arbitrais instaurados ao abrigo da Lei n.º 62/2011.

VI. Admissibilidade da pluralidade de partes

Outro problema se suscita ainda a propósito da aplicação da Lei n.º 62/2011: o da admissibilidade da pluralidade de partes nas arbitragens nela previstas e, mais concretamente, da coligação passiva.

A questão deriva de, em muitos casos, os mesmos medicamentos de referência serem objecto de diversos pedidos de autorizações de introdução no mercado para os correspondentes genéricos, formulados por outras tantas empresas fabricantes destes. Às empresas originadoras interessa, nesses casos, demandar conjuntamente estas últimas. Mas as co-demandadas têm por vezes reagido contra semelhante coligação passiva, invocando fundamentalmente duas ordens de razões: a alegada desigualdade de armas entre demandante e demandadas, por isso que estas últimas não teriam possibilidade, em tais casos, de designar o seu árbitro; e o receio de que os segredos industriais sejam, em virtude da coligação passiva, transmitidos às respectivas co-demandadas (que são também, por via de regra, suas concorrentes).

A verdade, todavia, é que a coligação passiva também apresenta vantagens, traduzidas designadamente na economia de meios que implica e na diminuição do risco de decisões contraditórias.

Por outro lado, nenhum dos referidos problemas é insuperável. Primeiro, porque a observância do princípio da igualdade é assegurada pela possibilidade de as co-demandadas nomearem um árbitro, ainda que conjuntamente, cabendo ao tribunal estadual a

nomeação desse árbitro (ou mesmo de todos eles) em caso de desacordo quanto à sua escolha⁽²¹⁾. Segundo, porque os segredos industriais das co-demandadas podem ser acautelados mediante a previsão de que todos os intervenientes no processo têm o *dever de sigilo* sobre as informações que obtenham através do processo e bem assim pela instituição de regras processuais que assegurem que a informação veiculada por uma das demandadas ao tribunal arbitral, e que esta qualifique como secreta, não seja transmitida às outras demandadas.

VII. O acesso à informação administrativa

Uma palavra agora sobre um derradeiro problema suscitado pela Lei n.º 62/2011.

Nos termos do art. 188.º, n.º 5, do Estatuto do Medicamento, na redacção dada pelo art. 4.º daquela Lei, aos requerentes de informação sobre os pedidos de AIM apenas pode ser fornecida pelo Infarmed a seguinte informação:

- Nome do requerente da autorização de introdução no mercado;
- Data do pedido;
- Substância, dosagem e forma farmacêutica do medicamento; e
- Medicamento de referência.

Exclui-se, assim, a prestação de informação sobre a composição qualitativa e quantitativa dos medicamentos em causa, incluindo a lista de excipientes desses medicamentos.

Ora, esta constitui, como é bom de ver, informação relevante para a propositura das acções arbitrais previstas na Lei para a defesa dos direitos de propriedade industrial.

(21) Veja-se, a este respeito, o art. 11.º, n.º 3, da Lei da Arbitragem Voluntária.

A compatibilidade desta norma com o art. 268.º, n.º 2, da Constituição, que consagra o direito de acesso dos cidadãos aos arquivos e registos administrativos, foi por isso questionada perante os Tribunais portugueses.

Em recurso para ele interposto, o Tribunal Constitucional, reconheceu que a referida disposição da Lei n.º 62/2011 estabelece uma restrição ao direito de acesso à informação administrativa, particularmente relevante no caso em apreço, dado o ónus de os interessados recorrerem à arbitragem para a salvaguarda dos seus direitos perante os requerentes de autorizações de introdução no mercado, que dela decorre. Essa norma desprotegeria assim injustificadamente os titulares de direitos de propriedade industrial sempre que estes os pretendam invocar em sede arbitral face à sua possível afectação pela introdução no mercado de um medicamento genérico. Tal restrição violaria por isso o *princípio da proporcionalidade* consignado na Constituição. Razão pela qual foi tal norma julgada inconstitucional pelo Acórdão daquele Tribunal n.º 2/2013, de 9 de janeiro de 2003⁽²²⁾.

VIII. Balanço do novo regime legal

A Lei n.º 62/2011 visou, como se disse, desbloquear a resolução do contencioso relativo à introdução de genéricos no mercado, atenta designadamente a morosidade dos tribunais estaduais e as contradições entre as decisões por eles proferidas, remetendo-o, nas circunstâncias por ela definidas, para instâncias extrajudiciais. Este diploma legal abriu, assim, novas perspectivas ao acesso dos consumidores portugueses aos medicamentos genéricos.

Não pode todavia deixar de reconhecer-se que a Lei de alguma sorte fomentou a instauração de processos arbitrais em situações em que nenhum litígio existia (por isso que o requerente de uma autorização de introdução no mercado não pretendia explo-

(22) Disponível em <<http://www.tribunalconstitucional.pt>>.

rar o medicamento genérico antes de caducada a patente, cuja validade não era por ele contestada) e em que um acordo entre as partes dispensaria porventura a instauração de um processo arbitral. Empolou-se deste modo desnecessariamente o contencioso sobre esta matéria, com gastos inúteis para as partes.

Supomos que este problema poderia ser resolvido mediante a previsão na Lei de um mecanismo de conciliação prévio à instauração da arbitragem, que propiciasse a conclusão de acordos entre titulares de patentes e requerentes de autorizações de introdução no mercado de medicamentos genéricos.

Além disso, a Lei deixou em aberto, como se viu acima, um certo número de problemas que têm dificultado a sua aplicação, entre os quais se destacam a admissibilidade da coligação de demandadas que pretendam explorar medicamentos genéricos contendo a mesma substância ativa e a possibilidade de no processo arbitral se discutir, em sede de exceção, a validade da patente invocada pelo demandante.

A própria admissibilidade da estipulação pelas partes de regras processuais diferentes das constantes da Lei, *v.g.* em matéria de prazos, peças processuais admissíveis, audiências de instrução e julgamento, alegações, etc., sem tem prestado a fundadas dúvidas.

Tendo-se traduzido, a nosso ver, num inequívoco progresso relativamente ao regime legal precedente, julgamos, por isso, que a Lei n.º 62/2011 poderia ser objecto de importantes aperfeiçoamentos.

DA RETRANSMISSÃO POR CABO DE PRESTAÇÕES ARTÍSTICAS PROTEGIDAS POR DIREITOS CONEXOS AO DIREITO DE AUTOR

*Pelo Prof. Doutor Alexandre Libório Dias Pereira**

SUMÁRIO:

Introdução. § 1. **Dos direitos conexos em geral** (breve apontamento).
§ 2. **Da proteção das prestações artísticas no CDADC e legislação complementar:** evolução histórica e quadro geral: 2.1. Da origem e evolução da proteção dos artistas na ordem jurídica portuguesa; 2.2. A estrutura dualista da proteção das prestações artísticas; 2.3. O Decreto-Lei n.º 333/97, de 27 de novembro. § 3. **Da proteção das prestações artísticas no direito internacional:** 3.1. A Convenção Internacional para a Proteção dos Artistas Intérpretes ou Executantes, dos Produtores de Fonogramas, e dos Organismos de Radiodifusão, assinada em Roma em 26 de outubro de 1961; 3.2. O Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio (1994); 3.3. O Tratado da Organização Mundial da Propriedade Intelectual sobre Interpretações ou Execuções e Fonogramas (TOIEF), concluído em dezembro de 1996. § 4. **Direito da União Europeia:** 4.1. Diretiva 2006/115/CE (ex Diretiva 92/100/CEE); 4.2. Diretiva 93/83/CEE (Satélite e Cabo); 4.3. Diretiva 2001/29/CE (breve referência). § 5. **Direito comparado** (breve apontamento): 5.1. Espanha; 5.2. França; 5.3. Itália; 5.4. Alemanha; 5.5. Bélgica; 5.6. Reino Unido; 5.7. Síntese. § 6. **Da retransmissão por cabo das prestações**

(*) Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. O Autor agradece, penhorado, a colaboração de Sofia de Vasconcelos Casimiro (Mestre em Direito pela Universidade de Lisboa e Doutorada em Propriedade Intelectual pela Queen Mary, Universidade de Londres; Docente da Academia Militar e Advogada) na elaboração deste trabalho.

artísticas no CDADC: 6.1. Direito exclusivo de radiodifusão e de comunicação ao público de prestações artísticas não radiodifundidas ou não fixadas; 6.2. Direito a remuneração equitativa; 6.3. Síntese; 6.4. Decreto-Lei n.º 333/97, de 27 de novembro; 6.5. Da arbitragem necessária. **Conclusões. Referências.**

INTRODUÇÃO

1. Este estudo versa sobre o problema da existência, na ordem jurídica portuguesa, de um direito exclusivo a favor dos artistas intérpretes ou executantes relativamente à retransmissão por cabo das suas prestações artísticas.

Terminologicamente, o problema exige o esclarecimento das expressões ‘prestação radiodifundida’ e ‘efetuada a partir de uma fixação’, utilizadas na lei para recortar negativamente o direito exclusivo dos artistas de autorizar a radiodifusão e a comunicação ao público das suas prestações.

Em termos de importância prática, uma resposta negativa à questão supra enunciada — válida e correta à luz da ordem jurídica portuguesa —, implicará, nomeadamente, o afastamento da arbitragem necessária legalmente prevista para os litígios resultantes da falta de autorização sobre a retransmissão por cabo de obras literárias ou artísticas protegidas pelo direito de autor.

2. Para saber se os artistas têm, à luz da ordem jurídica portuguesa, o direito de autorizar a retransmissão por cabo das suas prestações investigaremos a ordem jurídica interna, bem como as fontes do direito internacional e do direito da União Europeia, e teremos em conta algumas experiências de direito comparado.

Com efeito, a regulação interna das questões em análise traduz-se, em larga medida, na receção de instrumentos de direito internacional e na transposição de instrumentos de harmonização comunitária no setor do direito de autor e dos direitos conexos. Por outro lado, o direito comparado mostra que existe diversidade de soluções entre países que têm em comum serem Partes Contratantes.

tes dos diversos instrumentos internacionais e Estados-Membros da União Europeia.

3. Não obstante, mesmo que se conclua que a ordem jurídica portuguesa deveria atribuir esse direito, daí não resultará necessariamente a sua existência. Regem em matéria de direitos conexos ao direito de autor dois princípios cardinais: o princípio da tipicidade e o princípio da territorialidade.

Por um lado, o *princípio da tipicidade* significa que as previsões dos direitos conexos ‘são típicas; não há direitos dos artistas, patrimoniais ou pessoais, que não sejam os que constam da lei. Não há aqui nenhuma atipicidade, semelhante à que se verifica no exclusivo de exploração económica do autor’⁽¹⁾.

Por outro lado, o *princípio da territorialidade* significa que a existência e conteúdo destes direitos são matérias da competência de cada Estado soberano⁽²⁾. Em suma: ‘Cada Estado deve [...] ter a prerrogativa de definir se e em que termos tais exclusivos se constituem, exercem e extinguem no território sobre o qual detém poderes de soberania, assim como de determinar o seu conteúdo, objeto e limites e as sanções aplicáveis às respetivas violações. O âmbito espacial de eficácia desses exclusivos é, pois, em princípio, confinado ao território do Estado que os concede (ou melhor, de acordo com cujo Direito os mesmos se constituíram)’⁽³⁾.

(1) JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil — Direito de Autor e Direitos Conexos*, Coimbra, Coimbra Editora, 1992, p. 562 (embora o nosso Ilustre Professor defenda que ‘os bens intelectuais não são objeto de direitos reais’ — *Direito Civil — Reais*, 5.ª ed. revista e ampliada, Coimbra, Coimbra Editora, 1993, p. 39; no mesmo sentido, veja--se, por exemplo, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direitos Reais*, Reprint 1979, Lisboa, Lex, 1993, pp. 164-8, 192; para desenvolvimentos sobre esta questão, veja-se ALEXANDRE L. DIAS PEREIRA, *Direitos de Autor e Liberdade de Informação*, Coimbra, Almedina, 2008, § 2, e, mais recentemente, considerando que ‘o direito de autor corresponde a um direito-quadro, que engloba vários direitos subjectivos específicos que se unificam num complexo unitário: a permissão normativa de aproveitamento de uma obra intelectual’, LUÍS MANUEL DE TELES MENEZES LEITÃO, *Direito de autor*, Coimbra, Almedina, 2011, p. 45).

(2) JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, ‘Territorialidade dos Direitos de Autor e Conexos e Direito Comunitário’, *Revista da Ordem dos Advogados*, 1990, II, pp. 313-334.

(3) DÁRIO MOURA VICENTE, *A Tutela Internacional da Propriedade Intelectual*, Coimbra, Almedina, 2008, p. 16 (‘normalmente, tais exclusivos [de utilização de bens intelectuais] apenas são concedidos pela ordem jurídica de cada país se e na medida em que

Em ordem ao esclarecimento dos termos do problema interessa percorrer os campos normativos relevantes, começando com umas breves considerações gerais sobre os direitos conexos. Veremos, depois, em que termos é prevista a proteção das prestações artísticas na ordem jurídica portuguesa, centrando-nos na questão da existência ou não do direito de autorizar a sua retransmissão por cabo.

Depois, para saber se esse direito deveria existir na ordem jurídica portuguesa, estudaremos as normas relevantes de fonte internacional, designadamente as disposições sobre a matéria estabelecidas na Convenção Internacional para a Proteção dos Artistas Intérpretes ou Executantes, dos Produtores de Fonogramas e dos Organismos de Radiodifusão (Convenção de Roma, 1961), no Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio (ADPIC, 1994), e no Tratado da OMPI sobre Interpretações ou Execuções e Fonogramas (TOIEF, dezembro de 1996).

Seguidamente, vamos percorrer as disposições relevantes do direito da União Europeia, procurando saber se estabelecem a obrigação de os Estados-Membros instituírem a favor dos artistas um direito de retransmissão por cabo das suas prestações. Serão aqui convocadas a Diretiva 2006/115/CE (ex Diretiva 92/100/CEE) e a Diretiva 93/83/CEE (Satélite e Cabo), sem deixar de ter em conta a Diretiva 2001/29/CE (Sociedade da Informação).

Note-se, todavia, que, à luz do princípio da territorialidade, mesmo que o direito comunitário tivesse obrigado os Estados-Membros a reconhecerem aos artistas um direito exclusivo de retransmissão por cabo das suas prestações, ainda assim seria necessário verificar se e em que medida o direito interno teria cumprido essa obrigação. Sem prejuízo da responsabilidade do Estado pela transposição deficiente ou pela não transposição das diretivas, estas não são providas de efeito direto horizontal, i.e. não constituem direitos subjetivos diretamente oponíveis entre os sujeitos

isso se revele, na ótica dela, socialmente útil — v.g. porque essa é a forma mais adequada de estimular a criação intelectual ou a inovação, de promover a diferenciação dos bens e serviços disponíveis no mercado ou de assegurar o correto funcionamento deste' — p. 15).

particulares⁽⁴⁾. Com efeito, ‘apesar da harmonização do regime dos direitos de autor e conexos, a proteção destes direitos continua a ser conferida, na Comunidade Europeia, pelo sistema jurídico de cada Estado-Membro. Não há, por enquanto, direitos autorais diretamente fundados no Direito Comunitário (ao invés do que sucede no domínio dos direitos industriais)’⁽⁵⁾.

A título complementar, tomaremos em consideração, sumariamente, o estado da questão no direito comparado, sobretudo em países que, como Portugal, não apenas são membros da União Europeia mas também partilham uma tradição jurídica de matriz romano-germânica. Nesse sentido, será feita uma breve referência à situação de Espanha, Itália, França, Alemanha e Bélgica. Não deixaremos todavia de auscultar a situação no Reino Unido.

Regressaremos, por fim, à ordem jurídica interna, e terminaremos com as principais conclusões sobre as questões *supra* enunciadas.

§ 1. Dos direitos conexos em geral (breve apontamento)

Ao lado da proteção das obras literárias e artísticas pelo direito de autor firmou-se a proteção, pelos direitos conexos ao direito de autor, de prestações artísticas e de prestações empresariais, técnicas e organizatórias, cuja configuração é ‘mais ou menos’ relacionada com a proteção do direito de autor⁽⁶⁾. Este ‘mais ou menos’ diz muito da natureza especial dos direitos conexos, categoria que reúne diversas figuras, designadas na literatura germânica por direitos de proteção de prestações (*Leistungsschutzrechte*)⁽⁷⁾.

(4) Para desenvolvimentos, e.g. FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União Europeia*, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 436-9.

(5) MOURA VICENTE, *A Tutela Internacional*, cit., p. 135.

(6) EUGEN ULMER, *Urheber- und Verlagsrecht*, 3. Aufl., Springer, Berlin, 1980, p. 15.

(7) Ver e.g. GERHARD SCHRICKER, *Urheberrecht — Kommentar*, dir Gerhard Schricker, 3. Aufl., München, Beck, 2006, p. 14; Artur-Axel Wandtke, *UrhR — Praxis-kommentar zum Urheberrecht*, coord. Artur-Axel Wandtke / Winfried Bullinger, 2. Aufl., München, Beck, 2006, p. 9.

Na base dos direitos conexos está a crescente importância económica das prestações que protegem. Por exemplo, no campo da música ou do cinema, é frequente os artistas serem mais célebres do que os autores das obras que interpretam ou executam⁽⁸⁾. Além disso, a produção de fonogramas e de videogramas exige avultados investimentos, ficando os produtores expostos ao risco de duplicação não autorizada (ou pirataria) das suas fixações. O mesmo sucede, *mutatis mutandis*, com os organismos de radiodifusão relativamente às suas emissões.

Ora, em ordem a atender às pretensões das diversas categorias de interessados, foram atribuídos direitos conexos aos artistas intérpretes ou executantes, aos produtores fonográficos e videográficos e aos organismos de radiodifusão enquanto ‘*auxiliares da criação artística e literária*’⁽⁹⁾. Todavia, a proteção destes direitos conexos autonomizou-se dos direitos de autor, já que não protegem nem direta nem indiretamente criações literárias e artísticas, sendo, quando muito, veículos dessas criações.

No início do séc. XX, com a emergência de novos meios de gravação e de difusão de sons e/ou de imagens, apelou-se à proteção dos artistas em termos análogos à dos autores de obras literárias ou artísticas⁽¹⁰⁾. As primeiras propostas que visaram a proteção dos produtores de fonogramas e dos artistas no plano internacional baseavam-se na proteção do direito de autor. Como se refere no *Manual de Propriedade Intelectual* da OMPI/WIPO⁽¹¹⁾, a proteção da gravação de prestações artísticas contra a duplicação não autorizada foi discutida na Conferência Diplomática da União de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas que teve lugar em

(8) TULLIO ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, 3 ed., Milano, Giuffrè, 1960, p. 845.

(9) HENRI DESBOIS, *La propriété littéraire et artistique*, Paris, Armand Collin, 1953, p. 150.

(10) LUIZ FRANCISCO REBELLO, *Introdução ao Direito de Autor*, Volume I, SPA/Dom Quixote, Lisboa, 1994, p. 21 (‘A consagração legal dos direitos conexos, preconizada desde 1903 pela Associação Literária e Artística Internacional (ALAI) [...] no seu Congresso em Weimar, em que foi reconhecido que os artistas careciam duma proteção jurídica contra a exploração não autorizada das suas interpretações ou execuções’).

(11) *WIPO Intellectual Property Handbook: Policy, Law and Use*, pp. 314-5 — <<http://www.wipo.int/export/sites/www/about-ip/en/iprm/pdf/ch5.pdf>>.

Roma em 1928. Mais tarde, em 1934, a Confederação Internacional das Sociedades de Autores e Compositores (CISAC) assinou um acordo com a Federação Internacional da Indústria de Gramofones nos termos do qual deveria ser proposta, por ocasião da projetada revisão da Convenção de Berna, o aditamento de um anexo a esta Convenção prevendo a proteção dos fonogramas contra a sua duplicação não autorizada bem como o direito dos produtores de fonogramas a remuneração equitativa pela utilização dos seus fonogramas por radiodifusão ou exibição cinematográfica. Paralelamente, a Organização Mundial do Trabalho (OMT) procurou formas de proteção dos artistas, tendo sido elaborados inclusivamente documentos em cooperação com os órgãos da União de Berna. Interrompidos os trabalhos por força da 2.^a Guerra Mundial, seriam os mesmos retomados posteriormente, culminando com a elaboração de um projeto de Convenção por um comité de peritos oriundos da OMPI, da Unesco e da OMT, o qual serviria de base para a Conferência Diplomática que acordou o texto final da Convenção Internacional para a Proteção dos Artistas Intérpretes ou Executantes, dos Produtores de Fonogramas e dos Organismos de Radiodifusão: a Convenção de Roma de 26 de outubro de 1961⁽¹²⁾.

Em suma, na Convenção de Roma a ‘tutela internacional dos direitos conexos obteve a sua primeira consagração expressa’, estabelecendo, em traços gerais, o princípio do tratamento nacional, a garantia de direitos mínimos, e a não subordinação da proteção a formalidades superiores às nela previstas⁽¹³⁾.

Em Portugal, o Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos de 1985 (doravante CDADC)⁽¹⁴⁾ consagrou os direitos conexos num título autónomo, tendo por base a Convenção de

⁽¹²⁾ *WIPO Intellectual Property Handbook*, cit., pp. 314-5.

⁽¹³⁾ MOURA VICENTE, *A Tutela Internacional*, cit., pp. 128-130. Sobre a Convenção de Roma, e.g. HENRI DESBOIS, ANDRÉ FRANÇON, ANDRÉ KEREVER, *Les Conventions Internationales du Droit d'Auteur et des Droits Voisins*, Dalloz, Paris, 1976, pp. 319-396.

⁽¹⁴⁾ Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 63/85, de 14 de março, e alterado pelas Leis n.º 45/85, de 17 de setembro, e n.º 114/91, de 3 de setembro, pelos Decretos-Lei n.º 332/97 e 334/97, ambos de 27 de novembro, e pelas Leis n.º 50/2004, de 24 de agosto, e n.º 16/2008, de 1 de abril.

Roma. Sofreria alterações posteriores decorrentes, designadamente, da transposição de diretivas comunitárias.

Rege em matéria de direitos conexos o princípio da tipicidade taxativa (*numerus clausus*)⁽¹⁵⁾ ou *lista fechada*, no sentido de que, ao contrário dos direitos de autor, os direitos conexos não são enunciados através de cláusulas gerais, quer quanto ao objeto, quer quanto aos atos reservados⁽¹⁶⁾. Só as prestações previstas são protegidas e apenas nos termos estabelecidos na lei, sem alargamentos possíveis⁽¹⁷⁾.

Os direitos conexos não protegem obras literárias e artísticas, mas antes prestações artísticas e prestações empresariais, técnicas e organizatórias. Apesar da designação unitária, os direitos conexos não são ‘homogêneos, mas antes bastante diversos’⁽¹⁸⁾ — falando-se inclusivamente em ‘direitos heteróclitos’⁽¹⁹⁾ —, além de que os diferentes titulares de direitos conexos concorrem entre si pela proteção jurídica⁽²⁰⁾.

Em termos gerais, quanto aos titulares, existem dois grandes grupos de direitos conexos. De um lado, os direitos conexos dos artistas relativamente às suas prestações artísticas (interpretações

(15) OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de Autor*, cit., p. 562 (‘não há direitos dos artistas, patrimoniais ou pessoais, que não sejam os que constam da lei’).

(16) PIERRE SIRINELLI, *Propriété littéraire et artistique*, 2.^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2003, p. 177.

(17) Não obstante, em sentido amplo, a categoria dos direitos conexos abrangerá outras figuras ainda que não previstas no título do CDADC relativo a estes direitos nem sujeitas às disposições que os regem. Pense-se, nomeadamente, no direito especial do fabricante de bases de dados, instituído pelo DL 122/2000, de 4 de julho, que transpõe para a ordem jurídica interna a Diretiva 96/9/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de março, relativa à proteção jurídica das bases de dados.

(18) SCHRICKER, *Urheberrecht — Kommentar*, cit., p. 14. A caracterização das diferentes prestações dos sujeitos destes direitos está prevista no art. 176.º do CDADC.

(19) CHRISTOPHE CARON, *Droit d’auteur et droits voisins*, 2.^a ed., Paris, Litec, 2009, pp. 477-8.

(20) Tenha-se em mente, por exemplo, que as gravações e a sua difusão pelos meios de comunicação tornaram dispensáveis muitos artistas. Joseph Straus, ‘Neighbouring Rights — National and International Developments’, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, Volume XIV Copyright and Industrial Property, chief editor Gerhard Schricker, Cap. 5, Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 15 (indicando que só na RFA, ‘whereas in 1950, there were some 48500 performing artists active in the field of music, this figure decreased in 1970 to only 29521’).

ou execuções), cuja dimensão pessoal fundamenta direitos não apenas económicos mas também morais. Com efeito, os direitos conexos dos artistas abrangem direitos de natureza pessoal, que se analisam no direito à identificação (art. 180.º) e na ilicitude das utilizações que deformem, mutilem e desfigurem uma prestação, que a desvirtuem nos seus propósitos ou que atinjam o artista na sua honra e reputação (art. 182.º)⁽²¹⁾.

De outro lado, os direitos conexos dos produtores fonográficos ou videográficos e dos organismos de radiodifusão, justificados pelo princípio da proteção do investimento⁽²²⁾, segundo uma lógica mais próxima do direito industrial. Aliás, a proteção do investimento dos produtores fonográficos ou videográficos e dos organismos de radiodifusão poderia alcançar-se, também, por via da repressão da concorrência desleal⁽²³⁾.

Além disso, os direitos conexos (económicos) analisam-se em duas categorias distintas de direitos. De um lado, direitos exclusivos de autorizar ou proibir determinados atos relativamente às prestações protegidas (e.g. fixação e reprodução de prestações artísticas). De outro lado, direitos de remuneração equitativa, que atribuem aos respetivos titulares o direito de obter remuneração

(21) Em Espanha, a Lei 23/2006 acrescentou a necessidade de autorização do artista, durante toda a sua vida, *para el doblaje de su actuación en su propia lengua* (LPI, art. 113.º, 2). Note-se que o CDADC estabelece que a proteção outorgada ao artista no capítulo dos direitos conexos não abrange a prestação decorrente do exercício de dever funcional ou de contrato de trabalho (art. 189.º, 2). Por outro lado, nos termos do art. 18.º da Lei n.º 4/2008, de 7 de fevereiro, alterada pela Lei n.º 105/2009, de 14 de setembro, ‘Os direitos de propriedade intelectual decorrentes da atividade artística dos trabalhadores de espetáculos públicos regem-se pelo Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, sem prejuízo de poderem ser exercidos individualmente se for essa a vontade expressa dos respetivos titulares, comunicada a entidade de gestão coletiva de direitos dos artistas.’ Para uma análise histórica comparativa dos direitos morais ver ELIZABETH ADENEY, *The Moral Rights of Authors and Performers — An International and Comparative Analysis*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2006 (notando que ‘The history of moral rights development since the early 19th century has been a history of sorting out the relationships between the various participants in the creation/exploitation process’ — p. 4).

(22) JULIA ELLINS, *Copyright Law, Urheberrecht und ihre Harmonisierung in der Europäischen Gemeinschaft (Von den Anfängen bis ins Informationszeitalter)*, Berlin, Duncker & Humblot, 1997.

(23) OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de Autor*, cit., p. 695.

pela prática de outros atos relativamente às suas prestações, sem que todavia lhes assista o direito de os autorizar ou proibir.

Apesar da sua heterogeneidade, os direitos conexos estão sujeitos a algumas disposições comuns. Para além da liberdade de uso privado, os direitos conexos são também limitados por certas utilizações livres, como sejam, por exemplo, os excertos de prestações para fins de informação ou crítica, a sua utilização para fins exclusivamente científicos ou pedagógicos, bem como, ainda, os demais casos em que a utilização da obra é lícita sem o consentimento do autor (art. 189.º/1). Além disso, os direitos conexos não podem proibir o que os direitos de autor permitem, já que as limitações e exceções que recaem sobre estes são aplicáveis aos direitos conexos, em tudo o que for compatível com a natureza destes direitos (art. 189.º/3). Neste sentido, os direitos conexos são ‘direitos hierarquicamente inferiores ao direito de autor’⁽²⁴⁾.

Assim, a referência à natureza dos direitos conexos mostra que se trata de direitos de natureza não idêntica aos direitos de autor. Com efeito, ao contrário dos direitos de autor, os direitos conexos não são enunciados através de cláusulas gerais, quer quanto ao objeto, quer quanto aos atos reservados. Só as prestações previstas são protegidas e apenas nos termos previstos na lei, sem alargamentos possíveis.

Não obstante a tendência para uma certa ‘homogeneidade funcional’ entre os direitos económicos de autor e os direitos conexos das empresas culturais⁽²⁵⁾ — falando-se mesmo em proteção ‘virtualmente equivalente’ entre os autores e os artistas (*performers*)⁽²⁶⁾, tendo em conta a consagração de direitos morais com

(24) CARON, *Droit d'auteur*, cit., pp. 478-9. V. tb. SILKE VON LEWINSKI, MICHEL M. WALTER, ‘Information Society Directive’, *European Copyright Law: A Commentary*, ed. Michel Walter, Silke von Lewinski Oxford/New York, Oxford University Press, 2010, p. 1042 (‘the protection of related rights should not be broader than the protection of authors’).

(25) MICHELE BERTANI, *Impresa Culturale e Diritti Esclusive*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 453.

(26) LIONEL BENTLY, BRAD SHERMAN, *Intellectual Property Law*, 3.rd ed., Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 304.

apontada natureza *híbrida*⁽²⁷⁾ para os artistas intérpretes ou executantes —, a verdade é que os direitos conexos não se confundem com o direito de autor.

Com efeito, uma das matérias mais sensíveis na consagração legal dos direitos conexos, em especial dos direitos dos artistas, foi a sua relação com o direito de autor sobre as obras literárias ou artísticas utilizadas pelos artistas nas suas interpretações ou execuções. Desde logo por se entender que os novos direitos colidiriam com direitos já existentes sobre as obras literárias ou artísticas⁽²⁸⁾.

Ora, sem prejuízo de a atuação do artista poder traduzir-se na criação de uma obra artística original protegida pelo direito de autor⁽²⁹⁾, rege nesta matéria o princípio da autonomia dos direitos conexos em relação ao direito de autor, no sentido de que a tutela dos direitos conexos não afeta nem prejudica de modo algum a proteção do direito de autor sobre a obra utilizada (art. 177.º)⁽³⁰⁾.

Este princípio tem duas vertentes. Por um lado, significa que os sujeitos de direitos conexos devem obter as autorizações dos respetivos titulares de direitos de autor sobre as obras protegidas que utilizem nas suas prestações. Assim, por exemplo, o produtor de videogramas ou fonogramas carece de autorização do autor da obra protegida para que possa realizar licitamente a sua fixação (art. 141.º/1). Por outro lado, a atribuição de direitos conexos não depende da proteção pelo direito de autor da obra sobre a qual

⁽²⁷⁾ TRISTAN AZZI, *Recherche sur la loi applicable aux droits voisins du droit d'auteur en droit international privé*, Paris, LGDJ, 2005, p. 461.

⁽²⁸⁾ Esta é aliás uma objeção que se levantava à própria propriedade literária e artística, como se pode ver já em VISCONDE DE CARNAXIDE, *Tratado da Propriedade Literária e Artística (Direito Interno, Comparado e Internacional)*, Renascença Portuguesa, Porto, 1918.

⁽²⁹⁾ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de Autor*, cit., p. 554 ('quando se realiza uma improvisação, [...] a obra é criada à medida que é executada, mas as duas atividades são intelectualmente protegidas.');

ROBERT PLAISANT, *Le droit des auteurs et des artistes exécutants*, Paris, Delmas, 1970, p. 184 ('Il appartient au juge de décider si l'improvisation comporte une originalité suffisante pour qu'il y ait oeuvre artistique').

⁽³⁰⁾ Este princípio está plasmado em praticamente todos os instrumentos sobre direitos conexos: Convenção de Roma (art. 1.º), TOIEF (art. 1.º/2), Diretiva 93/83/CEE (art. 5.º), Diretiva 2006/115/CE (art. 12.º), DL 332/97 (art. 10.º).

incide a prestação (e.g. prestações artísticas de obras já caídas no domínio público)⁽³¹⁾.

Os direitos conexos constituem uma categoria jurídica algo eclética na ordem jurídica portuguesa. As referências aos direitos de autor que se encontram na Constituição da República Portuguesa (art. 42.º) e no Código Civil (e.g. art. 1303.º) não são acompanhadas por referências aos direitos conexos. Compreende-se que o Código Civil não tenha consagrado a figura dos direitos conexos, uma vez que, ao tempo da sua aprovação, estes direitos não eram atribuídos na ordem jurídica portuguesa. Portugal não tinha ainda ratificado a Convenção de Roma (1961) sobre a proteção dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtores de fonogramas e dos organismos de radiodifusão. Não obstante, o diploma que aprovou o Código do Direito de Autor de 1966, pouco tempo antes do Código Civil, dava já conta destes direitos no preâmbulo (§ 9), reservando todavia a sua regulação para ‘diploma autónomo’.

§ 2. Da proteção das prestações artísticas no CDADC e legislação complementar: evolução histórica e quadro geral

Na ordem jurídica portuguesa os artistas intérpretes ou executantes têm sobre as suas prestações os direitos conexos ao direito de autor previstos no título III do CDADC. Vejamos um pouco mais a génese e a evolução dos direitos conexos dos artistas na ordem jurídica portuguesa.

2.1. Da origem e evolução da proteção dos artistas na ordem jurídica portuguesa

O diploma que aprovou o Código do Direito de Autor de 1966 dava já conta dos direitos conexos no seu preâmbulo (§ 9): ‘Quanto

(31) OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de Autor*, cit., pp. 553-4.

às alterações técnicas [...] respeitam essencialmente a setores limítrofes do direito de autor. Este último é sobretudo o caso dos chamados «direitos vizinhos do direito de autor», que foram objeto de convenção internacional assinada em Roma em 26 de outubro de 1961 e devem ficar reservados para diploma autónomo.’

Esse diploma autónomo chegou a ser objeto de um Projeto de Lei sobre Direitos Conexos ao Direito de Autor, elaborado por Oliveira Ascensão para responder a uma ‘situação de total vazio normativo’⁽³²⁾.

Não obstante, ao invés de seguir a via do diploma autónomo, o legislador optaria por incluir a proteção dos direitos conexos no Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (CDADC), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 63/85, de 14 de março. Apesar de Portugal não ter ainda ratificado a Convenção de Roma, o Código estabeleceu a proteção dos direitos conexos ao direito de autor tendo por referência essa Convenção⁽³³⁾.

No que respeita especificamente aos artistas, o artigo 183.º estabelecia que estes podem impedir, salvo acordo em contrário: a radiodifusão ou a comunicação ao público, por qualquer meio, das execuções que tiverem realizado, *salvo quando utilizadas para a radiodifusão ou comunicação pública execuções já radiodifundidas ou já fixadas (a)*; a fixação das suas execuções não fixadas (*b*); e a reprodução de fixação não autorizada das suas execuções, ou para fim diverso do previsto na autorização, ou dos que visam as utilizações livres enumeradas no artigo 194.º, quando a fixação tiver sido feita ao abrigo das disposições desse artigo (*c*).

Por outro lado, o artigo 184.º estabelecia que, na falta de acordo em contrário, a autorização para radiodifundir uma execu-

⁽³²⁾ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, ‘Projeto de uma Lei sobre Direitos Conexos ao Direito de Autor’, *Revista da Ordem dos Advogados*, 1978, p. 599. Os produtores de fonogramas obteriam inicialmente proteção através da Lei n.º 41/80, de 12 de agosto (Id., *Direito de Autor*, cit., p. 569).

⁽³³⁾ Ratificação pelo Decreto do Presidente da República n.º 168/99, de 22 de julho, adesão pela Resolução da Assembleia da República n.º 61/99, DR I-A, n.º 169, 22/7/1999, e entrada em vigor em 17 de julho de 2002, Aviso do Ministério dos Negócios Estrangeiros n.º 52/2002, DR I-A, n.º 132, 8/5/2002. MOURA VICENTE, *A Tutela Internacional*, cit., p. 130, nota 361.

ção implica autorização para a sua fixação e posterior radiodifusão e reprodução dessa fixação, bem como para a radiodifusão de fixações licitamente autorizadas por outro organismo de radiodifusão (n.º 1). Ou seja, relativamente à utilização das prestações artísticas pela radiodifusão, o direito do artista limitava-se basicamente à autorização da primeira emissão ou da primeira fixação para fins de radiodifusão.

Não obstante, como defendia Oliveira Ascensão no seu Projeto de Lei sobre Direitos Conexos, ‘à liberdade da utilização [secundária] não deve corresponder a sua gratuitidade. Uma remuneração suplementar deveria ser prevista em contrapartida da — retransmissão — nova transmissão — comercialização’⁽³⁴⁾. Nesta ordem de ideias, o n.º 2 do mesmo artigo garantia ao artista o direito a remuneração suplementar sempre que, sem estarem previstas no contrato inicial, fossem realizadas as seguintes operações: uma nova transmissão (a); a retransmissão por outro organismo de radiodifusão (b); a comercialização de fixações obtidas para fins de radiodifusão (c). Pela retransmissão e pela nova transmissão não autorizadas tinha o artista o direito de receber 20% da remuneração primitivamente fixada (n. 3) e, pela comercialização, 20% da quantia que o organismo de radiodifusão que fixou a execução recebesse do adquirente (n. 4), sem prejuízo de estipulação de condições diversas entre o artista e os organismos de radiodifusão (n. 5).

Todavia, estes direitos não seriam aplicáveis nos casos em que o artista tivesse consentido a inclusão da sua execução numa fixação de sons ou de imagens e de sons (art. 187.º).

Por exigências de constitucionalidade⁽³⁵⁾, o Código foi imediatamente alterado pela Lei n.º 45/85, de 17 de setembro. Em especial, o artigo 72.º/3 desta Lei passou a noção de organismo de radiodifusão para o n.º 9 do artigo 181.º do Código, e definiu-o como ‘a entidade que efetua emissões de radiodifusão sonora ou visual, entendendo-se por emissão de radiodifusão a difusão de sons ou de

⁽³⁴⁾ OLIVEIRA ASCENSÃO, ‘Projeto de uma Lei sobre Direitos Conexos ao Direito de Autor’, cit., p. 605.

⁽³⁵⁾ LUIZ FRANCISCO REBELLO, *Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos*, 3.ª ed., Lisboa, Âncora, 2002, p. 17.

imagens, separada ou cumulativamente, por fios ou sem fios, nomeadamente por ondas hertzianas, fibras óticas, cabo ou satélite, destinada à receção pelo público'. Além disso, alterou a numeração do artigo 181.º, passando a constituir o atual artigo 176.º do Código (n.º 6).

Por outro lado, o artigo 73.º da Lei 45/85 alterou a numeração das referidas disposições, passando o artigo 183.º a constituir o atual artigo 178.º e deu nova redação ao seu texto, nos termos da qual 'Os artistas intérpretes ou executantes podem impedir: a) A radiodifusão ou a comunicação ao público, por qualquer meio, sem o seu consentimento, das prestações que tenham realizado, *salvo quando se utilizem prestações já radiodifundidas ou já fixadas*' (*itálico nosso*).

Na opinião de Oliveira Ascensão, esta norma 'torna livre a radiodifusão e a comunicação ao público de prestações já radiodifundidas ou já fixadas'⁽³⁶⁾. Na verdade, mais do que tornar livre, esta norma reafirmou a liberdade de radiodifusão e de comunicação ao público de prestações já radiodifundidas ou já fixadas, estabelecida no Código logo na sua versão originária (no então art. 183.º-a), à semelhança, como veremos, da Convenção de Roma.

Posteriormente, a Lei n.º 114/91, de 3 de setembro, alterou a redação do artigo 179.º, no que diz respeito à remuneração dos artistas. Substituiu o termo execução por prestação (n.º 3 e 4) e tornou irrenunciável o direito à remuneração pela retransmissão e pelas novas transmissões não autorizadas (n.º 5). Se a retransmissão de prestação já radiodifundida ou fixada era livre, já para a comercialização de fixações obtidas para fins de radiodifusão foi confirmada a licença legal prevista logo em 1985, garantindo-se, todavia, ao artista o direito a remuneração irrenunciável por tais utilizações.

Por outro lado, a Lei 114/91 introduziu o n.º 3 do artigo 184.º (baseado no art. 12.º da Convenção de Roma), nos termos do qual 'Quando um fonograma ou videograma editado comercialmente, ou uma reprodução dos mesmos, for utilizado por qualquer forma

⁽³⁶⁾ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de Autor*, cit., p. 561.

de comunicação pública, o utilizador pagará ao produtor e aos artistas intérpretes ou executantes uma remuneração equitativa, que será dividida entre eles em partes iguais, salvo acordo em contrário.’

Ora, do art. 178.º/a, ‘que torna livre a radiodifusão e a comunicação ao público de prestações já radiodifundidas ou já fixadas’ e do ‘art. 178.º/c, que só reserva a reprodução quando a fixação não tenha sido autorizada e em casos análogos’, concluía Oliveira Ascensão que ‘podemos retirar um princípio que é essencial para explicar esta matéria. O que se reserva é a utilização imediata das prestações dos artistas, em que se inclui a própria fixação. As utilizações mediatas não estão sujeitas ao consentimento’⁽³⁷⁾.

As alterações introduzidas recentemente pela Lei n.º 50/2004, de 24 de agosto, ao 178.º do CDADC, não modificaram substancialmente o referido princípio. O mesmo vale para o princípio da tipicidade (*ou numerus clausus*) que rege nesta matéria⁽³⁸⁾.

O princípio da tipicidade significa que só os atos previstos na lei e apenas na medida da previsão legal ficam sujeitos ao poder de autorizar ou proibir conferido aos artistas. Todavia, a proteção dos artistas não se esgota no poder de autorizar ou proibir certos atos. Para além dos direitos morais dos artistas consagrados no Código logo em 1985, é atribuído aos artistas um direito de remuneração por certos atos que escapam ao seu poder de autorizar ou proibir.

Com efeito, ainda nas palavras de Oliveira Ascensão, ‘o sistema só se compreende se acrescentarmos que as utilizações mediatas previstas por lei, embora livres, dão direito a remuneração. O direito patrimonial do artista cinde-se assim em direitos exclusivos e direitos de remuneração’⁽³⁹⁾.

Nesse sentido apontava já também o referido art. 184.º/3 introduzido pela Lei 114/91, ao estabelecer o direito a remuneração equitativa pela utilização por qualquer forma de comunicação ao público de fonogramas ou videogramas publicados com fins comerciais a favor dos artistas e dos produtores. Todavia, embora

⁽³⁷⁾ *Ibid.*, pp. 561-2 (notas de rodapé omitidas).

⁽³⁸⁾ *Ibid.*, p. 562.

⁽³⁹⁾ *Ibid.*, p. 562.

decalcado da Convenção de Roma, esta norma afasta-se dela já que não menciona expressamente a utilização pela radiodifusão.

A Lei 50/2004 alterou, nomeadamente, os artigos 176.º e 178.º do CDADC. Por um lado, a noção de emissão de radiodifusão passou a abranger não apenas a difusão de sons ou de imagens mas também a ‘representação destes’ (art. 176.º/9). Por outro lado, o artigo 178.º sofreu alterações significativas, cujo pleno alcance só se compreende em articulação com o artigo 5.º da Lei 50/2004, que revogou nomeadamente o artigo 179.º do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, onde se estabeleciam os efeitos da autorização para radiodifundir concedida pelo artista.

2.2. A estrutura dualista da proteção das prestações artísticas

O art. 178.º será atualmente ‘um curioso exemplo de aceitação automática, pelo legislador, de um compromisso entre partes interessadas’⁽⁴⁰⁾. Talvez por isso as alterações não contribuam para a clareza do regime legal, sem que todavia tenham afetado, em nossa opinião, a estrutura dualista da proteção dos artistas, no sentido de lhes serem atribuídos direitos exclusivos relativamente a determinados atos e direitos de remuneração relativamente a outros.

Para começar, o novo n.º 1 do art. 178.º passou a atribuir ao artista um poder de autorizar ou proibir, que agora consiste expressamente no direito exclusivo⁽⁴¹⁾ de fazer ou autorizar, por si ou pelos seus representantes, determinados atos, a saber:

⁽⁴⁰⁾ MANUEL LOPES ROCHA, HENRIQUE CARREIRO, *Guia da Lei do Direito de Autor na Sociedade da Informação (Lei 50/2004, de 24 de agosto) Anotada e Comentada*, Farnel/Lisboa, Centroatlântico, 2005, p. 54 (acrescentando que ‘esta solução “contratualista” foi simultaneamente apresentada ao legislador pela GDA e por, pelo menos, uma empresa de radiodifusão (cfr. o Anexo n.º 2 do Relatório da 1.ª Comissão)’).

⁽⁴¹⁾ Ao conservar na redação da norma a expressão ‘sem o seu consentimento’, o legislador ter-se-á esquecido de que essa fórmula fazia sentido quando ao artista assistia (apenas) a faculdade de impedir a prática de determinados atos ‘sem o seu consentimento’. Sendo agora formulado como um direito exclusivo de autorizar ou proibir, a expressão ‘sem o seu consentimento’ é redundante e fonte de eventuais equívocos.

- a) a radiodifusão e a comunicação ao público, por qualquer meio, da sua prestação, *exceto quando a prestação já seja, por si própria, uma prestação radiodifundida ou quando seja efetuada a partir de uma fixação*;
- b) a fixação das prestações que não tenham sido fixadas;
- c) a reprodução direta ou indireta, temporária ou permanente, por quaisquer meios e sob qualquer forma, no todo ou em parte, de fixação das suas prestações quando esta não tenha sido autorizada, quando a reprodução seja feita para fins diversos daqueles para os quais foi dado o consentimento ou quando a primeira fixação tenha sido feita ao abrigo do artigo 189.º [utilizações livres] e a respetiva reprodução vise fins diferentes dos previstos nesse artigo;
- d) a colocação à disposição do público, da sua prestação, por fio ou sem fio, por forma a que seja acessível a qualquer pessoa, a partir do local e no momento por ela escolhido.

Depois, o n.º 2 do art. 178.º passou a estabelecer que a autorização de fixação da sua prestação para fins de radiodifusão concedida pelo artista a um produtor (cinematográfico, audiovisual ou videográfico) ou a um organismo de radiodifusão envolve a *transmissão dos seus direitos de radiodifusão e comunicação ao público*. Não obstante a transmissão destes direitos, o artista conserva ‘o direito de auferir uma remuneração inalienável, equitativa e única, por todas as autorizações referidas no n.º 1, à exceção do direito previsto na alínea d) do número anterior’. Além disso, o 2.º período do número 2 do artigo 178.º sujeita o exercício deste direito de remuneração a gestão coletiva obrigatória e confere um mandato legal à entidade de gestão desta categoria de direitos. Com efeito, o direito a remuneração inalienável, equitativa e única será exercido através de acordo coletivo celebrado entre os utilizadores e a entidade de gestão coletiva representativa da respetiva categoria, que se considera mandatada para gerir os direitos de todos os titulares dessa categoria, incluindo os que nela não se encontrem inscritos (art. 178.º/2, 2.º período).

Embora a autorização de fixação para fins de radiodifusão envolva a transmissão apenas dos direitos de radiodifusão e de comunicação ao público, a lei atribui ao artista o direito de remuneração por todas as autorizações previstas no n.º 1, à exceção do direito de colocação à disposição do público ‘a pedido’. Ora, para além deste direito e dos direitos de radiodifusão e de comunicação ao público, assiste ao artista, nos termos do art. 178.º/1-b, o direito exclusivo de autorizar ou proibir a fixação, sem o seu consentimento, das prestações que não tenham sido fixadas, com base no qual poderia proibir a fixação para fins diversos da radiodifusão. Além disso, nos termos do art. 178.º/1-c, assiste-lhe ainda o direito exclusivo de reprodução de fixação das suas prestações quando a reprodução seja feita para fins diversos daqueles para os quais foi dado o consentimento (*i*) ou quando a primeira fixação tenha sido feita ao abrigo do artigo 189.º [utilizações livres] e a respetiva reprodução vise fins diferentes dos previstos nesse artigo (*ii*).

Ora, englobando no direito de remuneração do artista todas estas autorizações mas resultando da autorização de fixação para radiodifusão a transmissão apenas dos direitos de radiodifusão e de comunicação ao público, parece que a lei terá estabelecido ao mesmo tempo uma cessão legal de direitos e uma licença legal relativamente aos direitos não legalmente cedidos. Ou seja, a referida autorização implica a transmissão legal dos direitos de radiodifusão e de comunicação ao público bem como a licença legal para o exercício dos direitos de que ainda dispunha, à exceção do novo direito de colocação à disposição do público ‘a pedido’.

Por seu turno, o n.º 3 do art. 178.º estabelece que a referida remuneração inalienável e equitativa abrangerá igualmente a autorização para novas transmissões, a retransmissão e a comercialização de fixações obtidas para fins exclusivos de radiodifusão. Este preceito destinar-se-á a tornar claro que a autorização de fixação da prestação para fins de radiodifusão garante que o produtor ou o organismo de radiodifusão têm autorização para novas transmissões bem como para a retransmissão e a comercialização de fixações obtidas para fins exclusivos de radiodifusão. Ao mesmo tempo, é garantida ao artista, em contrapartida, uma remuneração inalienável, única e equitativa pela prática de todos esses atos. De

algum modo, isso já resultava do art. 178.º/2, além de a radiodifusão e a comunicação ao público de prestação radiodifundida ou efetuada a partir de uma fixação serem excluídas do direito exclusivo por força do art. 178.º/1-a, *in fine*.

Embora sejam subtraídos ao exclusivo do artista, parece ser propósito da lei tornar claro que tais atos são abrangidos pela remuneração prevista no art. 178.º/2, que, como vimos, é única, inalienável e equitativa. Donde decorre que a Lei 50/2004 *englobou numa única remuneração as diversas remunerações* que antes eram devidas por utilizações das prestações artísticas.

Quanto ao direito de colocação à disposição do público ‘a pedido’, o n.º 4 do artigo 178.º sujeita o exercício deste novo direito a gestão coletiva obrigatória por entidade de gestão especializada, dispondo que esse direito só poderá ser exercido por uma entidade de gestão coletiva de direitos dos artistas, a qual se presumirá mandatada para gerir os direitos de todos os titulares, incluindo os que nela não se encontrem inscritos, podendo o titular decidir junto de qual dessas entidades deve reclamar os seus direitos sempre que estes direitos forem geridos por mais que uma entidade de gestão.

2.3. O Decreto-Lei n.º 333/97, de 27 de novembro

O regime do CDADC é complementado pelo DL 333/97, de 27 de novembro, que transpõe para a ordem jurídica interna a Diretiva 93/83/CEE (satélite e cabo). Este diploma manda aplicar à comunicação ao público por satélite e à retransmissão por cabo das prestações dos artistas as disposições dos artigos 178.º, 184.º e 187.º do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, e os artigos 6.º e 7.º do DL 333/97.

Este diploma não atribui aos artistas o direito exclusivo de autorizar ou proibir a retransmissão por cabo. Dispõe no artigo 7.º, sobre retransmissão por cabo, que o direito de autorizar ou proibir a retransmissão por cabo só pode ser exercido através de uma entidade de gestão coletiva (n.º 1) e estabelece que, na falta de acordo sobre a autorização da retransmissão por cabo, o litígio resolver-se-á por via arbitral, nos termos da lei (n.º 3). A necessidade de

autorização para retransmissão por cabo, quando prevista, justificará ainda a obrigação de negociar prevista no artigo 9.º, nos termos do qual ‘As entidades representativas dos vários interesses em presença estabelecerão as negociações e os acordos no respeito pelo princípio da boa fé, conducentes a assegurar que a retransmissão por cabo se processe em condições equilibradas e sem interrupções’ (n.º 1), não devendo ser impedidas ou atrasadas pelas partes sem válida justificação (n.º 2).

Todavia, a obrigatoriedade de gestão coletiva e a imposição do recurso à via arbitral referem-se ao exercício do direito exclusivo de retransmissão por cabo, quando este direito exista. Ora, relativamente às prestações dos artistas, esse direito não é instituído nas disposições relevantes nem do CDADC nem do DL 333/97.

Feita esta primeira análise, vejamos seguidamente se o quadro legal português está em conformidade com os instrumentos de direito internacional e da União Europeia aos quais o Estado Português está vinculado.

§ 3. Da proteção das prestações artísticas no direito internacional

3.1. A Convenção Internacional para a Proteção dos Artistas Intérpretes ou Executantes, dos Produtores de Fonogramas, e dos Organismos de Radiodifusão, assinada em Roma em 26 de outubro de 1961

A Convenção de Roma, cuja ‘longa história’ remontará pelo menos a 1925⁽⁴²⁾, garante um *mínimo de proteção* aos artistas intérpretes ou executantes através da ‘possibilidade de impedir certos atos’ praticados sem o seu consentimento. Em vez de enumerar os direitos mínimos dos artistas, esta expressão foi usada para per-

(42) HENRI DESBOIS, ANDRÉ FRANÇON, ANDRÉ KEREVER, *Les Conventions Internationales du Droit d’Auteur et des Droits Voisins*, Paris, Dalloz, 1976, pp. 320-1.

mitir que o Reino Unido pudesse continuar a proteger os artistas mediante leis penais⁽⁴³⁾.

a) A proteção mínima

A proteção mínima dos artistas estabelecida pela Convenção de Roma compreende ‘a faculdade de impedir’ os atos previstos no artigo 7.º/1, a saber, na síntese da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI/WIPO): *a*) a radiodifusão e comunicação ao público de execuções ao vivo (*live performances*)⁽⁴⁴⁾; *b*) a gravação de execuções não fixadas⁽⁴⁵⁾; *c*) a reprodução de fixação de execução quando feita sem o consentimento do artista ou para fins não autorizados pela convenção ou pelo artista⁽⁴⁶⁾.

Assim, ao contrário do previsto para os produtores de fonogramas (art. 10.º) e para os organismos de radiodifusão (art. 13.º), em vez de estabelecer um direito exclusivo para os artistas⁽⁴⁷⁾, a Convenção de Roma obriga os Estados Contratantes a preverem apenas o poder de impedir determinados atos, estabelecendo o fim mas não os meios⁽⁴⁸⁾.

Esta solução foi criticada por estabelecer para os artistas uma proteção inferior à que é acordada para os produtores de fonogra-

(43) *WIPO Handbook*, cit., p. 317; LIONEL BENTLY, BRAD SHERMAN, *Intellectual Property Law*, 3.rd ed., Oxford, Oxford University Press, 2009, 304 (indicando que a proteção dos artistas no Reino Unido remonta à Lei *Dramatic and Musical Performers' Rights*, 1925).

(44) *WIPO Handbook*, cit., p. 317 (‘broadcasting or communication to the public of a “live” performance’).

(45) Incluindo, por exemplo, o chamado ‘bootlegging’, que significa a gravação por um indivíduo e pelos seus próprios meios de um concerto a que assiste, escondendo a cassette com a gravação nas botas para a levar depois à produtora de fonogramas. STEPHEN M. STEWART, *International Copyright and Neighbouring Rights*, 2.nd ed., assisted by Hamish Sandison, London, Butterworths, 1989, p. 233.

(46) *WIPO Handbook*, cit., p. 317.

(47) JOSEPH STRAUS, ‘Neighbouring Rights’ in *International Encyclopedia of Comparative Law*, cit., p. 16 (‘in respect of performing artists the Rome Convention does not provide for any exclusive right’).

(48) WILHELM NORDEMANN, KAI VINCK, PAUL WOLFGANG HERTIN, *Droit d’auteur international et droits voisins dans les pays de langue allemande et les États membres de la Communauté Européenne. Commentaire*, trad. J. Tournier, Bruxelles, Bruylant, 1983, p. 362.

mas e para os organismos de radiodifusão⁽⁴⁹⁾. Todavia, como indica Stewart, razões políticas e não estritamente jurídicas estiveram na base dessa solução: o direito exclusivo foi alvo de forte oposição dos representantes dos autores (que receavam que um tal direito concorreria com o dos autores), dos organismos de radiodifusão (que receavam que esse direito pudesse ser transferido para os sindicatos dos artistas colocando nas suas mãos uma arma muito poderosa contra a liberdade dos organismos de radiodifusão), e finalmente, de países como o Reino Unido (que protegiam os artistas mediante disposições penais)⁽⁵⁰⁾.

Em resultado, o art. 7.º da Convenção de Roma seria uma das suas disposições *à la carte*, na medida em que deixa os Estados Contratantes de ‘mãos livres’ para decidirem a melhor maneira de proteger os artistas contra tais atos⁽⁵¹⁾:

b) Proteção contra a radiodifusão e comunicação ao público, não consentidas, de prestações artísticas: sentido e limites

À cabeça dos atos previstos no artigo 7.º surge a radiodifusão e a comunicação ao público das execuções dos artistas sem seu consentimento (art. 7.º/1-a, 1.ª parte).

Por um lado, quanto à comunicação ao público, entende-se que abrange a transmissão por altifalantes ou por fios de um concerto a um público diferente daquele presente no local do concerto⁽⁵²⁾.

(49) *Ibid.*, p. 361 (‘il est regrettable qu’l’on ait accepté, au detriment des artistes-interprètes, un niveau de protection non seulement insuffisant, mais très inférieur par rapport aux droits reconnus aux producteurs de phonogrammes (Art. 10) et aux organismes de radiodiffusion.’).

(50) STEWART, *International Copyright*, cit., p. 231 (com referência ao *WIPO Guide to Rome*, 7). Sobre a tripla resistência a um direito exclusivo dos artistas ver também NORDEMANN/VINCK/HERTIN, *Droit d’auteur international*, cit., pp. 360-1.

(51) SAM RICKETSON, JANE C. GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights, The Berne Convention and Beyond*, Vol. II, Oxford/New York, Oxford University Press, 2006, p. 1213.

(52) STEWART, *International Copyright*, cit., p. 232.

Por seu turno, as alíneas *f*) e *g*) do artigo 3.º da Convenção de Roma definem radiodifusão e retransmissão para efeitos desta Convenção: por *radiodifusão* entende-se ‘a difusão de sons ou de imagens e sons, por meios de ondas radioelétricas, destinadas à receção pelo público’, e por *retransmissão* a ‘emissão simultânea da emissão de um organismo de radiodifusão efetuada por outro organismo de radiodifusão’.

Ora, a Convenção excetuou ‘a execução utilizada para a radiodifusão ou para a comunicação ao público [que] já seja uma execução radiodifundida ou fixada num fonograma’ (art. 7.º/1-a, 2.ª parte). Em virtude desta exceção, é consensual o entendimento de que a proteção abrange apenas a radiodifusão e outras comunicações ao público de execuções ao vivo (‘live performances’⁽⁵³⁾, *éxecutions vivantes*⁽⁵⁴⁾). Isto significa que a faculdade de proibir que assiste ao artista nos termos da Convenção de Roma não abrange os atos de retransmissão, por meios de ondas radioelétricas, da sua prestação radiodifundida.

Na opinião de Stewart⁽⁵⁵⁾, o artigo 7.º/1-a compreende quatro exceções ao poder de proibir a radiodifusão e a comunicação ao público, a saber:

- a) Se a execução já tiver sido radiodifundida, caso em que se considera uma retransmissão para efeitos do artigo 7.º/2;
- b) Se a radiodifusão for feita a partir de uma fixação, por ex. uma gravação feita para fins de radiodifusão (art. 7.º/2) ou um fonograma comercial (art. 12.º) ou uma fixação efêmera permitida mesmo sem autorização do artista (art. 15.º/c);
- c) Se a execução pública for feita por meio de uma radiodifusão (e.g., rádio num restaurante, ou televisão num hotel);

(53) *WIPO Handbook*, cit., p. 317.

(54) DESBOIS/FRANÇON/KEREVER, *Les Conventions Internationales du Droit d'Auteur et des Droits Voisins*, cit., p. 328 (‘l’*é*xécution «vivante»’ — citando em seu apoio Desjeux: ‘la protection conventionnelle ne joue pas s’il y a radiodiffusion ou fixation intermédiaire de cette *é*xécution’). Também neste sentido, embora críticos, NORDEMANN/VINCK/HERTIN, *Droit d’auteur international*, cit., p. 363 (‘la protection ne s’étend qu’à la radiodiffusion et autres communications au public d’*é*xécutions «vivantes»’).

(55) STEWART, *International Copyright*, cit., p. 232.

- d) Se a execução pública for feita por meio da fixação da execução (e.g., através de uma gravação numa 'jukebox').

Em suma, por força destas exceções, o direito de proibir a radiodifusão ou comunicação ao público seria limitado às atuações ao vivo.

c) A retransmissão como assunto da legislação nacional

A retransmissão por cabo não terá sido prevista pela Convenção de Roma⁽⁵⁶⁾, e os seus artigos 7.º/2 e 12.º dissipam quaisquer dúvidas que ainda pudessem existir quanto a ser a retransmissão abrangida pela faculdade de impedir a radiodifusão ou a comunicação ao público das prestações dos artistas⁽⁵⁷⁾.

Com efeito, a Convenção de Roma pretendeu assegurar, apenas, que o artista tivesse a faculdade mínima de impedir a radiodifusão e a comunicação pública da sua execução (prestação), deixando para a legislação nacional do Estado Contratante onde a proteção for pedida a regulação da proteção contra a retransmissão, a fixação para fins de radiodifusão e a reprodução dessa fixação para fins de radiodifusão (art. 7.º/2-1)), bem como a regulação das modalidades de utilização pelos organismos de radiodifusão das fixações feitas para fins de radiodifusão (art. 7.º/2-2)), com a ressalva de a legislação nacional não poder privar os artistas da faculdade de estabelecerem relações contratuais com os organismos de radiodifusão (art. 7.º/2-3)).

⁽⁵⁶⁾ STEWART, *International Copyright*, cit., p. 232; PEDRO J. F. DA COSTA CORDEIRO, *Direito de Autor e Radiodifusão. Um estudo sobre o direito de radiodifusão desde os primórdios até à tecnologia digital*, Coimbra, Almedina, 2004, p. 127 ('a radiodifusão por cabo não está prevista na Convenção de Roma gozando por isso os Estados-membros que a ela adiram de plena liberdade de regulamentação' — embora fosse já conhecida e até objeto de regulação designadamente no Reino, onde a secção 40 do UK Copyright Act de 1956 permitia a retransmissão por cabo dos programas da BBC e da IBA sem necessidade de qualquer autorização ou pagamento — *Ibid.*, p. 293).

⁽⁵⁷⁾ *Ibid.*, p. 314, nota 771 ('Não há, pois, lugar a um direito exclusivo já que a retransmissão não pode ser, por natureza, de uma prestação em direto. / Se nas difusões originárias não existe um direito exclusivo para as prestações que não sejam em direto, por maioria de razão não haverá lugar a tal direito em caso de retransmissão').

Assim, a regulação da retransmissão é uma das matérias da competência da legislação nacional do Estado Contratante onde a proteção for pedida⁽⁵⁸⁾. O que permite extrair a conclusão de que, ‘nas suas relações com os organismos de radiodifusão os direitos dos artistas foram substancialmente reduzidos’⁽⁵⁹⁾. Na verdade, a legislação nacional poderá estabelecer que, uma vez consentida pelo artista a radiodifusão da sua prestação e no silêncio do contrato quanto à utilização que o organismo de radiodifusão pode fazer da prestação, este será livre de retransmitir, fixar e reproduzir a radiodifusão, e reproduzir ou qualquer outra utilização que pretenda fazer para fins de radiodifusão da fixação⁽⁶⁰⁾.

Na opinião de Stewart, resultaria do art. 7.º/2 da Convenção de Roma uma situação de ‘vácuo’ na proteção dos artistas⁽⁶¹⁾. Outros autores falam, com propriedade, em liberdade de exploração radiofônica logo que o artista intérprete ou executante consinta a radiodifusão da sua prestação, ressalvando-se todavia que os Estados Contratantes não podem privar os artistas do direito de regular livremente as suas relações contratuais com os organismos de radiodifusão nem restringir este direito⁽⁶²⁾.

Na síntese clara e concisa de Oliveira Ascensão, ‘Se o artista consentiu [...] na radiodifusão, passa a reger o art. 7.º/2, que atribui à legislação nacional prover à proteção contra a retransmissão, a fixação para fins de radiodifusão e a reprodução de semelhante fixação; bem como disciplinar as modalidades de utilização, pelos organismos de radiodifusão, destas fixações. Em todo o caso, os artistas poderão sempre regular por via contratual as suas relações com os organismos de radiodifusão’⁽⁶³⁾.

(58) PASCAL KAMINA, *Film Copyright in the European Union*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, p. 344.

(59) STEWART, *International Copyright*, cit., p. 234.

(60) *Ibid.*, p. 234.

(61) *Ibid.*, p. 234.

(62) *Ibid.*, p. 234; NORDEMANN/VINCK/HERTIN, *Droit d’auteur international*, cit., p. 365-6. Entende-se que neste contexto contrato inclui acordos coletivos e também decisões de tribunais arbitrais, quando envolvidos — *WIPO Handbook*, cit., p. 31.

(63) OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de Autor*, cit., p. 560.

Em suma, a retransmissão é uma das matérias da competência da legislação nacional do Estado Contratante onde a proteção for pedida. A Convenção de Roma não abrange a retransmissão no poder de impedir a radiodifusão ou a comunicação ao público, deixando a cada Estado Contratante a liberdade de fixar essa proteção, sem prejuízo de eventuais acordos entre os artistas e os organismos de radiodifusão.

d) Direito de remuneração

A Convenção de Roma estabelece no art. 12.º que ‘Quando um fonograma publicado com fins comerciais ou uma reprodução desse fonograma forem utilizados diretamente pela radiodifusão ou para qualquer comunicação ao público, o utilizador pagará uma remuneração equitativa e única aos artistas ou aos produtores de fonogramas ou aos dois’, podendo a legislação nacional determinar as condições de repartição desta remuneração na falta de acordo entre eles.

Segundo a OMPI/WIPO, este artigo não confere nenhum direito nem a artistas nem a produtores de fonogramas de autorizar ou proibir a utilização secundária do fonograma; antes pelo contrário, garantindo uma remuneração única e equitativa pela utilização do fonograma, esta disposição parece estabelecer uma espécie de ‘licença não voluntária’⁽⁶⁴⁾. A propósito desta norma, já considerada o ‘ponto focal’ da Convenção⁽⁶⁵⁾, sustenta-se que as hipóteses em que o artista intérprete e o produtor de fonogramas são privados de direitos exclusivos reúnem as principais formas de exploração possível do seu direito de comunicação ao público. ‘Na prática, a exceção [licença legal] torna-se o princípio’⁽⁶⁶⁾. Para além da limitação significativa que acarreta à proteção dos artistas e dos produtores de

⁽⁶⁴⁾ *WIPO Handbook*, cit., p. 318.

⁽⁶⁵⁾ STRAUS, ‘Neighbouring Rights’, *International Encyclopedia of Comparative Law*, cit., p. 17.

⁽⁶⁶⁾ AZZI, *Recherche*, cit., p. 45. Todavia, em rigor, só seria uma licença legal se o direito de autorizar a radiodifusão ou comunicação ao público fosse previsto. Ora, a Convenção estabelece que o poder de proibir tais atos não se impõe relativamente a prestações radiodifundidas ou fixadas (incluindo fonogramas publicados com fins comerciais).

fonogramas, a Convenção de Roma permite que os Estados Contratantes façam certas reservas a esta norma nos termos do art. 16.º.

Ora, a radiodifusão e a comunicação ao público de prestação efetuada a partir de uma fixação não são abrangidas no poder mínimo de impedir atribuído ao artista (art. 7.º/1-a) nem no direito de autorizar ou proibir a reprodução de fonogramas de que gozam os seus produtores (art. 10.º). De todo o modo, quando forem utilizados diretamente pela radiodifusão ou para qualquer comunicação ao público fonogramas publicados com fins comerciais deve o utilizador pagar uma remuneração ‘equitativa e única’ aos artistas ou aos produtores de fonogramas ou aos dois, podendo a legislação determinar as condições da sua repartição na falta de acordo entre artistas e produtores de fonogramas. Trata-se, por conseguinte, de um direito a mera remuneração por atos que, segundo a Convenção de Roma, não têm que ser abrangidos pelo poder de impedir dos artistas nem pelo direito de autorizar ou proibir dos produtores de fonogramas.

Por outro lado, o âmbito de aplicação deste direito de remuneração é relativamente restrito, uma vez que abrange apenas *fonogramas publicados com fins comerciais* ou uma sua reprodução (já não fonogramas não publicados ou publicados sem fins comerciais) utilizados diretamente pela radiodifusão ou para qualquer comunicação ao público. Ora, segundo o glossário da Convenção, a radiodifusão é limitada ‘à difusão de sons ou de imagens e sons, por meio de ondas radioelétricas, destinadas à receção pelo público’ (art. 3.º/f), parecendo excluir-se a transmissão por cabo. Além disso, exige-se que os fonogramas sejam ‘utilizados diretamente pela radiodifusão’ (art. 12.º), com exclusão por conseguinte da retransmissão. Finalmente, ‘tal direito poderá nem sequer existir se os Estados-membros fizerem uso da reserva do art. 16 n.º 1, alínea a)-i), ou ser limitado — cfr., pontos (ii), (iii) e (iv), do mesmo preceito’⁽⁶⁷⁾.

⁽⁶⁷⁾ PEDRO CORDEIRO, *Direito de Autor*, cit., p. 128 (concluindo, com apoio nomeadamente no *Guia da Convenção de Roma e da Convenção de Fonogramas* (Genebra, 1995), que ‘Só o radiodifusor originário estará, por isso, sujeito ao direito de remuneração — caso ele exista. A expressa exclusão da figura da retransmissão não deixa dúvidas quanto a esta interpretação que é, aliás, sustentada pelo Relatório Geral de 1961 e pela melhor doutrina’ — *ibidem*, notas de rodapé omitidas).

e) Utilizações livres e outros limites

Para além dos limites aos direitos conferidos que permite, a Convenção de Roma também impõe ela própria alguns limites a esses direitos⁽⁶⁸⁾. Por um lado, qualquer Estado Contratante pode estabelecer exceções relativamente à utilização privada, pequenos excertos em relatos de acontecimentos de atualidade, fixação efémera por organismo de radiodifusão pelos seus próprios meios e para as suas próprias emissões, e a utilização destinada exclusivamente ao ensino ou à investigação científica (art. 15.º/1).

Para além destas exceções, os Estados Contratantes podem também estabelecer, relativamente aos direitos conexos dos artistas, produtores de fonogramas e dos organismos de radiodifusão, limites da mesma natureza dos que são previstos na sua legislação nacional de proteção do direito de autor sobre obras literárias ou artísticas. Todavia, a previsão de autorizações obrigatórias só é permitida se for compatível com as disposições da Convenção de Roma (art. 15.º/2).

Por outro lado, o art. 19.º da Convenção de Roma afasta a faculdade de impedir prevista no artigo 7.º quando um artista haja consentido a inclusão da sua execução numa fixação de imagens ou de imagens e sons. Esta norma favorece claramente os produtores videográficos, audiovisuais ou cinematográficos, comentando-se, a seu respeito, que o consentimento do artista para a inclusão da sua prestação em videograma ou filme deixa-o numa ‘posição vulnerável’⁽⁶⁹⁾. Tanto mais que o direito de remuneração previsto no art. 12.º da Convenção se refere apenas a fonogramas publicados com fins comerciais.

f) Síntese

Não resulta da Convenção de Roma que os Estados Contratantes devam atribuir aos artistas o poder de impedir a retransmissão por cabo das suas prestações. Antes pelo contrário, a retrans-

⁽⁶⁸⁾ *WIPO Handbook*, cit., p. 318.

⁽⁶⁹⁾ RICKETSON/GINSBURG, *International Copyright*, cit., p. 1213.

missão por cabo não terá sido prevista pela Convenção e, mesmo que se considere abrangida pela noção de retransmissão prevista na Convenção, a prestação é, por natureza, uma prestação radiodifundida ou efetuada a partir de uma fixação, devendo nessa medida considerar-se excepcionada ou excluída da faculdade de impedir a radiodifusão ou a comunicação ao público nos termos do art. 7.º/1-a da Convenção de Roma.

Além disso, pela utilização direta pela radiodifusão ou para qualquer comunicação ao público de fonogramas publicados com fins comerciais, a Convenção estabelece que o utilizador deve pagar uma remuneração equitativa e única aos artistas ou aos produtores dos fonogramas ou aos dois, competindo à legislação nacional determinar as condições de repartição desta remuneração na falta de acordo entre eles (art. 12.º).

Este direito a remuneração única e equitativa é de alcance limitado, já que abrange apenas fonogramas publicados com fins comerciais (ou uma sua reprodução) utilizados *diretamente* pela radiodifusão ou para qualquer comunicação ao público. De fora ficam, nomeadamente, os fonogramas publicados sem fins comerciais bem como a utilização indireta pela radiodifusão, i.e., a retransmissão. Além disso, a Convenção admite reservas totais ou parciais a este direito de remuneração, incluindo a sua não aplicação a determinadas utilizações tais como a radiodifusão (art. 16.º).

Todavia, o facto de a Convenção de Roma parecer limitar a faculdade de proibir dos artistas à radiodifusão e a comunicação ao público das suas prestações ao vivo, com exclusão da retransmissão (entendida como ‘emissão simultânea’), não significa que os Estados Contratantes não possam estabelecer uma faculdade de proibir com um âmbito de proteção mais amplo. Com efeito, a distribuição por cabo de uma prestação artística radiodifundida poderá ser considerada uma utilização distinta dessa prestação⁽⁷⁰⁾,

⁽⁷⁰⁾ DAVID B. WINN, *European Community and International Media Law*, London, Graham&Trotman / Martinus Nijhoff, 1994, p. 366; PEDRO CORDEIRO, *Direito de Autor*, cit., p. 320.

digna de tutela legal semelhante à prevista para a emissão primária, como terá sucedido no direito belga⁽⁷¹⁾.

Porém, à semelhança de muitos ordenamentos jurídicos nacionais, a ordem jurídica portuguesa respeitou os mínimos da Convenção de Roma e não atribuiu ao artista o direito de autorizar a retransmissão da sua prestação, na medida em que esta é já, por si própria, uma ‘prestação radiodifundida’. Ou seja, uma vez autorizada a transmissão primária, o artista já não pode proibir a retransmissão da sua prestação, enquanto emissão simultânea por um organismo de radiodifusão de uma emissão de outro organismo de radiodifusão’ (art. 176.º/10 CDADC), dado que a sua prestação é já, por si própria, uma ‘prestação radiodifundida’.

De igual modo, o artista não tem o direito de autorizar a radiodifusão nem a comunicação ao público da sua prestação quando esta seja efetuada a partir de uma fixação (i.e. a partir de um fonograma ou de um videograma tal como estes são definidos no CDADC), incluindo a fixação lícita para fins de radiodifusão. Ora, por maioria de razão, não tendo o direito de autorizar a radiodifusão e a comunicação ao público da prestação quando efetuada a partir de uma fixação, o artista não terá também o direito de autorizar a retransmissão da prestação assim radiodifundida.

Em todo o caso, note-se que embora nem a Convenção de Roma nem o CDADC o refiram expressamente, parece-nos que, enquanto elementos de delimitação negativa do direito exclusivo dos artistas, as noções de ‘prestação radiodifundida’ e ‘efetuada a partir de uma fixação’ pressupõem a respetiva licitude, i.e. serem prestações radiodifundidas ou fixadas com autorização do artista ou no âmbito das utilizações legalmente permitidas ou previstas no art. 189.º (e.g. utilização para fins de informação ou crítica nos termos do art. 189.º/1-b).

Além disso, enquanto a Convenção de Roma estabelece no art. 19.º que o consentimento do artista para a ‘inclusão da sua execução numa fixação de imagens ou de imagem e sons’ (i.e. num

(71) Lei de 30 de junho de 1994 sobre direito de autor e direitos conexos, art. 51; FERNAND DE VISSCHER & BENOÎT MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 274-6.

videograma) afasta a sua faculdade de proibir prevista no art. 7.º — sem prever sequer em contrapartida qualquer remuneração equitativa para os artistas —, já o CDADC lhes atribui um direito de remuneração inalienável, equitativa e única por todas as utilizações — à exceção da colocação à disposição do público ‘a pedido’ — da sua prestação cuja fixação tenha autorizado para fins de radiodifusão a um produtor videográfico, audiovisual ou cinematográfico, ou a um organismo de radiodifusão (art. 178.º/2).

Por outro lado, o CDADC estabelece uma remuneração única e equitativa para o artista, juntamente com o produtor, pela utilização por qualquer forma de comunicação pública de fonograma ou videograma editado comercialmente, ou de uma reprodução do mesmo (art. 184.º/3)⁽⁷²⁾. Em comparação, a Convenção de Roma prevê a referida remuneração única e equitativa não apenas para qualquer comunicação ao público mas também para a *utilização direta* por radiodifusão de fonograma publicado com fins comerciais (art. 12.º).

Assim, a lei portuguesa terá sido mais generosa ao alargar a remuneração ao produtor de videograma, mas, ao contrário da Convenção de Roma, não refere expressamente a utilização por radiodifusão no âmbito dessa remuneração. Pelo que no direito interno a referida remuneração parece não abranger a radiodifusão (direta ou indireta). Voltaremos a este assunto.

⁽⁷²⁾ Embora seja igualmente equitativa e única, à semelhança da prevista no art. 178.º/2, a remuneração estabelecida no art. 184.º/3 não é considerada inalienável. Não obstante, estas remunerações parecem ser afastadas quando se trate de prestação artística decorrente do exercício de dever funcional ou de contrato de trabalho (art. 189.º/2). De *lege ferenda*, poder-se-ia equacionar uma solução semelhante à adotada em Espanha, onde o art. 110.º da LPI, na redação introduzida pela Lei 23/2006, estabelece que, apesar de os direitos exclusivos de reprodução e de comunicação ao público pertencerem ao empresário ou à pessoa por conta de quem é feita a interpretação ou execução, os artistas conservam os seus direitos de remuneração.

3.2. O Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio (1994)

O Acordo ADPIC⁽⁷³⁾ conservou a abordagem aberta da Convenção de Roma, ao invés de estabelecer a proteção dos artistas como direito exclusivo sobre as suas prestações⁽⁷⁴⁾. Com efeito, à semelhança da Convenção de Roma, o Acordo ADPIC estabelece no art. 14.º/1 que os artistas terão a possibilidade de impedir a realização, sem o seu consentimento, de determinados atos, a saber: ‘a fixação da sua execução não fixada’ (a), ‘a reprodução dessa fixação’ (b), e ‘a radiodifusão por meio de ondas radioelétricas e a comunicação ao público das suas execuções ao vivo’ (c)⁽⁷⁵⁾.

Ora, ao invés de excepcionar certos atos do poder de impedir a radiodifusão e a comunicação ao público das prestações artísticas, esta norma do Acordo ADPIC delimita pela positiva a proteção dos artistas ao referi-la às suas ‘execuções ao vivo’. Deste modo, a retransmissão não terá sido abrangida pela proteção dos artistas estabelecida neste Acordo.

Assim a retransmissão com ou sem fios será matéria excluída, por definição, da proteção prevista, não sendo sequer necessário considerar, neste âmbito, que o Acordo ADPIC possibilita aos Membros que relativamente aos direitos conferidos prevejam condições, limitações, exceções e reservas na medida autorizada pela Convenção de Roma (art. 14.º/6, 1.ª parte). Com efeito, sendo a radiodifusão e a comunicação ao público limitadas às ‘execuções ao vivo’ — tal como aliás já era entendimento consensual face à Convenção de Roma (*vide supra*) — parece-nos que a retransmissão não foi abrangida na proteção dos artistas estabelecida pelo Acordo ADPIC.

(73) Aprovado para adesão pela Resolução da Assembleia da República n.º 75-B/94, de 15 de dezembro.

(74) RICKETSON/GINSBURG, *International Copyright*, cit., p. 1230.

(75) No sentido de que, à semelhança da Convenção de Roma que lhe serve de modelo, os conceitos de radiodifusão e de retransmissão do Acordo ADPIC ‘se restringem às emissões efetuadas sem fio’, PEDRO CORDEIRO, *Direito de Autor*, cit., pp. 136-7.

3.3. O Tratado da Organização Mundial da Propriedade Intelectual sobre Interpretações ou Execuções e Fonogramas (TOIEF), concluído em dezembro de 1996

Se o Acordo ADPIC limita expressamente, na questão em análise, o poder de impedir a radiodifusão ou comunicação ao público às prestações artísticas ‘ao vivo’, já o Tratado da OMPI sobre Interpretações ou Execuções e Fonogramas (TOIEF), concluído em dezembro de 1996, reforçou a proteção dos artistas⁽⁷⁶⁾.

Para começar, abrangeu os artistas de ‘expressões de folclore’ no rol de artistas protegidos (art. 2.º-a)⁽⁷⁷⁾. Depois, o TOIEF estabelece determinados direitos morais dos artistas intérpretes ou executantes (art. 5.º). Todavia, este aspeto não representou uma inovação para a ordem jurídica portuguesa, que já conferia direitos morais aos artistas.

a) Direito exclusivo

No que respeita especificamente aos direitos económicos, o TOIEF ‘evoluiu’ para a figura do direito exclusivo⁽⁷⁸⁾. Com efeito, relativamente aos direitos patrimoniais dos artistas sobre as suas *prestações não fixadas*, o TOIEF estabelece no art. 6.º que os artistas gozam do direito exclusivo⁽⁷⁹⁾ de autorizar a sua fixação (a) bem

⁽⁷⁶⁾ Aprovado pela Resolução da Assembleia da República n.º 81/2009, Diário da República, 1.ª série, n.º 166, 27 de agosto de 2009, p. 5636. Ao tempo da conclusão deste Acordo tinham já sido adotadas na então Comunidade Europeia a Diretiva 92/100/CEE sobre aluguer, comodato e direitos conexos ao direito de autor (agora substituída pela Diretiva 2006/115/CE), e a Diretiva 93/83/CEE sobre radiodifusão por satélite e retransmissão por cabo.

⁽⁷⁷⁾ A Convenção de Roma prevê apenas os artistas de obras literárias ou artísticas (art. 3.º/a, *in fine*) — independentemente de a obra literária ou artística interpretada ou executada ser protegida pelo direito de autor —, mas possibilita que a legislação nacional dos Estados Contratantes torne extensiva a proteção nela prevista aos artistas não executantes de obras literárias ou artísticas (art. 9.º).

⁽⁷⁸⁾ RICKETSON/GINSBURG, *International Copyright*, cit., p. 1259.

⁽⁷⁹⁾ STRAUS, ‘Neighbouring Rights’, *International Encyclopedia of Comparative Law*, cit., p. 25 (Under WPPT [...] performers will also have economic rights, which

como a sua radiodifusão e a sua comunicação ao público, *exceto quando já sejam uma interpretação ou execução radiodifundida (b)*.

Prestações não fixadas são, como vimos, as atuações ao vivo, tanto em espetáculo em recinto aberto ao público como em estúdio. Nos termos do TOIEF, os artistas têm o direito exclusivo de autorizar a radiodifusão e a comunicação pública dessas prestações, exceto se estas já forem uma interpretação ou execução radiodifundida. Ora, no caso da retransmissão (enquanto emissão simultânea) a prestação é já uma interpretação ou execução radiodifundida, pelo que será excluída do direito exclusivo do artista. Este entendimento é corroborado igualmente pelas noções de radiodifusão e de comunicação ao público estabelecidas neste Tratado.

O TOIEF define radiodifusão como ‘a transmissão *sem fio* de sons ou imagens e sons, ou de representações destes, destinados a ser recebidos pelo público; uma transmissão desta natureza realizada por satélite é também ‘radiodifusão’; a transmissão de sinais codificados será considerada ‘radiodifusão’ quando os meios de descodificação sejam fornecidos ao público pelo organismo de radiodifusão ou com o seu consentimento (art. 2.ºf, *itálico nosso*). Deste modo, uma prestação é radiodifundida quando é transmitida (ou retransmitida) por meios de radiodifusão sem fios, incluindo por satélite.

Por seu turno, por comunicação ao público entende-se ‘a transmissão ao público, por qualquer meio que não seja radiodifusão, de sons de uma interpretação ou execução ou os sons ou representações de sons fixados num fonograma. Para os fins do artigo 15.º entende-se que ‘comunicação ao público’ inclui o tornar audível ao público os sons ou representações de sons fixados num fonograma’ (art. 2.ºg).

Assim radiodifusão e comunicação ao público são realidades distintas e juridicamente diferenciadas. O direito exclusivo de radiodifusão e de comunicação ao público de prestações não fixadas abrange apenas, por definição, as atuações ao vivo⁽⁸⁰⁾. Na

unlike those provided under the Rome Convention and the TRIPS Agreement represent full exclusive rights’).

⁽⁸⁰⁾ *WIPO Handbook*, cit., p. 328. No sentido de que este Tratado estabelece um direito exclusivo sobre atuações ao vivo quanto à radiodifusão ou comunicação ao público (salvo se já é uma prestação radiodifundida) e à fixação das atuações, KAMINA, *Film Copyright*, cit., p. 344.

comunicação ao público encontram-se, desde logo, os casos em que uma atuação ao vivo é levada ao público através de altifalantes. Alguns Autores vão mais longe e defendem que deveria ser igualmente abrangida nesta figura a transmissão ao vivo pela Internet⁽⁸¹⁾.

Apesar de a noção de comunicação ao público incluir as ‘representações de sons fixados num fonograma’, o art. 6.º do TOIEF limita o direito de comunicação ao público às prestações (interpretações ou execuções) não fixadas.

Em todo o caso, a retransmissão, definida na Convenção de Roma como ‘a emissão simultânea da emissão de um organismo de radiodifusão efetuada por outro organismo de radiodifusão’ (art. 3.º/g), não é abrangida pelo direito exclusivo. Poder-se-ia dizer que o TOIEF, ao contrário da Convenção de Roma, não exclui do exclusivo a radiodifusão e a comunicação ao público de prestações artísticas efetuadas a partir de uma fixação. Todavia, a norma que prevê este direito (art. 6.º) refere-se aos direitos patrimoniais dos artistas sobre as suas prestações *não fixadas*. Ora, tratando-se de prestações não fixadas exclui-se aqui à partida a questão das prestações efetuadas a partir de uma fixação.

Relativamente a estas [prestações fixadas] são previstos os direitos exclusivos de reprodução, distribuição, aluguer, bem como o novo direito de colocação à disposição do público ‘a pedido’, i.e. ‘o direito de colocação à disposição do público das suas prestações fixadas em fonogramas, por fio ou sem fio, de tal maneira que os membros do público possam ter acesso a elas desde um lugar e num momento que individualmente escolherem’ (art. 10.º).

Este novo direito, objeto de grandes discussões quanto à sua configuração e moldado de raiz em atenção à interatividade específica das comunicações eletrónicas em rede, é concebido como um direito autónomo, dirigido a uma nova forma de utilização das obras e prestações que não se confunde nem com as formas convencionais de distribuição nem com a radiodifusão nem ainda com as formas tradicionais de comunicação ao público. Ou seja, a radiodifusão e a comunicação ao público tradicionais não abran-

(81) RICKETSON/GINSBURG, *International Copyright*, cit., p. 1259.

gem nem são abrangidas por este direito, que se afirma como uma modalidade nova e independente de utilização das prestações⁽⁸²⁾.

Todavia, para efeitos do direito de remuneração equitativa e única pela radiodifusão e pela comunicação ao público de fonogramas que incluam prestações artísticas, consideram-se como se tivessem sido publicados para fins comerciais os fonogramas colocados à disposição do público nos termos deste novo direito, i.e. por fio ou sem fio, de maneira que os membros do público possam ter acesso a eles desde um lugar e num momento que individualmente escolherem (15.º/4).

b) Direito de remuneração equitativa

O referido direito de remuneração está previsto no art. 15.º do TOIEF. Em termos semelhantes à Convenção de Roma, o TOIEF estabelece a favor dos artistas e dos produtores de fonogramas publicados para fins comerciais⁽⁸³⁾ o direito a uma ‘remuneração equitativa e única’ pela sua utilização, direta ou indireta, pela radiodifusão ou por qualquer forma de comunicação ao público (art. 15.º/1), deixando à legislação nacional das Partes Contratantes determinar qual dos titulares do direito ou ambos terá legitimidade para reclamar ao utilizador o respetivo pagamento (que será devido a ambos, ao contrário do previsto na Convenção de Roma que deixa o assunto para a legislação nacional) e para fixar, na ausência de acordo entre os beneficiários, os termos da sua repartição (art. 15.º/2).

Tal como se prevê na Convenção de Roma, também o TOIEF admite que este direito a remuneração equitativa seja sujeito a determinadas reservas pelas Partes Contratantes (art. 15.º/3 e 21.º).

⁽⁸²⁾ Ver o nosso *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnológica*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, § 47; MIHALY FICSOR, *The Law of Copyright and the Internet: The 1996 WIPO Treaties, Their Interpretation and Implementation*, Oxford, Oxford University Press, Oxford, 2002.

⁽⁸³⁾ Em Declaração Acordada relativamente ao artigo 15.º do TOIEF, lê-se que ‘o disposto no artigo 15.º não impede que o direito conferido por esse artigo seja concedido aos artistas intérpretes ou executantes de folclore e aos produtores de fonogramas que procedam à gravação de folclore, caso esses fonogramas não tenham sido editados com fins comerciais.’

De resto, nos termos do art. 1.º/1 do TOIEF, ‘Nenhuma das disposições do presente Tratado implica a derrogação das obrigações das Partes Contratantes entre si decorrentes da Convenção Internacional’ de Roma.

Ora, parece-nos que em matéria de radiodifusão e de comunicação ao público o TOIEF acrescentou pouco em relação à Convenção de Roma, em termos tais que o direito de remuneração poderia ser entendido restritivamente por referência apenas às formas tradicionais de radiodifusão e de comunicação ao público. Considerando-se a transmissão por cabo não uma forma de comunicação ao público mas antes de radiodifusão, mas abrangendo esta apenas a transmissão sem fios, concluir-se-ia que a transmissão por cabo (com fios) seria excluída do âmbito do TOIEF, incluindo do direito de remuneração equitativa⁽⁸⁴⁾. Aliás, como se lê na Declaração Acordada relativamente ao artigo 15.º do TOIEF, ‘Considera-se que o artigo 15.º não constitui uma resolução completa do nível de direitos de radiodifusão e de comunicação ao público de que os produtores de fonogramas e os artistas intérpretes ou executantes deveriam beneficiar na era digital. As delegações não conseguiram chegar a um consenso acerca de diferentes propostas relativas a aspetos da exclusividade a conceder em certas circunstâncias ou a direitos a conceder sem a possibilidade de reservas, tendo por conseguinte deixado a questão para resolução futura.’

De resto, a única referência à utilização por fio surge no âmbito do novo direito de colocação à disposição do público ‘a pedido’, o qual constitui uma modalidade nova de utilização de prestações, que não se confunde com as tradicionais radiodifusão e comunicação ao público. Nesse sentido, a transmissão por cabo seria prevista no TOIEF apenas no âmbito do novo direito de colocação à disposição do público ‘a pedido’, não sendo abrangida, nessa medida, pelo referido direito de remuneração única e equitativa.

⁽⁸⁴⁾ SILKE VON LEWINSKI, ‘Rental and Lending Rights Directive’, in *European Copyright Law: A Commentary*, ed. Michel Walter, SILKE VON LEWINSKI, Oxford/New York, Oxford University Press, 2010, pp. 320-1.

c) Síntese

A proteção das prestações artísticas prevista no TOIEF não difere substancialmente, no que diz respeito à radiodifusão e à comunicação ao público, do regime da Convenção de Roma. Todavia, ao invés de mera faculdade de impedir, configura-se neste Tratado como direito exclusivo de autorizar a radiodifusão e a comunicação ao público de prestações artísticas *ao vivo*, i.e. prestações ainda não fixadas nem radiodifundidas. Além disso, estabelece também, embora sujeito igualmente a reservas, o direito de remuneração equitativa para os artistas e os produtores de fonogramas publicados com fins comerciais, quando estes sejam utilizados, direta ou indiretamente, pela radiodifusão ou por qualquer comunicação ao público.

De um modo geral, a lei portuguesa parece-nos estar em conformidade com a proteção das prestações artísticas prevista no TOIEF. A maior dúvida que se poderá suscitar é aquela a que aludimos a propósito da Convenção de Roma e que se prende com o facto de o CDADC não incluir expressamente a radiodifusão nas utilizações de fonogramas publicados com fins comerciais pelas quais é devida remuneração aos artistas e aos produtores. De todo o modo, os instrumentos internacionais permitem reservas a esse direito.

Em todo o caso, tal como o Tratado TOIEF, também a lei portuguesa limita o exclusivo de radiodifusão e de comunicação ao público às prestações artísticas ainda não radiodifundidas nem fixadas. O que, a nosso ver, exclui do exclusivo a retransmissão por cabo.

§ 4. Direito da União Europeia

Analisemos agora as disposições relevantes do direito da União Europeia, em ordem a saber se as prestações artísticas são aí protegidas e, em particular, se a retransmissão por cabo é ou não, e em que termos, abrangida nessa proteção.

Do leque de instrumentos de harmonização comunitária adotados no domínio do direito de autor e dos direitos conexos, destacam-

-se aqui duas Diretivas⁽⁸⁵⁾. Por um lado, a Diretiva 2006/115/CE, que revogou e substituiu a Diretiva 92/100/CEE (designada abreviadamente por Diretiva Aluguer e Comodato). Por outro lado, a Diretiva 93/83/CEE (designada abreviadamente por Diretiva Satélite e Cabo). Especial importância assume também a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia sobre as matérias harmonizadas por estas Diretivas.

4.1. Diretiva 2006/115/CE (ex Diretiva 92/100/CEE)

A Diretiva 2006/115/CE⁽⁸⁶⁾ obriga os Estados-Membros a preverem certos direitos exclusivos para os artistas relativamente às suas prestações, como sejam o direito de fixação (art. 7.º/1) e o direito de distribuição (art. 9.º/1-a), bem como o direito de aluguer e o direito de comodato (art. 3.º/1-a). No domínio da radiodifusão e da comunicação ao público das suas prestações, os Estados-Membros ficam obrigados a garantir aos artistas determinados ‘direitos mínimos’⁽⁸⁷⁾. São ‘direitos mínimos’ uma vez que a Diretiva ressalva que os Estados-Membros podem estabelecer para os titulares de direitos conexos ao direito de autor uma proteção superior à exigida pelas suas disposições em matéria de radiodifusão e de comunicação ao público (considerando 16 do preâmbulo).

Estes direitos mínimos analisam-se, por um lado, em *direitos exclusivos*, que permitem aos artistas autorizar ou proibir determinados atos, e, por outro, em *direitos de remuneração*, que conferem apenas o direito de obter remuneração pela prática de certos atos relativamente às suas prestações. Vejamos.

(85) Sobre o estado da questão antes das Diretivas comunitárias, GERHARD SCHRICKER, *Urheberrechtliche Probleme des Kabelrundfunks*, Baden-Baden, Nomos, 1986, MARIE HELEN PICHLER, *Copyright Problems of Satellite and Cable Television in Europe*, London (etc.), Graham & Trotman, 1987, THOMAS DREIER, *Kabelweiterleitung und Urheberrecht. Eine vergleichende Darstellung*, München, Beck, 1991.

(86) A Diretiva 2006/115/CE revogou a Diretiva 92/100/CEE, embora o regime seja idêntico (art. 8.º e 14.º).

(87) LEWINSKI, ‘Rental and Lending Rights Directive’, in *European Copyright Law: A Commentary*, cit., p. 318.

a) Sentido e limites do direito exclusivo de radiodifusão e de comunicação ao público na Diretiva 2006/115/CE (art. 8.º/1)

À cabeça dos direitos exclusivos dos artistas surge o direito de radiodifusão e de comunicação ao público das suas prestações, ‘*exceto se a prestação já for, por si própria, uma prestação radiodifundida ou se for efetuada a partir de uma fixação*’ (art. 8.º/1, *itálico nosso*). Assim, a Diretiva 2006/115/CE estabelece o direito exclusivo de radiodifusão e de comunicação ao público, mas do seu âmbito de aplicação são excluídas, à semelhança da Convenção de Roma, as que já sejam, por si próprias, prestações radiodifundidas ou efetuadas a partir de uma fixação. Detenhamo-nos então nos contornos do direito exclusivo de radiodifusão e comunicação ao público.

Quanto ao *direito de radiodifusão* sustenta-se que é limitado à radiodifusão sem fios, incluindo por satélite⁽⁸⁸⁾. Por seu turno, quanto ao *direito de comunicação ao público*, este não incluiria, por exclusão de partes, a radiodifusão sem fios, nem a transmissão por cabo e afins⁽⁸⁹⁾. Como formas típicas de comunicação ao público previstas no art. 8.º/1 da Diretiva indicam-se as atuações públicas ao vivo de concertos musicais ou de atores de peças teatrais ou a recitação de obras literárias em lugares públicos⁽⁹⁰⁾. Resalva-se todavia que, tendo a Diretiva estabelecido apenas uma proteção mínima, os Estados-Membros podem alargar o direito de radiodifusão dos artistas à transmissão por cabo ou outros fios, na medida em que as normas da Diretiva Satélite e Cabo sejam respeitadas.

⁽⁸⁸⁾ *Ibid.*, p. 320 (“The right is thus limited to broadcasting by wireless means”).

⁽⁸⁹⁾ *Ibid.*, p. 320 (“Since Article 8(1) by intention excludes transmission by cable and other wire, also such transmissions are arguably not covered by this term”).

⁽⁹⁰⁾ *Ibid.*, pp. 320-1 (sustentando ainda que os fenómenos tornados possíveis pelas novas tecnologias, como a webradio, a webcasting, e simulcasting, não existiam quando a Diretiva foi inicialmente adotada em 1992, pelo que os Estados-Membros não seriam obrigados a assegurar proteção contra estas formas de comunicação ao público com base no art. 8.º da Diretiva, sem prejuízo de o poderem fazer tendo em conta o considerando 20 do seu preâmbulo).

Nesta perspectiva, a transmissão por cabo e, por maioria de razão, a retransmissão por cabo seriam à partida excluídas do direito exclusivo de autorizar a radiodifusão e a comunicação ao público estabelecido pela Diretiva 2006/115/CE. Ou seja, o direito mínimo estabelecido no art. 8.º/1 da Diretiva 2006/115/CE abrangerá apenas a radiodifusão e a comunicação ao público da ‘prestação pessoal’ que ainda não tenha sido radiodifundida nem fixada. Em suma, a restrição do direito exclusivo às ‘atuações ao vivo’ (*live performances*) significa que o artista pode apenas proibir a radiodifusão ao vivo (*live broadcasts*) da sua prestação especialmente em certos eventos, como um festival de teatro ou um concerto, bem como a comunicação ao vivo (*live communication*)⁽⁹¹⁾.

Todavia, o artista já não terá qualquer direito de impedir a radiodifusão repetida (*repeated broadcasting*) da primeira radiodifusão efetuada a partir da sua atuação pessoal, uma vez que nesse caso a prestação já é uma *prestação radiodifundida* ou, pelo menos, a repetição da transmissão terá necessariamente que ser feita a partir da fixação da primeira radiodifusão. O mesmo seria válido para a retransmissão (*rebroadcasting*) da primeira radiodifusão de uma prestação pessoal. De igual modo, o artista não poderia proibir a comunicação ao público da sua prestação radiodifundida ou da fixação da sua atuação, por exemplo, mediante exibição ou representação pública de uma gravação sonora ou de vídeo ou de uma radiodifusão que tenha sido gravada em cassete ou vídeo⁽⁹²⁾.

Por conseguinte, à semelhança da Convenção de Roma, do Acordo ADPIC e do TOIEF (estes últimos adotados em momento posterior à aprovação da Diretiva 92/100/CEE), o direito exclusivo de autorizar a radiodifusão e a comunicação pública é limitado

⁽⁹¹⁾ *Ibid.*, p. 321 (ilustrando o seu raciocínio com as atuações ao vivo que podem ser apresentadas ao público através de altifalantes e ecrãs a partir de uma sala onde a atuação está a decorrer para outra sala, de modo a permitir a uma audiência mais vasta assistir à atuação).

⁽⁹²⁾ *Ibid.*, p. 321 (‘the performer does not have any right to prevent the repeated broadcasting of the first broadcast made from his personal performance [...] the performer may not prohibit the communication to the public of his broadcast performance’).

basicamente às prestações artísticas ao vivo ainda não radiodifundidas nem fixadas⁽⁹³⁾.

De todo o modo, a proteção das prestações artísticas em sede de radiodifusão e de comunicação ao público não se esgota no limitado direito exclusivo.

c) Direito de remuneração pela radiodifusão ou comunicação ao público de fonograma publicado com fins comerciais (art. 8.º/2)

Com efeito, à semelhança do que a Convenção de Roma já previa, a Diretiva 2006/115/CE estabelece, por outro lado, que os utilizadores de fonogramas publicados com fins comerciais, ou suas reproduções, em emissões radiodifundidas por ondas radioelétricas ou em qualquer tipo de comunicações ao público devem pagar uma remuneração equitativa única aos artistas e aos produtores dos fonogramas assim utilizados, devendo essa remuneração ser partilhada por acordo entre os artistas e os produtores de fonogramas e podendo os Estados-Membros, na falta de acordo entre os beneficiários da remuneração, determinar os termos da sua repartição (art. 8.º/2).

Esta disposição abrange apenas *fonogramas* publicados comercialmente⁽⁹⁴⁾, já não videogramas. Além disso, ainda segundo Silke von Lewinski, o direito de remuneração seria limitado à radiodifusão por ondas radioelétricas (*by wireless means*), incluindo a radiodifusão por satélite mas excluindo a transmissão por cabo⁽⁹⁵⁾. De resto, o Tribunal de Justiça pronunciou-se no sentido de que a

⁽⁹³⁾ Segundo LAURA CHIMIENTI (*Lineamenti del nuovo diritto d'autore — direttive comunitarie e normativa interna*, 3.ª ed., Milano, Giuffrè, 1999, p. 154), 'oggi, in âmbito EU, l'art. 8 della Direttiva in commento garantisce il diritto esclusivo di ritrasmissione via cavo sia dell'autore, sia dei titolari di diritti connessi.' Parece-nos, todavia, que esta interpretação não tem apoio nem na letra nem no espírito das normas comunitárias, relativamente aos artistas.

⁽⁹⁴⁾ Em conformidade com o art. 15.º/4 do TOIEF serão considerados publicados com fins comerciais os fonogramas que sejam objeto de colocação à disposição do público 'a pedido'.

⁽⁹⁵⁾ LEWINSKI, 'Rental and Lending Rights Directive', in *European Copyright Law: A Commentary*, cit., p. 323.

noção de ‘comunicação ao público’, relativamente à distribuição de programas televisivos por cabo, deverá ser interpretada à luz da legislação nacional de cada Estado-Membro⁽⁹⁶⁾.

A Autora ressalva, todavia, que a proteção mínima visada pela Diretiva não impede os Estados-Membros de alargarem o direito de remuneração equitativa⁽⁹⁷⁾ quer às gravações audiovisuais quer à transmissão por cabo de fonogramas⁽⁹⁸⁾.

Por outro lado, conforme se lê no preâmbulo (considerando 15) e resulta do art. 3.º/6, da Diretiva 2006/115/CE, os Estados-Membros podem prever que da assinatura de um contrato celebrado entre um artista e um produtor de filmes relativamente à produção de um filme resulte a permissão do aluguer bem como dos restantes direitos do artista, incluindo os direitos de radiodifu-

(96) Com efeito, no seu acórdão de 3 de fevereiro de 2000, C-293/98 (*Egeda*), Col. 2000, p. I-629, par. 29, o Tribunal de Justiça decidiu que a Diretiva 93/83/CEE não define exhaustivamente o conceito de comunicação ao público, o qual dependerá por conseguinte, sem prejuízo de harmonização futura, da legislação interna dos Estados-Membros: ‘a questão de saber se o facto de um estabelecimento hoteleiro captar sinais de televisão por satélite ou por via terrestre e de os distribuir por cabo aos seus diferentes quartos é um «ato de comunicação ao público» ou de «recepção pelo público» não é regulada pela Diretiva 93/83, de modo que deve ser apreciada de acordo com o direito nacional.’

(97) Sobre o conceito de remuneração equitativa, considerando que embora seja uma noção de direito comunitário, os Estados-Membros conservam uma ampla margem de apreciação e de determinação dos critérios relevantes para a fixação dos montantes a pagar pelos utilizadores, ver o acórdão do TJUE de 6 de fevereiro de 2003, no processo C-245/00, *Stichting ter Exploitatie van Naburige Rechten (SENA) v Nederlandse Omroep Stichting (NOS)*. Col. 2003, p. I-1269 (‘o 8.º, n.º 2, da Diretiva 92/100 não se opõe a um modelo de cálculo da remuneração equitativa dos artistas intérpretes ou executantes e dos produtores de fonogramas que inclua fatores variáveis e fatores fixos tais como o número de horas de difusão dos fonogramas, a importância da audiência dos organismos de rádio e de televisão representados pelo organismo de difusão, as tarifas convencionalmente fixadas em matéria de direitos de execução e de radiodifusão de obras musicais protegidas pelos direitos de autor, as tarifas praticadas pelos organismos públicos de radiodifusão nos Estados-Membros vizinhos do Estado-Membro em causa e os montantes pagos pelas estações comerciais, desde que esse modelo seja suscetível de permitir atingir um equilíbrio adequado entre o interesse dos artistas intérpretes ou executantes e dos produtores em receber uma remuneração pela radiodifusão de um fonograma determinado e o interesse de terceiros em poder radiodifundir esse fonograma em condições razoáveis e que não seja contrário ao direito comunitário’ — 1289).

(98) LEWINSKI, ‘Rental and Lending Rights Directive’, in *European Copyright Law: A Commentary*, cit., p. 323.

são e de comunicação ao público, ‘se o referido contrato estabelecer uma remuneração equitativa nos termos do artigo 5.º’, que estabelece o direito irrenunciável a uma remuneração equitativa cuja gestão poderá ser confiada às entidades de gestão coletiva dos artistas, sem prejuízo de os Estados-Membros poderem sujeitá-la a gestão coletiva obrigatória (art. 5.º/2-3-4).

Ora, a lei portuguesa, que já tinha consagrado no DL 332/97 (art. 8.º), para o caso de celebração de produção de filme entre artistas e produtor, a presunção de cessão ao produtor do direito de aluguer dos artistas, sem prejuízo do direito irrenunciável a uma remuneração equitativa nos termos do art. 5.º/2 do referido diploma — presunção essa então logo prevista na Diretiva 92/100/CEE que a Diretiva 2006/115/CE veio substituir — estabeleceu depois um complexo regime no art. 178.º/2 para a autorização de fixação de prestação artística para fins de radiodifusão porventura ao abrigo do art. 3.º/6 da agora Diretiva 2006/115/CE.

Todavia, o CDADC vai mais longe já que fala em transmissão de direitos — quando na Diretiva se estabelece uma licença legal — e, além disso, no círculo de beneficiários inclui não apenas o produtor cinematográfico, videográfico ou audiovisual, mas também os organismos de radiodifusão. Ou seja, onde a Diretiva coloca celebração de contrato de produção de filme e produtor, a lei portuguesa prevê autorização de fixação para fins de radiodifusão e acrescenta o organismo de radiodifusão. Sendo que a remuneração inalienável, equitativa e única atribuída ao artista cobrirá todas as autorizações que lhe caberiam dar (salvo para a colocação à disposição do público ‘a pedido’) e ainda ‘a autorização para novas transmissões, a retransmissão e a comercialização de fixações obtidas para fins exclusivos de radiodifusão’ (art. 178.º/3).

Deste regime parece resultar que a lei portuguesa terá favorecido a posição dos produtores videográficos, audiovisuais ou cinematográficos e dos organismos de radiodifusão, uma vez que com a autorização de fixação da prestação para fins de radiodifusão, os direitos dos artistas ficam, no essencial, reduzidos a um direito de remuneração inalienável, equitativa e única, sujeito de resto a gestão coletiva obrigatória e ficando a respetiva entidade de gestão

legalmente mandatada para gerir o direito de remuneração mesmo dos artistas que nela não estejam inscritos (art. 178.º/2, parte final).

Seja como for, a Diretiva 2006/115/CE não estabelece a favor dos artistas nenhum direito exclusivo de autorizar a retransmissão das suas prestações. Sustenta-se, aliás, que a transmissão (e a retransmissão) por cabo não é sequer abrangida por essa Diretiva. Importa, todavia, prosseguir a investigação da fonte europeia, da qual brotou justamente uma Diretiva sobre satélite e cabo no domínio do direito de autor e dos direitos conexos, a Diretiva 93/83/CEE.

4.2. Diretiva 93/83/CEE (Satélite e Cabo)

Como se lê no seu preâmbulo (considerando 33), a Diretiva 93/83/CEE (Satélite e Cabo)⁽⁹⁹⁾ ‘prevê as disposições mínimas necessárias para estabelecer e garantir, numa base essencialmente contratual, uma difusão transfronteiras, livre e ininterrupta, de programas por satélite, bem como a retransmissão por cabo de programas radiodifundidos a partir de outros Estados-Membros’.

Assim, a Diretiva 93/83/CEE estabelece uma proteção mínima dos direitos conexos em sede de comunicação ao público por satélite e retransmissão por cabo. Remete para o art. 8.º da Diretiva 92/100/CEE (agora Diretiva 2006/115/CE), com a ressalva de que os Estados-Membros podem atribuir-lhes uma proteção mais ampla no que respeita ao direito de radiodifusão e de comunicação ao público (art. 6.º/1), na medida em que as definições de satélite e de comunicação ao público por satélite previstas no seu art. 1.º/1-2 sejam respeitadas (art. 6.º/2).

Assim, quanto à *comunicação ao público por satélite* (art. 4.º/1), os direitos dos artistas são os previstos nos artigos 7.º, 8.º e 10.º da

(99) E.g. THOMAS DREIER, ‘Satellite and Cable Directive’, in *European Copyright Law: A Commentary*, ed. Michel Walter, SILKE VON LEWINSKI, Oxford/New York, Oxford University Press, 2010, pp. 391-499; LINDY GOLDING, ‘Intellectual Property and the Media’, in *Media Law and Practice*, ed. David Goldberg, GAVIN SUTTER, IAN WALDEN, Oxford/New York, Oxford University Press, 2009, pp. 191-226.

Diretiva 92/100/CEE (agora Diretiva 2006/115/CE), entendendo-se por comunicação ao público por satélite ‘o ato de introdução, sob o controlo e a responsabilidade do organismo de radiodifusão, de sinais portadores de programas que se destinam a ser captados pelo público numa cadeia ininterrupta de comunicação conducente ao satélite e deste para a terra’ (art. 1.º/2-a).

Por seu turno, a *retransmissão por cabo* é definida como ‘a retransmissão ao público, simultânea, inalterada e integral, por cabo ou micro-ondas, de uma emissão primária a partir de outro Estado-membro, com ou sem fio, incluindo por satélite, de programas de televisão ou rádio destinados à receção pelo público’ (art. 1.º/3).

a) A não instituição a favor dos artistas de um direito exclusivo de retransmissão por cabo das suas prestações

Lê-se no preâmbulo da Diretiva 93/83/CEE que ‘a transmissão por cabo a partir de outros Estados-Membros constitui um ato sujeito ao direito de autor e, *sendo caso disso*, aos direitos conexos’ (considerando 27, *itálico nosso*). Ora, como veremos, a Diretiva não sujeitou a autorização dos artistas a retransmissão por cabo das suas prestações.

Com efeito, a Diretiva 93/83/CEE não obriga os Estados-Membros a instituírem um direito exclusivo de retransmissão por cabo para os artistas. Impõe apenas aos Estados-Membros o dever de garantirem ‘que a retransmissão por cabo de emissões provenientes de outros Estados-Membros se processe, no seu território, no respeito pelo direito de autor e direitos conexos *aplicáveis* e com base em contratos individuais ou acordos coletivos entre os titulares de direitos de autor, os titulares de direitos conexos e os distribuidores por cabo’ (art. 8.º/1, *itálico nosso*). Numa palavra, a diretiva não atribui aos artistas nenhum direito exclusivo de autorizar ou proibir a retransmissão por cabo das suas prestações. Antes pelo contrário, remete essa matéria para a legislação aplicável.

Foi justamente neste sentido que se pronunciou o Tribunal de Justiça da União Europeia no acórdão *Egesa v Hoasa*. No entender do Tribunal de Justiça, do artigo 8.º da Diretiva 93/83 e do seu considerando 27.º resulta que esta Diretiva não obriga os Estados-Membros a instituírem para os artistas um direito específico de retransmissão por cabo nem define o conteúdo desse direito. Limita-se a prever que os Estados-Membros assegurarão que a distribuição por cabo no seu território de programas procedentes de outros Estados-Membros se realize em respeito pelos direitos de autor e direitos conexos *aplicáveis*:

‘Resulta do artigo 8.º da Diretiva 93/83 bem como do seu vigésimo sétimo considerando que esta não exige aos Estados-Membros que instituem um direito específico de retransmissão por cabo nem define o alcance de um tal direito. Contenta-se em prever a obrigação de os Estados-Membros garantirem que as retransmissões por cabo de emissões provenientes de outros Estados-Membros se efetuem, no seu território, com respeito dos direitos de autor e dos direitos conexos em vigor’⁽¹⁰⁰⁾.

Ora, na opinião de Thomas Dreier, este acórdão do Tribunal de Justiça tornou claro que saber quem são os autores ou titulares de direitos conexos em termos de direito exclusivo relativamente à retransmissão por cabo das suas obras ou prestações relacionadas, e saber quem são os titulares de meras pretensões remuneratórias a este respeito, depende – sem prejuízo das normas das convenções internacionais – da respetiva (atual ou futura) ordem jurídica de cada Estado-Membro⁽¹⁰¹⁾.

Ou seja, a Diretiva não trata sequer da existência do direito exclusivo de autorizar a retransmissão por cabo, limitando-se a dispor que, caso exista na ordem jurídica interna do Estado-Membro em causa, deverá ser respeitado.

⁽¹⁰⁰⁾ Tribunal de Justiça, Acórdão de 3 de fevereiro de 2000, C-293/98 (*Egeda*), Col. 2000, p. I-629, par. 24.

⁽¹⁰¹⁾ DREIER, ‘Satellite and Cable Directive’, in *European Copyright Law: A Commentary*, cit., p. 448.

b) A noção de retransmissão por cabo

Pese embora a Diretiva 93/83/CEE não estabelecer para os artistas um direito exclusivo de autorizar a retransmissão por cabo das suas prestações, fornece todavia um dado com relevante valor interpretativo, que é a definição de retransmissão por cabo ('a retransmissão ao público, simultânea, inalterada e integral, por cabo ou micro-ondas, de uma emissão primária a partir de outro Estado-Membro, com ou sem fio, incluindo por satélite, de programas de televisão ou rádio destinados à receção pelo público' — art. 1.º/3).

Ao contrário do TOIEF, não é certo que a transmissão por cabo tenha sido afastada das operações de radiodifusão⁽¹⁰²⁾. De

⁽¹⁰²⁾ A Diretiva 89/552/CEE do Conselho, de 3 de outubro de 1989, relativa à coordenação de certas disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros relativas ao exercício de atividades de radiodifusão televisiva (Jornal Oficial n.º L 298 de 17/10/1989, pp. 23-30), definiu radiodifusão televisiva como 'a transmissão primária, com ou sem fio, terrestre ou por satélite, codificada ou não, de programas televisivos destinados ao público' (art. 1.º/a). A mesma disposição especifica que a radiodifusão televisiva 'inclui a comunicação de programas entre empresas com vista à sua difusão ao público', mas já não 'os serviços de comunicações que forneçam, a pedido individual, elementos de informação ou outras mensagens, como os serviços de telecópia, os bancos eletrónicos de dados e outros serviços similares' (art. 1.º/a). A Diretiva 89/552/CEE foi posteriormente alterada pela Diretiva 97/36/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 30 de junho de 1997.

Ora, chamado a pronunciar-se sobre esta noção de radiodifusão televisiva, o Tribunal de Justiça, no acórdão de 2 de junho de 2005, C-89/04 (*Mediakabel*), Col. 2005, p. I-4891, decidiu que 'O conceito de «radiodifusão televisiva», a que se refere o artigo 1.º, alínea a), da Diretiva, 89/552, relativa ao exercício de atividades de radiodifusão televisiva, com a redação dada pela Diretiva 97/36, é definido de modo autónomo por essa disposição. Não se define por oposição ao conceito de «serviço da sociedade da informação», na aceção do artigo 1.º, ponto 2, da Diretiva 98/34, relativa a um procedimento de informação no domínio das normas e regulamentações técnicas e das regras relativas aos serviços da sociedade da informação, com a redação dada pela Diretiva 98/48, e não engloba necessariamente os serviços não abrangidos por este último conceito. Um serviço insere-se no conceito de «radiodifusão televisiva» quando consista na transmissão primária de programas televisivos destinados ao público, isto é, a um número indeterminado de telespectadores potenciais, para os quais são simultaneamente transmitidas as mesmas imagens. A técnica de transmissão das imagens não é um elemento determinante para esta apreciação. / Um serviço que consiste na emissão de programas televisivos destinados ao público e que não é fornecido a pedido individual de um destinatário de serviços, constitui um serviço de radiodifusão televisiva'. Assim, a noção de radiodifusão televisiva abrange igualmente a

todo o modo, a Diretiva estabelece apenas a favor dos autores o direito de radiodifusão por satélite (art. 2.º). Além disso, sendo excluído o direito de autorizar a radiodifusão e a comunicação ao

transmissão por cabo, com exclusão todavia dos serviços a pedido individual de um destinatário de serviços (e.g. vídeo a pedido).

Posteriormente, a Diretiva 89/552/CEE foi novamente alterada pela Diretiva 2007/65/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2007, que reformulou a noção de radiodifusão televisiva (ou emissão televisiva), no sentido de se tratar de ‘um serviço de comunicação social audiovisual linear’, i.e., ‘um serviço de comunicação social audiovisual prestado por um fornecedor de serviços de comunicação social para visionamento simultâneo de programas, ordenados com base numa grelha de programas’ (art. 1.º/e). Nestes termos, a transmissão por cabo de programas televisivos será abrangida nesta noção de radiodifusão na medida em que se destine ao ‘visionamento simultâneo de programas, ordenados com base numa grelha’. Esta noção foi conservada pela Diretiva 2010/13/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 10 de março de 2010 relativa à coordenação de certas disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros respeitantes à oferta de serviços de comunicação social audiovisual (Diretiva «Serviços de Comunicação Social Audiovisual»), que revogou e substituiu a Diretiva 89/552/CEE.

No direito interno, a Lei n.º 27/2007, de 30 de julho, que regula o acesso à atividade de televisão e o seu exercício (Lei da Televisão), define televisão como ‘a transmissão, codificada ou não, de imagens não permanentes, com ou sem som, através de uma rede de comunicações eletrónicas, destinada à receção em simultâneo pelo público em geral’ (art. 2.º/1-j). É assim decisivo o critério de receção em simultâneo pelo público em geral, por oposição aos serviços a pedido individual do destinatário. O meio de transmissão é agora considerado uma rede de comunicações eletrónicas, que a Lei das Comunicações Eletrónicas (Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro) define como ‘os sistemas de transmissão e, se for o caso, os equipamentos de comutação ou encaminhamento e os demais recursos que permitem o envio de sinais por cabo, meios radioelétricos, meios óticos, ou por outros meios eletromagnéticos, incluindo as redes de satélites, as redes terrestres fixas (com comutação de circuitos ou de pacotes, incluindo a Internet) e móveis, os sistemas de cabos de eletricidade, na medida em que sejam utilizados para a transmissão de sinais, as redes utilizadas para a radiodifusão sonora e televisiva e as redes de televisão por cabo, independentemente do tipo de informação transmitida (art. 3.º/x; para noção idêntica de redes de comunicações eletrónicas ver o Decreto-Lei n.º 123/2009, de 21 de maio, art. 3.º/1-q). Assim, as redes de televisão por cabo são redes de comunicações eletrónicas, i.e. meios de televisão, sendo que por atividade de televisão se entende, nos termos do art. 1.º/1-a da Lei da Televisão (Lei 27/2007), ‘a atividade que consiste na organização, ou na seleção e agregação, de serviços de programas televisivos com vista à sua transmissão, destinada à receção pelo público em geral’. O n.º 2 deste artigo exclui da noção de atividade de televisão, os serviços de comunicações destinados a serem recebidos apenas mediante solicitação individual (a), a mera retransmissão de emissões alheias (b), e a transmissão pontual de eventos, através de dispositivos técnicos instalados nas imediações dos respetivos locais de ocorrência e tendo por alvo o público aí concentrado (c).

público de prestações quando estejam em causa prestações radiodifundidas ou fixadas, a retransmissão por cabo torna claro que no conceito de prestação radiodifundida deve incluir-se a prestação incluída em programas de televisão ou rádio que é objeto de uma *emissão primária*, com ou sem fio, incluindo por satélite, destinados à receção pelo público.

A noção de retransmissão por cabo prevista nesta diretiva é mais restrita do que a noção de retransmissão da Convenção de Roma. Enquanto esta se refere apenas a ‘emissão simultânea’, a Diretiva 93/83/CEE apresenta diversos requisitos para a retransmissão por cabo, designadamente a emissão primária ser proveniente de outro Estado-Membro e tratar-se de ‘retransmissão ao público simultânea, inalterada e integral, por cabo ou microondas’⁽¹⁰³⁾ (art. 1.º/2).

Não é certo, todavia, que estes requisitos adicionais devam ser tidos em conta para efeitos da caracterização das prestações radiodifundidas ou efetuadas a partir de uma fixação que são excluídas do direito exclusivo de radiodifusão e de comunicação ao público. A noção comunitária é vinculada a determinadas tecnologias (*technology-specific regulation*), parecendo não abranger outras formas de retransmissão, designadamente a retransmissão por satélite⁽¹⁰⁴⁾. Neste sentido, como informa Dreier, a Comissão Europeia, no seu relatório sobre a Diretiva (COM(2002) 430 final)⁽¹⁰⁵⁾, não considerou adequado alargar essa noção a outras formas de retransmissão, designadamente por satélite, em virtude de a Diretiva sujeitar o exercício do direito exclusivo de retransmissão por cabo, quando exista, a gestão obrigatória. O que, todavia, não impediu o Supremo Tribunal Austríaco de, na sua decisão de 26 de outubro

⁽¹⁰³⁾ Os chamados *Multipoint Microwave Distribution Systems* — MMDS, DREIER, ‘Satellite and Cable Directive’, in *European Copyright Law: A Commentary*, cit., p. 419.

⁽¹⁰⁴⁾ *Ibid.*, pp. 419-420 (lamentando esta opção da Diretiva tanto mais que outras formas de retransmissão eram já conhecidas ao tempo da sua aprovação).

⁽¹⁰⁵⁾ *Relatório da Comissão Europeia sobre a aplicação da Diretiva 93/83/CEE do Conselho relativa à coordenação de determinadas disposições em matéria de direito de autor e direitos conexos aplicáveis à radiodifusão por satélite e à retransmissão por cabo*, Bruxelas, COM(2002) 430 final, 26.07.2002.

de 2008 (*UMTS-Mobilfunknetz/Première*), aplicar a correspondente disposição da Lei Austríaca do Direito de Autor (§ 59a) aos programas televisivos transmitidos por telemóvel⁽¹⁰⁶⁾.

De todo o modo, a definição de retransmissão por cabo, constante da Diretiva Satélite e Cabo, não abrange transmissões diferidas (apenas as simultâneas, i.e. as que podem ser recebidas ao mesmo tempo por radiodifusão) nem as que alterem os programas transmitidos (e.g. substituindo ou omitindo a publicidade da emissão primária) nem as que selecionem apenas as suas ‘melhores partes’, sem prejuízo todavia de ligeiros diferimentos ou meras alterações justificadas por razões técnicas⁽¹⁰⁷⁾. Para estas transmissões (diferidas, alteradas ou parciais) já não se justificará o regime simplificado que a Diretiva estabelece para a aquisição de direitos de retransmissão por cabo através da sua gestão coletiva obrigatória.

A noção de emissão simultânea não significa que se trate de simultaneidade absoluta, já que razões técnicas poderão justificar algum desfazamento temporal⁽¹⁰⁸⁾. De resto, será igualmente válido neste domínio o preceito segundo o qual, para efeitos da autorização de radiodifusão de obra protegida, ‘não se considera nova transmissão a radiodifusão feita em momentos diferentes, por estações nacionais ligadas à mesma cadeia emissora ou pertencentes à mesma entidade, em virtude de condicionalismos horários ou técnicos’ (art. 153.º/e CDADC).

c) Gestão coletiva obrigatória e mecanismos de mediação: sentido e limites

A Diretiva 93/83/CEE sujeita o exercício do direito exclusivo de retransmissão por cabo — e apenas este — a gestão coletiva obrigatória⁽¹⁰⁹⁾ e estabelece um mandato legal a favor de entidade de gestão de direitos da mesma categoria^(110/111).

⁽¹⁰⁶⁾ DREIER, ‘Satellite and Cable Directive’, in *European Copyright Law: A Commentary*, cit., p. 420.

⁽¹⁰⁷⁾ *Ibid.*, pp. 420-1.

⁽¹⁰⁸⁾ *Ibid.*, pp. 420-1.

⁽¹⁰⁹⁾ GUNNAR KARNELL, SILKE VON LEWINSKI, ‘Collective administration of copy-

Por um lado, estabelece que ‘o direito dos titulares de direitos de autor e de direitos conexos de autorizar ou proibir a um operador por cabo uma retransmissão por cabo só poderá ser exercido através de entidades de gestão’ (art. 9.º/1). Repare-se que a norma, para além de não instituir ela própria o direito exclusivo de retransmissão por cabo⁽¹¹²⁾, refere-se precisamente aos direitos de autorizar ou proibir e não a outros direitos que possam existir, tais como direitos puramente remuneratórios. Ou seja, a norma diz respeito à imposição da gestão coletiva obrigatória, só valendo para o direito de autorizar ou proibir a retransmissão por cabo e na medida em que este direito exista na legislação nacional.

Além disso, a Diretiva 93/83/CEE estabelece um mandato legal para uma entidade de gestão de direitos da mesma categoria relativamente à gestão dos direitos que o respetivo titular não tenha transferido para uma entidade de gestão, cabendo-lhe decidir qual das entidades deve gerir os seus direitos no caso de os direitos dessa categoria serem geridos por mais do que uma entidade de gestão (art. 9.º/2, 1.º e 2.º períodos). A Diretiva possibilita ainda que os Estados-Membros prevejam que um titular de direitos que autorize no seu território a emissão primária de uma obra e/ou

rights and neighbouring rights’, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, Volume XIV Copyright and Industrial Property, chief editor Gerhard Schricker, Cap. 6, Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 36.

⁽¹¹⁰⁾ Através deste esquema, a Diretiva procurou resolver o chamado ‘problema dos *outsiders*’, DREIER, ‘Satellite and Cable Directive’, in *European Copyright Law: A Commentary*, cit., pp. 452-3.

⁽¹¹¹⁾ Note-se, porém, que tanto a gestão coletiva obrigatória como o mandato legal de gestão não se aplicam aos direitos exercidos por um organismo de radiodifusão em relação às suas próprias emissões, independentemente de os direitos em questão lhe pertencem ou de lhe terem sido transferidos por outros titulares de direitos de autor e/ou de direitos conexos (art. 10.º). Sobre a amplitude do mandato legal, veja-se o acórdão do Tribunal de Justiça de 1 de junho de 2006, C-169/05 (*Uradex*), Col. 2006, p. I-4973.

⁽¹¹²⁾ Ao contrário do que faz o art. 2.º relativamente ao direito de radiodifusão por satélite (‘os Estados-Membros garantirão aos autores o direito exclusivo de autorizar a comunicação ao público por satélite de obras protegidas pelo direito de autor’), o que todavia, em virtude da sujeição do seu exercício a gestão coletiva obrigatória, significará que, na prática, ‘o direito exclusivo passou a ser um direito de remuneração’ — PEDRO CORDEIRO, *Direito de Autor*, cit., p. 283 (considerando aliás que ‘a solução consagrada peca por inconstitucional’ e que constitui um ‘monopólio das entidades de gestão’ — pp. 284-5).

prestação protegidas aceite não exercer os seus direitos de retransmissão por cabo numa base individual mas nos termos dispostos na diretiva (art. 9.º/3).

Para as situações de impossibilidade de acordo sobre a *autorização de retransmissão* de uma emissão de radiodifusão por cabo, a Diretiva incumbe os Estados-Membros de preverem a possibilidade de as partes interessadas recorrerem a um ou mais mediadores, os quais serão selecionados em termos de assegurar a sua total e inequívoca independência e imparcialidade, competindo-lhes prestar assistência nas negociações e o poder de apresentar propostas às partes, as quais se consideram aceites por todas caso nenhuma a ela se opuser no prazo de três meses (art. 11.º).

Todavia, mesmo aqui, a garantia de recurso a mediação não significa a imposição dessa via. Embora proposta pelo representante português nos trabalhos preparatórios, a via da arbitragem obrigatória foi recusada⁽¹¹³⁾. Pelo contrário, é entendimento dominante que deve ser deixada às partes a possibilidade de acordarem por si próprias a solução de litígios, e isto mesmo nos Estados-Membros nos quais uma certa entidade já tenha sido encarregue de lidar com a atividade de mediação de acordo com o art. 11.º, já que o objetivo da Diretiva é possibilitar vias de solução de litígios e não abolir quaisquer mecanismos de mediação já existentes⁽¹¹⁴⁾.

A obrigatoriedade de gestão coletiva do direito exclusivo de autorizar a retransmissão por cabo, quando este exista, bem como a exigência dirigida aos Estados-Membros de garantirem às partes a possibilidade de recorrerem a mecanismos expeditos de mediação colhem a sua justificação no objetivo principal da Diretiva

(113) *Ibid.*, p. 287 (acrescentando que ‘o art. 11.º da diretiva não impede, no entanto, que os interessados se submetam, voluntariamente, a uma arbitragem vinculativa’, e, ainda, que ‘os Estados-membros, só no que ao direito de retransmissão por cabo previsto na diretiva diz respeito, estão impedidos de estabelecer esse tipo de arbitragens.’ — pp. 287-8)

(114) DREIER, ‘Satellite and Cable Directive’, in *European Copyright Law: A Commentary*, cit., p. 460 (‘it must also be up to the parties to agree upon a settlement of disputes on their own, and this even in Member States in which a certain facility has already been entrusted with the mediation activity according to Article 11’). Na opinião do Autor, a tarefa dos mediadores seria apenas prestar assistência às partes nas negociações e não impor-lhes uma solução vinculativa (*ibid.*, p. 460).

que é ‘garantir, numa base essencialmente contratual, uma difusão transfronteiras, *livre e ininterrupta*, de programas por satélite, bem como a retransmissão por cabo de programas radiodifundidos a partir de outros Estados-Membros’ (considerando 33, *itálico nosso*). Pelas mesmas razões, em ordem à prevenção do abuso de posições negociais, a Diretiva incumbe os Estados-Membros de assegurarem, através do direito civil ou administrativo, consoante o caso, que as partes iniciem e realizem de boa-fé as negociações sobre a autorização da retransmissão por cabo e não impeçam ou atrasem as negociações sem uma justificação válida (art. 12.º/1).

Este quadro normativo justifica-se em virtude de o direito exclusivo de autorizar a retransmissão por cabo poder constituir um entrave à ‘difusão transfronteiras, *livre e ininterrupta*, de programas por satélite, bem como a retransmissão por cabo de programas radiodifundidos a partir de outros Estados-Membros’. De resto, este objetivo não sairia facilitado através da instituição, a favor dos artistas e de outros titulares de direitos, de um direito exclusivo de retransmissão por cabo das suas prestações. Pelo que se compreende perfeitamente que a Diretiva 93/83/CEE não o tenha feito, ressaltando todavia a possibilidade de os Estados-Membros estabelecerem um nível de proteção mais elevado.

d) Síntese

A Diretiva 93/83/CEE (satélite e cabo) não obriga os Estados-Membros a instituírem a favor dos artistas um direito exclusivo de autorizar ou proibir a retransmissão por cabo das suas prestações. Além disso, a gestão coletiva do exercício do direito de retransmissão por cabo só é obrigatória quando este direito seja um direito exclusivo, isto é, um direito de autorizar ou proibir a retransmissão por cabo. O mesmo vale para a garantia de procedimento de mediação, a qual, de resto, não deve impedir as partes de recorrerem a outras soluções, como a arbitragem voluntária.

Quanto a este último aspeto, a lei portuguesa foi além da Diretiva, uma vez que impõe não apenas a gestão coletiva obrigatória

do exercício do direito exclusivo de retransmissão por cabo, mas ainda sujeita a arbitragem obrigatória os litígios resultantes da falta da autorização — parecendo este último aspeto carecer de apoio na Diretiva. Em qualquer caso, tanto a gestão coletiva obrigatória como a arbitragem obrigatória pressupõem ambas a existência do direito exclusivo de retransmissão por cabo, o qual não é previsto para os artistas na lei portuguesa à semelhança do que sucede em vários Estados-Membros, como veremos adiante. Antes porém interessa fazer uma breve referência à Diretiva 2001/29/CE sobre direito de autor e direitos conexos na sociedade da informação.

4.3. Diretiva 2001/29/CE (breve referência)

A Diretiva 2001/29/CE não prevê disposições sobre a retransmissão por cabo (tal como supra caracterizada) das prestações dos artistas. Quanto a estes, estabelece apenas que os Estados-Membros devem prever o direito exclusivo de autorizar ou proibir a colocação da prestação à disposição do público, por fio ou sem fio, de forma a ser acessível a qualquer pessoa a partir do local e no momento por ela escolhido (art. 3.º/2-a).

Esta norma corresponde ao art. 10.º do TOIEF e diz respeito ao novo direito exclusivo de colocação à disposição do público ‘a pedido’ configurado de raiz para o ambiente específico das comunicações eletrónicas interativas, em especial para a Internet⁽¹¹⁵⁾. Como vimos, esta nova forma de utilização (‘transmissão interativa’) não abrange nem é abrangida pelos tradicionais atos de radiodifusão e de comunicação ao público.

⁽¹¹⁵⁾ Ver também o nosso *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnológica*, cit., § 47; PEDRO CORDEIRO, *Direito de Autor*, cit., p. 390, nota 937.

§ 5. Direito comparado (breve apontamento)

Vejam os seguidamente a situação em alguns países que, à semelhança de Portugal, são Membros da União Europeia. Embora o direito comparado não seja, enquanto tal, fonte imediata de direito, trata-se, não obstante, de um recurso metodológico com grande importância⁽¹¹⁶⁾, uma vez que permite, por comparação e contraste, compreender melhor a situação da ordem jurídica portuguesa. Interessa considerar, em particular, se a solução da lei portuguesa é uma solução única ou isolada ou se, pelo contrário, encontra semelhanças na legislação de outros países, mormente no círculo de Estados que estão vinculados não apenas pela Convenção de Roma e demais instrumentos de direito internacional *supra* analisados mas também pelos instrumentos comunitários.

5.1. Espanha

Em Espanha, os direitos conexos são previstos e regulados no livro II do *Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual* (TRLPI), aprovado pelo Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, com alterações posteriores⁽¹¹⁷⁾. Os direitos dos artistas são estabelecidos nos artigos 105.º a 109.º.

Nos termos do artigo 108.º/1-a, sobre comunicação pública, assiste ao artista intérprete ou executante o direito exclusivo de autorizar, por escrito, a comunicação pública das suas atuações, salvo quando essa atuação constitua em si mesma uma atuação transmitida por radiodifusão ou se realize a partir de uma fixação previamente autorizada. Segundo Rogel Vide e Serrano Gómez, a comunicação pública da atuação não terá que ser consentida por escrito quando seja uma atuação ao vivo que se emite de forma

(116) FERNANDO JOSÉ BRONZE, «Continentalização» do direito inglês ou «insularização» do direito continental?, Boletim da Faculdade de Direito (Suplemento) XXII, Coimbra, 1975; DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Comparado*, I, Coimbra, Almedina, 2008.

(117) Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, modificado por Ley 23/2006 de 7 de julio.

simultânea, pois nesses casos entende-se que o artista a autoriza implicitamente⁽¹¹⁸⁾.

Por outro lado, a Lei espanhola atribui aos artistas o direito de remuneração, devida pelo utilizador, pela utilização para qualquer forma de comunicação pública de fonogramas publicados com fins comerciais ou de videogramas, sendo o seu exercício sujeito a gestão coletiva obrigatória (art. 108/4-5-6)⁽¹¹⁹⁾.

5.2. França

Em França, indica-se a decisão da *Cour de cassation* no caso *Furtwängler* (1964) como o primeiro reconhecimento de direitos aos artistas (no caso um maestro)⁽¹²⁰⁾. Atualmente, o Livro II da Primeira Parte do Código da Propriedade Intelectual prevê os direitos conexos (vizinhos) ao direito de autor⁽¹²¹⁾.

O art. L. 212-3 sujeita a autorização escrita do artista-intérprete a fixação da sua prestação, a sua reprodução e a sua comunicação ao público, assim como toda e qualquer utilização separada do som ou da imagem da prestação se esta tiver sido fixada para o som e a imagem. Trata-se, por conseguinte, de uma proteção bastante ampla, abrangendo, para além das utilizações tradicionais por

⁽¹¹⁸⁾ CARLOS ROGEL VIDE, EDUARDO SERRANO GÓMEZ, *Manual de Derecho de Autor*, Madrid, Editorial réus, 2008, p. 147 ('La comunicación pública de la actuación há de ser también consentida por escrito por el artista intérprete o ejecutante, salvo cuando [...] sea una actuación en vivo que se emite de forma simultánea, pues en esos casos se entiende que la está autorizando implícitamente.').

⁽¹¹⁹⁾ *Ibid.*, p. 148. Sobre o art. 108.º da LPI ver também e.g. os *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, 2.ª ed., Madrid, Tecnos, pp. 1567-1578 (Antonio Cabanillas Sánchez).

⁽¹²⁰⁾ CLAUDE COLOMBET, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, 5.ª ed., Paris, Dalloz, 1990, pp. 392-399. Como assinala ROBERT PLAISANT (*Le droit des auteurs et des artistes exécutants*, Paris, Delmas, 1970, p. 187), a jurisprudência *Furtwängler* proveio do Tribunal Civil de la Seine (19/1/1955), que reconheceu ao artista um direito oponível *erga omnes* relativamente às suas prestações, cuja violação seria geradora de responsabilidade delitual.

⁽¹²¹⁾ Code de la propriété intellectuelle (CPI), aprovado pelo Decreto 95-385 de 10 de abril de 1995, com alterações posteriores (versão consolidada em 16 de março de 2011) <<http://www.legifrance.gouv.fr/>>.

fixação, reprodução e comunicação ao público, qualquer utilização separada⁽¹²²⁾.

Não obstante, o art. L 212-10 limita a proteção dos artistas, dispondo que não podem proibir a reprodução e a comunicação pública da sua prestação se ela for acessória a um evento que constitua o objeto principal de uma sequência de uma obra ou de um documento audiovisual. Assim, quando a prestação é meramente acessória, o direito exclusivo do artista é limitado à autorização da fixação da sua prestação⁽¹²³⁾.

Além disso, o art. L. 214-1 estabelece que, tendo um fonograma sido publicado para fins de comércio, o artista-intérprete e o produtor não se podem opor à sua comunicação direta num local público (tais como bares, restaurantes ou estabelecimentos comerciais⁽¹²⁴⁾ mas já não espetáculos públicos) e à sua *radiodifusão e à sua distribuição por cabo simultânea e integral*, bem como à reprodução reservada estritamente para estes fins, efetuada pelas ou por conta das empresas de comunicação audiovisual com vista a sonorizar os seus próprios programas difundidos pelas suas antenas bem como pelas das empresas de comunicação audiovisual que prestem uma remuneração equitativa. Estas utilizações são permitidas por lei (*licence légale*), mas por elas devem os utilizadores pagar aos artistas e aos produtores dos fonogramas uma remuneração equitativa, que será repartida por ambos em partes iguais⁽¹²⁵⁾.

Assim, parece resultar desta norma que relativamente a fonogramas publicados com fins comerciais que incluam prestações artísticas, tanto a sua comunicação em local público (salvo em espetáculos públicos) como a radiodifusão e a retransmissão, simultânea e integral por cabo de tais prestações são excluídas do direito exclusivo de radiodifusão e de comunicação ao público,

⁽¹²²⁾ Na utilização separada estará em causa sobretudo a exploração apenas sonora de uma cena filmada — CARON, *Droit d'auteur*, cit., p. 493.

⁽¹²³⁾ Aponta-se o direito do público à informação como a justificação para esta restrição do direito exclusivo — *ibid.*, p. 495.

⁽¹²⁴⁾ *Ibid.*, p. 496.

⁽¹²⁵⁾ *Ibid.*, p. 496 ('Dans toutes ces hypothèses, les diffuseurs n'ont donc pas à solliciter d'autorisations. Mais ils doivent acquitter une remuneration').

sendo todavia devida pelo utilizador ao artistas e aos produtores do fonograma o pagamento de uma remuneração equitativa a repartir por ambos em partes iguais.

5.3. Itália

A lei italiana do direito de autor e dos direitos conexos⁽¹²⁶⁾ estabelece no art. 80/2 que os artistas intérpretes ou executantes têm, independentemente da eventual retribuição que lhes assista pela prestação artística ao vivo, o direito exclusivo de autorizar: a fixação das suas prestações artísticas (a), a reprodução da fixação das suas prestações artísticas (b); e a comunicação ao público das suas prestações *ao vivo*, a menos que as mesmas já sejam radiodifundidas ou objeto de uma fixação utilizada para a difusão (c). Neste último caso, tratando-se de fixação em suporte fonográfico, é atribuída aos artistas a compensação prevista no art. 73 ou no art. 73-bis consoante a utilização seja feita, respetivamente, com ou sem fins lucrativos.

Na literatura é recorrente a distinção entre *utilizações primárias* e *utilizações secundárias* das prestações artísticas, sendo as primeiras as que têm por objeto a prestação pura e simples, e as segundas as já fixadas num suporte material. Ora, no direito italiano, ao contrário das primárias, as utilizações secundárias das prestações ao vivo não estarão sujeitas a autorização, à semelhança do que previsto no art. 7/1-a da Convenção de Roma⁽¹²⁷⁾. Assim, o artista tem o direito de autorizar ou proibir a radiodifusão da sua prestação ao vivo. Todavia, este *ius excluendi*⁽¹²⁸⁾ já não abrangerá as utilizações secundárias, designadamente a

(126) Legge 22 aprile 1941 n. 633 (protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio), alterada ultimamente pela Legge 9 gennaio 2008, N. 2 — <http://www.interlex.it/testi/l41_633.htm#80>.

(127) LUIGI CARLO UBERTAZZI, *Direito d'Autore — Commentatio Breve alle Leggi su Proprietà Intellettuale e Concorrenza*, 4.^a ed., Padova, Cedam, 2009, p. 80 ('Non sono invece soggette ad autorizzazione le utilizzazioni secondarie delle prestazioni dal vivo, analogamente a quanto previsto dall'art. 7 co. 1.a) CR.' — A. Cappellaro).

(128) *Ibid.*, p. 80.

retransmissão da prestação radiodifundida, incluindo a retransmissão por cabo⁽¹²⁹⁾.

5.4. Alemanha

Na Alemanha, a lei do direito autoral (UrhG)⁽¹³⁰⁾ estabelece no § 78 (*Öffentliche Wiedergabe*) dois tipos de direitos dos artistas relativamente à comunicação ao público das suas prestações (*Darbietungen*)⁽¹³¹⁾. Direitos exclusivos ou de proibição (*Verbotsanspruch*), por um lado, e direitos de remuneração (*Vergütungsanspruch*), por outro⁽¹³²⁾.

O atual § 78 UrhG reúne sob a designação comunicação pública o regime que antes estava disperso por três normas⁽¹³³⁾, a saber; o § 74 que sujeitava a consentimento do artista a transmissão da sua prestação por meio de ecrã, altifalantes ou dispositivos téc-

⁽¹²⁹⁾ A distinção entre utilizações primárias e utilizações secundárias é expressamente consagrada na lei norte-americana, que estabelece uma licença legal para as transmissões secundárias simultâneas realizadas em determinadas circunstâncias por distribuidores por cabo. US Copyright Act, Sec. 111(c) <<http://www.copyright.gov/title17/92chap1.html#111>>.

⁽¹³⁰⁾ Urheberrechtsgesetz vom 9. September 1965 (BGBl. I S. 1273), das zuletzt durch Artikel 83 des Gesetzes vom 17. Dezember 2008 (BGBl. I S. 2586) geändert worden ist — <http://www.gesetze-im-internet.de/urhg/_78.html>.

⁽¹³¹⁾ § 78 *Öffentliche Wiedergabe*. (1) *Der ausübende Künstler hat das ausschließliche Recht, seine Darbietung 1. öffentlich zugänglich zu machen (§ 19a), 2. zu senden, es sei denn, dass die Darbietung erlaubterweise auf Bild- oder Tonträger aufgenommen worden ist, die erschienen oder erlaubterweise öffentlich zugänglich gemacht worden sind, 3. außerhalb des Raumes, in dem sie stattfindet, durch Bildschirm, Lautsprecher oder ähnliche technische Einrichtungen öffentlich wahrnehmbar zu machen. (2) Dem ausübenden Künstler ist eine angemessene Vergütung zu zahlen, wenn 1. die Darbietung nach Absatz 1 Nr. 2 erlaubterweise gesendet, 2. die Darbietung mittels Bild- oder Tonträger öffentlich wahrnehmbar gemacht oder 3. die Sendung oder die auf öffentlicher Zugänglichmachung beruhende Wiedergabe der Darbietung öffentlich wahrnehmbar gemacht wird. (3) Auf Vergütungsansprüche nach Absatz 2 kann der ausübende Künstler im Voraus nicht verzichten. Sie können im Voraus nur an eine Verwertungsgesellschaft abgetreten werden. (4) § 20b gilt entsprechend.*

⁽¹³²⁾ RETO HILTY, *Verbotrecht vs. Vergütungsanspruch: Suche nach den Konsequenzen der tripolaren Interessenlage im Urheberrecht*, in Festschrift für Gerard Schricke, München, Beck, 2005, p. 348.

⁽¹³³⁾ SCHRICKER/Krüger, *Urheberrecht — Kommentar*, cit., p. 1499.

nicos semelhantes em local diferente daquele em que a prestação ocorresse; o § 76 que sujeitava a radiodifusão da prestação ao consentimento do artista, exceto se a prestação tivesse sido licitamente fixada por meios de gravação vídeo ou áudio já publicada; neste caso o artista teria não obstante direito a remuneração equitativa; e o § 77, que dispunha que o artista deveria receber uma remuneração equitativa no caso de a prestação ser comunicada publicamente por meio de gravações áudio ou vídeo ou tornada perceptível pelo público por meios de radiodifusão⁽¹³⁴⁾.

Atualmente, o § 78 (1) UrhG estabelece que o artista tem o direito exclusivo, relativamente à sua prestação (*Darbietung*): *a*) de a tornar publicamente acessível (*Öffentliche Zugänglichmachung*); *b*) de a emitir, exceto se a emissão for efetuada a partir de uma fixação sonora ou visual autorizada ou se já tiver sido licitamente emitida ou tornada acessível ao público⁽¹³⁵⁾; *c*) de, fora da sala em que é realizada, a comunicar ao público por meio de ecrã, altifalantes ou dispositivos semelhantes⁽¹³⁶⁾.

Por seu turno, o § 78 (2) UrhG dispõe que é devida uma remuneração equitativa (*angemessene Vergütung*) ao artista intérprete quando a sua prestação: *a*) é transmitida licitamente sem autorização do artista; *b*) é realizada a partir de uma gravação sonora ou visual; *c*) e ainda quando seja transmissão ou comunicação pública de prestação já tornada publicamente acessível. Esta pretensão compensatória (*Vergütungsansprüche*) do artista é irrenunciável e sujeita a gestão coletiva obrigatória (§ 78(3)).

⁽¹³⁴⁾ MANDRED REHBINDER, *Urheberrecht*, 9. Aufl., München, Beck, 1996, p. 308; WILHELM NORDEMANN, KAI VINCK, PAUL W. HERTIN, *Urheberrecht — Kommentar zum Urheberrechtsgesetz und zum Urheberrechtswahrnehmungsgesetz mit den Texten der Urheberrechtsgesetze Österreichs und der Schweiz*, begr. Friedrich Karl Fromm und Wilhelm Nordemann, 9. Aufl., Stuttgart, Kohlhammer, 1998, pp. 526-556 (Hertin), p. 544.

⁽¹³⁵⁾ Quanto à razão de ser da restrição, já prevista na Convenção de Roma, SCHRICKER/Krüger, *Urheberrecht — Kommentar*, cit., p. 1501-2 (“Während die Urheber ein Interesse an möglichst intensiver Nutzung ihrer Werke auch im Wege der Sendung haben, besteht bei den ausübenden Künstlern die Gefahr einer Blockierung der Funksendung zur Erhaltung der Nachfrage nach lebenden Darbietungen”).

⁽¹³⁶⁾ No sentido de que este preceito só se aplica a performances ao vivo, LOEWENHEIM/Vögel, *Handbuch des Urheberrechts*, dir. Ulrich Loewenheim, 2. Auf., München, Beck, 2009, § 38, p. 657 (“§ 78 Abs. 1 Nr. 3 UrhG gilt nur für Live-Darbietungen”).

Todavia, relativamente à retransmissão por cabo, o § 78(4) UrhG remete especificamente para o § 20b UrhG (*Kabelweiter-sendung*) nos termos do qual o direito de retransmitir por cabo ou micro-ondas de forma simultânea, inalterada e integral um programa já emitido pode apenas ser exercido através de uma sociedade de gestão coletiva, salvo no que respeita aos direitos dos organismos de radiodifusão sobre as suas emissões (1).

Ao remeter para o § 20b UrhG não é certo que a lei germânica do direito autoral tenha atribuído ao artista o direito exclusivo de autorizar a retransmissão por cabo que assiste ao autor de obra literária ou artística. O § 78(4) UrhG estabelece, singelamente, “§ 20b gilt entsprechend.”

Ora, o § 20b UrhG regula o exercício do direito exclusivo de retransmissão por cabo de obras literárias ou artísticas, de acordo com o regime estabelecido pela Diretiva 93/83/CEE. E isso vale tanto para o § 20b (1) como para o § 20b (2), ambos da lei autoral (UrhG). Nos termos desta última disposição, se o autor tiver concedido o direito de retransmissão por cabo a um organismo de radiodifusão ou a um produtor fonográfico ou videográfico, então o operador de cabo deverá pagar igualmente ao autor, pela retransmissão por cabo, uma remuneração equitativa (*angemessene Vergütung*) irrenunciável e confiável apenas a, e exercitável através de, uma entidade de gestão coletiva.

Ou seja, o 20b UrhG limitar-se-á a regular o exercício do direito exclusivo de retransmissão por cabo que aos autores é conferido. Pelo que a remissão do § 78(4) para essa norma não poderia ser entendida como a atribuição de direitos exclusivos ao artista. A questão, não obstante, é controvertida, suscitando divergências de opinião. Uma corrente da doutrina sustenta que o artista é protegido mediante um direito de exclusividade relativamente à retransmissão por cabo das suas prestações⁽¹³⁷⁾, ressalvando todavia que,

⁽¹³⁷⁾ SCHRICKER/Krüger, *Urheberrecht — Kommentar*, cit., p. 1502 (“Gegen deren Verwertungen durch andere Sendeunternehmen, zB im Wege der Anschluss — oder Weitersendung, ist der ausübende Künstler durch ein Ausschliesslichkeitsrecht mit Drittwirkung geschützt.”); THOMAS DREIER, GERNOT SCHULZE, *Urheberrechtsgesetz. Urheberrechtswahrnehmungsgesetz. Kunsturhebergesetz*, 3. Aufl. München, Beck, 2008, § 78, p. 1110 (DREIER).

estando sujeito a gestão coletiva obrigatória, este direito não eliminaria o chamado privilégio de emissão (*Sendeprivileg*), no pressuposto todavia da licitude da emissão primária ou da fixação da prestação, e tendo em conta a chamada *Zweckübertagungstheorie*⁽¹³⁸⁾.

Outra corrente defende que a licença legal para a emissão de prestação artística a partir de uma sua fixação sonora ou visual autorizada ou quando já tenha sido licitamente emitida ou tornada acessível ao público abrangerá igualmente a retransmissão simultânea e integral por cabo, devendo todavia o utilizador pagar por essa utilização secundária uma remuneração equitativa sujeita a gestão coletiva obrigatória⁽¹³⁹⁾.

5.5. Bélgica

No direito belga, o art. 41 da lei autoral⁽¹⁴⁰⁾ subtrai ao exclusivo a radiodifusão e a comunicação da prestação num lugar público, a partir de uma reprodução lícita da sua prestação (e.g. a radiodifusão a partir de um fonograma produzido com o consentimento do artista) ou a partir da sua radiodifusão lícita (e.g. a retransmissão de uma emissão de concerto autorizada pelo artista). Por tais atos é atribuído aos artistas apenas o direito a remuneração equitativa⁽¹⁴¹⁾. Não obstante, a retransmissão por cabo é objeto de

⁽¹³⁸⁾ SCHRICKER/Krüger, *Urheberrecht — Kommentar*, cit., pp. 1503, 1506; DIETER DÖRR, JOHANNES KREILE, MARK D. COLE, *Handbuch Medienrecht — Recht der elektronischen Massenmedien*, Frankfurt am Main, Verlag Recht und Wirtschaft, 2008, p. 361 ('Sinn und Zweck dieser Regelungen ist, dass die Rechteinhaber eine Kabelweitersendung nicht mit einem Verbotrecht blockieren können).

⁽¹³⁹⁾ LOEWENHEIM/Vögel, *Handbuch des Urheberrechts*, cit., p. 658, 662; WANDTKE/BULLINGER/Büscher, *UrhR — Praxiskommentar zum Urheberrecht*, cit., § 78, p. 987 ('Diese gesetzliche Begrenzung der Aktivlegitimation bringt es mit sich, dass der ausübende Künstler hinsichtlich der zeitgleichen, unveränderten Kabelweitersendungen von Rundfunkprogrammen keine Verbotsansprüche nach § 78 Abs. 1 Nr. 2 geltend machen kann'); MANDRED REHBINDER, *Urheberrecht*, 16. Aufl., München, Beck, 2010, pp. 303-4.

⁽¹⁴⁰⁾ Lei de 30 de junho de 1994 sobre direito de autor e direitos conexos, art. 51.

⁽¹⁴¹⁾ FERNAND DE VISSCHER & BENOÏT MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 274.

uma norma específica, que reserva expressamente aos artistas o direito de autorizar a retransmissão por cabo das suas prestações (art. 51)⁽¹⁴²⁾.

5.6. Reino Unido

No Reino Unido, os artistas (*performers*) têm direitos de quatro tipos: ‘direitos não proprietários’ (*non property rights*), direitos de propriedade (*property rights*), direitos de remuneração (*remuneration rights*) e direitos morais (*moral rights*). No que à radiodifusão e à comunicação ao público diz respeito, destacam-se por um lado o direito de impedir (enquanto *non-property right*) a radiodifusão das suas performances ao vivo (Sec. 182 — *Consent required for recording, &c. of live performance*); e, por outro lado, o direito de remuneração equitativa pela representação ou comunicação ao público por quaisquer meios — salvo por transmissão a pedido — de gravações sonoras que incluam a sua prestação, cujo exercício é sujeito a gestão coletiva obrigatória (Sec. 182D — *Right to equitable remuneration for exploitation of sound recording*)⁽¹⁴³⁾.

De notar que, na ausência de acordo entre os utilizadores e a entidade de gestão coletiva, o tribunal de direitos de autor (*Copyright Tribunal*) pode determinar o montante remuneratório⁽¹⁴⁴⁾.

5.7. Síntese

Este breve roteiro pelo direito comparado permite verificar que a lei portuguesa não se encontra isolada. Corresponde até à situação da maioria dos países referidos. Aliás, mesmo no direito

⁽¹⁴²⁾ *Ibid.*, pp. 274-6 (‘Tout comme les auteurs, les artistes-interprètes ou exécutants disposent du droit exclusif d’autoriser la retransmission par câble de leurs prestations’).

⁽¹⁴³⁾ LIONEL BENTLY, BRAD SHERMAN, *Intellectual Property Law*, 3.rd ed., Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 306-8. UK Copyright, Designs and Patent Act 1988 — <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/48/contents>>.

⁽¹⁴⁴⁾ *Ibid.*, p. 308.

alemão não é certo que a lei autoral atribua ao artista o direito exclusivo de autorizar a retransmissão por cabo simultânea e inalterada das suas prestações licitamente radiodifundidas tanto em atuações ao vivo como realizadas a partir de fixações lícitas (fonogramas ou videogramas). Fala-se até no ‘privilégio de emissão’, ressaltando-se todavia o direito dos artistas a remuneração equitativa pela utilização das suas prestações. Já no direito belga, a retransmissão por cabo de prestações artísticas é expressamente reservada aos artistas.

Assim, a análise precedente mostra que sob o mesmo enquadramento internacional e face às mesmas obrigações comunitárias em matéria de proteção jurídica dos artistas existem posições diversas no que respeita à retransmissão por cabo de prestações, embora a maioria dos ordenamentos jurídicos analisados não atribua esse direito aos artistas, ficando-se antes, de um modo geral, pelo estabelecimento de direitos de remuneração verificados certos requisitos.

Analisados os instrumentos de direito internacional e as diretivas da União Europeia relevantes neste domínio e tendo igualmente em conta experiências significativas do direito comparado, regressemos agora à ordem jurídica interna.

§ 6. Da retransmissão por cabo das prestações artísticas no CDADC

As prestações dos artistas intérpretes ou executantes⁽¹⁴⁵⁾ (abreviadamente, artistas) são objeto de proteção, juntamente com as prestações dos produtores de fonogramas e de videogramas e as dos organismos de radiodifusão, enquanto direitos conexos ao direito de autor nos termos do título III do CDADC (176.º/1)⁽¹⁴⁶⁾.

⁽¹⁴⁵⁾ Considerando o intérprete como género do sujeito das prestações artísticas de que o executante seria apenas espécie, embora concluindo pela unidade da categoria, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de Autor*, cit., pp. 551-4.

⁽¹⁴⁶⁾ Salvo indicação em contrário, os artigos doravante referidos pertencem ao CDADC.

Tal como previsto na Convenção de Roma (art. 3.º-a⁽¹⁴⁷⁾), que todavia ressalva no art. 9.º a possibilidade de qualquer Estado Contratante tornar extensiva a proteção nela prevista aos artistas que não executem obras literárias ou artísticas), os artistas são ‘os atores, cantores, músicos, bailarinos e outros que representem, cantem, recitem, declamem, interpretem ou executem de qualquer maneira obras literárias ou artísticas’ (art. 176.º/2). As prestações dos artistas consistem, por conseguinte, em representar, cantar, declamar, interpretar ou executar, de qualquer maneira, obras literárias ou artísticas, independentemente de estas serem ou não protegidas pelo direito de autor. Pela negativa, “Atividades meramente mecânicas não são protegidas. Não é protegido o operador das luzes de um bailado, nem o que projeta os diapositivos pela máquina”⁽¹⁴⁸⁾.

A prestação artística ocorre em diversas formas de utilização de obras literárias e artísticas, designadamente a representação cénica (i.e. ‘a exibição mediante espectadores de uma obra dramática, dramático-musical, coreográfica, pantonímica ou outra de natureza análoga, por meio de ficção dramática, canto, dança, música ou outros processos adequados, separadamente ou combinados entre si’ — art. 107.º/1) e a ‘recitação de uma obra literária e a execução por instrumentos ou por instrumentos e cantores de obra musical ou literário-musical’ (art. 121.º/1). Está ainda (quase sempre) envolvida na produção de obra cinematográfica e na exibição do filme em salas públicas de cinema (art. 127.º), bem como na fixação fonográfica e videográfica (art. 141.º) e ainda na radio-difusão sonora ou visual e na comunicação da obra em lugar público por qualquer meio que sirva para difundir sinais, sons ou imagens (art. 149.º).

Ora, sem prejuízo do direito de autor que exista sobre a obra literária ou artística que o artista interprete ou execute, a ordem

⁽¹⁴⁷⁾ Por força da Convenção, não seriam artistas intérpretes ou executantes nomeadamente os artistas de variedades e os desportistas, DESBOIS/FRAŶON/KEREVER, *Les Conventions Internationales*, cit., p. 323. No sentido de que também não são protegidos como *performers* os que dão entrevistas, BENTLY/SHERMAN, *Intellectual Property Law*, cit., p. 305.

⁽¹⁴⁸⁾ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de Autor*, cit., p. 553.

jurídica atribui proteção aos artistas que, no plano económico, se analisa em duas formas jurídicas distintas: ora como direito exclusivo de autorizar ou proibir determinados atos; ora como direito a remuneração equitativa relativamente a outros atos.

6.1. Direito exclusivo de radiodifusão e de comunicação ao público de prestações artísticas não radiodifundidas ou não fixadas

Quanto ao direito exclusivo, dispõe o artigo 178.º/1 que o artista tem o direito exclusivo de fazer ou autorizar, por si ou pelos seus representantes, determinados atos, a saber:

- a) a radiodifusão e a comunicação ao público, por qualquer meio, da sua prestação, *exceto quando a prestação já seja, por si própria, uma prestação radiodifundida ou quando seja efetuada a partir de uma fixação;*
- b) a fixação das prestações que não tenham sido fixadas;
- c) a reprodução direta ou indireta, temporária ou permanente, por quaisquer meios e sob qualquer forma, no todo ou em parte, sem o seu consentimento, de fixação das suas prestações quando esta não tenha sido autorizada (i), quando a reprodução seja feita para fins diversos daqueles para os quais foi dado o consentimento (ii) ou quando a primeira fixação tenha sido feita ao abrigo do artigo 189.º (utilizações livres) e a respetiva reprodução vise fins diferentes dos previstos nesse artigo (iii);
- d) a colocação à disposição do público, da sua prestação, por fio ou sem fio, de forma a ser acessível a qualquer pessoa, a partir do local e no momento por ela escolhido⁽¹⁴⁹⁾.

⁽¹⁴⁹⁾ O art. 117.º prevê que os atos de transmissão pela radiodifusão sonora ou visual, de reprodução em fonograma ou videograma, de filmagem ou de exibição de representação de obra protegida pelo direito de autor carecem de consentimento escrito do autor e das autorizações do empresário do espetáculo e dos artistas. Não obstante, esta norma não introduz mais direitos para os artistas do que os previstos no art. 178.º, ou seja, 'o art. 117.º não exorbita do âmbito demarcado pelo art. 178.º' — *ibid.*, p. 561.

Resulta deste preceito que a ordem jurídica portuguesa reconhece aos artistas o direito exclusivo de fazer ou autorizar a radiodifusão e a comunicação ao público, por qualquer meio, da sua prestação (art. 178.º/1-a, 1.ª parte). Por radiodifusão entende-se a ‘difusão dos sons ou de imagens, ou a representação destes, separada ou cumulativamente, por fios ou sem fios, nomeadamente por ondas hertzianas, fibras óticas, cabo ou satélite, destinada à receção pelo público’ (art. 176.º/9).

Ora, ‘este preceito demonstra, sem margem para dúvidas, que na legislação portuguesa a transmissão por cabo é uma modalidade de radiodifusão’⁽¹⁵⁰⁾.

Assim, a radiodifusão, que se pode realizar por fios ou sem fios, por satélite ou por cabo, carece em princípio de autorização do artista. Todavia, como vimos, são excetuadas do direito exclusivo a prestação que já seja, por si própria, uma *prestação radiodifundida* ou quando seja *efetuada a partir de uma fixação* (art. 178.º/1-a, 2.ª parte).

Ou seja, o direito exclusivo de radiodifusão e de comunicação ao público, por qualquer meio, das suas prestações não abrange as situações em que a prestação já seja, por si própria, uma prestação radiodifundida ou quando seja efetuada a partir de uma fixação. Nestas situações, o artista não tem o poder de, nos termos da epígrafe do artigo 178.º, autorizar ou proibir esses atos, assistindo-lhe apenas, na medida da previsão legal, o direito de remuneração equitativa.

A ‘prestação radiodifundida’ diz respeito desde logo às prestações ao vivo que sejam objeto de radiodifusão. Abrange a trans-

⁽¹⁵⁰⁾ PEDRO CORDEIRO, *Direito de Autor*, cit., p. 396, nota 946. Em estudo publicado em 1948 (*Le droit d’auteur et des droits connexes en radiodiffusion*, BRUYLANT, Bruxelles, 1948) GEORGES STRASCHNOV sustentava que a noção de radiodifusão abrange diversas fases sucessivas: as operações distintas da emissão propriamente dita — representação ou execução ou recitação em estúdio (emissão em direto, programa ao vivo) ou fora de estúdio (retransmissão), ou gravação da obra para emissão diferida (1); a emissão ela mesma i.e. o envio de ondas hertzianas para o espaço (2); a receção pelo público em geral, tanto no círculo de família como em lugar público (3); a radiodifusão de programa diretamente em estúdio ou receção do programa e sua redistribuição por fio (4); a retransmissão (rebroadcasting) mediante receção por ou sem fio do programa com vista à sua utilização hertziana (5).

missão direta, por via de radiodifusão sonora e/ou visual, de espetáculo público ou de execução em estúdio ‘ao vivo’. E significa que tendo o artista autorizado a radiodifusão não pode depois proibir a retransmissão da sua prestação, i.e., ‘a emissão simultânea por um organismo de radiodifusão de uma emissão de outro organismo de radiodifusão’ (art. 176.º/10).

Por seu turno, ao invés da transmissão em direto de prestação ao vivo, a prestação ‘efetuada a partir de uma fixação’ diz respeito à radiodifusão ou à comunicação pública realizadas com base em fonograma ou videograma tal como estes são definidos nos n.º 4 e 5 do artigo 176.º. Por outro lado, na noção de prestação ‘efetuada a partir de uma fixação’ deve abranger-se ainda a fixação obtida com autorização do artista para fins de radiodifusão (art. 178.º/2).

Poderia ainda incluir-se nesta situação a prestação realizada a partir de fixação efémera feita por organismo de radiodifusão, a qual é prevista no artigo 189.º/1-d, como utilização livre. Todavia, deve considerar-se o conceito de fixação, previsto no art. 141.º/1, sobre contrato de fixação fonográfica e videográfica, nos termos do qual por fixação se entende ‘a incorporação de sons ou de imagens, separada ou cumulativamente, num suporte material suficientemente estável e duradouro que permita a sua perceção, reprodução ou comunicação de qualquer modo, em período não efémero’. Neste sentido, a fixação efémera seria remetida para o âmbito da ‘prestação radiodifundida’⁽¹⁵¹⁾.

De todo o modo, a fixação efémera de prestação feita por organismos de radiodifusão é considerada expressamente uma utilização livre nos termos do art. 189.º/1-d, para a qual não é sequer prevista qualquer remuneração.

⁽¹⁵¹⁾ Como referem SAM RICKETSON e JANE C. GINSBURG (*International Copyright and Neighbouring Rights*, cit., p. 1217): ‘the requirement of ephemerality means that any recordings that are made must be destroyed after a reasonable time, although clearly there may be differences between national laws as to the precise times for this.’

6.2. Direito a remuneração equitativa

O direito exclusivo abrange (apenas) as referidas situações. Todavia, a proteção económica dos artistas não se esgota nisso, uma vez que lhes é atribuído ainda um direito a remuneração equitativa pela prática de outros atos, que se analisam em dois grupos de casos.

Por um lado, o artista tem direito, juntamente com o produtor, a uma remuneração única e equitativa pela utilização por qualquer forma de comunicação pública de fonograma ou videograma editado comercialmente, ou de uma reprodução dos mesmos, que fixe prestação sua (art. 184.º/3). Ou seja, embora a radiodifusão e a comunicação ao público de prestação efetuadas a partir de fixação não sejam abrangidas pelo direito exclusivo, o artista tem direito de remuneração pela utilização por qualquer forma de comunicação pública de fonograma ou videograma publicado comercialmente, ou de uma reprodução dos mesmos, que fixem prestações suas. A utilização por radiodifusão (incluindo a transmissão por cabo) não é expressamente abrangida no âmbito desta remuneração.

Por outro lado, quando o artista autoriza a fixação da sua prestação para fins de radiodifusão a um produtor cinematográfico, audiovisual ou videográfico, ou a um organismo de radiodifusão, essa autorização envolve a transmissão dos seus direitos de radiodifusão e de comunicação ao público, ficando o artista com o direito de auferir uma remuneração inalienável, equitativa e única por todas as autorizações para radiodifusão ou comunicação ao público (art. 178.º/2-3).

Neste segundo grupo de casos, embora a autorização de fixação para fins de radiodifusão envolva a transmissão apenas dos direitos de radiodifusão e comunicação ao público, a lei atribui ao artista o direito de remuneração por todas as autorizações previstas no n.º 1, à exceção do direito de colocação à disposição do público, por fio ou sem fio, de forma a ser acessível a qualquer pessoa, a partir do local e no momento por ela escolhido (a chamada colocação à disposição do público a pedido ou transmissão interativa).

Todavia, para além deste direito e dos direitos de radiodifusão e comunicação ao público, assiste ao artista o direito exclusivo de

autorizar ou proibir, nomeadamente, a fixação para outros fins e a reprodução da sua prestação (art. 178.º/1-b/c). Ora, englobando no direito de remuneração do artista todas estas autorizações mas envolvendo a autorização de fixação para radiodifusão a transmissão apenas dos direitos de radiodifusão e de comunicação ao público, parece que a lei estabeleceu uma licença legal global resultante da mera autorização de fixação para fins de radiodifusão.

Além disso, o 2.º período do número 2.º do artigo 178.º sujeita obrigatoriamente esta remuneração a gestão coletiva e confere um mandato legal à entidade de gestão desta categoria de direitos. Com efeito, a remuneração única, equitativa e irrenunciável será exercida através de acordo coletivo celebrado entre os utilizadores e a entidade de gestão coletiva representativa da respetiva categoria, que se considera mandatada para gerir os direitos de todos os titulares dessa categoria, incluindo os que nela não se encontrem inscritos.

O n.º 3 do mesmo artigo acrescenta ainda que a referida remuneração, inalienável e equitativa, abrangerá igualmente a autorização para novas transmissões, a retransmissão e a comercialização de fixações obtidas para fins exclusivos de radiodifusão. Esta norma torna claro que a remuneração única, prevista no art. 178.º/2, abrange igualmente estas utilizações.

Ressalva-se, em todo o caso, o direito exclusivo de colocação à disposição do público ‘a pedido’ (previsto na alínea *d*) do n.º 1), cujo exercício é todavia sujeito, nos termos do n.º 4 do artigo 178.º, a gestão coletiva por entidade especializada, a qual se presumirá mandatada para gerir os direitos de todos os titulares, incluindo os que nela não se encontrem inscritos, podendo o titular decidir junto de qual dessas entidades deve reclamar os seus direitos sempre que estes direitos forem geridos por mais que uma entidade de gestão.

6.3. Síntese

A análise precedente mostra que o CDADC não atribui aos artistas o direito de autorizar a retransmissão das suas prestações. Com efeito, na retransmissão a prestação é já, por si própria, uma

‘prestação radiodifundida’. O artista tem o direito de autorizar a radiodifusão da sua prestação ao vivo, i.e. a transmissão direta por radiodifusão sonora e/ou visual da sua atuação ao vivo, seja em espetáculo público, seja em estúdio. Todavia, uma vez autorizada a transmissão primária (por fios ou sem fios, por satélite ou cabo), o artista já não pode proibir a retransmissão da sua prestação, i.e., ‘a emissão simultânea por um organismo de radiodifusão de uma emissão de outro organismo de radiodifusão’ (art. 176.º/10), uma vez que neste caso a sua prestação será já uma prestação radiodifundida para efeitos do art. 178.º/1-a.

De igual modo, o artista não tem o direito de autorizar a radiodifusão e a comunicação ao público da sua prestação quando esta seja efetuada a partir de uma fixação, quer se trate de fonograma ou videograma (tal como estes são definidos no CDADC), quer de fixação obtida exclusivamente para fins de radiodifusão.

Em todo o caso, parece-nos que, enquanto elementos de delimitação negativa do direito exclusivo dos artistas, as noções de ‘prestação radiodifundida’ e ‘efetuada a partir de uma fixação’ pressupõem a respetiva licitude, i.e. serem prestações radiodifundidas ou fixadas com autorização do artista, da lei ou no âmbito das utilizações livres previstas no art. 189.º (por ex., utilização para fins de informação ou crítica nos termos do art. 189.º/1-b).

Por outro lado, o CDADC confere ao artista o direito a remuneração inalienável, equitativa e única pelas utilizações das suas prestações sujeitas a autorização, quando o artista autorize a sua fixação para fins de radiodifusão a um produtor videográfico, audiovisual ou cinematográfico, ou a um organismo de radiodifusão. Esta autorização envolve a transmissão dos seus direitos de radiodifusão e comunicação ao público e dá origem a uma licença legal de utilização das suas prestações (salvo para a colocação à disposição do público a pedido), ficando o artista com o direito à referida remuneração única, equitativa e irrenunciável, para cuja gestão é legalmente mandatada a entidade de gestão coletiva representativa da respetiva categoria de direitos.

Além disso, pela utilização por qualquer forma de comunicação pública de fonograma ou videograma editado comercialmente, ou de uma reprodução do mesmo, assiste igualmente ao artista,

juntamente com o produtor, o direito a receber do utilizador uma remuneração equitativa (art. 184.º/3). Note-se que, ao contrário da remuneração prevista no art. 178.º/2-3, esta remuneração não é inalienável, e contrariamente à Convenção de Roma, ao TOIEF e à Diretiva 2006/115/CE, não abrange expressamente a radiodifusão (que abrange a transmissão por cabo)⁽¹⁵²⁾.

Quanto a este último ponto, importa referir que a lei portuguesa parece não estar em desconformidade substancial com os instrumentos internacionais, uma vez que tanto a Convenção de Roma (art. 12.º e art. 16.º/1) como o TOIEF (art. 15.º e 21.º) admitem reservas totais ou parciais ao direito de remuneração pela utilização para radiodifusão ou qualquer comunicação ao público de fonogramas publicados com fins comerciais. Todavia, afigura-se comprometida a conformidade do art. 184.º/3 do CDADC com o art. 8.º/2 da Diretiva 2006/115/CE, que estabelece o dever de os Estados-Membros preverem ‘um direito que garanta o pagamento de uma remuneração equitativa única pelos utilizadores que usem fonogramas com fins comerciais ou suas reproduções em emissões radiodifundidas por ondas radioelétricas ou em qualquer tipo de comunicações ao público’.

Poder-se-ia procurar suprir a lacuna da lei interna interpretando a expressão ‘qualquer tipo de comunicações ao público’ no sentido de englobar igualmente a radiodifusão, com o argumento de o ‘legislador português não ter sentido necessidade de criar uma norma específica de transposição do art.º 8 n.º 2 da diretiva aluguer e comodato’⁽¹⁵³⁾. Todavia, por esta ordem de razões, o legislador também não deveria ter sentido necessidade de autonomizar a radiodifusão e a comunicação ao público no leque de atos abrangi-

⁽¹⁵²⁾ Note-se que a difusão por qualquer meio de fonograma ou de videograma carece de autorização do respetivo produtor (art. 184.º/2), pelo que não faria sentido atribuir-lhe simultaneamente um direito exclusivo e um direito de remuneração pelo mesmo ato. Todavia, defendendo o cúmulo de direitos, embora crítico da solução legal, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de Autor*, cit., 570, sustentando ainda que a ‘difusão por qualquer meio’ (n.º 2) seria abrangida pela fórmula ‘qualquer forma de comunicação pública’ (n.º 3). Também crítico ao direito exclusivo ‘que absurdamente decorre do art. 184.º, n.º 2 do CDADC’, PEDRO CORDEIRO, *Direito de Autor*, cit., p. 153, nota 374.

⁽¹⁵³⁾ *Ibid.*, p. 397.

dos pelo direito exclusivo do artista, englobando-os todos num ‘grande direito de comunicação ao público’ à semelhança por ex. da lei espanhola. De todo o modo, ficar-se-ia sem saber se tal radiodifusão seria limitada à radiodifusão por ondas radioelétricas, como impõe a Diretiva, ou se poderia ser alargada à transmissão por cabo enquanto modalidade de radiodifusão nos termos da lei interna.

Ora, o que sucede é que, para efeitos de regime jurídico, a radiodifusão e a comunicação pública são formas distintas de utilização das prestações, tal como sucede aliás para as obras literárias e artísticas (art. 149 e 155.º). Pelo que, ao não garantir expressamente ao artista o direito ao pagamento de uma remuneração equitativa única pelos utilizadores que usem fonogramas com fins comerciais ou suas reproduções em *emissões radiodifundidas por ondas radioelétricas*, a lei interna falha — lamentavelmente — no cumprimento da norma comunitária. Esta situação deverá ser corrigida pelo legislador, de modo a suprir a lacuna de proteção dos artistas e cumprir o dever de proteção imposto pela Diretiva no domínio da radiodifusão por ondas radioelétricas, mas sem prejuízo de poder alargar essa remuneração à transmissão por cabo. Recorrer à interpretação em conformidade com a Diretiva para alcançar, por via metodológica, a suficiência da norma interna esbarrará, a nosso ver, com princípio da tipicidade fechada que rege em matéria de direitos conexos.

6.4. O Decreto-Lei n.º 333/97, de 27 de novembro

O regime do CDADC é complementado pelo DL 333/97, que transpõe para a ordem jurídica interna a Diretiva 93/83/CEE (satélite e cabo). Este diploma manda aplicar à comunicação ao público por satélite e à retransmissão por cabo das prestações dos artistas as disposições dos artigos 178.º e 184.º do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, e os artigos 6.º e 7.º do DL 333/97.

Todavia, à semelhança da Diretiva 93/83/CEE, este diploma não atribui aos artistas o direito exclusivo de autorizar ou proibir a

retransmissão por cabo. O direito exclusivo de retransmissão está expressamente previsto no CDADC para os autores (art. 68.º/2-e⁽¹⁵⁴⁾) e para os organismos de radiodifusão (art. 187.º/1-a). Mas, relativamente a estes últimos, não se aplica sequer ao distribuidor por cabo que se limita a efetuar a retransmissão daquelas emissões, já que, nos termos do art. 187.º/2, ‘Ao distribuidor por cabo que se limita a efetuar a retransmissão de emissões de organismos de radiodifusão não se aplicam os direitos [dos organismos de radiodifusão] previstos neste artigo.’

Ora, o referido DL 333/97 dispõe no seu art. 7.º sobre retransmissão por cabo, que o direito de autorizar ou proibir a retransmissão por cabo só pode ser exercido através de uma entidade de gestão coletiva (n.º 1) e estabelece que, na falta de acordo sobre a autorização da retransmissão por cabo, o litígio resolver-se-á por via arbitral, nos termos da lei (n.º 3). Por conseguinte, o art. 7.º do DL 333/97 não institui nenhum direito exclusivo de retransmissão por cabo, ao contrário nomeadamente do seu art. 6.º/1 que dispõe expressamente que ‘A autorização de comunicação ao público por satélite constitui direito exclusivo do autor’.

É patente o contraste entre as duas normas. A primeira sujeita o exercício do direito exclusivo de retransmissão por cabo (quando exista) a gestão coletiva obrigatória, e determina a via da arbitragem necessária para a resolução de litígios emergentes da falta dessa autorização (a conceder pela entidade de gestão coletiva). A segunda constitui a favor dos autores (e, por remissão operada pelo art. 8.º, dos titulares de direitos conexos) o direito exclusivo de autorizar a comunicação ao público por satélite.

Assim, o facto de o art. 8.º do DL 333/97 sujeitar a comunicação ao público por satélite e a retransmissão por cabo das prestações artísticas ao estabelecido nos artigos 178.º, 184.º e 187.º do CDADC e, em especial, nos seus artigos 6.º e 7.º [do DL 333/97], daí não resulta nenhum direito exclusivo de retransmissão por cabo a favor dos artistas. Primeiro, porque esse direito não está previsto em nenhum preceito do CDADC. Segundo, porque nem o art. 6.º

(154) Ver também art. 153.º/3 CDADC.

nem especialmente o art. 7.º do DL 333/97 estabelecem esse direito a favor dos artistas⁽¹⁵⁵⁾.

Ao contrário da Bélgica, onde foi estabelecido expressamente esse direito para os artistas, o legislador português não o atribuiu, nem tinha que o atribuir. Mesmo que se entenda que há uma lacuna de proteção dos artistas, deverá todavia reconhecer-se que se trata de uma lacuna voluntária, i.e. o legislador, de caso pensado, decidiu não estabelecer esse direito a favor dos artistas.

Por outro lado, não estando a retransmissão por cabo sujeita a autorização, não será aplicável o n.º 3 do art. 7.º do DL 333/97, que estabelece que, ‘Na falta de acordo sobre a autorização da retransmissão por cabo, o litígio resolver-se-á por via arbitral, nos termos da lei.’ A arbitragem obrigatória só vale, por conseguinte, para os casos em que não haja acordo sobre a autorização da retransmissão por cabo, o que pressupõe necessariamente a existência de um direito exclusivo de autorizar essa operação. Esse direito está previsto expressamente para os autores de obras literárias ou artísticas e para os organismos de radiodifusão, mas, relativamente a estes últimos, não se aplica sequer ao distribuidor por cabo que se limita a efetuar a retransmissão daquelas emissões (art. 187.º/2 CDADC).

Ademais, a não existência de um direito exclusivo de autorizar a retransmissão por cabo não pode ser suprida por interpretação criativa, contornando o princípio da tipicidade taxativa (*numerus clausus*) que rege nesta matéria. Recordando as palavras de Oliveira Ascensão, ‘não há direitos dos artistas, patrimoniais ou pessoais, que não sejam os que

⁽¹⁵⁵⁾ LUIZ FRANCISCO REBELLO (*Código do Direito de Autor*, cit., pp. 303-4) refere-se aos ‘direitos de comunicação por satélite e retransmissão por cabo estatuídos neste diploma.’ Todavia, relativamente à retransmissão por cabo — e ao contrário do que sucede relativamente ao direito de comunicar ao público por satélite (art. 6.º/1) —, o DL 333/97 não estatui nenhum direito, nem para os autores nem para os artistas, limitando-se apenas a sujeitar o seu exercício a gestão coletiva obrigatória (art. 7.º/1). Numa palavra, está em causa não a constituição de direitos, mas antes o seu exercício. O que, de resto, corresponde à solução da Diretiva transposta pelo DL 333/97. Por seu turno, a existência do direito exclusivo dos artistas de autorizar a retransmissão por cabo das suas prestações também não resulta do CDADC. Mais recentemente, parecendo admitir o direito de autorizar ou proibir a retransmissão por cabo, sujeito a ‘representação coletiva a título injuntivo’ (não obstante poder estar em causa prestação já radiofundida ou efetuada a partir de uma fixação), v. LUÍS MANUEL DE TELES MENEZES LEITÃO, *Direito de autor*, cit., pp. 253, 258.

constam da lei. Não há aqui nenhuma atipicidade, semelhante à que se verifica no exclusivo de exploração económica do autor⁽¹⁵⁶⁾.

A sujeição do exercício do direito exclusivo de retransmissão por cabo a gestão coletiva obrigatória bem como a imposição de resolução dos litígios emergentes da falta dessa autorização a arbitragem necessária são duas medidas excepcionais que em muito comprimem a liberdade dos titulares de direitos⁽¹⁵⁷⁾. Serão medidas necessárias e adequadas à prevenção do exercício abusivo desse direito exclusivo, suscetível por natureza de entravar injustificadamente a circulação das obras e prestações protegidas pelas redes de cabo e de comprometer desse modo não apenas o acesso público à informação mas igualmente o desenvolvimento deste novo modelo de negócio. Por estas razões, tanto a gestão coletiva obrigatória como a sujeição da resolução dos litígios a arbitragem necessária devem limitar-se à retransmissão por cabo tal como esta é definida na Diretiva Satélite e Cabo⁽¹⁵⁸⁾.

Todavia, a obrigatoriedade da gestão coletiva e a imposição da arbitragem necessária referem-se ao exercício do direito exclusivo de retransmissão por cabo, cuja existência é por conseguinte pressuposta. Ora, esse direito não é instituído nas disposições relevantes nem do CDADC nem do DL 333/97.

6.5. Da arbitragem necessária

Aqui chegados, importa todavia colocar a questão: a arbitragem necessária que o DL 333/97 estabelece para os litígios relati-

⁽¹⁵⁶⁾ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de Autor*, cit., p. 562.

⁽¹⁵⁷⁾ A necessidade de autorização para retransmissão por cabo justifica ainda a obrigação de negociar prevista no artigo 9.º, nos termos do qual ‘As entidades representativas dos vários interesses em presença estabelecerão as negociações e os acordos no respeito pelo princípio da boa fé, conducentes a assegurar que a retransmissão por cabo se processe em condições equilibradas e sem interrupções’ (n.º 1), não devendo ser impedidas ou atrasadas pelas partes sem válida justificação (n.º 2).

⁽¹⁵⁸⁾ Apontando a discrepância entre a noção interna e a noção comunitária e criticando os seus efeitos em termos de regime, que qualifica como ‘más opções’, PEDRO CORDEIRO, *Direito de Autor*, cit., p. 417.

vos à ‘falta de acordo sobre a autorização da retransmissão por cabo’ é limitada a estes litígios ou, pelo contrário, abrangerá outros litígios entre as entidades de gestão coletiva dos direitos dos artistas e os operadores por cabo, nomeadamente no que respeita aos montantes das remunerações equitativas que assistem legalmente aos artistas relativamente a determinados atos que não estão sujeitos à sua autorização?

Se tivéssemos concluído pela existência na ordem jurídica portuguesa do direito exclusivo dos artistas de autorizar a retransmissão por cabo das suas prestações então a arbitragem necessária impor-se-ia inequivocamente.

Todavia, tendo-se apurado que esse direito não existe — nem teria que existir por força de instrumentos internacionais e comunitários —, decorrerá daí necessariamente não haver lugar à arbitragem necessária para os litígios entre as entidades de gestão coletiva dos direitos dos artistas e os operadores por cabo quando esteja em causa a utilização de prestações artísticas mediante retransmissão por cabo?

a) Lei n.º 83/2001, de 3 de agosto

A Lei n.º 83/2001, de 3 de agosto — que regula a constituição, organização, funcionamento e atribuições das entidades de gestão coletiva do direito de autor e dos direitos conexos — prevê a possibilidade de as partes submeterem a arbitragem (voluntária) a resolução dos ‘conflitos emergentes das relações entre as entidades de gestão coletiva e os seus associados ou cooperadores e terceiros contratantes e interessados’ (art. 28.º/1). Para efeitos desta arbitragem voluntária, ‘é criada junto do Ministério da Cultura uma comissão de medição e arbitragem’ (art. 28.º/2).

Ora, nos termos do art. 29.º/1, as competências desta comissão consistem em, relativamente à arbitragem voluntária, *poder* intervir ou decidir, a solicitação dos interessados e mediante acordo destes, nos litígios que lhe sejam submetidos e, designadamente, exercer a mediação nos processos de fixação dos valores de tarifas a aplicar pelas entidades de gestão (a) e julgar os litígios em matérias relativas aos atos e contratos produzidos em resultado da

atividade exercida pelas entidades de gestão coletiva no cumprimento do seu principal objeto (b).

Para além da *arbitragem voluntária* — na qual de resto as competências da comissão⁽¹⁵⁹⁾ parecem meramente facultativas, tanto para as partes como para a própria comissão (‘A Comissão... *poderá* intervir ou decidir’) —, a Lei 83/2001 estabelece ainda que ‘A comissão exerce a arbitragem obrigatória que estiver prevista na lei.’ (art. 28.º/3)⁽¹⁶⁰⁾.

Uma situação de arbitragem obrigatória prevista na lei é a que diz respeito aos litígios entre os titulares de direitos de autor e/ou de direitos conexos e os utilizadores legítimos que pretendam ter acesso aos meios de acesso a obras e/ou prestações protegidas por medidas eficazes de carácter tecnológico, em ordem a efetivar uma utilização livre salvaguardada pelo regime destas medidas⁽¹⁶¹⁾.

b) O artigo 7.º/3 do DL 333/97

Ora, será a situação prevista no art. 7.º/3 do DL 333/97 também uma situação de arbitragem necessária para efeitos do art. 28.º/3 da Lei 83/2001?

Aparentemente, é isso que resulta do teor da norma: ‘Na falta de acordo sobre a autorização da retransmissão por cabo, o litígio resolver-se-á por via arbitral, nos termos da lei.’

Todavia, é duvidoso que, ao impor a arbitragem necessária, a lei portuguesa esteja em total conformidade com a norma comunitária que transpõe (Diretiva 93/83/CEE, art. 11.º). Com efeito, ao invés de estabelecer a arbitragem obrigatória, a norma comunitária

⁽¹⁵⁹⁾ A composição desta comissão foi, nos termos do art. 30.º da Lei 83/2001, determinada pelo Despacho do n.º 17 584/2006, de 28 de julho de 2006, do Gabinete do Primeiro Ministro (DR 2.ª série, Parte C, n.º 167, 30.8.2006)

⁽¹⁶⁰⁾ A Lei 83/2001 estabelece que, subsidiariamente, o funcionamento da CMA rege-se pelas disposições gerais sobre arbitragem (art. 34.º). Ver artigos 1525.º e seguintes do Código de Processo Civil, e a nova Lei da Arbitragem Voluntária (Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro).

⁽¹⁶¹⁾ Artigo 221.º/4 CDADC, introduzido pela Lei 50/2004, de 14 de agosto, que transpõe para a ordem jurídica interna a Diretiva 2001/29/CE sobre direito de autor e direitos conexos na sociedade da informação. Sobre o ponto, ALEXANDRE L. DIAS PEREIRA, *Direitos de Autor e Liberdade de Informação*, cit., pp. 641-51.

limita-se a obrigar os Estados-Membros a preverem a existência de um mecanismo de mediação. De resto, a figura da arbitragem necessária deve entender-se como uma solução excecional, senão mesmo como uma forma imprópria de arbitragem⁽¹⁶²⁾.

Seja como for, a norma estabelece especificamente a arbitragem necessária para os litígios relativos à ‘falta de acordo sobre a autorização da retransmissão por cabo’. Ora, vimos que a ordem jurídica portuguesa, tendo em conta o direito internacional e o direito da União Europeia, não atribui aos artistas o direito de autorizar a retransmissão por cabo das suas prestações. Na retransmissão por cabo a prestação é uma ‘prestação radiodifundida’, ou uma prestação que foi primariamente ‘efetuada a partir de uma fixação’. Pelo que, nos termos da al. a) do n.º 1 do art. 178.º do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (CDADC), não é abrangida pelo direito exclusivo do artista.

Assim, não existindo na ordem jurídica o direito exclusivo do artista de autorizar a retransmissão por cabo da sua prestação, a falta de acordo quanto a esta retransmissão não justificará o recurso à arbitragem necessária para os litígios entre as entidades de gestão coletiva dos direitos dos artistas e os operadores de cabo.

Em suma, a imposição da arbitragem necessária reveste carácter excecional. Por isso o seu campo de aplicação deve ser limitado às situações expressamente previstas na hipótese da norma, ou seja, aos litígios relativos à falta de acordo sobre a autorização da retransmissão por cabo. Não sendo exigida tal autorização — como vimos suceder à luz da ordem jurídica interna relativamente às prestações dos artistas — não se impõe, de igual modo, o recurso à arbitragem necessária. De resto, como vimos, a conformidade desta arbitragem com a Diretiva é, no mínimo, duvidosa⁽¹⁶³⁾, mesmo para as situações que a norma expressamente contempla.

⁽¹⁶²⁾ MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, Coimbra, Almedina, 2010.

⁽¹⁶³⁾ Recordando as palavras de THOMAS DREIER, ‘it must also be up to the parties to agree upon a settlement of disputes on their own, and this even in Member States in which a certain facility has already been entrusted with the mediation activity according to Article 11’ — ‘Satellite and Cable Directive’, in *European Copyright Law: A Commentary*, cit., p. 460.

Parece-nos aliás razoável que do princípio da interpretação da lei interna em conformidade com a norma comunitária resulte que, ao invés de impor a arbitragem necessária, a lei portuguesa se limite a garantir às partes a possibilidade de recurso à via arbitral. Todavia, não se justifica desenvolver mais este argumento uma vez que, como vimos, a norma interna aplicar-se-á apenas a litígios relativos à falta de acordo sobre a autorização da retransmissão por cabo, não tendo lugar, por conseguinte, quando não haja lugar à referida autorização.

CONCLUSÕES

1.^a Da tipicidade fechada dos direitos conexos

As prestações artísticas são protegidas por direitos conexos ao direito de autor. Para além de certos direitos morais, os direitos dos artistas consistem, por um lado, em direitos exclusivos de autorizar ou proibir determinadas utilizações das suas prestações e, por outro lado, direitos de remuneração relativamente a outras utilizações.

A disciplina dos direitos conexos é marcada pelos princípios da territorialidade e da tipicidade fechada. O primeiro significa que a ordem jurídica portuguesa é competente para determinar a atribuição destes direitos, sem prejuízo das obrigações do Estado Português decorrentes de instrumentos de direito internacional e/ou de direito da União Europeia. O segundo significa que a existência e o conteúdo destes direitos são previstos taxativamente na lei em termos de *tipicidade fechada*, por oposição ao direito de autor que é marcado pela tipicidade aberta.

A tipicidade fechada tem, desde logo, uma implicação metodológica para o intérprete, que se traduz na especial relevância do glossário de noções legais para a determinação do sentido e alcance das normas atributivas de direitos. Vale isto por dizer que, em princípio, o intérprete deve interpretar os termos utilizados pelo legislador em conformidade com as noções legalmente previstas.

Destacam-se neste âmbito as noções de fixação, radiodifusão e retransmissão, para além da noção de prestação artística. A rigidez que dessas noções resulte para a interpretação da lei encontrará justificação no referido princípio da tipicidade fechada — e que se compreende à luz das liberdades fundamentais da comunicação e das atividades económicas envolvidas que a instituição de direitos exclusivos comprime.

No catálogo de definições estabelecidas no art. 176.º do CDADC não constam as noções de ‘prestação radiodifundida’ e de ‘efetuada a partir de uma fixação’ utilizadas no art. 178.º/1-a. Todavia, não apenas a história da norma mas também o seu enquadramento sistemático e ainda a sua teleologia funcional fornecem indicações suficientes para uma correta compreensão dessas noções.

2.ª Da prestação artística protegida

Quando o Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos utiliza as expressões ‘prestação radiodifundida’ ou prestação ‘efetuada a partir de uma fixação’ refere-se apenas às prestações dos artistas intérpretes ou executantes protegidas pelos direitos conexos ao direito de autor.

Ora, entendendo-se por artistas intérpretes ou executantes ‘os atores, cantores, músicos, bailarinos e outros que representem, cantem, recitem, declamem, interpretem ou executem de qualquer maneira obras literárias ou artísticas’ (art. 176.º/2), então as prestações artísticas consistem em atuações relativas apenas a obras literárias ou artísticas.

Todavia, não é requisito de proteção da prestação artística que a obra literária ou artística interpretada ou executada seja protegida pelo direito de autor. Assim, por exemplo, são igualmente protegidas as prestações artísticas de obras já caídas no domínio público. Contudo, não são protegidas as prestações que não consistam em interpretação ou execução de obra literária ou artística. Excluem-se assim as colaborações puramente técnicas (e.g. técnico de som ou de luzes) bem como as atuações não relativas a obras literárias ou artísticas (e.g. as atuações desportivas).

Além disso, por força da lei, ainda que relativas a obras literárias ou artísticas, a proteção do artista pelos direitos conexos não abrange as suas prestações decorrentes do exercício de dever funcional ou de contrato de trabalho (art. 189.º/2).

3.ª Da ‘prestação radiodifundida’

Por *prestação radiodifundida* entende-se a prestação que é objeto de emissão de radiodifusão, enquanto ‘difusão de sons ou de imagens, ou a representação destes, separada ou cumulativamente, por fios ou sem fios, nomeadamente por ondas hertzianas, fibras óticas, cabo ou satélite, destinada à receção pelo público’ (art. 176.º/9).

Por contraposição à prestação ‘efetuada a partir de uma fixação’, a prestação radiodifundida refere-se à atuação ao vivo (*live performance*), que se realiza quer em sala de espetáculo quer em estúdio, e significa, para efeitos de regime, que o direito exclusivo de autorizar a radiodifusão ou a comunicação ao público abrange apenas a emissão primária de radiodifusão (com ou sem fios) ou a sua comunicação ao público (e.g. através de altifalantes ou outros dispositivos que tornem a prestação perceptível por um público não presente no local da atuação ao vivo). Uma vez radiodifundida, o artista já não pode impedir a posterior radiodifusão (retransmissão) ou comunicação ao público da sua prestação.

4.ª Da prestação ‘efetuada a partir de uma fixação’

A prestação ‘efetuada a partir de uma fixação’ abrange dois tipos de casos.

Por um lado, a prestação artística que é radiodifundida ou comunicada ao público a partir de uma ‘incorporação de sons ou de imagens, separada ou cumulativamente, num suporte material suficientemente estável e duradouro que permita a sua perceção, reprodução ou comunicação de qualquer modo, em período não efêmero’ (art. 141.º/1). O registo da fixação consistirá tipicamente

num fonograma ou num videograma, tal como definidos no CDADC (art. 176.º/4-5, parecendo abranger os filmes e outros registos audiovisuais na noção de videograma).

Por força do art. 178.º/1-a, *in fine*, o artista não tem o direito exclusivo de autorizar nem a radiodifusão nem a comunicação ao público das suas prestações artísticas fixadas em fonogramas ou em videogramas. Contudo, embora a lei não o diga expressamente — ao contrário do que sucede em outros países — a liberdade de radiodifusão e de comunicação ao público de prestação artística fixada em fonogramas e em videogramas pressuporá a licitude da fixação, isto é, tratar-se de prestação licitamente fixada. A fixação considera-se lícita quando for realizada com autorização do artista ou no âmbito e dentro dos limites das utilizações legalmente autorizadas, incluindo as utilizações livres previstas no CDADC para as prestações protegidas (art. 189.º).

No leque de utilizações livres são previstas, aliás, as ‘fixações efémeras feitas por organismo de radiodifusão’ (art. 189.º/1-d⁽¹⁶⁴⁾). Enquanto utilização livre, estas fixações não são abrangidas pelo direito exclusivo, nem devem ser confundidas com as fixações para fins de radiodifusão que o artista poderá autorizar, relativamente às suas prestações, tanto a produtores fonográficos, videográficos ou audiovisuais como a organismos de radiodifusão.

Por outro lado, a prestação ‘efetuada a partir de uma fixação’ abrange a prestação fixada com autorização para fins de radiodifusão. A autorização de fixação para fins de radiodifusão implica a transmissão para o produtor (fonográfico, videográfico ou audiovisual) ou para o organismo de radiodifusão dos direitos exclusivos de radiodifusão e de comunicação ao público das prestações artísticas, bem como licença legal para o exercício dos restantes direitos exclusivos do artista, salvo o direito de colocação à disposição do público ‘a pedido’ (art. 178.º/2, 1.º período).

⁽¹⁶⁴⁾ Esta utilização livre deve interpretar-se em conformidade com a Convenção de Roma e com a Diretiva 2006/115/CE no sentido de ser limitada às fixações efémeras realizadas pelos organismos de radiodifusão ‘pelos seus próprios meios e para as suas próprias emissões’. Convenção de Roma, art. 15.º/1-c; Diretiva 2006/115/CE, art. 10.º/1-c).

5.^a Da remuneração equitativa

O artista intérprete ou executante tem direito de remuneração em dois grupos de situações.

Por um lado, em caso de autorização de fixação para fins de radiodifusão, os direitos exclusivos de radiodifusão e de comunicação ao público do artista transmitem-se ao produtor ou ao organismo de radiodifusão e a lei habilita-os a praticar os demais atos que estariam sujeitos a autorização do artista (art. 178.º/2, 2.º período). Em contrapartida, é assegurado ao artista o direito a remuneração inalienável, única e equitativa, cujo exercício é sujeito a gestão coletiva obrigatória, sendo as entidades de gestão coletiva legalmente mandatadas para gerir os direitos de todos os titulares dessa categoria tanto dos seus associados como de terceiros (*outsiders*) (art. 178.º/2, 2.º período). Essa remuneração abrange igualmente todas as novas transmissões ou retransmissões das prestações artísticas cuja fixação foi autorizada pelo artista para fins de radiodifusão (art. 178.º/3).

Por outro lado, pela utilização por qualquer forma de comunicação ao público tanto de fonogramas como de videogramas publicados comercialmente é devida pelo utilizador ao artista e ao produtor uma remuneração equitativa (não inalienável), a dividir por ambos em partes iguais (art. 184.º/3). Ao contrário da Convenção de Roma (art. 12.º), do TOIEF (art. 15.º/1) e da Diretiva 2006/115/CE (art. 8.º/1), a lei portuguesa não prevê expressamente, para efeitos desta remuneração equitativa, a utilização de fonograma pela radiodifusão (incluindo a transmissão por cabo). Sendo que radiodifusão e comunicação ao público são recorrentemente previstas como formas distintas de utilização das prestações (e.g. CDADC, art. 149.º-156.º, art. 178.º/1-a; Convenção de Roma, art. 7.º/1-a; Acordo ADPIC, art. 14.º/1, 2.º período, TOIEF, art. 2.º/f-g; Diretiva 2006/115/CE, art. 8.º). Ora, esbarrando o cânone da interpretação da lei interna em conformidade com a Diretiva com o princípio da tipicidade fechada que rege neste domínio, caberá ao legislador suprir essa lacuna e cumprir o dever de proteção imposto pela Diretiva 2006/115/CE. Por conseguinte, de *lege data*, a referida remuneração equitativa e única não será devida em caso de utilização pela radiodifusão de fonograma ou de videograma publicados com fins comerciais.

6.^a Da retransmissão por cabo de prestações artísticas

Na ordem jurídica portuguesa os artistas não são titulares de um direito exclusivo de autorizar a retransmissão das suas prestações, entendendo-se por retransmissão a ‘emissão simultânea por um organismo de radiodifusão de uma emissão de outro organismo de radiodifusão’ (art. 176.º/10).

Além disso, não resulta de nenhum instrumento nem de direito internacional nem de direito da União Europeia a obrigação de o Estado Português atribuir aos artistas o direito exclusivo de autorizar a retransmissão por cabo das suas prestações.

Por outro lado, a noção de retransmissão por cabo prevista no DL 333/97 (art. 3.º/c) — mais ampla do que a prevista na Diretiva 93/83/CEE (art. 1.º/3) —, vale apenas para efeitos da gestão coletiva obrigatória a que sujeita o exercício do direito exclusivo de autorizar esse ato, quando aplicável (e.g. no caso de retransmissão por cabo de obra literária ou artística protegida pelo direito de autor).

Por essa razão, à luz da lei portuguesa, a liberdade de retransmissão por cabo de prestação artística radiodifundida ou efetuada a partir de uma fixação não exige que a emissão primária provenha de outro Estado-Membro nem que a retransmissão seja integral e inalterada, embora deva ser simultânea (sem prejuízo de ligeiros diferimentos por motivos de ordem técnica).

7.^a Da arbitragem necessária de litígios entre entidades de gestão coletiva e operadores de cabo relativamente à retransmissão por cabo de prestações artísticas protegidas

A sujeição à arbitragem necessária estabelecida no art. 7.º/3 do DL 333/97 dos conflitos relativos à mera remuneração equitativa prevista no art. 178.º/2-3 e no art. 184.º/3 do CDADC não terá fundamento na ‘falta de acordo sobre a autorização da retransmissão por cabo’, uma vez que a ordem jurídica portuguesa não estabelece para o artista o direito exclusivo de autorizar a retransmissão por cabo da sua prestação.

A arbitragem necessária imposta pela lei portuguesa – e cuja conformidade com a Diretiva 93/83/CEE (art. 11.º) é, no mínimo, duvidosa pelas razões supra aduzidas – deve ser limitada às situações expressamente previstas na hipótese da norma legal, i.e. aos litígios sobre a falta de autorização da retransmissão por cabo.

Pelo que, em suma, não sendo necessária esta autorização não terá lugar aquela arbitragem.

REFERÊNCIAS

1. Legislação, Diretivas, Tratados

CDADC — Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 63/85, de 14 de março, alterado pelas Leis n.º 45/85, de 17 de setembro, e 114/91, de 3 de setembro, pelos Decretos-Lei n.ºs 332/97 e 334/97, ambos de 27 de novembro, e pelas Leis n.º 50/2004, de 24 de agosto, e n.º 16/2008, de 1 de abril.

L 332/97 — Decreto-Lei n.º 332/97, de 27 de novembro.

DL 333/97 — Decreto-Lei n.º 333/97, de 27 de novembro.

DL 122/2000 — Decreto-Lei n.º 122/2000, de 4 de julho.

Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro (Lei das Comunicações Eletrónicas).

Lei n.º 27/2007, de 30 de julho (Lei da Televisão).

Convenção de Roma — Convenção Internacional para a Proteção dos Artistas Intérpretes ou Executantes, dos Produtores de Fonogramas, e dos Organismos de Radiodifusão, assinada em Roma em 26 de outubro de 1961.

Acordo ADPIC — Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio (1994).

TOIEF — Tratado da Organização Mundial da Propriedade Intelectual sobre Interpretações ou Execuções e Fonogramas (TOIEF), concluído em dezembro de 1996.

Diretiva 2006/115/CE — Diretiva 2006/115/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2006, relativa ao direito de aluguer, ao direito de comodato e a certos direitos conexos ao direito de autor em matéria de propriedade intelectual, Jornal Oficial L 376/28, 27.12.2006.

Diretiva 93/83/CEE — Diretiva 93/83/CEE do Conselho, de 27 de setembro de 1993, relativa à coordenação de determinadas disposições em matéria de direito de autor e direitos conexos aplicáveis à radiodifusão por satélite e à retransmissão por cabo, Jornal Oficial n.º L 248 de 06/10/1993 p. 15-21.

Diretiva 92/100/CEE — Diretiva 92/100/CEE do Conselho, de 19 de novembro de 1992, relativa ao direito de aluguer, ao direito de comodato e a certos direitos conexos aos direitos de autor em matéria de propriedade intelectual, Jornal Oficial n.º L 346 de 27/11/1992 p. 61-66 (revogada e substituída pela Diretiva 2006/115/CE).

Diretiva 2001/29/CE — Diretiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspetos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação, Jornal Oficial n.º L 167/10 de 22/6/2001.

Diretiva 96/9/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de março, relativa à proteção jurídica das bases de dados.

Diretiva 89/552/CEE do Conselho, de 3 de outubro de 1989, relativa à coordenação de certas disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros relativas ao exercício de atividades de radiodifusão televisiva (Jornal Oficial n.º L 298 de 17/10/1989, pp. 23-30), alterada pela Diretiva 97/36/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 30 de junho de 1997, e pela Diretiva 2007/65/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2007, e revogada pela Diretiva 2010/13/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 10 de março de 2010 relativa à coordenação de certas disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros respeitantes à oferta de serviços de comunicação social audiovisual (Diretiva «Serviços de Comunicação Social Audiovisual»).

TRLPI — *Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual*, aprovado pelo Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, com alterações posteriores. <<http://www.boe.es/boe/dias/2006/07/08/pdfs/A25561-25572.pdf>>.

CPI — Code de la propriété intellectuelle, aprovado pelo Decreto 95-385 de 10 de abril de 1995, com alterações posteriores (versão consolidada em 16 de março de 2011) <<http://www.legifrance.gouv.fr/>>.

Legge 22 aprile 1941 n. 633 (protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio), alterada ultimamente pela Legge 9 gennaio 2008, N. 2 — <http://www.interlex.it/testi/141_633.htm#80>.

Urheberrechtsgesetz vom 9. September 1965 (BGBl. I S. 1273), das zuletzt durch Artikel 83 des Gesetzes vom 17. Dezember 2008 (BGBl. I S. 2586) geändert worden ist — <http://www.gesetze-im-internet.de/urhg/_78.html>.

Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins, de 30 de junho de 1994, com alterações posteriores — <<http://www.ejustice.just.fgov.be/>>.

UK Copyright, Designs and Patent Act 1988 — <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/48/contents>>.

2. Jurisprudência

Tribunal de Justiça, Acórdão de 3 de fevereiro de 2000, C-293/98 (*Egeda*), Col. 2000, p. I-629.

Tribunal de Justiça, Acórdão de 6 de fevereiro de 2003, C-245/00 (*SENA*), Col. 2003, p. I-1269.

Tribunal de Justiça, Acórdão de 2 de junho de 2005, C-89/04 (*Mediakabel*), Col. 2005, p. I-4891.

Tribunal de Justiça, Acórdão de 1 de junho de 2006, C-169/05 (*Uradex*), Col. 2006, p. I-4973.

3. Bibliografia

ASCARELLI, Tuli — *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, 3.^a ed., Milano, Giuffrè, 1960.

ASCENSÃO, José de Oliveira — *Direito Civil — Direito de Autor e Direitos Conexos*, Coimbra, Coimbra Editora, 1992 — *Direito Civil — Reais*, 5.^a ed. Revista e ampliada, Coimbra Editora, 1993 — ‘Territorialidade dos Direitos de Autor e Conexos e Direito Comunitário’, *Revista da Ordem dos Advogados*, 1990, II, p. 313 — ‘Projeto de uma Lei sobre Direitos Conexos ao Direito de Autor’, *Revista da Ordem dos Advogados*, 1978, p. 597.

AZZI, Tristan — *Recherche sur la loi applicable aux droits voisins du droit d'auteur en droit international privé*, Paris, LGDJ, 2005.

BARROCAS, Manuel Pereira — *Manual de Arbitragem*, Coimbra, Almedina, 2010.

BENTLY, Lionel / SHERMAN, Brad — *Intellectual Property Law*, 3.rd ed., Oxford, Oxford University Press, 2009.

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.) — *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, 2.^a ed., Madrid, Tecnos.
- BERTANI, Michele — *Impresa Culturale e Diritti Exclusive*, Milano, Giuffrè, 2000.
- BRONZE, Fernando José — «*Continentalização*» do direito inglês ou «*insularização*» do direito continental?, Boletim da Faculdade de Direito (Suplemento) XXII, Coimbra, 1975.
- CARON, Christophe — *Droit d'auteur et droits voisins*, 2.^a ed., Paris, Litec, 2009.
- CHIMIENTI, Laura — *Lineamenti del nuovo diritto d'autore — direttive comunitarie e normativa interna*, 3.^a ed., Milano, Giuffrè, Milano, 1999.
- COLOMBET, Claude — *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, 5.^{ème} éd., Paris, Dalloz, 1990.
- COMISSÃO EUROPEIA — *Relatório da Comissão Europeia sobre a aplicação da Diretiva 93/83/CEE do Conselho relativa à coordenação de determinadas disposições em matéria de direito de autor e direitos conexos aplicáveis à radiodifusão por satélite e à retransmissão por cabo*, Bruxelas, COM(2002) 430 final, 26.07.2002.
- CORDEIRO, António Menezes — *Direitos Reais*, Reprint 1979, Lisboa, Lex, 1993.
- CORDEIRO, Pedro João Fialho da Costa — *Direito de Autor e Radiodifusão. Um estudo sobre o direito de radiodifusão desde os primórdios até à tecnologia digital*, Coimbra, Almedina, 2004.
- DE VISSCHER, Fernand / Michaux, Benoît — *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, Bruxelles, Bruylant, 2000.
- DESBOIS, Henri — *La propriété littéraire et artistique*, Paris, Armand Collin, 1953.
- DESBOIS, Henri / FRANÇO, André / KEREVER, André — *Les Conventions Internationales du Droit d'Auteur et des Droits Voisins*, Paris, Dalloz, 1976.
- DÖRR, Dieter / KREILE, Johannes / COLE, Mark D. — *Handbuch Medienrecht — Recht der elektronischen Massenmedien*, Frankfurt am Main, Verlag Recht und Wirtschaft, 2008.
- DREIER, Thomas — 'Satellite and Cable Directive', in *European Copyright Law: A Commentary*, ed. Michel Walter, Silke von Lewinski, Oxford/New York, Oxford University Press, 2010, pp. 391-499.

- DREIER, Thomas / SCHULZE, Gernot — *Urheberrechtsgesetz. Urheberrechtswahrnehmungsgesetz. Kunsturhebergesetz*, 3. Aufl. München, Beck, 2008.
- DREIER, Thomas — *Kabelweiterleitung und Urheberrecht. Eine vergleichende Darstellung*, München, Beck, 1991.
- ELLINS, Julia — *Copyright Law, Urheberrecht und ihre Harmonisierung in der Europäischen Gemeinschaft (von den Anfängen bis ins Informationszeitalter)*, Berlin, Duncker & Humblot, 1997.
- FICSOR, Mihaly — *The Law of Copyright and the Internet: the 1996 WIPO Treaties, their Interpretation and Implementation*, Oxford, Oxford University Press, 2002.
- GOLDING, Lindy — ‘Intellectual Property and the Media’, in *Media Law and Practice*, ed. David Goldberg, Gavin Sutter, Ian Walden, Oxford/New York, Oxford University Press, 2009.
- HILTY, Reto — *Verbotrecht vs. Vergütungsanspruch: Suche nach den Konsequenzen der tripolaren Interessenlage im Urheberrecht*, in Festschrift für Gerard Schricker, München, Beck, 2005.
- KAMINA, Pascal — *Film Copyright in the European Union*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.
- KARNELL, Gunnar / LEWINSKI, Silke von — ‘Collective administration of copyrights and neighbouring rights’, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, Volume XIV Copyright and Industrial Property, chief editor Gerhard Schricker, Cap. 6, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006.
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes — *Direito de autor*, Coimbra, Almedina, 2011.
- LEWINSKI, Silke von — ‘Rental and Lending Rights Directive’, in *European Copyright Law: A Commentary*, ed. Michel Walter, Silke von Lewinski Oxford/New York, Oxford University Press, 2010.
- LOEWENHEIM, Ulrich (Hrsg.) — *Handbuch des Urheberrechts*, 2. Aufl., München, Beck, 2009.
- NORDEMANN, Wilhelm / VINCK, Kai / HERTIN, Paul Wolfgang — *Droit d’auteur international et droits voisins dans les pays de langue allemande et les États membres de la Communauté Européenne. Commentaire*, trad. J. Tournier, Bruxelles, Bruylant, 1983 — *Urheberrecht — Kommentar zum Urheberrechtsgesetz und zum Urheberrechtswahrnehmungsgesetz mit den Texten der Urheberrechtsgesetze Österreichs und der Schweiz*, begr. Friedrich Karl Fromm und Wilhelm Nordemann, 9. Aufl., Stuttgart, Kohlhammer, 1998.

- PEREIRA, Alexandre Libório Dias — *Direitos de Autor e Liberdade de Informação*, Coimbra, Almedina, 2008 — *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnológica*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001.
- PICHLER, Marie Helen — *Copyright Problems of Satellite and Cable Television in Europe*, London (etc.), Graham & Trotman, 1987.
- PLAISANT, Robert — *Le droit des auteurs et des artistes exécutants*, Delmas, Paris, 1970.
- QUADROS, Fausto de — *Direito da União Europeia*, Coimbra, Almedina, 2008.
- REBELLO, Luiz Francisco — *Introdução ao Direito de Autor*, Volume I, Lisboa, SPA/Dom Quixote, 1994 — *Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos*, 3.^a ed., Lisboa, Âncora, 2002.
- REHBINDER, Manfred — *Urheberrecht*, 16. Aufl., München, Beck, 2010 — *Urheberrecht*, 9. Aufl., München, Beck, 1996.
- RICKETSON, Sam / GINSBURG, Jane C. — *International Copyright and Neighbouring Rights, The Berne Convention and Beyond*, Vol. II, Oxford/New York, Oxford University Press, 2006.
- ROCHA, Manuel Lopes / CARREIRO, Henrique — *Guia da Lei do Direito de Autor na Sociedade da Informação (Lei 50/2004, de 24 de agosto) Anotada e Comentada*, Famalicão/Lisboa, Centroatlântico, 2005.
- ROGEL VIDE, Carlos / SERRANO GÓMEZ, Eduardo — *Manual de Derecho de Autor*, Madrid, Editorial Réus, 2008.
- SCHRICKER, Gerhard (Hrsg.) — *Urheberrecht — Kommentar*, 3. Aufl., München, Beck, 2006 — *Urheberrechtliche Probleme des Kabelrundfunks*, Baden-Baden, Nomos, 1986.
- SIRINELLI, Pierre — *Propriété littéraire et artistique*, 2.^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2003.
- STEWART, Stephen M. — *International Copyright and Neighbouring Rights*, 2nd ed., assisted by Hamish Sandison, London, Butterworths, 1989.
- STRAUS, Joseph — ‘Neighbouring Rights — National and International Developments’, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, Volume XIV Copyright and Industrial Property, chief editor Gerhard Schricker, Cap. 5, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006.
- STRASCHNOV, Georges — *Le droit d’auteur et des droits connexes en radio-diffusion*, Bruxelles, Bruylant, 1948.
- UBERTAZZI, Luigi Carlo — *Direito d’Autore — Commentatio Breve alle Leggi su Proprietà Intellettuale e Concorrenza*, 4.^a ed., Cedam, Padova, Cedam, 2009.

- ULMER, Eugen — *Urheber- und Verlagsrecht*, 3. Aufl., Berlin, Springer, 1980.
- VICENTE, Dário Moura — *A Tutela Internacional da Propriedade Intelectual*, Coimbra, Almedina, 2008 — *Direito Comparado*, I, Coimbra, Almedina, 2008.
- VISCONDE DE CARNAXIDE — *Tratado da Propriedade Literária e Artística (Direito Interno, Comparado e Internacional)*, Renascença Portuguesa, Porto, 1918.
- WALTER, Michel / LEWINSKI, Silke von (ed.) — *European Copyright Law: A Commentary*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2010.
- WANDTKE, Artur-Axel / Bullinger, Winfried Bullinger (Hrsg.) — *UrhR — Praxiskommentar zum Urheberrecht*, 2. Aufl., München, Beck, 2006.
- WINN, David B. — *European Community and International Media Law*, London, Graham&Trotman / Martinus Nijhoff, 1994.
- WIPO Intellectual Property Handbook: Policy, Law and Use* <<http://www.wipo.int/export/sites/www/about-ip/en/iprm/pdf/ch5.pdf>>.

PROCESSO ARBITRAL CORRETO OU GUERRILHA ARBITRAL? O MAU EXEMPLO DE MAUS PROFISSIONAIS(*)

*Pelo Dr. Manuel Pereira Barrocas(**)*

SUMÁRIO:

1. A Natureza Consensual da Arbitragem. 2. Os Deveres dos Árbitros para com as Partes. 3. Os Deveres das Partes entre si e para com o Tribunal Arbitral. 4. O Árbitro e o Juiz. 5. A Natureza Iminentemente Contenciosa do Processo Judicial. 6. A Natureza Iminentemente Prag-

(*) Este artigo pretende analisar um fenómeno que se tem generalizado nalguns países, incluindo os EUA, e que consiste na introdução no processo arbitral de táticas de condução do processo por partes e seus representantes que significam, no mínimo, tudo o que há de mais contrário aos princípios fundamentais da Arbitragem e, sobretudo, aos seus valores e sentido útil.

As partes que escolhem a Arbitragem como meio civilizado de resolução de litígios acabam por transpor, em regra no decurso do processo e a partir de certa altura, para dentro dela o carácter ferino do litígio.

Ora, a Arbitragem requer das partes cooperação e boa fé, motivo por que não têm cabimento aquelas práticas.

Uma das razões que contribui para aquele fenómeno anómalo consiste no facto de o processo arbitral se caracterizar, em princípio, pela inexistência de recursos do laudo para o tribunal judicial, restando às partes a via da ação de anulação. A criação fraudulenta de fundamentos legais de anulação constitui, assim, para os tementes da derrota no final do processo arbitral, uma suposta via de salvação possível.

O que fazer para obviar a isto?

A resposta a esta pergunta consta das páginas seguintes.

(**) Advogado e Arbitro.

mática do Processo Arbitral. 7. A Inexistência, em Princípio, de Recursos no Processo Arbitral. 8. A Importância da Boa Fé das Partes em Arbitragem. 9. Medidas de Preservação da Arbitragem.

1. A Natureza Consensual da Arbitragem

São conhecidas as diferenças entre o processo arbitral e o processo judicial. O primeiro nasce exclusivamente da vontade das partes em procurar uma justiça tendencialmente diferente da que lhe pode ser oferecida pelos tribunais estaduais.

As partes sabem que, com essa opção, ficarão privadas de uma via de recurso da decisão final do tribunal arbitral, a qual só acontecerá, em regra, se as partes expressamente tiverem acordado que dele não prescindem.

As partes também sabem que o processo arbitral é, em princípio, mais consensualizante do que o processo judicial que é eminentemente litigioso e disciplinado em boa parte por disposições legais cominatórias.

Também sabem que pode ser necessária a ajuda do tribunal judicial para a obtenção de alguma menor eficácia do processo arbitral relativamente ao processo judicial, quer para a obtenção de prova, designadamente por forma a conseguir a colaboração de terceiros estranhos ao processo arbitral, quer em alguns outros, poucos, domínios.

Mas, igualmente, ao invés, também sabem que têm possibilidade de participar na composição do tribunal arbitral e que, dessa forma, está no domínio da sua vontade a escolha dos árbitros ou, ao menos, de parte deles, e assim aquilatar dos seus atributos técnicos e idoneidade.

O perfil ideal de uma parte é aquele que a descreve como uma pessoa ou entidade que, não apenas não desconhece tudo o que antes se disse, mas também que não desconsidera, durante todo o processo arbitral, o comportamento que lhe é requerido perante a contraparte e perante o tribunal arbitral.

2. Os Deveres dos Árbitros para com as partes

Cada árbitro e o conjunto das partes estão ligados entre si por um vínculo jurídico-contratual que lhes impõe certos deveres e também lhes atribui certos direitos.

Este contrato (*contrato de árbitro*) tem uma natureza jurídica peculiar, porque vincula as partes e o(s) árbitro(s) quanto aos direitos e deveres que lhes são próprios, mas, simultaneamente, só pode ser executado desde que esteja assegurada a plena independência dos árbitros no âmbito da sua capacidade decisória do litígio e da condução do processo.

Isto é, o árbitro obriga-se, com imparcialidade, além de independência, a decidir um litígio, organizando e conduzindo um processo próprio, visando aquele objetivo.

Como contrato que é, as partes, na sua execução, ficam sujeitas a observar, para além dos deveres ou obrigações específicos próprios, também os deveres gerais relativos ao contrato, designadamente os deveres da boa fé e outros.

Detalhando, os árbitros devem obediência aos seguintes deveres:

- dever de disponibilidade e assiduidade às audiências ou sessões internas do tribunal
- dever de organização da instância arbitral
- dever de controlo do tempo
- dever de confidencialidade
- dever de condução da instância
- dever de conhecimento dos pedidos formulados.

Por sua vez, assistem-lhe, entre outros, os seguintes direitos:

- direito à cooperação leal e de boa fé das partes
- direitos relativos à sentença arbitral (direitos a participar na deliberação, a dissentir dos outros árbitros e a formular voto de vencido por escrito).

De entre estes direitos, avulta o da obtenção de cooperação leal e de boa fé das partes, o que significa, obviamente, o correspondente dever das partes de satisfazer esse direito.

3. Os Deveres das Partes entre si e para com o Tribunal Arbitral

As partes devem proceder entre si do mesmo modo, ou seja, usando de boa fé nas suas relações.

Esse procedimento não prejudica o carácter litigioso da disputa e a liberdade das partes de escolher a melhor estratégia na defesa dos seus direitos e interesses.

Todavia, com uma forte limitação. As partes não podem esquecer que optaram por se sujeitar a um método de resolução de litígios por cujo funcionamento correto e eficiente se torna necessário que assumam, comprometidamente, uma atitude de leal colaboração com o tribunal arbitral, por forma a que este possa cumprir adequadamente a sua função.

O processo arbitral, sem prejuízo das normas processuais que as partes possam acordar, designadamente as constantes de regulamentos de instituições arbitrais, ou as que, na sua falta, os árbitros possam fixar, não está em geral organizado de modo particularmente cominatório para as partes, de tal modo que, ao contrário do que sucede no processo judicial, o incumprimento de prazos ou outros comportamentos não têm consequências peremptórias normativamente pré-fixadas.

Também os árbitros não dispõem do poder do juiz para impor medidas coercivas.

Na verdade, se, neste contexto, as partes não prestarem uma colaboração leal com o tribunal arbitral, certamente que o trabalho deste será afetado em prejuízo das partes ou de alguma delas.

É certo que, para além das normas legais ou regulamentares aplicáveis, os árbitros podem fixar, sobretudo no início do processo, certas regras de conteúdo ético-jurídico, cuja não observância será tida em conta pelo tribunal arbitral, seja no domínio da prova, seja para outros efeitos. Mas, esta medida pode não ser suficiente.

4. O Árbitro e o Juiz

O que fica dito serve para evidenciar que o árbitro dispõe e utiliza *auctoritas* na condução do processo arbitral e na prolação da sentença, a qual dispõe da autoridade do caso julgado e com a mesma força executiva de uma sentença judicial.

Ao invés, o juiz tem ao seu serviço, como é sabido, um poder mais eficaz do que o do árbitro. Como titular de um órgão de soberania e como agente da justiça em nome da comunidade, está munido de uma força (*potestas*) que o autoriza, dentro da lei, a assumir decisões de efeito coercivo e de amplo cariz cominatório na dinâmica processual.

5. A Natureza Iminentemente Contenciosa do Processo Judicial

A ausência de consensualidade no processo judicial exclui o entendimento prévio das partes sobre o litígio e o modo de o resolver.

Isso tem, naturalmente, um impacto de cariz próprio na motivação das partes para encarar o modo de resolução do litígio.

A parte demandada é conduzida forçadamente a tribunal pela parte demandante e é neste contexto que as partes manifestam contenciosamente as suas posições.

Em arbitragem, as partes assumiram, como é natural, a possibilidade de sobrevir, ou já existir, um litígio, mas de forma concertada acordaram no modo de o resolver, conhecendo bem as diferenças entre resolver um litígio em arbitragem ou num tribunal estadual como já se evidenciou.

6. A Natureza Iminentemente Pragmática do Processo Arbitral

No processo arbitral o que importa, acima de tudo, é resolver o litígio pelo modo mais célere e pela melhor forma que o árbitro ou árbitros designados possam fazer.

Todo o processo é orientado pelo pragmatismo da melhor e mais rápida solução que seja possível.

O árbitro não necessita, assim, de proceder a uma fundamentação jurídica exaustiva que pode eventualmente dignificar o magistrado, mas não se coaduna com as características da arbitragem. Todavia, importa sublinhar, o árbitro não está de modo algum dispensado de fundamentar o laudo arbitral.

7. A Inexistência, Em Princípio, de Recursos no Processo Arbitral

A irrecorribilidade, como regra, das sentenças arbitrais, se bem que facilite a rapidez da resolução definitiva do litígio, pode contribuir para que maus profissionais utilizem o expediente que constitui o tema deste artigo: a criação intencional de fundamentos improcedentes que vise uma eventual anulação da sentença arbitral.

Nesse caso, o processo arbitral fica viciado pela utilização abusiva de meios fraudulentos claramente violadores da boa fé e da leal colaboração das partes que constitui um pressuposto fundamental do processo arbitral.

Na verdade, um mau profissional pode supor, no decurso do processo arbitral, que um resultado eventualmente desfavorável da arbitragem para os interesses do seu constituinte pode vir a ocorrer.

Face a essa possibilidade e na ausência de recurso da decisão, o expediente utilizado pode consistir em construir fundamentos inventados na esperança de impressionar um tribunal estadual a anular posteriormente a sentença arbitral.

Esta lamentável atitude deve ser contrariada firmemente como se desenvolverá de seguida.

8. A Importância da Boa Fé das Partes em Arbitragem

Para além do que se deixou dito sobre a boa fé e a leal cooperação das partes com o tribunal arbitral e, no fundo, com o processo arbitral, o que se evidencia manifestamente é que, na falta daqueles requisitos, o árbitro se encontra numa posição de algum modo vulnerável.

Não dispenho mais do que a simples autoridade que a lei e a convenção de arbitragem lhe conferem, sem a possibilidade ou com possibilidade diminuta de aplicação de medidas compulsórias imediatas e eficazes, fica relativamente à mercê de partes pouco escrupulosas.

Em que consistem alguns destes meios fraudulentos?

- 1) Expedientes destinados a retardar a constituição do tribunal arbitral ou o seu prosseguimento, nomeadamente a formulação de incidentes processuais, por vezes múltiplos, sem fundamento e, frequentemente, sem sentido racional.
- 2) Recusa injustificada de árbitros, designadamente no decurso da instância arbitral, muito frequentemente com fundamento em alegada falta de imparcialidade ou de independência.
- 3) Ameaça injustificada de utilização de meios impugnatórios da atividade do tribunal arbitral e, sobretudo, da sentença arbitral.
- 4) Ameaça injustificada de instauração de ações de responsabilidade civil contra os árbitros.

Ora, estes e outros meios, se forem fundamentados e pertinentes, são naturalmente legítimos.

Mas, se isso não suceder, a parte que utiliza esses expedientes claramente viola a lei, a convenção de arbitragem e possivelmente o próprio contrato de árbitro.

Efetivamente, tal como sublinham Jean-François Poudret / / Sébastien Besson, in “Droit comparé de l’arbitrage International”, pág. 339 e segs., entre outros, a natureza jurídica da convenção de arbitragem situa-a no campo dos contratos simultaneamente

instrumentais de vinculação das partes a recorrer a arbitragem e substantivo porque ela é fonte de direitos e obrigações de natureza contratual próprios. Um exemplo é o da responsabilidade pelos custos do processo judicial destinado a obter a declaração da incompetência do tribunal judicial em que ocorre a parte que, inobservando a existência de uma convenção de arbitragem, intentou a ação destinada a resolver o litígio num tribunal estadual.

Ora, a violação de uma convenção de arbitragem pelo uso abusivo do processo arbitral pode fundamentar uma ação de responsabilidade civil contra a parte infratora, quer por ter determinado uma resolução tardia do litígio, quer pelo aumento dos custos e demais encargos da arbitragem e outros.

Do mesmo modo, e como se disse, aquelas condutas podem significar igualmente a violação do próprio contrato de árbitro pela parte que as tenha assumido. Essa responsabilidade pode, certamente em casos graves, justificar uma ação de responsabilidade civil intentada pelo árbitro ou árbitros.

9. Medidas de Preservação da Arbitragem

Embora de forma relativamente diminuta, existe todavia um número não desprezível de casos, em certos países, designadamente nos EUA, de práticas de guerrilha na arbitragem.

É certo que, por exemplo, a recusa de árbitros na CCI tem diminuído ultimamente, apesar da introdução recente nas novas Regras de Arbitragem do conceito de imparcialidade, ao lado do conceito de independência. Em 2011, foram formulados 38 pedidos de recusa de árbitros, entre várias centenas de novos processos arbitrais, representando apenas 7% dos novos processos. Mas, destes, somente 3 pedidos foram aceites pelos tribunais judiciais.

O aparecimento recente de suporte financeiro pelas instituições de crédito às partes do processo arbitral para financiar os custos pode constituir um risco adicional de aumento da litigiosidade também no domínio da guerrilha.

Isto posto, cabe perguntar que medidas de preservação da Arbitragem devem ser observadas?

Em primeiro lugar, as leis arbitrais. A exemplo do que sucede, em geral, na lei de processo dos tribunais estaduais, mediante a utilização do instituto da litigância de má fé, também aos árbitros deve ser reconhecida pela lei a possibilidade de valorarem e sancionarem a conduta das partes.

A nova lei de arbitragem portuguesa, no seu artigo 42.º, número 5, aliás em sentido semelhante ao estabelecido no §1057(1) da Lei Alemã, prevê a possibilidade de o tribunal arbitral condenar a parte a compensar a outra ou outra parte(s) pelos custos desnecessários suportados em resultado de uma atuação violadora dos deveres de comportamento processual assinalados.

Em segundo lugar, os estatutos disciplinadores da profissão de advogado devem, quando for o caso, melhorar as normas de ética profissional. A propósito, o Estatuto da Ordem dos Advogados português contém duas disposições importantes neste domínio.

O artigo 76.º (1) estabelece que *O Advogado deve, no exercício da profissão e fora dela, considerar-se um servidor da justiça, e do direito e, como tal, mostrar-se digno da honra e das responsabilidades que lhe são inerentes.*

Por sua vez, o artigo 78.º: *Constituem deveres do advogado para com a comunidade:*

.....

- b) *Não advogar contra lei expressa, não usar de meios ou expedientes ilegais, nem promover diligências reconhecidamente dilatórias, inúteis ou prejudiciais para a correcta aplicação da lei ou descoberta da verdade.*

Em terceiro lugar, os regulamentos de instituições arbitrais podem também contribuir para o mesmo objetivo.

Em quarto lugar, a remissão por acordo das partes, na convenção de arbitragem ou na ata de missão, para normas preparadas por organizações internacionais sobre conflitos de interesse e ética profissional, como é o caso das *IBA Guidelines on Conflicts of Interest*. Muito embora estas normas se refiram, sobretudo, ao árbitro e

ao seu estatuto de independência, o certo é que podem auxiliar muito, se tiverem sido adotadas pelas partes na resolução de alguns dos principais conflitos emergentes de alegadas faltas de independência do árbitro e, assim, de forma conexas a sua imparcialidade.

Mas, noutra perspetiva as *IBA Principles on Conduct for the Legal Profession* e as *IBA Rules of Ethics for International Arbitrators* têm também a sua importância.

O disposto no número 2.1 do primeiro documento tem particular interesse relativamente aos deveres comportamentais dos advogados perante os tribunais.

Em quinto lugar, os magistrados judiciais devem estar avisados para perscrutar nas sentenças e nos processos arbitrais, quando lhe seja suscitado por uma parte a declaração da nulidade da sentença arbitral, o que deve ser considerado fundamentado e digno de acolhimento e, ao contrário, os pedidos anulatórios que sejam evidenciados como meramente infundamentados e especulativos, integrados numa tática de guerrilha arbitral.

Em sexto lugar, os árbitros devem ser alertados para a necessidade, se o julgarem conveniente e, sobretudo, na Ata de Missão, de deixarem as partes informadas de que as atitudes que revelem táticas de guerrilha serão analisadas na perspetiva adequada, nomeadamente quanto à prova dos factos ou outros efeitos.

Por fim, em sétimo lugar, devem os árbitros, não só revelar, em particular, especiais cuidados na declaração inicial, ou subsequente, das suas ligações, diretas ou indiretas, próximas ou remotas, às partes, aos seus advogados e mesmo aos restantes árbitros, bem como evitar, durante o processo arbitral, a criação ou a manutenção de ligações de natureza social com os interesses ou as pessoas em litígio e seus representantes.

Lisboa, dezembro de 2012

MANUEL PEREIRA BARROCAS

CONCESSÕES DE ACTIVIDADES PÚBLICAS E DIREITO DE EXCLUSIVO

Pelo Dr. Lino Torgal⁽¹⁾ e Dr. João de Oliveira Geraldês⁽²⁾

SUMÁRIO:

§ 1.º O problema e as suas coordenadas. § 2.º Da relevância da qualificação contratual na configuração dos «Direitos de Exclusivo» previstos em contratos de concessão: 2.1. A evolução da concessão de actividade pública: em especial, o risco como elemento do tipo contratual e o desenvolvimento de subtipos contratuais em função das várias formas de alocação do risco comercial de exploração da actividade concedida; 2.2. Os subtipos de contratos de concessão onerosa: a comutatividade, a aleatoriedade e a parciariedade; 2.3. Dos critérios interpretativos aplicáveis às concessões de actividade pública: qualificação contratual e variação de critérios interpretativos. § 3.º Enquadramento estrutural e histórico dos «direitos de exclusivo». § 4.º Os «direitos de exclusivo» no direito dos contratos administrativos: 4.1. Enquadramento; 4.2. A concretização interpretativa dos «direitos de exclusivo».

§ 1.º O problema e as suas coordenadas

1. Nos contratos de concessão de actividades públicas celebrados nas últimas décadas em Portugal é frequente a existência de

⁽¹⁾ Advogado. Docente Convidado da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

⁽²⁾ Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Advogado.

cláusulas estipulando que as actividades que integram o respectivo objecto serão desenvolvidas em “regime de exclusivo”⁽³⁾.

A lei geral sobre contratos administrativos confirma este tipo de frequência: nos termos da alínea a) do artigo 415.º do Código dos Contratos Públicos⁽⁴⁾ (“CCP”), ao concessionário é atribuído, com carácter geral, o direito de “explorar, *em regime de exclusivo*, a obra pública ou o serviço público concedidos” (destaque nosso)⁽⁵⁾.

Porém, não obstante a reiterada utilização da assinalada expressão, que poderia sugerir ou revelar estarmos diante de um instituto com elevada segurança jurídico-interpretativa quando acolhido pelas partes, são muitos e complexos os problemas de concretização interpretativa que dela resultam.

2. É claro que ninguém ignora o significado geral da cláusula de exclusivo em contratos desta índole: trata-se, basicamente, por razões técnicas e/ou económico-financeiras, de vedar a terceiros a possibilidade de concorrerem directa ou indirectamente com

⁽³⁾ Trata-se, de resto, de uma prática tradicional entre nós. Como recordava MARCELLO CAETANO, *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*, Coimbra: Almedina, 1995 (mas 1976), reimpressão, p. 251, “no acto de concessão inclui-se, por via de regra, a garantia dada ao concessionário do exclusivo da exploração da actividade concedida”.

⁽⁴⁾ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 188/2008, de 29 de Julho, já várias vezes alterado.

⁽⁵⁾ Porventura excessivamente, uma vez que, no contexto das actividades legalmente reservadas à Administração, a ligação entre a concessão e o regime de exclusivo (monopólio) é sobretudo “típica” dos serviços públicos assentes em infra-estruturas de rede (água, electricidade, gás natural, esgotos, etc.) — cf. VITAL MOREIRA, “Serviço Público e Concorrência. A regulação do sector eléctrico”, in *Os caminhos da privatização da Administração Pública*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 231. Além disso, como a prática há muito confirma, existem concessões de actividades públicas (actividades que a Administração *tem legalmente de exercer* ou que, com base na lei e em certos pressupostos de facto, *pode ter de vir a exercer*) em sectores não monopolizados ou reservados (radiodifusão, radiotelevisão, transportes terrestres interurbanos, etc.). — Cf., neste sentido, PEDRO GONÇALVES, *A concessão de serviços públicos*, Coimbra: Almedina, 1999, pp. 56 a 58, em nota. A referida regra do CCP parece pois dever entender-se algo restritivamente, ou seja, no sentido de que aí se consagra um princípio geral, passível de derrogação administrativa quando não concorrerem no caso concreto as razões técnicas e/ou económico-financeiras tipicamente justificativas do exclusivo (e trate-se de actividade pública monopolizada ou não).

o concessionário no desenvolvimento de actividades integradas no objecto da concessão.

Sucedem, contudo, que a determinação *exacta* do alcance e âmbito das cláusulas de exclusivo inseridas em vínculos concessórios se presta muito frequentemente a entendimentos divergentes, sendo que o recurso, sem mais, aos cânones tradicionais da hermenêutica contratual nem sempre permite solucioná-los adequadamente.

No presente estudo, ainda que de modo muito sintético, e no contexto específico dos contratos de concessão de actividades públicas — expressão na qual agregamos, essencialmente por comodidade, as concessões de obras públicas e as concessões de serviços públicos⁽⁶⁾ —, procuraremos deixar algumas pistas de resolução de situações de incerteza causadas por cláusulas atributivas do direito de exclusivo⁽⁷⁾.

§ 2.º Da relevância da qualificação contratual na configuração dos «Direitos de Exclusivo» previstos em contratos de concessão

3. Para determinar as coordenadas jurídicas que permitirão esboçar respostas para as dúvidas suscitadas pela interpretação de cláusulas atributivas do direito de exclusivo é central a *qualificação* do contrato de concessão concretamente celebrado. Efectivamente, só através da qualificação contratual será possível apreen-

⁽⁶⁾ Na esteira do preconizado por vários AA. estrangeiros (cf. por exemplo PHILIPPE COSSALTER, *Les délégations d'activités publiques dans l'Union Européenne*, Paris: L.G.D.J., 2007, p. 12 e segs.) e nacionais (cf. PEDRO GONÇALVES, *A concessão de serviços públicos*, p. 50 e segs.).

⁽⁷⁾ Não curaremos porém neste trabalho da análise dos termos da compatibilidade do direito de exclusivo com a disciplina de fonte europeia, sendo porém conhecido que o direito europeu consente, à partida, na criação (e atribuição) de um exclusivo por via de uma concessão (de serviços ou de obras públicas). Sobre esta matéria, cf. por exemplo, entre nós, FAUSTO DE QUADROS e J. M. ALBUQUERQUE CALHEIROS, “*Os Exclusivos no Direito Administrativo Português e a sua Conformidade com o Direito Comunitário*”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, 1995, III, p. 1066 e segs.

der, de forma adequada, o contexto em que, a propósito do *quid* contratual que esteja em causa, surgem as dúvidas interpretativas que, em tese, podem ou poderão originar um conflito entre o cedente e o concessionário.

Explicitando: é imperativo sublinhar que os contratos — não constituindo os contratos administrativos e, concretamente, o contrato de *concessão de actividades públicas* uma excepção — carecem de serem reconduzidos a determinados *tipos* ou *subtipos*. O *factum brutum* exige qualificação. Delimitar essa realidade é essencial: a qualificação dos contratos é pressuposto da actividade interpretativa dos mesmos, sobretudo quando surgem ou podem surgir conflitos interpretativos⁽⁸⁾.

2.1. *A evolução da concessão de actividades públicas: em especial, o risco como elemento do tipo contratual e o desenvolvimento de subtipos contratuais em função das várias formas de alocação do risco comercial de exploração da actividade concedida.*

4. Sem prejuízo da verificação no *Ancièn Regime* de contratos análogos à concessão de actividades públicas⁽⁹⁾, foi a partir da

(8) Sobre a qualificação e a interpretação dos contratos, tendo especialmente em consideração o “*caso concreto*”, são importantes os contributos doutrinários de GUIDO ALPA, *L'interpretazione del contratto*, Milão: Giuffrè, 1983, CESARE GRASSETI, *L'interpretazione del negozio giuridico*, e também de CLAUDIO SCOGNAMIGLIO, *L'interpretazione del contratto e interesse dei contraenti*, Milão: Cedam, 1992. Entre nós, recordem-se as seguintes e ainda actuais palavras de ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO sobre o tema: “ao estudar a problemática da interpretação de determinadas categorias de conceitos técnico-jurídicos, não se há-de esquecer, por certo, que a interpretação de dado conceito, em si mesma considerada, se não confunde com aquela operação que traduz subsumir nesse conceito um certo substrato concreto — ou seja, com a qualificação de algo à luz desse conceito. Em princípio, não parece difícil distinguir os planos em que hão-de mover-se essas duas actividades. A interpretação cifra-se em definir por via geral e abstracta todos os possíveis conteúdos de um dado conceito, enquanto a qualificação, incidindo sobre um *quid* concreto e traduzindo-se por uma decisão de espécie, contende já com a aplicação da norma de direito” — *Da Qualificação em Direito Internacional Privado*, Lisboa, 1964, pp. 142-143.

(9) Cf., por exemplo, CHRISTIAN BETTINGER, *La Concession de Service Public et de Travaux Publics*, Paris: Berger-Levrault, 1978, p. 2 e segs.; e XAVIER BEZANÇON, *Essai*

segunda metade do século XIX que este instituto conheceu um “êxito considerável”⁽¹⁰⁾. Como é sabido, o período do Estado Liberal foi teoricamente caracterizado pelo *culto da iniciativa privada* (“*laissez-faire*”) e pela defesa do princípio do *abstencionismo da intervenção dos entes públicos nos mercados de bens e factores produtivos* (“*laissez-passer*”). Neste quadro, entendia-se genericamente que, nos contratos de concessão de obras e de serviços públicos, pelos quais o Estado conseguia promover a realização dos “melhoramentos materiais” tão reclamados pela população e sem ter de assumir custos para o erário público, o *risco* contratual deveria correr normalmente por conta do concessionário⁽¹¹⁾.

A *transferência* do risco era, na realidade, um elemento que integrava a definição clássica da concessão, consistindo esta “em o Estado, ou outra pessoa de direito público legalmente autorizada, transferir para uma empresa particular o poder de executar certos trabalhos, com capitais desta e a seu risco, mediante o privilégio de exploração exclusiva, durante um período determinado, dos imóveis construídos ou das instalações feitas”⁽¹²⁾. Exploração que, recorde-se, se fazia tipicamente através da cobrança pelo concessionário de taxas aos utentes, isto durante o período considerado suficiente para a amortização e justa remuneração do investimento efectuados⁽¹³⁾.

A concessão serviu, pois, neste período, uma *função essencialmente financeira*⁽¹⁴⁾: permitia à Administração, numa palavra, manter certos “empreendimentos sob a autoridade do poder

sur les contrats de travaux et de services publics. Contribution à l'histoire administrative de la délégation de mission publique, Paris: L.G.D.J., 1999.

⁽¹⁰⁾ Cf. JEAN-MARIE AUBY / PIERRE BON, *Droit administratif des biens*, 3.^a ed., Paris: Dalloz, 1995, p. 209.

⁽¹¹⁾ Cf. outras referências em LINO TORRAL, “Concessões de Obras Públicas e Ajuste Directo”, in *Em Homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral*, Coimbra: Almedina, 2010, p. 966 e segs.

⁽¹²⁾ Cf. MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, II, 10.^a ed., Coimbra: Almedina, 1990 (mas 1970), reimp., p. 1011.

⁽¹³⁾ Secundariamente, o concessionário poderia ser autorizado pela Administração concedente a retirar receitas da exploração de actividades complementares ou acessórias das que constituíam o objecto principal da concessão.

⁽¹⁴⁾ Cf. PEDRO GONÇALVES, *A concessão de serviços públicos*, p. 103.

público, fazer funcionar na sua gestão o móbil do lucro capitalista, na óptica liberal do estímulo do progresso económico, e, finalmente, descarregar sobre o concessionário os riscos financeiros dessas iniciativas”(15).

5. Posteriormente, os contratos de concessão de obras e de serviços públicos entraram em período de declínio. Com efeito, e por razões de vária índole que não importa enunciar aqui de modo específico(16), a colaboração *substitutiva* de particulares na provisão de infra-estruturas e serviços públicos foi continuamente regredindo “a partir do primeiro quartel do século XX, visto que os Estados privilegiaram a realização e a gestão directa de equipamentos e dos serviços prestados”(17).

No entanto, em muitas concessões que subsistiram neste período, ocorre registar, desde logo, uma característica da maior importância — a prática sistemática da chamada «solidariedade financeira» do concedente com o concessionário, materializada, aliás, de diferentes modos(18). Na realidade, “umas vezes trata-se de prestações certas e regulares a pagar ao concessionário durante certo número de anos (uma subvenção fixa anual, por exemplo). Outras vezes trata-se de prestações eventuais que o concedente só pagará se os rendimentos da exploração do ano não permitirem a remuneração do capital investido (garantia de dividendo) ou só do capital obtido por empréstimo (garantia de juros). Noutros casos, ainda, o subsídio é eventual e extraordinário destinando-se a compensar certos prejuízos que se hajam verificado por motivos imprevisíveis, ou certas despesas anormais”(19). Longe ia, portanto, a

(15) Cf. J. RIVERO / J. WALINE, *Droit Administratif*, 15ª ed., Paris: Dalloz, 1994, p. 407.

(16) Cf. LINO TORGAL, “Concessões de Obras Públicas e Ajuste Directo”, p. 975-976, e bibliografia aí citada.

(17) Cf. *Comunicação Interpretativa da Comissão sobre as Concessões em Direito Comunitário*, p. C 121/5.

(18) Cf. LINO TORGAL, “Concessões de Obras Públicas e Ajuste Directo”, p. 976.

(19) Cf. MARCELLO CAETANO, *Manual*, II, p. 1127.

época em que se entendia que corriam por conta exclusiva do concessionário as áleas ordinárias do negócio.

Além disso, cumpre assinalar que a assinalada solidariedade ou patrocínio financeiros ocorria, amiúde, num contexto em que as concessionárias haviam já sido atraídas, num plano organizativo, para a órbita do “mundo administrativo”, ou seja, haviam já passado, quanto à sua substância, de *particulares* a *entidades administrativas privadas*⁽²⁰⁾. Assim, se os títulos representativos do seu capital estatutário não eram inteiramente detidos pela Administração, isto na sequência de processos de nacionalização, tais entidades tinham, frequentemente, uma larga maioria de accionistas do sector público, não sendo, por conseguinte, seu objectivo principal realizar lucros e distribuir dividendos, mas, ao invés, obter um equilíbrio da sua exploração por um período longo. Não raro, de resto, as sociedades concessionárias emitiam empréstimos garantidos pelo Estado ou por outras entidades públicas. E, mesmo quando tinham alguns accionistas privados, a verdade é que estes, além de minoritários, muitas vezes consideravam a sua participação no capital social como um investimento a fundo perdido. Em suma, o carácter público destas sociedades de mão pública ou de economia mista predominava claramente sobre os seus traços de regime jurídico-privado⁽²¹⁾. E a concessão, neste período, ao invés de representar um instrumento de privatização material da execução de uma actividade pública, equivalia, antes, a uma espécie de *contrato interadministrativo* ou, noutra formulação, representava “essencialmente um modelo de regulação de relações jurídicas entre duas entidades pertencentes ao sector público”⁽²²⁾.

Não surpreende, assim, que tenha desaparecido da definição de concessão um elemento característico do período anterior: a transferência dos riscos normais das actividades concedidas para a esfera do concessionário⁽²³⁾. Como foi sugestivamente afirmado,

⁽²⁰⁾ Cf. sobre esta distinção, por todos, PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, Coimbra: Almedina, 2005, p. 785 e segs.

⁽²¹⁾ Cf. LINO TORRAL, “Concessões de Obras Públicas e Ajuste Directo”, p. 976.

⁽²²⁾ Cf. PEDRO GONÇALVES, *A concessão de serviços públicos*, p. 106.

⁽²³⁾ Cf. LINO TORRAL, “Concessões de Obras Públicas e Ajuste Directo”, p. 976.

neste período, “o casamento da autoridade pública com o concessionário passou de um regime de separação de bens para um regime de comunhão. Por isso o processo de concessão perdia, aos olhos do poder público muito do seu interesse, e aos olhos dos empresários capitalistas muito da sua sedução”⁽²⁴⁾.

6. Porém, por força de várias vicissitudes de ordem política, económica e financeira, a figura da *concessão* reapareceu pujantemente a partir de finais do século XX e com uma fisionomia que, sem prejuízo das abissais diferenças de contexto, fazia lembrar, nalguns traços, a feição original⁽²⁵⁾, afastando-se do perfil algo “inca-
racterístico” da fase acabada de referir. Como foi oportunamente notado, “agora, como no século XIX, o alargamento das tarefas administrativas e o risco financeiro implícito em muitas delas levam a que as entidades administrativas se voltem para o sector privado para financiar os respectivos investimentos. A concessão de [actividades públicas] fornece-lhes um instrumento jurídico adequado, permitindo uma transferência de riscos, não só no momento da construção da obra pública, mas também no da sua exploração”⁽²⁶⁾. Houve, assim, um certo «regresso ao passado» mais distante, pelo menos no sentido de se ter retomado a ideia de que na concessão cabe por norma ao co-contratante, como contrapartida do lucro que almeja, suportar os riscos *normais* do contrato. Numa palavra, a concessão resgatou a sua função financeira original, tendo o *risco da exploração* da obra ou serviço pelo concessionário sido mesmo erigido, ao nível da jurisprudência e prática administrativa europeias da última década e meia, em traço qualificador do instituto⁽²⁷⁾.

⁽²⁴⁾ Cf. JEAN RIVERO E JEAN WALINE, *Droit Administratif*, p. 407.

⁽²⁵⁾ Para um enunciado destas razões, cf. a síntese de DIOGO FREITAS DO AMARAL / LINO TORGAL, *Estudos sobre Concessões e outros Actos da Administração*, Coimbra: Almedina, 2002, pp. 583 e segs.

⁽²⁶⁾ Cf. MARIA JOÃO ESTORNINHO, Responsabilidade por danos de concessionários, in AA. VV. *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos. III Colóquio hispano-luso de Derecho Administrativo*, org. Luis Martínez López-Muñiz e Antonio Calonge Velásquez, Madrid, 1999, p. 427.

⁽²⁷⁾ Cf. por exemplo as referências feitas ao tema em LAURENT RICHER, *L'Europe des marchés publics*, Paris: L.G.D.J., 2009, p. 209.

Importa porém destacar que, actualmente, as concessões de actividades públicas reflectem, “quase invariavelmente, a realização de um negócio jurídico de alta complexidade”⁽²⁸⁾, sendo, por conseguinte, possível e, até, normal encontrar contratos de concessão com *perfis de risco* muitíssimo diferentes do perfil clássico. De resto, previna-se que este último, pelo menos na sua formulação originária mais radical (de transferência total dos riscos do empreendimento para a esfera jurídica do co-contratante), há muito que deixou de ter amparo legal. Efectivamente, e ao cabo de um longo processo evolutivo, a generalidade das legislações administrativas em vigor no mundo ocidental protege o concessionário, em maior ou menor medida, em face dos chamados riscos ou áleas extraordinários, tanto administrativos (v.g., facto do príncipe, modificação unilateral) como económicos (v.g., imprevisão). Assim sucede também com o CCP.

Este aspecto, como veremos, é central para o modesto propósito do nosso estudo.

7. Com efeito, nas duas últimas décadas, as concessões evoluíram e diversificaram-se muito.

Perante a necessidade de fazer assentar o crescimento económico na disponibilização de um conjunto de infra-estruturas e serviços de qualidade, e não podendo — dado o elevado custo daqueles — os escassos recursos orçamentais ou a limitada capacidade de endividamento da generalidade dos Estados atender ampla e eficazmente a tal necessidade de investimento, o recurso ao financiamento privado (e ao contrato de concessão, que classicamente o involucra) reapareceu em finais do século passado como uma das

⁽²⁸⁾ Cf. MARCOS AUGUSTO PEREZ, *O risco no contrato de concessão de serviço público*, Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 112-113. Pensando especificamente nas concessões de serviço público, recorda o A. que, hoje, “nesses contratos, o modo de prestação do serviço é planeado por um longo prazo, a partir de exaustivas projecções de demanda, relacionadas às previsões de crescimento demográfico e económico, às directrizes de desenvolvimento regional, ao planeamento urbano, ao estágio de desenvolvimento das tecnologias aplicadas na prestação do serviço, ao tempo médio de duração dos bens necessários aos serviços, entre outros factores técnicos e económico-financeiros relevantes” (p. 113).

principais formas de ultrapassar o dilema causado pelo descomunal peso económico que a execução e exploração de grandes obras de infra-estrutura acarreta, em termos normais, para o déficite e o endividamento públicos⁽²⁹⁾.

Assim, depois de concedidos as obras e serviços públicos económicos auto-sustentáveis (especialmente nos sectores dos transportes, das telecomunicações, do saneamento e da energia)⁽³⁰⁾, vários Estados, com destaque para o papel pioneiro do Reino Unido, assumiram claramente um papel *supletivo* em matéria de realização de projectos de infra-estrutura, aceitando que a sua realização deveria ser primariamente suportada através de financiamento privado, mediante o estabelecimento de parcerias de longa duração com este sector de produção⁽³¹⁾.

As conhecidas parcerias público-privadas (PPP) surgem, pois, “como uma tentativa de o Estado e a iniciativa privada dividirem os custos com a implantação de infra-estruturas, já que nenhum deles teria condições de com elas arcar individualmente: o Estado, por não ter condições financeiras, e a iniciativa privada porque a tarifa seria insuficiente (ou em alguns casos até inexistente) para cobrir todos os custos e a legítima margem de lucro do negócio”⁽³²⁾.

(29) Cf. LINO TORGAL, “Concessões de Obras Públicas e Ajuste Directo”, p. 980.

(30) Projectos que tinham tal “tamanho de lucratividade que a empresa privada, além de não receber qualquer suporte financeiro do Poder Político, geralmente ainda lhe pagava um valor de outorga estabelecido na licitação, remunerando-se integralmente com as tarifas pagas pelos usuários ao longo do prazo de vigência da concessão” (cf. ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO, “As PPPs e as Concessões Administrativas”, in *Estudos sobre a Lei de Parcerias Público-Privadas*, coord. de Floriano de Azevedo Marques Neto e Vítor Rhein Schirato, Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 31-32).

(31) Assim, por exemplo, no Reino Unido, o *chancellor of the exchequer* anunciou, logo em Novembro de 1994, que “*the Treasury would not approve any capital projects procured by the public sector unless private finance options had first been explored*”. E, em Maio de 1995, o Governo britânico, no documento *Setting New Standards: A Strategy for Government Procurement*, referiu também: “*Departments will consider private finance options for their capital projects whenever it is possible genuinely to transfer control over the project and the associated risks to the private sector without disproportionate cost*”. Cf. Guia de *Project Finance* da sociedade de advogados Freshfields, 1996, p. 3 e 4.

(32) Cf. ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO, “As PPPs e as Concessões Administrativas”, p. 33. Sobre a origem e evolução do fenómeno das PPP em Portugal, cf., mais recentemente, MARIA EDUARDA AZEVEDO, *As Parcerias Público-Privadas: Instrumento de uma Nova Governança Pública*, Coimbra: Almedina, 2009, p. 243 e segs.

Cumpram ainda destacar que o fenómeno das PPP se desenvolveu em paralelo com o recurso à “operação complexa de financiamento, de natureza *inominada e atípica*,”⁽³³⁾ do *Project Finance*, por intermédio da qual, e na sequência da realização de uma exigente *due diligence* (técnica, financeira e jurídica), os bancos aceitam financiar o desenvolvimento de certas actividades sem recurso (ou com recurso limitado a garantias dadas pelos promotores) na convicção de que o projecto gerará meios financeiros suficientes para assegurar, durante determinado período, o serviço da dívida⁽³⁴⁾.

Naturalmente, o recurso a esta técnica acarreta a necessidade de se realizar uma sofisticada e rigorosa tarefa de identificação e alocação entre os sujeitos envolvidos no projecto de todos os seus riscos (*risk spreading*)⁽³⁵⁾. Pode assim dizer-se que aquilo que o *project financing* “traz de novo à ancestral figura contratual da concessão de obras públicas é, no essencial, uma *especial e sofisticada técnica de repartição de riscos e de encargos do projecto* — v.g., riscos de projecto, de expropriações e de consignações, de planeamento, de aumento dos custos da construção, de atraso dos prazos de construção, de operação e de manutenção e de diminuição da procura do serviço — *pelos seus vários intervenientes*”⁽³⁶⁾. Neste ponto se diferencia muito, na realidade, a moderna concessão da concessão original, que, só por si, não postulava este complexo mecanismo de identificação e divisão intersubjectiva dos riscos do empreendimento⁽³⁷⁾.

⁽³³⁾ Cf. JOSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito dos Contratos Comerciais*, Coimbra: Almedina, 2009, p. 530.

⁽³⁴⁾ Cf. LINO TORGAL, “Concessões de Obras Públicas e Ajuste Directo”, p. 980-981, em nota.

⁽³⁵⁾ Sobre isto, cf. GRAHAM VINTER, *Project Finance*, 3.^a ed., Londres: Sweet & Maxwell, 2005, *passim*.

⁽³⁶⁾ Assim, LINO TORGAL, “Concessões de Obras Públicas e Ajuste Directo”, p. 980-981, em nota.

⁽³⁷⁾ Cf. LINO TORGAL, “Concessões de Obras Públicas e Ajuste Directo”, p. 981, em nota.

8. Deste movimento, resultaram pois novos modelos contratuais que correspondem a *desenvolvimentos* dos tipos contratuais clássicos da *concessão de obras públicas* e da *concessão de serviços públicos*, os quais, por força da sua cada vez maior utilização nos mais diversos sectores de actividade económica, vão abrangendo realidades muito distintas. Este alargamento de âmbito surtiu consequências: têm surgido *subtipos contratuais de concessão de obras públicas e de concessão serviços públicos*.

Assim, em face das múltiplas formas de organizar a distribuição do risco nos contratos de concessão⁽³⁸⁾, vai sendo possível observar a proliferação de diversos matizes na *distribuição do risco contratual*, os quais imprimem um cunho particular a cada contrato, originando, em face desses matizes, o surgimento de vários *subtipos* de concessão⁽³⁹⁾. Toda esta nova tendência gera novos problemas. A distribuição do risco, como veremos, implica valorações concretas, compatíveis com a justiça interna contratual.

9. Exemplifiquemos o referido alargamento do âmbito típico das concessões: por exemplo, no âmbito das infra-estruturas de transportes, ao lado do *modelo de concessão com portagem real (clássico modelo de concessão com transferência do risco normal do negócio para o concessionário)*, têm surgido concessões nas quais o concessionário assume um risco menor daquele que seria o risco *típico*.

Esta nova *modalidade de concessão* vem sendo ultimamente corporizada, por exemplo, pelos casos de concessão com *portagem sombra* ou de concessão em que a remuneração do concessionário não assenta num *modelo de tráfego*, mas, sim, num esquema de *disponibilidade*. Exemplos paralelos poderiam ser apresentados no sector das infra-estruturas e equipamentos hospitalares.

⁽³⁸⁾ Entre nós, cf. sobre o tema NAZARÉ DA COSTA CABRAL, *As Parcerias Público-Privadas*, Coimbra: Almedina, 2009, p. 71 e segs.; e, por último, PEDRO MELO, *A Distribuição do Risco nos Contratos de Concessão de Obras Públicas*, Coimbra: Almedina, 2011, p. 135 e segs.

⁽³⁹⁾ Cf. MARCELLO CAETANO, *Manual*, II, p. 1011.

Ora, nestes casos de menor risco, divergindo do modelo típico clássico, as *concessões* tendem a tornar-se mais *comutativas* — ou seja, com prestações de conteúdo mais simétrico — do que normalmente sucedia: o risco do concessionário esbate-se. Na verdade, no clássico modelo concessão de obras e de serviços públicos, que assenta — ainda hoje — no *modelo de portagem real*, a remuneração do concessionário resulta *tipicamente* dos resultados financeiros da exploração da obra ou do serviço e, principalmente, da cobrança de taxas aos utentes, o que traduz, como é bom de ver, uma assunção de elevado risco por parte do concessionário.

Porém, já nas concessões/PPP segundo um modelo de portagem sombra ou de disponibilidade, o regime remuneratório do concessionário é distinto: na verdade, o Estado assume, aí, a obrigação de efectuar directamente o pagamento da obra ao co-contratante (de acordo com a procura verificada ou segundo a disponibilidade). Porém, ao contrário do que sucede na contratação tradicional, não faz tal pagamento no decurso ou no termo da fase de construção. Fá-lo antes, periodicamente, ao longo de um prazo mais ou menos longo, que abrange a própria fase de exploração da obra. Nestes casos, o risco esvanece-se, tornando previsível e simétrica a prestação do concessionário e a prestação do concedente: domina, então, a lógica da comutatividade relacional.

10. Procurando colocar estes casos em perspectiva, diremos pois que na concessão clássica a amortização e remuneração do esforço privado vem directa e essencialmente dos utentes; nos novos modelos de concessão/PPP, a remuneração do parceiro privado vem, no essencial, directamente de verbas provenientes do Orçamento do Estado. No primeiro caso, o concessionário suporta claramente o risco de procura (o que não exclui a possibilidade de subsídios ao investimento); já nos mais recentes modelos de concessão, o risco de procura tem relevância menos significativa ou quase diminuta, em função do modelo adoptado.

2.2. *Os subtipos de contratos de concessão onerosa: a comutatividade, a aleatoriedade e a parciariedade.*

11. No seguimento do que agora expusemos, recuperemos o que já afirmámos anteriormente: a forma de interpretar um contrato variará em função da sua qualificação. Este aspecto é central, pois é diferente interpretar uma doação (contrato tendencialmente gratuito), um contrato de compra e venda (contrato tendencialmente oneroso), um contrato de prestação de serviços (contrato tendencialmente oneroso e comutativo) ou um contrato de concessão (contrato oneroso que pode ser mais ou menos comutativo ou mais ou menos parciário).

Procurando concretizar, impõe-se salientar que, quando nos referimos a contratos onerosos, como é o caso típico dos contratos de concessão, é importante reter que, dentro destes contratos onerosos, é ainda possível recortar⁽⁴⁰⁾:

- a) *Contratos comutativos*: nestes casos, as prestações das partes são correspectivas, são tendencialmente equivalentes, pelo que entre elas deve, em tese, existir uma relação de simetria perfeita;
- b) *Contratos aleatórios*: nestes casos, o negócio é perpassado pelo risco, pela álea, ficando uma ou ambas as partes dependentes de determinado factor aleatório, tal como sucede tipicamente nos casos de contratos de jogo e de aposta — aqui, a álea introduz um factor de ruptura com a simetria tendencialmente perfeita;
- c) Por último, com muita relevância para o caso dos contratos de concessão, encontramos ainda os *contratos parciais*: nestes, a remuneração de uma das partes (parciariedade unilateral) ou de ambas (parciariedade bilateral) fica dependente da sua participação no resultado da operação económica subjacente ao contrato, sendo relevante apurar o grau de risco (positivo e negativo) assumido por cada

⁽⁴⁰⁾ Cf. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra: Almedina, 2008, p. 448 e segs.

uma delas para determinar a exacta medida dessa participação — aqui, a simetria varia na exacta medida da incorporação do risco na esfera das partes, sendo mais ou menos assimétrico em função do risco alocado.

Este recortar de subtipos dentro dos subtipos é muito relevante: a interpretação dos contratos variará de subtipo para subtipo, uma vez que cada uma deles transporta consigo uma lógica própria e, por esse motivo, exige uma forma particular de interpretação. É o que veremos de seguida.

2.3. Dos critérios interpretativos aplicáveis às concessões de actividades públicas: qualificação contratual e variação de critérios interpretativos.

12. Aqui chegados, surge como resultado adquirido que é sempre relevante identificar a que subtipo de contrato se reconduz determinado contrato de concessão que esteja sob análise, uma vez que tal recondução terá evidentes repercussões no momento em que se torne imperativo proceder à sua interpretação.

E, para alcançar qual o tipo e o subtipo contratual mais semelhante a um determinado contrato de concessão, é essencial analisar, em concreto, como foram compostos os interesses de cada uma das partes: que tipo de contrapartidas foram dadas, como foi distribuído o risco contratual, que tipo de garantias foram prestadas pelas partes e, ainda, como se processa a participação das partes nos resultados económicos da concessão.

Só desta forma será possível, então, indicar, com algum grau de verosimilhança, que esse contrato é gratuito ou oneroso. Mais ainda: se, dentro desta última categoria dos contratos onerosos, determinado contrato de concessão é tendencialmente comutativo, aleatório ou parciário⁽⁴¹⁾. Tudo isto com relevantes repercussões, como veremos.

⁽⁴¹⁾ Para perspectivar os *tipos* parciários, que, na sua opinião, constituem uma terceira categoria face à clássica dicotomia que separa os negócios onerosos dos gratuitos, é

13. Pensar-se-ia, à partida, que deste esforço de qualificação nada de muito relevante decorreria para resolver problemas interpretativos inerentes à determinação do conteúdo dos contratos de concessão. Todavia, tal asserção, sendo manifestamente prematura, é ainda infundada, dado que detectar a concreta feição típica dos contratos que carecem de interpretação é determinante para apurar quais as regras interpretativas que poderão ser utilizadas para encontrar o real sentido dos contratos celebrados entre as partes⁽⁴²⁾.

É por esse motivo que é central qualificar os contratos, uma vez que, em função dessa qualificação, poderemos ou não recorrer a determinados critérios interpretativos. Efectivamente, a interpretação dos contratos não é fruto do acaso; pelo contrário, ela é, acima de tudo, fruto de critérios de justiça que permitem alcançar, para cada caso, a interpretação mais conforme ao que seja equo. Só assim se entende que, em função do tipo de contrato, possam variar os critérios que determinam a sua interpretação. É a Justiça contratual que o impõe.

14. Mais: ao contrário do que sucede como as leis gerais, cujos critérios interpretativos são, por natureza, gerais e abstractos, no caso dos contratos, os critérios de interpretação contratual tendem a ser concretos.

Para ilustrar a variação de critérios interpretativos em função do tipo contratual, basta sublinhar que, nos termos do artigo 237.º do Código Civil, no caso dos contratos gratuitos, o legislador

fundamental o pensamento de DETLEF LEENEN, *Typus und Rechtsfindung*, Berlim: Duncker&Humblot, 1971, p. 134 e segs.

(42) Sobre a *interpretação* dos contratos, em geral: A. FERRER CORREIA, *Erro e interpretação na teoria do negócio jurídico*, Almedina: Coimbra, 2001 (mas 1967), e, mais recentemente, E. SANTOS JÚNIOR, *Sobre a teoria da interpretação dos negócios jurídicos — estudo de direito privado*, Lisboa: AAFDL, 1988. Igualmente com interesse, com plano metódico de análise que acompanhamos: M. COSTANZA, *Profili dell'interpretazione del contratto secondo buona fede*, Milão: Giuffrè, 1989. Especificamente sobre a interpretação dos contratos administrativos, cf. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, II, com a colaboração de Pedro Machete e Lino Torgal, Coimbra: Almedina, 2011, p. 604 e segs.

indica que tais contratos devem ser interpretados da forma menos gravosa para o disponente⁽⁴³⁾.

Por outro lado, no caso dos contratos onerosos, o mesmo legislador indica caminhos de interpretação diversos, que devem conduzir ao *maior equilíbrio das prestações*. Aqui, uma vez que, nos negócios onerosos, se assume existir uma simetria perfeita entre as prestações, o critério adoptado vai no sentido de assegurar que, mesmo nos casos de dúvida, tal simetria perfeita deve ser mantida, sob pena de ser desvirtuada a Justiça interna do contrato.

15. Além disso, é manifestamente relevante, dentro dos contratos onerosos, distinguir entre contratos comutativos, contratos aleatórios e contratos parciários. Com efeito, cada um destes *subtipos* exprime uma particular composição de interesses, mais ou menos simétrica, em função da alocação do risco suportado por cada uma das partes.

Não obstante estas *nuances*, como vem sendo desde há muito sublinhado^(44/45/46), o artigo 237.º do Código Civil assenta numa dicotomia perfeita entre negócios onerosos e gratuitos e essa dicotomia (afinal, imperfeita) não é suficiente para captar “todas as categorias de situações existentes no domínio das atribuições patrimoniais”, mais se afirmando que “a opulência das formas criadas espontaneamente pela vida social (...) parece apostada em desafiar a rigidez do pensamento categorial da ciência jurídica”⁽⁴⁷⁾, sendo necessário recorrer ao critério da equidade para dirimir conflitos interpretativos.

(43) Compreende-se que assim seja, uma vez que o legislador parte do princípio que o disponente não deve ser prejudicado quando, por pura liberalidade, pratica um acto que favorece terceiro. Exprime-se, aqui, um critério de Justiça material.

(44) Cf. A. FERRER CORREIA, *Erro e interpretação na teoria do negócio jurídico*, Coimbra: Almedina, 2001 (mas 1967), 223 (a propósito do artigo 685.º do Código Civil de 1867).

(45) Cf. P. PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra: Almedina, 2007, p. 394.

(46) Cf. ANTUNES VARELA, *Ensaio sobre o conceito de modo*, Coimbra: Atlântida, 1955, p. 221.

(47) Cf. ANTUNES VARELA, *Ensaio sobre o conceito de modo*, 221.

16. Na realidade, nada se dispõe expressa e especificamente, no Código Civil, quanto à interpretação dos contratos aleatórios e parciários (subtipos dos contratos onerosos), os quais, pela sua própria especificidade estrutural, assumem uma natureza particular que os permite distinguir dos contratos onerosos comutativos, para os quais foi pensado o critério do maior equilíbrio das prestações plasmado no artigo 237.º do Código Civil.

Porém, pensando no caso concreto dos contratos parciários, é manifesto que a regra do maior equilíbrio entre as prestações reclama adequação, uma vez que estes contratos incorporam um desequilíbrio natural associado à participação no resultado na operação económica subjacente ao contrato. Desta forma, torna-se necessário adaptar o critério interpretativo previsto na parte final do artigo 237.º do Código Civil: tal impõe-se, repita-se, uma vez que este artigo foi configurado tipicamente para os contratos onerosos comutativos, negócios em que a onerosidade é perfeita e, por isso, se recorre à ideia de equilíbrio entre as prestações quando se torna necessário interpretá-los.

Assim, na Doutrina⁽⁴⁸⁾ vem sendo dado o alerta para o facto de, nos casos dos contratos onerosos parciários, serem devidas “uma valoração e uma ponderação específicas das circunstâncias especiais que acompanham o contrato e a sua equação económica concreta”⁽⁴⁹⁾, uma vez que, “no caso de contratos (...) que não sejam perfeitamente onerosos, há que recorrer à interpretação de acordo com a equidade, para dar solução às dúvidas suscitadas”⁽⁵⁰⁾.

(48) Em Itália, por exemplo, neste sentido, M. COSTANZA, *Profili dell'interpretazione del contratto secondo buona fede*, Milão: Giuffrè, 1989, p. 137 e segs.

(49) Cf. P. PAIS DE VASCONCELOS, *ob. cit.*, p. 394.

(50) Cf. P. PAIS DE VASCONCELOS, *ob. cit.*, p. 381.

§ 3.º Enquadramento estrutural e histórico dos «direitos de exclusivo».

17. O que acabámos de referir quanto à especificidade dos contratos parciários tem a maior importância no contexto das concessões de actividades públicas e dos direitos de exclusivo.

Na verdade, é no plano da contratualidade concessória parciária que melhor se entende que, em vultuosos projectos de infra-estrutura, o Estado suporte o dever de não apoiar, por certo período de tempo e dentro de determinada área geográfica, projectos concorrentes, dever esse que se configura como um elemento integrante do sinalagma jurídico que caracteriza de modo claro este tipo de grandes operações, as quais, sem essa contrapartida de não concorrência, não raras vezes, não suscitariam qualquer interesse às potenciais entidades concessionárias. Ademais, esta é a razão histórica que explica a atribuição aos concessionários de direitos de exclusivo.

Neste plano, com extrema relevância, importa reter as ainda muito pertinentes considerações desenvolvidas por JOÃO MAGALHÃES COLLAÇO⁽⁵¹⁾, em célebre texto de 1914 dedicado às *concessões de serviços públicos*, afirmando então que “como as ideias do tempo eram ainda demasiado individualistas para que os corpos administrativos e o Estado ousassem a realização directa de (...) grandes obras públicas, a esta circunstância acrescentando a da comovente penúria das suas disponibilidades financeiras e o carácter um tanto aleatório dos resultados pecuniários, note-se, dessas obras públicas a realizar, tornou-se corrente e mister que um particular se aventurasse a assumir os encargos da sua execução, ficando com o *direito de*, como gestor, pelo tempo acordado, em nome e como representante do poder público, *receber taxas impostas pelo uso que fizessem os particulares do serviço proporcionado (...)*” (itálicos nossos), mais afirmando o Autor que “o que ressaltava mais impressionante nestes contratos, era decerto o seu carácter de empreendimento, o risco que o concessionário corria aventurando-se neles (...)”.

⁽⁵¹⁾ Cf. JOÃO MAGALHÃES COLLAÇO, *ob. cit.* 17.

18. Esta compreensão histórica é decisiva para situar a atribuição de direitos de exclusivo como traço característico dos mais típicos contratos de concessão, uma vez que, como já assinalámos, o Estado transferia para o concessionário/parceiro todo o risco (positivo e negativo) normal da exploração de um bem económico que servirá para o concessionário se remunerar como contrapartida da realização de uma obra pública. Evidentemente, a contrapartida teria de ser a *exclusividade* na exploração da obra pública concedida. Aliás, nem de outro modo poderia ser, uma vez que, em face dos avultados investimentos provenientes do esforço de privados e dado que existia risco na exploração do bem que lhes permitiria a sua remuneração, surgiu, assim perfeitamente justificada, a figura do direito de exclusivo, sendo este, segundo o entendimento que perfilhamos, nada mais do que um corolário lógico da natureza *parciária* que caracterizou e ainda caracteriza o modelo clássico de concessão de obras e de serviços públicos.

19. Neste plano, registe-se também o que refere em momento mais recente SCOTT L. HOFFMAN no seu livro sobre *International Project Finance*: “o contrato deve garantir ao promotor o direito de desenvolver o projecto em regime de exclusivo durante um determinado período de tempo. Caso contrário, o Governo local poderia, deliberadamente ou não, desenvolver negociações simultâneas com outros promotores. Assim, durante as fases de execução e exploração do projecto, o promotor deve obter da Administração central o compromisso de que se absterá de, durante esse período, apoiar projectos concorrentes” (*a commitment that a government will not directly discriminate against the project in such a way as to support other, competing projects*)(⁵²). É igualmente pertinente salientar que, para CHRISTIAN BETTINGER e GILLES LE CHATELIER, o direito de exclusivo se “justifica, no direito das concessões, pela importância dos investimentos normalmente feitos pelo concessionário. A colectividade tem todo o interesse em

(⁵²) Cf. SCOTT L. HOFFMAN, *The Law and Business of International Project Finance*, Amsterdão: Kluwer, 1998, p. 240.

proteger este último dos efeitos da concorrência, os quais não deixariam de se fazer sentir sobre as receitas esperadas, o equilíbrio da exploração e, enfim, sobre a capacidade financeira do concessionário de prosseguir o seu plano de equipamentos, e depois da modernização destes”(53).

Por outras palavras, pela “*outorga da exclusividade*”, como diz sugestivamente CELSO A. BANDEIRA DE MELLO, o concessionário encontra uma “*garantia de mercado*”(54), uma vez que, sendo o Estado quem controla externamente esse *mercado*, existe como que uma transferência do domínio do mercado para as entidades concessionárias, transferência essa que integra o conteúdo dos contratos de concessão.

20. Aliás, de outro modo, mal se compreenderia que as entidades concessionárias promovessem a realização de avultados investimentos, tendo por base determinado cenário de mercado, sem que este mercado ficasse condicionado por determinado período de tempo e em determinada zona territorial(55).

Assim, impõe-se assinalar que o direito de exclusivo, como direito de exploração com exclusão concorrencial, surgiu como contrapartida pela total (ou pelo menos significativa) transferência de risco de procura do activo realizado, que caracterizava tipicamente o modelo clássico dos contratos de concessão. Esta raiz histórica é mais um elemento que permitirá indiciar fortemente qual o teor do direito de exclusivo quando, nos dias que correm, o Estado decide adoptar o modelo clássico de concessão.

(53) Cf. CHRISTIAN BETTINGER/ GILLES LE CHATELIER, *Les Nouveaux Enjeux de La Concession*, Paris: EFE, 1995, p. 136.

(54) Cf. CELSO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, 28.^a ed., S. Paulo: Malheiros, 2011, p. 741.

(55) Porém, claro está que delimitar a amplitude do *efeito de condicionamento* do mercado, por via de uma *cláusula de direito de exclusivo*, é tarefa que sempre exige uma sindicância concreta relativa a cada caso contratual de concessão, uma vez que, em certas situações, o direito de exclusividade com amplitude máxima (privilégio territorial), ora por não ter sido um seu *pressuposto*, ora por não ser essencial ao contrato, poderá não ser necessário à manutenção do equilíbrio económico do referido contrato de concessão.

§ 4. Os «direitos de exclusivo» no direito dos contratos administrativos

4.1. *Enquadramento*

21. Prossequindo, poderá agora perguntar-se, em abstracto, qual o exacto sentido do conceito de “*direito de exclusivo*” na teoria geral dos contratos administrativos?

Vale seguramente, a este propósito, explicitar, ainda que sinteticamente, o contributo da Doutrina francesa. LAUBADÈRE, MODERNE E DELVOLVÉ, autores do clássico *Traité des Contrats Administratifs* (dois volumes, Paris: L.G.D.J., 1983-1984), começam por explicar que, de entre as várias obrigações que de um contrato administrativo de colaboração resultam para a Administração, se destaca a de *proteger o seu co-contratante*. Esta obrigação justifica-se pela especial colaboração que este dá àquela e como contrapartida dessa colaboração⁽⁵⁶⁾.

Defendem, depois, os aludidos Autores que “... a protecção dos co-contratantes é assegurada contra terceiros e contra a própria Administração. No primeiro caso, dirige-se a evitar que quaisquer terceiros possam prejudicar a execução do contrato (...), seja desenvolvendo uma actividade do mesmo tipo, entrando em concorrência com aquela que é assegurada pelo co-contratante, seja (...) em face de comportamentos que, sem serem exactamente concorrentes, prejudicam o co-contratante ou dificultam a sua tarefa... Mas a protecção do co-contratante deve ser igualmente assegurada contra a própria Administração, seja no que se refere às suas relações com terceiros, caso em que não deve favorecer actividades prejudiciais ao co-contratante, seja no que concerne à sua própria actividade, que (...) não deve concorrer com a do co-contratante”⁽⁵⁷⁾. Nesta segunda perspectiva (protecção contra a própria Administração), a obrigação de protecção do co-contratante resolve-se essencialmente em prestações de facto negativo, ou seja, proíbe-se à Administração a adopção de comportamentos directamente concorren-

⁽⁵⁶⁾ Cf. *Traité des Contrats Administratifs*, II, p. 190.

⁽⁵⁷⁾ Cf. *Traité des contrats administratifs*, II, p. 191.

ciais da actividade desenvolvida pelo co-contratante e que causem prejuízo grave a este. Trata-se aliás de uma obrigação que é do próprio interesse da Administração, pois caso contrário ela estaria a prejudicar o desenvolvimento de actividades das quais é por lei titular⁽⁵⁸⁾.

Nesta linha, os Autores citados esclarecem que o modo usado tradicionalmente para assegurar o imperativo de protecção do co-contratante é o “privilégio da exclusividade (...) que emerge essencialmente no quadro das concessões administrativas (...): isso mesmo se revela lógico, porquanto este tipo de contratos confia ao co-contratante a realização de uma actividade, serviço ou obra, relativamente à qual este assume integrais responsabilidades; cor-relativamente, consagra-se a exclusividade da assunção de tal responsabilidades”⁽⁵⁹⁾. Assim, repete-se, o exclusivo em matéria de concessões visa garantir “que a Administração não adopte medidas que permitam a terceiros exercer uma actividade concorrente com a do co-contratante (...): não é impedir em absoluto o exercício de uma actividade análoga por terceiros, mas garantir ao co-contratante que a Administração não adopta medidas que permitam ou facilitem o desenvolvimento por terceiros de uma actividade idêntica ou comparável à que está confiada ao co-contratante da Administração”⁽⁶⁰⁾.

Nestes termos, a *obrigação de protecção* do co-contratante é, assim, uma obrigação que se resolve essencialmente em prestações negativas, ou seja, que vedam à Administração a adopção ou a tolerância de comportamentos concorrenciais prejudiciais ao seu co-contratante.

22. São similares as indicações que se extraem do cotejo da Doutrina brasileira existente sobre esta matéria.

MARÇAL JUSTEN FILHO, tendo por referência o contrato de concessão de serviços públicos, começa por referir, em geral, que a

⁽⁵⁸⁾ Cf. *Traité des contrats administratifs*, II, p. 191.

⁽⁵⁹⁾ Cf. *Traité des contrats administratifs*, II, p. 192.

⁽⁶⁰⁾ Cf. *Traité des contrats administratifs*, II, p. 192.

“exclusividade significa a vedação à possibilidade de terceiros competirem com o ente estatal titular do serviço, com o concessionário ou com o permissionário no desempenho da actividade objecto da outorga”. E acrescenta, depois, que quando a concessão se fizer com a “previsão da exclusividade”, o concessionário “será beneficiado por uma espécie de *monopólio* na prestação do serviço público”, o qual “não produz efeitos apenas no âmbito privado”, sendo também “oponível ao próprio concedente”. Na realidade, traçando o âmbito de oponibilidade da exclusividade, escreve o Autor que esta, “para os demais empresários, eventualmente interessados em explorar o serviço, configurar-se-á vedação à livre iniciativa. Para os usuários, haverá ausência de outra alternativa para fruir o serviço. Para o poder concedente, surgirá um impedimento ao desempenho do serviço público, ressalvada a via” de recuperação do direito de exercer a actividade através do resgate (*encampação*, na terminologia jurídica brasileira)⁽⁶¹⁾.

O mesmo Professor recorda ainda que, no Direito brasileiro, a regra geral vigente na matéria (artigo 16 da Lei 8.987/95) diverge da plasmada no artigo 415.º do CCP. Efectivamente, de acordo com tal regra, a exploração das actividades concedidas dá-se por norma em regime de competição ou de “ausência de exclusividade”⁽⁶²⁾. Deste modo, a previsão do regime de exclusivo fica, nos termos da assinalada lei de 1995, dependente “da impossibilidade de desempenho do serviço público em regime de competição”, o que apenas ocorrerá por motivos *técnicos* ou *económicos*. No primeiro caso, estaremos em face de situações “em que é impossível o desenvolvimento de uma mesma actividade por dois sujeitos autónomos e distintos entre si. Assim, é tecnicamente impossível promover concessão de serviço antecedida da execução de obra pública a não ser em regime de exclusividade. Não há como uma mesma rodovia ser objecto de manutenção, conservação, amplia-

(61) Cf. MARÇAL JUSTEN FILHO, *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*, S. Paulo: Dialética, 2003, p. 39.

(62) Conforme refere HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 24.ª edição, S. Paulo: Malheiros, 1999, p. 341, no Brasil, “a concessão, *em regra*, deve ser conferida sem exclusividade, para que seja possível sempre a competição entre os interessados, favorecendo, assim, os usuários com serviços melhores e tarifas mais baratas”.

ção e exploração por mais de um concessionário”. Já os motivos económicos pressupõem a “viabilidade técnica de sujeitos diversos desempenhando simultaneamente a mesma actividade. O problema, porém, reside na impossibilidade de obtenção de resultados económicos para manter o desempenho da actividade, especialmente quando estabelecidos determinados parâmetros mínimos de qualidade. Com a pluralidade de sujeitos desempenhando actividades similares, os resultados económicos obtidos por cada um serão menores. Isso acarretará margens de lucros mais reduzidas e períodos mais longos para retorno dos investimentos”⁽⁶³⁾.

23. Por seu turno, a Doutrina portuguesa tem também recordado o conceito de *direito de exclusivo* num sentido coincidente, quanto ao essencial, com aquele que lhe vimos ser atribuído em França e no Brasil.

Assim, defende-se, entre nós, que da *garantia de exclusivo* deriva para a Administração uma obrigação jurídica que se traduz essencialmente numa *prestação de facto negativo*: isto é, numa proibição de adopção de condutas que lesem, directa ou indirectamente, a posição jurídica dos concessionários. Nas palavras de MARCELLO CAETANO, o direito de exclusivo “toma a forma de uma obrigação assumida pelo concedente de não consentir a mais ninguém [incluindo a ele próprio] o exercício da actividade que haja sido objecto da concessão”⁽⁶⁴⁾. Isto, sobretudo, pela simples mas decisiva razão de que “só a concessão por um prazo fixo e com exclusivo permite fazer cálculos razoáveis de retribuição do concessionário”⁽⁶⁵⁾. Por outro lado, sublinha o mesmo Autor que, “sendo (...) o exclusivo uma excepção aberta ao princípio da liberdade de trabalho, comércio ou indústria, nesse caso em benefício de uma iniciativa privada, a actividade por ele abrangida deve sem-

⁽⁶³⁾ Cf. MARÇAL JUSTEN FILHO, *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*, p. 40.

⁽⁶⁴⁾ Cf. MARCELLO CAETANO, *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*, p. 251.

⁽⁶⁵⁾ Cf. MARCELLO CAETANO, *ob. cit.*, p. 251.

pre ser devidamente especificada e restrita ao indispensável à exploração do serviço”⁽⁶⁶⁾.

A regra, portanto, como refere PEDRO GONÇALVES, “é a de que o exclusivo seja específico”⁽⁶⁷⁾ e que o “primeiro factor importante a considerar será o do território abrangido pela concessão (...); por outro lado, importa definir o direito concedido ao concessionário como o direito à gestão de uma actividade económica determinada, que pode estar em concorrência com actividades económicas diferentes (...), caso em que tem de entender-se que o exclusivo não é posto em causa pela atribuição de títulos para a exploração dessas outras actividades”^(68/69).

24. Em suma: do depoimento sumário das Doutrinas francesa, brasileira e portuguesa sobre o sentido do conceito de direito de exclusivo em matéria de contratos administrativos (*de concessão*) resulta que a ideia geral que subjaz a essa figura é a de que, por seu intermédio, por razões técnicas e/ou económicas, a Administração se compromete perante o concessionário, sob pena de responsabilidade de sua parte, a, por um lado, não autorizar outras empresas, exercendo a *mesma* actividade daquele, a virem fazer-lhe concorrência *directa* no âmbito geográfico da concessão, e, por outro lado, a não lhe fazer ela própria essa concorrência. O direito de exclusivo representa, pois, fundamentalmente uma garantia de não concorrência dada pelo concedente ao concessionário, de modo a que este reúna as condições que lhe permitam amortizar o estabelecimento, pagar a exploração e obter um lucro remunerador dos seus capitais.

⁽⁶⁶⁾ Cf. MARCELLO CAETANO, *ob. cit.*, p. 251.

⁽⁶⁷⁾ Cf. MARCELLO CAETANO, *ob. cit.*, p. 223.

⁽⁶⁸⁾ Cf. PEDRO GONÇALVES, *A concessão de serviços públicos*, p. 267.

⁽⁶⁹⁾ MARCELLO CAETANO exemplificava: por exemplo: “o serviço público de transporte ferroviário só abrange esse meio de transporte (viação sobre carris) embora possa utilizar qualquer motor (...), mas não compreende os outros meios de transporte colectivo, e deixa liberdade aos meios individuais. E pode ser ainda mais especificado — transporte ferroviário com motor eléctrico — o que já não abrangeria outras formas de energia motriz” (*ob. cit.*, p. 223).

4.2. *A concretização interpretativa dos «direitos de exclusivo»*

25. Aqui chegados, cumpre no entanto assinalar que, atendendo à variedade de contratos de concessão celebrados e aos interesses neles em jogo, o sentido da protecção jurídica conferida pelas referidas cláusulas de exclusivo não é unívoco, variando de contrato para contrato — de concessão para concessão —, sendo essencial o recurso à qualificação e à interpretação de cada contrato de concessão para sindicarem especificamente o conteúdo das suas cláusulas.

Será sempre necessário apurar a que (sub)tipo de contrato pertence a concessão na qual surge determinada cláusula atributiva de um direito de exclusivo, uma vez que tal factor será decisivo, na maior parte dos casos, para apurar se estamos diante de um direito de exclusivo de tipo *x* (grau máximo) ou de tipo *y* (grau mínimo). Efectivamente, só através da correcta qualificação do contrato de concessão será possível proceder a uma igualmente correcta delimitação da posição de exclusividade em que foi investido o respectivo concessionário.

Convirá insistir: o âmbito e a eficácia do «direito de exclusivo» são variáveis na exacta medida da variação que caracteriza cada um dos subtipos contratuais que é possível recortar dentro do tipo contratual da concessão. Assim, podem identificar-se, tipicamente, os *i) direitos de exclusivo de grau amplo* e os *ii) direitos de exclusivo de grau reduzido*.

26. Com efeito, em alguns casos, e na linha das considerações doutrinárias acima expendidas, a cláusula atributiva de um direito de exclusivo confere à entidade concessionária uma posição jurídica activa que se traduz na total exclusão da concorrência directa dentro de certo perímetro territorial, tornando-se aquela detentora do direito de exploração em regime de monopólio territorial e temporal. Nestes casos, o Estado aliena, temporariamente, o direito de explorar determinado bem económico (volume de tráfego, etc.), não podendo permitir que terceiros explorem esse bem,

uma vez que a sua exploração foi integralmente cedida a uma entidade concessionária^(70/71).

Como único remédio, assiste ao Estado, caso pretenda intervir, o poder de resgatar a concessão e assim provocar a sua extinção antecipada.

27. Porém, noutros casos, o direito de «exclusivo» tem um significado menos amplo, que consiste na mera protecção dos *efectos negativos* da concorrência que venha a ser introduzida — aqui há a possibilidade de ser introduzida concorrência, embora com consequências patrimoniais para a Administração — durante a vigência da concessão, não se traduzindo num direito de exploração territorial. Nestas situações, inexistente supremacia posicional da entidade concessionária sobre determinado território. A entidade con-

(70) Exemplificativamente, observe-se que tal é o que sucede precisamente no contrato de concessão da exploração de jogos de fortuna ou azar no CASINO DO ESTORIL, uma vez que “o Governo compromete-se a não permitir a criação, a partir da data de hoje e durante todo o prazo da concessão, de novas zonas de jogo a menos de 300 km do local em que se situa o Casino do Estoril, nem salas de jogo do bingo no concelho de Cascais”. No mesmo sentido, refiram-se as Bases do contrato de concessão “de um porto destinado ao serviço da navegação de recreio junto da povoação de Quarteira, no Algarve, com vista ao aproveitamento turístico da região”, aprovadas e publicadas em anexo ao Decreto-Lei n.º 215/70, de 15 de Maio — concessão LUSOTUR, nos termos do qual: “A concessionária goza de exclusivo na instalação e exploração de qualquer novo porto de recreio do tipo ‘marina’ até uma distância de 10 km da zona da concessão» e de preferência na instalação e exploração até uma distância de 35 km”.

(71) Ainda quanto ao este tipo de *direito de exclusivo*, aluda-se, enfim, ao determinado a este propósito no caso *clássico* do contrato da concessão “Eurotúnel”, em que são concedentes o Reino Unido e a República Francesa. Como informa RUIZ OJEDA, “*La cláusula 34 del Acuerdo de Concesión prevé la construcción de un segundo Enlace Fijo, en este caso para tráfico rodado; para ello los concesionarios deberán proponer a los Principales, desde la fecha de entrada en vigor del Acuerdo de Concesión y hasta el año 2000, un segundo proyecto. Caso de que tal cosa no se produzca o no haya acuerdo entre los concesionarios y los Estados, éstos podrán iniciar, nunca antes del año 2010, un procedimiento de concurrencia abierta para la adjudicación de la concesión del segundo enlace. En este caso, ni este segundo enlace, ni cualquiera otro, podrá entrar en funcionamiento antes del año 2020*”. Nestes termos, e na pior das hipóteses, o concessionário apenas suportará concorrência (indirecta) 35 anos após a assinatura do contrato de concessão. Cf. ALBERTO RUIZ OJEDA, *El eurotúnel. La provisión y financiación de infraestructuras públicas en régimen de concesión*, RAP, n.º 132, 1993, p. 495.

cessionária terá apenas um direito de *protecção* face a *perturbações concorrenciais* que possam fazer perigar o equilíbrio (comutativo) do contrato gizado entre as partes. Inexiste, portanto, um *efeito ablativo* na esfera do concedente, o qual continua a ser titular do poder de conferir a terceiros licença de actuação concorrencial, apenas estando onerado com a reposição do equilíbrio económico-financeiro dos contratos de concessão que, em certo contexto geográfico, tenha celebrado com outras entidades concessionárias.

Por isso, em face deste conteúdo de mera protecção da exploração, o concessionário fica detentor de um direito de grau reduzido.

28. Isto ponderado e antes de mais avançar, convirá ainda sublinhar que, no que respeita aos dois tipos de graus de direito de exclusivo que agora analisámos, é ainda possível estabelecer uma relação entre os tipos de concessão e os tipos de direito de exclusivo aí previstos. Com efeito, as cláusulas de direito de exclusivo *de grau amplo* são mais típicas dos *clássicos contratos de concessão parciária*. E isto porque transferindo-se totalmente para o concessionário o risco da exploração do *bem*, cuja exploração lhe foi entregue como contrapartida contratual, aquele fica investido numa posição cuja remuneração depende totalmente do resultado económico da exploração desse bem. Nestes casos, como vimos, encontramos-nos diante de contratos onerosos fortemente parciários, pois que a remuneração de uma das partes, ainda que seja certa a forma como se obtém essa remuneração (exemplo: cobrança de portagens), é completamente incerta quanto ao seu quantitativo. Tudo dependerá, para o concessionário, do resultado concreto da operação, pois tomou como seu o risco da mesma. Recuperando a feliz expressão de JOÃO MAGALHÃES COLLAÇO, o “mais impressionante nestes contratos” [é] “o seu carácter de empreendimento, o risco que o concessionário corr[e] aventurando-se neles (...)”⁽⁷²⁾. Assim, quando a opção administrativa é a de transferir fortemente o *risco* para o concessionário, evidente-

(72) Cf. JOÃO MAGALHÃES COLLAÇO, *ob. cit.* 17.

mente, o Estado deverá suportar, na sua esfera, uma *ablação* — ainda que temporária — nos seus poderes relativos ao *bem* que entrega ao concessionário como *contrapartida* contratual. Só mediante resgate — e pagando a correspondente *justa indemnização* — poderá recuperar o domínio sobre as actividades que atribuiu a terceiros. Nestes termos, melhor se compreende que, sobre esse bem, incida um direito de *exclusivo*, que assume âmbito territorial.

29. Por outro lado, as cláusulas de direito de exclusivo de grau reduzido — *i.e.*, as que apenas se traduzem na atribuição da exploração de um bem com salvaguarda contratual de uma compensação por perturbações na exploração desse bem — são mais típicas dos contratos de concessão onerosos com traços de forte comutatividade ou simetria. E isto porque, em face da natureza destes, a *ratio* da equivalência das prestações implicará, nestes casos, um equilíbrio quase simétrico entre as prestações.

Assim, nestes casos, a função contratual da consagração de um direito de exclusivo é, essencialmente, a de criar um mecanismo contratual que permita e justifique a reposição do equilíbrio perdido por força do comportamento do concedente. Nem de outro modo poderia ser: existindo, nestes casos, a possibilidade de o Estado permitir a terceiros — ou de desenvolver ele próprio — a exploração concorrencial do mesmo tipo de bem em zona directamente concorrente com a do empreendimento concessionado, incumbirá àquele, sempre e em todos esses casos, uma obrigação de reposição da simetria do contrato de concessão, aspecto este que representa, segundo o entendimento que perfilhamos, uma manifestação evidente de comutatividade contratual.

30. Por tudo quanto antecede, entendemos que o remédio contratual da reposição do equilíbrio financeiro é mais típico dos contratos de concessão comutativos, não sendo tão eficaz e/ou apropriado nos casos de contratos de concessão onerosos parciais. Com efeito, como verificámos, o desequilíbrio é-lhes natural, sem

que isso envolva qualquer entorse à justiça (proporcionalidade) que, por regra, deve presidir às relações contratuais entre a Administração e os particulares (cf. hoje o disposto no artigo 281.º do CCP).

Mais se refira: é precisamente por esse motivo — *o desequilíbrio parciário* — que se explica que, nos casos de concessões com traços de *negócios parciários*, o direito de exclusivo se configure como um direito de grau amplo. Se o Estado entrega ao concessionário a exploração de um bem e fá-lo sem lhe garantir um resultado certo, um resultado à partida considerado como simetricamente equivalente ao da prestação a cargo do co-contratante, é compreensível — até natural — que tenha de o compensar com a atribuição de um direito de exclusividade de grau máximo, ou seja, com uma posição de âmbito territorial.

Só assim o Estado evitará que, no futuro, o concessionário surja brandindo judicialmente com uma intolerável onerosidade da sua prestação⁽⁷³⁾. Paradoxalmente, o direito de exclusivo de grau amplo, podendo ser perspectivado publicamente como um “*mau negócio*” estadual — é certo que num juízo de prognose “póstumo”, sempre falacioso —, surge, afinal, no caso de concessões onerosas parciárias, como uma forma de compensação pela imperfeição/inexistência de rigorosa simetria e comutatividade das prestações contratuais.

Numa frase: a falta de comutatividade e simetria nos contratos parciários implica a atribuição de um direito de exclusivo de grau amplo (normalmente, exclusividade territorial), que, para o concedente, tem como consequência um efeito *ablativo* nos poderes que poderia exercer sobre o *bem* que entregou ao concessionário como contrapartida contratual. Esta asserção tem, ademais, perfeito enquadramento no contexto da designada Justiça do contrato, dado que, em face da inexistente simetria das prestações, as partes introduzem um mecanismo que permite recolocar alguma simetria, ainda que incerta, entre as mesmas.

⁽⁷³⁾ Genericamente, sobre o problema do risco e do equilíbrio nos contratos, cf. DOMENICO RUSSO, *Sull'equità dei contratti*, ESI: Roma, 2001; VINCENZO FERRARI, *Il problema dell'alea contrattuale*, Roma: ESI, 2001; e ENRICO GABRIELLI, *Alea e rischio nel contratto (Studi)*, Roma: ESI, 1997.

31. Resulta claro que, neste plano, importa descortinar se o direito de exclusivo consagrado em cada contrato de concessão é de molde a conferir um direito de exclusivo amplo (de âmbito territorial), mais típico dos contratos de concessão onerosos parciários, ou se, pelo contrário, é um direito de grau mínimo, traduzindo-se, portanto, num mero direito ao equilíbrio financeiro da concessão, mais típico dos contratos de concessão comutativos, tudo conforme as considerações que anteriormente expusemos.

É assim, desde logo, pela evidente necessidade de se proceder ao enquadramento da cláusula atributiva do direito de exclusivo no contexto dos contratos de concessão parciária. Este aspecto é central, uma vez que, na interpretação do contrato de concessão, nos casos em que este se enquadre no *subtipo* de contrato oneroso parciário, há-de ter-se em conta, obrigatoriamente, toda a *equação económica concreta* do contrato, nomeadamente, como acima referimos, deve ser valorado, para efeito de interpretação contratual, o nível de *risco* (positivo e negativo) que é transferido para o concessionário.

Aliás, só dessa forma encontraremos, num plano tipológico, o correcto sentido do *direito de exclusivo* que normalmente surge previsto nesses contratos.

32. Ou seja: havendo transferência total ou significativa de risco de procura para o concessionário, deverá à partida entender-se que a exclusividade é de *grau amplo/máximo*. Ao invés, nos casos em que a *transferência de risco* é menor ou diminuta, deverá partir-se da ideia de que a *exclusividade* é meramente instrumental à manutenção do equilíbrio financeiro do contrato concessório. Na verdade, qualquer tipo de *interpretação* contratual que se pretenda efectuar não poderá negligenciar o facto de existirem traços típicos dos contratos onerosos parciários, pelo que se imporá, nessa actividade interpretativa, valorizar especialmente a *equação económica concreta do contrato*.

De facto, estando em causa um *clássico* contrato concessório parciário (repete-se: uma concessão em que uma das partes se remunera integralmente tendo por referência o *resultado econó-*

mico da própria operação contratual), a *equação económica concreta* do contrato — *maxime*, a alocação do *risco* — servirá para determinar *interpretativamente* o conteúdo concreto dos direitos e das obrigações das partes, nomeadamente para concretizar o *conteúdo do direito de exclusivo*.

Por outro lado, importa ainda afirmar que a *remuneração* que o Estado permite que o privado obtenha é *variável* e, de certo modo, imprevisível, uma vez que apenas por *prognose* — *rectius*, através do caso base contratual — se poderá estimar o *resultado económico* da exploração do *bem* que o Estado *aloca* à concessionária. Ora, como atrás se referenciou, nestes casos, em que grassam traços típicos de parciariedade contratual, o natural será que, no contexto de contratos de concessão com tão elevada transferência de risco, o Estado atribua um direito de exclusivo de grau amplo/máximo, de âmbito territorial, como forma de compensar a aleatoriedade do resultado económico subjacente à concessão.

DIREITO CONTRATUAL DE AUTOR E LICENÇAS VOLUNTÁRIAS DE EXPLORAÇÃO DA OBRA

Pelo Dr. Tiago Bessa

SUMÁRIO:

Capítulo I — Prolegómenos. § 1.º Introdução; § 2.º Razão de ordem.
Capítulo II — Enquadramento de Direito Positivo. **Capítulo III** —
Introdução ao Direito Contratual de Autor. § 3.º Aspectos introdutórios;
§ 4.º O exclusivo de exploração económica; § 5.º Aspectos estruturantes
do direito contratual de autor. 5.1. A aplicação subsidiária do Código
Civil; 5.2. A solenidade dos negócios com efeitos autorais; 5.3. A regista-
bilidade dos atos de disposição; 5.4. A irrelevância (relativa) da aquisição
do suporte corpóreo da obra; 5.5. Princípios fundamentais de interpreta-
ção contratual. § 6.º Propedêutica dos actos de disposição do conteúdo
patrimonial do direito de autor. 6.1. Transmissão; 6.2. Oneração; 6.3.
Autorizações ou licenças; 6.4. Critérios de distinção. **Capítulo IV** —
As Licenças de Exploração da Obra. § 7.º Aspectos introdutórios; § 8.º
Noção de licença de exploração; § 9.º Objecto do contrato de licença;
§ 10.º Forma do contrato de licença; § 11.º Conteúdo do contrato de
licença. 11.1. Formas de exploração autorizadas; 11.2. Prazo da licença;
11.3. Território da licença; 11.4. Preço da licença; 11.5. Segue: conse-
quências da falta de indicação dos elementos exigidos por lei. § 12.º
Modalidades de licenças; § 13.º Posição jurídica das partes. 13.1. Posição
jurídica do autor; 13.2. Posição jurídica do licenciado. § 14.º Efeitos, con-
flitos e oponibilidade do contrato de licença. **Capítulo V** — Natureza
Jurídica do Contrato de Licença.

Capítulo I

Prolegómenos⁽¹⁾

§ 1.º Introdução

I. Este trabalho tem como objeto analisar as licenças de exploração de direito de autor, enquanto fenómeno social e jurídico de disposição do conteúdo patrimonial deste direito. A utilização da palavra «exploração» pretende salientar que o que está em causa é a exploração económica da obra protegida por direito de autor através de um terceiro, tipicamente um licenciado⁽²⁾.

II. Apesar do tímido tratamento a nível doutrinário e jurisprudencial — pelo menos no que concerne ao direito português⁽³⁾ —, as licenças, enquanto negócio jurídico, assumem-se, cada vez mais, como o paradigma das transações sobre direitos de exploração patrimonial ou de utilização de bens intelectuais⁽⁴⁾. Trata-se, em termos simples, de uma modalidade de aproveitamento indireto de uma coisa incorpórea que se traduz na autorização concedida a um terceiro para gozar e fruir um bem imaterial.

⁽¹⁾ Os artigos citados seguidos de (*) encontram-se disponíveis para consulta e descarga no sítio eletrónico <www.ssrn.com> (*Social Science Research Network*). Quanto a principais abreviaturas utilizadas: CC (Código Civil), CDADC (Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos), CPI (Código da Propriedade Industrial), DHDA (Diretiva Harmonização de Direitos de Autor), STJ (Supremo Tribunal de Justiça), RL (Relação de Lisboa), RP (Relação do Porto) e UE (União Europeia). As disposições legais citadas, sem indicação da respetiva fonte, pertencem ao CDADC.

⁽²⁾ Na sua obra, a propósito do direito contratual de autor, ANDRÉ LUCAS e HENRI-JACQUES LUCAS também usam a expressão «contratos de exploração» para designar os atos de disposição do conteúdo patrimonial do direito de autor — *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, 2.ª ed., Paris, 2001, p. 389.

⁽³⁾ Há, contudo, que salientar a recente obra coletiva, denominada *Contratos de Direito de Autor e de Direito Industrial*, Coord. Carlos Ferreira de Almeida, Luís Couto Gonçalves e Cláudia Trabuço, Almedina, 2011, e, no âmbito desta obra, o texto de OLIVEIRA ASCENSÃO, “A ‘Licença’ no Direito Intelectual”, pp. 93-113.

⁽⁴⁾ Em geral, vide, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos, II, Conteúdo. Contratos de Troca*, Almedina, 2007, pp. 220 e segs., onde o autor analisa, em termos sumários, os contratos de troca para o uso de coisa incorpórea.

De facto, no Direito Privado, a figura da licença foi sendo adotada no âmbito do regime de proteção de direitos sobre descobertas e criações intelectuais como uma forma de disposição de direitos de propriedade industrial⁽⁵⁾. Mais tarde, foi importada para o direito de autor como uma forma de concessão, pelo titular do direito a outrem, das potencialidades económicas dos bens imateriais em causa, sendo tipicamente uma atribuição de carácter temporário que não tem qualquer efeito quanto à titularidade do direito de autor.

Por variadas razões, que mais tarde analisaremos, as licenças são o instrumento mais utilizado para potenciar a exploração económica da obra. Em regra, os autores limitam-se a criar a obra, atribuindo a outrem o direito de utilizar, com cariz económico, a sua criação intelectual por todos os modos admissíveis.

III. Também como veremos mais abaixo, apesar da importância crescente das licenças de direito de autor, o CDADC⁽⁶⁾ não contém disposições detalhadas sobre a matéria. Esta circunstância obriga a uma inter-relação contínua entre os aspetos jusautorais das licenças com o quadro civilístico comum do direito dos contratos.

§ 2.º Razão de ordem

I. Esta obra apenas incide sobre as licenças voluntárias⁽⁷⁾ de direito de autor. A questão das licenças legais ou obrigatórias (também chamadas compulsórias), cujo um dos exemplos é a licença de tradu-

⁽⁵⁾ Para uma análise das licenças no domínio do direito industrial, *vide*, em especial, CARLOS OLAVO “Contrato de Licença de Exploração de Marca”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 59, vol. I, Janeiro 1999, p. 108, COUTO GONÇALVES, *Manual de Direito Industrial e Concorrência Desleal*, 3.ª ed., Revista e Aumentada, Almedina, 2012, pp. 111-114 e 293-298 e J.P. REMÉDIO MARQUES, “Contrato de Licença de Patente”, in *Contratos de Direito de Autor e de Direito Industrial*, *ob. cit.*, pp. 395-455.

⁽⁶⁾ Originalmente aprovado em anexo ao Decreto-Lei n.º 63/85, de 14 de Março. Este diploma já foi objeto de sucessivas alterações. A última através da Lei n.º 65/2012, de 20 de Dezembro.

⁽⁷⁾ A expressão também é utilizada por OLIVEIRA ASCENSÃO para contrapor esta realidade às licenças legais e compulsórias — A ‘Licença’ no Direito Intelectual..., *ob. cit.*, p. 96.

ção prevista nos artigos *V-ter* a *V-quater* da Convenção Universal do Direito de Autor, fica de fora do seu âmbito. De qualquer forma, mencionaremos as licenças obrigatórias a propósito da distinção das licenças voluntárias, em termos do respetivo facto constitutivo.

Ainda no que respeita ao objeto desta obra, deve referir-se que tomámos como figura de base os casos em que a licença é concedida por um único autor. Partimos, portanto, da situação paradigmática em que a titularidade do direito de autor sobre uma determinada obra pertence a um único sujeito.

Desta forma, os casos de criação integrada, onde existem vários titulares da mesma obra, não serão especificamente considerados neste trabalho. Embora seja admissível que uma obra feita em colaboração (*cf.* artigo 17.º) seja objeto de contratos de exploração do direito de autor, nomeadamente de uma licença, notamos que esta situação levantaria problemas específicos. Na realidade, o n.º 1 do artigo 17.º determina que “*o direito de autor de obra feita em colaboração, na sua unidade, pertence a todos os que nela tiverem colaborado, aplicando-se ao exercício comum desse direito as regras da propriedade*”. Portanto, à partida, a concessão de uma licença sobre uma obra feita em colaboração dependeria da anuência de todos os titulares. Ora, a situação paradigmática que tivemos em mente é aquela em que a obra tem apenas um titular e, como tal, esse titular pode conceder uma licença a terceiros, sem necessidade da intervenção de outras entidades.

Ainda neste contexto, refira-se que o tema que nos propomos tratar tem especial interesse no caso em que o concedente da licença é o próprio criador intelectual da obra. De facto, neste conjunto de casos o licenciante surge, à partida, como a parte contratualmente mais fraca, o que justificaria a aplicação do regime legal (mais protetor) das licenças de direito de autor.

Na verdade, como teremos oportunidade de ver, o CDADC acolhe soluções que, não raro, encontram a sua explicação no objetivo de proteção do autor como parte mais fraca perante o licenciado⁽⁸⁾. Tipicamente, verifica-se esta situação quando o autor da

(8) Neste sentido, OLIVEIRA ASCENSÃO salienta que “*basta pensar que a preocupação protetiva do Direito de Autor só se justifica quando é o criador intelectual que está em*

obra, ou seja, o titular do direito exclusivo de exploração económica é, simultaneamente, o criador intelectual da mesma. Desta forma, ao longo da nossa exposição, teremos especialmente em vista a situação em que o concedente da licença surge como a parte carecida de intervenção das regras legais, de forma a que exista um desejável equilíbrio contratual entre as respetivas partes. Esta perspectiva de análise será, assim, transversal a todo o texto.

Acresce referir que esta conclusão surge alicerçada na circunstância de o CDADC parecer adotar como ponto de referência, ao definir o regime dos contratos de direito de autor, o chamado contrato primário de direito de autor, ou seja, aquele em que o autor originário, tipicamente o criador intelectual, ou os seus sucessores, autorizam terceiros a utilizar a obra. No entender de OLIVEIRA ASCENSÃO — que acompanhamos nesta matéria —, esta conclusão tem como consequência que a aplicação das disposições mais protetoras do autor previstas no CDADC têm de ser cuidadosamente comprovadas em outras situações, como sejam aquelas em que o concedente da licença não seja o criador intelectual⁽⁹⁾.

II. Por fim, em termos de sequência de exposição, começamos por uma referência ao direito positivo atual, com especial enfoque na questão das licenças de direito de autor. De seguida, faremos uma breve excursão ao conteúdo do direito de autor, traçando nesse capítulo uma importante distinção, a nível dogmático e teórico, entre os direitos morais e os direitos patrimoniais.

Neste seguimento, abordaremos depois alguns aspetos relacionados com o direito contratual de autor. De facto, parece-nos que não será possível entender, na sua totalidade, o fenómeno das licenças voluntárias de direito de autor se não for feita uma refe-

causa. Se for por sua vez o adquirente do direito de utilização [outra entidade que não o criador intelectual] quem negoceia perante terceiros, já nenhum motivo há para lhe outorgar uma posição favorável perante esses terceiros. Ora, percorrendo todo o Código, nunca vemos que a lei tenha tido outro paradigma que não o do criador que negoceia diretamente a autorização” — Direito Civil. Direito de Autor e Direitos Conexos, Reimpresão, Coimbra Editora, 2012, p. 423.

⁽⁹⁾ *Idem*, p. 424.

rência, ainda que genérica, ao quadro legal em que estas se inserem e aos princípios fundamentais que lhe dão forma.

Depois de analisar esta matéria, estamos então em condições de entrar na parte fundamental do tema que nos propomos tratar, ou seja, as licenças voluntárias de direito de autor. Nesse capítulo procuraremos então analisar aspetos tão diferenciados quanto: (i) o objeto do contrato de licença, (ii) os seus requisitos de forma e de conteúdo, (iii) modalidades e efeitos e (iv) a posição jurídica do autor e do licenciado. Por fim, consideraremos a questão polémica da natureza jurídica do contrato de licença.

Capítulo II

Enquadramento de Direito Positivo

I. Em termos de coordenadas legais, temos que ressaltar que as fontes existentes não são particularmente extensas⁽¹⁰⁾. De facto, as referências às licenças voluntárias de direito de autor surgem, na maior parte dos casos, na sequência da caracterização do direito de exclusivo de exploração da obra.

II. No que respeita ao direito internacional⁽¹¹⁾, a Convenção de Berna relativa à Proteção das Obras Literárias e Artísticas é a mais relevante a este propósito, sendo considerada a *magna carta* do Direito Internacional de Autor⁽¹²⁾.

⁽¹⁰⁾ Tal como destaca SANTIAGO SCHUSTER, a propósito dos atos de transmissão em geral, “*en cuanto a la transmisión del derecho de explotación por acto entre vivos, los Convenios internacionales no se han ocupado en general de esta materia*” — “Transmisión y Sucesión”, in *Num Novo Mundo do Direito de Autor*, tomo II, Cosmos, Lisboa, 1994, p. 459.

⁽¹¹⁾ Para uma análise das convenções citadas no texto, vide, DÁRIO MOURA VICENTE, *A Tutela Internacional da Propriedade Intelectual*, Almedina, 2008, pp. 101 e segs., OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil. Direito de Autor e Direitos Conexos...*, *ob. cit.*, pp. 36 e segs., e MENEZES LEITÃO, *Direito de Autor*, Almedina, 2011, pp. 48 e segs.

⁽¹²⁾ A expressão é de DÁRIO MOURA VICENTE, *idem*, p. 101.

O artigo 8 salienta que “*os autores de obras literárias e artísticas protegidas pela presente Convenção gozam, durante toda a duração dos seus direitos sobre a obra original, do direito exclusivo de fazer ou autorizar a tradução das suas obras*”. No mesmo sentido, o artigo 9, n.º 1, destaca que “*os autores de obras literárias e artísticas protegidas pela presente Convenção gozam do direito exclusivo de fazer ou autorizar a reprodução das suas obras, de qualquer maneira e por qualquer forma*”. Depois, nos artigos 10-*bis*, 11, 11-*bis*, 11-*ter* e 14, coloca-se sempre em destaque a prerrogativa legal, atribuída ao autor, de autorizar os modos de exploração da sua obra que consistem na comunicação ao público da mesma, seja mediante representação cénica, radiodifusão, recitação pública ou adaptação e reprodução cinematográfica. Já no artigo 12 consagra-se o direito exclusivo do autor de autorizar as adaptações, arranjos e outras transformações das suas obras.

Como bem se percebe, ao estabelecer que o autor pode, de forma direta ou indireta, explorar a sua obra das mais diversas maneiras, a Convenção de Berna abre a porta à temática do chamado direito contratual de autor, onde se incluem naturalmente as licenças. Como referido, as licenças são um dos meios privilegiados para que os autores autorizem a utilização e exploração da sua criação intelectual por parte de terceiros. As licenças acabam, assim, por ser um veículo de exteriorização do consentimento prestado pelo autor para que a utilização da sua obra por terceiros seja lícita.

Também os artigos IV-*bis* e V da Convenção Universal sobre o Direito de Autor alinham pelo mesmo diapasão. Aqui consagra-se o direito exclusivo do autor de autorizar a exploração da sua obra⁽¹³⁾. No mesmo sentido, poderíamos citar os artigos 6.º a 8.º do Tratado da OMPI sobre Direito de Autor.

Portanto, apesar de não existir uma referência específica às licenças de direito de autor, a sua importância emerge da caracterização, feita pelas fontes de direito internacional, do direito de exclusivo. Contudo, há que notar que nas convenções atrás citadas

⁽¹³⁾ Deve, contudo, notar-se que esta Convenção prevê, nos artigos V-*ter* a V-*quater*, a chamada licença compulsória de tradução. No entanto, como se trata de uma licença que não tem origem voluntária, não a analisamos, de forma específica, neste trabalho.

inexiste qualquer caracterização, ainda que genérica, da estrutura e conteúdo do contrato de licença.

III. A nível do direito da União Europeia⁽¹⁴⁾, o cenário é bastante semelhante. Também aqui não existe qualquer menção específica às licenças de direito de autor. A sua relevância, tal como nas convenções internacionais, surge a propósito da caracterização do direito de exclusivo.

Sem qualquer pretensão de exaustividade, podemos mencionar o artigo 4.º da Diretiva 91/250/CEE, de 14 de Maio, relativa à proteção jurídica dos programas de computador; os artigos 2.º e 3.º da Diretiva 93/83/CEE, de 27 de Setembro⁽¹⁵⁾, relativa à coordenação de determinadas disposições em matéria de direito de autor e direitos conexos aplicáveis à radiodifusão por satélite e à retransmissão por cabo; o artigo 5.º da Diretiva 96/9/CE, de 11 de Março, relativa à proteção jurídica das bases de dados e, por fim, os artigos 2.º a 4.º da Diretiva 2001/29/CE, de 22 de Maio, respeitante à harmonização de certos aspetos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação.

Importa aqui notar que o Considerando 30 desta última Diretiva explica que “*os direitos referidos na presente diretiva [ou seja, os direitos de reprodução, comunicação da obra ao público e distribuição], podem ser transferidos, cedidos ou sujeitos à concessão de licenças numa base contratual, sem prejuízo do direito nacional pertinente em matéria de direito de autor e direitos conexos*”. Ora, existe aqui uma expressa (e, diga-se, rara) referência às licenças, como forma de permitir que terceiros participem na exploração económica da obra.

⁽¹⁴⁾ Para uma explicação da evolução do direito da União Europeia a propósito do direito de autor, pode consultar-se DÁRIO MOURA VICENTE, *A Tutela Internacional...*, *ob. cit.*, pp. 118 e segs., e LUIGI CARLO UBERTAZZI, “Introduzione al Diritto Europeo della Proprietà Intellettuale”, in AAVV, *Direito da Sociedade da Informação*, vol. VI, Coimbra Editora, 2006, pp. 29-86.

⁽¹⁵⁾ É interessante notar que o artigo 2.º determina que os autores têm o direito exclusivo de autorizar a comunicação ao público, por satélite, de obras protegidas por direito de autor. Já o artigo 3.º acrescenta que a referida autorização deve ser adquirida contratualmente, o que é uma clara referência aos contratos de direito de autor.

IV. Se ao nível do direito internacional e do direito da União Europeia não existem referências significativas às licenças de direito de autor, a verdade é que o direito nacional também não é muito profícuo nesta matéria. A propósito dos atos de disposição do conteúdo patrimonial do direito de autor ou, de forma mais concreta, dos negócios de Direitos de Autor, o CDADC apresenta a seguinte sistemática⁽¹⁶⁾.

Começa por regular, em termos gerais, os contratos com efeitos autorais no Capítulo V do Título I (artigos 40.º a 55.º), aí definindo o regime das transmissões, onerações e autorizações. Estamos aqui perante situações em que, após a criação da obra, se verifica um determinado facto jurídico que provoca a constituição de um direito autoral na esfera de um terceiro, permitindo-lhe, assim, explorar economicamente a obra. Tratam-se, por isso, de aquisições derivadas. Os artigos 40.º e segs., formam, assim, aquilo que poderíamos apelidar de parte geral⁽¹⁷⁾ do “Direito Contratual de Autor”.

Já o Capítulo III do Título II (artigos 83.º a 185.º) regula os chamados contratos típicos e nominados de Direito de Autor⁽¹⁸⁾, como, por exemplo, a edição (artigos 83.º a 106.º), a representação (artigos 107.º a 120.º), a fixação fonográfica e videográfica (artigo 141.º) e a reprodução (artigo 159.º). Este capítulo consagra o que poderíamos chamar de parte especial do “Direito Contratual de Autor”⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁶⁾ Sobre o tema, *vide*, em termos gerais, ADOLF DIETZ, *El Derecho de Autor en España y Portugal*, tradução do original *Das Urheberrecht in Spanien und Portugal*, tradução de Ramón Eugenio López Sáez, Colección Análisis y Documentos, n.º 1, Ministério de Cultura, 1992, pp. 161-163 e 167 e segs.

⁽¹⁷⁾ A aplicação destas disposições aos negócios de exploração patrimonial da obra é confirmado em diplomas paralelos ao CDADC. Assim, o artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 252/94, de 20 de Outubro, relativo à proteção jurídica dos programas de computador, estabelece que aos negócios relativos a direitos sobre programas de computador são aplicáveis as disposições dos artigos 40.º, 45.º a 51.º e 55.º. Esta remissão até poderia ser dispensável dada a aplicação transversal do CDADC. De qualquer forma, trata-se de um aspecto que confirma a importância da existência de uma parte geral do “Direito Contratual de Autor”.

⁽¹⁸⁾ *Vide*, neste sentido, PEDRO ROMANO MARTÍNEZ, “Os Grandes Tipos de Contratos de Direito de Autor”, in *Num Novo Mundo do Direito de Autor*, tomo II, Cosmos, Lisboa, 1994, pp. 395 e 396.

⁽¹⁹⁾ Distinguindo entre parte geral e parte especial do “Direito Contratual de Autor”, ADOLF DIETZ, *El Derecho de Autor en España y Portugal...*, *ob. cit.*, pp. 162 e 163.

V. Esta sistemática é muito criticável⁽²⁰⁾. Desde logo, merece muitas reservas a forma algo descuidada e, quiçá, diletante, com que o legislador nacional tratou a parte geral dos negócios de direito de autor. Com efeito, o regime consagrado é, na maior parte das vezes, insuficiente para prever todas as hipóteses de atos de disposição do conteúdo patrimonial ou, pelo menos, as mais relevantes. Mais grave do que isso, contudo, é o facto de o regime estatuído acabar por ser complexo e pouco claro. Como se dará conta mais abaixo, o regime previsto nos artigos 40.º a 44.º é claramente insuficiente para acompanhar a dinâmica que o legislador quis imprimir com a consagração de uma ampla liberdade de disposição do conteúdo patrimonial do direito de autor. Ademais, alguns aspectos que a lei trata a propósito do regime da transmissão e da oneração (*cf.* artigo 43.º) são, na realidade, aplicáveis aos casos de autorização. A seu tempo veremos, com mais atenção, esta matéria.

Para além disto, alguns artigos dispersos pelo CDADC, como, por exemplo, o artigo 68.º, ns. 3 e 4, deveria constar da parte geral, já que consagra princípios fundamentais para a correta compreensão dos negócios de direito de autor⁽²¹⁾.

Numa outra perspectiva, a circunstância de a lei tratar (e confundir) dentro do mesmo capítulo ou secção aspectos concernentes ao conteúdo do direito patrimonial de autor (como as faculdades de exploração económica) com matérias atinentes aos negócios autorais merece-nos as maiores reservas. A título de exemplo, considere-se a Secção VII, do Capítulo III, do Título II. Aqui se regulam, simultaneamente, aspectos relacionados com o conteúdo do direito de exclusivo, como é o caso da norma contida no artigo 157.º, n.º 1 (que é uma decorrência do direito de comunicação da obra ao público), com a regulação do contrato típico de reprodução (artigos 159.º e 160.º).

Finalmente, é ainda de assinalar, em termos negativos, que no mesmo capítulo (Das Utilizações em Especial — Capítulo III do

⁽²⁰⁾ No sentido exposto no texto, OLIVEIRA ASCENSÃO, que seguimos neste aspecto — *Direito Civil. Direito de Autor e Direitos Conexos...*, *ob. cit.*, p. 418.

⁽²¹⁾ Especificamente neste sentido, ADOLF DIETZ, *El Derecho de Autor en España y Portugal...*, *ob. cit.*, p. 167.

Título II), a lei trata e mistura o regime de contratos típicos e nominados de Direito de Autor, com o regime especial de determinadas obras objecto de proteção, como é o caso da obra fotográfica (artigo 164.º) e os jornais e outras publicações periódicas (artigo 173.º), circunstância que deixa bastante a desejar do ponto de vista de coerência interna de cada capítulo do CDADC.

Por estas razões, parece-nos que a sistemática do CDADC, na matéria do direito contratual de autor, mereceria um tratamento mais aprofundado e rigoroso.

De qualquer forma, a distinção entre uma parte geral e uma parte especial do direito contratual de autor tem algumas vantagens. Uma delas é a circunstância de a parte geral conter disposições que, em princípio, devem ser aplicáveis aos tipos específicos de contratos de Direito de Autor⁽²²⁾, servindo para integrar ou complementar a sua regulamentação especial. No fundo, segue-se aqui uma sistemática parecida à do Direito das Obrigações, com uma divisão entre uma parte geral e uma parte especial.

Pode ainda acrescentar-se que a existência de uma parte geral, pautada por uma regulação genérica, ampla e abrangente, de tipos de atos de disposição favorece também a liberdade contratual das partes (artigo 405.º do CC), nomeadamente a do titular do direito patrimonial de autor. É por isso correto afirmar-se que os tipos contratuais nominados, detalhados na parte especial do CDADC (artigos 83.º a 185.º), não esgotam os atos de disposição sobre o conteúdo patrimonial do direito de autor, sendo lícito configurar, à luz do princípio da autonomia da vontade, outros negócios, ainda que inominados, que produzam os efeitos ali previstos⁽²³⁾.

(22) Salientando esta virtualidade, ADOLF DIETZ, *El Derecho de Autor...*, *ob. cit.*, p. 162.

(23) De qualquer forma, apesar da atipicidade dos negócios, é de salientar que OLIVEIRA ASCENSÃO defende que existe uma tipicidade de conteúdo, o que o autor entende não como uma limitação ao conteúdo do negócio em si, mas como o princípio que determina que só as figuras típicas beneficiam do carácter absoluto próprio do direito de autor — *Direito Civil. Direito de Autor e Direitos Conexos...*, *ob. cit.*, pp. 420 e 421.

Capítulo III

Introdução ao Direito Contratual de Autor⁽²⁴⁾

§ 3.º Aspectos introdutórios

I. O fenómeno das licenças de direito de autor não pode ser rigorosamente apreendido sem que, primeiramente, se analise o quadro geral onde ele se insere. Na realidade, as licenças consti-

(24) Acompanhando aqui VITTORIO M. DE SANCTIS e MARIO FABIANI, *I Contratti di Diritto di Autore*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milão, 2000, p. 10, podemos referir que o direito contratual de autor é aquela parte do direito das obrigações que se caracteriza pelo facto de o autor, como criador intelectual da obra e, em alguns casos, titular original da mesma, ser parte num contrato. Numa perspectiva mais ampla, o direito contratual de autor pode abarcar todos os negócios que tivessem como objecto o direito de exploração económica da obra, fossem praticados pelo autor ou por outro sujeito que viesse a ser titular do direito de autor. Sobre o tema, *vide*, entre nós, sem sermos exaustivos, PEDRO ROMANO MARTÍNEZ, *Os Grandes Tipos de Contratos...*, *ob. cit.*, pp. 395-404, MENEZES LEITÃO, *Direito de Autor*, *ob. cit.*, pp. 193-240, e, na doutrina estrangeira, entre outros, NICOLA STOLFI, *Il Diritto di Autore*, 3.ª ed., Parte II, Società Editrice Libreria, Milão, 1932, pp. 511-621, CLAUDE COLOMBET, *Propriété Littéraire et Artistique*, 10.ª ed., Dalloz, 1980, pp. 251-297, ISABEL ESPÍN ALBA, *Contrato de Edición Literaria (Un Estudio del Derecho de Autor Aplicado al Campo de la Contratación)*, Granada, 1994, pp. 123-169, SANTIAGO SCHUSTER, *Transmisión y Sucesión...*, *ob. cit.*, pp. 459-467, MURIEL JOSSELINE-GALL, *Les Contrats d'Exploitation du Droit de Propriété Littéraire et Artistique. Étude de Droit Comparé et de Droit International Privé*, Joly Editions, Paris, 1995, VITTORIO M. DE SANCTIS e MARIO FABIANI, *I Contratti di Diritto di Autore...ob. cit.*, FERNAND DE VISSCHER e BENOÎT MICHAUX, *Précis du Droit d'Auteur et des Droits Voisins*, Bruylant, Bruxelas, 2000, pp. 311-335, ANDRÉ LUCAS e HENRI-JACQUES LUCAS, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique...*, *ob. cit.*, pp. 390-445, KAMEN TROLLER, *Précis du Droit Suisse des Biens Immatériels*, 2.ª ed., Helbing & Lichtenhahn, Genève, pp. 283-312, onde o autor analisa, em conjunto, os negócios jurídicos sobre bens imateriais, incluindo, portanto, a propriedade industrial, HENRI DESBOIS, *Le Droit d'Auteur en France*, 10.ª ed., Dalloz, pp. 548-658, LIONEL BENTLEY e BRAD SHERMAN — *Intellectual Property Law*, 3.ª ed., Oxford, 2009, pp. 261 e segs., e DAVID I. BAINBRIDGE, *Intellectual Property*, 7.ª ed., Pearson Education Limited, 2009, pp. 99-112. Para uma análise à lei aplicável aos contratos de direito de autor, *vide*, DÁRIO MOURA VICENTE, “Direito Internacional de Autor”, in *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 469-506, onde o autor examina a aplicação da Convenção de Roma de 1980, sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais, aos contratos de direito de autor, em especial nos contratos de licença, concluindo por considerar que, na falta de escolha das partes, a lei aplicável será a do país do beneficiário da licença, já que é a parte obrigada a fornecer a prestação característica do contrato.

tuem uma das modalidades de disposição do conteúdo patrimonial do direito de autor e um dos negócios de direitos de autor que o CDADC regula, em termos genéricos, no Capítulo V do Título I. O propósito deste capítulo é, portanto, analisar, com finalidades propedêuticas, este quadro geral e daí retirar alguns princípios fundamentais para uma compreensão mais correta e completa das licenças de direito de autor.

II. Comece-se por notar que o direito de autor é uma realidade complexa e particularmente rica para a dogmática jurídica. Evidenciando a riqueza deste direito, o artigo 9.º, n.º 1, sob a epígrafe “Conteúdo do Direito de Autor”, destaca que o “*direito de autor abrange direitos de carácter patrimonial e direitos de natureza pessoal, denominados direitos morais*”. No conteúdo deste direito podem assim identificar-se, pelo menos, duas situações jurídicas complexas, de natureza e características diferentes, uma de carácter pessoal e outra de índole patrimonial⁽²⁵⁾.

No direito pessoal de autor⁽²⁶⁾ está essencialmente em causa a proteção da personalidade do autor e da sua liberdade criativa⁽²⁷⁾.

⁽²⁵⁾ Quanto a esta bipartição, *cf.*, os acórdãos do STJ de 21.04.1988, de 21.05.1998, de 30.06.2008 e de 01.07.2008.

⁽²⁶⁾ A componente pessoal do direito de autor tem um conteúdo particular. Uma análise mais analítica da sua fisionomia permite detectar diversas situações jurídicas ativas. A doutrina tem apontado que o núcleo essencial do direito pessoal de autor pode ser dissecado em vários poderes principais. São eles: o direito ao inédito, o direito à identificação na obra, o direito ao anonimato, o direito ao reconhecimento da paternidade, o direito à integridade da obra, o direito de modificação e o direito de retirada.

⁽²⁷⁾ Neste sentido, ORLANDO DE CARVALHO, que fala numa vertente juspersonalística do direito de autor — “Os Direitos de Personalidade de Autor”, in *Num Novo Mundo do Direito de Autor*, tomo II, Cosmos, Lisboa, 1994, p. 546, ALEXANDRE DIAS PEREIRA, que defende que “*a razão de ser do direito moral é proteger a honra e reputação do autor, enquanto tal (...). À semelhança do direito à imagem previsto no Código Civil (...), o direito moral protege a personalidade do autor (...). Por isso se trata de um direito de personalidade — Direitos de Autor e Liberdade de Informação*, Almedina, Coimbra, 2008, p. 466 e MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed., com a colaboração de António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, 2005, p. 337. Também OLIVEIRA ASCENSÃO parece alinhar neste sentido, apesar de a sua posição ser menos clara, *Direito Civil. Direito de Autor e Direitos Conexos...*, *ob. cit.*, pp. 668-670. CHARLES AUSSY defende expressamente esta posição, considerando que: “*partant de ces principes, on est obligé d’admettre que l’auteur, à côté et indépendamment du droit pécuniaire, doit avoir*

Em termos jusfilosóficos, estamos aqui verdadeiramente na esfera de autodeterminação do indivíduo, o qual, através da sua atividade criatividade, faz projetar na sociedade uma obra própria, que é uma expressão do seu espírito, como ser humano criador. Sendo as obras literárias ou artísticas um contributo pessoal do criador e uma expressão da sua personalidade, o direito moral pretende tutelar esse “laço” pessoal entre a obra e o seu autor⁽²⁸⁾.

Mas para a análise das licenças de direito de autor interessa, sobretudo, atentar no conteúdo patrimonial deste direito⁽²⁹⁾. Ao contrário dos direitos de natureza pessoal, trata-se aqui de um conjunto heterogéneo de situações jurídicas patrimoniais que resultam do ato criativo⁽³⁰⁾ e que não têm um limite preciso definido na lei. Todavia, é pacífico considerar que o núcleo central da componente patrimonial do direito de autor é constituído pelo exclusivo de exploração económica, o qual admite no seu seio várias ramificações que, não raro, em termos técnico-jurídicos, se reconduzem a faculdades ou poderes de utilização dirigidos à exploração económica da obra⁽³¹⁾. Atualmente, é pacífico considerar (sobretudo

sur son oeuvre, avant comme après sa publication, une pleine souveraineté morale qui lui permette, sous le couvert de cette oeuvre, de défendre sa personnalité ou sa renommée — Du Droit Moral de L'Auteur, Imprimerie J. Pigelet, Auxerre, 1911, pp. 12-13. Contra, JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *A Estrutura do Direito de Autor no Ordenamento Jurídico Português*, AAFDL, Lisboa, 1992, pp. 69-74 e ALBERTO DE SÁ E MELLO, *O Direito Pessoal de Autor no Ordenamento Jurídico Português*, Sociedade Portuguesa de Autores, Lisboa, 1989, pp. 145 e segs.

⁽²⁸⁾ Tal como salienta CHARLES AUSSY, “*L’oeuvre ne consiste pas dans un simple agencement de matière dont l’auteur puisse se désintéresser après l’avoir façonnée; c’est un objet représentatif d’idées présentées sous une forme déterminée. Ces idées sont celles de l’auteur, et il existe entre elles et lui un lien, pour ainsi dire, insoluble. Les idées étant un attribut de la personnalité et se confondant avec elle (...)*” — *Du Droit Moral de L’Auteur...*, *ob. cit.*, p. 11.

⁽²⁹⁾ Sobre o tema, *vide*, sem sermos exaustivos, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil. Direito de Autor e Direitos Conexos...*, *ob. cit.*, pp. 197-210, ALEXANDRE DIAS PEREIRA, *Direitos de Autor...*, *ob. cit.*, pp. 489 e segs., LUIZ FRANCISCO REBELLO, *Introdução ao Direito de Autor*, vol. I, Lisboa, SPA, Dom Quixote, 1994, pp. 133-154, CLÁUDIA TRABUCO, *O Direito de Reprodução de Obras Literárias e Artísticas no Ambiente Digital*, Coimbra Editora, 2006, pp. 85 e segs., em especial, pp. 100-108, MENEZES LEITÃO, *Direito de Autor...*, *ob. cit.*, pp. 122 e segs., e NICOLA STOLFI, *Il Diritto di Autore*, *ob. cit.*, pp. 424-510.

⁽³⁰⁾ *Vide*, neste sentido, JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *A Estrutura do Direito de Autor...*, *ob. cit.*, p. 51.

⁽³¹⁾ Sobre esta matéria, *vide*, com indicações sobre jurisdições estrangeiras, ALE-

após a publicação da DHDA) que o âmago do direito exclusivo de exploração económica compreende, fundamentalmente, quatro direitos de utilização distintos sobre a obra: direito de reprodução, direito de distribuição, direito de comunicação da obra ao público e direito de transformação.

XANDRE DIAS PEREIRA, *Direitos de Autor...*, *ob. cit.*, pp. 492 e segs., e CLÁUDIA TRABUCO, *O Direito de Reprodução...*, *ob. cit.*, pp. 105 e segs. Uma das primeiras tentativas de ordenação foi realizada por FERRER CORREIA e ALMENO DE SÁ. Estes autores distinguem dois grandes tipos de direitos de utilização: (i) o direito de reprodução (reportando-se à fixação material da obra que permite a sua comunicação de forma indireta) e (ii) o direito de comunicação (englobando as formas de apresentação direta das obras ao público, como a recitação, execução pública, a representação, a radiodifusão, *etc.*). É uma proposta muito próxima da posição normativa do direito francês — “Direito de Autor e Comunicação Pública de Emissões de Rádio e Televisão”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1994. Esta posição, com algumas nuances, parece ser seguida por LUIZ FRANCISCO REBELLO, *Introdução ao Direito de Autor...*, *ob. cit.*, pp. 201 e segs. Um outro modelo, entre nós seguido por OLIVEIRA ASCENSÃO, distingue no direito de exclusivo as faculdades essenciais e faculdades instrumentais atendendo ao seu conteúdo e finalidades. Nas primeiras procede-se diretamente ao aproveitamento da obra e assim se concretiza o exclusivo de exploração económica; as segundas são meramente instrumentais em relação a esse aproveitamento, constituindo apenas atos preparatórios da exploração económica da obra. Assim, para este autor, seriam faculdades instrumentais a fixação, a reprodução, a transformação, *etc.*, e faculdades essenciais a apresentação da obra ao público (incluindo, por exemplo, a recitação, execução e exibição cinematográfica), a representação de obras fixadas, a comunicação em ambiente diferente e a construção de obra arquitectónica. Esta posição aproxima-se da tipologia utilizada na lei alemã, que distingue entre formas de exploração corpóreas e incorpóreas. Uma consequência importante desta classificação, para este autor, é a circunstância de as faculdades essenciais ou substanciais serem atípicas, podendo incluir novos poderes de exploração desde que se amoldem ao conceito de exploração económica; já as faculdades instrumentais, por não corresponderem a nenhum conceito, são típicas e só se admitem as previstas na lei — *Direito Civil. Direito de Autor e Direitos Conexos...*, *ob. cit.*, pp. 206-208. Esta posição é também seguida por JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *A Estrutura do Direito de Autor...*, *ob. cit.*, p. 57, embora este autor se refira a poderes e não a faculdades para designar a mesma realidade jurídica. Um terceiro modelo, que podemos apelidar de síntese, decorre diretamente da DHDA (Diretiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Maio, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação). Este ato normativo definiu três grandes grupos de direitos autorais de conteúdo económico: o direito de reprodução, o direito de comunicação da obra ao público e o direito de distribuição. Tipicamente, costuma incluir-se ainda nesta tipologia o direito de transformação. De notar que esta é a solução seguida na lei espanhola (*cf.*, artigos 17.º e segs. do *Real Decreto Legislativo 1/1996*, que aprova a Lei da Propriedade Intelectual).

§ 4.º O exclusivo de exploração económica

I. A atribuição do direito de exclusivo ao autor pelo ato de criação decorre, desde logo, do artigo 9.º, n.º 2, onde se estabelece que “*no exercício dos direitos de carácter patrimonial o autor tem o **direito exclusivo** de dispor da sua obra e de fruí-la e utilizá-la, ou autorizar a sua fruição ou utilização por terceiro, total ou parcialmente*”. A mesma ideia é repisada, mais à frente, no artigo 67.º, n.º 1, quando se determina que “*o autor tem o **direito exclusivo** de fruir e utilizar a obra, no todo ou em parte, no que se compreendem, nomeadamente, as faculdades de a divulgar, publicar e explorar economicamente por qualquer forma, direta ou indiretamente, nos limites da lei*” (sublinhados nossos)⁽³²⁾.

A atribuição de um direito de exclusivo justifica-se pelas circunstâncias especiais da criação intelectual. Com efeito, o resultado da criação é, por definição, um bem ou uma coisa incorpórea, insusceptível de apropriação individual⁽³³⁾. A sua particular natureza levaria, na falta de tutela, a que todas as pessoas a pudessem utilizar em seu próprio benefício e sem qualquer autorização do criador. Por conseguinte, de forma a proteger a criação e a atividade do espírito, foi necessário desenhar, a nível legal, um exclusivo de utilização da obra concedido a certo sujeito (tipicamente o criador), proibindo todos os demais de utilizarem ou explorarem o resultado da criação (a obra) sem o consentimento do respectivo titular⁽³⁴⁾. Cria-se,

(32) Tal como referido, a Convenção de Berna acolhe este princípio nos artigos 8.º, 9.º, 11.º, 11.º *bis*, 11.º *ter*, 12.º e 14.º. Em todos se fala no direito exclusivo dos autores de obras literárias e artísticas protegidas pela Convenção de autorizar as diferentes modalidades de utilização dessas obras.

(33) Neste sentido, MARIO ARE, referindo que “*La mancanza di localizzazione nello spazio e l’astrattezza e la circolabilità dell’opera in un indefinito numero di esemplari, implicano, con ho accennato, una possibilità di plurimo integrale godimento, che è invece da escludersi per le cose materiale a causa della loro stessa fisica unicità, e corrispondente una impossibilità di possesso esclusivo e, quindi, di tutela possessoria e di usucapione, una volta che l’opera, attraverso la pubblicazione (implicita nell’utilizzazione economica del bene), sia uscita dalla sfera privata dell’autore per passare alla conoscenza di un determinato numero di soggetti*” — *L’Oggetto del Diritto di Autore*, Dott. A Giuffrè, Milão, 1963, pp. 260-261.

(34) Neste sentido, DÁRIO MOURA VICENTE, *A Tutela Internacional...*, *ob. cit.*, p. 15 e OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil. Direito de Autor e Direitos Conexos...*, *ob. cit.*, pp. 11-12.

assim, um espaço de atuação reservada que advém não da apropriação da coisa imaterial (como ocorre nas coisas físicas), mas sim do cerceamento da liberdade de atuação dos demais sujeitos da sociedade⁽³⁵⁾.

Ao contrário do que sucede nos direitos pessoais, o direito de exclusivo têm como principal objetivo colocar sob o controlo do autor a utilização, aproveitamento ou exploração económica da sua obra. Isto resulta de forma clara do artigo 67.º, n.º 2, quando se refere que “*a garantia das vantagens patrimoniais resultantes dessa exploração constitui, do ponto de vista económico, o objecto fundamental da proteção legal*”⁽³⁶⁾. Como decorre desta norma, o que a lei pretende reservar para o autor não são todas e quaisquer formas de exploração ou utilização da obra, mas apenas aquelas que se traduzem num aproveitamento económico deste bem imaterial⁽³⁷⁾.

Daqui decorrem duas importantes consequências: a *primeira* é a de que todos os atos que atinjam, ou sejam susceptíveis de atingir, a exploração económica da obra (não sendo forçoso existir um intuito lucrativo, bastando existir uma mera aptidão para tal⁽³⁸⁾)

⁽³⁵⁾ OLIVEIRA ASCENSÃO, *idem*, p. 685.

⁽³⁶⁾ Contudo, importa salientar que alguma doutrina entende que os direitos de utilização não representam puros direitos patrimoniais já que conteriam, simultaneamente, aspectos que se inserem no âmbito moral ou pessoal de autor. *Vide*, ALMENO DE SÁ, “Liberdade no Direito de Autor: A Caminho das Condições Gerais do Contrato”, in *Num Novo Mundo do Direito de Autor*, tomo II, Cosmos, Lisboa, 1994, p. 388.

⁽³⁷⁾ JOSÉ ALBERTO VIEIRA refere a este propósito o seguinte: “*a susceptibilidade de exploração económica marca, desta forma, a extensão da proteção legal — de carácter patrimonial — à obra e delimita a fronteira entre o exclusivo do autor, entendido neste contexto como titular do direito de autor, e a liberdade de terceiros, no sentido de todos os outros, no acesso e desfrute intelectual da obra*” — “Download de Obra Protegida pelo Direito de Autor e Uso Privado”, in AAVV, *Direito da Sociedade da Informação*, vol. VIII, Coimbra Editora, 2009, p. 441.

⁽³⁸⁾ Do artigo 108.º, n.º 1, emerge um princípio importante nesta matéria. Aqui se estabelece que “*a utilização da obra por representação depende da autorização do autor; quer a representação se realize em lugar público, quer em lugar privado, com ou sem entradas pagas, com ou sem fim lucrativo*” (sem destaque no original). Tal como defendem FERRER CORREIA e ALMENO DE SÁ, “*é hoje pacífico o princípio de que é devida ao autor uma compensação económica sempre que a obra é utilizada, mesmo que da utilização não resulte qualquer benefício económico. A remuneração é, pois, independente do lucro ou proveito propiciado pelo uso da obra (...). É da essência do direito de utilização*”

necessitam, por força do direito de exclusivo, de autorização do titular do direito, sendo ilícitos em caso contrário; a *segunda*, é de que todos os atos que não envolvam exploração económica da obra estão excluídos do direito de exclusivo⁽³⁹⁾.

II. Em acréscimo à análise ao conteúdo do direito de exclusivo, importa ainda destacar alguns princípios conformadores, que permitem uma melhor caracterização do direito patrimonial de autor⁽⁴⁰⁾. São eles: (i) o princípio da indeterminação, (ii) o princípio da destinação e (iii) o princípio da autonomia.

O *princípio da indeterminação* faz relevar a circunstância de o direito de exploração económica não ser limitado a formas de utilização taxativamente tipificadas. Trata-se de um direito de contornos fluidos e flexíveis. Esta ideia resulta, de forma clara, do artigo 68.º, n.º 1, onde se refere que “*a exploração e, em geral, a utilização da obra podem fazer-se, segundo a sua espécie e natureza, por qualquer dos modos atualmente conhecidos ou que de futuro o venham a ser*” (sublinhado nosso). Também o artigo 68.º, n.º 2, ao

assegurar ao autor o controlo sobre o aproveitamento da obra, sem que importe saber se o utilizador tem ou não em vista a obtenção de lucros” — Direito de Autor e Comunicação Pública..., *ob. cit.*, p. 132.

⁽³⁹⁾ Intervêm aqui considerações de ordem diversa que se destinam a atingir um ponto de equilíbrio entre a tutela exclusiva atribuída ao nível do sistema de Direito de Autor com as necessidades sociais, culturais e colectivas de acesso livre a bens intelectuais. Trata-se aqui da função social do direito de exclusivo, o qual exige a sua compatibilização com o interesse da colectividade. São considerações desta ordem que também justificam que a tutela do Direito de Autor seja transitória. Findo o prazo de protecção (na nossa lei, regra geral, 70 anos após a morte do criador intelectual — artigo 31.º), prevalece o princípio da liberdade. Assim, o direito de autor só se prolonga o tempo suficiente para permitir recompensar o contributo intelectual trazido para a sociedade através da criação. Para uma análise desta problemática e as questões levantadas pelo cerceamento do espaço de liberdade provocado pelo direito de exclusivo, *vide*, OLIVEIRA ASCENSÃO, “Direito Intelectual, Exclusivo e Liberdade”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 61, vol. III, Dezembro 2001, pp. 1195-1217, GOMES CANOTILHO “Liberdade e Exclusivo na Constituição”, in AAVV, *Direito Industrial*, vol. IV, Almedina, 2005, pp. 57-71 e REMÉDIO MARQUES, “Propriedade Intelectual, Exclusivos e Interesse Público”, in AAVV, *Direito Industrial*, vol. IV, Almedina, 2005, pp. 199-235.

⁽⁴⁰⁾ Em termos rigorosos, como se verá mais abaixo, alguns destes princípios, em particular o princípio da destinação, deveriam constar da parte do CDADC que trata dos negócios de Direito de Autor, ou seja, nos artigos 40.º segs.

enumerar as formas de exploração da obra, utiliza uma fórmula abrangente, indicando claramente que se trata de uma listagem meramente indicativa, que não preclui ou afasta outras formas de exploração. O exclusivo de exploração é, por isso, um direito elástico capaz de captar no seu conteúdo todas as formas de aproveitamento económico da obra, ainda que não conhecidas ou utilizadas no momento da criação. Parece-nos ser assim correto afirmar que “*todos os modos, em abstracto, pelos quais seja possível realizar a exploração económica pertencem ao autor*”⁽⁴¹⁾.

Já o *princípio da destinação* coloca em destaque a prerrogativa exclusiva do titular do direito patrimonial em “*escolher livremente os processos e as condições de utilização e exploração da obra*” (artigo 68.º, n.º 3). Transparece desta regra a finalidade do exclusivo em colocar sob o comando do titular do direito o controlo da utilização da sua obra. É a ele que compete definir quais as formas de exploração da sua obra por terceiros, alargando ou restringindo os atos de exploração que se podem exercer sobre a mesma. Assim, por exemplo, uma autorização para a edição de um livro, em suporte físico, só autoriza o editor a fazer a edição dessa obra através do meio autorizado (físico), sendo-lhe vedada, por exemplo, a edição electrónica da mesma obra.

Por fim, o *princípio da autonomia* surge plasmado no artigo 68.º, n.º 4, onde se estabelece que “*as diversas formas de utilização da obra são independentes umas das outras e a adopção de qualquer delas pelo autor ou pessoa habilitada não prejudica a adopção das restantes pelo autor ou terceiros*”. Ora, numa visão congregada dos princípios da destinação e da autonomia, parece claro que o seu objectivo é potenciar a maximização da exploração económica da obra, permitindo, *por um lado*, que o autor determine quais os modos de exploração da obra concedidos a terceiros e, *por outro*, estabelecendo que o exercício de uma das formas de exploração não afecta as demais. Por esta razão, nada impede que o direito de reprodução da obra seja concedido a um editor e o direito de transformação da mesma obra seja concedido a um estúdio de cinema. Todavia,

⁽⁴¹⁾ JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *A Estrutura do Direito de Autor...*, ob. cit., p. 52. No mesmo sentido, NICOLA STOLFI, *Il Diritto di Autore...*, ob. cit., p. 399.

note-se que este princípio é válido quer para formas diferentes de utilização da obra, como também para formas idênticas⁽⁴²⁾.

III. O titular do direito de exclusivo, por exemplo, o criador intelectual, pode, como é evidente, utilizar, explorar e fruir directamente a sua obra. Assim, nada o impede de reproduzir a sua obra literária ou artística, distribuí-la ou comunicá-la ao público. Estaríamos assim perante uma exploração directa da obra. No entanto, importa reconhecer que, na maioria dos casos, não é isso que acontece. Seja por dificuldades financeiras, operacionais, logísticas ou outras, a obra acaba, quase sempre, por ser objecto de atos de exploração praticados por terceiros. Estamos então aí no campo da exploração indirecta, a qual encontra conforto nos artigos 9.º, n.º 2 e 67.º, n.º 1. Mas para que terceiros utilizem licitamente a obra, é necessário que o titular do direito de autor assim o autorize (*cf.* artigo 9.º, n.º 1 *in fine*). Caso não exista autorização, os atos praticados por terceiros serão ilícitos e entramos no campo da violação do direito de autor, podendo tais atos consistir um caso de usurpação (*cf.* artigo 195.º).

Assim, de forma a assegurar ao titular do direito patrimonial os meios suficientes para alcançar a exploração económica que lhe está reservada, o legislador, não só definiu um conteúdo muito abrangente para o direito patrimonial de autor, como consagrou uma ampla (diríamos mesmo amplíssima...) autonomia negocial nesta matéria. De facto, o CDADC prevê um conjunto significativo de negócios com efeitos autorais que permitem a terceiros, de uma forma legal, utilizar e explorar uma obra protegida.

Basta atentar na redação do artigo 40.º para perceber a ampla liberdade de disposição do conteúdo patrimonial do direito de autor. De acordo com este artigo “*o titular originário, bem como os seus sucessores ou transmissários podem: a) autorizar a utilização da obra por terceiro; b) transmitir ou onerar, no todo ou em parte, o conteúdo patrimonial do direito de autor sobre essa*

⁽⁴²⁾ Por exemplo, o autor que concede autorização para uma edição da sua obra, pode sempre contratar a reedição da mesma com outro editor e pode sempre fazê-lo para a edição completa ou conjunta das suas obras). *Cf.*, artigo 103.º, n.º 1.

obra”. Prevêem-se aqui três atos distintos de disposição do conteúdo patrimonial do direito de autor: a transmissão, a oneração e a mera utilização⁽⁴³⁾. Este aspeto marca uma importante diferença do conteúdo patrimonial do direito de autor em relação ao conteúdo pessoal. É que enquanto na componente pessoal há limitações significativas no que toca à liberdade de disposição dos respetivos direitos⁽⁴⁴⁾, nos direitos de exploração económica existe uma ampla liberdade de disposição, podendo os respetivos direitos ser transmitidos, onerados ou licenciados a terceiros⁽⁴⁵⁾.

§ 5.º Aspectos estruturantes do direito contratual de autor

5.1. *A aplicação subsidiária do Código Civil*

Ao considerar o direito contratual de autor, um dos primeiros aspectos que importa chamar à atenção é a sua permeabilidade e aproximação às regras comuns civilísticas. Vale a pena convocar aqui a regra do artigo 1302.º, n.º 2, do CC, que refere que as regras do Código Civil são subsidiariamente aplicáveis à Propriedade

⁽⁴³⁾ A forma como o CDADC surge configurado nesta matéria permite combinar várias hipóteses de negócios dispositivos sobre o conteúdo patrimonial do direito de autor. O objectivo, assim parece, passa pela maximização da exploração económica da obra. Assim, admite-se que o titular do direito patrimonial possa transmitir ou onerar o seu direito, no todo ou apenas em parte, assim como autorizar terceiros a utilizar a sua obra, de forma exclusiva ou não.

⁽⁴⁴⁾ O artigo 56.º, n.º 2, é expresso em que determinar que os direitos morais ou pessoais de autor são inalienáveis, irrenunciáveis e imprescritíveis e o artigo 42.º determina que “*não podem ser objeto de transmissão nem oneração, voluntárias ou forçadas, os poderes concedidos para tutela dos direitos morais (...)*”.

⁽⁴⁵⁾ No direito italiano a situação é idêntica. Tal como destaca VITTORIO M. DE SANCTIS e MARIO FABIANI, “*L’attività contrattuale nel campo del diritto di autore ha a oggetto i diritti di utilizzazione economica delle opere dell’ingegno (...). Nell’attività contrattuale non possono essere presi in considerazione i diritti morali di autore, che costituiscono l’altro aspetto dei diritti che la legge riserva agli autori e che sono posti a difesa della loro personalità. Essi sono indipendenti dai diritti di utilizzazione economica e anche dopo la cessione di questi restano nella disponibilità dell’autore (...). Considerata la loro natura, i diritti morali non sono suscettibili di alienazione e costituiscono, quindi, un limite all’attività contrattuale*” — *I Contratti di Diritto di Autore...*, ob. cit., pp. 7 e 8.

Intelectual, onde se inclui o Direito de Autor, quando “*se harmonizem com a natureza daqueles direitos e não contrariem o regime para eles especialmente estabelecido*”. Desta forma, parece-nos ser pacífico considerar que o regime dos negócios de Direito de Autor deve ser complementado e integrado pela aplicação do Código Civil⁽⁴⁶⁾. Esta conclusão tem, a nosso ver, pelo menos três consequências relevantes.

Primeira, o regime civil comum em matéria de formação, interpretação, execução e eficácia de contratos é plenamente aplicável aos negócios de Direito de Autor⁽⁴⁷⁾ e deve servir para complementar o regime previsto no CDADC. Além disso, são ainda aplicáveis aos negócios de Direito de Autor os princípios comuns de Direito Civil, como a boa-fé na negociação dos contratos (artigo 227.º do CC) e a sujeição ao abuso de direito (artigo 334.º do CC). Como veremos, será importante ter estes aspectos em atenção quando analisarmos as licenças de direito de autor.

Segunda, a análise à disciplina legal das transmissões, onerações ou autorizações de Direito de Autor permite, desde já, considerar que estamos perante tipos contratuais abstractos⁽⁴⁸⁾. Tal como salienta OLIVEIRA ASCENSÃO, referindo-se ao regime dos artigos 40.º e segs., “*estes actos de autorização revestem tipos negociais específicos, segundo o seu objectivo. Esses tipos ou formas podem ser os mais variados. Aqui não encontramos vinculação*

(46) ALEXANDRE DIAS PEREIRA, *Direitos de Autor...*, ob. cit., p. 197. De igual forma, ROMANO MARTÍNEZ, *Os Grandes Tipos de Contratos de Direito de Autor...*, ob. cit., p. 397. Também J.A.L. STERLING destaca o seguinte a este propósito: “*There is first what may be called the general law of contract, applicable in respect of all contracts, whether involving copyright or not. Then there is what might be called copyright contract law, dealing with contractual issues specifically related to the exercise of copyright, related rights and the associated sui generis rights, such as the form and content of contracts concerning assignment and licencing, capacity of parties to deal with future works, publishing contracts and so forth*” — *World Copyright Law*, 2.ª ed., Sweet & Maxwell, Londres, 2003, p. 488.

(47) Neste sentido, FERNAND DE VISSCHER e BENOÎT MICHAUX, *Précis du Droit d’Auteur...*, ob. cit., p. 312 e ANDRÉ LUCAS e HENRI-JACQUES LUCAS, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique...*, ob. cit., p. 394.

(48) Neste sentido, ANTÓNIO MACEDO VITORINO, *A Eficácia dos Contratos de Direito de Autor*, Almedina, 1995, p. 27.

legal ao uso de modelos determinados. Vigora um verdadeiro princípio da atipicidade das formas negociais (...)"⁽⁴⁹⁾.

Na verdade, parece-nos que o que a lei disciplina são efeitos jurídicos (transmissão, oneração e autorização), mas nada aponta sobre quais os negócios concretos que podem estar na origem desses efeitos⁽⁵⁰⁾. Há, portanto, aqui um princípio de atipicidade das formas negociais. Desta forma, nada impede que contratos não tipificados no CDADC, como é o caso dos contratos do Código Civil, produzam efeitos autorais. Assim, é admissível que a transmissão do direito patrimonial de autor se faça através de um contrato de compra e venda ou através de uma doação, consoante, respectivamente, exista ou não um preço.

Aliás, no que toca ao efeito translativo do direito patrimonial de autor, importa notar que a maior parte dos contratos nominados de Direito de Autor regulados no Capítulo III do Título II não é apta a produzir tal efeito, pelo que, necessariamente, se tem de recorrer a outros negócios jurídicos não especialmente regulados no CDADC⁽⁵¹⁾. De facto, os contratos com maior regulação legal, como é o caso da edição, representação e fixação, não têm como efeito — pelo menos na formulação típica prevista na lei — a transmissão do direito patrimonial de autor para um terceiro; limitam-se a autorizar que um terceiro exerça determinados atos de exploração sobre a obra, sem afectar a titularidade do direito.

Terceiro, o CDADC refere determinadas figuras jurídicas cujo entendimento e análise não estarão completas sem uma confrontação com o regime previsto no Código Civil. Um dos melhores exemplos desta conclusão é o que se dispõe a propósito do usufruto no artigo 45.º. À luz do disposto no artigo 1302.º do CC, as regras

⁽⁴⁹⁾ *Direito Civil. Direito de Autor e Direitos Conexos...*, *ob. cit.*, p. 419.

⁽⁵⁰⁾ Neste sentido, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, "Contratos da Propriedade Intelectual. Uma síntese", in *Contratos de Direito de Autor...*, *ob. cit.*, pp. 10, 13 e 14.

⁽⁵¹⁾ ANTÓNIO MACEDO VITORINO salienta, a este propósito, que "*deveremos supor que a lei não prevê tipos concretos de transmissão ou de oneração. Donde se infere necessariamente que só no domínio do princípio da autonomia da vontade é possível celebrar negócios que operem a transmissão ou a oneração do direito de autor*" — *A Eficácia...*, *ob. cit.*, p. 27.

aqui consagradas devem ser integradas e complementadas pelo regime civilístico.

5.2. *A solenidade dos negócios com efeitos autorais*

I. Um aspecto generalizado aos vários contratos de Direito de Autor é o de que se tratam de negócios formais⁽⁵²⁾. Não vale aqui, portanto, a regra do artigo 219.º do CC. Os contratos de direito de autor, quer se tratem de transmissões, onerações ou licenças, devem ser sempre reduzidos a escrito. Esta regra decorre dos artigos 41.º, n.º 2, 43.º, n.º 2, e 44.º, sendo que o grau de exigência vai subindo consoante o ato de disposição em causa: mais leve nas autorizações e mais exigente nas transmissões. Esta regra é depois confirmada, de forma escusada e tautológica, em várias disposições da parte especial, como sejam os artigos 87.º, n.º 1, 109.º, n.º 2, 141.º, n.º 2, 159.º, n.º 2, e 169.º, n.º 2.

Daqui resulta que a solenidade é uma característica que liga os diversos contratos de Direito de Autor, tratando-se, por isso, de um aspecto estruturante desta matéria⁽⁵³⁾.

(52) Tal como ensina MOTA PINTO, “*os negócios formais ou solenes são aqueles para os quais a lei prescreve a necessidade de observância de determinada forma, o acatamento de determinado formalismo ou de determinadas solenidades. Os negócios não solenes (consensuais, tratando-se de contratos) são os que podem ser celebrados por quaisquer meios declarativos aptos a exteriorizar a vontade negocial, porque a lei não impõe uma determinada roupagem exterior para o negócio*” — *Teoria Geral do Direito Civil...*, *ob. cit.*, p. 392. Em rigor, como todos os negócios jurídicos têm uma forma, a classificação verdadeiramente relevante é a que separa os negócios para os quais se exige algum tipo de solenidade na exteriorização da vontade — negócios solenes — daqueles em que a forma da declaração é deixada ao critério do declarante — negócios não solenes. *Vide*, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil — Teoria Geral, Ações e Factos Jurídicos*, vol. II, Coimbra Editora, 2002, p. 49. Quanto às questões de forma nos contratos de Direito de Autor, *vide*, em termos genéricos, MARIA VICTÓRIA ROCHA, “*Questões de Forma nos Contratos de Exploração de Direitos de Autor e Direitos Conexos em Portugal*”, in AAVV, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita*, vol. II, Coimbra Editora, 2009, pp. 769-795.

(53) Neste sentido, ALBERTO DE SÁ E MELLO salienta que “*a lei de autor de Portugal afigura-se inequívoca quanto ao carácter formal dos atos quais pelos quais ocorra toda e qualquer atribuição de direito de autor*” — *Contrato de Direito de Autor. A Autonomia Contratual na Formação do Direito de Autor*, Almedina, 2008, p. 478.

II. Tem sido discutido, contudo, qual a finalidade ou o propósito de tamanha exigência do CDADC. A nosso ver, estão aqui em causa, fundamentalmente, dois objectivos distintos⁽⁵⁴⁾.

Por um lado, é sabido que os negócios formais se explicam, na maior parte dos casos, por necessidades de reflexão e de ponderação das partes envolvidas face às consequências resultantes da sua celebração⁽⁵⁵⁾. Desta forma, a exigência de formalidade do CDADC pode ser vista como um meio de obrigar o titular do direito patrimonial de autor a medir o seu ato, evitando decisões irrefletidas ou precipitadas. Por outro lado, a exigência de um documento escrito pode ter como objectivo assegurar a existência de um comprovativo que demonstre a celebração de um contrato de Direito de Autor⁽⁵⁶⁾. Neste caso, são exigências de prova que podem servir para explicar o eventual radicalismo do legislador nacional.

Não querendo antecipar a nossa análise, mais à frente, a propósito da forma das licenças de direito de autor, verificaremos se se tratam de exigências *ad probandum* ou *ad substantiam*. A nosso ver, a resposta a esta dúvida poderá servir para atenuar os efeitos das exigências legais ou, pelo contrário, servir para agravar o regime previsto no CDADC.

⁽⁵⁴⁾ Tal como salienta MURIEL JOSSELINE-GALL, “*deux finalités différents, parfois contradictoires, son contenus dans la règle de l’écrit — le désir de protection de la partie faible, l’auteur: l’écrit permet de fixer le contenu de la cession, l’auteur signe ainsi le contrat ne connaissance de cause, et les tribunaux ont la possibilité d’apprécier le respect des exigences légales concernant le contrat d’exploitation du droit d’auteur; — la volonté de préserver la sécurité des transactions: l’écrit est le moyen privilégié pour le cessionnaire de faire valoir ses droits lors d’une action en justice (...)*” — *Les Contrats d’Exploitation... ob. cit.*, p. 171.

⁽⁵⁵⁾ Segundo MENEZES CORDEIRO, a exigência de forma negocial pode ser justificada por razões de reflexão, que se relacionam “*com a gravidade que, para os contratantes, possam ter certos negócios que eles celebrem ou venham a celebrar; tais negócios não devem, deste modo, ser produzidos de ânimo ligeiro. A exigência de forma, até porque normalmente conectada com uma certa morosidade, por ela provocada, facultaria essa reflexão*” — *Tratado de Direito Civil Português I, Parte Geral, Tomo I*, 3.^a ed., Almedina, 2009, p. 568.

⁽⁵⁶⁾ Neste sentido, ANTÓNIO MACEDO VITORINO, *A Eficácia...*, *ob. cit.*, pp. 28 e 29.

5.3. *A registabilidade dos atos de disposição*⁽⁵⁷⁾

O direito de autor, como realidade jurídica, nasce na esfera do criador intelectual independentemente de qualquer registo, depósito ou qualquer outra formalidade⁽⁵⁸⁾. É esta a regra geral que decorre dos artigos 12.º e 213.º. O registo é, na maior parte dos casos, uma mera formalidade. O registo só tem efeito constitutivo do direito nos casos previstos no artigo 214.º.

No entanto, importa notar que o artigo 215.º, n.º 1 *a*), determina que os factos que importem a constituição, transmissão, oneração, alienação, modificação ou extinção do direito de autor estão sujeitos a registo⁽⁵⁹⁾. Note-se que nada se refere relativamente às licenças (ou autorizações como veremos). Para além disto, o objecto do registo é o facto em si e não os direitos derivados do contrato de transmissão ou de oneração⁽⁶⁰⁾.

Tal como informa OLIVEIRA ASCENSÃO, apesar da consagração do instituto do registo, é um facto que raramente se recorre a ele⁽⁶¹⁾. A este facto não será alheia a circunstância de o regime legal aplicável ao registo ser o vetusto Decreto n.º 4114, de 17 de Abril de 1918.

5.4. *A irrelevância (relativa) da aquisição do suporte corpóreo da obra*⁽⁶²⁾

Sendo a obra um bem imaterial, ela tipicamente exterioriza-se num suporte corpóreo (*corpus mechanicum*). Não se trata, con-

⁽⁵⁷⁾ Sobre esta matéria, vide, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil. Direito de Autor e Direitos Conexos...*, *ob. cit.*, pp. 397-411 e MENEZES LEITÃO, *Direito de Autor...*, *ob. cit.*, pp. 309-319.

⁽⁵⁸⁾ Neste sentido, *cf.*, os acórdãos do STJ de 07.12.1983 e de 01.07.2008 e da RP de 23.11.2006.

⁽⁵⁹⁾ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA considera que esta exigência legal indicia que o registo da transmissão é requisito de eficácia em relação a terceiros, tal como sucede para a transmissão de direitos de propriedade industrial — *Contratos da Propriedade Intelectual...*, *ob. cit.*, p. 16.

⁽⁶⁰⁾ Vide, ANTÓNIO MACEDO VITORINO, *A Eficácia...*, *ob. cit.*, p. 29.

⁽⁶¹⁾ *Direito Civil. Direito de Autor e Direitos Conexos...*, *ob. cit.*, p. 407.

⁽⁶²⁾ Sobre o tema, consultar, numa perspectiva histórica, NICOLA STOLFI, *Il Diritto*

tudo, de um requisito de existência da obra⁽⁶³⁾. Assim, uma obra literária ou artística é, por via da regra, fixada num determinado suporte e depois reproduzida, tendo em vista a sua distribuição ao público⁽⁶⁴⁾. Ora, os negócios jurídicos sobre o suporte material da obra em nada atingem a própria obra em si. Esta permanece na esfera do titular, ainda que o seu suporte material seja da propriedade de um terceiro. Este aspecto é mais uma manifestação da especialidade e riqueza do Direito de Autor, que admite que sobre um suporte mecânico, que incorpora uma obra, incidam direitos, reais ou obrigacionais, que em nada conflituam com o feixe de direitos que atinge a obra em si.

Nos termos do CDADC, esta regra geral resulta de forma clara do artigo 10.º, n.º 1, onde se determina que “*o direito de autor sobre a obra como coisa incorpórea é independente do direito de propriedade sobre as coisas materiais que sirvam de suporte à sua fixação ou comunicação*”, acrescentando o n.º 2 do mesmo artigo que “*o fabricante e o adquirente dos suportes referidos no número anterior não gozam de quaisquer poderes compreendidos no direito de autor*”⁽⁶⁵⁾. Como decorrência desta regra, o artigo 141.º, n.º 4, a propósito do contrato de fixação fonográfica e videográfica, explícita que “*a compra de um fonograma ou videograma não atribui ao comprador o direito de os utilizar para quaisquer fins de execução ou transmissão públicas, reprodução, revenda ou alugar com fins comerciais*”. Trata-se aqui de atos compreendidos no núcleo do direito de autor, pelo que só ao respectivo titular pertencem.

di Autore..., *ob. cit.*, Parte II, pp. 582-597, e também OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil. Direito de Autor e Direitos Conexos...*, *ob. cit.*, pp. 392 e segs.

⁽⁶³⁾ Pense-se nos casos das obras literárias que são exteriorizadas oralmente num determinado evento. Sendo obra, é objecto de proteção pelo Direito de Autor, mesmo não estando corporizada num determinado suporte.

⁽⁶⁴⁾ A obra literária pode manifestar-se através de um documento escrito e a obra artística pode constar de um suporte físico, como a tela de um quadro, um CD, um DVD, etc.

⁽⁶⁵⁾ Há, contudo, em termos rigorosos, duas importantes exceções a esta regra, nos artigos 157.º, n.º 2, e 166.º.

5.5. *Princípios fundamentais de interpretação contratual*

I. Para além dos princípios gerais de interpretação que possam resultar da aplicação do regime civilístico, a autonomia própria do Direito de Autor tem levado alguma doutrina⁽⁶⁶⁾ a sustentar a existência de princípios específicos de interpretação contratual.

II. Um dos exemplos, e talvez o mais importante, é o chamado *princípio da funcionalidade*⁽⁶⁷⁾. Este princípio traduz a ideia de que os contratos de direito de autor devem ser interpretados de acordo com uma perspectiva finalística, que deve iluminar toda a determinação do conteúdo contratual⁽⁶⁸⁾.

Na verdade, não raro acontece que ao celebrarem um negócio de Direito de Autor as partes definam a finalidade do negócio mas não cuidem em concretizar, pelo menos de forma detalhada, quais os meios para atingir essa finalidade, ou seja, numa linguagem mais

(66) *Vide*, em termos gerais, MURIEL JOSSELINE-GALL, *Les Contrats d'Exploitation...*, *ob. cit.*, pp. 206 e segs. O autor refere a este propósito que “*en définitive, seuls les pays de tradition romano-germanique ont édicté des règles d'interprétation spécifiques aux contrats d'exploitation du droit d'auteur. Ces règles traduisent leur volonté de protection de l'auteur en limitant au minimum indispensable la portée de la cession de droit consentie*” (p. 208) e ANDRÉ LUCAS e HENRI-JACQUES LUCAS, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique...*, *ob. cit.*, pp. 416 e segs.

(67) Também chamado, por alguns autores, como princípio da especialidade. *Vide*, MURIEL JOSSELINE-GALL, *Les Contrats d'Exploitation...*, *ob. cit.*, pp. 210 e segs. Este princípio assume na Alemanha uma dimensão particularmente relevante na interpretação dos contratos decorrente da máxima *in dubio pro autore*. A este princípio foi dado o nome de “teoria do fim da cessão” (*Zweckübertragungstheorie*), significando que, em caso de dúvida, se considera que o autor não concedeu mais direitos do que os necessários para a prossecução do fim do contrato. Entre nós, na sua obra A ‘Licença’ no Direito Intelectual..., *ob. cit.*, pp. 108 e 109, OLIVEIRA ASCENSÃO nega autonomia a este princípio, concluindo que todo o negócio deve ser interpretado à luz do seu fim e o contrato interpreta-se à luz das finalidades que se possam apurar como comuns às partes. Diz o autor que esta é uma regra de bom senso e de teoria geral, que não precisa de ser consagrada nas leis do Direito Intelectual para ter aplicabilidade.

(68) O artigo 11.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 252/94, de 20 de Outubro, relativo à proteção jurídica dos programas de computador, consagra textualmente o princípio da funcionalidade, ao referir que as estipulações contratuais das partes, nos contratos informáticos, devem ser sempre entendidas de acordo com o âmbito justificado pelas finalidades do contrato.

técnica, quais os poderes de exploração da obra que são concedidos para atingir o desiderato desejado com a celebração do negócio.

Este problema surge porque, por um lado, as diversas formas de exploração da obra são independentes umas das outras (artigo 68.º, n.º 4) e, por outro, os artigos 40.º e segs., exigem que do contrato constem obrigatoriamente os modos de utilização da obra autorizados a terceiros. Ora, como é perfeitamente compreensível, pode dar-se o caso de as partes não cuidarem em detalhar os modos de exploração da obra, com isso prejudicando a execução do negócio e a finalidade que tiveram em vista ao celebrá-lo⁽⁶⁹⁾. Por conseguinte, o CDADC reconheceu a necessidade de, em diversos casos, estender o conteúdo dos negócios celebrados, de forma a ir ao encontro da vontade das partes e garantir que o objectivo económico do contrato seria cumprido⁽⁷⁰⁾. Como bem se percebe, este princípio é especialmente relevante no caso de meras autorizações, já que na transmissão, como se verá mais abaixo, todo o direito

⁽⁶⁹⁾ OLIVEIRA ASCENSÃO dá o seguinte exemplo nesta matéria, “*nenhum sentido teria normalmente uma autorização para reproduzir se depois dessa reprodução o utente [beneficiário] ficasse nas mãos do autor, a quem tivesse de solicitar uma nova autorização, para o efeito de distribuir e vender os exemplares reproduzidos*” — *Direito Civil. Direito de Autor e Direitos Conexos...*, *ob. cit.*, p. 392 e segs. De facto, à partida, a autorização concedida para a fixação de uma obra deve abarcar a autorização para a reprodução e distribuição da obra, de forma a garantir o objectivo económico tido em vista pelas partes com a celebração do contrato.

⁽⁷⁰⁾ A título de exemplo, notem-se os artigos 127.º, n.º 2, a propósito do contrato de produção cinematográfica, e 141.º, n.º 2, relacionado com o contrato de fixação. No *primeiro caso*, o legislador estabeleceu que, salvo estipulação em contrário, a autorização para a produção cinematográfica (tipicamente está aqui envolvido o direito de transformação) implica a autorização para a distribuição e exibição do filme, bem como a sua exploração económica por este meio. Ou seja, a mera autorização para a transformação da obra (por exemplo, obra literária para obra cinematográfica) abrange a autorização para a distribuição e comunicação da obra derivada ao público. Este é um exemplo acabado da vontade do legislador em garantir que o conteúdo do negócio celebrado permite cumprir a sua finalidade, indo, assim, ao encontro da vontade tendencial das partes. No *segundo caso*, o legislador determinou que a autorização para a fixação da obra autoriza o beneficiário (o utente) a reproduzir e vender os exemplares produzidos. Aqui já nem sequer se permite, pelo menos em termos literais, estipulação em contrário. Isto dá a entender que independentemente da vontade das partes, o conteúdo do contrato será estendido *ope legis* de forma a cumprir o seu objectivo económico. Caso exista estipulação contratual em sentido contrário (admitindo que seria válida), já não estaremos perante um contrato típico de fixação, mas sim perante um negócio atípico.

patrimonial de autor passa para o transmissário, pelo que não será necessário “corrigir” a vontade das partes através do recurso ao princípio da funcionalidade.

Assim, podemos concluir que, em regra e salvo cláusula em contrário, a autorização ou a oneração do direito patrimonial do direito de autor abrangerá todas as faculdades ou poderes imanentes dessa situação jurídica complexa que forem essenciais para retirar do negócio a utilidade a que o mesmo se destina, ainda que não expressamente mencionadas no documento contratual⁽⁷¹⁾. Esta é uma das manifestações do princípio da funcionalidade.

Mas o princípio da funcionalidade tem outra vertente igualmente relevante. É que sendo a finalidade visada o que deve comandar a interpretação do conteúdo dos contratos, daqui retira-se que, na dúvida, não se consideram abrangidos pelo negócio faculdades ou poderes que não sejam necessários para atingir a referida finalidade⁽⁷²⁾. Trata-se aqui de um mecanismo de defesa

(71) Neste sentido, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil. Direito de Autor e Direitos Conexos...*, *ob. cit.*, p. 433 e ANTÓNIO MACEDO VITORINO, *A Eficácia...*, *ob. cit.*, p. 60, salientando estes autores que a finalidade sobrepõe-se à literalidade das palavras usadas. O limite, claro está, é quando existe uma vontade expressa das partes em afastar determinado ato, caso em que a estipulação das partes deve prevalecer. Para uma perspectiva de direito inglês, mas em termos semelhantes ao exposto, *vide*, LIONEL BENTLEY e BRAD SHERMAN, *Intellectual Property Law...* *ob. cit.*, p. 268. Estes autores salientam o seguinte: “Where courts are implying terms for particular cases, they look at the existing express terms and the surrounding context. It has been said that for a term to be implied it must be reasonable and equitable, necessary to give business efficacy to the contract, obvious that it ‘goes without saying’, capable of clear expression, and must not contradict any express term of the contract”. Também VITTORIO M. DE SANCTIS e MARIO FABIANI destacam este princípio, *I Contratti di Diritto di Autore...*, *ob. cit.*, p. 14.

(72) A propósito desta matéria, HENRI DESBOIS salienta o seguinte: “une cession ne comporte que les moyens nécessaires pour assurer l’exploitation normale du droit cédé. C’est pourquoi l’éditeur, qui a acquis le droit de reproduction, n’est pas investi, à défaut d’une stipulation exempte d’équivoque, du droit de représentation, et, réciproquement, l’entrepreneur de spectacle ne peut s’improviser éditeur” — *Le Droit d’Auteur...*, *ob. cit.*, pp. 582 e 583. Este princípio parece ter alguma ressonância nos EUA. A este propósito, PAUL GOLDSTEIN refere que “some, but not all, state and federal courts construing copyright contracts will place a thumb on the scale in favour of authors by applying a presumption that interests not expressly conveyed are impliedly reserved to the author”. Mais à frente, o mesmo autor destaca que “drawing on the principle that the Copyright Act aims to protect authors in their contract dealings the court fashioned a countervailing federal law presumption favouring copyright owners, so that copyright licenses are assumed to

do autor. Tal como salienta OLIVEIRA ASCENSÃO: “os contratos de utilização, quando são celebrados com entidades empresariais por um autor isolado, tendem a descrever com grande amplitude os poderes que concedem. É difícil para o autor modificar uma por uma as disposições no sentido de evitar dúvidas. Mas tem a defesa da racionalidade: só se podem considerar atribuídas aquelas faculdades que se ligam àquele fim. São excluídas outras formas de utilização da obra, ainda que na progressão da utilização realizada, mas que não estejam implicadas naquela finalidade”⁽⁷³⁾.

O campo de aplicação do princípio da funcionalidade é, como se viu, nas situações em que suscitam dúvidas ou existem omissões no que toca à vontade expressa das partes. Por conseguinte, para compreender o verdadeiro conteúdo dos negócios autorais, haverá que atender igualmente ao disposto nos artigos 236.º a 239.º do CC, na medida em que se compatibilizem com a natureza do direito de autor (artigo 1303.º, n.º 2, do CC).

Um outro princípio interpretativo referido pela doutrina a propósito do direito contratual de autor, embora menos consensual do que o anterior, é o chamado *princípio da interpretação restritiva*⁽⁷⁴⁾. Quanto a este ponto, importa, em primeiro lugar, salientar a proximidade deste princípio ao princípio da funcionalidade, principalmente na vertente de proteção do autor. A proximidade é de tal ordem que quase se poderia dizer que este princípio consome o princípio da interpretação restritiva. Temos, contudo, um entendimento diferente.

prohibit any use not authorized” — “Paternalism and Autonomy in Copyright Contracts”, in *Intellectual Property in the New Millennium. Essays in Honor of William R. Cornish*, Cambridge University Press, 2004, pp. 262 e 264.

⁽⁷³⁾ *Direito Civil. Direito de Autor...*, *ob. cit.*, p. 433 e 434.

⁽⁷⁴⁾ Sobre este ponto, *vide*, em especial, FERNAND DE VISSCHER e BENOÎT MICHAUX, *Précis du Droit d'Auteur...*, *ob. cit.* pp. 316-318, onde os autores defendem este princípio. Também HENRI DESBOIS, que tem uma leitura muito ampla deste princípio, em certos casos englobando o próprio princípio da funcionalidade — *Le Droit d'Auteur...*, *ob. cit.*, pp. 582 e segs. ISABEL ESPIN ALBA defende igualmente este princípio — *Contrato de Edición Literaria...*, *ob. cit.*, p. 120. Entre nós, MARIA VICTÓRIA ROCHA parece defender um princípio de interpretação restritiva, favorável ao autor (*in dubio pro autore*) — *Questões de Forma nos Contratos de Exploração...*, *ob. cit.*, pp. 774 e 775.

Já acima se explicou que o conteúdo patrimonial de autor beneficia de um princípio de indeterminação (artigo 68.º, n.º 2), significando que todas as formas de exploração económica da obra, atualmente conhecidas ou futuramente inventadas, pertencem ao titular do direito patrimonial de autor. Este princípio é um reflexo da elasticidade do direito de exclusivo, cujo conteúdo irá variar consoante a evolução da sociedade e o desenvolvimento de novas formas de exploração.

Ora, entendemos que o princípio da interpretação restritiva tem a virtualidade de manter na esfera de disposição do autor aqueles modos de exploração que — embora possam servir para cumprir a finalidade económica do contrato — não eram conhecidos à data da celebração do mesmo⁽⁷⁵⁾. Este princípio impede que, com base no princípio da funcionalidade, o beneficiário de uma autorização se possa vir a arrogar o direito de explorar a obra através de um meio que não era conhecido à data da celebração⁽⁷⁶⁾. Veremos melhor este aspecto ao considerar o objecto e conteúdo das licenças de direito de autor.

Assim, em caso de dúvida quanto à vontade das partes, por força do princípio da interpretação restritiva, tendemos a considerar que a dúvida se deve resolver a favor do autor, tipicamente a parte contratualmente mais fraca⁽⁷⁷⁾. Este princípio, a nosso ver, permite ainda temperar algum excesso que poderia resultar de uma aplicação mais estrita do princípio da funcionalidade, a qual poderia não ter em conta os devidos interesses do autor.

⁽⁷⁵⁾ Neste sentido, ao que tudo indica, HENRI DESBOIS, *Le Droit d'Auteur...*, *ob. cit.*, p. 580.

⁽⁷⁶⁾ No mesmo sentido, ANDRÉ LUCAS e HENRI-JACQUES LUCAS, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique...*, *ob. cit.*, p. 418.

⁽⁷⁷⁾ Convém aqui recordar que o Direito de Autor, com as vestes atualmente conhecidas, apareceu, precisamente, como forma de defesa da criação intelectual, pelo que o princípio da interpretação restritiva não é mais do que a transformação em princípio do substrato histórico-filosófico presente na génese do Direito de Autor. Neste sentido, MURIEL JOSSELINE-GALL, referindo que “*l'une des préoccupations essentielles de la propriété littéraire et artistique dans le système romano-germanique est la protection de l'auteur en tant que partie faible au contrat. Les règles d'interprétation du contrat d'exploitation du droit d'auteur participent à la réalisation de ce dessein en restreignant le plus possible la portée du droit concédé (principe d'interprétation stricte)*”— *Les Contrats d'Exploitation...*, *ob. cit.*, p. 211.

§ 6. Propedêutica dos actos de disposição do conteúdo patrimonial do direito de autor

Tal como se referiu, o artigo 40.º define três tipos negociais abstractos (transmissão, oneração e autorização) que potenciam a chamada exploração indireta da obra, ou seja, através de outro sujeito que não o titular do direito patrimonial de autor. Advirta-se, desde já, que cada uma das modalidades ali previstas levanta diversos problemas que, porventura, mereceriam um tratamento autónomo. Estando a nossa investigação centrada nas licenças ou, como veremos de seguida, nas autorizações, o propósito deste capítulo é fazer apenas uma referência sumária e introdutória aos três tipos de atos de disposição do conteúdo patrimonial de autor previstos no CDADC.

6.1. *Transmissão*

I. No que toca à transmissão, o CDADC prevê no artigo 40.º, *b*), a transmissão total ou parcial do direito patrimonial de autor, sujeitando-as a regimes diferentes. No caso da transmissão parcial vale o disposto no artigo 43.º. Já no caso de transmissão total aplica-se o disposto no artigo 44.º.

Numa primeira abordagem, poder-se-ia entender que, no caso da transmissão total, seria o próprio direito exclusivo de exploração económica da obra (como direito subjetivo), incorporando todas as faculdades ou poderes em que este se desdobra, que passaria para a esfera do transmissário. Já no caso de transmissão parcial, apenas as faculdades de exploração ou os modos de utilização indicados no título se transmitiriam (*cf.* artigo 43.º, n.º 1).

À partida, esta distinção parece ter algum sentido: de facto, o titular do direito de exclusivo poderia transmitir globalmente o seu direito, perdendo o exclusivo de exploração económica da obra e ficando apenas (eventualmente) com os direitos morais sobre a mesma. Neste caso, o transmissário assumiria a posição do autor na exploração da obra, nos termos previstos nos artigos 67.º e 68.º. O titular do direito de exclusivo poderia, ainda, transmitir apenas

uma das diversas faculdades de exploração da obra, por exemplo, a reprodução, mantendo, contudo, o exclusivo relativamente às restantes faculdades (ex: a comunicação ao público e a representação). Neste caso, o direito de exclusivo ficaria amputado (ou quantitativamente diminuído) de uma das suas características principais. Há autores que admitem plenamente este último cenário⁽⁷⁸⁾.

No entanto, a nosso ver, esta hipótese não é de admitir.

A possibilidade de transmissão parcial do direito de autor parte da ideia de que o direito de autor é um mero somatório de faculdades de que o titular se poderia desfazer, sucessivamente, ao longo da vida do direito. Mas não é assim. Tal como ensina OLIVEIRA ASCENSÃO, esta “teoria do desmembramento” tem origens e justificações históricas de aproximação do direito de autor ao direito de propriedade numa altura em que se concebia a constituição de direitos reais menores (como o usufruto), como um desmembramento da propriedade e não como uma oneração⁽⁷⁹⁾.

Todavia, a doutrina do desmembramento do direito de propriedade foi sendo paulatinamente abandonada. Hoje em dia, a constituição de direitos reais menores é vista como a constituição

(78) É o caso expresso de LUIZ FRANCISCO REBELLO, *Introdução ao Direito de Autor...*, *ob. cit.*, pp. 138 e segs., e, assim parece, de ALEXANDRE DIAS PEREIRA — *Direitos de Autor...*, *ob. cit.*, p. 196. É de notar que a possibilidade de ceder ou transmitir apenas parte do direito patrimonial de autor parece ser admitida em algumas jurisdições. É o caso do sistema britânico. *Vide*, J.A.L. STERLING, *World Copyright Law...*, *ob. cit.*, p. 486, DAVID I. BAINBRIDGE, *Intellectual Property...*, *ob. cit.*, p. 101 e LIONEL BENTLEY e BRAD SHERMAN — *Intellectual Property Law...*, *ob. cit.*, p. 262. Estes últimos autores referem, a este propósito, o seguinte: “*In contrast with other types of property, where the tendency is to simplify transfers by limiting the ways in which the rights can be divided up, copyright law takes a liberal view of what may be assigned. In particular, copyright allows partial assignments by reference to ‘times, territories and classes of conduct’*”. Também para o direito italiano, VITTORIO M. DE SANCTIS e MARIO FABIANI salientam que “*l'autore può trasferire a terza una o più delle facoltà che la legge gli attribuisce nei limiti previsti dalla legge stessa e che il terzo, se a ciò autorizzato, potrà a sua volta trasferire ad altri soltanto i diritti i modi di utilizzazione che gli derivano dalla precedente trasmissione. Questo principio dell'indipendenza delle varie facoltà di autore è applicato dalla legge con norme specifiche relativamente al trasferimento a terzi delle stesse facoltà nei vari campi*” — *I Contratti di Diritto di Autore...*, *ob. cit.*, p. 13.

(79) Sobre este tema em Direito Reais, *vide*, por todos, JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Direitos Reais*, Coimbra Editora, 2008, pp. 99 e segs., aderindo o autor expressamente à “teoria da oneração”.

de um direito real menor *ex novo* na esfera do beneficiário. Não há, assim, nenhuma transmissão, mas sim a constituição de um direito novo. Neste sentido, OLIVEIRA ASCENSÃO conclui por considerar que “*não há uma verdadeira fragmentação do direito de autor, porque este conserva sempre a elasticidade em relação ao direito derivado. Nomeadamente, se esse direito derivado se extinguir não cai no domínio público, porque a lei não prevê nunca um ingresso parcial do conteúdo do direito no domínio público, antes este é reabsorvido pelo direito-base. Esta situação é corretamente designada como a de oneração do direito-base pelo direito derivado. O ato é sempre constitutivo de uma oneração do direito-fonte*”⁽⁸⁰⁾.

Concordamos com esta orientação, já que nos parece a mais rigorosa do ponto de vista técnico-jurídico. Por conseguinte, a nosso ver, as transmissões parciais correspondem, na verdade, a onerações do direito de autor⁽⁸¹⁾, devendo seguir o regime para estas definidas no CDADC.

Já a transmissão total ocorre quando a totalidade do conteúdo patrimonial do direito de autor (ou o que não estiver excluído por lei) se transfere para a esfera jurídica do transmissário, ficando este investido na posição de titular do direito patrimonial de autor nos termos legais⁽⁸²⁾. Nesta situação, o criador intelectual fica amputado, para sempre, deste direito, deixando, à partida, de poder exercer atos de exploração económica sobre a obra. De referir que o direito transmitido mantém-se igual nas duas esferas jurídicas, mantendo a mesma natureza que tinha aquando da transmissão⁽⁸³⁾. Desta forma, a transmissão total tem um efeito meramente translativo e não constitutivo⁽⁸⁴⁾.

⁽⁸⁰⁾ *Direito Civil. Direito de Autor e Direitos Conexos...*, *ob. cit.*, pp. 381-383. *Vide*, ainda, do mesmo autor, a obra A ‘Licença’ no Direito Intelectual..., *ob. cit.*, pp. 102 e 103.

⁽⁸¹⁾ No mesmo sentido, MARIA VICTÓRIA ROCHA, *Questões de Forma nos Contratos de Exploração...*, *ob. cit.*, p. 780 e ANTÓNIO MACEDO VITORINO, *A Eficácia...*, *ob. cit.*, pp. 29 e segs.

⁽⁸²⁾ Recorde-se que o artigo 27.º, n.º 3, é claro em considerar que a referência legal ao autor abrange o transmissário dos direitos.

⁽⁸³⁾ Quaisquer modos de exploração da obra que venham a ser inventados depois do facto transmissivo já pertencem ao transmissário e não ao transmitente.

⁽⁸⁴⁾ Tal como afirma HENRI DESBOIS, “*dans le patrimoine du cessionnaire, le droit de reproduction, de représentation ou d’adaptation conservera les mêmes caractères*”

II. Para além de transmissões parciais e totais é ainda possível distinguir entre transmissões definitivas e temporárias⁽⁸⁵⁾. A distinção, apesar de não reflectida no artigo 40.º, *b*), surge referida especificamente no artigo 44.º, no artigo 43.º, n.º 4, e também, se bem que noutro contexto, no artigo 88.º, n.º 1.

O caso das transmissões temporárias parece-nos ser de aceitar à luz dos princípios gerais que emanam do Código Civil, nomeadamente do artigo 409.º e do artigo 1307.º, n.º 2⁽⁸⁶⁾, referentes ao direito de propriedade, mas de onde se extraem princípios importantes nesta matéria. A transmissão temporária do direito de exclusivo levanta problemas delicados que não cabe aqui aprofundar⁽⁸⁷⁾ já que o objectivo é apenas uma aproximação aos atos de disposição do conteúdo patrimonial do direito de autor.

III. Quanto ao regime aplicável, o artigo 44.º só prevê a situação da transmissão total e definitiva, aí se estipulando que “*a transmissão total e definitiva do conteúdo patrimonial do direito de autor só pode ser efectuada por escritura pública com identificação da obra e indicação do preço respectivo, sob pena de nulidade*”. Dado que a transmissão total é a mais gravosa do ponto de vista de defesa do criador intelectual (admitindo que este é o titular do direito patrimonial) — implicando uma perda definitiva do

qu'avant la cession. Is sera exclusif, absolu, discrétionnaire. Comme son cocontractant, le cessionnaire aura toute latitude pour exploiter le droit qu'il a acquis (...)” — *Le Droit d'Auteur...*, *ob. cit.*, p. 585. No mesmo sentido, ANTÓNIO MACEDO VITORINO, *A Eficácia...*, *ob. cit.*, pp. 78 e 79.

⁽⁸⁵⁾ À luz do texto legal, a verdade é que parece ser admissível uma junção de várias modalidades de transmissão. Assim, poder-se-iam admitir as hipóteses de: (i) transmissão total e definitiva; (ii) transmissão total e temporária; (iii) transmissão parcial e definitiva e (iv) transmissão parcial e temporária. Sobre estas situações cruzadas, *vide*, LUIZ FRANCISCO REBELLO, *Introdução ao Direito de Autor...*, *ob. cit.*, pp. 138 e 139.

⁽⁸⁶⁾ Contra a possibilidade de transmissão temporária do direito de autor, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos da Propriedade Intelectual...*, *ob. cit.*, p. 14. Entende este autor que as referências legais do artigo 43.º, n.º 4, do CDADC à transmissão transitória devem ser entendidas, consoante o contexto, como onerações ou licenças.

⁽⁸⁷⁾ Por exemplo, tendo a transmissão temporária total um prazo definido (na falta de estipulação é de 25 anos — artigo 43.º, n.º 4), o que é que acontece ao direito findo o prazo? Cai no domínio público ou volta para a esfera do transmitente até ao final do prazo de duração legal?

direito de exploração da obra — pode entender-se a preocupação do legislador. As exigências legais não são, contudo, muito protetoras do autor. Exige-se apenas a identificação da obra em causa⁽⁸⁸⁾ e o preço acordado. Quanto à exigência de escritura pública, pode legitimamente questionar-se, face às reformas do Código do Notariado, introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 116/2008, de 4 de Julho — que praticamente veio equiparar os documentos particulares autenticados às escrituras públicas para a maioria dos atos relativos a direitos reais (*cf.* artigo 33.º) — em que medida é que a regra do artigo 44.º continua a fazer sentido. É, todavia, uma matéria que não abordaremos aqui.

De todo o modo, relativamente ao que se dispõe no CDADC, importa notar, em termos lapidares, que se trata de uma regulação deficiente do fenómeno da transmissão do direito patrimonial de autor, que deixa muitas brechas num regime jurídico que deveria ser uno.

Em primeiro lugar, notamos que o artigo 44.º só regula a transmissão total e definitiva, o que significa que as transmissões totais, mas temporárias, admitidas genericamente pela nossa lei, podem não estar sujeitas a este regime, ou seja, à exigência de escritura pública⁽⁸⁹⁾. *Em segundo lugar*, o facto de o artigo 44.º

⁽⁸⁸⁾ A exigência de identificação da obra, coadjuvada pela regra do artigo 48.º — que se refere à disposição antecipada do direito de autor — tem levado alguma doutrina a considerar que não se podem alienar indiscriminadamente todas as obras futuras e que o artigo 44.º não se aplica a disposições sobre obras futuras, já que exigiria sempre a identificação da obra. Neste sentido, OLIVEIRA ASCENSÃO — *Direito Civil. Direito de Autor e Direitos Conexos...*, *ob. cit.*, p. 379.

⁽⁸⁹⁾ *Vide*, neste sentido, OLIVEIRA ASCENSÃO — *Direito Civil. Direito de Autor e Direitos Conexos...*, *ob. cit.*, pp. 381-383. Contra, LUIZ FRANCISCO REBELLO, *Introdução ao Direito de Autor...*, *ob. cit.*, p. 138 e MARIA VICTÓRIA ROCHA, *Questões de Forma nos Contratos de Exploração...*, *ob. cit.*, p. 790. Da nossa parte, tendemos a concordar com estes últimos autores. Consideramos que existem razões suficientes para estender o regime mais gravoso, do ponto de vista de forma, aos casos de transmissão gratuita. De facto, teria pouco sentido que fosse necessária a escritura pública no caso em que o autor recebe uma contrapartida económica pela transmissão do seu direito, mas já não no caso em que essa transmissão é feita de forma gratuita. Como bem se percebe, as razões que subjazem à necessidade de proteção do autor, quando este transmite o seu direito de forma onerosa, são igualmente relevantes (ou talvez até mais) nos casos em que o autor transmite o seu direito de forma gratuita.

exigir a indicação do preço não significa que não possam existir contratos gratuitos que operem a transmissão de uma obra. Já vimos que vigora no Direito Contratual de Autor um princípio de atipicidade das formas negociais, pelo que é plenamente admissível transmitir o direito de exploração económica da obra através de uma doação. O grave desta conclusão é que, assim parece, o CDADC não regula as transmissões gratuitas.

Qualquer uma das situações anteriores surge agravada pela eventual limitação de aplicação analógica, já que as exigências de forma, à luz do artigo 219.º do CC, são consideradas excepcionais e o artigo 11.º do CC expressamente refere que as normas excepcionais não comportam aplicação analógica⁽⁹⁰⁾.

6.2. Oneração

I. Para além da transmissão, o artigo 40.º *b)*, refere que o titular do direito patrimonial de autor pode também onerar, total ou parcialmente, o conteúdo do direito patrimonial de autor. A oneração tem sempre como objecto o direito patrimonial de autor como um todo ou apenas algumas das suas faculdades (*cf.* artigo 43.º, n.º 1). Já acima referimos que, no nosso entender, a transmissão parcial será, na realidade, um caso de oneração e não de transmissão.

À luz do que dispõem os artigos 40.º *b)* e 43.º, n.º 4, seria possível conceber várias hipóteses de oneração: *(i)* oneração total e transitória; *(ii)* oneração total e definitiva; *(iii)* oneração parcial e transitória e *(iv)* oneração total e definitiva. No entanto, basta atentar nos artigos 40.º e segs. para perceber que, apesar das hipóteses admitidas pela formulação utilizada na nossa lei, o regime previsto só é aplicável, pelo menos de uma forma direta, às onerações parciais (*cf.* artigo 43.º). Este aspecto demonstra, mais uma vez, a regulação deficitária do CDADC nesta matéria.

⁽⁹⁰⁾ Sobre o tema, *vide*, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil. Direito de Autor e Direitos Conexos...*, *ob. cit.*, p. 379.

II. Quanto ao regime da oneração parcial, em termos formais, exige-se que o contrato seja elaborado por escrito, com reconhecimento notarial das assinaturas. Deve aqui distinguir-se a forma exigida (documento escrito) das formalidades (reconhecimento notarial das assinaturas)⁽⁹¹⁾.

Quanto ao reconhecimento notarial, é de referir que esta exigência já não faz qualquer sentido uma vez que no Código do Notariado foram abolidos os reconhecimentos notariais de letra e assinatura, ou só de assinatura. É suficiente a indicação, feita pelo signatário, de elementos pertinentes de identificação pessoal. Além do mais, atualmente, tanto os advogados como os solicitadores podem fazer reconhecimentos com menções especiais ou por semelhança. Assim, a exigência de reconhecimento notarial das assinaturas já não é um requisito aplicável ou, pelo menos relevante, neste domínio. De qualquer forma, sempre se entendeu que a nulidade prevista no artigo 43.º, n.º 2, apenas abrangia a falta de forma escrita e não a ausência de reconhecimento das assinaturas⁽⁹²⁾.

Por outro lado, impõe-se que no título contratual se determinem as faculdades que são objecto de disposição e as condições de exercício, designadamente quanto ao tempo e quanto ao lugar e o preço, se o negócio for oneroso. Por fim, no caso de não ter sido convencionalizada a duração da oneração, o artigo 43.º, n.º 4 prevê uma norma supletiva que limita o período de vigência a 25 anos em geral e a 10 anos nos casos de obra fotográfica ou de arte aplicada⁽⁹³⁾.

Algumas formas de oneração do direito de autor vêm previstas nos artigos 45.º, 46.º, 47.º e 50.º. O usufruto é, de facto, a figura mais

⁽⁹¹⁾ Sobre esta distinção, *vide*, MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral, Tomo I...*, *ob. cit.*, p. 566. Este autor salienta que “*enquanto a forma dá sempre corpo a uma certa exteriorização da vontade — ela é essa própria exteriorização — a formalidade analisa-se em determinados desempenhos que, embora não revelando, em si, qualquer vontade, são, no entanto, exigidos para o surgimento válido de certos negócios jurídicos*”.

⁽⁹²⁾ Neste sentido, *cf.*, o acórdão da RL de 26.03.1998.

⁽⁹³⁾ Em relação ao prazo de duração da oneração podem levantar-se vários problemas. Assim, sendo o usufruto a modalidade típica da oneração, a verdade é que o artigo 1443.º limita a duração do usufruto à vida do usufrutuário pelo que levanta-se o problema de saber se esta norma deve prevalecer face à estipulação das partes ou, ainda, face à disposição supletiva do artigo 43.º, n.º 4.

relevante nesta matéria. A nosso ver, a caracterização geral desta figura deve passar pela necessária inter-relação entre o disposto no CDADC com as regras do Código Civil (artigos 1439.º e segs.), na medida em que sejam compatíveis com a natureza do direito de autor.

III. Do regime da oneração, importa reter, para a matéria que nos ocupa, que o que existe tipicamente é a criação de um direito novo, de 2.º grau, sobre o direito patrimonial de autor, que o vai limitar. Não há, assim, qualquer cessão global. Findo esse direito, a esfera jurídica do titular do direito patrimonial de autor, que permanecia onerada, reassume a sua plenitude⁽⁹⁴⁾. É o fenómeno da elasticidade que já atrás se indicou.

6.3. *Autorizações ou licenças*

I. A última modalidade de disposição do conteúdo patrimonial do direito de autor que o legislador consagra no artigo 40.º é a autorização. A expressão utilizada pelo nosso legislador não é muito feliz. De facto, da análise ao CDADC resulta que o legislador utiliza esta expressão com uma dupla propriedade⁽⁹⁵⁾, dificultando a atividade do intérprete-aplicador.

Por um lado, a expressão “autorização” surge intimamente conotada com a noção de consentimento necessário para a modificação de uma obra alheia (artigo 59.º, n.º 1), ou para utilização pessoal ou comercial por terceiro (artigos 68.º, n.º 2, e 169.º, n.º 1). Neste caso, em termos técnico-jurídicos, estamos perante um ato jurídico quase negocial⁽⁹⁶⁾, que se traduz numa pura manifestação

⁽⁹⁴⁾ Tal como indica ANTÓNIO MACEDO VITORINO, “a oneração implica a constituição de um direito novo, embora derivado do direito patrimonial, o qual será, por consequência, de igual natureza que o direito de raiz” — *A Eficácia...*, *ob. cit.*, p. 79.

⁽⁹⁵⁾ Especificamente neste sentido, ANTÓNIO MACEDO VITORINO — *A Eficácia...*, *ob. cit.*, pp. 32 e 33 e “As licenças: uma Análise de Direito Português e de Direito Comparado”, in *Num Novo Mundo do Direito de Autor*, vol. II, Cosmos, Lisboa, 1994, p. 408, que seguimos de perto no texto.

⁽⁹⁶⁾ O conceito é tratado em MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral, Tomo I...*, *ob. cit.*, p. 480.

de vontade, reflexo do exercício da autonomia privada do titular do direito.

Por outro lado, e mais importante para o tema que nos ocupa, a expressão “autorização” é utilizada para designar um tipo abstracto de negócios de Direito de Autor que se pode dar o nome clássico de licença⁽⁹⁷⁾. Só neste último caso estamos perante um verdadeiro contrato de Direito de Autor. As autorizações mencionadas no CDADC correspondem assim, na maior parte dos casos, a licenças de utilização ou de exploração da obra⁽⁹⁸⁾.

II. As autorizações ou licenças, na perspectiva atrás indicada, constituem a modalidade mais frequente de exploração do conteúdo patrimonial do direito de autor⁽⁹⁹⁾. De facto, como veremos mais abaixo, o seu regime é aquele que está mais apto a permitir ao titular do direito patrimonial de autor explorar economicamente a obra.

Há várias razões para isso. Uma delas é a circunstância, já referida, de o artigo 68.º, n.º 4, ao consagrar o princípio da autonomia, estar a pensar na concessão de licenças a terceiros e não na transmissão (onde este princípio não tem aplicação, já que se trata de uma cessão global) nem propriamente na oneração (apesar de esta, como vimos, poder ser parcial). De facto, ao contrário da transmissão, nada impede que existam várias licenças sobre a obra, concedendo a diferentes entidades a possibilidade de a gozarem

⁽⁹⁷⁾ *Vide*, neste sentido, a título de exemplo, o artigo 83.º a respeito da noção do contrato de edição e o artigo 109.º, n.º 1, a propósito do contrato de representação.

⁽⁹⁸⁾ OLIVEIRA ASCENSÃO admite este entendimento. De facto, o reputado Prof. considera que a equivalência entre a expressão «autorização» e a expressão «licença» pode ser um tanto ou quanto forçada nas licenças legais ou compulsórias, uma vez que é duvidoso que as características que resultam do artigo 41.º existam neste tipo de licenças. Todavia, nada refere em relação à licenças voluntárias de exploração, pelo que parece admitir a conclusão expressa no texto, ou seja, de que pode entender-se autorização como licença voluntária — *Direito Civil. Direito de Autor e Direitos Conexos...*, *ob. cit.*, p. 385. Na sua recente obra sobre A ‘Licença’ no Direito Intelectual, OLIVEIRA ASCENSÃO acolhe mesmo esta conclusão, referindo que não existe nenhum motivo que impeça que as expressões “licença” e “autorização” sejam consideradas equivalentes — *ob. cit.*, p. 101.

⁽⁹⁹⁾ Neste sentido, LUIZ FRANCISCO REBELLO, *Introdução ao Direito de Autor...*, *ob. cit.*, p. 135.

através dos diversos modos de exploração admissíveis. Aliás, até podem existir licenças (não exclusivas) que digam respeito ao mesmo modo de aproveitamento. Outra razão para a conclusão atrás indicada tem que ver com o facto de os tipos concretos de contratos de Direito Autor regulados na parte especial consistirem todos em licenças de utilização da obra.

6.4. *Critérios de distinção*

I. A distinção entre os diversos tipos de atos de disposição atrás considerados é uma matéria de elevadíssima complexidade. A principal questão que aqui se levanta é saber em que medida é que a transmissão se deve distinguir da oneração, a oneração da autorização e esta daquelas duas. De facto, a nossa lei previu uma tripartição de atos de disposição sem cuidar em estabelecer as necessárias fronteiras ou, pelo menos, critérios de demarcação mais ou menos precisos.

II. À partida, a *transmissão* é facilmente distinguível dos demais atos de disposição. Como vimos, a transmissão produz um efeito translativo (definitivo ou temporário) do direito de exclusivo da esfera do autor para a esfera do transmissário, assumindo este, nos termos da lei, a figura de “autor” no que toca à exploração económica da obra.

As dúvidas mais relevantes suscitam-se, por isso, a propósito da distinção entre *onerações* e *autorizações* (ou licenças). Em ambos os casos há a constituição de um direito novo na esfera de um terceiro que lhe permite gozar e fruir de um determinado bem imaterial. Em tese, a diferença deve estabelecer-se atendendo às consequências de cada uma destas figuras⁽¹⁰⁰⁾.

⁽¹⁰⁰⁾ Como se decidiu no acórdão do STJ de 15.12.1998, “*enquanto a autorização não afecta a extensão dos direitos de autor sobre a sua obra, já a transmissão e a oneração envolvem, aquela uma privação translativa do anterior para o novo titular, esta uma compressão na órbita do titular anterior e uma aquisição originária a favor do novo titular*”.

A oneração acaba sempre — como o próprio nome indica — por onerar o direito de autor, diminuindo as possibilidades de exploração económica por parte do titular do direito de raiz, até ao momento em que cessa, caso em que o direito de base (re)assume a sua configuração original. À partida, a oneração partilhará da natureza do direito de autor, ou seja, será absoluta e, por conseguinte, oponível *erga omnes*⁽¹⁰¹⁾.

Já as licenças, em termos técnicos, não representam uma oneração do direito de autor, mantendo este a sua plenitude. Sempre que se autorize a fruição ou utilização da obra por terceiro, total ou parcialmente, o direito de autor permanecerá na esfera jurídica do criador intelectual, não havendo qualquer fenómeno transmissivo⁽¹⁰²⁾. Para além disto, as licenças têm uma natureza diferente das onerações. À partida, não beneficiam do carácter absoluto do direito de autor. Este tópico será por nós mais aprofundado nos capítulos finais da nossa investigação.

Capítulo IV

As Licenças de Exploração da Obra

§ 7.º Aspectos introdutórios

I. Tal como se referiu atrás, o artigo 40.º, *a*), prevê, ao lado das transmissões e onerações, que o autor possa autorizar a utilização da obra por terceiro. Trata-se da modalidade mais frequente de exploração económica de um bem imaterial.

Em termos simples, podemos dizer que os contratos tipificados ao longo do Capítulo III do Título II (edição, representação,

⁽¹⁰¹⁾ Tal como indica ANTÓNIO MACEDO VITORINO, “*a oneração implica a constituição de um direito novo, embora derivado do direito patrimonial, o qual será, por consequência, de igual natureza que o direito de raiz*” — *A Eficácia...*, *ob. cit.*, p. 79.

⁽¹⁰²⁾ Neste sentido, *cf.*, o acórdão da RP de 23.11.2006.

fixação fonográfica, etc.) do CDADC são verdadeiros tipos nominados de licenças de exploração da obra. Daqui resulta um importante corolário: o regime previsto na parte geral do CDADC, para as autorizações em abstracto é aplicável aos tipos concretos previstos na parte especial, servindo para complementar e integrar o seu conteúdo. Portanto, por exemplo, a análise ao regime específico do contrato de edição deverá ser cotejada com o regime geral do CDADC, só assim se alcançando a regulação legal completa deste tipo contratual.

Por outro lado, numa outra perspectiva, a construção dogmática das licenças de direito de autor exige a consideração dos tipos negociais previstos no CDADC, em particular do contrato de edição⁽¹⁰³⁾, como tipo paradigmático das licenças de exploração da obra⁽¹⁰⁴⁾. Daqui podem retirar-se os elementos que permitem construir juridicamente o edifício das licenças, como atos de disposição.

II. Não há tipicidade taxativa de autorizações ou licenças⁽¹⁰⁵⁾. Assim, como as formas de exploração da obra não se esgotam

⁽¹⁰³⁾ Sobre este tipo contratual, *vide*, sem sermos exaustivos, na doutrina portuguesa, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil. Direito de Autor e Direitos Conexos...*, *ob. cit.*, pp. 439-458, e CLÁUDIA TRABUCO, “Contrato de Edição”, in *Contratos de Direito de Autor...*, *ob. cit.*, pp. 275-297, na doutrina espanhola, CARLOS ROGEL VIDAL, *Estudios Completos de Propiedad Intelectual*, AISGE, Madrid, 2003, pp. 313-332, onde o autor detalha a evolução da regulação legal do contrato de edição na legislação espanhola e ISABEL ESPÍN ALBA *Contrato de Edición Literaria...*, *ob. cit.*, em especial, pp. 169 e segs., e, na doutrina italiana, VITTORIO M. DE SANCTIS e MARIO FABIANI, *I Contratti di Diritto di Autore...*, *ob. cit.*, pp. 93-166.

⁽¹⁰⁴⁾ Expressamente neste sentido, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, sustentando que o “*o regime do contrato de edição é o modelo jurídico de outras modalidades contratuais de exploração de obras a partir da reprodução e distribuição de suportes físicos; o regime dos contratos de representação cénica aplica-se a outros contratos destinados à exibição pública de obras*” — *Contratos da Propriedade Intelectual...*, *ob. cit.*, p. 18. De igual forma, também CLÁUDIA TRABUCO salienta o seguinte a este propósito: “*o contrato de edição é um contrato típico e nominado que, assumindo um papel paradigmático relativamente aos demais contratos de direito de autor, em virtude da sua importância social (pelo menos histórica), concentra no seu regime disposições que são mandadas aplicar pelo legislador a outros tipos de contratos jus-autorais*” — *Contrato de Edição...*, *ob. cit.*, pp. 294 e 295.

⁽¹⁰⁵⁾ Neste sentido, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil. Direito de Autor e Direitos Conexos...*, *ob. cit.*, p. 385 e PEDRO ROMANO MARTÍNEZ, *Os Grandes Tipos de Contratos de*

(evoluem com o desenvolvimento tecnológico), também a possibilidade de concessão de licenças é especialmente vasta. Recorde-se aqui o princípio da autonomia das formas de aproveitamento da obra, consagrado no artigo 68.º, n.º 4, que tem aqui uma importante aplicação. Por força do princípio da autonomia privada, existe uma atipicidade das licenças de direito de autor⁽¹⁰⁶⁾.

Em termos sistemáticos, *em primeiro lugar*, o CDADC trata de algumas licenças típicas e nominadas que já acima se identificaram. O regime que lhes é aplicável é o especificamente previsto para cada tipo contratual, complementado com o disposto na parte geral.

A par destas surgem, *em segundo lugar*, outras autorizações que, em regra, também equivalem a negócios jurídicos. Seguindo aqui a sistemática propugnada por PEDRO ROMANO MARTÍNEZ⁽¹⁰⁷⁾, é o caso da autorização para a produção cinematográfica (artigo 124.º), a autorização para a radiodifusão sonora ou visual da obra (artigo 149.º), a autorização para a exposição pública de obras de arte (artigo 149.º) e a autorização para a transformação da obra (artigo 169.º).

Todas estas autorizações comungam de elementos comuns às licenças típicas atrás referidas, nomeadamente a circunstância de não terem nenhum efeito sobre a titularidade do direito patrimonial de autor, mantendo-se este na esfera do concedente. Como regra, estas “autorizações” podem ser qualificadas como licenças de direito de autor. Apesar de surgirem identificadas no CDADC, o seu regime não surge detalhado, pelo que haverá que

Direito de Autor..., *ob. cit.*, p. 403. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, depois de se referir aos tipos contratuais previstos na Parte Especial do CDADC, conclui que “*o conjunto não é taxativo, porque, ao abrigo e nos limites da autonomia contratual (...), outros tipos sociais e atípicos podem ser engendrados*” — *Contratos, II...*, *ob. cit.*, p. 229.

⁽¹⁰⁶⁾ Apesar da atipicidade nesta matéria, há autores que propõem alguns critérios de “arrumação”. É o caso de PEDRO ROMANO MARTÍNEZ, que distingue quatro tipos de autorizações para: (i) divulgação da obra; (ii) utilização da obra; (iii) modificação da obra e (iv) gestão de direitos patrimoniais do autor — Os Grandes Tipos de Contratos de Direito de Autor..., *ob. cit.*, pp. 403 e 404. Não comungamos da visão do autor quanto a este último tipo de licença, que nos parece que não deveria ser equiparado aos restantes tipos. Já CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA divide os contratos de licença de direito de autor em quatro grandes categorias: (i) contratos para reprodução da obra; (ii) contratos para a exploração da fruição sensorial direta; (iii) contratos para a produção modelar e (iv) contratos para a transformação da obra — *Contratos, II...*, *ob. cit.*, p. 229.

⁽¹⁰⁷⁾ Os Grandes Tipos de Contratos de Direito de Autor..., *ob. cit.*, p. 396.

considerar o regime geral das autorizações dos artigos 40.º e segs., e, eventualmente, alguns aspectos de regime consignados na parte especial.

Por fim, *em terceiro lugar*, face à autonomia privada nesta matéria, são ainda configuráveis licenças sem qualquer reflexo na parte especial do CDADC, que poderíamos chamar inominadas⁽¹⁰⁸⁾. Quanto a estas, o regime aplicável é, unicamente, o previsto na parte geral do CDADC, suplementado pelo disposto no Código Civil.

§ 8. Noção de licença de exploração

I. O CDADC não oferece qualquer noção do que se deve entender por contrato de licença de exploração. De todo o modo — e ainda que como primeiro ensaio — entendemos que a licença (voluntária), corresponde a um negócio jurídico pelo qual o titular do direito patrimonial de autor (na nossa investigação, em especial o criador intelectual) autoriza uma outra pessoa a explorar um ou mais modos de aproveitamento económico de um bem imaterial⁽¹⁰⁹⁾.

⁽¹⁰⁸⁾ Não consideramos estas licenças como atípicas pelo facto de o CDADC prever — ainda que, é certo, sem grande desenvolvimento — um regime geral aplicável, em nosso entender, a qualquer tipo de licença de exploração de direito de autor. A regulação legal é suficiente para afastar a qualificação de atipicidade. No sentido da distinção entre contratos nominados e inominados no direito francês, ANDRÉ LUCAS e HENRI-JACQUES LUCAS, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique...*, *ob. cit.*, p. 393.

⁽¹⁰⁹⁾ Numa formulação próxima, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA sugere uma definição ampla de contrato de licença como sendo o “*contrato pelo qual o titular de um direito sobre uma coisa incorpórea (licenciante) proporciona a outrem (licenciado) o uso desse direito ou de uma faculdade desse direito*” — *Contratos, II...*, *ob. cit.*, p. 220. Este autor retoma esta definição na sua obra mais recente, *Contratos da Propriedade Intelectual...*, *ob. cit.*, p. 17, onde sustenta que o contrato de licença “*é aquele pelo qual o titular de um direito sobre um bem intelectual proporciona a outrem, normalmente de modo temporário e oneroso, o uso da totalidade ou de algumas das faculdades desse direito*”. Na perspetiva do direito industrial, J.P. REMÉDIO MARQUES define licença voluntária de patente como o “*negócio jurídico pelo qual o titular (ou, inclusivamente, o requerente) de um direito de patente autoriza temporariamente, conquanto por todo o tempo de vigência da patente, uma outra pessoa a exercer a totalidade ou somente algumas das faculdades jurídicas singulares de utilização económica inerentes ao direito de patente de que se é titular*” — *Contrato de Licença de Patente...*, *ob. cit.*, p. 398.

Desta noção preliminar resulta que, para nós, a licença tem que ser um negócio jurídico e, em regra, será multilateral ou contrato⁽¹¹⁰⁾ e sinalagmático. Só haverá licença de direito de autor quando seja concedida pelo titular do direito patrimonial, e este poderá ser o criador intelectual ou uma outra entidade. Outra nota característica é o facto de, através da licença, o licenciante ficar autorizado a participar na exploração económica da obra.

Ilustrando a situação poderíamos referir — num tom mais romanceado — que a “barreira” que impede que terceiros se imiscuem na exploração económica de uma obra é levantada pela licença de forma a permitir ao beneficiário da licença gozar, com reflexos económicos, de uma coisa incorpórea⁽¹¹¹⁾. Todavia, essa participação tem de ser feita com integral respeito pelas condições definidas no respectivo título, o que se destina a salientar o domínio do titular do direito patrimonial de autor nesta matéria⁽¹¹²⁾. É a

⁽¹¹⁰⁾ Para efeitos da nossa investigação, interessam-nos sobretudo os casos de negócios multilaterais ou contratos.

⁽¹¹¹⁾ Colocando este aspeto em destaque, LIONEL BENTLEY e BRAD SHERMAN referem que “*at a basic level a licence is merely a permission to do an act that would otherwise be prohibited without the consent of the proprietor of the copyright. A licence enables the licensee to use the work without infringing. So long as the use falls within the terms of the licence, it gives the licensee an immunity from action by the copyright owner*” — *Intellectual Property Law... ob. cit.*, p. 264. No mesmo sentido, DAVID I. BAINBRIDGE salienta que “*a licence is an agreement between the owner of the copyright (the licensor) and another person (the licensee) whereby that person is permitted to do certain acts in connection with the work that would otherwise infringe the copyright in the work*” — *Intellectual Property... ob. cit.*, pp. 103 e 104. Também VITTORIO M. DE SANCTIS e MARIO FABIANI referem que “*quanto alla licenza, questa ha lo scopo di consentire al licenziatario lo svolgimento di determinate utilizzazioni economiche dell’opera, secondo le condizioni ed entro i limiti di tempo indicati dalla licenza stessa. La licenza rende lecite attività di utilizzazione dell’opera che altrimenti sarebbero illecite e comporterebbero responsabilità civili e penali*” — *I Contratti di Diritto di Autore... ob. cit.*, p. 34. No sentido do texto, vide, ainda, OLIVEIRA ASCENSÃO, o qual considera que a licença é uma autorização, no sentido em que o “*titular abre uma brecha no seu exclusivo, admitindo o exercício do direito de outrem. Admite alguém a partilhar do exercício do direito, nas condições legal ou autonomamente estabelecidas*” — A ‘Licença’ no Direito Intelectual..., *ob. cit.*, p. 97.

⁽¹¹²⁾ A necessidade de respeitar os termos da autorização é um princípio bem explícito no artigo 112.º. Aqui se determina que a “*a representação sem autorização ou que não se conforme com o seu conteúdo confere ao autor o direito de a fazer cessar imediatamente, sem prejuízo da responsabilidade civil ou criminal do empresário ou promotor do espetáculo*” (sem destaque no original). Este artigo equipara as situações de explo-

este que compete determinar os modos e as condições de exploração admitidas.

II. A este propósito, é de notar que tem sido discutido na doutrina qual a sanção aplicável no caso de os limites da licença serem excedidos. Note-se que o tema não é despiciendo, na medida em que o direito de autor beneficia de uma tutela civil e penal (e ainda contraordenacional). Assim, caso o licenciado exerça os direitos que lhe foram concedidos para lá dos limites impostos (tipicamente em termos contratuais), o que interessa saber é se incorre apenas em responsabilidade civil (aquiliana ou contratual) ou também em responsabilidade penal. MENEZES LEITÃO parece inclinar-se para esta última posição, salientando que a “*autorização apenas permite a utilização ou exploração dentro dos estritos limites em que é concedida, já que se a parte a utilizar fora desses limites, comete o crime de usurpação (art. 195.º, n.º 2, c)), para além da responsabilidade civil inerente*”⁽¹¹³⁾. Já OLIVEIRA ASCENÇÃO tem um entendimento diferente. Entende este autor que apenas as violações que atingem o exclusivo autoral, e mais concretamente o direito sobre o bem intelectual em causa, geram responsabilidade penal, mas não já as violações de puras cláusulas contratuais, embora reconheça que, na prática, pode ser difícil distinguir estas situações⁽¹¹⁴⁾.

A nosso ver, a razão parece estar com este último autor. De facto, concordamos com a sua visão de que os crimes contra os direitos intelectuais têm que ter um fundamento forte, sob pena de se criminalizar condutas que não têm a necessária ressonância ética negativa na comunidade que justifique a aplicação da sanção mais grave que o ordenamento jurídico consagra. Pense-se, por exemplo, num mero atraso ou mesmo incumprimento do pagamento do preço. Será que deve gerar responsabilidade criminal?

ração da obra, sem qualquer autorização, às de exploração com desrespeito do estabelecido no título constitutivo, o que demonstra bem a importância de respeitar o disposto na licença.

⁽¹¹³⁾ *Direito de Autor...*, ob. cit., p. 180.

⁽¹¹⁴⁾ A ‘Licença’ no Direito Intelectual..., ob. cit., p. 110.

Não nos parece. Trata-se pura e simplesmente da violação de uma cláusula contratual que gera a necessária responsabilidade civil, mas nada mais para além disso. Já a utilização de uma obra através de um modo de aproveitamento económico que não foi autorizado na licença, atinge o direito de exclusivo do autor e, como tal, é passível de merecer a sanção penal prevista, para além, naturalmente, da responsabilidade civil⁽¹¹⁵⁾.

§ 9. Objecto do contrato de licença

I. Do artigo 41.º, n.º 3, parece decorrer que as licenças de exploração teriam como objecto as formas de utilização da obra (há aqui uma referência implícita para o artigo 68.º) designadas no título constitutivo. O próprio artigo 43.º, n.º 1, a propósito das onerações, refere que estas têm por mero objecto os modos de utilização designados no ato que as determina. Estas referências legais necessitam, contudo, de algum aprofundamento.

De facto, o legislador parece confundir o conteúdo do negócio em si com o seu objecto. No entanto, a doutrina é clara em distinguir estas realidades. Tipicamente, chama-se objecto imediato (ou conteúdo do negócio) aos efeitos jurídicos a que o negócio tende, ou seja, à relação jurídica por ele instituída, e objecto mediato ou *strictu sensu* ao *quid* sobre o qual irão recair os efeitos do negócio⁽¹¹⁶⁾.

⁽¹¹⁵⁾ A título de exemplo, note-se que no acórdão da RL de 16.7.2009 considerou-se que a difusão de uma obra musical para além do período autorizado na respetiva licença envolvia responsabilidade civil aquiliana.

⁽¹¹⁶⁾ Vide, MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil...*, *ob. cit.*, p. 553 e MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral, Tomo I...*, *ob. cit.*, pp. 673 e 674. Este último autor salienta que o “*conteúdo do negócio corresponde à regulação por ele desencadeada; ao conjunto das regras que, por ele ter sido celebrado, tenham aplicação ao espaço que as partes tenham entendido reger (...). Do conteúdo deve distinguir-se o objecto; este tem a ver não com a regulação em si, mas com o quid sobre que irá recair a relação negocial propriamente dita. Por exemplo, celebrado um contrato de compra e venda, verifica-se que as regras aplicáveis, por via dele, às partes, constituem o seu conteúdo; assim, a transmissão da propriedade e as obrigações de entrega da coisa e do preço; a coisa ou direito transmitidos formam o seu objecto*”. Importa ainda notar o que refere INOCÊNCIO GALVÃO TELLES a este propósito. Vide, *Manual dos Contratos em Geral*,

Munidos desta conceptualização doutrinária, podemos assentar que o *objecto mediato* da licença de exploração é a obra em si⁽¹¹⁷⁾, como bem imaterial que transcende a sua exteriorização num suporte corporal. De facto, é sobre a obra que irão recair os efeitos do negócio. Já o *objecto imediato* consiste nos modos de aproveitamento da obra que são concedidos pelo titular do direito patrimonial a um terceiro. Em regra, a definição das formas de utilização da obra corresponderá ao conteúdo essencial do negócio jurídico em si, definindo os contornos e a essência da relação jurídica das partes⁽¹¹⁸⁾.

II. Ainda quanto ao objecto, note-se que lei não impõe que as licenças de exploração só possam ter como *objecto mediato* uma única obra. O artigo 85.º, ao permitir que o contrato de edição tenha por objecto uma ou mais obras, é expresso nesse sentido⁽¹¹⁹⁾.

Refundido e Atualizado, Coimbra Editora, 2002, pp. 406-412. Este autor salienta que “o ‘objecto imediato’ cifra-se, pois, na substância da relação, nos direitos e obrigações que a integram (...). Objecto mediato da relação jurídica é, por sua vez, o quid sobre que recaem os direitos (e obrigações) integrantes do objecto imediato. Esse quid reconduz-se, basicamente, a uma pessoa, um factio ou uma coisa”.

⁽¹¹⁷⁾ Não concordamos, por isso, com ANTÓNIO MACEDO VITORINO quando este autor sustenta que “só aparentemente o objecto de todos os contratos de direito de autor é o gozo de uma obra intelectual. Ao gozo destas coisas se referem as transmissões, as operações e as licenças. Se a obra for transmitida o transmissário adquire com ela o direito de autor. Também a operação pressupõe a constituição na esfera jurídica do usuário de um direito de gozo, por decomposição de uma das possibilidades de aproveitamento da obra que integra o exclusivo de exploração económica, o qual fica parcialmente diminuído (...). A obra será, portanto, o objecto das transmissões e das operações, enquanto o objecto das licenças não é a coisa incorpórea, mas a prestação devida pelo seu dono” — *A Eficácia... ob. cit.*, pp. 150 e segs. Aliás, como veremos mais abaixo, esta conclusão permite diferenciar as licenças consoante o objecto destas seja ou não a obra, o que poderia ser mais complicado no caso de o objecto do contrato ser uma prestação do titular do direito.

⁽¹¹⁸⁾ Embora, em rigor, não seja particularmente claro, a regulação dos tipos contratuais específicos da parte especial do CDADC permite acomodar a conclusão. Assim, a título de exemplo, o artigo 85.º salienta que o contrato de edição tem sempre como objecto *uma ou mais obras* (objecto mediato). Contudo, se atentarmos na definição de contrato de edição que emana do artigo 83.º, percebe-se que aí se regula o objecto imediato do negócio ou, se quisermos, o seu conteúdo típico: “considera-se edição o contrato pelo qual o autor concede a outrem, nas condições nele estipuladas ou previstas na lei, autorização para produzir por conta própria um número determinado de exemplares de uma obra ou conjunto de obras, assumindo a outra parte a obrigação de os distribuir e vender”.

⁽¹¹⁹⁾ Explicando que o objecto do contrato de edição é uma obra, KAMEN TROLLER, *Précis du Droit Suisse... ob. cit.*, p. 290. Mais à frente o mesmo autor destaca que “l’objet

Assim, nada impede, em nosso entender, que uma licença de exploração tenha como objecto várias obras. Já será mais problemático saber se devem ser obras da mesma natureza ou se podem ser de natureza diferente. Supomos que a última interpretação deve ser a correta. Todavia, como na maior parte dos casos os modos de exploração diferem consoante a obra em causa, entendemos que deve existir uma preocupação adicional, no conteúdo da licença, em distinguir entre as formas de utilização admitidas para uma obra e para a outra. Trata-se aqui de dar cumprimento à exigência do artigo 41.º, n.º 3, que impõe a especificação dos modos de utilização concedidos ao terceiro através da licença. Aliás, será até desejável que igual preocupação existisse mesmo perante obras da mesma natureza, já que nada impede que as formas de exploração sejam mais abrangentes numas obras do que noutras.

III. Sendo a obra, como bem intelectual ou coisa incorpórea, o objecto imediato da licença, pode questionar-se se este contrato só pode ter como objecto obras preexistentes ou se pode também abranger obras futuras⁽¹²⁰⁾.

A nosso ver, a resposta correta é a segunda⁽¹²¹⁾. Tal resulta, desde logo, do artigo 48.º. Apesar de o legislador parecer restringir esta norma aos atos de transmissão e de oneração, não vemos nenhuma razão para que o princípio ali insito não seja extensível às

du contrat de licence este un bien immatériel que le preneur de licence veut utiliser. Des lors, l'existence du bien immatériel ainsi que la faculté du donneur de licence de pouvoir en disposer librement en faveur du preneur de licence sont des conditions essentielles du contrat de licence" (p. 294).

⁽¹²⁰⁾ Sobre esta questão, *vide*, na perspectiva do direito francês, FERNAND DE VISSCHER e BENOÎT MICHAUX, *Précis du Droit d'Auteur...*, *ob. cit.*, pp. 328 e segs. Estes autores entendem — e acompanhamos o seu raciocínio — que obras futuras são todas as que ainda não foram criadas, abrangendo aquelas em relação às quais o criador intelectual possa já ter uma ideia ou um esboço (p. 29.).

⁽¹²¹⁾ Notamos, contudo, em termos de direito comparado, que o artigo 131-1 do *Code de La Propriété Intellectuelle* veda a cessão global de obras futuras. Já a lei alemã (*Urheberrechtsgesetz*) admite genericamente os acordos sobre obras futuras (não determinadas ou determinadas apenas pelo género). O §40(1) exige que estes acordos sejam celebrados por escrito e consagra o direito do autor de os revogar no prazo de 5 anos após a sua celebração. Este direito é irrenunciável (*cf.*, o §40(2)).

licenças de exploração da obra⁽¹²²⁾. E, é tanto assim, que logo no artigo 104.º, a propósito do contrato de edição, o legislador vem dar o dito por não dito e admite expressamente a edição de obras futuras⁽¹²³⁾. Por outro lado, o próprio artigo 399.º do CC vem admitir a prestação de coisa futura em termos gerais, não se encontrando em nenhum lado do CDADC, bem pelo contrário, uma proibição de prestação de coisa (incorpórea) futura.

Ora, com base nesta ordem de ideias, pensamos poder erigir um princípio geral que admite que as licenças de exploração tenham como objecto não apenas obras preexistentes, como também obras futuras. Assim, por exemplo, pensamos ser admissível uma licença que autorize a representação cénica de obras futuras de um determinado criador intelectual ou a fixação de obras musicais futuras ou outros modos de exploração económica de uma obra.

IV. A nosso ver, a questão mais relevante que aqui se levanta nem é tanto saber se as licenças de exploração podem ter como objecto obras futuras; é, sim, saber se devem existir limites à celebração de licenças sobre obras futuras. Em relação a esta questão, o nosso entendimento é afirmativo.

Por uma questão de protecção do autor, consideramos aplicável o prazo máximo de 10 anos previsto no artigo 48.º, n.º 1. Assim, a atribuição de uma licença de exploração sobre obras futuras só pode abranger as que o autor vier a criar neste lapso temporal^(124/125),

⁽¹²²⁾ No mesmo sentido, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil. Direito de Autor e Direitos Conexos...*, *ob. cit.*, pp. 428 e 429.

⁽¹²³⁾ Importa aqui recordar que o regime dos vários contratos tipificados na parte especial do CDADC remete, na maior parte das vezes, para o regime do contrato de edição, pelo que esta é mais uma das razões que podem justificar, em nosso entender, que se infra destas disposições um princípio de carácter geral.

⁽¹²⁴⁾ Uma questão relevante que aqui se pode suscitar é a seguinte: Admitindo que uma obra foi iniciada antes do prazo de 10 anos, mas concluída depois deste prazo, deve entender-se que ainda está abrangida pelo artigo 48.º ou não? A nosso ver, a questão deverá ser resolvida pelas partes, mas, em caso de dúvida, o que deve contar é a data de conclusão da obra pois é aí que assume a forma final de criação intelectual que justifica, na maior parte dos casos, a sua protecção através do sistema de Direito de Autor. Tal como salientam FERNAND DE VISSCHER e BENOÎT MICHAUX: “*Le critère ne doit pas être différent de celui qui détermine si et à partir de quand il y a œuvre protégée par un droit d’auteur*” — *Précis du Droit d’Auteur...*, *ob. cit.*, p. 329.

⁽¹²⁵⁾ O artigo 48.º, n.º 3, estabelece que é nulo o contrato de transmissão ou onera

sendo o artigo 104.º, já atrás referido, um precioso argumento para esta conclusão.

OLIVEIRA ASCENSÃO, defende que o artigo 48.º exige sempre a determinação da obra, o que exclui, portanto, contratos de alienação de todas as obras que o autor vier a produzir no espaço de 10 anos. Este autor estende esta limitação às autorizações ou licenças. Salvo o devido respeito, não acompanhamos o insigne Professor nesta matéria. Sendo as autorizações ou onerações atos de disposição do conteúdo patrimonial do direito de autor particularmente gravosos, percebe-se e concorda-se com o que OLIVEIRA ASCENSÃO sustenta⁽¹²⁶⁾. Mas já não no caso das autorizações. Estas não atingem o direito patrimonial de autor, limitam-se a permitir que um terceiro participe na exploração da obra. Além do mais, o artigo 41.º, ao contrário do artigo 44.º, não exige a identificação da obra. Idêntica conclusão pode ser extraída a propósito do artigo 104.º, que, constituindo o regime mais detalhado das licenças de exploração sobre obras futuras, em lado nenhum exige a identificação das obras a concluir.

ção de obras futuras sem prazo limitado. Como referimos, entendemos que este artigo é igualmente aplicável aos casos de licença de exploração. De qualquer forma, importa salientar que a sanção de nulidade é excessiva. A melhor solução, para as situações de falta de indicação de prazo, seria a limitação temporal do contrato em causa aos dez anos postulados no n.º 1 do artigo 48.º. Neste sentido, LUIZ FRANCISCO REBELLO, *Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos*, Anotado, 3.ª ed., Revista e Atualizada, Âncora Editora, Lisboa, 2002, p. 91. Esta já é a consequência legal quando o contrato vise obras produzidas em prazo mais dilatado do que os 10 anos (*cf.*, artigo 48.º, n.º 2). Além do mais, esta interpretação daria cumprimento ao princípio geral do direito civil de melhor aproveitamento dos negócios jurídicos. Neste sentido, *vide*, NICOLA STOLFI, que distingue entre os contratos de transmissão sobre toda e qualquer obra que o autor criará, considerando que os mesmos são nulos, por consistirem numa excessiva limitação à personalidade do autor; dos contratos que tenham por objecto ou mais obras que o autor criará num espaço de tempo determinado, considerando que estes já serão válidos, uma vez que se trata de um vínculo temporário — *Il Diritto di Autore...*, *ob. cit.*, p. 550.

⁽¹²⁶⁾ *Vide*, FERNAND DE VISSCHER e BENOÎT MICHAUX, *Précis du Droit d'Auteur...*, *ob. cit.*, pp. 329 e 330, defendendo que para a cláusula ser válida é necessária a determinabilidade da obra: “*est évidemment valable la cession de droits sur une oeuvre future déterminée («la biographie, que je viendrais à écrire, de telle personne»)*”. Concordamos com os autores quando exigem a determinabilidade da obra, embora notemos que a sua principal preocupação parece ser o caso de transmissão do direito patrimonial de autor que é, claramente, a situação onde a posição do legislador deve ser mais exigente. Mas não nos parece, contudo, que idêntico raciocínio se possa importar, sem mais, para as licenças de exploração.

Assim, a nossa posição é a de que é possível que as licenças tenham como objecto obras futuras, quer estas sejam já identificáveis ou não. O limite é que é sempre o de 10 anos, de acordo com o artigo 48.º.

V. Acresce referir que entendendo que do artigo 104.º emerge um princípio geral nesta matéria, temos de daí retirar todas as conclusões. Assim sendo, consideramos que o regime previsto neste artigo, em especial a possibilidade de fixação judicial de prazo para a entrega da obra, deve ser aplicável a qualquer licença de exploração de obra, mesmo quanto às inominadas. A exceção será quando as partes disciplinam de forma diferente, o que também é sinal da supletividade da maior parte das normas nesta matéria.

VI. Por fim, sendo o objecto da licença uma coisa incorpórea, é possível traçar uma distinção fundamental a este propósito. É que os artigos 40.º e segs., em especial o artigo 41.º, só se aplicam quando estamos perante contratos que tenham como objecto *a própria obra em si* e não outras realidades.

Assim, é evidente que este regime não se aplica aos contratos que têm como objecto, não a obra em si, mas sim o seu suporte corpóreo (*corpus mechanicum*). Por exemplo, a compra e venda de um suporte que contém uma obra, à partida, não tem a obra como objecto e, nessa medida, não lhe é aplicável o regime dos artigos 40.º e segs. Mais importante do que este exemplo são os casos das licenças de utilização que se podem projetar sobre a obra, mas que não tem este *quid* como objecto.

O caso tem sido particularmente analisado a propósito das licenças de *software*⁽¹²⁷⁾. Nestes casos, o titular do *software* autoriza

(127) Estes tipos de contratos são tipicamente chamados de “acordos de licença de utilização de suporte lógica”. Sobre esta matéria, *vide*, PINTO MONTEIRO, “Contratos de Software”, texto preparado por Alexandre Dias Pereira in *Direito dos Contratos e da Publicidade*, Coimbra, 1996, LOPES ROCHA, “Contratos de Licença de Utilização e Contratos de Encomenda de ‘Software’”, in *Num Novo Mundo do Direito de Autor*, tomo II, Cosmos, Lisboa, 1994, pp. 695 e segs., e CRISTIAN ERCOLANO, “I Contratti ad Oggetto Informatico: La Licenza d’Uso e Il Contratto di Sviluppo Software”, in *Il Nuovo Diritto*, n.º IX, 2003 (*), pp. 88 e segs., CLÁUDIA TRABUCO, O Direito de Autor e as Licenças de Utilização sobre Programas de Computador..., *ob. cit.*, pp. 139-169.

a utilização do programa por terceiros, regra geral, um utilizador final. Nestes casos, pode questionar-se se este tipo de contratos deve ou não ficar sujeito ao regime do artigo 41.º? A resposta deve ser negativa. É negativa pela circunstância de que neste tipo de contratos não se trata nem de transmitir direitos sobre o programa, nem de autorizar a sua exploração económica, mas antes permitir somente a um utilizador final que utilize, licitamente, *uma cópia do programa*.

O objecto destes acordos não é, portanto, a obra em si, mas sim meramente uma cópia ou um exemplar da obra⁽¹²⁸⁾. De facto, este conjunto de licenças de utilização versa não sobre a fruição económica do programa (como obra protegida pelo direito de autor), que se encontra reservada, como vimos, ao respectivo titular do direito patrimonial de autor, mas sim sobre a utilização de uma sua cópia. Ou seja, estamos no nível de consumo de cópias do programa. Diferentemente do que sucede ao nível das licenças de exploração de *software*, em que o objecto é o próprio programa em si e onde um terceiro fica investido no direito de participar na exploração económica da obra, as licenças que tenham por objecto as cópias ou exemplares do programa de computador não atribuem quaisquer direitos sobre o *software* em si, porquanto o programa não constitui o objecto da licença concedida.

Sendo assim, podemos então concluir que o regime do CDADC para as licenças (ou autorizações), em especial o artigo 41.º, só se aplica aos negócios jurídicos que tenham por objecto as próprias obras em si e não os respectivos exemplares ou cópias. Para estes valerão as regras gerais sobre negócios jurídicos⁽¹²⁹⁾.

(128) Tal como salienta PINTO MONTEIRO, “o objecto desta constelação de licenças é uma cópia do programa, não o programa em si”, *idem*, p. 113. No mesmo sentido, CLÁUDIA TRABUCO, O Direito de Autor e as Licenças de Utilização sobre Programas de Computador..., *ob. cit.*, pp. 167 e 168. Esta autora refere, nesta última página, que “contrariamente ao que sucede com as licenças de exploração das obras intelectuais em geral, incluindo também os programas de computador, são contratos que não visam o aproveitamento económico dos programas, mas a utilização final de cópias destes (...). Não se verifica a disposição do direito de reprodução do programa (não são, pois, licenças de exploração) nem de um direito de propriedade sobre o exemplar (pelo que é de rejeitar a qualificação como compra e venda). O objecto da licença é um exemplar do programa de computador, resultante da incorporação da criação intelectual num suporte material (...)”.

(129) O entendimento é igual no direito francês, já que se considera que as regras

§ 10. Forma do contrato de licença

I. Já acima referimos que um dos traços comuns aos vários atos de disposição do conteúdo patrimonial do direito de autor é a sua solenidade. No caso das licenças, o artigo 41.º, n.º 2, estabelece em termos gerais e de forma expressa que “*a autorização a que se refere o número anterior só pode ser concedida por escrito (...)*”⁽¹³⁰⁾.

Quanto a esta regra lapidar, é nosso entendimento que a circunstância de o legislador ter inserido esta exigência, na parte geral do direito contratual de autor, só pode querer significar que as licenças inominadas têm de seguir esta forma, não podendo ser atribuídas sem ser através de documento escrito. No caso das licenças nominadas, previstas na parte especial do CDADC, é o próprio regime de cada uma que acaba por determinar o seu carácter formal, pelo que, em boa verdade, a norma genérica do artigo 41.º, n.º 2, nada acrescenta no caso das licenças previstas no CDADC, apenas reforça a sua formalidade.

Podemos assim concluir que, em regra, as licenças de exploração da obra têm de assumir a forma escrita⁽¹³¹⁾. São, por esta razão, negócios solenes.

II. No entanto, a este propósito podem levantar-se vários problemas. Desde logo, de um ponto de vista estritamente formal, o artigo 41.º, n.º 2, diz-nos que as exigências de forma só se aplicam às autorizações previstas no número anterior e a verdade é que o n.º 1 do mesmo artigo só se refere às autorizações para divulgar,

de forma aplicáveis às transmissões e às licenças não se aplicam às coisas materiais que incorporam um obra. Neste sentido, FERNAND DE VISSCHER e BENOÎT MICHAUX, que salientam que: “*La règle [de forma] s’applique à «tous les contracts» (cessions, licences, etc.) mais il a été rappelé à jus titre que la règle ne s’applique pas aux contrats portant sur un objet (livre, statue, disque, etc.) reproduisant une oeuvre ou une prestation*” — *Précis du Droit d’Auteur...*, *ob. cit.*, p. 316.

⁽¹³⁰⁾ Salientando a necessidade de redução a escrito da licença, *cf.*, o acórdão do STJ de 14.03.2006.

⁽¹³¹⁾ A exceção parece ser as licenças de bens informáticos, uma vez que o artigo 11.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 252/94, não remete para o artigo 41.º do CDADC. Neste sentido, ALEXANDRE DIAS PEREIRAS, *Contratos de Licença de Software e Bases de Dados...*, *ob. cit.*, p. 352.

publicar, utilizar ou explorar a obra. Poderia assim questionar-se se a exigência de forma é apenas para estes casos ou se também deve abranger outras licenças.

Uma resposta a esta pergunta exigiria, em primeiro lugar, que fosse possível conceber uma licença que não coubesse em nenhum dos quatro tipos previstos no n.º 1 do artigo 41.º. Atendendo à abrangência dos conceitos ínsitos nesta norma, nomeadamente a noção de “utilização” e de “exploração”, a tarefa afigurasse-nos complicada. De facto, parece que todas as formas de utilização da obra referidas no artigo 68.º, n.º 2, cabem (sem grande esforço) no âmbito das noções de divulgação, publicação, utilização e exploração utilizadas no artigo 41.º.

Todavia, mesmo que fosse possível configurar uma licença que escapasse ao esforço conceptual do legislador (o que é, à partida, possível, uma vez que o artigo 68.º, n.º 1, admite formas de exploração da obra ainda não conhecidas), a nossa resposta não se alteraria. Com efeito, não vemos nenhuma razão que pudesse justificar que licenças que não fossem de divulgação, publicação, utilização ou exploração tivessem um regime, em termos de forma, diferente das demais.

III. Mas a grande questão que se levanta a propósito das exigências de forma das licenças é saber se o requisito imposto pelo legislador traduz uma formalidade *ad substantiam* ou apenas *ad probationem*. A diferença, como se sabe, assenta na circunstância de a primeira ser necessária para a própria consubstanciação do negócio em si e a segunda ter como principal propósito demonstrar a existência do negócio, facilitando, assim, a sua prova⁽¹³²⁾. Nesta matéria, existe uma grande polémica na doutrina e na jurisprudência⁽¹³³⁾.

A questão levanta-se, desde logo, pelo facto de o artigo 41.º, ao contrário dos artigos 43.º, n.º 2 e 44.º, referentes às transmissões e onerações, não cominar com nulidade a falta da forma exigida

⁽¹³²⁾ Vide, MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral, Tomo I...*, *ob. cit.*, p. 566.

⁽¹³³⁾ Para uma análise mais extensa deste tópico, vide, MARIA VICTÓRIA ROCHA, *Questões de Forma nos Contratos de Exploração...*, *ob. cit.*, pp. 778 e segs.

para o negócio. Assim, entre nós, no sentido de que se trata de uma formalidade *ad probationem* encontram-se LUIZ FRANCISCO REBELLO⁽¹³⁴⁾ e ANTÓNIO DE MACEDO VITORINO⁽¹³⁵⁾. Também a jurisprudência tem vindo, quase unanimemente, a defender esta posição⁽¹³⁶⁾. Em sentido contrário, encontra-se MARIA VICTÓRIA

⁽¹³⁴⁾ Este autor refere, a este propósito, o seguinte: “*discute-se, porém, se se trata de uma condição substancial — caso em que, na sua ausência, o negócio seria nulo, por força do disposto no artigo 220.º do Código Civil —, ou apenas uma exigência probatória, uma vez que, diversamente do que acontece em relação às figuras da transmissão (artigo 43.º, n.º 2) e da alienação (artigo 44.º), não se comina no artigo 40.º a nulidade como sanção para a sua falta. A segunda alternativa parece mais lógica, o que leva a transferir para o usuário o onus probandi da autorização*” — *Introdução ao Direito de Autor...*, *ob. cit.*, p. 136. Também no comentário ao artigo 41.º do CDADC, o mesmo autor sublinha que “*diversamente, porém, do que se verifica em relação aos atos de transmissão (total ou parcial) do direito, que a lei fere de nulidade se não for observada a forma prescrita nos artigos 43.º/2 e 44.º, o documento escrito exigido para a autorização constitui mera formalidade ad probationem, e não, como naqueles casos, ad substantiam, o que, na sua ausência, leva a transferir para o utilizador o ónus da prova*” — *Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos...*, *ob. cit.*, pp. 85 e 86.

⁽¹³⁵⁾ Em referência à regra do artigo 41.º, n.º 2, este autor defende que “[*tem*], *pois, um alcance limitado e reduzido, de mera eficácia ad proandum e não ad substantiam*” — *A Eficácia...*, *ob. cit.*, pp. 27 e 28. Refere que esta norma justifica-se mais na necessidade tida por geral no CDADC de assegurar a existência de um documento que comprove a celebração do contrato de autorização. Este autor, contudo, não se refere especificamente às questões de transmissão, pelo que fica, assim nos parece, uma lacuna no seu raciocínio. Para além disso, parece-nos que sua posição desconsidera completamente a própria letra da lei, já que no artigo 87.º, n.º 2, o legislador foi claro ao referir que a falta de redução do contrato a escrito conduz à nulidade do negócio, pelo que não se percebe como conceder neste caso que a formalidade é meramente *ad probandum*. No sentido de que não é conciliável com a sanção de nulidade uma mera forma *ad probationem*, OLIVEIRA ASCENÇÃO, *Direito Civil. Direito de Autor e Direitos Conexos...*, *ob. cit.*, pp. 426.

⁽¹³⁶⁾ Neste sentido, o acórdão do STJ de 21.04.1988, onde se estabelece que “*o contrato de reprodução deve revestir a forma escrita. Tal exigência de forma escrita constitui uma formalidade ad probationem reclamada apenas e de modo não absoluto para a prova do negócio*”. Em igual sentido, o acórdão do STJ de 15.12.1998, onde se considerou que “*o próprio autor da obra pode autorizar a fruição e utilização da obra por terceiro, autorização que deve ser concedida por escrito e se presume ser onerosa. Este escrito é uma forma legal ‘ad probationem’*”. Mais recentemente, o acórdão do STJ de 14.03.2006 alinha pelo mesmo diapasão, salientando que “*a não redução a escrito da autorização a que se reporta o art. 41.º, n.º 2 do Código de Direito de Autor e dos Direitos Conexos não fulmina aquela de nulidade, já que se está ante uma formalidade ad probationem cuja ausência leva, tão só, a transferir para o utilizador o ónus da prova*”. No acórdão do STJ de 01.07.2008, decidiu-se que “*a não redução a escrito da autorização a que se reporta o artigo 41.º, n.º 2, do Código de Direito de Autor e dos Direitos Conexos não fulmina*

ROCHA⁽¹³⁷⁾. OLIVEIRA ASCENSÃO⁽¹³⁸⁾ deixa a questão em aberto. Que pensar de tudo isto?

Ora, em nosso entender, o problema deve ser considerado numa dupla perspectiva. De *iure constituto*, não nos parece que exista margem para defender outra coisa que não a de que a exigência de forma escrita é uma formalidade *ad substantiam*. Há diversas razões que apontam claramente neste sentido.

Por um lado, e mais importante, a nosso ver, a maior parte dos autores parece esquecer o princípio condutor que decorre do artigo 220.º do CC. Daqui decorre, de forma clara, que “*a declaração negocial que careça da forma legalmente prescrita é nula, quando outra não seja a sanção especialmente prevista na lei*”. Por conseguinte, impondo o artigo 41.º, n.º 2, a forma escrita para as licenças de exploração da obra, quando a declaração negocial não respeite esta formalidade, o Código Civil impõe a nulidade do negócio. Parece-nos assim carecer de justificação a posição doutrinária que pretende retirar da falta de referência à nulidade no artigo 41.º, n.º 2, um argumento para sustentar que se trataria de uma mera formalidade *ad probationem*⁽¹³⁹⁾. É que, em rigor, nem sequer seria necessário cominar de nulidade a falta de cumprimento do requisito de forma. O próprio artigo 220.º do CC, como regra transversal a todo o sistema civilístico privado, encarrega-se de o fazer. Desta forma, o facto de o artigo 41.º, n.º 2, não apontar como consequência a nulidade do negócio celebrado sem ter sido

aquela nulidade, já que se está ante uma formalidade ad probationem cuja ausência é suprida nos termos do n.º 2 do artigo 364.º e, em termos probatórios, com os limites do artigo 393.º, ambos do Código Civil”. Por fim, no acórdão da RP de 23.11.2006 defendeu-se que a validade das autorizações não depende de forma escrita.

⁽¹³⁷⁾ Questões de Forma nos Contratos de Exploração..., *ob. cit.*, p. 780. Concordamos com alguns aspectos citados pela autora, mas não acompanhamos, na totalidade, o seu raciocínio.

⁽¹³⁸⁾ *Direito Civil. Direito de Autor e Direitos Conexos...*, *ob. cit.*, p. 427.

⁽¹³⁹⁾ Em anotação ao artigo 219.º do CC, JOSÉ ALBERTO VIEIRA destaca que “*são hoje relativamente raros os casos de forma ad probationem. O Código Civil e a legislação avulsa mais importante de Direito privado não deixam documentar com facilidade casos de forma ad probationem. Quando o direito exige uma forma particular, fá-lo como pressuposto de validade do negócio, quer dizer, ad substantiam*” (sem destaque no original) — *Negócio Jurídico. Anotação ao Regime do Código Civil (Artigos 217.º a 295.º)*, Coimbra Editora, 2006, p. 22.

reduzido a escrito não colide com a conclusão de que se trata de um elemento requerido para a validade do negócio, pelo que, na sua ausência, haverá que concluir pela sua invalidade⁽¹⁴⁰⁾. Este é, para nós, o argumento de maior peso que nos leva a defender a tese da forma *ad substantiam*.

Acresce referir, por outro lado, que a regulação legal do contrato de edição, que — como referimos atrás — é o modelo paradigmático das licenças de exploração da obra, prevê expressamente no artigo 87.º que o contrato só tem validade quando celebrado por escrito e no n.º 2 indica que a sanção é a nulidade. Assim, também por aqui se poderia erigir um outro argumento que aponta no sentido de que a forma exigida é *ad substantiam*.

Ainda nesta ordem de ideias, concordamos com MARIA VICTÓRIA ROCHA quando, a propósito do artigo 43.º, n.º 2, e da referência expressa à nulidade, salienta que “*está por demonstrar que as hipóteses previstas no art. 43.º sejam mais gravosas para o autor do que as autorizações previstas no art. 41.º. Tudo depende de cada concreto contrato. Basta pensarmos numa autorização, que se traduza numa licença exclusiva para a exploração de várias faculdades do conteúdo patrimonial do direito do autor, por um longo período, no limite por todo o prazo de proteção, frente a uma “transmissão” (oneração) de uma única faculdade por um curto período de 2 anos, por exemplo*”⁽¹⁴¹⁾. De facto, sendo evidente, como parece ser o caso, que as exigências de forma foram estatuídas pelo legislador como forma de proteção do autor — em especial no caso de ser este o criador intelectual da obra —, teria pouco sentido considerar que uma licença exclusiva e prolongada no tempo pudesse ser celebrada de forma consensual e que uma oneração pontual e transitória tivesse que ter uma forma escrita.

Além do mais, a exigência de forma escrita parece traduzir, para o campo da formalidade, as regras erigidas no artigo 68.º a

⁽¹⁴⁰⁾ Mais uma vez, JOSÉ ALBERTO VIEIRA, em anotação ao artigo 220.º do CC, destaca que “*a consequência jurídica da falta de forma legal é a nulidade do negócio jurídico. Quando a forma é ad substantiam, ela é um verdadeiro pressuposto de validade do negócio jurídico*” — *Idem*, p. 24.

⁽¹⁴¹⁾ Questões de Forma nos Contratos de Exploração..., *ob. cit.*, p. 781.

propósito dos diversos modos de exploração da obra, os quais devem, por questões de clareza e proteção do autor, ficar descritas com o maior detalhe possível num documento escrito.

Concluímos, assim, que as regras de forma erigidas no CDADC, a propósito das licenças de exploração de obra, têm como finalidade a proteção do autor⁽¹⁴²⁾ e correspondem a formalidades *ad substantiam*. Tratam-se de requisitos de validade do próprio ato de disposição que, na sua ausência, conduzem à nulidade do negócio (artigo 220.º do CC). Estas exigências aplicam-se ainda, em nosso entender, aos contratos de licença que tenham por objecto obras futuras⁽¹⁴³⁾.

IV. Esta é, aceite-se ou não, a perspectiva do problema de *iure constituto* e, portanto, são com estes dados legais que temos que contar neste momento. Isto não nos deve impedir que, numa leitura do problema de *iure condendo*, se defenda e se propugne o contrário. O que não nos parece possível é que se distorça o direito positivo atual para tentar chegar a uma solução que, presumivelmente, seria a mais desejável.

E, de facto, a solução consagrada pelo legislador português não é, em nosso entender, a melhor. Com efeito, tinha mais sentido reservar as exigências de forma para os casos que, por implicarem uma gravidade acrescida na disposição do conteúdo patrimonial do direito de autor (pela sua extensão ou duração), deveriam requerer

⁽¹⁴²⁾ Segundo MURIEL JOSSELINE-GALL, nos países de tradição romano-germânica, as exigências formais traduzem um princípio de proteção do autor; já nos países anglo-saxónicos, o principal objectivo é a segurança no tráfego — *Les Contrats d'Exploitation...*, *ob cit.*, pp. 172 e 173.

⁽¹⁴³⁾ É ainda de notar que ALBERTO DE SÁ E MELLO vai ao ponto de aplicar as regras de forma do CDADC, relativas aos atos de aquisição derivada de direito de autor, aos próprios atos que consubstanciem uma atribuição constitutiva do direito de autor. Refere este autor, a propósito das exigências de forma escrita, que a “*lei exige-o para todos os atos que impliquem transmissão (“parcial”) ou oneração do direito, como condição de validade — ex art. 43.º/2 CDA* e até para certas (“meras”) autorizações de utilização. Não se entenderia que a dispensasse em situações em que o autor convencionou a atribuição a outrem (...) de faculdade de direito de autor que conformam a situação de direito de autor, como acontece no caso previsto no art. 14.º CDA**” — *Contrato de Direito de Autor...ob. cit.*, p. 482. Contra OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil. Direito de Autor e Direitos Conexos...*, *ob. cit.*, p. 429.

uma ponderação especial. Assim acontece em alguns ordenamentos jurídicos, onde só as transmissões do direito patrimonial de autor e as licenças de carácter exclusivo carecem de forma escrita⁽¹⁴⁴⁾. Tal como refere acertadamente OLIVEIRA ASCENSÃO⁽¹⁴⁵⁾, é pouco compreensível que pequenas autorizações, muitas vezes pontuais e de efeito imediato⁽¹⁴⁶⁾, tenham de revestir a forma escrita. Aliás, hoje em dia, as razões que justificam as exigências de forma são cada vez mais questionadas⁽¹⁴⁷⁾, criticando-se os seus fundamentos tradicionais.

⁽¹⁴⁴⁾ É o que acontece com os *assignments* do direito anglo-saxónico e também com as licenças exclusivas. Tal como referem LIONEL BENTLEY e BRAD SHERMAN, “*in order for an assignment to be valid, it must be in writing and signed by or on behalf of the assignor (...). Where an assignment is made orally, this will be ineffective at law (...). Exclusive licences of legal interests in copyright have to be in writing and signed by or on behalf of the assignor if the licensee wishes to take advantage of their statutory entitlement to sue for infringement. This is in contrast to a non-exclusive licence, which may be made orally, or in writing; and might be contractual or gratuitous, express or implied*” — *Intellectual Property Law... ob. cit.*, pp. 263 e 265.

⁽¹⁴⁵⁾ *Direito Civil. Direito de Autor e Direitos Conexos...*, *ob. cit.*, p. 425, salientando o autor que, ao menos para pequenas utilizações, os requisitos de forma exigidos por lei deveriam ser mais maleáveis.

⁽¹⁴⁶⁾ Pense-se, por exemplo, na autorização concedida por um artista (ao abrigo do artigo 68.º, n.º 2) a uma associação sem fins lucrativos para que a sua música passe num jantar de beneficência. A exigência, neste caso, de forma escrita, acoplada à sanção de nulidade, é, de facto, excessiva e até incompreensível. Uma possibilidade de ultrapassar este problema poderia passar por uma interpretação restritiva do artigo 40.º, limitando a sua aplicação aos casos de negócios jurídicos, mas não aos atos jurídicos simples. Neste último caso, as exigências de forma do CDADC não seriam aplicáveis. Todavia, face aos dados legais atuais, parece-nos que esta solução não tem grande conforto e poderia dar azo a vários problemas. Não obstante, é de referir que perante negócios inválidos por falta de forma, o instituto civil da conversão (artigo 293.º do CC) pode ser utilizado para assegurar o aproveitamento do negócio celebrados.

⁽¹⁴⁷⁾ Sobre o tema, *vide*, MENEZES CORDEIRO, salientando, a propósito das razões de reflexão que justificam as exigências de forma (e que estão na base da proteção do CDADC) que “*o arvorar da reflexão a finalidade das exigências formais dos negócios implicaria a possibilidade de, em cada caso, indagar da sua efetiva ocorrência: em concreto, verificar-se-ia se houve, ou não, a reflexão requerida, independentemente da forma. Acresce ainda que (...) o Direito atual patentearia um total desfasamento entre as exigências formais e o relevo dos negócios por eles atingidos: não se requer forma especial para atos que, pelo seu papel, solicitariam reflexão madura, enquanto, pelo contrário, negócios secundários ficam dela, dependentes*” — *Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral, Tomo I...*, *ob. cit.*, pp. 568 e 569.

Por estas razões, propugnamos uma revisão profunda do regime relativo à forma das licenças de exploração da obra no sentido atrás propugnado. Dever-se-ia diferenciar as exigências legais de acordo com um critério de impacto e consequências do ato de disposição em causa para o autor. Atualmente, contudo, esta posição esbarra com a radicalidade do nosso legislador que não parece admitir, pelo menos em termos rigorosos, outra solução que não a de que a exigência de forma das licenças é condição de validade do próprio negócio.

V. Uma última questão levanta-se a este propósito. Assumindo que a ausência de forma escrita conduz à nulidade do negócio (como parece resultar do atual direito positivo) e atendendo aqui que as razões de exigência de forma servem, sobretudo, para tutelar o autor (em especial quando este assume as vestes de criador intelectual), pode perguntar-se se a nulidade do negócio deve seguir o regime geral ou não⁽¹⁴⁸⁾. Note-se que este problema não é meramente teórico.

Na verdade, o artigo 87.º, n.º 2, indica que quando o contrato de edição não é reduzido a escrito, a nulidade resultante da falta de forma presume-se imputável ao editor e só pode ser invocada pelo autor. Ora, estamos aqui perante uma nulidade atípica. Como o contrato de edição é o modelo paradigmático das licenças de exploração da obra, pode legitimamente questionar-se se o legislador quis consagrar neste artigo um princípio geral que valesse para toda e qualquer licença, nominada ou inominada. A questão é pertinente e merece uma brevíssima atenção da nossa parte.

Quanto às licenças nominadas, a questão reside em saber se as remissões, para o contrato de edição, efetuadas pelos artigos 139.º, n.º 1, 147.º, n.º 1 e 156.º, n.º 1, devem ou não abranger a regra do artigo 87.º. A nosso ver, à partida, a resposta deve ser positiva, e isto por duas ordens de razões.

⁽¹⁴⁸⁾ O regime geral da nulidade decorre do artigo 286.º. Aqui se determina que a nulidade é invocável a todo o tempo por qualquer interessado e pode ser declarada oficiosamente pelo tribunal.

A primeira é a de que entendemos, como indicámos acima, que as licenças de exploração da obra, ainda que nominadas e com o regime, de certa forma, tipificado na lei, devem sempre seguir a forma escrita. Trata-se de uma exigência de proteção do autor, como parte mais débil. Ora, se assim é, então a norma do artigo 87.º deve ser aplicável às restantes licenças tipificadas no CDADC. Face à razão que fundamenta a exigência de forma escrita, não vemos qual a razão que poderia justificar a criação de um regime excepcional para a edição que não fosse aplicável às outras licenças, até por força do regime de remissões internas do próprio CDADC.

Em segundo lugar, é pacífico que a edição é o regime paradigmático das licenças de direito de autor, pelo que as suas regras devem servir para integrar e complementar o quadro normativo em que estas se inserem.

Porém, já nos parece que a questão poderá assumir outros contornos no caso das licenças inominadas. Neste caso, a ausência de uma regra de remissão, como a existente para as restantes licenças previstas no CDADC, pode, de facto, comprometer a aplicação da regra contida no artigo 87.º, n.º 1. Assim, supomos que se deve seguir o regime geral da nulidade previsto no artigo 286.º do CC.

De facto, não existindo uma regra especial nesta matéria (que poderia constar dos artigos 40.º e segs.), vemos com alguma dificuldade que se possa justificar a exclusão do regime regra da nulidade. A alternativa seria tentar extrair do referido artigo 87.º, n.º 1, um princípio normativo que permitisse sustentar a sua extensão a toda e qualquer licença. Tal propósito não seria inteiramente inusitado, na medida em que, ínsito ao regime de nulidade atípica do artigo 87.º está a proteção do autor, e é manifesto que este objetivo está presente (ou deveria estar) tanto nas licenças nominadas como nas licenças inominadas. No entanto, parece-nos que enveredar por este caminho seria desviar-nos, em demasia, do nosso caminho de investigação. Fica, contudo, apontado o caminho para uma eventual alteração legislativa.

§ 11. Conteúdo do contrato de licença

I. Em termos simples, o conteúdo do contrato de licença, como, de resto, o conteúdo de qualquer negócio jurídico, corresponde à regulação por ele desencadeada, tendo em vista a definição dos contornos da relação jurídica que se institui. Tipicamente, o conteúdo do negócio jurídico exprime-se através das cláusulas negociais acordadas e fixadas pelas próprias partes (trata-se aqui de elementos voluntários do negócio). No entanto, o conteúdo do negócio é ainda formado por elementos normativos, que correspondem às regras que o direito associe à celebração dos negócios, independentemente da vontade das partes.

No caso concreto das licenças de exploração, o CDADC determina, no n.º 3 do artigo 41.º, que “*da autorização escrita devem constar obrigatória e especificamente a forma autorizada de divulgação, publicação e utilização, bem como as respetivas condições de tempo, lugar e preço*” (sem destaque no original). Ora, daqui resulta que apesar de o legislador ter deixado margem às partes para detalharem o conteúdo da licença, aparentemente, impôs um conteúdo mínimo, obrigatório, para estes tipos negociais.

II. Esta formulação perfunctória do legislador não parece, à partida, levantar problemas de maior. No entanto, em boa verdade, esta norma esconde inúmeras interrogações, algumas delas de resolução complexa. A sua resposta exige uma adequada ponderação de princípios gerais de direito civil, assim como a consideração das regras previstas pelo legislador a propósito dos tipos específicos de licenças de exploração. Em termos gerais, pode afirmar-se que a *ratio* desta regra é a proteção do autor, como parte mais fraca, e é a essa luz que nos parece que deve ser interpretada. Começemos por uma análise individualizada de cada um dos elementos referidos pelo legislador, para depois nos debruçarmos sobre os problemas levantados nesta matéria.

Contudo, antes de avançarmos na nossa análise, vale a pena destacar desde já alguns aspectos gerais.

Em primeiro lugar, importa salientar que a regra do artigo 41.º, n.º 3, não impede que as partes estipulem outras cláusulas e estabele-

leçam uma regulação que vá muito para além dos elementos indicados pelo legislador. Vigora aqui uma amplíssima liberdade de negociação e a verdade é que, na maior parte dos casos, a regulação acordada pelas partes nos contratos de licença de exploração estende-se bem para lá das indicações legislativas a este propósito. Aliás, basta atentar nos tipos contratuais específicos previstos no CDADC para ter perfeita noção de que o conteúdo das licenças de exploração é bastante mais extenso do que as breves referências feitas no artigo 40.º⁽¹⁴⁹⁾.

Também não é necessário que cada modo de exploração da obra tenha que ser objecto de uma licença independente. A mesma licença pode tratar vários modos de exploração da obra. Assim, nada impede que, através de uma única licença, se conceda ao beneficiário a possibilidade de, por exemplo, reproduzir uma obra e comunicá-la ao público.

Em segundo lugar, importa destacar que os elementos referidos pelo legislador no artigo 41.º, n.º 3, não têm um carácter normativo. Por outras palavras, o legislador não previu regras específicas para suprir a falta de manifestação de vontade das partes sobre os elementos referidos naquele artigo. Apenas salientou a necessidade de autorregulação no que concerne a determinados aspectos das licenças de exploração. Em rigor, portanto, tratam-se de elementos voluntários, eventualmente necessários para a completude do negócio em si, mas não de elementos normativos.

11.1. *Formas de exploração autorizadas*

I. A primeira exigência do legislador no artigo 41.º, n.º 3, é a de que as formas autorizadas de divulgação, publicação e utilização da obra constem, obrigatória e especificamente, da autorização.

⁽¹⁴⁹⁾ A este propósito e meramente a título de exemplo, *cf.*, os artigos 86.º e 109.º.

II. Diga-se, a começar, que não nos parece que o facto de o legislador se ter prendido neste artigo aos conceitos de «divulgação», «publicação» e «utilização» possa servir para interpretar restritivamente esta exigência⁽¹⁵⁰⁾. Não cremos que tal interpretação tivesse sentido, dado que a *ratio legis* da norma é a proteção do autor e essa preocupação existe nos casos referidos, bem como em todos os outros em que existe exploração económica da obra. Assim, propendemos a generalizar a exigência legislativa no sentido de que toda e qualquer forma de exploração económica da obra (pois é disso que se trata) deve constar obrigatória e especificadamente do título constitutivo, ou seja, *in casu*, da autorização ou licença.

Como se referiu, esta regra legal serve, sobretudo, como forma de defesa do autor e surge como corolário do seu direito de exclusivo, em especial do disposto nos artigos 68.º, n.ºs 3 e 4. De facto, fica na exclusiva discricionariedade do titular do direito de autor escolher e autorizar as diversas formas de exploração da obra. O autor deve poder dispor da sua obra da maneira que melhor lhe aprouver, sendo certo que as diversas formas de utilização da obra são autónomas e permitem que sobre o mesmo objecto incorpóreo (a obra) recaiam diversos direitos, pertencentes a esferas jurídicas diferentes. Assim, a exigência de que do texto da licença constem os modos de exploração da obra autorizados é uma forma de refletir as características do direito de exclusivo, permitindo, *por um lado*, que o respectivo titular controle melhor as formas de exploração da sua obra e que, *por outro*, a autorização para a prática de determinado ato de exploração não prejudique o titular do direito de exclusivo, ou um terceiro, de exercer sobre a obra a mesma ou diferentes formas de utilização.

Tal como já referimos, é assim perfeitamente possível que sobre a mesma obra incida uma licença de reprodução concedida

⁽¹⁵⁰⁾ De qualquer forma, em bom rigor, não podemos deixar de notar que no cotejo do artigo 41.º, n.º 1, com o n.º 3, o legislador ter-se-á “esquecido” de incluir, no n.º 3, o conceito de «exploração» que é, sem dúvida, um conceito muito importante para a matéria que nos ocupa. É mais uma das falhas do legislador nacional que, no caso concreto, não nos parece que lhe deva ser atribuído outro significado que não o de mero lapso legislativo.

a Z e uma licença de tradução concedida a Y. A obra poderá ter tantos modos de exploração quanto aqueles que sejam agora ou futuramente conhecidos. Aliás, como se verá mais abaixo, é ainda possível que sobre a mesma obra incidam licenças de exploração com o mesmo conteúdo (licenças não exclusivas).

Por estas razões, não andaremos muito longe da verdade se concluirmos que a exigência do artigo 41.º, n.º 3, para além de ser uma defesa do autor, encontra também eco na necessidade de maior segurança no tráfego jurídico, atendendo aqui à multiplicidade de formas objectivas e subjetivas de exploração económica que podem incidir sobre a obra⁽¹⁵¹⁾.

III. Ao se referir a formas autorizadas de «divulgação», «publicação» e «utilização», o legislador teve em vista os modos de aproveitamento económico da obra previstos no artigo 68.º, n.º 2. São precisamente essas formas que irão dar corpo à relação jurídica instituída entre o titular do direito patrimonial de autor e o terceiro licenciado. Como se viu anteriormente, esta disposição consagra uma enumeração exemplificativa das formas de exploração económica da obra que não afastam outras modalidades (incluindo as que venham a ser descobertas), o que é uma evidência da elasticidade do direito de exclusivo. Assim, é admissível que através da licença se concedam formas de exploração que não encontram uma direta e imediata correspondência com a listagem constante do artigo 68.º.

É também a este propósito que os princípios interpretativos atrás indicados têm particular aplicação, em especial o princípio da funcionalidade.

⁽¹⁵¹⁾ Ao se referir a exigências de conteúdo similares na lei francesa, FERNAND DE VISSCHER e BENOÎT MICHAUX salientam o seguinte: “*le but du législateur est de obliger les parties à négocier clairement l’étendue des droits consentis par l’auteur et d’ainsi faire prendre conscience à celui-ci du niveau de sa rémunération au regard des possibilités d’exploitation très diverses et potentiellement très lucratives demandées par son cocontractant*” — *Précis du Droit d’Auteur ...*, ob. cit., pp. 319-320.

IV. De qualquer forma, tenha-se presente que o legislador refere que os modos de utilização da obra devem ser *especificadamente* indicados na licença⁽¹⁵²⁾. Esta exigência legal leva-nos a afastar as situações (comuns na prática) de autorizações genéricas para a exploração da obra⁽¹⁵³⁾. A nosso ver, para cumprir o requisito legal é necessário que exista um mínimo de determinabilidade no que se refere às formas de exploração da obra autorizadas e à finalidade pretendida pelas partes com a licença; caso contrário, estar-se-ia a desvirtuar a *ratio* subjacente ao artigo 41.º, n.º 3. Na verdade, se a referência contratual for demasiado genérica ou vaga, desprotege-se o autor e prejudica-se o comércio jurídico (já que através de formulações imprecisas surge a dúvida — quiçá insanável — sobre quais as formas de exploração concedidas, com isso afectando a relevância do artigo 68.º, n.º 4⁽¹⁵⁴⁾). A exigência quanto

(152) O artigo 109.º, n.º 3, a propósito da representação cénica, estabelece que o contrato deve definir, com *precisão*, as condições e os limites em que a representação da obra é autorizada. Temos, portanto, o regime geral que exige que as formas de exploração sejam especificadas e o regime do contrato de representação cénica, que exige a indicação precisa dos termos em que a exploração da obra pode ser feita. Em qualquer caso, a preocupação do legislador é garantir que esta matéria fica suficientemente clarificada no título constitutivo, de forma a que não restem dúvidas.

(153) Assim, entendemos que uma licença que se limitasse a prever que o utente fica autorizado a explorar a obra X sem nada acrescentar quanto às condições de exploração não cumpre as exigências legais. Neste sentido, MARIA VICTÓRIA ROCHA, *Questões de Forma nos Contratos de Exploração...*, *ob. cit.*, p. 781 e LUIZ FRANCISCO REBELLO, *Introdução ao Direito de Autor...*, *ob. cit.*, p. 137. Este último autor salienta que “*uma declaração, ainda que escrita, que se limitasse a dizer, por exemplo, ‘autorizo F.. a utilizar e minha obra x...’, sem especificar o modo de utilização ou as respectivas condições, seria insusceptível de produzir efeitos na ordem jurídica*”. Este autor chama aqui à colação o artigo 238.º do CC, respeitante aos negócios formais (que estabelece que nos negócios formais não pode a declaração valer com um sentido que não tenha um mínimo de correspondência no texto do respectivo documento, ainda que imperfeitamente expresso). Tendemos a concordar com o autor quanto à solução dos casos mais graves, ou seja, das licenças aparentes sem conteúdo ou com um conteúdo manifestamente insuficiente. Já em outras situações, parece-nos que será necessário recorrer a outras ferramentas de interpretação, designadamente o princípio *in dubio pro autore*. De qualquer forma, o artigo 238.º do CC permitirá esclarecer outros aspectos quanto ao conteúdo da licença, como se detalhará mais abaixo.

(154) Colocando este aspecto em destaque, KAMEN TROLLER refere que: “*Contrairement aux brevets ou aux marques, dont le transfert ne vise en règle générale que la seule possibilité d'utiliser le bien transféré pour produire et/ou vendre des objets, le transfert d'un droit d'auteur peut avoir pour but les utilisations les plus diverses du droit transféré.*

à indicação especificada dos modos de aproveitamento económico da obra surge, precisamente, para evitar as situações de concessões genéricas e imprecisas.

Mas então, pergunta-se, de que forma as exigências legais podem ser satisfeitas?

Apesar de a resposta a esta questão não ser evidente, parece-nos que o requisito de especificação estará satisfeito quando sejam indicados na licença os atos de aproveitamento da obra de uma forma suficientemente precisa, que não levante dúvidas. Tal pode ser feito através de uma referência concreta para as formas de utilização mencionadas no artigo 68.º ou para as constelações, mais ou menos precisas, das faculdades de exploração que emanam do direito de exclusivo (reprodução, distribuição, comunicação e transformação), desde que, em qualquer caso, exista sempre alguma referência aos atos concretos que ficam autorizados pela licença⁽¹⁵⁵⁾. Por exemplo, parece-nos que a mera referência à reprodução da obra será insuficiente para cumprir a exigência legal, uma vez que fica a dúvida sobre saber se o autor quis autorizar apenas a reprodução analógica ou também a reprodução digital, ou se quis autorizar apenas a reprodução permanente ou somente a reprodução temporária, etc.⁽¹⁵⁶⁾.

Des lors, il est important de rédiger l'instrument de transfert avec une grande précision, de spécifier quelle utilisation pourra être faite de l'œuvre transférée, par exemple si la statue ou le tableau peuvent être reproduit dans les but d'en revendre des copies ou s'ils peuvent aussi être représentés dans un livre ou être utilisés dans un film comme objet de décoration ou encore constituer l'élément accrocheur d'une publicité, si une œuvre musicale peut servir pour une chanson ou être utilisée comme musique de film, ou être simplement exécutée à l'occasion d'un concert symphonique" — Précis du Droit Suisse..., ob. cit., p. 288.

⁽¹⁵⁵⁾ A este propósito é de citar FERNAND DE VISSCHER e BENOÎT MICHAUX quando referem que *"le mode d'exploitation dont la loi exige la mention express, est donc une catégorie d'actes d'exploitation, définie à la fois par le droit patrimonial concerne (reproduction, communication) et par un domaine concret, quoique formulé en termes généraux, d'actes visés (...). L'exigence légale est satisfaite dès le moment où sont spécifiés para la clause contractuelle d'une part le droit patrimonial en cause, et, d'autre part, le type de supports (reproduction) ou de modes de communication au public" — Précis du Droit d'Auteur ..., ob. cit., pp. 321-323.*

⁽¹⁵⁶⁾ No mesmo sentido, vide, ALAIN BERENBOOM, *Le Droit D'Auteur*, Maison Ferdinand Larcier, Bruxelas, 1984, p. 96. Explica o autor que *"il faut donc veiller, dans les contrats de cession de droits, à préciser l'objet du droit cédé et éviter les expressions ambiguës comme «droit d'utilisation» ou «cession des droits musicaux»".*

Não se deve esquecer que a razão que justifica esta regulamentação é a proteção do autor (*maxime* do criador intelectual). Como tal, cremos que o princípio base que deve nortear as partes ao estipularem uma licença de exploração deve ser o seguinte: quanto mais precisa e detalhada, mais a licença se aproxima das exigências legais. De facto, por força do princípio da interpretação restritiva favorável ao autor, somos levados a concluir que qualquer situação de dúvida, em que o princípio da funcionalidade não seja suficiente para permitir chegar a uma regulação equilibrada do caso, deve ser resolvida de forma favorável ao titular do direito patrimonial. Por outras palavras, caso se levante uma dúvida sobre se determinada forma de exploração foi ou não concedida através da licença, entendemos que a questão se deve resolver a favor do autor, ou seja, considerando que tal forma de exploração não foi concedida, sendo necessária uma nova autorização (ou licença) para permitir ao utente aproveitar o bem imaterial através de uma forma diferente⁽¹⁵⁷⁾.

Assim, referências genéricas à exploração da obra não devem ser admitidas e mesmo as referências a faculdades de exploração demasiado vagas devem ser temperadas com a referência a atos concretos de exploração, em especial quando, na mesma faculdade, se incluam diversos actos de exploração que consubstanciem, cada um, uma fonte de aproveitamento económico da obra relevante. Voltando ao exemplo anterior, é reconhecido que o direito de reprodução pode abranger tanto a reprodução analógica como a reprodução digital, sendo que cada um destes actos constitui uma fonte de aproveitamento da obra distinto. Assim, propendemos a considerar que uma licença de reprodução de uma obra deverá especificar quais os atos de reprodução abrangidos, sendo insuficiente a mera referência ao ato de reprodução em si.

V. No entanto, também se deve evitar o exagero. Não nos parece imprescindível ser extremamente minucioso ou prever

⁽¹⁵⁷⁾ Neste sentido, ALAIN BERENBOOM, destacando que “*on considère qu’en cas de doute, les cessions s’interprètent restrictivement en faveur de l’auteur*” — *Idem*, p. 97.

todas as variantes de ordem técnica de uma determinada forma de aproveitamento. À partida, e salvo estipulação em contrário, a referência a uma determinada forma técnica de aproveitamento deve abranger todas as formas conhecidas ou típicas.

A nosso ver, um método auxiliar nesta matéria poderá passar pela consideração do tipo de procura de cada modo de aproveitamento da obra. Não raro, cada forma de exploração da obra corresponde a uma diferente procura. Sendo assim, apenas se deverão considerar incluídos na licença aqueles modos de exploração destinados a suprir determinada procura ou, dito de outra maneira, só se devem considerar incluídos na licença aqueles actos direccionados à mesma procura e que não criam nenhum mercado novo^(158/159). Para além deste aspecto, não será despidiendo considerar a circunstância de um ato de exploração, que não surge devidamente reflectido no texto da licença, poder alterar a natureza da utilização económica da obra. Se a resposta a esta questão for positiva, então poderemos estar fora das fronteiras de exploração autorizadas pelo titular do direito patrimonial⁽¹⁶⁰⁾.

A nossa lei, embora de uma forma tímida, é certo, parece dar algum conforto a esta conclusão. Por exemplo, o artigo 127.º, n.º 2, diz que a autorização para a produção cinematográfica implica a

⁽¹⁵⁸⁾ Por exemplo, uma autorização para comunicar a obra ao público através de satélite pode abranger a comunicação ao público através de cabo. Na sua essência, o processo de comunicação da obra permanece intocado. Para além disto, à partida, não existe nenhum mercado diferente entre a procura para serviços de televisão por satélite e a procura para serviços de televisão por cabo. O mercado é o mesmo.

⁽¹⁵⁹⁾ Note-se a este propósito o que referem, com particular lucidez, FERNAND DE VISSCHER e BENOÎT MICHAUX nesta matéria: "*par conséquent, nous pensons que l'exigence légale est satisfaite des le moment où sont spécifiées par la clause contractuelle d'une part le droit patrimonial en cause et, d'autre part, le type de supports (reproduction) ou de modes de communication au public, sans devoir en donner toutes les variantes ou détails et sans avoir égard à des variations d'ordre purement technique qui ne modifient pas réellement la nature économique de l'exploitation, en particulier le public visé*" (sem destaque no original) — *Précis du Droit d'Auteur...*, ob. cit., p. 323.

⁽¹⁶⁰⁾ Procurando dar aqui um exemplo para melhor compreensão. A autorização para a distribuição de uma obra através de CD ou de outras formas semelhantes em termos técnicos, não deve abranger a exploração da obra através da comercialização dos chamados *ringtones*. Neste caso, a utilização de uma obra musical como *ringtone* constitui, na realidade, um ato que altera a natureza de exploração da obra. Por conseguinte, deve considerar-se fora do escopo da licença concedida.

autorização para a distribuição e exibição do filme em salas públicas de cinema. Mas o artigo 127.º, n.º 3, já exige uma autorização adicional para a radiodifusão sonora ou visual da película através de ondas hertzianas, fibras ópticas, cabo ou satélite, e a sua reprodução, exploração, ou exibição sob a forma de videograma. Ora, parece claro que como o mercado da produção cinematográfica é diferente do mercado da radiodifusão visual (com procuras distintas), as autorizações têm que ser diferentes, não se podendo entender que de uma decorre a outra. No mesmo sentido, pode ver-se o artigo 88.º, n.º 2, que indica que a autorização para uma edição da obra não confere ao editor o direito de a traduzir, transformar ou adaptar a outros géneros ou formas de utilização. Tratam-se de públicos diferentes e de formas de aproveitamento que alteram a natureza da exploração comercial da obra.

VI. As considerações anteriores podem parecer demasiado garantísticas dos autores. No entanto, não é assim. Recordamos aqui o importante papel que o princípio da funcionalidade tem neste campo⁽¹⁶¹⁾. Desde que seja possível determinar a finalidade tida por relevante pelas partes na celebração do contrato, através daquele princípio, será possível chegar a uma regulação contratual mais precisa, acabada e aproximada da vontade das partes e, assim, temperar as exigências legais e a leitura que fazemos das mesmas⁽¹⁶²⁾.

Aliás, é de referir que, em alguns casos, o legislador, antecipando as dificuldades das partes em determinar, com a necessária precisão, o conteúdo da licença, veio considerar incluídos neste acto de disposição determinados modos de exploração. O artigo 127.º, n.º 2, já referido, é um bom exemplo nesta matéria. Também os artigos 152.º, n.ºs 1 e 2, depõem no mesmo sentido. O princípio aqui subjacente é o de garantir que a licença serve de título neces-

⁽¹⁶¹⁾ Notamos que a lei espanhola adere expressamente a este princípio ao determinar que a cessão se limitará às formas de utilização que se deduzam da interpretação do contrato e que sejam necessárias para assegurar a finalidade do mesmo (artigo 43(2) do *Real Decreto Legislativo 1/1996*).

⁽¹⁶²⁾ De qualquer forma, não podemos deixar de sustentar que, em caso de dúvida, deve entender-se que a forma de exploração em causa está fora do âmbito contratual traduzido na licença. É a consequência do princípio *in dubio pro autore*.

sário para assegurar a finalidade que as partes tiveram em vista ao celebrar o negócio, mas nada mais do que isso.

VII. Por fim, para além das situações em que não existe uma indicação precisa sobre os modos de aproveitamento concedidos pela licença, suscita-se a questão de saber se é válida a concessão de formas de exploração ainda não conhecidas ou que dependem de tecnologias ignoradas ao tempo da licença⁽¹⁶³⁾. Como já vimos, o direito de exclusivo beneficia do fenómeno da elasticidade, pelo que as formas de exploração da obra que venham a ser criadas pertencem ao autor. A questão que se coloca, portanto, é se este pode antecipadamente dispor das mesmas a favor de um terceiro⁽¹⁶⁴⁾.

⁽¹⁶³⁾ Pode colocar-se a questão de saber qual o momento relevante para questionar a falta de cognoscibilidade da forma de exploração. A nosso ver, a resposta correta é a de que este momento deve ser a data de celebração do contrato. É de mais difícil resolução saber se a questão deve ser abordada do ponto de vista objectivo ou subjetivo. Embora não se trate de uma matéria isenta de dúvidas, parece-nos que o contrato não poderá servir de fonte para uma exploração económica da obra se essa forma de exploração era desconhecida das partes, em especial do autor, à data da celebração do contrato, embora pudesse já ter sido inventada (desconhecimento subjetivo). Desta forma, ainda que a forma de exploração em causa já existisse ao tempo da celebração do contrato, se era desconhecida das partes, tendemos a considerar esta hipótese da mesma forma do que quando a forma de exploração ainda não tinha sido inventada.

⁽¹⁶⁴⁾ Em termos comparados, em França, o artigo L131-6 do *Code de La Propriété Intellectuelle* prevê esta situação, estabelecendo que “*La clause d’une cession qui tend à conférer le droit d’exploiter l’œuvre sous une forme non prévisible ou non prévue à la date du contrat doit être expresse et stipuler une participation corrélative aux profits d’exploitation*”. Já em Espanha, o artigo 43(5) do *Real Decreto Legislativo 1/1996* determina que “*la transmisión de los derechos de explotación no alcanza a las modalidades de utilización o medios de difusión inexistentes o desconocidos al tiempo de la cesión*”. Na Alemanha, durante bastante tempo foi proibido por lei celebrar contratos que tivessem em vista formas de exploração não conhecidas à data do contrato. No entanto, com a alteração à *Urheberrechtsgesetz*, de 2008, o legislador alemão abandonou esta perspectiva. A nova redação dos §31a e §32c vem permitir que o autor conceda direitos de utilização da sua obra através de formas desconhecidas ao tempo do contrato. Existem, contudo, algumas condicionantes. Assim, *em primeiro lugar*, o titular do direito tem de receber uma remuneração adequada pela nova forma de exploração. *Em segundo lugar*, o beneficiário da exploração tem de notificar previamente o titular do direito antes de iniciar a exploração da obra através de um modo não conhecido ao tempo do contrato. Neste caso, o autor tem um período de três meses, a contar da notificação, para se opor à exploração da obra através dessa nova forma. (*cf.*, o §31a deste diploma). Apesar de a solução alemã poder ser uma

Face ao que ficou dito atrás, é patente que a nossa opinião é negativa⁽¹⁶⁵⁾. É negativa não apenas por um argumento de ordem formal, já que o artigo 40.º, n.º 3, exige que os modos de exploração da obra sejam *especificados* (não existindo em Portugal uma cláusula similar à da lei francesa) e, por natureza, não pode haver especificação do que ainda não é conhecido ou não foi inventado⁽¹⁶⁶⁾, mas também, e sobretudo, por uma razão de carácter mais substancial. É que o artigo 68.º, n.º 3, pretende reservar para o titular do direito patrimonial de autor o monopólio de gestão sobre os processos e condições de exploração da sua obra. Quer dizer, o legislador quis reservar ao referido titular o direito de determinar, perante cada forma de exploração, os processos que admite e os que afasta. É quase um “direito a uma primeira decisão” sobre a matéria. Ora, se fosse admitida a disposição antecipada de modos de aproveitamento da obra, estar-se-ia a violar, em nosso entender, este princípio fundamental.

Por conseguinte, recorrendo novamente aqui ao princípio da interpretação restritiva, concluímos que não é válida a concessão antecipada de formas de exploração da obra ainda não conhecidas. A conclusão poderá complicar-se no caso de se tratar de uma forma

melhor forma de compatibilização entre os interesses do autor e os interesses do beneficiário da licença e da comunidade em geral, não nos parece que seja muito diferente da posição defendida no texto. Em qualquer caso, o autor terá de dar a sua anuência à exploração da obra através de novas formas. Num sentido mais aberto para a concessão de formas de exploração desconhecidas, ALAIN BERENBOOM, *Le Droit D’Auteur...*, *ob. cit.*, pp. 101-103. Numa perspectiva de direito inglês, DAVID I. BAINBRIDGE salienta que a questão deve ser primariamente resolvida através da interpretação da vontade das partes no respectivo acordo — *Intellectual Property...*, *ob. cit.*, p. 106.

⁽¹⁶⁵⁾ Também MARIA VICTÓRIA ROCHA aponta neste sentido ao referir que “fica patente que está excluída a possibilidade de atribuir faculdades/poderes de exploração que venham a ser descobertos no futuro, uma vez que não poderão ser objecto de especificação” — *Questões de Forma nos Contratos de Exploração...*, *ob. cit.*, p. 788.

⁽¹⁶⁶⁾ A este propósito, é relevante salientar que o artigo 238.º do CC estabelece, a propósito da interpretação do negócio jurídico, que nos negócios formais a declaração não pode “valer com um sentido que não tenha um mínimo de correspondência no texto do respectivo documento, ainda que imperfeitamente expresso”. Ora, também por aqui se poderia retirar que não tendo determinada forma de exploração sido concedida e estando perante um negócio solene, não se pode retirar da licença aquilo que não encontra o mínimo de expressão no texto do documento, o que pode, de facto, acontecer perante formas de exploração ainda não conhecidas.

de exploração que, à partida, se inclua na finalidade pretendida pelas partes com a concessão da licença. O princípio da funcionalidade poderá ter um importante campo de aplicação nesta matéria. Com efeito, caso se entenda que a nova forma de utilização tinha sido prevista pelas partes e serve para cumprir o objectivo económico do contrato, poder-se-á entender que não é necessário uma nova autorização⁽¹⁶⁷⁾.

De qualquer forma, a interpretação da vontade das partes deverá ser cuidadosamente analisada, na medida em que, em relação a novas formas de exploração, o titular do direito de autor poderá não ter exercido o seu “direito a uma primeira decisão”.

11.2. *Prazo da licença*

A segunda exigência do artigo 41.º, n.º 3, é a indicação do prazo da licença. Também não é difícil antecipar que o interesse tutelado por esta regra é o do autor, exigindo a ponderação das consequências do seu ato no momento da celebração da licença.

Trata-se de matéria que, apesar de ser requerida pelo legislador, é deixada à livre estipulação das partes. De facto, nem mesmo as licenças típicas preveem regras sobre prazo. Assim, é admissível que o contrato tenha uma duração determinada ou determinável ou mesmo indeterminada, com ou sem renovações.

Nos casos de duração determinada ou determinável, a situação mais comum poderá ser a estipulação de uma data concreta, mas não é necessário que assim seja. Com efeito, nada impede as partes de convencionarem a duração da licença para um número preciso de atos de exploração⁽¹⁶⁸⁾, ou ligar o tempo da licença à

⁽¹⁶⁷⁾ Neste sentido, note-se que o acórdão da RL de 07.02.2008 determinou que “*pertencendo em exclusivo ao titular do direito de autor a faculdade de escolher livremente os processos e as condições de utilização da obra (art. 68.º, n.º 3 do CDADC), desde que haja uma nova forma de utilização da obra, tem de haver uma nova autorização, a não ser que, independentemente da sua autonomia, na faculdade acordada se possa ter como implícita, em função do objectivo final por esta perseguido, a autorização de qualquer outra forma de utilização.*”

⁽¹⁶⁸⁾ Assim, por exemplo, autoriza-se a difusão de uma obra na televisão apenas por três vezes.

cessação de efeitos de uma forma de exploração que se prolongue no tempo⁽¹⁶⁹⁾.

Quanto às licenças de duração indeterminada, à partida poderíamos ser tentados a restringir a sua admissibilidade, numa perspectiva de proteção do autor. No entanto, importa aqui não esquecer que é um princípio basilar do direito civil comum a liberdade de desvinculação das partes nos contratos de duração indeterminada. Tal como ensina OLIVEIRA ASCENSÃO, “*se se celebra um contrato sem se marcar um termo, subentende-se, salvo disposição em contrário, a possibilidade de denúncia. Qualquer das partes pode unilateralmente realizar o efeito potestativo de pôr termo à relação*”⁽¹⁷⁰⁾.

Desta forma, propendemos a aceitar que as licenças de exploração da obra possam ter uma duração indeterminada⁽¹⁷¹⁾. A aparente excessividade desta conclusão é temperada pela liberdade de desvinculação reconhecida em termos genéricos, embora tal direito potestativo deva ser exercido em conformidade com os ditames da boa-fé e, portanto, com uma antecedência razoável em relação à data de produção dos seus efeitos.

11.3. Território da licença

I. O terceiro aspecto exigido por lei diz respeito à definição do lugar ou do território da licença. Também aqui estamos perante um aspeto onde existe uma ampla margem de liberdade das partes.

A definição do território onde os atos de exploração concedidos pela licença podem ser praticados é uma forma de garantir ao titular do direito patrimonial de autor a maximização da exploração económica da obra. Assim, e pensando aqui no exemplo paradigmático da edição, o titular do direito poderia conceder a um terceiro o direito de editar e distribuir a obra apenas num país,

⁽¹⁶⁹⁾ Por exemplo, até que determinada edição de uma obra literária se esgote ou até que sejam distribuídas todas as cópias de uma obra artística.

⁽¹⁷⁰⁾ *Direito Civil — Teoria Geral*, vol. III..., *ob. cit.*, p. 334.

⁽¹⁷¹⁾ No mesmo sentido, FERNAND DE VISSCHER e BENOÎT MICHAUX — *Précis du Droit d'Auteur* ..., *ob. cit.*, p. 324.

reservando a possibilidade de vir a conceder a outra entidade o direito de editar a mesma obra numa zona diferente.

Tipicamente, a definição do território onde a licença produz efeitos não levantava problemas de maior. No entanto, com o advento da Internet e a possibilidade de difusão de obras numa rede mundial, esta questão ganhou grande acuidade. Assim, os prestadores de serviços da sociedade de informação são muitas vezes obrigados a instalar mecanismos que permitam detectar a origem de um determinado usuário, restringindo as hipóteses de contratação electrónica aos utilizadores sediados nos países em relação aos quais dispõem de licença para explorar a obra.

II. Para além do que fica dito, convém aqui referir que a definição do território da licença (impedindo os utentes de praticar atos para outros territórios) pode, muitas vezes, levar a uma compartimentação de mercados e assim colidir com as regras de circulação de mercadorias no interior da UE e, também, com as regras de concorrência⁽¹⁷²⁾.

Para além disto, importa ter em atenção que o artigo 68.º, n.º 5, determina que “*os actos de disposição lícitos, mediante a primeira venda ou por outro meio de transferência de propriedade, esgotam o direito de distribuição do original ou de cópias, enquanto exemplares, tangíveis, de uma obra na União Europeia*”. Esta norma consagra a regra do esgotamento ao nível da União Europeia, o que significa que após a primeira venda do original ou de cópias tangíveis de uma obra, estes exemplares passam a poder circular livremente no mercado da União Europeia, sem que o titular do direito de exclusivo se possa opor à sua venda, importação,

⁽¹⁷²⁾ Vide, os artigos 34.º a 36.º e 101.º do TFUE e, a nível interno, o artigo 4.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio. Para uma análise da interação entre as licenças e a defesa da concorrência, pode consultar-se, MÁRIO CASTRO MARQUES, *As Licenças de Direitos da Propriedade Intelectual...*, *ob. cit.*, pp. 327-343. A este propósito, LIONEL BENTLEY e BRAD SHERMAN referem o seguinte: “*restrictions that are geographical in nature are subject to EC rules, so that agreements that are intended to divide up the Common Market will be prohibited*” — *Intellectual Property Law...ob. cit.*, p. 263 e, em termos mais gerais, sobre a interação do Direito de Autor com o Direito da Concorrência da UE, *vide*, pp. 286-294.

distribuição, etc.⁽¹⁷³⁾. Assim, as limitações territoriais, impostas no contrato de licença, não prevalecem em relação à regra do esgotamento.

11.4. Preço da licença⁽¹⁷⁴⁾

I. O último elemento referido no artigo 41.º, n.º 3, diz respeito ao preço da licença. Quanto a este aspecto, diga-se que esta referência não deve ser lida em termos absolutos. De facto, nada impede que as licenças, como os atos de disposição em geral, sejam celebradas a título gratuito⁽¹⁷⁵⁾. A indicação do legislador deve ser lida na decorrência do artigo 41.º, n.º 2, onde se estabeleceu que as licenças se presumem onerosas⁽¹⁷⁶⁾. Esta regra trata-se claramente de uma presunção *iuris tanto*, que só funciona no caso de existir alguma dúvida. Portanto, podemos concluir que as partes são livres de celebrar uma licença a título gratuito.

Podem ainda as partes definir uma contrapartida em espécie. A referência do legislador a um “preço” no artigo 41.º, n.º 3, poderia conduzir à conclusão de que a compensação a atribuir ao autor deveria ter sempre um valor pecuniário. Mas não é assim. A presunção de onerosidade é apenas uma decorrência do princípio geral do artigo 67.º, n.º 2, quanto à finalidade do exclusivo de exploração económica da obra. De facto, o artigo 91.º, n.º 2, ao se referir à retribuição do contrato de edição, admite expressamente a retribuição em espécie, estabelecendo que a compensação do autor

⁽¹⁷³⁾ Sobre o tema, *vide*, em termos específicos, OLIVEIRA ASCENSÃO, “Direito de Distribuição e Esgotamento”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 51, vol. III, Dezembro 1991, pp. 625-639.

⁽¹⁷⁴⁾ Para uma análise do direito francês referente à retribuição do autor, *vide*, a exposição exaustiva de ANDRÉ LUCAS e HENRI-JACQUES LUCAS, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique...*, *ob. cit.*, pp. 423-445.

⁽¹⁷⁵⁾ O artigo 108.º, n.º 3, refere que um caso de licença não onerosa, quando a concessão do direito de representar é feita a amadores.

⁽¹⁷⁶⁾ Esta ideia é depois repisada em inúmeros artigos do CDADC como, por exemplo, nos artigos 91.º, n.º 1, e 159.º, n.º 2, o que demonstra, novamente, a má técnica legislativa utilizada na nossa lei.

pode consistir na atribuição de certo número de exemplares da obra. Não vemos razão que impeça a generalização desta regra, em especial às licenças inominadas, já que nas licenças previstas especialmente no CDADC a extensão desta regra é mais clara, por força do regime de remissões interno deste diploma.

II. A fixação do preço, nos casos em que este existe, está sujeita a ampla liberdade. Basta considerar os artigos específicos da parte especial para perceber esta conclusão⁽¹⁷⁷⁾. Assim, é possível que o valor da retribuição consista: (i) numa quantia certa global; (ii) numa percentagem sobre as receitas de cada ato de exploração da obra (*ex*: venda de cada exemplar ou cada ato de comunicação ao público); (iii) numa quantia concreta por cada ato de exploração ou (iv) qualquer outra forma determinada no contrato.

Havendo uma ampla liberdade nesta matéria, a maior parte das questões levanta-se a propósito de saber que regras aplicar no caso de a compensação não ter sido convencionada. Neste caso, sendo a licença onerosa, compete às partes, em primeira linha, acordar esta matéria. Não havendo acordo, caberá então aos tribunais a difícil tarefa de fixar a remuneração justa, sendo que nos parece que os critérios atrás indicados poderão ser utilizados e adaptados consoante o tipo de licença em causa⁽¹⁷⁸⁾.

Podem ainda levantar-se o mesmo problema quando a remuneração acordada se mostre, original ou supervenientemente, desproporcional face aos benefícios que o licenciado retira da exploração da obra. Vimos atrás que na maior parte dos sistemas jurídicos analisados (Espanha, França e Alemanha) admite-se que o autor solicite uma revisão da remuneração acordada quando se verifica que esta deixou de ser equitativa face aos proveitos que o licenciado retira da obra. Em Portugal, apesar de não existir uma regra específica a este propósito (nem na parte geral nem na parte especial), não vemos razões para limitar esta possibilidade. Nestes casos, parece-nos que o autor, em especial quando se trate da parte con-

⁽¹⁷⁷⁾ Cf., os artigos 91.º e 110.º e o acórdão da RL de 18.12.2008.

⁽¹⁷⁸⁾ Neste sentido, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil. Direito de Autor e Direitos Conexos...*, *ob. cit.*, p. 428.

tratualmente mais fraca, poderá solicitar uma alteração à remuneração acordada⁽¹⁷⁹⁾.

Em termos teóricos, poder-se-ia questionar a aplicação analógica do artigo 49.º, relativo à compensação suplementar, aos contratos de licença. É verdade que, em termos literais, o n.º 1 do referido artigo parece apontar que este mecanismo de “reposição do equilíbrio contratual” só se aplica às situações de transmissão ou oneração. No entanto, como se referiu antes, há situações em que as licenças podem, de facto, ser mais gravosas do que a mera oneração. Basta pensar-se no caso de licenças exclusivas concedidas durante um longo período de tempo. Por esta razão, à partida, não afastamos a hipótese de aplicar o artigo 49.º às licenças, em especial quando exista uma manifesta desproporção entre os proventos auferidos pelo licenciado em relação à retribuição acordada com o autor.

III. Por fim, diga-se que quando a concessão da licença é onerosa, entendemos, à partida, que a ausência de exploração da licença não afecta a obrigação de pagamento do preço⁽¹⁸⁰⁾. Esta situação pode, contudo, levantar alguns problemas quando a remuneração é fixada atendendo aos resultados da utilização da obra⁽¹⁸¹⁾. No entanto, parece-nos que o autor terá sempre direito a uma remuneração, ainda que o licenciado, por razões não imputáveis ao licenciante, não explore a obra objecto da licença.

⁽¹⁷⁹⁾ É de notar aqui que o *Real Decreto Legislativo 1/1996* (artigo 47) o *Code de La Propriété Intellectuelle* (artigo L131-5) e a *Urheberrechtsgesetz* (o §32a) admitem plenamente esta hipótese, sendo uma solução que merece a nossa concordância.

⁽¹⁸⁰⁾ No mesmo sentido, KAMEN TROLLER, *Précis du Droit Suisse...*, *ob. cit.*, p. 297.

⁽¹⁸¹⁾ Neste caso, KAMEN TROLLER salienta o seguinte: “*Pour se prémunir contre l’inactivité du preneur (...), le donneur peut assortir la redevance proportionnelle d’une redevance minimale fixe ou proportionnelle (la redevance minimale de licence). Celle-ci lui assure un revenu minimum dans le cas où le preneur n’exploite pas (ou insuffisamment) les droits qui lui ont été octroyés*” — *Idem*, p. 297.

11.5. *Segue: consequências da falta de indicação dos elementos exigidos por lei*

I. Analisados que estão os elementos que o legislador exigiu como «conteúdo mínimo» das licenças de exploração da obra, é tempo de saber qual a consequência para a falta de indicação dos referidos elementos⁽¹⁸²⁾.

Comece-se por referir que, ao contrário do que o legislador definiu sobre a forma das transmissões e das onerações (artigos 43.º, n.º 2, e 44.º), cominando com a nulidade a ausência de forma, nada se prevê para as situações em que as partes não respeitam o conteúdo mínimo do ato de disposição relevante, *in casu*, das licenças. Assim, surge efetivamente a dúvida sobre qual a sanção — se é que existe alguma — quando as partes não estipulam nada sobre os requisitos mínimos exigidos por lei. A questão torna-se problemática porque, como referimos acima, o CDADC não prevê normas supletivas que possam integrar e complementar a regulação contratual definida pelas partes.

O problema agudiza-se se pensarmos que a sanção poderá ser a ineficácia, em sentido amplo, do negócio para a produção dos seus efeitos prototípicos. De entre o quadro geral das ineficácias do negócio jurídico⁽¹⁸³⁾, avulta a questão das invalidades, ou seja, em regra, a nulidade e a anulabilidade. Assim, perante uma licença que não cumpre os requisitos definidos no CDADC pode questionar-se a sua validade à luz das regras gerais da eficácia do negócio jurídico, cabendo depois perceber se a sanção em causa deve ser a nulidade ou a anulabilidade⁽¹⁸⁴⁾.

⁽¹⁸²⁾ Diga-se que esta questão só se levanta a propósito dos elementos especificamente exigidos no CDADC. Quanto aos restantes elementos tipicamente acordados pelas partes, a sua ausência não acarreta qualquer consequência do ponto de vista legal.

⁽¹⁸³⁾ Sobre o tema, *vide*, MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral, Tomo I...*, *ob. cit.*, pp. 856 e segs.

⁽¹⁸⁴⁾ Não é claro, muitas vezes, distinguir estas situações quando a lei nada refere, como acontece no caso do artigo 41.º, n.º 3. Tem-se entendido, contudo, que existirá nulidade quando falte algum elemento essencial do negócio, como é o caso da vontade ou do objecto, ou quando exista contrariedade à lei imperativa (artigo 298.º do CC). Por estas razões, MENEZES CORDEIRO conclui que “a nulidade é o tipo residual da ineficácia;

Há autores que entendem que a falta de qualquer um dos elementos exigidos por lei conduz à invalidade do negócio⁽¹⁸⁵⁾. Temos, contudo, um entendimento diferente. Com efeito, parece-nos que o nosso legislador nem sempre considerou os aspectos referidos no artigo 41.º, n.º 3, como elementos essenciais do negócio. Assim, ao invés de se retirar uma conclusão genérica para todos os elementos referidos neste artigo, parece-nos mais rigoroso e ajustado analisar cada um destes aspectos, verificando qual a consequência legal da sua ausência do texto da licença.

II. Começando pelo mais fácil. Quanto ao *preço*, já acima indicámos que não se trata de um elemento essencial das licenças. O artigo 41.º, n.º 2, refere apenas que as licenças se presumem onerosas, mas nada impede que as partes decidam celebrar uma licença a título gratuito. Por estas razões, não nos parece que a ausência de indicação do preço na licença conduza a alguma sanção legal, muito menos que seja suficiente para sujeitar a licença em causa ao regime da invalidade⁽¹⁸⁶⁾. Na ausência de uma estipulação concreta sobre o preço, presume-se que a autorização é onerosa (*cf.*, artigo 41.º, n.º 2). A forma de remuneração poderá ser posteriormente acordada⁽¹⁸⁷⁾. Na falta de acordo, competirá, em última instância, ao tribunal fixar uma remuneração equitativa, tendo em atenção as especiais condicionantes do Direito de Autor.

perante uma falha negocial, quando a lei não determine outra saída, a consequência é a nulidade” — *Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral, Tomo I...*, *ob. cit.*, p. 860.

⁽¹⁸⁵⁾ É o caso de LUIZ FRANCISCO REBELLO, *Introdução ao Direito de Autor...*, *ob. cit.*, p. 137.

⁽¹⁸⁶⁾ OLIVEIRA ASCENSÃO também refere que a ausência de indicação de remuneração não parece apontar para a invalidade. Aliás, este autor salienta a dificuldade em determinar a sanção para a inobservância desta regra. Conclui por referir que estamos perante uma regra imperfeita — *Direito Civil. Direito de Autor e Direitos Conexos...*, *ob. cit.*, p. 428.

⁽¹⁸⁷⁾ No sentido exposto no texto, note-se o decidido no acórdão do STJ de 15.12.1998. Neste aresto, o Tribunal decidiu que “*da presunção legal de onerosidade da autorização decorre que a eventual omissão do escrito a respeito do preço, não sendo causa de nulidade, não significa que o mesmo não seja devido, podendo a sua exigência ter lugar em momento posterior*” (sem destaque no original).

Entender de forma diferente, seria esvaziar de conteúdo útil a presunção do n.º 2 do artigo 41.º. De facto, se nos casos em que as partes nada estipulassem sobre a matéria a autorização fosse inválida, então a presunção teria muito pouco sentido⁽¹⁸⁸⁾.

III. A nosso ver, é de concluir de igual forma no que toca ao *tempo* da licença. Também referimos acima que não nos parece que uma licença por tempo indeterminado seja *contra legem*, principalmente porque o sistema jurídico permite uma desvinculação a qualquer tempo de negócios de duração indeterminada, pelo que, o autor tem sempre esta proteção do seu lado. Assim, nada impede que as partes convençionem que a licença de exploração é de duração indeterminada.

A questão coloca-se noutros termos quando as partes nada digam sobre a matéria. Em nosso entender, aqui há duas possibilidades: ou se entende que a licença é de duração indeterminada (admissível, como vimos) ou então suscita-se a aplicação analógica do artigo 43.º, n.º 4. Determina esta norma que “*se a transmissão ou oneração forem transitórias e não se tiver estabelecido duração, presume-se que a vigência máxima é de 25 anos em geral e de 10 anos nos casos de obra fotográfica ou de arte aplicada*”. Admitindo como válida — como parece ser o caso — que as licenças podem, do ponto de vista do autor, ser mais gravosas do que as onerações, parece-nos que está aberto o caminho para a aplicação deste regime às licenças⁽¹⁸⁹⁾.

Em qualquer um dos casos, é possível complementar o conteúdo do negócio jurídico, recorrendo quer às regras do Código Civil, quer ao próprio regime do CDADC⁽¹⁹⁰⁾, assegurando sempre

⁽¹⁸⁸⁾ Concordamos aqui com MARIA VICTÓRIA ROCHA quando refere que “*nada constando quando ao preço, presume-se que a autorização é onerosa. Parece, então, que o montante acordado poderá ser objecto de prova, nos termos gerais, através de outros elementos retirados do quadro negocial*” — Questões de Forma nos Contratos de Exploração..., *ob. cit.*, p. 783.

⁽¹⁸⁹⁾ No sentido de admitir a aplicação analógica do artigo 43.º, n.º 4, às licenças, em especial quando existe exclusivo, *vide*, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil. Direito de Autor e Direitos Conexos...*, *ob. cit.*, p. 385.

⁽¹⁹⁰⁾ Saber que regra aplicar exigirá uma ponderação dos vários elementos que rodearam o negócio e, também, do tipo de licença em causa.

a proteção do autor. Por isto, consideramos que, à partida, a ausência de uma estipulação concreta sobre o prazo da licença não deve conduzir à invalidade da mesma⁽¹⁹¹⁾. Parece-nos que se trata de uma sanção demasiado pesada quando o sistema jurídico, considerado como um todo, dispõe de meios suficientes para garantir a subsistência do negócio jurídico. Também assim se dá cumprimento ao princípio geral de melhor aproveitamento dos negócios jurídicos.

IV. Tendemos a manifestar a mesma conclusão no que toca ao elemento *lugar* das licenças. De facto, parece-nos excessivo considerar o negócio inválido apenas e só pela circunstância de nele não se mencionar o lugar de exploração. Todavia, a ausência de indicações sobre o lugar de exploração pode ser mais problemática, na medida em que não existe uma norma que possa suplementar a falta de autoregulação das partes. De qualquer forma, inexistindo elementos interpretativos, entendemos que haverá que considerar a licença restrita ao território português⁽¹⁹²⁾. Afinal, tal é a conclusão que resulta do fenómeno da territorialidade dos direitos de autor, nada mais⁽¹⁹³⁾.

⁽¹⁹¹⁾ Em sentido contrário, defendendo a invalidade da licença, FERNAND DE VISCHER e BENOÎT MICHAUX, *Précis du Droit d'Auteur...*, *ob. cit.*, p. 325 e, para a maior parte dos casos, MARIA VICTÓRIA ROCHA, *Questões de Forma nos Contratos de Exploração...*, *ob. cit.*, p. 782.

⁽¹⁹²⁾ Notamos que na lei espanhola (*cf.*, artigo 43/2 do *Real Decreto Legislativo 1/1996*) contempla expressamente a solução de considerar o ato de disposição limitado ao país em que ocorreu a cessão.

⁽¹⁹³⁾ Deve referir-se que MARIA VICTÓRIA ROCHA tem um entendimento diferente — *Questões de Forma nos Contratos de Exploração...*, *ob. cit.*, p. 782. Entende esta autora — de uma forma que nos parece, porventura, exagerada — que “*se faltar a menção ao lugar, a nulidade parece-nos também a consequência normal, uma vez que de outro modo não se determina o âmbito espacial do contrato*”. Todavia, a autora acaba por chegar à mesma solução apresentada no texto, embora o faça por considerar que a parte final do artigo 41.º, n.º 3, ou seja, quanto às condições de tempo, lugar e preço, é meramente uma exigência *ad probationem*. Não concordamos com o caminho percorrido pela autora para chegar a esta conclusão. A nosso ver, é mais rigoroso e substancial procurar perceber a importância de cada um dos elementos referidos no artigo 41.º, no quadro do regime protetor do direito de autor, do que realizar uma mera interpretação literal, que coteja a primeira parte do n.º 3 deste artigo com a última.

V. Até agora concluímos que a ausência dos elementos *preço, tempo e lugar* não dão lugar à invalidade da licença. Já o mesmo não se deve concluir, a nosso ver, a propósito do último elemento exigido pelo artigo 41.º, n.º 3, ou seja, a indicação das formas autorizadas de divulgação, publicação e utilização da obra.

Com efeito, este é, a nosso ver, o núcleo central das licenças, o aspecto fulcral cuja falta inquina todo o negócio e deve conduzir à sua invalidade. De facto, nos casos em que nada se dispõe sobre as formas autorizadas de exploração da obra, ou o que se dispõe é insuficiente para permitir chegar a uma conclusão segura sobre a finalidade pretendida pelas partes, por força das características do direito de exclusivo, não vemos qualquer possibilidade de aproveitar o negócio jurídico, sendo este ineficaz para produzir os seus efeitos.

Principalmente nas licenças inominadas, o legislador não previu qualquer tipo de norma que pudesse suprir a ausência de uma estipulação concreta das partes nesta matéria⁽¹⁹⁴⁾. No que toca às modalidades de exploração da obra admitidas, cabe às partes a especial responsabilidade de definirem o conteúdo do negócio. Na sua falta, o negócio é defeituoso e de forma a assegurar a defesa do autor, mas também a segurança no comércio jurídico, tendemos a considerar que o negócio será inválido.

VI. Sendo esta a conclusão que retiramos da análise ao regime legal, importa agora apurar qual a concreta invalidade em causa. Será a nulidade ou a mera anulabilidade? Ora, face ao que ficou exposto, não há dúvidas de que para nós a estipulação sobre as formas de exploração admitidas é um elemento essencial e imprescindível das licenças. Desta forma, na ausência de uma consequência clara no CDADC, seguimos aqui a orientação de MENEZES CORDEIRO⁽¹⁹⁵⁾, que considera que a nulidade é o tipo residual

⁽¹⁹⁴⁾ Como se viu anteriormente, nas licenças nominadas o legislador, em diversas situações, previu uma extensão aos conteúdos das licenças, de forma a garantir que estas seriam aptas a assegurar a finalidade das partes. Não existe qualquer norma semelhante para as licenças inominadas.

⁽¹⁹⁵⁾ *Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral, Tomo I...*, ob. cit., p. 860.

de falha negocial quando a lei não determine outra consequência, em especial, quando falta um elemento essencial do negócio, o que é aqui o caso, a nosso ver⁽¹⁹⁶⁾.

Por conseguinte, concluímos que as licenças onde (i) falte a estipulação sobre os modos de aproveitamento económico autorizados ou (ii) exista uma deficiência insanável das cláusulas acordadas pelas partes, são nulas, não produzindo, por isso, quaisquer efeitos⁽¹⁹⁷⁾.

§ 12.º Modalidades de licenças

I. Do que vêm sendo dito resulta evidente que as licenças de exploração podem assumir várias modalidades. Na realidade, podem combinar-se entre si, para dar origem a modelos mais ou menos complexos. Tudo dependerá da vontade das partes.

No que respeita à categorização das licenças de exploração da obra, há que reconhecer que o nosso legislador foi muito parco em palavras. Esta é uma matéria em que a “arrumação” das várias modalidades de licenças resulta, em primeira linha, de um esforço interpretativo. Com efeito, no artigo 41.º, n.º 2, o legislador refere apenas que *“a autorização a que se refere o número anterior só pode ser concedida por escrito, presumindo-se a sua onerosidade e carácter não exclusivo”* (sem destaque no original). É verdade

⁽¹⁹⁶⁾ No direito francês, que tem uma redação próxima do direito nacional, ANDRÉ LUCAS e HENRI-JACQUES LUCAS defendem uma posição idêntica à apresentada no texto: *“(…) les mentions exigées par l'article L.131-3 [“La transmission des droits de l'auteur est subordonnée à la condition que chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession et que le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et quant à la durée”] alinéa 1er, doivent être interprétées restrictivement. Mais il faut noter dès maintenant que le contrat qui ne les comporterait pas serait privé d'efficacité, d'où s'ensuivrait la nullité pour absence d'objet” — Traité de la Propriété Littéraire et Artistique... , ob. cit., p. 402.*

⁽¹⁹⁷⁾ No sentido exposto, FERNAND DE VISSCHER e BENOÎT MICHAUX, *Précis du Droit d'Auteur...*, ob. cit., p. 320, salientando que a nulidade poderá afectar a totalidade do contrato ou apenas os modos de exploração em relação aos quais existe uma ausência ou uma deficiência insanável de estipulação das partes.

que daqui resultam duas potenciais modalidades de licenças de exploração. Mas há mais.

II. Uma primeira distinção que se pode traçar nesta matéria é entre *licenças nominadas*, que o CDADC trata na parte especial, e *inominadas*, cujo regime, ainda que parcelar, resulta dos artigos 40.º e segs. Este é um primeiro critério de distinção que não é de somenos importância, já que o regime não é totalmente idêntico, existindo aspectos particulares das licenças nominadas, como já se referiu.

Pode ainda distinguir-se as licenças consoante o seu facto constitutivo. Assim, teríamos as *licenças voluntárias* por contraposição às *licenças obrigatórias ou legais*⁽¹⁹⁸⁾. Em termos simples, a diferença entre estas modalidades de licença radica na circunstância de nas licenças voluntárias ser essencial a expressão de vontade do titular do direito de autor, enquanto pressuposto para que uma outra pessoa pratique sobre a obra determinados atos de explora-

(198) Tipicamente, a doutrina distingue entre licenças legais e licenças obrigatórias ou, numa outra terminologia, compulsórias. Nas primeiras, as obras protegidas podem ser utilizadas livremente, desde que o utilizador pague a quantia determinada por uma autoridade competente. Nas segundas, o titular do direito de autor pode ser obrigado a conceder uma autorização, mas não fica privado de negociar as condições dessa autorização, pese embora, na falta de acordo, a determinação do montante da remuneração seja da responsabilidade de uma autoridade administrativa ou judiciária. Segundo OLIVEIRA ASCENSÃO, um exemplo de licença legal encontra-se no artigo 70.º, n.º 3. Todavia, este autor refere que as licenças legais não seriam verdadeiras licenças, mas sim limites ao direito de autor. Concordamos com esta posição na medida em que, a referência a licenças legais abarcaria realidades que, em bom rigor, constituem limites ao direito de autor, como é o caso das utilizações livres (*cf.*, artigo 75.º). O mesmo autor refere, como exemplo das licenças compulsórias, os artigos 52.º e 53.º. Outros casos de licenças obrigatórias, como a licença de tradução prevista na Convenção Universal, foram recusados pelo legislador nacional. A Convenção de Berna só reserva aos Estados a possibilidade de introduzir licenças deste tipo em relação a certas modalidades de utilização (reprodução de obras musicais e radio-difusão). *Cf.*, os artigos 13.º, al. 1, e 11.º *bis*, al. 2. Sobre o tema, *vide*, OLIVEIRA ASCENSÃO, A 'Licença' no Direito Intelectual..., *ob. cit.*, pp. 95 e 96, MARGARIDA ALMEIDA ROCHA, *Novas Tecnologias de Comunicação e Direito de Autor*, SPA, 1986, pp. 41 e segs., LUIZ FRANCISCO REBELLO, *Introdução ao Direito de Autor*..., *ob. cit.*, pp. 218 e segs., ALAIN BERENBOOM, *Le Droit D' Auteur*..., *ob. cit.*, pp. 103-105, e, na perspectiva da propriedade industrial, RÉMÉDIO MARQUES, *Licenças (Voluntárias) e Obrigatórias de Direitos de Propriedade Industrial*, Almedina, 2008, pp. 191 e segs.

ção. Já nas licenças obrigatórias, a vontade do titular do direito deixa de ser relevante, sendo uma entidade administrativa quem define as condições de utilização da obra.

Outro critério de distinção poderá ser a existência ou não de compensação como correlativo da concessão da licença. Como vimos, o CDADC apenas presume que as licenças são onerosas, mas não impede que a licença seja concedida a título gratuito. Assim, poder-se-ia distinguir entre *licenças onerosas* e *licenças gratuitas*.

As licenças podem ainda distinguir-se consoante o território para que foram concedidas. Haveria assim *licenças regionais* ou *multi-regionais* (que poderá ser relevante em países com regiões cultural ou legalmente distintas), *nacionais* ou *multi-nacionais* e mesmo *licenças mundiais*.

Um outro critério de distinção pode ser o próprio conteúdo das licenças. Como se viu atrás, a licença pode abranger uma única forma de exploração da obra (*ex*: recitação ao público) ou ter um conteúdo mais vasto, abrangendo diversas formas de exploração (*ex*: reprodução de uma obra literária em suporte escrito e a representação da mesma). Adicionalmente, as licenças podem também ter como objecto uma única obra ou então várias obras, presentes ou futuras. Assim, naquele caso, teríamos uma *licença singular* e neste uma *licença multi-obras* (no sentido de que abrangeria mais do que uma obra)⁽¹⁹⁹⁾.

Por outro lado, atendendo ao beneficiário da licença, poderíamos ter *licenças individuais*, que têm como beneficiário uma única entidade, ou *licenças colectivas*, que abrangem vários destinatários, concretizados no título da licença ou através de um critério demarcador⁽²⁰⁰⁾. Um outro critério de distinção é o da exclusivi-

⁽¹⁹⁹⁾ Neste sentido, tal como referido atrás, note-se que o artigo 85.º admite expressamente que o contrato de edição tenha por objecto uma ou mais obras, pelo que é perfeitamente admissível uma licença multi-obra.

⁽²⁰⁰⁾ As licenças colectivas levantam problemas particulares, já que, na maior parte dos casos, são utilizadas pelos organismos de gestão colectiva de direitos de autor. Sobre esta problemática, ligada à disponibilização de obras no mundo digital, *vide*, DEBORAH DE ANGELIS, “Le Licenze Collettive Estese e la Condivisione di Opere Dell’Ingegno sulle Reti Peer-to-Peer”, in *Il Diritto di Autore*, Ano LXXX, Julho-Setembro, n.º 3, Giuffrè Editore, 2009, pp 408-417.

dade ou não da licença. Enfim, a nossa lei é particularmente aberta a diversas modalidades de licenças de exploração.

III. Pela sua relevância, vale a pena atentar com maior pormenor na distinção entre licenças exclusivas e não exclusivas. Em termos genéricos, licença exclusiva é aquela em que o titular do direito patrimonial de autor se obriga a não conceder uma licença, com o mesmo conteúdo da anterior, ou com um conteúdo que possa conflitar com essa, durante todo o tempo em que a licença exclusiva durar⁽²⁰¹⁾. Trata-se de uma forma de defesa do licenciado, que muitas vezes incorre em custos elevados para realizar a exploração económica da obra. Através de uma licença exclusiva, o beneficiário fica investido num direito de aproveitamento económico da obra, de acordo com as formas de utilização autorizadas, sem a concorrência de outros sujeitos.

Importa notar que hoje em dia as licenças exclusivas se generalizaram, com isso privando os criadores intelectuais de uma maior flexibilidade na gestão das suas obras do ponto de vista económico. Na verdade, as licenças exclusivas acabam por constituir um limite ao artigo 68.º, n.º 4, na medida em que retira ao autor a liberdade de exercer, por si ou através de um terceiro, os modos de

(201) O CDADC não contém qualquer noção de licença exclusiva. No entanto, é de salientar que, num domínio paralelo, o CPI define licença exclusiva no artigo 32.º, n.º 6, como “aquela em que o titular do direito renuncia à faculdade de conceder outras licenças para os direitos objecto de licença, enquanto esta se mantiver em vigor”. O traço mais característico da licença exclusiva é, precisamente, a circunstância de o titular do direito em causa se obrigar a não conceder novas licenças que possam conflitar com a concedida. Esta característica existe tanto no Direito Industrial como no Direito de Autor. Segundo LIONEL BENTLEY e BRAD SHERMAN: “An exclusive licence is an agreement according to which a copyright owner permits the licensee to use the copyright work. At the same time, the copyright owner also promises that they will not grant any other licences and will not exploit the work themselves. The legal consequence of this is that the licence confers a right in respect of the copyright work to the exclusion of all others including the licensor” — *Intellectual Property Law... ob. cit.*, p. 265. No mesmo sentido, DAVID I. BAINBRIDGE, *Intellectual Property... ob. cit.*, p. 104. Como se verá mais abaixo, não concordamos com a última parte do texto, na medida em que não nos parece que a exclusão do autor da exploração da obra seja um elemento essencial da licença exclusiva. De referir que, no direito inglês, a concessão de uma licença exclusiva acaba por ter os mesmo efeitos práticos do que uma transmissão do direito de autor, dado que o licenciado exclusivo tem os mesmos poderes, em termos legais, do que o transmissário.

aproveitamento da obra que foram cedidos a título exclusivo. Todavia, mantém-se o princípio da autonomia das formas de aproveitamento da obra, pelo que todas as formas de utilização que não tenham sido expressamente concedidas ou que não sejam necessárias para atingir a finalidade do contrato em causa, podem ser livremente exercidas pelo autor ou por terceiros por si autorizados, sem que isso afecte a licença exclusiva.

Uma vez que a exclusividade limita a possibilidade de exploração da obra, compreende-se a opção do legislador em determinar que, para que esta exista, tem que resultar de estipulação contratual. No silêncio do contrato, a licença presume-se não exclusiva. Há, contudo, excepções a esta regra geral.

Uma delas decorre do artigo 88.º, n.º 3, quando se determina que o contrato de edição *“inibe o autor de fazer ou autorizar nova edição da mesma obra na mesma língua, no País ou no estrangeiro, enquanto não estiver esgotada a edição anterior o não tiver decorrido o prazo estipulado”*⁽²⁰²⁾. Outra das excepções previstas no CDADC está contida no artigo 128.º, n.º 1, a propósito do contrato de produção cinematográfica. Aqui se determina que *“a autorização dada pelos autores para a produção cinematográfica de uma obra, quer composta para esta forma de expressão quer adaptada, implica a concessão de exclusivo, salvo convenção em contrário”*. Também aqui se admite que as partes disciplinem esta matéria de outra forma, pelo que esta excepção não tem um campo de aplicação muito importante.

Assim, podemos concluir que, na vasta maioria dos casos, quando o contrato de licença nada disponha sobre a matéria, aplica-se a regra geral da não exclusividade.

⁽²⁰²⁾ Esta regra de exclusividade encerra, ela própria, várias excepções. Assim, pode ser afastada por estipulação em contrário (artigo 88.º, n.º 3, 1.ª parte); não se aplica se sobrevierem circunstâncias tais que prejudiquem o interesse da edição e tornem necessária a remodelação ou actualização da obra (artigo 88.º, n.º 3, parte final) e não vale nos casos em que tenha sido contratada apenas a edição separada de cada obra, tendo o autor, neste caso, livre disponibilidade para conceder uma licença para a edição completa ou conjunta da sua obra a outro editor (artigo 103.º, n.º 1). Estas excepções são de tal ordem que nos arriscaríamos a dizer que o artigo 88.º, n.º 3, na realidade, não é uma excepção muito relevante à regra geral da não exclusividade das licenças.

Poder-se-á, contudo, perguntar se a estipulação de uma cláusula de exclusividade apenas limita o titular do direito a conceder uma licença conflituante a terceiros ou se, para além disso, também condiciona a própria liberdade de o titular efetuar, por si próprio, a exploração da obra através do modo de aproveitamento concedido com exclusividade? A pergunta é pertinente e não oferecendo o nosso legislador uma noção de licença exclusiva, não raro haverá casos em que as partes não disciplinam em toda a sua plenitude esta matéria.

Supomos que esta questão deva ser, primariamente, resolvida pelas partes. Pode existir uma exclusividade apenas perante terceiros ou perante terceiros e o próprio autor. Caberá às partes acordar os termos concretos desta cláusula. Todavia, consideramos que caso a cláusula estipulada pelas partes não seja clara e não existam elementos acessórios que permitam esclarecer o sentido da vontade das partes, a cláusula de exclusividade deve ser interpretada restritivamente a favor do autor. Assim, só lhe estaria vedada conceder novas licenças a terceiros, mas não explorar, por si próprio, a obra⁽²⁰³⁾. Notamos, no entanto, que esta não é a solução consagrada em Espanha⁽²⁰⁴⁾ e no Reino Unido⁽²⁰⁵⁾. Já na Alemanha, admite-se que a utilização pelo autor fique ressalvada desde que essa seja a vontade das partes⁽²⁰⁶⁾.

IV. A licença não exclusiva (ou simples), tal como o nome indica, permite que o titular do direito patrimonial de autor con-

⁽²⁰³⁾ Deve referir-se que no domínio paralelo da propriedade industrial, esta questão é resolvida nos termos indicados no texto. De facto, o artigo 32.º, n.º 7, do CPI determina que “*a concessão da licença de exploração exclusiva não obsta a que o titular possa, também, explorar diretamente o direito objecto de licença, salvo estipulação em contrário*” (sem destaque no original). Quer isto portanto dizer que a concessão de uma licença exclusiva só inibe o licenciante no sentido de não conceder a terceiros novas licenças, mas não o priva de explorar diretamente o direito objecto da licença, excepto se existir estipulação em contrário. Parece-nos que esta conclusão pode ser facilmente importada para o Direito de Autor. Em sentido contrário, KAMEN TROLLER, *Précis du Droit Suisse...*, *ob. cit.*, p. 295.

⁽²⁰⁴⁾ Cf., o artigo 48(1) do *Real Decreto Legislativo 1/1996*.

⁽²⁰⁵⁾ Cf., artigo 92 do *Copyright, Designs and Patents Act*.

⁽²⁰⁶⁾ Cf., o §31 (3) da *Urheberrechtsgesetz*.

ceda licenças a terceiros com conteúdos potencialmente conflitantes, sem que com isso entre em incumprimento contratual. Assim sendo, a licença não exclusiva é uma forma de garantir a maximização da sua obra. Por exemplo, será lícito ao criador de uma obra intelectual autorizar mais do que um empresário a promover a representação da sua obra, porventura distinguindo o território em que cada representação pode ter lugar.

§ 13.º Posição jurídica das partes

A celebração de uma licença de exploração institui uma relação jurídica com contornos que podem ser mais ou menos complexos consoante o tipo de licença em causa, a sua finalidade e a autorregulação instituída pelas partes. Tanto o licenciante como o licenciado ficam, no âmbito daquela relação, com uma posição jurídica composta por situações jurídicas distintas.

Dada a latitude de cada constelação de direitos e obrigações imaginável, é de todo impossível oferecer um quadro completo da posição jurídica das partes nos contratos de licença de exploração da obra. Todavia, não nos parece inexequível nem despiciendo apontar alguns dos elementos mais característicos que podem servir para gizar, ainda que com alguma vacuidade, a posição das partes nestes contratos. Para isso, a nosso ver, importa considerar as características destes atos e, sobretudo, o regime tipificado na “parte especial” do CDADC, ou seja, a regulamentação própria de cada tipo nominado de licença.

Importa ainda ressaltar que a tentativa de definição de um quadro sistemático nesta matéria é prejudicada pelo facto de a maior parte das normas do CDADC, a propósito do direito contratual de autor, serem de natureza supletiva (*cf.* artigo 113.º, n.º 1), pelo que as partes podem licitamente decidir afastar-se do modelo típico delineado por lei.

13.1. *Posição jurídica do autor*

I. A nosso ver, a posição jurídica do autor nos contratos de licença pode ser construída atendendo a alguns artigos específicos da parte especial onde a matéria surge com maior acutilância. Assim, para além de outras normas que fomos citando ao longo deste trabalho, é esta a situação dos artigos 86.º, n.º 7, 89.º, 94.º, n.ºs 1 e 4, 97.º, 98.º, 105.º, n.º 2, 110.º, n.º 3, 113.º, 122.º, n.ºs 1 e 2, 134.º, n.º 2, 142.º, 143.º, 144.º, n.º 3, 154.º, 160.º e 161.º. Se atentarmos nestas disposições percebe-se que o legislador consagrou um conjunto de direitos e obrigações, no que toca às licenças de exploração, que poderíamos tentar categorizar da seguinte forma.

II. Do ponto de vista patrimonial, o principal direito do autor é o *direito à retribuição*. Já vimos em que é que este direito se caracteriza e também concluímos que não é um elemento fundamental das licenças de exploração.

Outro dos direitos do autor pode ser genericamente apelidado de *direito de fiscalização*. Este direito surge de forma clara nos artigos 86.º, n.º 7, 110.º, n.º 3, 113.º, n.º 1, *f*), e 143.º. Através de uma leitura e interpretação teleológica destas normas podemos afirmar, sem grande margem para erro, que o escopo deste poder é, sobretudo, permitir ao autor controlar a aplicação do seu direito à retribuição⁽²⁰⁷⁾ e verificar se os limites da licença, particularmente de ordem quantitativa (*ex*: número de exemplares autorizados por edição) ou qualitativa (*ex*: qualidade ou técnica de impressão ou fixação⁽²⁰⁸⁾ e, até mesmo, da representação da sua obra), são respeitados pelo licenciado.

⁽²⁰⁷⁾ Neste sentido, note-se que o artigo 96.º estabelece a prestação de contas do editor ao autor nos casos em que a retribuição depende dos resultados da venda ou nos casos em que o seu pagamento for subordinado à evolução desta. Trata-se aqui, mais uma vez, de um mecanismo destinado a permitir ao autor controlar a forma de cálculo e de pagamento da retribuição que lhe é devida. De forma a garantir a exequibilidade deste direito, o artigo 96.º, n.º 3, determina que o editor deve facultar ao autor ou ao seu representante os elementos da sua escrita que sejam indispensáveis para a boa verificação das contas. É um preceito que nos parece que deve ser generalizado aos restantes contratos.

⁽²⁰⁸⁾ O artigo 144.º, n.º 3, é um bom exemplo nesta matéria, na medida em que confere o direito ao autor de fazer cessar a exploração da obra sempre que a qualidade técnica da fixação comprometer a correta comunicação da obra.

A nosso ver, é esta a principal finalidade do poder de fiscalização, o que não impede que possa assumir outros contornos, mais ou menos complexos. Além do mais, a existência de um poder de fiscalização é reflexo do facto de que a celebração de um contrato de licença não tem efeitos sobre a titularidade do direito patrimonial do autor. Continuando o autor a ser titular deste direito, é importante que tenha meios que lhe garantam o controlo sobre os seus ativos patrimoniais. Ora, é precisamente para isso que este poder de fiscalização serve.

O *direito à identificação do autor* é outra situação jurídica ativa que decorre de forma evidente das normas citadas atrás (artigos 97.º, 122.º, n.º 1, 134.º, n.º 2, 142.º, 154.º, 160.º, n.º 3 e 161.º). Em rigor, não se trata aqui de um direito de conteúdo patrimonial, mas sim de um direito moral. A sua sede legal genérica é o artigo 28.º, e esta é uma das situações em que a intersecção dos direitos morais e patrimoniais se manifesta.

O direito à identificação não é mais do que a possibilidade, atribuída ao autor, de associar uma determinada obra à sua esfera criativa, ainda (e especialmente nestes casos) que esta seja explorada por terceiros. Como consideramos este elemento um aspecto marcante da posição do autor nas licenças de exploração, caso nada seja indicado no contrato ou existam dúvidas sobre a forma de identificação do autor, entendemos que será da responsabilidade do licenciado sanar a dúvida, questionando o autor sobre o modo de identificação que prefere. Caso contrário, poderá existir violação de contrato ou da lei que pode justificar a resolução do contrato (artigo 106.º, n.º 1, *d*) parte final).

Acresce que do conjunto de normas que referimos no início parece resultar que o autor tem um *direito ao controlo prévio* das formas de exploração da sua obra. Este direito emerge dos artigos 94.º, n.º 1, 98.º, 113.º, n.º 1 e 160.º, n.º 2. A nosso ver, este direito destina-se a tutelar, em primeira linha, interesses pessoais do autor, relacionados⁽²⁰⁹⁾ com a essência da sua obra e/ou com a

⁽²⁰⁹⁾ Concordamos, por isso, com OLIVEIRA ASCENSÃO quando este refere que a maior parte dos poderes conferidos ao autor no artigo 113.º (que é uma das normas mais importantes nesta matéria) são de ordem pessoal — *Direito Civil. Direito de Autor e Direitos Conexos...*, *ob. cit.*, p. 460.

qualidade que deve exigir dos atos de exploração exercidos sobre a obra.

De facto, na maior parte dos casos, a exploração de uma obra literária ou artística por um terceiro pode provocar alguma tensão com a essência criativa da obra e, conseqüentemente, afectar a marca e o cunho pessoal do autor. Acresce que o autor pode ter um interesse legítimo em evitar ficar associado a determinadas formas de exploração que poderiam depreciar a obra e afectar a sua reputação ou que não tenham a qualidade exigida. Compreende-se, portanto, que o legislador tenha sujeitado determinados atos de exploração a um controlo prévio do autor.

Esta conclusão resulta muito clara do facto de ser no contrato de representação cénica⁽²¹⁰⁾ que o direito de controlo prévio do autor é mais extenso. Com efeito, neste caso, o legislador atribuiu ao autor o direito de, por exemplo, ser ouvido sobre a distribuição dos papéis, sobre a escolha de colaboradores da realização artística e (chega mesmo ao ponto de permitir ao autor) opor-se à exibição enquanto não considerar o espetáculo suficientemente ensaiado. É também esta ordem de razões que justifica, em nosso entender, que as reproduções dos exemplares de obras plásticas, ou similares, só possam ser postas à venda quanto o autor aprovar o exemplar que lhe tenha sido submetido a exame.

Em qualquer situação, deve entender-se que o autor só pode exercer este direito (que é particularmente gravoso do ponto de vista do licenciado) de acordo com os ditames da boa-fé (artigo 113.º, n.º 1 *f*), parte final), sendo aqui plenamente aplicável o critério corretor do artigo 334.º do CC, que veda o exercício de um direito quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico do direito.

⁽²¹⁰⁾ Fica a dúvida sobre as razões que terão levado o legislador a não prever idênticos poderes, pelo menos de forma expressa, no caso do contrato de produção cinematográfica, já que a semelhança de situações poderia justificar um tratamento idêntico. De qualquer forma, é de notar que o artigo 139.º, n.º 1, determina que “*ao contrato de produção cinematográfica são aplicáveis, com as necessárias adaptações, as disposições relativas ao contrato de edição, representação e execução*”, o que lança a dúvida sobre saber se os direitos do autor consagrados no artigo 113.º podem ou não ser aplicados no caso da produção cinematográfica.

Para além do direito de controlo prévio, parece-nos ser possível descortinar, nas várias regras citadas acima, um *direito à introdução de modificações*⁽²¹¹⁾. Este direito pode desdobrar-se em várias situações. Por um lado, pode estar em causa a mera introdução de modificações no suporte corpóreo da obra (artigo 94.º, n.º 4), situação que está muito próxima do direito de controlo prévio que referimos atrás e cujas finalidades são semelhantes; por outro lado, admite-se que o autor possa, após a celebração de uma licença de exploração, modificar a sua obra (artigo 105.º, n.º 2, e 113.º, n.º 1 a)), desde que não implique modificação substancial da obra primitiva, não diminua o seu interesse dramático ou espetacular nem prejudique a programação dos ensaios e a representação.

III. Do lado das situações passivas nos contratos de licença, a prestação principal do autor é, sem dúvida, *proporcionar ao licenciado o aproveitamento ou o gozo da obra*. Nalguns casos, a conduta a que o autor está vinculado pode envolver uma obrigação de conteúdo positivo (de *facere* ou mesmo de *dare*), como, por exemplo, entregar ao licenciado o *corpus mechanicum* da obra, de forma a permitir a sua exploração. Este aspecto resulta claro do artigo 89.º, n.º 1. Aí se estabelece que “*o autor obriga-se a proporcionar ao editor os meios necessários para cumprimento do contrato, devendo, nomeadamente, entregar, nos prazos convencionados, o original da obra objecto da edição em condições de poder fazer-se a reprodução*”.

No entanto, na prestação principal do autor pode também estar envolvida uma obrigação de conteúdo negativo (de *non facere*). Em especial nas licenças exclusivas, o autor não deve perturbar o gozo da obra por parte do licenciado, não concedendo novas licenças de exploração nem praticando, por ele próprio (caso esta restrição seja acordada), atos de exploração económicos sobre

(211) Neste sentido, para o contrato de edição, mas num sentido que nos parece generalizável, KAMEN TROLLER, explicando que “*l’auteur conserve, pendant l’exécution du contrat d’édition et même pendant la réalisation de la reproduction de l’œuvre, le droit d’améliorer l’œuvre ou d’y apporter des corrections. Il va de soi que ces modifications ne doivent pas intervenir en temps inopportun ni nuire aux intérêts de l’éditeur ou lui rendre plus difficile l’exécution du contrat (...)*” — *Précis du Droit Suisse...*, ob cit., p. 291.

a obra. Por fim, não é de negar a hipótese de a prestação do autor ser qualificada como obrigação de *patti*, ou seja de suportar ou tolerar um atividade que, na falta da licença de exploração, se poderia opor. Só no caso concreto se poderá perceber, com maior rigor, que tipo de prestações vinculam o autor.

Num outro quadrante, é de notar que outra obrigação relevante do autor é a de assegurar a genuidade da sua obra, protegendo assim o licenciado contra atos de usurpação⁽²¹²⁾.

13.2. Posição jurídica do licenciado

I. Tendo presente as advertências feitas no início deste capítulo, consideramos que a posição jurídica do licenciado pode ser alicerçada de forma idêntica à que utilizámos para definir a posição do autor.

Claro que as situações jurídicas ativas na esfera do autor terão como correlativo as situações jurídicas passivas na esfera do licenciado, designadamente obrigações e deveres. Assim, à partida, pode concluir-se, em termos genéricos, que os direitos do autor indicados atrás corresponderão a obrigações, em regra de *facere*, de *non facere* e de *dare* para o licenciado⁽²¹³⁾. No entanto, para além disto, através da consideração de alguns artigos específicos da parte especial do direito contratual de autor é possível avançar um pouco mais na construção jurídica da posição do licenciado. É aqui o caso dos artigos 90.º, 93.º, 95.º, 96.º, n.º 3, 105.º, n.º 4, 111.º, 115.º, 122.º, n.º 3, 143.º, n.º 3 e 162.º.

⁽²¹²⁾ Neste sentido, embora somente a propósito do contrato de edição, ISABEL ESPÍN ALBA, *Contrato de Edición Literaria...*, *ob. cit.*, pp. 351 e segs.

⁽²¹³⁾ Assim, por exemplo, o direito de retribuição do autor terá como correlativo uma obrigação pecuniária do licenciado. O direito de identificação terá como correlativo a obrigação do licenciado de colocação do nome do autor nos suportes de exploração da obra autorizados. O direito de fiscalização do autor terá como corresponde uma obrigação de *facere* do licenciado, consubstanciando-se esta na obrigação de conceder acesso ao autor, ou aos seus representantes, aos arquivos e escrituração do licenciado.

II. Daquilo que foi sendo exposto atrás, em particular no que toca à definição do conteúdo da licença, é manifesto que o *direito* mais relevante do ponto de vista do licenciado é o *de explorar e utilizar a obra*. Claro que o seu direito de gozo e fruição se deve ater aos modos, termos e condições definidos na licença e autorizados pelo autor. O CDADC contém diversas referências no sentido de que qualquer modo de aproveitamento que não tenha sido especificadamente autorizado deve ser objecto de nova autorização por parte do autor⁽²¹⁴⁾. A regulação do direito contratual de autor por parte do CDADC contém insíto um princípio que impede o licenciado de utilizar a obra de forma diversa da que foi autorizada ou para uma finalidade distinta.

Importa, contudo, não esquecer o campo de aplicação relevante dos princípios de interpretação contratual atrás analisados e, bem assim, a possibilidade de existirem autorizações implícitas⁽²¹⁵⁾ ou tácitas, admitidas em termos gerais.

Ainda em termos de direitos, é de salientar que o licenciado tem o *direito de introduzir alterações na obra*, desde que estas não afectem a sua essência ou substância. É o que resulta dos artigos 93.º e 95.º. Estes artigos traduzem, em termos contratuais, o que vimos atrás a propósito do direito à integridade da obra (direito pessoal), que permite as modificações que não afectam a honra e reputação do autor (artigo 56.º, n.º 1). É por este critério que nos parece que o direito concedido ao licenciado deve ser lido e interpretado.

Este direito, apesar de consagrado especificamente para o caso da edição, na realidade, decorre de um princípio geral do Direito de Autor, pelo que, à partida, deve ser considerado extensível a todas as licenças de exploração, permitindo ao licenciado introduzir modificações na obra, desde que não impliquem alterações na sua substância ou essência.

⁽²¹⁴⁾ Neste sentido, *cf.*, a título de exemplo, os artigos 127.º, n.ºs 3 e 4, 129.º e 152.º, n.º 1.

⁽²¹⁵⁾ Um dos exemplos desta matéria decorre do artigo 129.º, n.º 2. Aqui se dispõe que a “*autorização para a exibição ou distribuição de filme estrangeiro em Portugal confere implicitamente autorização para a tradução ou dobragem*” (sem destaque no original). Em sentido semelhante, note-se o artigo 150.º.

III. Do ponto de vista das obrigações, decorre claramente dos artigos citados a obrigação de utilizar a obra de acordo com o *zelo e diligência necessários*, de forma a assegurar o sucesso dos atos de exploração (artigos 90.º, n.º 1, e 115.º, n.º 2 parte final). Neste sentido, o licenciado deve também assegurar a existência e a aplicação dos meios técnicos adequados para atingir esse escopo (artigo 115.º, n.º 2, parte inicial).

É também patente que o licenciado tem uma *obrigação de evidenciar a existência de autorização do autor para a utilização da obra*. Esta obrigação decorre dos artigos 111.º, 122.º, n.º 3 e 143.º, n.º 3, em termos tais que pode ser generalizada a todas as licenças de exploração. Assim, sempre que tal lhe for requerido, compete ao licenciado fazer prova, perante as autoridades competentes, de que dispõe da autorização necessária para a prática dos atos em causa. Nesta matéria intervêm interesses que não se destinam meramente a proteger o autor. É também a segurança, qualidade e confiança no tráfego que são salvaguardadas com esta exigência legal.

Tem sido muito discutido se o licenciado tem uma *obrigação ou um dever de utilização*. Se as partes acordarem neste sentido, não nos parece que se levante nenhum problema de maior. A questão surge, com maior acuidade, no silêncio do contrato.

Ao abordar esta questão, OLIVEIRA ASCENSÃO considera que a resposta deve ser negativa: “*não vemos nenhuma base para isso na lei portuguesa. Nos termos gerais, o titular fica com a faculdade de utilizar ou não*”. Mais à frente, referindo-se ao disposto no artigo 43.º, n.º 5⁽²¹⁶⁾, referente às onerações, entende que “*aqui há ónus e não dever de usar. O titular usará se quiser evitar a caducidade mas não pratica nenhum ilícito não usando. Essa caducidade é aplicável por analogia às licenças (...)*”⁽²¹⁷⁾. Salvo o devido res-

⁽²¹⁶⁾ Neste artigo o legislador determinou que “*o exclusivo outorgado caduca, porém, se, decorrido o prazo de sete anos, a obra não tiver sido utilizada*”.

⁽²¹⁷⁾ *Direito Civil. Direito de Autor e Direitos Conexos...*, ob. cit., pp. 390 e segs. Há, todavia, que notar que numa obra mais recente, o insigne Professor parece ter abandonado esta perspetiva, na medida em que defende, em termos gerais, que a não exploração da licença constitui uma inobservância do princípio da função social, embora pareça que apenas aplica esta consequência às situações constitutivas de direitos intelectuais oponí-

peito, não seguimos a orientação do insigne Professor nesta matéria, por três ordens de razões.

Em *primeiro lugar*, de um ponto de vista formal, há diversos artigos na parte especial do direito contratual de autor que têm como finalidade impedir uma situação de inação do licenciado. É o caso dos artigos 90.º, n.º 2, 105.º, n.º 4, 115.º, n.º 1, 136.º, que podem depois ser extensíveis às restantes modalidades de exploração por força da técnica de remissões internas do CDADC. Parece, assim, que foi propósito intencional do legislador, pelo menos no caso das licenças de exploração, não permitir uma situação de inação do licenciado, impondo-lhe prazos de exploração, mas também uma obrigação (referente ao contrato de edição mas extensível a outras formas de exploração) de manter permanentemente abastecido o mercado com cópias da obra do autor⁽²¹⁸⁾.

Em *segundo lugar*, no nosso entendimento, admitir que um licenciado, munido de um direito de exploração da obra, nada fizesse relativamente à mesma, seria contrariar a função, económica e social deste direito⁽²¹⁹⁾, assim como a finalidade pretendida pelas partes. Por esta razão, também por aqui nos parece que existe um claro dever de uso.

Por fim, não nos parece que a resolução desta questão deva ser idêntica nos casos de oneração e das licenças. Os direitos em causa são distintos, pelo que devem ser resolvidos de forma diferente.

veis *erga omnes* e não às que têm efeitos meramente obrigacionais — A ‘Licença’ no Direito Intelectual..., *ob. cit.*, p. 111.

⁽²¹⁸⁾ Existe uma situação ainda mais manifesta do que o exemplo indicado no texto. É o que decorre do artigo 90.º, n.º 4, onde o legislador expressamente estabeleceu que “*se a obra versar sobre assunto de grande actualidade ou de natureza tal que perca o interesse ou a oportunidade em caso de demora na publicação, o editor será obrigado a dar início imediato à reprodução e a tê-la concluída em prazo susceptível de evitar os prejuízos da perda referida*”. Daqui resulta claramente que existe uma obrigação de exploração.

⁽²¹⁹⁾ Numa perspectiva próxima, CARLOS OLAVO considera que o beneficiário de uma licença de marca tem a obrigação de explorar este sinal distintivo. Caso o não faça, estará a exceder manifestamente os limites impostos pelo fim económico do direito, pelo que a sua atuação seria ilegítima à luz do artigo 334.º do CC — Contrato de Licença de Exploração de Marca..., *ob. cit.*, p. 108.

Por estas razões, concluímos, portanto, que nos casos das licenças de exploração existe efetivamente um dever de uso (ou poder-dever) por parte do licenciado⁽²²⁰⁾.

A questão que agora se põe é a seguinte: no silêncio do contrato, como é que poderá o autor reagir perante uma situação de inação do licenciado? No caso dos contratos referidos no CDADC a questão, à partida, está ultrapassada. Aplicam-se as regras específicas, colocando-se apenas a questão de saber se as normas previstas podem ou não ser extensíveis, de acordo com o regime de remissões internas do CDADC, aos contratos que nada dispõem sobre o assunto.

Contudo, a questão ganha particular relevância no caso de licenças inominadas. Sendo a licença exclusiva, OLIVEIRA ASCENÇÃO parece aplicar o artigo 43.º, n.º 5, por analogia⁽²²¹⁾. Já se a licença não for exclusiva, a lei não oferece uma resposta ao problema, parecendo então que o licenciado poderia decidir não utilizar a obra durante todo o período de duração do respectivo contrato. Trata-se aqui, mais uma vez, de uma consequência da má técnica legislativa.

De qualquer forma, apesar de reconhecermos que, no caso das licenças exclusivas, esta discussão pode ganhar uma dimensão especial — já que a inexistência de uma obrigação de exploração, eventualmente cumulada com uma inibição contratual que impeça o autor de conceder novas licenças, pode, de facto, levar à completa ausência de exploração da obra — entendemos que mesmo nas licenças não exclusivas deve concluir-se que existe uma obrigatoriedade de exploração, atribuindo ao titular do direito patrimonial um direito de resolução do respectivo contrato caso este dever seja incumprido (*cf.* artigo 106.º, n.º 1 *d*) para o caso de resolução).

⁽²²⁰⁾ No mesmo sentido, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos da Propriedade Intelectual...*, *ob. cit.*, p. 20. No direito francês, *vide*, FERNAND DE VISSCHER e BENOÎT MICHAUX, *Précis du Droit d'Auteur...*, *ob. cit.*, pp. 331 e 332. Em geral, e no mesmo sentido do texto, KAMEN TROLLER, *Précis du Droit Suisse...*, *ob. cit.*, p. 298. É de notar, a este propósito, que esta é a solução da lei alemã quando o licenciado não faz uso da licença ou usa-a de forma deficiente (*cf.*, o §41 da *Urheberrechtsgesetz*).

⁽²²¹⁾ *Direito Civil. Direito de Autor e Direitos Conexos...*, *ob. cit.*, p. 385.

§ 14.º Efeitos, conflitos e oponibilidade do contrato de licença⁽²²²⁾

I. Segundo o artigo 41.º, n.º 1, “*a simples autorização concedida a terceiros para divulgar, publicar ou explorar a obra por qualquer processo não implica a transmissão do direito de autor sobre ela*”. Este artigo não é mais do que o corolário da diferença entre transmissões e autorizações que analisámos atrás.

Em termos simples, daqui resulta que a concessão de uma licença de exploração da obra não tem qualquer efeito translativo sobre o direito patrimonial de autor. Este continua na esfera jurídica do respectivo titular. Tal como se viu atrás, enquanto na transmissão total é o próprio direito patrimonial de autor que se transfere para a esfera do transmissário — assumindo este a posição do autor nos termos legais (artigo 27.º, n.º 3), em especial no que toca à exploração da obra (artigos 67.º e 68.º) — nas meras autorizações ou licenças não há qualquer cessão nem do direito patrimonial de autor nem de faculdades de exploração da obra.

Esta característica intrínseca das licenças é repisada — talvez de forma mais clara — no artigo 88.º n.ºs 1 e 2, a propósito do contrato de edição. Aqui se estabelece que “*o contrato de edição não implica a transmissão, permanente ou temporária, para o editor do direito de publicar a obra, mas apenas a concessão de autorização para reproduzir e comercializar nos precisos termos do contrato. A autorização para a edição não confere ao editor o direito de traduzir a obra, de a transformar ou adaptar a outros géneros ou formas de utilização, direito esse que fica reservado ao autor*”. Apesar de não surgir afirmada, pelo menos de forma tão expressa⁽²²³⁾, a propósito de outras licenças de Direito de Autor, é inequívoco que se trata de uma regra transversal nesta matéria. Neste sentido depõe o facto de o artigo 41.º, n.º 1, constar do regime geral e tam-

⁽²²²⁾ De salientar que quando nos referimos à oponibilidade do contrato de licença, na realidade, estamos a referir-nos à oponibilidade não do contrato em si, mas sim dos direitos e obrigações constituídos através dele.

⁽²²³⁾ A verdade é que em diversos artigos surge esta ideia de que a autorização não vai além do que foi concedido e, portanto, não implica qualquer transmissão do direito patrimonial. Cf., neste sentido, os artigos 129.º, n.º 1, e 146.º.

bém do facto de o contrato de edição ser o tipo contratual paradigmático nesta matéria.

II. Não havendo transmissão, o que haverá então?

Como se viu, através das licenças constitui-se um direito novo na esfera do licenciado, permitindo a este participar no exclusivo de exploração da obra nos termos estipulados na licença, ou seja, dentro dos limites, nas condições e para os fins determinados pelo autor⁽²²⁴⁾. Trata-se de um direito de natureza e características diferentes do direito de autor, o qual permanece na esfera do respectivo titular. Enquanto nos contratos de transmissão e de oneração derivam direitos iguais, na sua natureza, ao direito de autor, tal não acontece nas licenças.

A celebração de um contrato de licença cria, para o titular do direito de autor, a obrigação de proporcionar ao licenciado o aproveitamento ou o gozo da obra. Através da sua prestação, o titular do direito de autor levanta, em favor do beneficiário da licença, a restrição que emerge, em geral, do direito de exclusivo para qualquer pessoa, permitindo ao beneficiário retirar da exploração da obra determinadas utilidades económicas.

Neste sentido, a nosso ver, mediante o contrato de licença cria-se um direito pessoal de gozo sobre a coisa incorpórea objecto do contrato⁽²²⁵⁾ a favor do licenciado. Não nos parece que se possa

(224) A este propósito, e apesar de não concordarmos na totalidade com o seu pensamento, em particular no que toca à natureza jurídica do direito de autor, ALEXANDRE DIAS PEREIRA sustenta que “*ao passo que a transmissão significa que o titular dos direitos abdica do exclusivo que a sua qualidade lhe reserva em relação às faculdades ou modos de utilização que são objecto de disposição, na autorização de utilização ou exploração não há cessão dessas faculdades, ainda que seja estipulada cláusula de exclusividade. Na primeira situação, o transmissário ou cessionário adquire a propriedade das faculdades (ou modos) de utilização da obra dispostos no contrato, podendo, nessa medida, por exemplo, transmiti-las a terceiros. Na segunda situação, o utilizador participa, sine domino, no exclusivo de exploração da obra nos termos estipulados na licença, não podendo, por isso, em princípio, dispor ou onerar, total ou parcialmente, os seus direitos*” — *Direitos de Autor...*, *ob. cit.*, p. 466. Vide, ainda, LUIZ FRANCISCO REBELLO, *Introdução ao Direito de Autor...*, *ob. cit.*, p. 135.

(225) Neste sentido, ANTÓNIO MACEDO VITORINO, *A Eficácia ...*, *ob. cit.*, p. 190 e ALEXANDRE DIAS PEREIRA, *Direitos de Autor...*, *ob. cit.*, p. 198. Também CLÁUDIA TRABUCO parece considerar que a celebração de um contrato de edição cria um direito pessoal de gozo na esfera do editor — *Contrato de Edição...*, *ob. cit.*, p. 294.

qualificar o direito criado pelo contrato de licença como um mero direito de crédito. Com efeito, através da licença não surge apenas o direito a uma prestação do autor (direito de crédito). Essa prestação até pode existir, mas não nos parece que seja o aspecto fulcral do contrato. O aspecto fulcral é, antes de mais, a possibilidade de o licenciado gozar uma coisa incorpórea, sendo esta, como vimos, o objecto mediato do contrato. É esta especificidade que nos faz propender para classificar tal direito com um direito pessoal de gozo⁽²²⁶⁾.

Em nosso entender, a categoria geral dos direitos pessoais de gozo permite confortar a realidade jurídica das licenças de direito de autor. De facto, os direitos pessoais de gozo (como o do locatário, comodatário e parceiro pensador), atribuem ao seu titular os poderes de usar e fruir uma coisa (no caso do direito de autor, um bem imaterial), à partida, sem necessidade da intermediação de outrem (ou seja sem necessidade de o gozo lhe ser assegurado pelo concedente). Ora, é precisamente isto o que acontece nas licenças de direito de autor. Através da celebração da licença, o beneficiário adquire o direito, nos termos e com o conteúdo definido na licença, de gozar um bem imaterial⁽²²⁷⁾. A colaboração do autor, podendo existir (como no caso da entrega do suporte material da obra) não é, a nosso ver, um elemento determinante. Além do mais, o gozo da obra é feito sem a intermediação do autor.

⁽²²⁶⁾ Não desconhecemos aqui a polémica que rodeia a categorização dos direitos pessoais de gozo, em especial quanto ao seu conteúdo e natureza. Sobre o tema, *vide*, por todos, JOSÉ ANDRADE MESQUITA, *Direitos Pessoais de Gozo*, Almedina, 1999, em especial, pp. 10-25 e 85 e segs. De qualquer forma, parece-nos que a discussão tem estado intimamente relacionada com os direitos pessoais de gozo sobre coisas corpóreas, sendo aí que se digladiam a maior parte das doutrinas sobre estes direitos. Não existe, contudo, um trabalho aprofundado no que toca aos direitos pessoais de gozo sobre coisas incorpóreas. A nosso ver, este aspecto não deve limitar a conclusão exposta no texto, até porque a figura dos direitos pessoais de gozo é genericamente admitida no seio do domínio do direito de autor. Neste sentido, *vide*, ALEXANDRE DIAS PEREIRA, *Direitos de Autor...*, *ob. cit.*, p. 199.

⁽²²⁷⁾ No sentido de que os direitos pessoais de gozo podem ter como objecto uma coisa incorpórea, NUNO PINTO OLIVEIRA, *Direito das Obrigações*, vol. I, Almedina, 2005, p. 246.

Num outro quadrante, pese embora a questão da natureza dos direitos pessoais de gozo não seja pacífica⁽²²⁸⁾, a nosso ver, através da licença de direito de autor só se produzem efeitos obrigacionais⁽²²⁹⁾. A conclusão seria diferente no caso dos contratos de transmissão ou de oneração, de onde derivam, direitos absolutos, dotados de oponibilidade *erga omnes*.

III. A constituição, através da licença, de um direito *ex novo*, qualificado como direito pessoal de gozo sobre uma coisa incorpórea, permite resolver o problema da constituição de licenças incompatíveis entre si, ou seja, de licenças que criam direitos de gozo inconciliáveis⁽²³⁰⁾.

Como já se viu atrás, é perfeitamente possível que sobre a mesma obra coexistam licenças de exploração, exclusivas e não exclusivas. O artigo 68.º, n.º 4, ao consagrar o princípio da autonomia dos modos de utilização, potencia a existência de conflitos ou de colisão de direitos. Não custa configurar uma hipótese em que o titular do direito de autor concede duas licenças incompatíveis entre si. Em tese, há três situações de potencial incompatibilidade que podem ser diferenciadas: (i) entre licenças não exclusivas; (ii) entre uma licença não exclusiva e uma licença exclusiva e (iii) entre licenças exclusivas.

Quanto a estas situações, é de referir que, em rigor, o primeiro caso não gera qualquer tipo de incompatibilidade. Com efeito, as licenças não exclusivas, por natureza, não impedem o titular de direito de autor de conceder licenças com o mesmo objecto a favor de pessoas diferentes. Por conseguinte, não há qualquer incompatibilidade entre duas licenças não exclusivas⁽²³¹⁾. Ambas podem coexistir.

⁽²²⁸⁾ Vide, por todos, MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, vol. I, Introdução. Da Constituição das Obrigações, 8.ª ed., Almedina, 2009, pp. 106-111.

⁽²²⁹⁾ Desta conclusão decorre que, a nosso ver, os direitos pessoais de gozo não são, na sua natureza, direitos reais. Vide, MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, vol. I..., *ob. cit.*, p. 111, que entende que os direitos pessoais de gozo, na sua natureza, são direitos de crédito.

⁽²³⁰⁾ Sobre o tema, vide, ANTÓNIO MACEDO VITORINO, *A Eficácia ...*, *ob. cit.*, pp. 180-188 e 201 e segs., e VITTORIO M. DE SANCTIS e MARIO FABIANI, *I Contratti di Diritto di Autore...*, *ob. cit.*, pp. 23-26.

⁽²³¹⁾ Segundo ANTÓNIO MACEDO VITORINO, “(...) só existirá uma incompatibili

No caso de duas licenças exclusivas, à partida, o conflito deverá ser resolvido através do critério do artigo 407.º do CC, o qual determina que “*quando, por contratos sucessivos, se constituírem, a favor de pessoas diferentes, mas sobre a mesma coisa, direitos pessoais de gozo incompatíveis entre si, prevalece o direito mais antigo em data, sem prejuízo das regras próprias do registo*”⁽²³²⁾. De acordo com este artigo, deve prevalecer o direito registado em primeiro lugar ou, faltando o registo, deve prevalecer o direito primariamente constituído⁽²³³⁾. Como vimos atrás, as licenças não são registáveis, pelo que se aplica o segundo critério. Desta forma, valerá a licença constituída em primeiro lugar.

Por fim, os casos em que exista uma potencial incompatibilidade entre uma licença não exclusiva, concedida em primeiro lugar⁽²³⁴⁾, e uma licença exclusiva são os de mais difícil resolução. Em bom rigor, nestes casos, não existe qualquer lesão para o titular da licença não exclusiva (que saberá, de antemão, que o seu direito de exploração poderá coexistir com outros direitos), mas meramente para o titular da licença exclusiva. Nesta matéria, não concordámos com ANTÓNIO MACEDO VITORINO, quando refere que neste grupo de casos não há qualquer incompatibilidade⁽²³⁵⁾. Na realidade, a manutenção de uma licença não exclusiva poderá limi-

dade entre duas licenças se, pelo menos, uma delas for exclusiva, porque as licenças simples pressupõem a possibilidade de concorrência no gozo material da obra, à qual corresponde a definição formal da não-exclusividade da relação jurídica entre o dono da obra e o concessionário da faculdade de exploração” — *Idem*, p. 204.

⁽²³²⁾ Embora o artigo 407.º seja maioritariamente aplicado aos casos de conflitos de direitos sobre coisas corpóreas, não vemos razões para não aplicar regra idêntica no caso de direitos sobre coisas imateriais. Qualquer conflito entre duas licenças terá, por isso, que reger-se pelo princípio consagrado neste artigo.

⁽²³³⁾ Para uma discussão sobre qual o momento relevante para efeitos do artigo 407.º do CC, se o momento da celebração do contrato, se o momento de início da exploração consentida, *vide*, ANTÓNIO MACEDO VITORINO, *Idem*, pp. 205 e segs. Este autor conclui, a propósito das licenças, que “*a regra da prioridade do direito primeiramente constituído não poderá reportar-se à data da celebração do contrato, mas ao momento em que a obrigação de proporcionar o gozo se torna exigível (...)*” (p. 212).

⁽²³⁴⁾ Se a licença não exclusiva for concedida em segundo lugar e se envolver a atribuição de um direito de gozo já concedido através de uma licença exclusiva, não há qualquer incompatibilidade. O direito do titular de uma licença exclusiva deve prevalecer sobre os direitos posteriormente constituídos que com este forem incompatíveis.

⁽²³⁵⁾ *A Eficácia ...*, *ob. cit.*, pp. 203 e 245.

tar as possibilidades de gozo sobre a obra concedidas ao titular da licença exclusiva⁽²³⁶⁾. Portanto, há efetivamente uma incompatibilidade que o Direito terá que resolver.

Uma vez que, no nosso entender, não existe uma diferença substancial, em termos de natureza jurídica, entre os direitos criados através da licença exclusiva e da licença não exclusiva⁽²³⁷⁾ (em ambos os casos estamos perante direitos pessoais de gozo), tendemos a considerar que a licença exclusiva não prejudica as licenças não exclusivas constituídas em momento anterior. Esta conclusão é, naturalmente, adoptada sem prejuízo do eventual direito de indemnização que o titular da licença exclusiva poderá ter contra o autor da obra⁽²³⁸⁾.

IV. Por outro lado, atendendo a que a concessão de uma licença não tem qualquer efeito na titularidade do direito de autor, o licenciado não pode, sem autorização do licenciante, ceder os direitos emergentes do contrato de licença. Trata-se aqui do fenómeno tipicamente designado por “ultradisposição”⁽²³⁹⁾ que nos

⁽²³⁶⁾ De notar que não haverá qualquer incompatibilidade quando a licença não exclusiva e a licença exclusiva, apesar de terem por objecto a mesma obra, tenham conteúdos diferentes no que toca aos modos de exploração da obra. Assim, só quando digam respeito aos mesmo modos de exploração é que o conflito surge em toda a sua dimensão.

⁽²³⁷⁾ Por conseguinte, não consideramos que os titulares de licenças não exclusivas gozem de “oponibilidade fraca”.

⁽²³⁸⁾ Sobre o incumprimento dos contratos de licença de exploração, *vide*, MENEZES LEITÃO, “Os Efeitos do Incumprimento dos Contratos de Propriedade Intelectual”, in *Contratos de Direito de Autor...*, *ob. cit.*, pp. 123 a 125.

⁽²³⁹⁾ OLIVEIRA ASCENSÃO distingue as situações consoante esteja em causa uma transmissão, uma oneração ou uma mera autorização. No primeiro caso, não há qualquer limite às ultradisposições. Como se referiu, o adquirente do direito patrimonial de autor, na sua globalidade, assume as vestes de autor para todos os efeitos legais, podendo, naturalmente, transmitir, onerar o seu direito ou conceder licenças de exploração sobre a obra sem necessidade de consentimento do titular originário. No caso das onerações, OLIVEIRA ASCENSÃO admite que possam existir disposições contratuais que limitem o beneficiário do direito derivado. Contudo, nas autorizações, o autor refere que os direitos derivados serão transmissíveis consoante os princípios gerais sobre transmissibilidade aplicáveis ao caso concreto. As limitações que existem são, portanto, as que derivam do regime geral dos contratos, ou seja, assim nos parece, as limitações da cessão da posição contratual (artigo 424.º CC) e da cessão de créditos (artigo 577.º CC) — *Direito Civil. Direito de Autor e Direitos Conexos...*, *ob. cit.*, pp. 393-396.

parece que, no caso das licenças de direito de autor, está vedado por lei.

De facto, em geral, as licenças são intransmissíveis⁽²⁴⁰⁾. Apesar de não ser uma regra que decorra, de forma expressa, do regime dos artigos 40.º e segs.⁽²⁴¹⁾, a verdade é que se trata de um aspecto afirmado por diversas vezes a propósito das licenças nominadas e que decorre da própria natureza do direito do licenciado. No artigo 100.º, por exemplo, este aspecto ressalta à vista, já que se estabelece que “*o editor não pode, sem o consentimento do autor, transferir para terceiros, a título gratuito ou oneroso, direitos seus emergentes do contrato de edição (...)*”. A mesma ideia resulta ainda dos artigos 118.º e 145.º.

Desta forma, em regra, tendemos a concluir que o titular da licença, nominada ou inominada, não pode transmitir o seu direito para terceiro, a não ser que o titular do direito patrimonial tenha nisso consentido⁽²⁴²⁾. A nossa lei é menos clara no que toca a saber se o beneficiário de uma licença pode constituir direitos novos, na esfera de terceiros, sem o consentimento do titular do direito de raiz. Em nosso entender, por força dos argumentos atrás indicados, tendemos a negar esta possibilidade, que poderia ganhar uma relevância especial ao nível das licenças exclusivas⁽²⁴³⁾.

Há, contudo, a exceção do trespasse de estabelecimento nos artigos 100.º e 145.º. Trata-se de uma exceção generalizada a todos os tipos de licenças nominadas e que, em nosso entender, se deve

⁽²⁴⁰⁾ Vide, ANTÓNIO MACEDO VITORINO, *A Eficácia...*, *ob. cit.*, p. 174.

⁽²⁴¹⁾ A circunstância de não existir, na parte geral do Direito Contratual de Autor, uma regra neste sentido, poderia levar-nos a questionar a proibição das “ultradisposições” no caso das licenças inominadas. No entanto, como fazemos uma leitura desta matéria à luz do objectivo de protecção do autor, tendemos a generalizar a proibição das “ultradisposições” a qualquer licença, mesmo que inominada, embora reconheçamos que, neste caso, a justificação pode ser mais ténue.

⁽²⁴²⁾ Neste sentido, LUIZ FRANCISCO REBELLO, *Introdução ao Direito de Autor...*, *ob. cit.*, p. 135.

⁽²⁴³⁾ De referir que esta é a solução apontada na lei alemã (*Urheberrechtsgesetz*). De facto, a primeira parte do § 35(1) estabelece o seguinte: “*The holder of an exclusive exploitation right may grant further exploitation rights only with the consent of the author (...)*”. Tendemos a considerar esta posição correta pelos fundamentos expostos no texto.

alargar aos demais casos de licenças nominadas, já que os direitos patrimoniais são elementos integrantes do estabelecimento comercial que devem acompanhá-lo nas suas vicissitudes⁽²⁴⁴⁾. Podem, todavia, suscitar-se algumas dúvidas quando a atribuição tenha sido feita *intuitu personae*. No entanto, na sociedade atual são cada vez menos os casos em que existe um vínculo pessoal que liga o autor ao respectivo beneficiário, pelo que a dúvida atrás suscitada é, também, cada vez mais teórica.

V. Ainda em termos de efeitos, uma das grandes questões que se levanta é sobre a oponibilidade da licença a terceiros, ou seja, a determinação do carácter absoluto ou relativo da licença⁽²⁴⁵⁾. No fundo, pergunta-se se o beneficiário pode opor o direito constituído com a licença diretamente contra terceiros ou se necessita da intervenção do titular do direito de raiz.

É de relevar que o CDADC não dá uma resposta clara a esta questão. No entanto, a verdade é que a parte final do artigo 89.º, n.º 4, a propósito do contrato de edição, determina que “*o autor é obrigado a assegurar ao editor o exercício dos direitos emergentes do contrato de edição contra os embargos e turbações provenientes de direitos de terceiros em relação à obra a que respeita o con-*

(244) Acompanhamos aqui OLIVEIRA ASCENSÃO que refere, depois de analisar os artigos 100.º, n.º 1, e 145.º que “*estes princípios são generalizáveis. Não haverá necessidade de consentimento para a aquisição de um direito derivado por terceiro quando aquela resulte de vicissitudes do próprio estabelecimento em que os direitos se incorporam*” — *Direito Civil. Direito de Autor e Direitos Conexos...*, *ob. cit.*, p. 395. Ao se referir à questão da transmissão do estabelecimento comercial, ANTÓNIO MACEDO VITORINO considera que esta é uma exceção “*que confirma a regra porque nestes casos são a universalidade de direitos e de facto, integrando os direitos de crédito, como os contratos de trabalho e de arrendamento ou as licenças, que é transmitida com o estabelecimento (...). Donde se conclui que a transmissão da licença só é possível como elemento do conjunto de coisas e direitos que compõem o estabelecimento, enquanto universalidade, isto é, como unidade ou totalidade indivisível*” — *A Eficácia ...*, *ob. cit.*, p. 177.

(245) Sobre o tema, *vide*, em particular, ANTÓNIO MACEDO VITORINO, *A Eficácia...*, *ob. cit.*, pp. 164 e segs., e, em geral, MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, VI, Direito das Obrigações, Introdução, Sistema e Direito Europeu, Dogmática Geral*, 2.ª ed., Almedina, 2012, pp. 375 e segs., distinguindo, a este propósito, entre oponibilidade forte, média e fraca de um direito e concluindo que a tendência “*será, pois: uma oponibilidade forte meramente inter partes, para os créditos e um oponibilidade forte erga omnes, para os direitos reais*” (*cf.*, pp. 354 e 356).

trato, mas não contra embaraços e turbações provocadas por mero facto de terceiros” (sem destaque no original).

Daqui resulta que o autor tem de assegurar ao beneficiário o exercício de direitos emergentes da edição, sempre que estes sejam perturbados por terceiros em relação à obra a que respeita o contrato. Semelhante obrigação já não existe quanto a outras perturbações provocadas por terceiros. Esta disposição tem gerado muita controvérsia.

Quanto à sua interpretação, comece-se por referir que nos parece serem de afastar as posições que atribuem ao editor uma tutela possessória⁽²⁴⁶⁾. Ora, como as coisas incorpóreas são insusceptíveis de apossamento, não nos parece que esta solução seja admissível, até porque não entendemos o direito de autor como um direito de propriedade, mas sim como um direito de exclusivo. No entanto, a verdade é que do artigo 89.º, n.º 4, parece resultar que o editor pode opor o seu direito, ainda que relativo, a terceiros. Há mesmo quem entenda que esta conclusão deve ser estendida a todas as licenças com carácter de exclusivo, mas já não às demais⁽²⁴⁷⁾.

⁽²⁴⁶⁾ Quanto a esta posição, vide, ALEXANDRE DIAS PEREIRA, *Direitos de Autor...*, ob. cit., pp. 198-206 e “Tutela Possessória do Editor? Aspectos Reais do Direito de Autor”, in AAVV, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique de Mesquita*, vol. II, Coimbra Editora, 2009, pp. 459-477.

⁽²⁴⁷⁾ Segundo ANTÓNIO MACEDO VITORINO, “(...) as licenças exclusivas devem ser oponíveis a terceiros porque da sua eficácia externa depende a eficácia do próprio contrato, será indiferente convencionar que o autor concede o exclusivo se esse direito só puder valer contra o dono da obra. No entanto, o art. 89.º/4 não esclarece; da sua aplicação ao contrato de edição, através do qual se concede uma licença exclusiva, segundo a definição legal, poderemos inferir que se deve aplicar às demais licenças exclusivas, o que concorda aliás com o carácter genérico do regime da edição, enquanto protótipo dos contratos autorais que implicam uma autorização. É certo que, não sendo a licença exclusiva, o seu titular não poderá opor-se aos atos de terceiros porque o conteúdo positivo da licença não pode ser afectado pelo exercício da mesma faculdade. Estas licenças não podem ser oponíveis fora da relação contratual que lhes deu origem (...). Por outro lado, as licenças exclusivas constituem a favor do seu titular um direito que não admite a concorrência de outras pessoas. Atinge-se, portanto, o seu conteúdo positivo sempre que alguém exercer a faculdade cujo uso foi concedido em exclusivo ao titular da licença. Devem, por isso, ser oponíveis erga omnes, ainda que a sua natureza seja meramente obrigacional, isto é, dependente da relação com o dono da obra” — *A Eficácia...*, ob. cit., pp. 168 e 169.

Salvo o devido respeito, não acompanhamos este raciocínio. Ainda que se entenda que do artigo 89.º, n.º 4, resulta a oponibilidade externa dos direitos resultantes do contrato de edição, isto é, perante terceiros, a sua extensão a outras licenças exclusivas, nominadas ou inominadas, merece-nos as maiores reservas⁽²⁴⁸⁾.

Note-se que esta construção doutrinária tem como ponto de partida ou pressuposto a qualificação legal do contrato de edição como licença exclusiva. No entanto, importa observar que o legislador não considerou que a exclusividade fosse um elemento essencial do contrato de edição. Por isso mesmo, admitiu no artigo 88.º, n.º 3, que as partes estipulem de forma diversa e afastem a exclusividade. Ora, sendo assim, o ponto de partida desta posição doutrinária — a de que a edição seria o protótipo das licenças exclusivas⁽²⁴⁹⁾ — cai pela raiz a partir do momento em que o efeito de exclusividade é deixado sob o domínio das partes. E a verdade é que o legislador nacional assim o admitiu.

É um facto que em diversas legislações encontramos previsto que o titular de uma licença exclusiva pode opor o seu direito a terceiros sem necessidade de intervenção do titular do direito de raiz. É o caso da lei espanhola e da lei inglesa⁽²⁵⁰⁾. No entanto, importa notar que, em qualquer um desses sistemas, a referência à oponibilidade das licenças exclusivas é feita de forma geral. Assim, a concessão de um direito contratual exclusivo acarreta, por si só e por força de previsão especial da lei, a oponibilidade dos direitos concedidos a terceiros.

Ora, ao contrário daquelas leis, é forçoso reconhecer que o caminho escolhido pelo nosso legislador foi diferente. A única

⁽²⁴⁸⁾ A este propósito, refira-se que o artigo 4.º, n.º 1 b) da Diretiva 2004/48/CE, de 29 de Abril, prevê a possibilidade de os titulares de licenças recorrerem à aplicação das medidas, procedimentos e recursos previstos neste ato, nomeadamente às medidas provisórias e cautelares indicadas na Secção 4. No entanto, aquele artigo é claro em referir que tal possibilidade deve ser concedida *na medida do permitido pela legislação aplicável e nos termos da mesma*. Ora, a solução consagrada pelo legislador da União remete a regulação da matéria para os Estados-Membros, pelo que, este aspecto não afecta as conclusões expostas no texto.

⁽²⁴⁹⁾ Vide, ANTÓNIO MACEDO VITORINO, *A Eficácia...*, ob. cit., p. 170.

⁽²⁵⁰⁾ Cf., respectivamente, o artigo 48 do *Real Decreto Legislativo 1/1996* e o artigo 101(2) do *Copyright, Designs and Patents Act*.

referência nesta matéria surge na parte especial do CDADC e não na parte geral, o que levanta muitas dúvidas sobre a generalização do artigo 89.º, n.º 4, a toda e qualquer licença exclusiva, mesmo que inominada. Para existir tal efeito seria necessário, a nosso ver, que existisse uma especial previsão nesse sentido. Como essa previsão só existe para o contrato de edição, parece-nos que, nas demais situações se deve aplicar o regime geral da relatividade dos contratos. De facto, de acordo com o artigo 406.º, n.º 2, do CC, “*em relação a terceiros, o contrato só produz efeitos nos casos e termos especialmente previstos na lei*” (sem destaque no original).

Insiste-se que a única previsão, no CDADC, que contraria este princípio geral, se encontra no domínio do contrato de edição. A nosso ver, portanto, o artigo 89.º, n.º 4, consagra uma exceção ao regime geral da relatividade dos contratos. Essa exceção deve aplicar-se nos casos em que a edição for exclusiva, já que em outras situações não fará sentido. Todavia, parece-nos excessivo retirar daqui que toda e qualquer licença exclusiva será oponível a terceiros⁽²⁵¹⁾.

Também OLIVEIRA ASCENSÃO não admite a oponibilidade a terceiros de estipulações contratuais, já que esse é o regime geral da relatividade dos contratos⁽²⁵²⁾. Só quando, na verdade, estamos perante verdadeiras onerações é que este autor admite a oponibilidade, o que bem se percebe, na medida em que as onerações partilham do carácter absoluto do direito de autor. Nas licenças, reconhece-se que a maioria das estipulações são de ordem obrigacional, daí que não possam ser opostas a terceiros que, em regra, as desconhecem.

⁽²⁵¹⁾ Contra, MARIA VICTÓRIA ROCHA, *Questões de Forma nos Contratos de Exploração...*, *ob. cit.*, p. 783. Esta autora salienta que do artigo 89.º, n.º 4, se deveria retirar a expressão de um princípio geral, aplicável a toda e qualquer licença exclusiva.

⁽²⁵²⁾ *Direito Civil. Direito de Autor e Direitos Conexos...*, *ob. cit.*, pp. 438 e 444-445. Na obra *A ‘Licença’ no Direito Intelectual...*, *ob. cit.*, pp. 105 e segs, este autor entende que só existirá um direito absoluto se a concessão for reduzida a escrito, mas mesmo aí é necessário recorrer às circunstâncias do caso concreto. Refere o autor que uma autorização isolada e sem relevo económico presumir-se-á meramente obrigacional. Já um grande negócio, correspondente a um tipo legal, parece dever ser considerado gerador de direitos absolutos, ou seja, ser um verdadeiro direito autoral.

Esta posição coloca a tónica desta problemática no devido lugar. De facto, esta questão não deve ser resolvida com recurso à existência ou não de exclusivo. Não deveria identificar-se a oponibilidade de um direito com a estipulação de cláusulas de exclusividade. A exclusividade acaba por ser uma mera convenção contratual que não produz, enquanto tal, efeitos fora da respectiva relação jurídica. Já a oponibilidade de um direito, ainda que de crédito, é um atributo ou efeito legal que é independente de qualquer estipulação sobre a matéria⁽²⁵³⁾.

Portanto, a eventual oponibilidade a terceiros dos direitos emergentes de contrato de direito de autor resultará, acima de tudo, da qualificação de tais direitos como absolutos e não como relativos, o que só acontecerá, como defende OLIVEIRA ASCENSÃO, quando estamos perante verdadeiras onerações e não meras licenças, ainda que exclusivas, já que estas, como concluímos acima, só constituem direitos relativos.

Capítulo V

Natureza Jurídica do Contrato de Licença

I. Entramos agora, por fim, na *vexata quaestio* sobre a natureza jurídica dos contratos de licença de exploração da obra. Mais uma vez, encontramos um certo vazio nesta matéria na doutrina nacional. De qualquer forma, pensamos que a dúvida reside em saber se o contrato de licença se deve aproximar a uma das figuras contratuais previstas no Código Civil ou se, pelo contrário, se trata de um tipo contratual que não encontra reminiscências em figuras contratuais já conhecidas, tratando-se, por isso, de um contrato *sui generis*.

⁽⁵³⁾ Neste sentido, ALEXANDRE DIAS PEREIRA, *Direitos de Autor...*, *ob. cit.*, pp. 199-201, com quem concordamos neste ponto.

II. Da análise realizada, nomeadamente ao objecto do contrato de licença, seu conteúdo, efeitos e posição das partes, estamos em crer que o contrato de licença deve ser aproximado aos tipos contratuais previstos no Código Civil.

De facto, o contrato de licença, quando oneroso, acaba por conter uma regulação aproximada ao contrato de locação⁽²⁵⁴⁾, ou seja, ao contrato pelo qual uma das partes *se obriga a proporcionar à outra o gozo temporário de uma coisa*, mediante retribuição (artigo 1022.º do CC). Há, contudo, dois aparentes óbices que devem, desde já, ser ultrapassados.

Em primeiro lugar, o facto de o contrato de locação estar pensado, na maioria das situações, para coisas corpóreas não deve constituir obstáculo a esta conclusão. Não parece que o conceito civilista de coisa, utilizado no referido artigo, exclua a possibilidade de abranger coisas imateriais ou incorpóreas⁽²⁵⁵⁾. *Em segundo lugar*, a

⁽²⁵⁴⁾ Neste sentido, ALEXANDRE DIAS PEREIRA, *Direitos de Autor...*, *ob. cit.*, p. 197 e Tutela Possessória..., *ob. cit.*, p. 461 e, ainda, ANTÓNIO MACEDO VITORINO — *A Eficácia...*, *ob. cit.*, p. 189. Este último autor afirma que existem semelhanças entre as regras que disciplinam a locação e as regras que regem as licenças de direito de autor, embora não se comprometa em definitivo neste tema por força da (discutível) natureza da locação (como direito real de gozo ou como direito pessoal de gozo). Já CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA parece afastar este entendimento, uma vez que considera que o contrato de locação e o contrato de licença têm traços característicos diferentes, em especial ao nível do objecto (corpóreo na locação, incorpóreo na licença). Para este autor, parece assim que a licença deveria ser qualificada como um contrato *sui generis* — *Contratos, II...*, *ob. cit.*, pp. 220 e 221. No entanto, como veremos de seguida, o facto de a regulação legal do contrato de locação estar gizada para uma coisa corpórea não impede que possa ter como objecto uma coisa incorpórea, *i.e.*, um bem imaterial. No mesmo sentido que este último autor, *vide*, CLÁUDIA TRABUCO, *Contrato de Edição...*, *ob. cit.*, pp. 295 e 296.

⁽²⁵⁵⁾ Neste sentido, ALEXANDRE DIAS PEREIRA, defendendo que a “*natureza corpórea do objecto define apenas o conceito de coisa que pode constituir objecto do direito de propriedade regulado no Código Civil, já não o conceito de coisa susceptível de constituir objecto dos contratos aí previstos e regulados, nomeadamente a locação e o comodato*” — *Direitos de Autor...*, *ob. cit.*, p. 197. Também COUTO GONÇALVES defende este entendimento, sustentando uma interpretação objectivista e atualista da norma civilista da locação — *Manual de Direito Industrial...*, *ob. cit.*, p. 296. Por fim, é ainda de referir a posição de MENEZES LEITÃO, o qual entende que “*podem ser objecto de locação tanto as coisas imóveis como as móveis (...). A classificação entre coisas móveis e imóveis é, porém, uma classificação que se restringe às coisas corpóreas, sendo certo que a locação não se restringe a estas categorias de coisas. Efetivamente, podem ser objecto de locação coisas incorpóreas como o estabelecimento comercial, referido expressamente no*

circunstância de se admitir que sobre a mesma coisa incorpórea possam recair vários direitos não invalida a conclusão de que as licenças de direito de autor, quando onerosas, se devem aproximar do contrato de locação. Quando a locação é de uma coisa corpórea, pela própria natureza, não se admite a coexistência de vários direitos com conteúdo idêntico ou semelhante. Todavia, como as coisas incorpóreas são ubíquas, admitem perfeitamente que sobre o mesmo *quid* incidam vários direitos de conteúdo semelhante.

Para além disto, é óbvio que se admitimos a possibilidade de a licença de exploração ser, na sua natureza, um contrato de locação, é porque entendemos a locação — em linha com a doutrina ainda dominante⁽²⁵⁶⁾ — como um contrato pessoal e obrigacional de gozo, o que permite acomodar o nosso entendimento de que através das licenças de exploração de direito de autor se constituem direitos pessoais de gozo.

III. A verdade é que existem elementos suficientes de contacto entre o contrato de licença de exploração do CDADC e o contrato civilista de locação que permitem suportar o entendimento anterior.

Desde logo, ao nível do objecto. Tal como na locação, também nas licenças de exploração se concede o gozo sobre uma coisa, ainda que incorpórea. Por outro lado, a principal prestação do autor é, no contrato de licença de direito de autor, proporcionar o gozo da coisa ao beneficiário da licença, o que encontra uma ressonância específica com o disposto no artigo 1031.º *b*) do CC.

A entrega da coisa, embora não seja um elemento essencial da locação⁽²⁵⁷⁾, acaba por ser um aspecto relevante no contrato de edição, atento o disposto no artigo 89.º, n.º 1 (embora, como se concluiu acima, não seja um elemento determinante). Depois, a posi-

art. 1109.º (...)” — *Direito das Obrigações*, vol. III, Contratos em Especial, 6.ª ed., Almedina, 2009, p. 310.

⁽²⁵⁶⁾ Vide, por todos, PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito das Obrigações (Parte Especial)* — *Contratos*, 2.ª ed., 3.ª reimpressão da edição de 2001, Almedina, 2007, pp. 160 a 166, onde o autor conclui que a locação é um contrato obrigacional de onde derivam direitos pessoais de gozo.

⁽²⁵⁷⁾ PEDRO ROMANO MARTINEZ, *idem*, p. 164.

ção do licenciado encontra alguma similaridade face ao disposto no artigo 1038.º do CC, nomeadamente, ao nível do pagamento da compensação pelo gozo da coisa (al. *a*)), ao nível da proibição de aplicar a coisa a fim diverso daquele a que se destina (al. *c*) e, por fim, ao nível da restrição legal de proporcionar a outrem o gozo da coisa sem autorização do titular (al. *f*)).

Findo o contrato, o regime civilista da locação impõe a restituição da coisa locada (artigo 1043.º). Ora, também no contrato de edição se prevê a devolução do *corpus mechanicum* da obra (artigo 89.º, n.ºs 2 e 3).

Destarte, qualquer uma das situações anteriores apresenta algumas semelhanças com a posição jurídica do licenciado num contrato de licença de exploração, tal como acima a construímos. Também neste contrato o licenciado tem a obrigação de pagamento do preço da licença, o seu poder de gozo é limitado pelos termos exatos definidos na licença e, além disto, a regra é a que não poderá ceder o seu direito sem autorização do autor. Há, portanto, uma semelhança inegável entre estas duas situações que justifica, a nosso ver, a aproximação do contrato de licença de exploração da obra ao contrato de locação regulado no CC.

No entanto, pese embora esta conclusão seja válida na maior parte dos casos, é verdade que a locação não assenta como uma luva a todos os casos de licenças de exploração. Há algumas modalidades de licenças que podem escapar ao quadro típico da locação.

Com efeito, um dos elementos típicos da locação é a transitividade, afirmada logo no artigo 1022.º do CC. Ora, como se viu acima, nada impede que uma licença de direito de autor seja concedida por prazo indeterminado ou mesmo até ao término da proteção legal concedida pela lei aplicável. Neste tipo de situações, reconhecemos que a aproximação do contrato de licença ao contrato de locação poderá ser mais complicada ou, pelo menos, terá que ser realizada com mais cautelas. De qualquer forma, este aspecto não invalida que o regime legal da locação seja, em regra, o mais adequado para acomodar a figura do contrato de licença de direito de autor.

IV. Sendo a licença gratuita — modalidade que, como vimos acima, é admissível — julga-se que a aproximação deve ser feita ao contrato de comodato, previsto no artigo 1129.º do CC, que é o contrato paradigmático no que toca à concessão de gozo, não onerosa, sobre uma coisa.

V. Até certo ponto, estas conclusões são também justificadas pelo facto de numa área muito próxima do direito de autor, que é a propriedade industrial, se entender que a licença de exploração de uma marca também deve ser relacionada com o contrato de locação ou com o contrato de comodato, consoante a licença em causa seja onerosa ou gratuita⁽²⁵⁸⁾.

Ora, sendo o direito de autor, assim como o direito de marca, um direito de exclusivo, tem algum sentido aproximar estas duas situações, chegando, assim, a um entendimento generalizado e comum sobre a natureza jurídica das licenças sobre direitos de propriedade intelectual.

⁽²⁵⁸⁾ Expressamente neste sentido, CARLOS OLAVO, *Contrato de Licença de Exploração de Marca...*, *ob. cit.*, p. 94, e COUTO GONÇALVES, *Manual de Direito Industrial...* *ob. cit.*, p. 296.

A NECESSIDADE DE UMA MUDANÇA JURISPRUDENCIAL EM MATÉRIA DE ACESSÃO DA POSSE

(Artigo 1256.º do Código Civil)

Pelo Dr. Abílio Vassalo Abreu

SUMÁRIO:

I — INTRODUÇÃO: §1. *Considerações preliminares.* § 2. *Sequência.*
II — NOÇÃO E REQUISITOS DA ACESSÃO DA POSSE (Artigo 1256.º do Código Civil): § 3 *Noção de acessão da posse.* § 4 *Requisitos da acessão da posse:* § 4.1 Quadro sinóptico sobre os requisitos de aplicação do artigo 1256.º do Código Civil. § 4.2 Análise dos requisitos de aplicação do artigo 1256.º do Código Civil. § 4.2.1 Existência de posses ligadas entre si por um nexo de aquisição derivada diverso da sucessão por morte (1.ª parte do n.º 1 do artigo 1256.º). § 4.2.1.1 Apontamento prévio. § 4.2.1.2 Noção de aquisição derivada da posse e explicação sumária acerca do seu funcionamento. § 4.2.1.3 Clarificação terminológica e modalidades de tradição (“traditio” ou entrega) real. § 4.2.1.3.1 Clarificação terminológica e enquadramento preliminar. § 4.2.1.3.2 Das modalidades de tradição (“traditio” ou entrega) real, em particular. § 4.2.2 Carácter facultativo da acessão (2.ª parte do n.º 1 do artigo 1256.º). § 4.2.3 Acessão dentro dos limites da posse de «menor âmbito», em caso de posses de «natureza diferente» (n.º 2 do artigo 1256.º). § 4.3. (cont.) Da inexigibilidade de um vínculo jurídico válido entre o actual possuidor e o seu (imediate) antecessor na posse, em especial. **III — CONCLUSÃO.**

I — INTRODUÇÃO

§ 1. Considerações preliminares

1 — Como o título a que subordinamos este trabalho deixa transparecer, urge, na nossa óptica, que se verifique uma «reviravolta» («revirement») jurisprudencial no tratamento que os nossos Tribunais Superiores, com natural destaque para o Supremo Tribunal de Justiça, têm vindo a conferir à «acessão da posse» (cf. o artigo 1256.º do Código Civil)⁽¹⁾.

Queremos referir-nos, em particular, à exigência feita pela nossa mais alta instância jurisdicional de haver um «vínculo jurídico válido», desde logo no plano formal, entre o actual possuidor (*accipiens*) e o seu (imediato) antecessor ou possuidor precedente (*tradens*) como condição *sine qua non* para que aquele instituto opere.

Como se sabe, trata-se de um entendimento há muito enraizado na doutrina (ou, se se preferir, dogmática jurídica) e na jurisprudência portuguesas, quer antes, quer após a entrada em vigor do actual Código Civil de 1966.

O que, conforme é também sabido, se deve, em larga medida, à persistente influência da opinião formulada nesse sentido por Manuel Rodrigues — depois seguido, entre outros autores, por Dias Marques — no âmbito do Código Civil de 1867 («Código de Seabra»), apesar de este não regular, de forma expressa, a acessão da posse.

(¹) Observe-se que, em alguma literatura e jurisprudência, se fala de «acessão na posse» em vez de «acessão da posse». No presente estudo, utilizaremos esta última expressão, por ser aquela que corresponde à *designatio legis* do instituto, conforme resulta da epígrafe do artigo 1256.º do Código Civil. De todo o modo, não atribuímos a esta questão qualquer relevo, no entendimento de que, por regra, os verdadeiros problemas que contam são, no fundo, os problemas normativos, e não os terminológicos, como é, manifestamente, o caso.

Anote-se ainda que as disposições legais doravante citadas pertencem ao actual Código Civil português, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47 344, de 25 de Novembro de 1966, salvo indicação em contrário.

Refira-se também que, na elaboração deste trabalho, procurámos levar em linha de conta elementos publicados até 31 de Dezembro de 2011. Após esta data, apenas foi possível introduzir uma ou outra actualização pontual.

Sucedendo que, na vigência do Código Civil de 1966, esse influxo se manteve, por força, sobretudo, da *auctoritas* do comentário concordante que Pires de Lima/Antunes Varela (com a colaboração de M. Henrique Mesquita) fazem, a tal respeito, no quadro do artigo 1256.º deste diploma. E que, recentemente, A. Santos Justo veio caucionar ou legitimar com base num argumento histórico, extraído da disciplina da *accessio possessionis* (ou *temporis*) da *usucapio* justinianea.

A título ilustrativo e por último, é este o entendimento em que se apoia o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 7 de Abril de 2011 (Relator: FONSECA RAMOS), Proc. 956/07.2TBVCT.G1. S1F⁽²⁾. O qual, seguindo a tradição há muito arreigada na nossa experiência jurídica jurisdicional de um estreito «diálogo» entre juízes e doutrina (ou dogmática jurídica)⁽³⁾, transcreve ampla-

(2) Disponível em <www.dgsi.pt/jstj>. Aresto em cujo sumário pode ler-se, na parte que ora interessa, o seguinte: «I — A posse conducente a usucapião tem de ser pública e pacífica, influenciando as características de boa ou má-fé, justo título e registo de mera posse na determinação do prazo para que possa produzir efeitos jurídicos. II — Se o acto translativo da coisa imóvel é nulo por vício de forma, a posse que daí deriva não é titulada. Não é, assim, titulada a posse que assenta num contrato promessa de compra e venda de uma fracção autónoma não reduzido a escrito, nem a que se funda em contrato de compra e venda celebrado verbalmente. III — A acessão na posse pressupõe, além de uma posse homogénea e sucessiva, um acto translativo que seja formalmente válido».

Saliente-se, porém, que, a nosso ver, neste Acórdão se encontrou, perante a prova dos factos e por razões que, como é óbvio, não cabe aqui versar, a resposta-solução jurídico-materialmente adequada ao «caso-“problema carecido de decisão”» que foi submetido ao Supremo Tribunal de Justiça, para nos servirmos da fórmula utilizada por FERNANDO JOSÉ BRONZE (cf. *Lições de Introdução ao Direito*, 2.ª ed., Coimbra, 2006, p. 886, nota 22. Acrescente-se, apenas, que a ideia mestra segundo a qual o juiz deve encontrar, em termos metódico-metodologicamente correctos, uma «resposta-solução jurídico-materialmente adequada» ao caso decidendo que lhe é colocado, é tributária do ensino de A. CASTANHEIRA NEVES (cf., nomeadamente, *Metodologia jurídica — Problemas fundamentais*, Coimbra, 1993, pp. 207 e ss.), em que, de resto, se inspira, *ex professo*, Fernando José Bronze). E, nessa medida, esta nossa mais alta instância jurisdicional cumpriu a sua irremissível função primeira de *ius dicere*. Todavia, salvo o devido respeito, as *rationes decidendi* nas quais, em boa parte, a decisão se alicerça — respeitantes, justamente, à acessão da posse — não são, quanto a nós, convincentes. O que, de per si, poderia verosimilmente comprometer *a priori* a justeza do resultado a que viria a chegar-se, se as circunstâncias do caso *sub iudice* fossem outras, como flui, aliás, da simples leitura do Aresto.

(3) A este respeito, observe-se, a talhe de foice, que, conforme nos dá conta GIANMARIA AJANI, a interacção entre juízes e doutrina — cingindo-nos aos países de *civil law*

mente e faz suas as razões invocadas em abono da aludida tese por Manuel Rodrigues, Pires de Lima/Antunes Varela (com a colaboração de M. Henrique Mesquita) e A. Santos Justo.

continentais europeus que nos são mais próximos do ponto de vista histórico-cultural e jurídico-dogmático — reflecte-se diferentemente no «estilo» da sentença (cf. *Sistemas jurídicos comparados. Lecciones y materiales*, ed. espanhola, com revisão da tradução, ampliação e adaptação do original italiano [cf. *Sistemi giuridici comparati. Lezioni e materiali*, 2.^a ed., Torino, 2006] por MIRIAM ANDERSON/ESTHER ARROYO I AMAYUELAS/BARBARA PASA, Barcelona, 2010, pp. 274 e ss.). Na verdade, se há alguns países nos quais normalmente as sentenças contêm, em maior ou menor medida, referências doutrinárias, como é o caso da Espanha e, sobretudo, da Alemanha — que se tornou, a partir de 1945, o país no qual, por regra, tais referências são mais numerosas —, inexistindo quaisquer restrições neste domínio, há outros em que os tribunais não citam ou citam pouco a doutrina. É o que ocorre, por motivos distintos, na Itália e na França. Assim, na Itália, o artigo 118.^o, n.^o 3, das Disposições de actuação do Código de Processo Civil [de 1942] proíbe, pura e simplesmente, as citações doutrinárias — determinando: «Em todo o caso, deve ser omitida [na motivação da sentença] qualquer citação de autores jurídicos» —, muito embora, como adverte GIANMARIA AJANI, tal proibição deva ser encarada *cum grano salis* (cf. *ob. cit.*, p. 275). Por seu turno, em França, consoante nos informa o mesmo Autor, «os tribunais tão-pouco estão autorizados a citar nas suas sentenças nem doutrina, nem outras referências jurisprudenciais, sejam de Direito nacional ou estrangeiro» e, por isso, as sentenças (incluindo as dos tribunais superiores) são extremamente breves, sendo que, na actualidade, se detectam «índicios de mudança» (*ibidem*, p.275).

Como se vê, a nossa tradição em matéria de «diálogo» entre juízes e doutrina e conseqüente «estilo» da sentença jurisdicional é muito próxima da espanhola e, em particular, da germânica, e distante das experiências jurídicas jurisdicionais italiana e francesa. Ora, na nossa óptica, estamos perante uma tradição que, conquanto na justa medida, importa manter, a bem da Ciência Jurídica e do desenvolvimento do Direito. Levando em linha de conta — pedindo emprestadas, de novo, as palavras a FERNANDO JOSÉ BRONZE — as funções que a dogmática jurídica (ou o «direito dos juristas») é chamada a desempenhar, no quadro de uma hodierna «recompreensão da dogmática em consonância com a intelcção autenticamente jurisprudencial do direito» (cf. *ob. cit.*, pp.110 e ss. e, em especial, pp. 660 e ss., e, aí, a p. 662, onde colhemos a frase assinalada entre comas), e a exigência de o juiz basear a sua decisão em uma criteriosa «dogmática de fundamentação» (*ibidem*, pp. 111, 661, 901, 955 e ss., 966, e *passim*). O que pressupõe e implica, entre o mais, que o juiz, enquanto paradigma do «jurista decidente», tenha a preocupação de «convencer o pensamento jurídico, tomado como “auditório argumentativo”, da justeza da (...) [sua] decisão» (*ibidem*, pp. 24 [nota 39] — onde respigamos as frases transcritas entre aspas —, 897 [nota 68] e 902 [nota 68], nomeadamente).

Contudo, o que se acaba de dizer não significa — muito longe disso — que se pretenda transformar o juiz em um «juiz-“Hércules”» (um «juiz-“super-homem”») — para nos servirmos, com alguma liberdade, de uma conhecida metáfora utilizada noutro contexto por Ronald Dworkin (cf., a este propósito, A. CASTANHEIRA NEVES, “O actual problema metodológico da interpretação jurídica”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência* [RLJ], ano 133.^o (2000), n.^{os} 3911 e 3912, p. 39, e FERNANDO JOSÉ BRONZE, *ob. cit.*,

Contudo, salvaguardando o devido respeito, dissentimos por completo desta orientação, que perdura há longo tempo na doutrina e na jurisprudência dominantes entre nós.

Os motivos da nossa discordância são vários e já tivemos ensejo de expô-los detidamente num trabalho anterior⁽⁴⁾. E pren-

p. 903) —, a quem seria exigível que, falando com manifesto exagero expressivo, fizesse da sentença um «tratado» jurídico-dogmático a respeito de cada *thema decidendum*, sobrecarregando-a com referências doutrinárias e jurisprudenciais. Como é óbvio, do que se trata é apenas, conforme se disse há pouco, da observância de uma criteriosa «dogmática de fundamentação», e só em função desta é que se justificará, atentas as circunstâncias do caso decidendo, a feitura de pertinentes referências doutrinárias e jurisprudenciais na sentença. E não mais nem menos do que isso. Aliás, outra coisa seria impensável, atendendo, desde logo, às relativamente modestas «condições de possibilidade», como diria Kant, das quais, em geral, dispõe hoje a nossa magistratura e que são de todos conhecidas. E, além disso, uma atitude diferente contribuiria, com bastante probabilidade, para agravar a morosidade da justiça, num tempo, como o nosso, no qual se sente cada vez mais, a nível social e económico, que a justiça atrasada equivale, com frequência, a justiça negada, para usarmos uma conhecida máxima anglo-saxónica: «Justice delayed is often justice denied».

⁽⁴⁾ Cf. ABÍLIO VASSALO ABREU, «Uma *relectio* sobre a acessão da posse (artigo 1256.º do Código Civil)», in FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA, *Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais — Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, vol. II — *Vária*, Coimbra, 2007, pp. 121 e s., 129 e ss., e, em particular, pp.134 e ss ,no texto e em notas, assim como pp.181-188 (conclusões).

No que diz respeito especialmente à inexigibilidade de um vínculo jurídico válido entre o actual possuidor e o seu (imediate) antecessor na posse, ver, aí, pp.107 e s., 127 e ss, 135, e, sobretudo, 167 e ss, assim como pp.186-188 (conclusões). Cabendo frisar, liminarmente, que, descontando alguns aspectos de pormenor, sufragamos, no essencial, a posição perfilhada por ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO sobre esta matéria específica (cf. *A Posse: Perspectivas Dogmáticas Actuais*, 3.ª ed. actualizada, Coimbra, 2000, pp. 133 e ss.), conforme, aliás, sublinhámos repetidas vezes naquele nosso estudo (vd., aí, pp. 108 [nota 65], 127 [nota 103], 168 [no texto que antecede a nota 174], 174 [no texto que precede a nota 189], designadamente). Muito embora, como decorre do que adiante referimos no texto em consonância com a linha de orientação anteriormente assumida nesse trabalho, sigamos uma disciplina metódico-metodológica na abordagem do instituto possessório e, em consequência, da figura da acessão da posse que, em vários pontos, se distancia da perspectiva adoptada por este Professor. E o mesmo se diga, *mutatis mutandis*, relativamente a JOSÉ ALBERTO C. VIEIRA, que, após a publicação daquele nosso estudo (e, só por isso, aí não citado), veio defender, neste campo, uma posição que, no fundamental, é idêntica à de Menezes Cordeiro (cf. JOSÉ ALBERTO C. VIEIRA, *Direitos Reais*, Coimbra, 2008, pp.415 e ss.), descontando a contradição insanável em que, a nosso ver e salvo o devido respeito, incorre a propósito do constituto possessório (cf., *infra*, a nota 15, *in fine*, do presente trabalho).

dem-se, no fundo, com um equívoco do qual criticamente nos distanciamos em absoluto: o de que a posse é um direito real.

Donde a dificuldade, evidenciada na doutrina (ou dogmática jurídica) em que o referido Aresto *ex professo* se louva, em distinguir, com inteira clareza, entre facto e direito, assim como entre transferência da posse e transmissão do direito. Dificuldade essa agravada por uma terminologia, devida sobretudo aos Glosadores e Comentadores, que a tradição vem arrastando e que favorece tal confusão, como é o caso, em particular, de «*jus possessionis*».

Na verdade, é nesse equívoco que, na nossa óptica, laboram, sem excepção, os defensores da mencionada tese, antes e depois da entrada em vigor do Código Civil de 1966. E é igualmente esse equívoco que explica, em última análise, certas tergiversações e incongruências detectadas em alguns autores que rebatem tal tese.

Porém, na nossa opinião e salvo o devido respeito por quem entenda o contrário, impõe-se desfazer esse equívoco. Pondo fim à interpretação-aplicação que, fundamentalmente com base nele, os nossos pretórios — *maxime*, o Supremo Tribunal de Justiça — têm vindo a efectuar da norma constante do artigo 1256.º do actual Código Civil, em termos que praticamente esvaziam de qualquer utilidade ou conteúdo significativo o mecanismo da acessão da posse⁽⁵⁾.

É, pois, este o objectivo nuclear que norteia o presente estudo. No entendimento de que, sabendo-se que «os juízes é que são a verdadeira *law in action*»⁽⁶⁾, cabe à dogmática jurídica agir, como diziam os romanos, «*adiuvandi, corrigendi, supplendi gratia*»⁽⁷⁾,

(5) No que se responsabiliza, há que dizer-se, sobretudo a nossa doutrina (ou, se se preferir, dogmática jurídica). Na verdade, não deixa de ser estranho que esta — exceptuando os casos de António Menezes Cordeiro e, na sua esteira, de José Alberto C. Vieira (cf. a nota anterior) —, perante o autêntico efeito de guilhotina provocado no instituto da acessão da posse pela interpretação-aplicação do artigo 1256.º a que se alude no texto, não tenha procedido à necessária suspensão reflexiva em ordem a evitar as gravosas consequências daí resultantes.

(6) Nas palavras impressivas de ORLANDO DE CARVALHO, «*Terceiros para efeitos de registo*», Separata do *Boletim da Faculdade de Direito* [BFD], vol. LXX (1994), Coimbra, 1994, p. 97.

(7) Para utilizarmos, com alguma liberdade, a famosa expressão de PAPIANUS sobre o papel do *ius honorarium*: D., 1, 1, 7, 1.

na linha da acima aludida tradição de um estreito «diálogo» entre juízes e doutrina que caracteriza há muito a nossa experiência jurídica jurisdicional. E, *amplius*, no entendimento de que, referindo um *topos* hoje pacífico, o progresso de qualquer ciência e, logo, também da Ciência do Direito, ressaltando, obviamente, as especificidades desta, pressupõe e implica um sadio diálogo científico⁽⁸⁾.

2 — Antes de continuarmos, sublinhe-se que, como já se deixou entendido, adoptaremos na abordagem deste tema uma disciplina metódico-metodológica que assenta na ideia-chave de que a posse, enquanto instrumento da «ordenação dominial provisória», é um reflexo, no mundo factual ou empírico em que se localiza, daquilo que se passa ao nível da «ordenação dominial definitiva», ou seja, a que realizam os direitos das coisas⁽⁹⁾.

Donde fluem alguns aspectos cruciais que consideramos indispensáveis a uma compreensão exacta da regulação que o nosso Código Civil de 1996 reserva ao instituto possessório, em geral, e à figura da acessão da posse, em particular.

De entre eles, avultam os seguintes, aqui enunciados em extrema síntese: (i) a posse como fenómeno jurídico *sui generis* é uma situação de facto juridicamente relevante, e não um direito;

(8) Sobre este ponto, permitimo-nos remeter para as considerações tecidas no nosso trabalho «Uma *relectio* sobre a acessão da posse (artigo 1256.º do Código Civil)», *cit.*, pp. 48 e ss., na nota 10; ver ainda, em breve apontamento, J. J. GOMES CANOTILHO/ABÍLIO VASSALO ABREU, «Enfiteuse sem extinção. A propósito da dilatação legal do âmbito normativo do instituto enfiteutico», in RLJ, ano 140.º (2011), n.º 3967, p. 216 [no texto e na nota 18].

(9) Para os imprescindíveis desenvolvimentos sobre o sentido e o alcance da distinção entre a «ordenação dominial provisória» (efectuada por meio da posse) e a «ordenação dominial definitiva» (operada pelos direitos das coisas ou direitos reais), e, em especial, quanto ao papel ou à função da posse como «caminho para a autêntica dominialidade», *maxime*, através do instituto da usucapião, cf. ORLANDO DE CARVALHO, «Introdução à Posse», na RLJ, ano 122.º (1989), n.º 3780, pp. 65 e s. Para uma síntese compreensiva do ensino deste Professor sobre esta matéria, e acompanhando de perto o mesmo, pode ver-se, ainda, o nosso estudo «Uma *relectio* sobre a acessão da posse (artigo 1256.º do Código Civil)», *cit.*, pp. 60 e s, no texto e nas notas 20 e 21.

Acrescente-se apenas que, ao longo do presente trabalho, e como já se deixou entender, as designações «Direitos Reais» e «Direito das Coisas» são utilizadas indiferentemente, em inteira sinonímia, pelos motivos indicados naquele nosso estudo (cf., *ai*, pp. 73 e s., nota 2).

(ii) a regulação jurídica da posse encara esta como fenómeno *a se stante* ou, nas palavras de ORLANDO DE CARVALHO, «algo de autónomo, que não se funda no direito ou dele abstrai», vale por dizer, a posse formal ou autónoma, que é a posse em sentido técnico⁽¹⁰⁾; (iii) por isso, o regime jurídico da posse é em tudo diferente daquele por que a lei regula o direito, *inter alia*, no tocante à aquisição, conservação, defesa e, em geral, aos efeitos outorgados⁽¹¹⁾.

Desta sorte, embora o resultado interpretativo a que chegamos quanto ao sentido e alcance da norma constante do artigo 1256.º do Código Civil seja, em termos prático-normativos, idêntico ao alcançado por ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO⁽¹²⁾ — maximamente,

⁽¹⁰⁾ A este propósito, cf. ORLANDO DE CARVALHO, «Introdução à Posse», *cit.*, na *RLJ*, n.º 3780, *cit.*, p. 67, onde colhemos a frase transcrita no texto, e, ainda, n.º 3781 (1989), p. 105, onde se reitera que a posse é um «fenómeno jurídico *sui generis* fonte de consequências de direito que não logram imputar-se senão a ela e só a ela». Desta sorte, quando o possuidor causal — cuja posse é uma projecção ou expressão do direito real de que é titular ou, dito de outra maneira, constitui uma «faculdade jurídica secundária» que integra o conteúdo desse *jus in re* e, por isso, tem fundamento ou causa no mesmo (e daí que se chame «posse causal») — pretende beneficiar do regime que a lei confere à posse em sentido técnico — ou seja, a posse formal ou autónoma, pois foi para esta que esse regime intencionalmente se talhou, consubstanciando o relevo da posse no Direito —, desde logo para efeitos de tutela possessória, o que pode fazer, e faz normalmente, é «invocar a sua posse causal como se fosse formal, abstraindo do direito com que se titula» (cf. ORLANDO DE CARVALHO, *últ. ob. e loc. cit.*). Hipótese em que o possuidor causal age como se não tivesse direito real algum, subordinando-se por inteiro ao regime da posse formal ou autónoma (Para mais pormenores, cf. o nosso «Uma *relectio* sobre a *accessão da posse (artigo 1256.º do Código Civil)*», *cit.*, em particular, pp. 91 e ss., na nota 38, com várias indicações).

⁽¹¹⁾ Sobre este ponto, cf. os nossos estudos «Uma *relectio* sobre a *accessão da posse (artigo 1256.º do Código Civil)*», *cit.*, especialmente, pp. 62 [na nota 21, iniciada na pág. anterior], 63 [no texto], 91 e ss. [na nota 38], 105 e ss. [no texto e nas notas 61, 62 e 64], e «A “relação de coexistência” entre a *usucapião* e o *registo predial no sistema jurídico português*», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita*, vol. I, Coimbra, 2009, p. 84 [na nota 154], onde acompanhamos *pari passu* o ensino de Orlando de Carvalho; ver ainda, na mesma linha de orientação, J. J. GOMES CANOTILHO/ABÍLIO VASSALO ABREU, *ob. cit.*, in *RLJ*, n.º 3968, p. 271 [no texto que antecede a nota 100].

⁽¹²⁾ O qual, na data em que escrevemos, foi acolhido *ex professo*, cingindo-nos à jurisprudência mais recente dos nossos Tribunais Superiores, pelo Acórdão da Relação de Lisboa, de 20.05.2010 (Relator: ANTÓNIO VALENTE), Proc. n.º 179/05.5TBSRQ.L18 [disponível em <www.dgsi.pt/jtrl>]. Com efeito, este Aresto, louvando-se no ensino de António Menezes Cordeiro, que trancreve em *obiter dictum*, diz, na parte do respectivo sumário que aqui interessa, o seguinte: «[...] — *Provado que desde há cinquenta anos se vêm suce-*

no que se refere à inexigibilidade de um vínculo jurídico válido, desde logo no plano formal, entre o actual possuidor e o seu (ime-

*dendo, no referido terreno, diversos sujeitos que o exploraram do mesmo modo que os RR/reconvintes e que o adquiriram igualmente por contratos de compra e venda celebrados verbalmente, nada impede que os RR/reconvintes juntem tais posses à sua, por aceção, nos termos do artigo 1256.º do Código Civil. — A validade formal (ou substancial) dos negócios jurídicos que estiveram na base da transmissão de cada uma das posses não é condição para que a acessão possa ocorrer». Ainda que de uma maneira implícita, parece igualmente apontar no mesmo sentido, se ajuizarmos bem, o Acórdão da Relação de Coimbra, de 02.03.2010 (Relatora: JUDITE PIRES), Proc.º 153/08.0TBVGS.C1 [acessível em «www.dgsi.pt/jtrc»], quando cita, em *obiter dictum* [cf. o texto que antecede imediatamente a nota 11], a lição daquele Professor sobre o assunto, dando a entender, *primo conspectu* pelo menos, que concorda com ela.*

Recentíssimamente, saliente-se também o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 02.05.2012 (Relator: MARTINS DA FONSECA), Proc. n.º 1588/06.8TCLRS.L1.S1 [disponível em <www.dgsi.pt/jtrl>], no qual, de harmonia com o correspondente sumário, se decidiu, *inter alia*, o seguinte: «[...] IV — A posse titulada é a que se funda em qualquer modo legítimo de adquirir, independentemente, quer do direito do transmitente, quer da validade substancial do negócio jurídico (artigo 1259.º, n.º 1, do CC). O título deve ser, abstractamente, idóneo para adquirir, muito embora, em concreto, possa ser inválido: dos vícios substanciais do negócio só alguns determinam a falta do título da posse; já os vícios de forma — a não observância, no negócio jurídico, de formalidades “ad substantiam” — determinam inequivocamente a falta de título da posse. V — A distinção entre posse titulada e posse não titulada releva para efeitos de usucapião, cujos prazos se diversificam, em conformidade. Não sendo a posse titulada, presume-se de má fé, e ao possuidor compete elidir a presunção, demonstrando que, ao adquirir a posse, ignorava que lesava o direito de outrem (art. 1260.º, n.º 1, do CC). VI — Se a Relação concluiu que a posse dos recorrentes era de boa fé, sendo este um conceito psicológico, pois que se reduz à ignorância de que se lesam direitos alheios, não cabe ao STJ censurar aquela conclusão. VII — A acessão na posse é, pacificamente, entendida como um meio ou instrumento destinado a facultar o funcionamento da usucapião. Na soma das duas posses exige-se-lhes que sejam contíguas e ininterruptas. VIII — “In casu”, se a posse dos réus/reconvintes não é titulada, por ter sido desrespeitada a forma dos contratos de compra e venda dos imóveis que estão na origem da sua transmissão, ao passo que a dos antecessores era titulada, tal divergência resolve-se pelo critério da posse de “menor âmbito” consagrado no artigo 1256.º do CC, e desta forma a soma de ambas terá de ser qualificada como não titulada».

Chamámos à liça este último Acórdão, porque nele se refere a dado passo, em *obiter dictum* [cf. o ponto II-D5], o seguinte: «O acórdão recorrido introduziu nesta temática a controvérsia sobre se é de exigir, para reconhecimento da acessão [da posse], a existência de vínculo jurídico, entre as duas posses, que seja válido». E, após se ter transcrito, no essencial, as posições em sentido oposto expressas a este respeito, no âmbito do «Código de Seabra», por DIAS MARQUES e MANUEL RODRIGUES e, já no domínio do actual Código Civil de 1966, por PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA (com a colaboração de M. Henrique Mesquita), de um lado, e por MENEZES CORDEIRO, de outro, escreve-se o que segue: «No acórdão recorrido preferiu-se, face a tal disputa, esta última orientação [i. é, a sustentada

diato) antecessor na posse⁽¹³⁾ —, cumpre salientar à partida que, salvaguardando o devido respeito, nos distanciamos, em vários pontos, da perspectiva adoptada por este Professor. Desde logo, no tocante aos seguintes aspectos basilares, que se interpenetram e reciprocamente se influenciam, nos quais essa diferença de posições vem, sobremaneira, ao de cima: (i) a natureza jurídica da posse, qualificada de «direito de gozo diferenciado»⁽¹⁴⁾; (ii) a

por Menezes Cordeiro] e, em consequência, reconheceu-se a acessão da posse de Reconvintes e seus antecessores». Acrescentando-se, de imediato: «Por nós, salvo o devido respeito e sem pôr em causa o evidente e reconhecido mérito daquele aresto, não vemos necessidade de entrar na polémica, sumariamente, exposta, pois cremos que a hipótese que ressalta dos autos está, directamente, contemplada no n.º 2 do (...) artigo 1256.º do CC (...). Sendo neste contexto que, conforme se dá conta no ponto VIII do sumário do Acórdão há pouco transcrito, o Supremo, muito embora adoptando outra fundamentação, negou a revista e confirmou o acórdão recorrido, pois, atentas as circunstâncias do caso *sub judice*, à data da propositura da acção e da citação dos RR., já se encontrava há muito superado o prazo necessário para usucapir — que era, *in casu*, de 15 anos (cf. o artigo 1296.º do Código Civil) —, levando em linha de conta a acessão das posses em jogo (a dos Reconvintes e a dos seus antecessores), de harmonia com o critério da posse de «menor âmbito» consagrado no artigo 1256.º, n.º 2, do Código Civil, a que faremos referência oportunamente (cf., *infra*, o § 4.2.3).

(¹³) Ver, *supra*, a nota 4. E o mesmo se diga, *mutatis mutandis*, relativamente a JOSÉ ALBERTO C. VIEIRA, pela razão indicada nessa nota.

(¹⁴) Como decreto se entenderá, não é esta a ocasião, obviamente, para abordarmos, em pormenor, a antiga e *vexata quaestio* da natureza jurídica da posse, que tem feito correr rios de tinta, num debate aparentemente sem fim, entre nós e lá fora. Sucede que, como se diz no texto, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO — no termo de uma ampla análise da controvérsia gerada em torno desta matéria (cf. *A Posse, cit.*, pp. 159 e ss., com várias referências à doutrina nacional e estrangeira) — defende que a posse «será, quando muito, um direito de gozo diferenciado» (*ibidem*, p. 164). Contudo, afigura-se-nos que, salvo o devido respeito, esta qualificação é, no mínimo, nebulosa. De facto, não vislumbramos o que o Autor pretende significar com a mesma, pois não fornece, para o efeito, qualquer critério ou elemento referencial que permita determinar o seu sentido e alcance (cf., já antes, o nosso «Uma *relectio* sobre a acessão da posse (artigo 1256.º do Código Civil)», *cit.*, p. 106, nota 61). Observação que, refira-se a talhe de foice, vale também, *mutatis mutandis*, para LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, o qual sustenta expressamente o aludido entendimento de Menezes Cordeiro (cf. *Direitos Reais*, 3.ª ed., Coimbra, 2012, p. 165).

Na nossa óptica, e como afirmámos no texto — reiterando uma posição que já assumimos em outro momento (cf. *últ. ob. e loc. cit.*) —, a posse como fenómeno jurídico *sui generis* é uma situação de facto juridicamente relevante, e não um direito. Neste sentido, cf., entre nós e por todos, ORLANDO DE CARVALHO, «Introdução à Posse», *cit.*, na *RLJ*, n.º 3781, *cit.*, pp. 105 e s., onde pode ler-se, nomeadamente, o seguinte: «A posse em sentido técnico, isto é, a posse formal ou autónoma, não é evidentemente um direito, embora seja fonte de consequências jurídicas e até de direitos, se quisermos. É, sim, uma situação

transmissão ou transferência da posse, onde não surge com clareza

de facto juridicamente relevante, como ocorre a muitas outras no mundo jurídico — mesmo sem cairmos no campo do ilícito ou da relevância negativa. Sem dúvida que a tradição, sobretudo por obra dos Glosadores e Comentadores, tem divulgado uma terminologia que favorece a confusão de nomenclatura: “jus possessionis”, por exemplo [ver, sobre este ponto, *ibidem*, in RLJ, n.º 3780, *cit.*, p. 67]. (...) Ao dizer-se que a posse é um direito subjectivo, confunde-se a posse com o direito à posse, ou seja, a posse como fenómeno jurídico autónomo com a posse como faculdade de um direito real de cujo conteúdo faça parte, ou a posse com o direito à sua restituição ou à sua não turbação em consequência da tutela que à mesma posse é conferida. Mas convém distinguir as coisas. Não só porque não tem sentido falar-se de direito que é presunção de um direito (art. 1268.º) ou de um direito que permite adquirir originariamente outro direito (usucapião: arts. 1287.º e segs.) como de um direito que só beneficia de tutela quando de boa fé (arts. 1269.º e segs.) ou quando pacífico e público (arts. 1267.º, n.º 2, 1282.º, 1297.º, 1300.º, n.º 1)». E a esta lista de incongruências ou absurdos poder-se-ão acrescentar outros exemplos, tais como: falar-se de um direito que pode ser adquirido por usurpação — *lato sensu*: prática reiterada ou aquisição paulatina (artigo 1263.º, al. a); inversão do título (artigos 1263.º, al. d, e 1265.º); e, residualmente, esbulho —, por acto inválido e até inexistente, *maxime*, através da coacção física — que não afasta a aquisição da posse, mas apenas a caracteriza como violenta (artigo 1261.º, n.º 2) e, por isso mesmo, presumida (*juris et de jure*) de má fé (artigo 1260.º, n.º 3), bem como a impede de conduzir à usucapião enquanto não cessar a violência (artigos 1297.º e 1300.º, n.º 1) —, etc.

Na literatura estrangeira, e globalmente na mesma ordem de ideias, cf., *ex plurimis*, RODOLFO SACCO/RAFFAELE CATERINA, *Il possesso*, 2.ª ed., in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicú-Messineo*, continuato da Luigi Mengoni, Milano, 2000, onde os Autores — considerando a «análise do poder de facto» em que se traduz o *corpus* na posse o «ponto mais difícil e mais significativo» do instituto (*ibidem*, p. XIV), cujo aprofundamento dogmático a doutrina, em geral, tem descurado, dedicam a este elemento uma particular atenção na sua monografia (ver, sobretudo, pp.73 e ss.) — põem o acento tónico no «carácter totalmente factual da posse», afirmando, em síntese conclusiva, o seguinte: «A posse é a relação de facto por excelência. A sua relevância é a relevância exemplar das relações de facto. A sua disciplina é a disciplina exemplar das relações de facto» (*ibidem*, p. 526; para mais pormenores, cf. o nosso «Uma *relectio* sobre a *accessão da posse* (artigo 1256.º do Código Civil)», *cit.*, pp. 107, nota 64, e, em particular, 114, nota 75, onde sublinhámos que, nos seus aspectos fundamentais, tal perspectiva corresponde, basicamente, àquilo que, já antes, Orlando de Carvalho sempre ensinou sobre a posse).

Acrescente-se que a jurisprudência dos nossos Tribunais Superiores — com destaque para o Supremo Tribunal de Justiça —, de uma forma geral, não dá grande relevo a esta controvérsia (cf., a título ilustrativo e por último, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 07.04. 2011 (Relator: FONSECA RAMOS), já citado [vd., *supra*, a nota 2 e o texto que a antecede], onde, a dado passo, se afirma, em *obiter dictum*: «...e independente[mente] da querela sobre a qualificação da posse, um *poder de facto* ou um *direito real de gozo*...» [o itálico é do original]). No entanto, cremos poder afirmar que, por via de regra, aqueles nossos pretórios seguem, de uma maneira expressa ou implícita nas *rationes decidendi* e nos *obiter dicta* dos seus arestos, a orientação segundo a qual a posse é uma

que há uma «circulação da posse» independentemente da «circulação do direito»⁽¹⁵⁾.

situação de facto juridicamente relevante, e não um direito. Havendo, porém, vários acórdãos que, afastando-se desta linha, sufragam, em *obiter dicta*, a tese de que a posse é um «direito real provisório», consoante defendem, entre nós, nomeadamente MANUEL HENRIQUE MESQUITA (cf. *Direitos Reais*, Sumários das Lições ao Curso de 1966-1967, polic., Coimbra, 1967, pp.84 e ss.) e CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO (cf. *Direitos Reais*, lições coligidas por Álvaro Moreira/Carlos Fraga, Coimbra, 1971, pp. 127 e ss.). Posição esta que, salvaguardando o devido respeito, não partilhamos, pelas razões acima expostas sumariamente. Sendo certo que, para nós e como já se deixou entendido, não é indiferente, quer em termos teóricos, quer, sobretudo, prático-normativos, qualificar a posse como uma situação de facto (juridicamente relevante) ou, ao invés, um direito real (de gozo), seja este «provisório» ou não seja.

Por último, sublinhe-se que os motivos que nos levam a distanciarmo-nos, neste domínio específico, de António Menezes Cordeiro valem, *mutatis mutandis*, em relação a JOSÉ ALBERTO C. VIEIRA, que, conforme já referimos (cf., *supra*, a nota 4), sustenta igualmente a tese da inexigibilidade de um vínculo jurídico válido entre o actual possuidor e o seu (imediatamente) antecessor na posse, no âmbito do disposto no artigo 1256.º do Código Civil. Visto que este Professor — após uma detida análise da controvérsia desencadeada a propósito da natureza jurídica da posse (cf. *Direitos Reais*, *cit.*, pp. 641 e ss., em especial, 648 e ss., com amplas referências à doutrina nacional e estrangeira) — defende a posição de que, no nosso ordenamento jurídico, «a posse constitui um dos tipos de direitos reais de gozo constantes do *numerus clausus legalis*» (*ibidem*, p. 656; sendo que o Autor, em consonância com o seu entendimento sobre os direitos a cujo título se pode possuir, acrescenta, de imediato, o seguinte: «Admitimos, porém, que esse resultado possa ser diferente no tocante à posse exercida por referência a um direito que não seja um direito de gozo»).

⁽¹⁵⁾ Na verdade, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, ao tratar do «fenómeno da transmissão da posse», remete, no fundamental, para o ensino de Oliveira Ascensão (cf. *A Posse*, *cit.*, pp. 134 e s., no texto e na nota 296), pese embora afirme mais adiante, reportando-se à acessão da posse, que sujacente à lei (cf. o artigo 1256.º do Código Civil) «...está apenas uma transmissão da posse, a efectuar nos moldes próprios por que esta se transfere: não se exige qualquer acto válido mas, apenas, tradição ou constituto» (*ibidem*, p. 137). Acontece que, resumindo e simplificando ao máximo, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, se ajuizamos bem, partindo da consideração da posse como uma «situação jurídica» (cf. *Direito Civil — Reais*, 5.ª ed., revista e ampliada, Coimbra, 1993, p. 103), enquadra o «fenómeno da transmissão da posse» no plano mais geral da «transmissibilidade, própria das situações jurídicas» ou da «transmissão da situação jurídica» (*ibidem*, p. 121). Daí que sustente, *inter alia*, que, no constituto possessório, «a transferência da posse (...) é um mero efeito do negócio, como a do direito real, em geral» (*ibidem*, p. 116; ver, também, p. 62: «...é a transferência da posse que a lei coloca na dependência da transmissão da propriedade»; e, ainda, p. 121: «Se a transferência da posse é mero efeito do negócio jurídico e não se estabeleceu contacto entre o sujeito e a coisa, parece só poder ser explicada como uma transmissão da situação jurídica»). Ora, como já se deixou entendido, divergimos, com todo o respeito, desta posição, pelas razões que já tivemos ensejo de indicar em outro momento e para as quais, *brevitatis causa*, nos permitimos remeter (cf. o nosso «*Uma relectio sobre a acessão*

Ora, antecipando o que adiante veremos com mais pormenor, urge deixar bem nítido, *in limine*, que a aludida disciplina metó-

*da posse (artigo 1256.º do Código Civil)», cit., pp. 132 e ss. [nota 116], 141 e s. [nota 133], e, em especial quanto ao constituto possessório, pp. 142 [nota 132, *in fine*] e, sobretudo, 154 e ss. [nota 152]). Reiteramos apenas, nesta circunstância, que tal posição ilustra bem as aporias a que pode conduzir a falta de uma destriça inequívoca entre facto e direito, assim como entre transmissão do direito e transferência da posse, como julgamos ter demonstrado em outro lugar (cf., naquele nosso citado estudo, pp.133 e s. [na nota 116], e, sobre o constituto possessório, pp.154 e ss. [na nota 152]). E, por conseguinte, torna patente, a nosso ver, a necessidade de autonomizar, sem margem para dúvidas, a aquisição derivada da posse através da entrega ou tradição real (no sentido de verdadeira, e não ficta ou fingida) da coisa, de acordo com uma «lógica de circulação» do poder factual ou empírico, que caracteriza a posse, diversa da do poder jurídico (ou tão-só formal-jurídico), que é próprio do direito, como se acentua no texto que se segue.*

Acrescente-se apenas que as observações que se acabam de fazer valem, *mutatis mutandis*, em relação a JOSÉ ALBERTO C. VIEIRA, que, como dissemos (cf., *supra*, a nota 4), defende, em matéria de acesso da posse, a inexistência de um vínculo jurídico válido entre o actual possuidor e o seu (imediatamente) antecessor, mau grado a contradição referida na parte final da presente nota. Na verdade, este Professor, pronunciando-se sobre o «fenómeno da transmissão da posse», não deixa de realçar que «a tradição (*traditio*) da coisa é o facto paradigmático da transmissão da posse» (cf. *Direitos Reais, cit.*, p. 595; e p. 599: «A tradição é, no sistema jurídico português, a regra geral quanto à transmissão da posse»; e, ainda, p. 602: «A regra geral quanto à transmissão da posse continua a ser a tradição, material ou simbólica»). E, no âmbito específico do instituto da acesso da posse, sustenta mesmo, na esteira de Menezes Cordeiro, que, com os dizeres «...por título diverso da sucessão por morte», «o artigo 1256.º alude ao adquirente da posse que a recebeu por transmissão», abrangendo, assim, «os factos transmissivos da posse, ou seja os modos pelos quais a posse pode ser transmitida a terceiro»: a tradição e o constituto possessório (*ibidem*, p. 415). Donde a defesa de que «o possuidor actual pode juntar a sua posse à posse do seu antecessor caso tenha adquirido a posse deste por qualquer um dos modos de transmissão da posse que o direito português reconhece (a tradição e o constituto possessório), independentemente da validade do título de transmissão» (*ibidem*, p. 417). Sucede, porém, que, ao abordar (na sua terminologia) os «factos translativos da posse» (*ibidem*, pp. 595 e ss.), considera a *traditio brevi manu* e o constituto possessório como modalidades de «transmissão jurídica da posse» (*ibidem*, pp. 598 e 602, respectivamente), operando, assim, uma fusão-confusão entre facto e direito, bem como entre transmissão do direito e transferência da posse. Com as consequências gravosas que daí podem advir e que são particularmente visíveis no tratamento dado por este Autor ao constituto possessório, ao propugnar, *apertis verbis*, que, enquanto «efeito jurídico de um contrato, o constituto possessório depende da validade do facto jurídico que o desencadeia», pelo que «o requisito de um acto de transmissão do direito real constante do n.º 1 do artigo 1264.º deve ser entendido no sentido de um acto jurídico válido» (*ibidem*, pp. 602 e s.). Opinião esta de que, salvaguardando o devido respeito, dissentimos em absoluto, como facilmente se intui do que ficou dito e adiante se verá melhor, ao falarmos das figuras da *traditio brevi manu* e do constituto possessório enquanto modalidades de «tradição real implícita» (cf., *infra*,

dico-metodológica com que encaramos a posse e o seu regime jurídico reflectir-se-á, fundamentalmente, em dois aspectos: (i) na autonomização inequívoca das formas de aquisição derivada da posse — operada no âmbito da *accessio possessionis*, como há-de ver-se a seu tempo, através da entrega ou tradição real (no sentido de verdadeira, e não ficta ou fingida), em qualquer uma das suas modalidades possíveis — em face daquelas por que se adquirem os direitos reais, de acordo com uma «lógica de circulação» própria do poder factual ou empírico, que caracteriza a posse, diferente da do poder jurídico (ou tão-só formal-jurídico), que é típico do direito; (ii) e, em consonância com essa autonomização, na defesa da desnecessidade de um «vínculo jurídico válido» (pelo menos no plano formal) entre os dois possuidores sucessivos, cujas posses estão ligadas entre si por um nexó de aquisição derivada, como *condictio sine qua non* da acessão da posse, refutando, assim, a tese em sentido contrário, que, conforme dissemos, se encontra há muito enraizada na doutrina e na jurisprudência dominantes entre nós⁽¹⁶⁾.

§ 4.2.1.3.1 e, em especial, § 4.2.1.3.2, *sub* o n.º 12). Por agora, permitimo-nos apenas salientar o que, com todo o respeito, pensamos ser uma contradição insanável na posição defendida por JOSÉ ALBERTO C. VIEIRA em matéria de acessão da posse: (i) por um lado, e como há pouco se referiu, afirma, sem qualquer excepção ou reserva, que «o possuidor actual pode juntar a sua posse à posse do seu antecessor caso tenha adquirido a posse deste por qualquer um dos modos de transmissão da posse que o direito português reconhece (a tradição e o constituto possessório), *independentemente da validade do título de transmissão*» (*ibidem*, p. 417; o itálico é nosso); (ii) por outro, propugna, conforme se viu também há momentos, que «o constituto possessório depende da validade do facto jurídico que o desencadeia», pelo que «o requisito de um acto de transmissão do direito real constante do n.º 1 do artigo 1264.º deve ser entendido no sentido de um acto jurídico válido» (*ibidem*, pp. 602 e s.); (iii) donde flui que, estando em jogo o constituto possessório, o Autor acaba, afinal, por sustentar que, para haver acessão da posse, se exige (na sua terminologia) a «*validade do título de transmissão*»; (iiii) cingindo, assim, a aplicação do instituto, neste caso, à existência de uma posse causal.

(16) Sobre a «circulação da posse» independentemente da «circulação do direito», cf., desde já e por todos, RODOLFO SACCO/RAFFAELE CATERINA, *ob. cit.*, p.23, onde, na linha da orientação de fundo a que nos referimos, *supra*, na nota 14, pode ler-se, entre o mais, o seguinte: «Certamente pode acontecer (...) que o negócio translativo da propriedade seja nulo, mas intervenha a entrega, e, portanto, a propriedade não circule e a posse circule. Mas isto não significa que a posse circule em razão da venda nula, ou em razão de uma entrega acompanhada da venda nula. A posse circula porque se faz a entrega, e a venda nula não faz parte da “fattispecie” translativa do poder de facto» (ver, ainda, *ibidem*, pp. 35, 136, 137 [no texto e na nota 57], 236, 238, 240). Acrescentando-se, de imediato:

§ 2. Sequência

3 — É, pois, no pano de fundo acabado de delinear que se insere o presente estudo. O qual, para além desta Parte I relativa à «Introdução», contempla uma Parte II subordinada ao título genérico «Noção e Requisitos da Acessão da Posse (artigo 1256.º do Código Civil)» e uma Parte III, em que extrairemos, de uma forma sintética, a «Conclusão» a que chegámos.

O âmago jurídico-dogmático deste trabalho será constituído pela análise dos requisitos de aplicação do artigo 1256.º do Código Civil. Pelo que a Parte II será o momento dialógico-crítico por excelência com os defensores da exigibilidade de um vínculo jurídico válido entre o actual possuidor e o seu (imediato) antecessor na posse como *condictio sine qua non* da acessão da posse (*accessio possessionis*). Tese esta cuja refutação, como já ficou dito, constitui o objectivo nuclear que norteia o presente estudo.

Acrescente-se apenas que, como já se deixou entender, a perspectiva com que abordamos o tema que nos ocupa é orientada não só em função do «texto» do artigo 1256.º do Código Civil («text-oriented»), mas também do seu «contexto» («context-oriented») e dos problemas que a sua interpretação-aplicação suscita («problem-oriented»). Nas considerações antecedentes privilegiámos, de algum modo, a perspectiva «context-oriented», sem perder de vista, em todo o caso, as suas implicações práticas na correcta interpretação-aplicação do disposto naquela norma. As reflexões

«Infelizmente, quem deve formular o discurso a este respeito nem sempre considera até ao fundo o carácter totalmente factual da posse, e deixa-se induzir a indicar como causa concomitante [“concausa”] da vicissitude possessória o correspondente título hierático nulo [sobre o sentido da expressão “título ieratico” utilizada pelos Autores, ver, *ibidem*, p. 15: «A circulação do direito à posse, ou seja, a transferência do direito, terá lugar em virtude de uma “fattispecie ad hoc”, chamada título; chamamos a esta “fattispecie” “título ieratico”, para contrapô-la àqueles factos que incidem sobre a posse sem incidir sobre a propriedade»]. Aquele que invoca a acessão da posse tem um autor: o intérprete vê a ligação [“legame”] entre autor e sucessor não já na entrega, mas no título negocial que incide sobre a propriedade, nulo» (ver, ainda, *ibidem*, pp. 248 e 453). Globalmente no mesmo sentido de uma «circulação “autoreferencial” da posse», veja-se, ainda, BRUNO TROISI, *Circolazione del possesso e autonomia privata*, Napoli, 2003, pp. 79 e ss.

que se seguem terão, naturalmente, um entono mais «text-oriented» e «problem-oriented»⁽¹⁷⁾.

II — NOÇÃO E REQUISITOS DA ACESSÃO DA POSSE (ARTIGO 1256.º DO CÓDIGO CIVIL)⁽¹⁸⁾

§ 3. Noção de acessão da posse

4 — Diz o artigo 1256.º do Código Civil, sob a epígrafe «Acessão da posse»:

(17) Retomamos, aqui, a terminologia já ensaiada no nosso «*Uma relectio sobre a acessão da posse (artigo 1256.º do Código Civil)*», *cit.*, p. 119. Permitimo-nos apenas reiterar, nesta circunstância, que, como tivemos ocasião de escrever naquele estudo (cf., aí, pp. 118 e s., no texto e em notas), a verdadeira pedra-de-toque do instituto da posse, desde a experiência jurídica romana, é o seu carácter eminentemente prático. E um bom exemplo disso é justamente a figura da acessão da posse (*accessio possessionis*). No entanto, importa não confundir as coisas. Sem dúvida que a reflexão jurídica, como há muito se aceita a partir de diversos quadrantes, é uma «reflexão para a acção» (cf. ORLANDO DE CARVALHO, *Critério e estrutura do estabelecimento comercial, I — O problema da empresa como objecto de negócios*, Coimbra, 1967, em especial, pp. 343 e ss., 739 e ss.) ou, se se preferir, é indissociável de uma «dimensão praxística», no sentido da «doutrina de um válido agir» (cf. A. CASTANHEIRA NEVES, «*A unidade do sistema jurídico: o seu problema e o seu sentido*», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Teixeira Ribeiro*, vol. II, Coimbra, 1979, em particular, pp. 149 e ss.). Aliás, era já nessa direcção que apontava a velha máxima segundo a qual «*theoria sine praxis est rota sine axis*». Mas é claro que há uma relação biunívoca ou de mútua interferência entre teoria e prática: não existe teoria sem prática nem prática sem teoria. E, como não podia deixar de ser, o instituto da posse não foge a esta regra fundamental e fundamentante para quem não tenha do Direito uma ideia confinada a um certo tecnicismo civilístico, digamos assim.

(18) Anote-se que, na abordagem dos aspectos nucleares desta matéria, seguiremos de perto, mas de uma forma mais abreviada, o nosso «*Uma relectio sobre a acessão da posse (artigo 1256.º do Código Civil)*», *cit.*, pp. 129 e ss. [definição de acessão da posse], pp. 134 e ss. [requisitos de aplicação do artigo 1256.º do Código Civil] e pp. 180 e ss. [conclusões], introduzindo algumas esclarecimentos e pequenos retoques. Sendo que acrescentaremos, em alguns pontos, uma ou outra nova reflexão, visando reforçar a linha argumentativa já adoptada, no fundamental, naquele trabalho. E, ainda, novas referências bibliográficas e de Direito Comparado (com destaque para as relativas ao direito italiano, por razões que indicaremos a seu tempo), assim como atinentes à jurisprudência dos nossos Tribunais Superiores sobre o tema, em consonância com o objectivo primordial que norteia o presente estudo.

«1. *Aquele que houver sucedido na posse de outrem por título diverso da sucessão por morte pode juntar à sua a posse do antecessor.*

2. *Se, porém, a posse do antecessor for de natureza diferente da posse do sucessor, a acessão só se dará dentro dos limites daquela que tem menor âmbito».*

Em face do teor da norma que se acaba de transcrever, podemos definir a acessão da posse nos seguintes termos: é o instituto pelo qual o possuidor pode juntar ao lapso de tempo da sua posse o da posse do seu antecessor, desde que ambas as posses estejam ligadas entre si por um nexo de aquisição derivada diverso da sucessão por morte, para efeitos, nomeadamente, de usucapião.

Será possível, sem dúvida, encontrar outras noções mais felizes⁽¹⁹⁾. No espectro do conceito que sugerimos para o desenvolvimento da matéria, seguindo o cânone de que uma definição deve conter o essencial dentro do mínimo de palavras possível, procuramos acentuar os seguintes aspectos que se nos afiguram mais relevantes:

(1) — O instituto visa facultar a soma de lapsos de tempo de posses — o da posse do actual possuidor e o da posse do seu (imediatamente) antecessor ou, se for o caso, dos seus antecessores⁽²⁰⁾ —, e

⁽¹⁹⁾ A título de exemplo, veja-se a seguinte noção dada por ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO: «Podemos definir a acessão na posse como o instituto pelo qual, para efeitos, designadamente, de usucapião, o possuidor pode juntar à sua a posse do seu antecessor» (cf. *A Posse*, *cit.*, p. 131).

⁽²⁰⁾ Note-se que, no artigo 1256.º, n.ºs 1 e 2, do Código Civil, se fala apenas, no singular, de «antecessor». Acontece que o legislador teve em vista a situação prototípica, em que estão em presença o actual possuidor e o seu imediato antecessor na posse. Mas é indiscutível que, na acessão da posse, o actual possuidor pode juntar ao lapso de tempo da sua posse o das posses de todos os seus antecessores, desde que ligadas entre si por um nexo de aquisição derivada (diverso da sucessão por morte) — e, obviamente, sejam relevantes (ou, como também se diz, «úteis» ou «boas») para efeitos de usucapião, isto é, pacíficas e públicas; pressupondo, embora seja quase ocioso dizê-lo, que não estão abrangidas por qualquer causa de suspensão ou interrupção e, *naturaliter*, se reportam a direitos usucapíveis —, remontando até onde for necessário para perfazer o prazo que lhe permita usucapir. (Neste sentido, cf. M. HENRIQUE MESQUITA, *Anotação* ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 29 de Abril de 1992, in RLJ, ano 125.º (1992), n.º 3816, p. 95, nota 1, JOSÉ ALBERTO C. OLIVEIRA, *Direitos Reais*, *cit.*, pp. 418 e s. — adiantando, porém, que «é

não propriamente a junção, união ou conjunção de posses (como se diz *breviter*, por comodidade expositiva).

Isto, levando em linha de conta o seguinte: (i) por um lado, estamos perante posses distintas, ao contrário do que acontece na sucessão *mortis causa* na posse (cf. o artigo 1255.º), pressupondo a lei, neste sentido e como é patente, a distinção clássica entre *accessio possessionis* (ou *temporis*) e *successio possessionis* (ou *in possessionem*)⁽²¹⁾; (ii) e, por outro, tais posses podem ser de «natureza

o facto de a posse ser a mesma que permite que o possuidor actual beneficie de todo o tempo dela, desde que começou» (*ibidem*, p. 419, e, ainda, p. 420), justificação esta que, salvaguardando o devido respeito, não partilhamos, conforme se depreende do que dizemos a seguir no texto —, e, embora sem qualquer explicitação, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direitos Reais*, vol. II, Lisboa, 1979, p. 681. *Direitos Reais*, reprint, Lisboa, 1993, p. 474, assim como PAULO SOBRAL SOARES DO NASCIMENTO, «*Acessão da posse e posse titulada. Invocação, pelo herdeiro, da usucapião consumada em vida do “de cujus”*» — *Anotação* ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 22.11.2005, Proc. 3304/05, in *Cadernos de Direito Privado* [CDP], n.º 21, 2008, p. 47, no texto e na nota 10). Aliás, este entendimento é o único consonante com a génese histórica e a função primordial do instituto, que foi engendrado para facilitar a usucapião, como referimos, adiante, no texto.

Acrescente-se que é este o sentido que a doutrina e a jurisprudência italianas, mau grado uma ou outra voz dissonante, atribuem ao termo «autor» utilizado na 2.ª parte do artigo 1146.º do *Codice civile* de 1942, que reza o seguinte: «O sucessor a título particular pode unir à própria posse a do seu autor para gozar dos seus efeitos» [«Il successore a titolo particolare può unire al proprio possesso quello del suo autore per goderne gli effetti»]. Facto que, quanto a nós, não deixa de ser significativo, atendendo a que a norma constante do n.º 1 do artigo 1256.º do nosso Código Civil teve por fonte directa este preceito.

Assim, por exemplo, CHIARA TENELLA SILLANI escreve, a este propósito, o seguinte: «Por autor entende-se, portanto, aquele que tenha estado em relação directa com o possuidor actual, isto é, o sujeito que tenha transferido a título particular um poder de facto dirigido ao exercício de um direito; aliás, de tal noção foi dada também uma interpretação ampla, permitindo-se ao possuidor de um bem juntar à própria posse não só a do seu autor imediato, mas também a dos precedentes causantes» (cf. «*Possesso e detenzione*», in *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile* [DDP, Sez. civ.], vol. XIV, Torino, 1996, p. 34; e, ainda, p. 35, nota 162). Por seu turno, C. MASSIMO BIANCA afirma o que segue: «O adquirente a título particular, precisamente, pode contar a posse do seu autor e [a] dos seus precedentes alienantes para completar o tempo da posse útil, seja para fins da usucapião, seja para fins da tutela possessória» (cf. *Diritto civile*, vol. VI — *La proprietà*, Milano, 1999, p. 754).

⁽²¹⁾ Para os imprescindíveis desenvolvimentos acerca da sucessão *mortis causa* na posse (cf. o artigo 1255.º do Código Civil) enquanto forma de «conjunção diacrónica de posses» e um caso de aquisição derivada da posse mediante «tradição ficta» — operada mediante uma *fictio legis* do *corpus* e do *animus* da posse dos bens da herança na pessoa do sucessor do *de cujus* desde o momento da morte (cf. os artigos 1255.º e 2050.º), que, como se sabe, constitui o momento da abertura da sucessão (cf. o artigo 2031.º) —, permi-

diferente» (cf. o artigo 1256.º, n.º 2), seja porque o actual possuidor e o seu (imediato) antecessor possuem em termos de direitos reais diferentes, seja porque as respectivas posses divergem quanto aos seus caracteres⁽²²⁾.

(2) — As duas ou mais posses em causa — a do actual possuidor e a (s) do(s) seu(s) antecessor(es) — devem estar ligadas entre si por um nexo de aquisição derivada diverso da sucessão por morte.

Esta formulação, ao que cremos, apresenta as seguintes vantagens: (i) por um lado, permite, desde logo, eliminar a anfibologia de que, na nossa óptica, enfermam os dizeres contidos no início do n.º 1 do artigo 1256.º⁽²³⁾; (ii) e, por outro, põe em

timo-nos remeter, *brevitatis causa*, para o nosso «*Uma relectio sobre a acessão da posse (artigo 1256.º do Código Civil)*», *cit.*, pp. 121 e s., e, especialmente a nota 93, a pp. 122 e ss, onde seguimos de perto o ensino oral de Orlando de Carvalho, como aí se adverte. Nesta circunstância e *apertis verbis*, chamamos apenas a atenção para que urge distinguir no âmbito da sucessão *mortis causa* na posse, pelas razões expostas naquela nota, entre a sucessão legal (legítima ou legitimária) e a sucessão voluntária (testamentária ou contratual), no tocante ao seguinte: (i) existe, em ambas, uma continuidade da posse do «de cuius»; (ii) porém, no que diz respeito às características dessa posse, só na primeira é que tal continuidade é sempre acompanhada por uma identidade de qualificação da posse, mas já não necessariamente na segunda.

⁽²²⁾ Daí que a expressão românica «*accessio temporis*» se revele mais adequada do que a de «*accessio possessionis*», não obstante o uso de ambas em inteira sinonímia.

⁽²³⁾ De facto, os dizeres constantes da primeira parte do disposto no n.º 1 do artigo 1256.º do Código Civil — «*Aquele que houver sucedido na posse de outrem por título diverso da sucessão por morte...*» — estão longe de primarem pela clareza e pelo rigor técnico-jurídico, em virtude das razões a seguir indicadas de uma forma tão breve quanto possível.

Assim, no tocante à expressão «*sucedido na posse de outrem*», como já se frisou no texto e se admite *nemine discrepante* na doutrina e na jurisprudência, é óbvio que o actual possuidor não sucede na posse do seu (imediato) antecessor: trata-se de duas posses distintas, que até podem ter «natureza diferente» (cf. o artigo 1256.º, n.º 2). Por isso, acompanhamos JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, quando sustenta, a este propósito, o seguinte: «*Suceeder* não é utilizado aqui em sentido técnico-jurídico (justamente se contrapõe este fenómeno à sucessão por morte) mas em sentido vulgar, como quando se fala na sucessão dos acontecimentos históricos, acrescentando-se quando muito a noção de derivação das posses uma da outra. A “sucessão” equivale aqui a transmissão» (cf. *ob.cit.*, pp. 114 e s.; o itálico é do original). No mesmo sentido e louvando-se igualmente no ensino de Oliveira Ascensão, cf. LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direitos Reais*, 6.ª ed. (atualizada e revista), Lisboa, 2009, p. 316, nota 1, e A. SANTOS JUSTO, *Direitos Reais*, 3.ª ed., Coimbra, 2011, p. 198, nota 940.

Por sua vez, a utilização do termo «*título*» é ainda mais ambígua. O «título» equi-

realce que, como já se frisou, as posses em jogo têm de situar-se

vale aqui, pura e simplesmente, a «por motivo diverso», «por razão diversa», «por via diversa», como se prefira dizer. De resto, à semelhança do que acontece, *mutatis mutandis*, com o vocábulo «título» na chamada «inversão do título de posse» (cf. os artigos 1263.º, al. d), e 1265.º), como adverte ORLANDO DE CARVALHO, quando escreve, a respeito desta forma de aquisição originária da posse, o seguinte: «(...) título não é aqui documento, ou fundamento, ou sequer título de posse, no sentido de posse titulada. É apenas a razão pela qual se actua» (cf. «Introdução à Posse», *cit.*, na RLJ, n.º 3810 (1992), p. 262). Sendo certo, obviamente, que, no âmbito do artigo 1256.º do Código Civil, as posses do actual possuidor e do seu (imediato) antecessor estão ligadas entre si por um nexo de aquisição derivada, ao contrário do que ocorre na «inversão do título de posse».

Nesta ordem de ideias, é para nós seguro que não se trata, nomeadamente, de título de posse, no sentido previsto no artigo 1259.º, n.º 1, do Código Civil. Norma esta cuja «leitura» correcta leva a concluir, em apertada síntese, que para haver posse titulada são precisos dois requisitos, atendo-nos à hipótese de estar em jogo um negócio jurídico, porquanto é a única que aqui interessa: (1) um requisito positivo (cf. a 1.ª parte do n.º 1 do artigo 1259.º), segundo o qual a posse tem de ter atrás de si — é este o significado de «fundada» da lei — um título («título adquirendi») legítimo ou idóneo, *em abstracto*, para adquirir o direito real nos termos do qual se visa possuir, pelo que, se esse título for um negócio jurídico, os vícios substanciais (ou, se preferirmos, as causas substanciais de invalidade) de que este, porventura, enferme são, em princípio, irrelevantes; (2) e um requisito negativo (cf. a parte final do n.º 1 do artigo 1259.º, *a contrario sensu*), de harmonia com o qual, sendo esse título um negócio jurídico, este não pode estar afectado por um vício de forma *ad substantiam*. Isto, sem que se esqueça o seguinte: (i) há causas substanciais de invalidade do negócio jurídico que, *natura sua*, excluem a posse — por falta de *animus (possidendi)* e, logo, de *corpus*, sabendo-se que, como adiante se frisa no texto, há uma relação biunívoca ou de interdependência entre esses dois elementos, não existindo, pois, *corpus* sem *animus*, nem *animus* sem *corpus* — e, por conseguinte, nem sequer se pode pôr o problema do título — é o que acontece nos seguintes casos: simulação absoluta; simulação relativa, quando o negócio dissimulado não é um título legítimo ou idóneo, *em abstracto*, para adquirir o direito real nos termos do qual se visa possuir; e, por razões idênticas, *ex vi* do disposto no artigo 244.º, n.º 2, reserva mental (absoluta e relativa) efectivamente conhecida do declaratório; (ii) se o negócio-título sofre de uma causa de inexistência (jurídica) — coacção física ou *vis absoluta*, contrato sob o nome de outrem, declarações jocosas ou não sérias, dissenso total ou patente e, em geral, todos os casos de falta de vontade de acção, de falta de vontade ou consciência da declaração ou de falta completa de vontade de efeitos ou vontade negocial (cf. os artigos 245.º e 246.º) —, a posse, ainda que exista, não é titulada por falta do requisito positivo (para os indispensáveis desenvolvimentos, cf. por todos, ORLANDO DE CARVALHO, *últ. ob. cit.*, na RLJ, n.º 3786 (1989), pp.263 e ss., que aqui seguimos de perto e a quem, na nossa óptica, se deve um apuramento jurídico-dogmático da matéria praticamente insuprível. No plano da jurisprudência, cf., *ex plurimis*, os Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, de 09.10.2003 (Relator: SANTOS BERNARDINO), Proc. n.º 03B1415, e de 02.05.2012 (Relator: MARTINS DA FONSECA), este último já citado [vd., *supra*, a nota 12 e, aí, o ponto IV do sumário], ambos disponíveis em <www.dgsi.pt/jstj>, os quais se louvam *ex professo* no ensino de Orlando de Carvalho, que trancrevem amplamente, em *obiter dicta*).

numa mesma e única cadeia de aquisições derivadas da posse⁽²⁴⁾.

Sendo que, no tocante a este último aspecto e como já se referiu, a entrega ou tradição (*traditio*) constitui o único modo de transferência e (correlativa) aquisição da posse *inter vivos*. Por outra via e com mais precisão, a posse do actual possuidor é adquirida do seu (imediato) antecessor através da entrega ou tradição real (no sentido de verdadeira, e não ficta ou fingida) da coisa, em qualquer uma das suas modalidades possíveis, de acordo com uma «lógica de circulação» própria do poder factual ou empírico, que caracteriza a posse, diferente da do poder jurídico (ou tão-só formal-jurídico), que é típico do direito⁽²⁵⁾.

(3) — O fim primordial a que subterraneamente se ordena a regulação da acessão da posse é o de facilitar a aquisição por usucapão do direito de propriedade ou de outros direitos reais usucapíveis

A terminar, saliente-se, a talhe de foice, que a doutrina e a jurisprudência nem sempre se dão conta da plurisignificação ou polissemia do termo «título» na regulamentação da posse efectuada no actual Código Civil de 1966. O que, em alguns casos, se repercute em interpretações que, salvo o devido respeito, consideramos *contra legem* e, em último termo, em absurdas soluções. Assim, para além dos significados há pouco referidos — em matéria de acessão da posse (cf. o artigo 1256.º, n.º 1) e de inversão do título de posse (cf. os artigos 1263.º, al. d), e 1265.º), bem como de posse titulada (cf. o artigo 1259.º, n.º 1) —, o vocábulo «título» tem, ainda, o sentido de simples documento particular, para efeitos do disposto, no âmbito da defesa da posse das servidões não aparentes, na parte final do artigo 1280.º («... salvo quando a posse se funde em título provindo do proprietário do prédio serviente ou de quem lho transmitiu»). Visto que, atendendo à *ratio legis* desta norma (cf., por todos, FERNANDO ANDRADE PIRES DE LIMA/JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA (com a colaboração de M. HENRIQUE MESQUITA), *Código Civil Anotado*, vol. III, 2.ª ed., revista e actualizada, Coimbra, 1984, pp. 53 e ss., em comentário ao artigo 1280.º, e, já antes, MANUEL HENRIQUE MESQUITA, *Direitos Reais*, cit., pp. 78 e s.), não se justifica, na nossa opinião, qualquer outra exigência mais rigorosa, nomeadamente a de que a posse seja titulada, bastando aquele documento para comprovar o conhecimento da constituição da servidão, pois é isso, e só isso, que a lei pretende garantir (cf., já antes, o nosso «Uma *relectio* sobre a acessão da posse (artigo 1256.º do Código Civil)», cit., p. 132, nota 113, *in fine*, onde se dá conta de que era também esta a posição sustentada por Orlando de Carvalho no seu ensino oral).

⁽²⁴⁾ A este propósito, anote-se que, entre nós, a doutrina e a jurisprudência falam habitualmente de posses «contíguas», «contínuas», «consecutivas», «ininterruptas», exprimindo a mesma ideia de fundo, mas, a nosso ver, de uma forma menos apurada sob o prisma jurídico-dogmático do que aquela que sugerimos.

⁽²⁵⁾ Ver, *supra*, a nota 16 e a pertinente passagem do texto que a antecede.

(cf. os artigos 1287.º e 1293.º do Código Civil), mediante o encurtamento do prazo necessário para usucapir (*tempus usucapionis*). O que, aliás, explica a gênese e a evolução histórica do instituto⁽²⁶⁾.

5 — Assinale-se ainda que, na abordagem desta matéria, damos por assente o seguinte: (i) a vigência no nosso ordenamento jurídico de um *sistema subjectivo de posse*, com tudo o que isto pressupõe e implica; (ii) os requisitos basilares a que a nossa lei condiciona a aquisição por usucapião de direitos reais sobre imóveis (*maxime*, o direito de propriedade), modalidade a que, por comodidade expositiva e *brevitatis causa*, cingiremos a nossa análise.

(26) Neste sentido, cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *A Posse, cit.*, p. 137 (onde pode ler-se que a evolução histórica do instituto da acessão da posse «visa facilitar a usucapião»), JOSÉ ALBERTO C. VIEIRA, *Direitos Reais, cit.*, p. 414 (onde se afirma, *inter alia*, o seguinte: «A utilidade da *accessio possessionis* reside justamente na usucapião. Para computar o prazo de posse necessário à usucapião, o possuidor não fica limitado ao seu tempo de posse, podendo juntar a sua posse (*rectius* o seu tempo de posse) à posse do seu antecessor»), e, no plano jurisprudencial e recentíssimamente, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 02.05.2012 (Relator: MARTINS DA FONSECA), já citado (cf., *supra*, a nota 12, cujo sumário, aí parcialmente transcrito, reza, a este propósito: «VII — A acessão na posse é, pacificamente, entendida como um meio ou instrumento destinado a facultar o funcionamento da usucapião. (...)»). Cabendo acrescentar que, como é sabido, esta facilitação não beneficia apenas o actual possuidor, mas também os credores deste e terceiros com legítimo interesse na declaração da usucapião (cf. o artigo 305.º, aplicável, com as necessárias adaptações, *ex vi* do disposto no artigo 1292.º, ambos do Código Civil), uma vez reunidos os pressupostos ou requisitos para tanto legalmente exigidos. O que reforça consideravelmente a importância prática daquele instituto.

De todo o modo, sublinhe-se que o mecanismo da acessão da posse pode ser utilizado não apenas para fins de usucapião, mas sempre que a duração da posse tenha relevo. Designadamente: (i) em ordem a determinar quem tem «melhor posse» (cf. o artigo 1278.º, n.ºs 2 e 3); (ii) a fim de permitir ao actual possuidor invocar a posse do antecessor para beneficiar de uma presunção de titularidade do direito (cf. o artigo 1268.º, n.º 1) mais favorável (sobre esta última possibilidade, cf. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil — Reais, cit.*, p. 115, nota 2, que, no entanto, considera que a mesma «...resulta dos princípios gerais da transmissão da posse, e não da excepção do artigo 1256.º»). Posição esta que se situa na linha do seu entendimento de que o «fenómeno da transmissão da posse» se enquadra no âmbito mais vasto da «transmissão da situação jurídica» [cf., *supra*, a nota 15 deste trabalho], mas que, salvaguardando o devido respeito, não partilhámos, pelas razões que já indicámos em outro lugar [cf. o nosso «*Uma relectio sobre a acessão da posse (artigo 1256.º do Código Civil)*», *cit.*, em especial p. 159, nota 157, para além dos pertinentes locais citados, *supra*, na nota 15 do presente estudo] e para as quais, *brevitatis causa*, nos permitimos remeter).

Assim, quanto ao *sistema subjectivo de posse*, urge, desde logo, ter uma exacta compreensão dos dois elementos, tradicionalmente designados por *corpus* e *animus*, que, como é sabido, a posse coenvolve em tal sistema: (i) um elemento empírico (*corpus*) — que consiste no exercício de poderes de facto sobre uma coisa; (ii) e um elemento psicológico-jurídico (*animus* ou *animus possidendi*) — que se traduz na intenção qualificada (*in terminis juris*) de exercer esses poderes em termos de um direito real (*rectius*: do direito real correspondente a esse exercício). Sendo que há uma relação biunívoca ou de interdependência entre esses dois elementos, não existindo, portanto, *corpus* sem *animus*, nem *animus* sem *corpus*(²⁷).

(²⁷) Acerca do sistema subjectivo de posse vigente na nossa ordem jurídica, de harmonia com o que consideramos ser a melhor doutrina (ou dogmática jurídica) e, de todo o modo, em consonância com a jurisprudência unânime, cf., por todos, ORLANDO DE CARVALHO, «*Introdução à Posse*», in RLJ, n.º 3780, *cit.*, p. 68 e s., e n.º 3781, p. 104 e ss., e ABÍLIO VASSALO ABREU, «*Uma relectio sobre a acessão da posse (artigo 1256.º do Código Civil)*», *cit.*, nota 30 [a pp. 68 e ss.] — onde, seguindo de perto o ensino daquele Professor, se sustenta que o Código Civil de 1966 consagra um sistema subjectivo de posse «mitigado», e não, como é defendido por António Menezes Cordeiro e, na sua esteira, por outros Autores (com destaque para Oliveira Ascensão, Carvalho Fernandes e Menezes Leitão), uma «orientação objectivista» ou, mais precisamente, um sistema «misto» ou «sobreposto» —, assim como as notas 76 e 128 [a pp. 114 e ss., e 139 e s., respectivamente]; ver ainda, em termos resumidos, J. J. GOMES CANOTILHO/ABÍLIO VASSALO ABREU, «*Enfiteuse sem extinção. A propósito da dilatação legal do âmbito normativo do instituto enfiteutico*», *cit.*, in RLJ, n.º 3968, pp. 268 e s. [sub o n.º 27, no texto e em notas]. Em sentido contrário, e para além dos Autores há pouco citados, *adde*, por último: JOSÉ ALBERTO C. VIEIRA, *Direitos Reais*, *cit.*, pp. 533 e ss., em especial, pp. 538 e ss., o qual trata amplamente do tema e propugna, com algumas discordâncias em relação ao pensamento de Menezes Cordeiro, que «o Código Civil português é integralmente objectivista em sede de regulação de posse» (*ibidem*, p. 545), e PEDRO ALBUQUERQUE, *Direito das Obrigações — Contratos em especial*, vol. I, tomo I, Coimbra, 2008, pp. 120 e ss., que, após fazer um pormenorizado balanço sobre os defensores das concepções de posse em confronto («subjectivista» e «objectivista») nos períodos anterior e posterior ao actual Código Civil de 1966, entende que neste diploma se consagra uma «orientação objectivista», aderindo, basicamente, à posição de Menezes Cordeiro (*ibidem*, pp. 124 e ss.) e rebatendo as objecções que lhe foram dirigidas por José Alberto C. Vieira (*ibidem*, pp. 129 e ss.). Anote-se ainda, relativamente a LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, que este Professor, muito embora defenda ser «hoje indubitável a formulação objectivista da lei portuguesa», propugna que «há que reequacionar os termos em que o debate tem sido colocado», sustentando, em consequência, o que podemos designar por uma nova «leitura objectivista» de cada uma das alíneas do artigo 1253.º do Código Civil e, em especial, da alínea *a*), que é aquela em torno da qual tem havido mais controvérsia entre os defensores da «orientação objectivista» (cf. *Direitos Reais*, 3.ª ed., *cit.*, pp. 115 e ss.).

Por sua vez, no tocante à aquisição por usucapião de direitos reais sobre imóveis (*maxime*, o direito de propriedade), lembre-se que ela depende, em apertada síntese, dos seguintes pressupostos ou requisitos essenciais: (i) a existência de posse de uma coisa (imóvel) em termos do direito de propriedade (*uti dominus*) ou de outro direito real de gozo não excluído, *ope legis*, da usucapião (cf. os artigos 1251.º, 1287.º e 1293.º do Código Civil); (ii) posse essa que tem de ser pacífica e pública (cf. o artigo 1297.º); (iii) a manutenção de tal posse durante certo lapso de tempo (cf. o artigo 1287.º), variável de acordo com os prazos legalmente fixados em consonância com diversos factores: os restantes caracteres que a posse revista (ser titulada ou não titulada, de boa ou má fé); haver, ou não, «registo do título» ou «registo da mera posse» (cf. os artigos 1294.º a 1296.º); (iiii) a necessidade de invocar, judicial ou extrajudicialmente, a usucapião (cf. o artigo 303.º, aplicável, com as devidas adaptações, *ex vi* do disposto no artigo 1292.º), que, aliás, é facultativa (cf. o artigo 1287.º)⁽²⁸⁾.

(28) Sobre tudo isto, cf., mais demoradamente, ABÍLIO VASSALO ABREU, «A “relação de coexistência” entre a usucapião e o registo predial no sistema jurídico português», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita*, Vol. I, Coimbra, 2009, pp.44 e ss, 49 e s, no texto e em notas [com destaque para as notas 37 e 38, e as remissões aí feitas]. Quanto aos pressupostos ou requisitos da usucapião, em particular, podem ver-se ainda, em termos nem sempre coincidentes acerca de alguns aspectos, os Autores (com relevo para M. Henrique Mesquita, Pires de Lima/Antunes Varela, Oliveira Ascensão, Menezes Cordeiro, Carvalho Fernandes, Rui Pinto Duarte e A. Santos Justo) e as obras que aí se citam, a pp. 44, nota 25. *Adde*, por último: JOSÉ ALBERTO C. VIEIRA, *Direitos Reais*, *cit.*, pp. 403 e ss., sobretudo, pp. 406 e ss., LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direitos Reais*, 3.ª ed., *cit.*, pp. 220 e ss., e, ao nível de edições mais recentes de obras anteriormente citadas naquele nosso estudo, A. SANTOS JUSTO, *Direitos Reais*, 3.ª ed., *cit.*, pp. 186 e ss., em especial, pp. 188 e ss., RUI PINTO DUARTE, *Curso de Direitos Reais*, 2.ª ed. revista e actualizada, Cascais, 2007, pp. 292 e ss.

§ 4. Requisitos da acessão da posse

§ 4.1. *Quadro sinóptico sobre os requisitos de aplicação do artigo 1256.º do Código Civil.*

6 — Os requisitos ou pressupostos de aplicação do artigo 1256.º podem decompor-se, analiticamente, de acordo com o esquema que se segue: (i) a existência de posses ligadas entre si por um nexo de aquisição derivada diverso da sucessão por morte (1.ª parte do n.º 1 do artigo 1256.º); (ii) o carácter facultativo da acessão (2.ª parte do n.º 1 do artigo 1256.º); (iii) a acessão dentro dos limites da posse de «menor âmbito», em caso de posses de «natureza diferente» (n.º 2 do artigo 1256.º).

Na exposição subsequente, orientar-nos-emos pelo roteiro do quadro sinóptico que se acaba de delinear, atribuindo particular destaque à análise da aquisição derivada da posse através da entrega ou tradição real (no sentido exposto) da coisa. Levando em linha de conta o relevo crucial que esta matéria tem na acessão da posse e, por isso mesmo, a necessidade de proceder ao seu apuramento dogmático, ainda que, por evidentes razões de economia, de uma forma tão breve quanto possível.

§ 4.2. *Análise dos requisitos de aplicação do artigo 1256.º do Código Civil.*

§ 4.2.1. *Existência de posses ligadas entre si por um nexo de aquisição derivada diverso da sucessão por morte (1.ª parte do n.º 1 do artigo 1256.º).*

§ 4.2.1.1. *Apontamento prévio.*

7 — O primeiro requisito ou pressuposto de aplicação do artigo 1256.º decorre da 1.ª parte do n.º 1 deste preceito, embora os dizeres da lei, como já assinalámos, sejam anfíbológicos (sobretudo, no tocante aos termos «sucedido» e «título»)(²⁹). E significa, na nossa «leitura», que a posse do actual possuidor (*accipiens*) e a do seu (imediato) antecessor (*tradens*) têm de estar ligadas entre si por um nexo de aquisição derivada diverso da sucessão por morte.

(²⁹) Ver, *supra*, a pertinente passagem contida na nota 23.

Mais concretamente, a posse do actual possuidor (*accipiens*) tem de ser adquirida mediante a entrega ou tradição (*traditio*) real da coisa efectuada pelo possuidor precedente (*tradens*), em qualquer uma das suas modalidades possíveis adiante referidas. Visto que é sempre, e apenas, através da entrega ou tradição que opera a aquisição derivada da posse. Falando-se, aqui, de entrega ou tradição real — no sentido de verdadeira, e não fingida — justamente para a distinguir da tradição ficta que ocorre, como já se salientou, na sucessão «mortis causa» na posse (cf. o artigo 1255.º do Código Civil)⁽³⁰⁾.

Donde flui que aquilo em que este pressuposto ou requisito da acessão da posse se traduz em termos prático-normativos passa, *apertis verbis*, pela exacta compreensão de duas questões fundamentais: (i) a aquisição derivada da posse; (ii) e a entrega ou tradição real (no sentido exposto) da coisa, enquanto único meio por que tal aquisição opera.

É, pois, neste contexto que se situam e devem entender-se as considerações que se seguem. Nas quais daremos especial relevo à entrega ou tradição (*traditio*) da coisa, tendo presente que, servindo-nos das palavras de RODOLFO SACCO/RAFFAELE CATERINA, ela «é a *fattispecie* normal para a aquisição da posse», podendo mesmo afirmar-se que «se o contrato (causal) é o modo normal para a circulação da propriedade, a entrega é o modo normal para a circulação da posse»⁽³¹⁾.

⁽³⁰⁾ Ver, *supra*, a nota 21 e a remissão aí feita.

⁽³¹⁾ Cf. *ob. cit.*, p. 236; ver ainda, *supra*, a pertinente passagem contida na nota 14 e a nota 16 deste nosso estudo. A fim de possibilitar uma contextualização mínima da asserção de RODOLFO SACCO/RAFFAELE CATERINA referida no texto, assinala-se, em extrema síntese, o seguinte: (i) no que toca ao sistema de domínio, vigora, na Itália — à semelhança do que acontece entre nós (cf. o artigo 408.º, n.º 1, do Código Civil) —, um «sistema do título» ligado a um princípio da causalidade e a um princípio da consensualidade em matéria de atribuição e de aquisição de direitos reais; (ii) e, quanto ao sistema de posse, sublinhe-se que, de acordo com o entendimento dominante, o sistema possessório italiano é — talqualmente o nosso (cf., *supra*, a nota 27 e o texto que a antecede) — um sistema subjectivo; (iii) cabendo salientar, aliás, que, em matéria de posse, o actual Código Civil português foi, sobretudo, influenciado pelo *Codice civile* italiano de 1942 (cf., a este propósito, o nosso «Uma *relectio* sobre a acessão da posse (artigo 1256.º do Código Civil)», *cit.*, p. 68, no texto e na nota 30, e p. 175, no texto e na nota 195, assim como as indicações e remissões aí contidas).

8 — Antes disso, porém, cumpre realçar, à partida e em extrema síntese, o seguinte: (i) neste âmbito, «urge desprendermo-nos da tradicional sistemática e terminologia jurídica, tendo em atenção os factos em si e por si», inexistindo qualquer razão para considerar taxativo o elenco das formas de aquisição previsto no artigo 1263.º do Código Civil⁽³²⁾; (iii) ao longo da História, a sensibilidade dominial evoluiu e, com ela, a sensibilidade possessória, assistindo-se a uma progressiva «espiritualização» ou abstractização do conceito de poder de facto na posse e, logo, da entrega ou tradição (*traditio*) da coisa⁽³³⁾; (iiii) processo evolutivo este que se acentuou especialmente no nosso tempo, marcado por uma «desfundiarização», «mobilização» e «desmaterialização» da dominialidade (ou, se quisermos, das fontes de riqueza) sem precedentes e, por isso, não admira que proliferem cada vez mais formas de entrega «espiritualizadas»^(34/35).

(32) Segue-se aqui de perto, e dá-se por assente, a lição de ORLANDO DE CARVALHO sobre formas de aquisição da posse: cf. «*Introdução à Posse*», *cit.*, na RLJ, ano 123.º (1991), n.º 3801, pp. 353 e ss., onde colhemos a frase transcrita no texto e se sublinha, *inter alia*, que «um *numerus clausus* das formas de aquisição não teria qualquer razão de ser, pois não existe (...) para a própria aquisição dos *jura in re* (...), nem seria coerente com o intuito da lei de valorizar e regular todas as situações de posse autónoma»; e, ainda, que, neste âmbito, se cura das formas aquisitivas de posse formal, e não de formas aquisitivas de posse causal (*ibidem*, p. 353). Tudo isto, observe-se, em consonância com a perspectiva acima aludida de que a posse como fenómeno jurídico *sui generis* é uma situação de facto juridicamente relevante, e não um direito; a regulação jurídica da posse encara esta como fenómeno *a se stante* ou «algo de autónomo, que não se funda no direito ou dele abstrai», vale por dizer, a posse formal ou autónoma, que é a posse em sentido técnico (cf., *supra*, o texto que antecede as notas 10 e 11 do presente trabalho, bem como as remissões aí feitas).

(33) Salientando que a *traditio* (tradição ou entrega) vem conhecendo, desde o Direito Romano, uma crescente «espiritualização», acompanhando a «progressiva espiritualização histórica — ainda que diversamente entendida — do conceito de poder de facto na posse», cf., *ex multis*, CARLO ALBERTO FUNAIOLI, «*Consegna (in generale)*», in *Enciclopedia del Diritto* [ED], vol. IX, Milano, 1961, pp. 131 e ss., em especial, pp. 132 (e, nesta, a nota 6, onde colhemos a frase que se acaba de transcrever), 133 e 137, e CARLO ANGELICI, «*Consegna*», in DDP, sez. civ., vol. III, Torino, 1998, pp. 468 e ss., em particular, pp. 471 e ss. Entre nós, veja-se, por último, JOSÉ ALBERTO C. VIEIRA, *Direitos Reais*, *cit.*, pp. 595 e ss.

(34) Sobre este ponto específico, cf., por todos, CARLO ALBERTO FUNAIOLI, *ob. cit.*, pp. 132 e s., onde pode ler-se, *inter alia*, que não podem excluir-se do conceito de entrega as formas das «(...) entregas — segundo as circunstâncias — imateriais, puramente consensuais, documentais ou virtuais ou espiritualizadas em geral, para além das chamadas reais e simbólicas», desde que assegurem «a possibilidade de exercício concreto do poder de facto» (*ibidem*, p. 134).

(35) Para mais pormenores sobre os aspectos enunciados muito sinteticamente no texto que antecede esta nota, cf. o nosso «*Uma relectio sobre a acessão da posse*

§ 4.2.1.2. *Noção de aquisição derivada da posse e explicação sumária acerca do seu funcionamento.*

9 — Aquisição derivada da posse é aquela em que a posse do adquirente depende geneticamente de uma posse anterior, quer quanto à existência, quer quanto à natureza, âmbito ou conteúdo, quer quanto à extensão ou área de incidência. Por outra via, a nova posse pressupõe uma posse anterior, fundando-se ou filiando-se nela. Esta última extingue-se ou limita-se para, simultaneamente, dar lugar à nova posse, havendo entre os dois fenómenos um nexo de derivação, e não apenas cronológico, ao invés do que pode suceder na aquisição originária⁽³⁶⁾.

Por conseguinte, a aquisição derivada da posse efectua-se sempre com a intervenção do anterior possuidor, se exceptuarmos o caso da sucessão «mortis causa», na qual, por força da lei (cf. o artigo 1255.º

(artigo 1256.º do Código Civil)», *cit.*, pp. 108 e s., no texto e em notas, com destaque para a nota 72 [quanto ao processo de «desfundiarização», «mobilização» e «desmaterialização» da dominialidade], pp. 110 e ss., no texto e nas notas 73 e 74 [sobre a inexistência, entre nós, de qualquer razão de natureza legal ou dogmática para que os objectos passíveis de posse não sejam, genericamente, todas as coisas, *stricto sensu* e em sentido amplo], pp. 136 e s., e, em especial, 141 e ss., no texto e em notas [acerca da progressiva «espiritualização» ou abstractização do conceito de poder de facto na posse e, logo, da entrega ou tradição (*traditio*) da coisa].

(36) Na verdade, conforme sublinha ORLANDO DE CARVALHO, na aquisição originária da posse, «mesmo que uma posse anterior tenha existido (como acontece em todos os casos de usurpação), a posse do adquirente não provém dela, não tem causa nela, mas adquire-se contra ela ou apesar dela» (cf. «Introdução à Posse», *cit.*, na RLJ, n.º 3801, *cit.*, p. 354). Ora, não é isso que, manifestamente, sucede quando a aquisição da posse se efectua com a intervenção do anterior possuidor. O que, como já dissemos e reiteramos a seguir no texto, ocorre sempre na aquisição derivada da posse, se exceptuarmos o caso da sucessão «mortis causa», em que, por força da lei, existe uma tradição ficta da posse (cf., *supra*, a nota 21 e a remissão aí feita). Por outras palavras, a intervenção do anterior possuidor no processo aquisitivo da posse introduz neste o elemento relacional que caracteriza a *traditio* (tradição ou entrega) e que não existe, de todo em todo, na aquisição originária (Neste sentido, cf., por exemplo, CHIARA TENELLA SILLANI, *ob. cit.*, p. 30, que destaca, *inter alia*, «...o comportamento, legitimante e justificante, do transmitente, que consente em privar-se do seu poder de facto a favor do novo possuidor e, portanto, põe a coisa à sua disposição, tornando patente, também perante os terceiros, a ocorrida passagem da posse»). E isto faz toda a diferença entre a aquisição originária e a aquisição derivada da posse (para mais pormenores sobre a estrutura e os efeitos da entrega ou tradição como único modo de transferência da posse «inter vivos», sob uma óptica de que globalmente nos aproximamos, cf. RODOLFO SACCO/RAFFAELE CATERINA, *ob. cit.*, pp. 240 e ss.).

do Código Civil), existe uma tradição ficta da posse⁽³⁷⁾, e que não interessa aqui considerar. Donde resulta que não é agora necessário um exercício de poderes de facto sobre a coisa (*corpus*) tão enérgico e sistemático como o que, em regra, se exige para a aquisição originária, pelo menos inicialmente ou, com mais exactidão, no momento aquisitivo. Basta, por isso, a entrega simbólica da coisa e admite-se até, em alguns casos, uma tradição implícita da mesma⁽³⁸⁾.

Quanto ao elemento volitivo ou intencional (*animus*), este determina-se pela natureza do acto jurídico em que (indirectamente) se funda, no sentido de que tem atrás de si⁽³⁹⁾, a aquisição da posse, e não pela vontade concreta do adquirente. É, com as devidas adaptações, o que tradicionalmente se designa por «teoria da causa ou da vontade abstracta», de harmonia com a qual, cin-

⁽³⁷⁾ Ver, *supra*, a nota 21 e a remissão aí efectuada.

⁽³⁸⁾ Sobre estas formas ou modalidades de entrega ou tradição (*traditio*), ver, *infra*, o § 4.2.1.3.

⁽³⁹⁾ Dizemos «em que (indirectamente) se funda, no sentido de que tem atrás de si», porque, como já se frisou e em seguida se reitera no texto, a aquisição derivada da posse efectua-se apenas, e tão-somente, através da entrega ou tradição (*traditio*) da coisa, em qualquer uma das suas possíveis modalidades, não bastando, por conseguinte, a realização de um acto jurídico para que a posse se transfira do anterior para o novo possuidor.

Neste contexto, valem para aqui, *mutatis mutandis*, as considerações tecidas por ORLANDO DE CARVALHO no âmbito do conceito de posse titulada (cf. o artigo 1259.º, n.º 1, do Código Civil), a que, aliás, já aludimos de passagem (cf., *supra*, a nota 23). Na parte em que aquele Professor, após aclarar a fórmula da lei «modo legítimo de adquirir» — a qual significa, no que ora interessa, «qualquer título (abstractamente) idóneo para a aquisição do direito real em cujos termos se visa possuir» —, afirma, nomeadamente, o seguinte: «Sendo assim, o «fundada» da lei não significa que a posse proceda geneticamente desse título, que é a causa da atribuição do direito mas não causa de atribuição ou aquisição da posse. Em si, a posse procede de outro facto jurídico, que a transfere ou cria originariamente (...). Mesmo a posse causal, embora faculdade jurídica secundária do direito, não nasce do título constitutivo ou atributivo do *jus in re*, salvo quando é nota integrante da aquisição deste (como na doação de móveis sem escrito, no penhor e nos títulos ao portador, enquanto excepções à consensualidade; só que ainda aqui não é a posse que nasce do título aquisitivo do direito, e sim o título aquisitivo do direito que supõe a aquisição da posse). O «fundada» da lei significa apenas que a posse tem atrás de si, como causa legítima da sua aquisição, um *titulus acquirendi* (abstractamente idóneo) do direito, e, por isso, se diz titulada ou com título» (cf. «Introdução à Posse», *cit.*, na RLJ, n.º 3786, *cit.*, pp. 236 e s.). Acrescente-se apenas que as aludidas «excepções à consensualidade» se reportam às excepções ao princípio da consensualidade em matéria de atribuição e de aquisição de direitos reais vigente, entre nós, *ex vi* do disposto, com carácter geral, no artigo 408.º, n.º 1, do Código Civil (cf., *infra*, a nota 42 e as remissões aí feitas).

indo-nos ao aspecto que interessa aqui realçar, «contra a vontade que da causa derive não é permitido alegar uma vontade concreta do detentor, salvo se houver invertido o título», para nos socorrermos da fórmula de MANUEL RODRIGUES⁽⁴⁰⁾.

(40) Cfr. MANUEL RODRIGUES, *A Posse. Estudo de Direito Civil Português*, 4.^a ed. revista, anotada e prefaciada por Fernando Luso Soares, Coimbra, 1996, p.222. Assim, se, por exemplo, através de um negócio jurídico, *A* constitui em benefício de *B* um usufruto sobre um prédio, procedendo à tradição ou entrega deste último, *B*, por força desse negócio jurídico em que (indirectamente) se funda a aquisição da sua posse — no sentido exposto na nota anterior —, tem posse própria (*proprium nomine*) nos termos do direito real correspondente (usufruto), mas será sempre um possuidor em nome de *A* em relação à nua propriedade ou propriedade de raiz, enquanto não inverter o título de posse e, em consequência dessa inversão, passe a ter uma posse mais qualificada, em termos do direito de propriedade (Acerca da «inversão do título da posse» — prevista e regulada nos artigos 1263.º, al. *d*), e 1256.º do Código Civil —, enquanto processo específico de usurpação, dentro das formas de aquisição originária da posse contra ou sem a vontade do possuidor, cf., por todos, ORLANDO DE CARVALHO, «Introdução à Posse», *cit.*, na RLJ, n.º 3801, *cit.*, pp. 354 e s., n.º 3810, *cit.*, pp. 261 e ss., n.º 3811 (1992), pp. 292 e ss, a quem, na nossa perspectiva, se deve, também neste domínio, um apuramento jurídico-dogmático praticamente insuprível no meio português).

Para mais pormenores sobre a «teoria da causa ou da vontade abstracta», permitimo-nos remeter, *brevitatis causa*, para os Autores (Manuel Rodrigues, José Dias Marques, Manuel Henrique Mesquita, José de Oliveira Ascensão e António Menezes Cordeiro) e as obras que referimos no nosso «Uma *relectio* sobre a *accessão da posse* (artigo 1256.º do Código Civil)», *cit.*, p. 139, nota 128. Local onde indicámos os motivos pelos quais, salvaguardando o devido respeito, dissentimos de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, quando este Professor — na linha da defesa da tese de que o nosso Código Civil de 1966 consagra uma «orientação objectivista» em matéria de posse ou, mais precisamente, um sistema «misto» ou «sobreposto» (cf., *supra*, a nota 27 deste nosso trabalho e as remissões aí feitas) —, sustenta, *apertis verbis*, que a «adopção, mais ou menos explícita, da teoria da causa» por parte da jurisprudência portuguesa significa que esta «tem vindo a aproximar-se do objectivismo» (cf. *A Posse*, *cit.*, pp. 52 e ss, em especial, pp. 54, 68 e s.). Na verdade, reiterando a posição que aí tivemos ensejo de expressar, entendemos que o recurso à «teoria da causa» — no plano mais vasto da «tendência geral para objectivar o mais possível o sistema de posse», na fórmula de ORLANDO DE CARVALHO (cf., naquele nosso citado estudo, as notas 30 e 76, a pp. 68 e ss., 114 e ss., respectivamente) — não contende com a subjectividade do nosso sistema possessório, antes se torna imprescindível *ad colorandum possessionem*, considerando, sempre, a relação possessória em si e por si. Quer dizer, servindo-nos das palavras de CARLO ALBERTO FUNAIOLI: «(...) não cremos absolutamente que possa prescindir-se do elemento causal (função objectiva) e da volição deste (...) para determinar o título próprio da relação possessória considerada em si mesma (*ad colorandum possessionem*: posse ou detenção, a título de propriedade, de servidão, ou de locação, de comodato, e, logo, em nome próprio ou de outrem, etc.). Dentro destes limites, isto é, com respeito pela função específica da entrega como instituto jurídico, a causa é inerente ao acto

Neste quadro, urge reiterar que a aquisição derivada da posse opera apenas, e tão-somente, através da entrega ou tradição (*traditio*) do objecto, em qualquer uma das modalidades de que falaremos em seguida, não bastando, pois, a simples realização de um acto jurídico para que a posse se transfira do anterior para o novo possuidor⁽⁴¹⁾. Donde flui, desde logo, que, no âmbito da

assim como a causa, por exemplo, de transferência do direito é essencial enquanto elemento constitutivo nos correspondentes negócios jurídicos (venda, doação, etc., de que a entrega representa a execução)» (cf. *ob. cit.*, pp.136 e s.).

(41) No sentido de que a posse não se transfere por mero efeito do contrato, podem ver-se, entre nós, ainda no âmbito do Código Civil de 1867, nomeadamente, MANUEL RODRIGUES (cf. *ob. cit.*, pp. 213 e ss.), LUIZ DA CUNHA GONÇALVES (cf. *Tratado de Direito Civil Português*, vol. III, Coimbra, 1930, p. 559) e JOSÉ DIAS MARQUES (cf. *Prescrição Aquisitiva*, vol. I, Lisboa, 1960, pp. 50 e ss), e, já na vigência do actual Código Civil de 1966, MANUEL HENRIQUE MESQUITA (cf. *Direitos Reais, cit.*, p. 100), ORLANDO DE CARVALHO (cf. *ob. e loc. cit.*, *supra*, na nota 32, designadamente), LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO (cf. *Direitos Reais*, 3.^a ed., *cit.*, p. 135, onde pode ler-se que «...a posse não se transmite por mero consenso das partes, ao contrário do que sucede genericamente com os direitos reais (art. 408.º), sendo a forma comum de transmissão a tradição material ou simbólica da coisa (art.1263.º b) »), mau grado a tese aí defendida quanto ao constituto possessório não se nos afigure clara nesse sentido), e, segundo parece, FERNANDO ANDRADE PIRES DE LIMA/JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA com a colaboração de M. HENRIQUE MESQUITA (cf. *ob. e vol. cit.*, pp. 27 e s., em anotação ao artigo 1263.º; vd., porém, o n.º 5 do seu comentário ao artigo 1267.º, a pp. 29).

Em sentido oposto, pronunciam-se, entre outros, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, LUÍS A. CARVALHO FERNANDES e PEDRO DE ALBUQUERQUE: o primeiro, pelo menos em relação ao constituto possessório (ver, *supra*, *ob. e locs. cit.*, na nota 15 deste nosso trabalho), mas cremos que a posição de OLIVEIRA ASCENSÃO é bem mais extravazante (cf. *Direito Civil — Reais, cit.*, pp. 62 e ss., onde este Professor — após salientar, *inter alia*, que o processo de «espiritualização quase completa da posse» levou, em grande número de casos, à «outorga da posse sem entrega real» — afirma que a relação entre a transmissão do direito (*maxime*, o direito de propriedade) e a transferência da posse está hoje invertida por força do princípio da consensualidade, escrevendo, nomeadamente, o seguinte: «Não é a transmissão da propriedade que depende da transferência da posse: é a transferência da posse que a lei coloca na dependência da transmissão da propriedade. É o que se passa no constituto possessório, como, aliás, na sucessão da posse (...). Diremos assim que, se primeiro no título de aquisição do direito real estava a aquisição da posse, hoje, pelo contrário, é a aquisição do direito real que faz parte do título aquisitivo da posse»); o segundo (MENEZES CORDEIRO), a propósito não só da figura do constituto possessório, mas também da *traditio brevi manu*, considerando que estes dois casos não são formas excepcionais de transmissão exclusivamente contratual da posse, mas são logicamente os únicos possíveis (cf. *Direitos Reais*, vol. II, *cit.*, pp. 757 e ss. [*Direitos Reais*, reprint, *cit.*, p. 528], *ID.*, *A posse, cit.*, p. 77 — onde o Autor fala, quanto a nós e salvo o devido respeito, algo ambigualmente em «contratos com eficácia possessória» — e, sobre-

posse, não vale o princípio da consensualidade em matéria de atribuição e aquisição de direitos reais, vigente entre nós, por

tudo, pp. 107 e ss., onde o mesmo Professor, após afirmar, *inter alia*, que «a tradição surge, em regra, como subproduto dum acordo mais vasto» e que «podemos distinguir tradições típicas, tradições atípicas e tradições reais», defende que «as primeiras ocorrem nos termos dum contrato translativo; as segundas verificam-se à margem de contratos que, em princípio, não têm escopo translativo; as terceiras, finalmente, processam-se no puro domínio dos factos, sem qualquer acordo que as enquadre», acrescentando, porém, de imediato (*ibidem*, p. 107): «A validade do acordo que presida ou acompanhe a *traditio* é irrelevante: em termos possessórios, esta opera através dos simples actos materiais de entregar e receber»; o terceiro (CARVALHO FERNANDES) sustenta, basicamente, a mesma posição de Oliveira Ascensão (cf. *Lições de Direitos Reais*, 6.^a ed., *cit.*, pp. 315 e 318); o quarto (PEDRO DE ALBUQUERQUE), em relação ao constituto possessório, no âmbito do qual sufraga, fundamentalmente, o entendimento de Oliveira Ascensão e Menezes Cordeiro, embora discordando deste Professor quanto à articulação da figura com o artigo 1253.º, alínea c), e não a alínea a), conforme propugna (cf. *Direito das Obrigações — Contratos em especial*, vol. I, tomo I, *cit.*, pp.135 [nota 412], 138, 143 e ss.).

Por seu turno, JOSÉ ALBERTO C. VIEIRA, como já referimos (ver, *supra*, a nota 15), pronunciando-se sobre o «fenómeno da transmissão da posse», afirma que «a tradição (*traditio*) da coisa é o facto paradigmático da transmissão da posse» (cf. *Direitos Reais*, *cit.*, p. 595; ver, também, p. 599: «A tradição é, no sistema jurídico português, a regra geral quanto à transmissão da posse»); e, ainda, p.602: «A regra geral quanto à transmissão da posse continua a ser a tradição, material ou imbólica»). Sucede, porém, que, ao abordar (na sua terminologia) os «factos translativos da posse» (*ibidem*, pp. 595 e ss.), considera a *traditio brevi manu* e o constituto possessório como modalidades de «transmissão jurídica da posse» (*ibidem*, pp. 598 e 602, respectivamente). Ora, salvo o devido respeito e reiterando o que já dissemos a este propósito (cf., *supra*, a nota 15), pelo menos no tocante a estas duas figuras trata-se de uma fusão-confusão entre facto e direito, bem como entre transmissão do direito e transferência da posse. O que é particularmente nítido no tratamento dado por este Professor ao constituto possessório, ao propugnar, *apertis verbis*, que, enquanto «efeito jurídico de um contrato, o constituto possessório depende da validade do facto jurídico que o desencadeia», pelo que «o requisito de um acto de transmissão do direito real constante do n.º 1 do artigo 1264.º deve ser entendido no sentido de um acto jurídico válido» (*ibidem*, pp. 602 e s.). Cingindo, assim, o âmbito de operatividade do constituto possessório à posse causal, com as consequências gravosas daí resultantes, nomeadamente em matéria de acessão da posse (cf., *supra*, a nota 15, *in fine*). De resto, e voltando ao tema que nos ocupa na presente nota, as aporias a que leva uma tal concepção do constituto possessório são, ainda, paradigmaticamente evidenciadas quando JOSÉ ALBERTO C. VIEIRA escreve, a dado passo, o seguinte: «O constituto possessório integra uma transmissão da posse por simples consenso, assemelhando-se em matéria de posse ao princípio da consensualidade vigente em algumas ordens jurídicas, como a portuguesa, no que toca à constituição e transmissão de direitos reais» (*ibidem*, p. 600). E, mais à frente, sustenta, contudo, o que segue: «Não ocorrendo uma causa jurídica que justifique a não entrega da coisa ao adquirente do direito real, não há lugar ao constituto possessório. O constituto possessório não está para a posse como o princípio da consensualidade (art. 408.º, n.º 1) se encontra para os restantes direitos reais. A regra geral quanto à transmissão da posse continua a ser a tradição, material ou simbólica» (*ibidem*, p. 602).

força do disposto, com carácter geral, no artigo 408.º, n.º 1, do Código Civil⁽⁴²⁾.

§ 4.2.1.3. *Clarificação terminológica e modalidades de tradição (“traditio” ou entrega) real*⁽⁴³⁾.

§ 4.2.1.3.1. *Clarificação terminológica e enquadramento preliminar.*

10 — Pressupondo o que ficou dito e adoptando uma terminologia rigorosa, importa distinguir, dentro da tradição real (no sen-

Todavia, como se defende a seguir no texto, seja no constituto possessório, seja na *traditio brevi manu* há uma tradição real, verdadeira; só que é implícita. Quer dizer: nestas figuras, a entrega carece totalmente de qualquer sinal externo de recognoscibilidade, não porque a transmissão da posse opere por mero efeito do contrato, mau grado as aparências nesse sentido, mas porque estamos perante situações em que a exigência de entrega, material ou simbólica, não faria sentido, por razões de economia processual, e apenas por isso.

Deste modo, dissentimos da maioria da doutrina que, a respeito da *traditio brevi manu* e do constituto possessório, fala de uma transmissão da posse *solo consensu*. Expressão esta que, aliás, é frequentemente utilizada mesmo por aqueles autores que rejeitam o princípio de que a posse se transfere por mero efeito do contrato (cf., por exemplo, MANUEL HENRIQUE MESQUITA, *ob. cit.*, pp. 100 e 102, FERNANDO ANDRADE PIRES DE LIMA/JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA (com a colaboração de M. HENRIQUE MESQUITA), *ob. e vol. cit.*, p. 29, em anotação ao artigo 1264.º).

⁽⁴²⁾ Sobre o sentido e o alcance do disposto no artigo 408.º, n.º 1, do Código Civil — onde, *apertis verbis*, se estabelece o «sistema do título», conexo com um *princípio da causalidade* e um *princípio da consensualidade*, em matéria de atribuição e de aquisição de direitos reais (*maxime*, o direito de propriedade), com tudo o que isto pressupõe e implica, desde logo no tocante ao domínio criterioso dos conceitos de «título» e de «modo» que aí se postulam centralmente —, cf., por todos, ORLANDO DE CARVALHO, *Direito das Coisas (Do Direito das Coisas em Geral)*, Coimbra, 1977, pp.268 e ss. ,e, seguindo de perto, no fundamental, o ensino deste Professor, os nossos estudos «*Uma relectio sobre a acessão da posse (artigo 1256.º do Código Civil)*», *cit.*, na nota 32, a pp. 73 e ss., com múltiplas indicações relativas ao direito português e ao Direito Comparado, e, sucintamente, «*A “relação de coexistência” entre a usucapião e o registo predial no sistema jurídico português*», *cit.*, pp. 85 e ss., e 104 e s.[conclusões]; ver ainda, em apertada síntese, J. J. GOMES CANOTILHO/ABÍLIO VASSALO ABREU, «*Enfiteuse sem extinção. A propósito da dilatação legal do âmbito normativo do instituto enfiteutico*», *cit.*, in RLJ, n.º 3968, *cit.*, pp. 266 e s. [sub o n.º 25].

⁽⁴³⁾ Na abordagem desta matéria, seguiremos de perto, mas de uma forma mais sintética, o nosso «*Uma relectio sobre a acessão da posse (artigo 1256.º do Código Civil)*», *cit.*, pp. 146 e ss., onde, como aí se adverte, acompanhamos, quanto à terminologia adoptada e nos seus aspectos basilares, o ensino oral de Orlando de Carvalho, e pp.183 e s. [conclusões 3.9.2 e 3.9.3].

tido exposto), entre tradição explícita e tradição implícita: na primeira, a transmissão da posse efectua-se através de um acto exterior que materializa ou simboliza a entrega; a segunda, pelos motivos a seguir indicados, carece totalmente de qualquer sinal externo de recognoscibilidade.

A tradição explícita abrange: a tradição material (directa; e à distância: *traditio longa manu*); a tradição simbólica (por entrega das chaves: *traditio clavium*; e documental: *traditio per chartam*); e, ainda, o que pode designar-se por «imissão na posse»⁽⁴⁴⁾.

Por seu turno, a tradição implícita abarca a *traditio brevi manu* e o constituto possessório (bilateral e trilateral). Como já referimos de passagem⁽⁴⁵⁾ e adiante veremos melhor, atendendo a que os actos meramente jurídicos não transmitem a posse, são razões de economia processual que justificam ambas as figuras: evitam-se circuitos inúteis da coisa, numa situação em que a tradição material ou simbólica se mostra desnecessária. E é por isso, e só por isso, que inexistente qualquer sinal exterior de recognoscibilidade da entrega e, logo, da transferência da posse.

No direito moderno, fala-se apenas de tradição material ou simbólica, conquanto aquela se alargue de sorte a abranger tanto a clássica *adprehensio*, como a exibição ou indicação visual da antiga *traditio longa manu*, e a tradição simbólica abranja não só a entrega das chaves (*traditio clavium*), como a tradição documental (*traditio per chartam*), de acordo com a terminologia encontrada na Idade Média⁽⁴⁶⁾. Todavia, conservam-se também as formas da

(44) Na qual a tradição se efectua através de um complexo de actos destinados a colocar o adquirente em situação de estabelecer uma relação efectiva de fruição ou exploração em exclusividade ou privatividade adequada à natureza incorpórea do bem em causa (*maxime*, o estabelecimento mercantil). Cabendo referir que este conceito de «imissão na posse» é semelhante ao da «Einweisung» de que fala a doutrina alemã, a propósito da transmissão da empresa (cf. JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade. As empresas no direito*, Coimbra, 1996, p. 80, nota 200). Observe-se, ainda, que, por razões de economia, não trataremos na exposição subsequente desta forma de tradição real da posse (para mais pormenores, cf. o nosso «Uma *relectio* sobre a *acessão da posse* (artigo 1256.º do Código Civil)», *cit.*, pp. 150 e s., no texto e na nota 149).

(45) Ver, *supra*, a nota 41.

(46) Assinale-se que ORLANDO DE CARVALHO, no seu ensino oral, que aqui seguimos de perto (cf., *supra*, a nota 43), se demarcava da sinonímia tradicional na literatura,

traditio brevi manu e do constituto possessório (*constitutum possessorium*), figuras estas assim designadas pelos autores medievais. Vejam-se, para o nosso direito, os artigos 1263.º, alíneas b) e c), e 1264.º do Código Civil⁽⁴⁷⁾. A *traditio brevi manu* não é expressamente referida na lei, mas nem por isso é menos indiscutível⁽⁴⁸⁾.

entre nós e lá fora, que confunde a tradição simbólica com a *traditio ficta*. É que, segundo aquele Professor, a entrega das chaves (*traditio clavium*) e a própria tradição documental (*traditio per chartam*), sobretudo para as coisa incorpóreas, não são ficções de tradição, conquanto não sejam tradições materiais, no sentido da *adprehensio* e até da *traditio longa manu*: o que é óbvio na *traditio per chartam*, mas também na *traditio clavium* feita na ausência da coisa. É nesta linha que se situa o artigo 1263.º, alínea b), do nosso Código Civil (cf. FERNANDO ANDRADE PIRES DE LIMA/JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA (com a colaboração de M. HENRIQUE MESQUITA), *ob. e vol. cits.*, pp. 27 e s., em comentário àquela disposição legal).

Assim, salvaguardando o devido respeito, não acompanhamos, não só pelo que ficou dito, mas também pelo que adiante veremos mais demoradamente, ANTÔNIO MENEZES CORDEIRO, quando sustenta que «de acordo com a tradição romana, temos três tipos de tradição simbólica: *traditio longa manu*; *traditio ficta*; *traditio brevi manu*» (cf. *A Posse*, *cit.*, pp. 107 e s., 113, n.º 48-II). Opinião esta que é também perfilhada, entre outros Autores, por A. SANTOS JUSTO (cf. *Direitos Reais*, 3.ª ed., *cit.*, p. 196), LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO (cf. *Direitos Reais*, 3.ª ed., *cit.*, p. 134), e PAULO SOBRAL SOARES DO NASCIMENTO (cf. *Acessão da posse e posse titulada. Invocação, pelo herdeiro, da usucapião consumada em vida do “de cuius”*», *cit.*, p. 47).

⁽⁴⁷⁾ Desta sorte, e na linha do que já afirmámos antes (cf., *supra*, o texto que antecede as notas 25 e 32, bem como as remissões nestas efectuadas), dissentimos de JOSÉ ALBERTO C. VIEIRA, quando escreve, a este propósito, o seguinte: «As fórmulas clássicas e justinianeias do Direito romano, que compreendiam a *traditio longa manu* e a *traditio brevi manu* desapareceram do Direito actual. O artigo 1253.º, alínea b), do Código Civil português menciona apenas a tradição, distinguindo, porém, a tradição material e a tradição simbólica» (cf. *Direitos Reais*, *cit.*, p. 597). Sendo que, pouco depois, admite que «também a *traditio brevi manu* se deve considerar compreendida na alínea b) do artigo 1263.º» (*ibidem*, p. 598). No sentido que propugnamos, ver, para lá de Orlando de Carvalho (cf., *supra*, a nota 32), FERNANDO ANDRADE PIRES DE LIMA/JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA (com a colaboração de M. HENRIQUE MESQUITA), que, em comentário à alínea b) do artigo 1263.º do Código Civil, sustentam, nomeadamente, o seguinte: «A aquisição derivada da posse está prevista, em termos gerais, na alínea b). Este tipo de aquisição verifica-se quando a posse é *transferida* de um possuidor para outro» (cf. *ob. e vol. cits.*, p. 27).

⁽⁴⁸⁾ De resto, era já este o entendimento da doutrina e da jurisprudência no quadro do Código Civil de 1867. Ora, no âmbito do actual Código Civil, como já referimos (cf., *supra*, a nota 32 e o texto que a antecede), não há qualquer razão para considerar taxativo o elenco constante do artigo 1263.º e, logo, para não abranger nas formas de aquisição de posse, entre outras, a *traditio brevi manu*. Trata-se, aliás, de um tópico pacífico na doutrina e na jurisprudência nacionais, que frequentemente autonomizam a *traditio brevi manu* como forma de aquisição derivada de posse (cf. as referências constantes do nosso

À tradição documental alude explicitamente o artigo 669.º, n.º 1, do Código Civil.

§ 4.2.1.3.2. *Das modalidades de tradição (“traditio” ou entrega) real, em especial*

11 — Dito isto, cabe precisar um pouco mais, ainda que de uma maneira tão breve quanto possível, em que consistem as formas de aquisição derivada da posse por tradição real explícita e implícita acima enunciadas.

Assim, começando pelas formas de «tradição real explícita», temos a «tradição material», que consiste na entrega da própria *res* ao adquirente. Sendo utilizável apenas para as coisas corpóreas, pode revestir, como se referiu, as modalidades de «tradição material directa» e de «tradição material à distância (*traditio longa manu*)».

Na «tradição material directa», se a coisa é móvel, há-de passar de mão a mão (a *contrectatio* do Direito Romano). Se se trata de coisas imóveis, a nitidez da entrega manual, característica dos móveis, já se perde um pouco. A tradição directa supõe, agora, uma saída do *tradens* e a entrada do *accipiens* na coisa imóvel com a intenção de a possuir. Por exemplo, o adquirente de um prédio (rústico ou urbano) é introduzido neste pelo transmitente, que assim lhe manifesta a sua vontade de transmitir-lhe a respectiva posse, aceitando aquele apoderar-se do mesmo⁽⁴⁹⁾.

Por sua vez, na «tradição material à distância (*traditio longa manu*)», a entrega efectua-se à distância, com indicação visual do objecto transmitido (e daí que esta forma de *traditio* seja também denominada, na terminologia mais antiga, *oculis et affectu*). O adquirente não tem, agora, que entrar na coisa, se for um imóvel,

«Uma *relectio* sobre a acessão da posse (artigo 1256.º do Código Civil)», *cit.*, nota 150, a pp. 152 e s.; *adde*, por último: JOSÉ ALBERTO C. VIEIRA, *Direitos Reais, cit.*, p. 598, e LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direitos Reais, 3.ª ed., cit.*, p. 134).

(49) Neste sentido, *cf.*, por último, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direitos Reais, 3.ª ed., cit.*, p. 133. Mostrando-se contrário à admissibilidade de tradição material de coisas imóveis, veja-se, porém, JOSÉ ALBERTO C. VIEIRA, *Direitos Reais, cit.*, p. 597, mas, a nosso ver e salvo o devido respeito, sem razão.

nem que apoderar-se dela, se for um móvel. Mas o acto da entrega cumpre-se à vista do objecto transmitido, conservando-se, portanto, ainda que «espiritualizados», os rasgos da tradição material. Donde o enquadramento que fazemos da *traditio longa manu*, considerando-a uma forma de tradição material⁽⁵⁰⁾. Há entrega à distância, quando, referindo apenas um exemplo clássico, se transmite a posse de um prédio rústico sem entrar nele, mas mostrando-o de uma iminência.

Dentro da «tradição real explícita», temos, ainda, a «tradição simbólica», em que a transferência da posse se efectua mediante a entrega de um objecto (chaves ou documento) que representa (simboliza) a coisa que se pretende transmitir. Há tradição simbólica «por entrega das chaves (*traditio clavium*)», quando, por exemplo, *A* entrega a *B* as chaves de um apartamento ou de um automóvel que lhe vendeu⁽⁵¹⁾. Por seu turno, pode apontar-se como exemplo paradigmático de «tradição documental (*traditio per chartam*)» a hipótese prevista no artigo 669.º, n.º 1, 2.ª parte, do Código Civil. Conquanto se trate de uma tradição simbólica, nem por isso ela é menos efectiva: a tradição documental priva o devedor da disponibilidade da coisa, conferindo-a exclusivamente ao credor ou a terceiro⁽⁵²⁾.

⁽⁵⁰⁾ Refira-se que era já neste sentido que, a nosso ver, apontava MANUEL RODRIGUES, ao considerar a *traditio longa manu* (ou *oculis et affectu*) como uma forma de «tradição real» (cf. *ob. cit.*, p. 204).

⁽⁵¹⁾ Note-se, porém, que, em rigor, as chaves não são apenas um símbolo das coisas que se pretendem transmitir, mas um meio ou um instrumento de acesso efectivo às mesmas. De resto, como acentua, entre outros, CARLO ALBERTO FUNAIOLI, a entrega ou tradição da coisa deve assegurar, de acordo com as circunstâncias, a possibilidade de exercício concreto do poder de facto. Daí que, acrescenta o mesmo Autor, «por exemplo, a própria entrega das chaves pode não ter obviamente qualquer valor, se estas não consentem ou não bastam na “fattispecie” para permitir ao *accipiens* apreender materialmente a coisa» (cf. *ob. cit.*, p. 134).

⁽⁵²⁾ A este respeito, cf., por todos, FERNANDO ANDRADE PIRES DE LIMA/JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA (com a colaboração de M. HENRIQUE MESQUITA), *Código Civil Anotado*, vol. I, 4.ª ed., revista e actualizada, Coimbra, 1987, pp. 687 e s., em comentário ao artigo 669.º. Observe-se que, no artigo 937.º do Código Civil, prevê-se outro caso em que pode haver tradição documental. Com efeito, na venda sobre documentos, a obrigação de entregar a coisa vendida (cf. o artigo 879.º, al. *b*), do Código Civil) é substituída pela obrigação de entregar um título representativo do respectivo direito e de outros documentos exigidos pelo contrato ou, no silêncio deste, pelos usos. Ora, quando esses documentos puderem certificar verdadeiramente um poder empírico por parte do *tradens* sobre a coisa

12 — Passando para a análise da «tradição real implícita», temos, desde logo, a figura da *traditio brevi manu*, que é a conversão do detentor em possuidor por acto do próprio possuidor.

Um exemplo: *A*, que arrendou um prédio a *B*, vende a *B* esse mesmo prédio; deste modo, *A*, em nome do qual *B* possuía, transforma este último, que era mero detentor — ou possuidor em nome alheio (cf. o artigo 1253.º, alínea *c*), do Código Civil) —, em verdadeiro possuidor ou possuidor em nome próprio, que exerce os poderes de facto sobre a coisa em termos de quem exerce um autêntico *dominium*.

Portanto, há aqui uma transmissão da posse sem ser acompanhada da tradição (material ou simbólica) da coisa, por esta já se encontrar nas mãos ou na esfera do adquirente, a título de mera detenção. Ora, reiterando o que acima se disse, como os actos meramente jurídicos não transmitem a posse, em rigor, a coisa em poder do detentor teria que voltar às mãos ou à esfera do possuidor, para este, em seguida, a entregar de novo àquele. Com a *traditio brevi manu* pretende-se, justamente, evitar estes trajectos desnecessários da coisa, sendo, pois, razões de economia processual que estão por detrás deste instituto⁽⁵³⁾.

alienada, estaremos também perante uma tradição documental (neste sentido, embora sem o enquadramento e a explicitação que acabamos de fazer, cf. MANUEL HENRIQUE MESQUITA, *Direitos Reais*, cit., p. 101, nota 1). A título de mero exemplo, refira-se, ainda, que o artigo 23.º do Decreto-Lei n.º 201/98, de 10 de Julho, prevê expressamente, no âmbito do regime especial da construção de navios, que a tradição (simbólica) pode consistir na entrega da documentação respeitante ao navio construído.

⁽⁵³⁾ Anote-se que a *traditio brevi manu* se distingue perfeitamente da inversão do título da posse por acto de terceiro (cf. o artigo 1265.º, 2.ª parte, do Código Civil). É que, nesta última, há um acto realizado por quem não sendo, por definição, possuidor não pode transferir posse alguma, mas apenas desencadear, com o seu acto, o processo de mutação psicológica em que a inversão do título da posse fundamentalmente se analisa — transformação, a nível interno do detentor, do *animus detinendi* num *animus possidendi*, resultante, *ipso facto*, da participação daquele no acto atributivo —, arrogando-se o detentor «uma posição real que não tinha (já porque a não tinha de todo em todo, já porque a não tinha naquela medida)» e passando a comportar-se em conformidade com essa posição real (cf. ORLANDO DE CARVALHO, «Introdução à Posse», cit., na RLJ, n.º 3811, cit., pp. 292 e ss.); ao passo que, naquela, há um acto não já desencadeante, mas causante da aquisição da posse, pois é realizado pelo autêntico (e anterior) possuidor.

No âmbito da «tradição real implícita», temos, ainda, o constituto possessório, em que existe uma transmissão da posse sem efectivo empossamento. Nota característica esta que é comum às duas modalidades de constituto possessório previstas na lei (cf. o artigo 1264.º do Código Civil): bilateral (n.º 1) e trilateral (n.º 2). Como já referimos e, em seguida, veremos melhor, são também razões de economia processual que justificam este instituto: ele traduz o reconhecimento e é consequência de uma situação em que a tradição (material ou simbólica) se mostra desnecessária.

Assim, no constituto possessório bilateral (cf. o artigo 1264.º, n.º 1), o possuidor de uma coisa (*A*) — e titular ou presumível titular de um direito real sobre ela (*maxime*, o direito de propriedade) —, ao transmitir este direito real (efectivo ou presumido) para outrem (*B*), reserva para si a detenção da coisa, de acordo com o adquirente — ficando, portanto, como possuidor em nome alheio (de *B*) —, dispensando-se, por isso, de entregar o objecto ao novo possuidor.

Um exemplo: *A* vende a *B* uma casa de habitação, mas, por acordo das partes, continua a detê-la, v.g., na qualidade de locatário⁽⁵⁴⁾. Pelo rigor dos princípios, o transmitente (*A*) deveria entregar (material ou simbolicamente) a casa ao adquirente (*B*), restituindo-a este ao anterior possuidor (*A*). Mas, conforme já se disse, para evitar estes circuitos desnecessários da coisa, o adquirente (*B*) é constituído em possuidor sem efectivo empossamento, pois o transmitente (e anterior possuidor: *A*) fica com a detenção do objecto, como possuidor em nome alheio (de *B*)⁽⁵⁵⁾.

⁽⁵⁴⁾ Note-se que há uma situação enquadrável, à primeira vista, no constituto possessório bilateral (cf. o artigo 1264.º, n.º 1, do Código Civil), mas que, na realidade, não é insersível neste instituto. Vejamo-la: *A* vende a *B* um objecto, mas continua a retê-lo indevidamente, não cumprindo a obrigação de o entregar ao comprador (cf. o artigo 879.º, al. *b*), do Código Civil). Ora, aqui, não chega a haver sequer transferência da posse, não podendo falar-se, portanto, de constituto possessório, dado que *A* continua a possuir o objecto em nome próprio, e não em nome de *B*. A permanência da coisa na zona de efectiva disponibilidade de *A* não resulta de um acordo entre ele e *B*, mas, sim, do incumprimento por parte de *A* de uma obrigação decorrente do contrato de compra e venda realizado (a obrigação de entregar o objecto ao comprador).

⁽⁵⁵⁾ Pode dizer-se que esta modalidade de constituto possessório é, de algum modo, o inverso da *traditio brevi manu*. Com efeito, nesta, o detentor converte-se em pos-

Por sua vez, no constituto possessório trilateral (cf. o artigo 1264.º, n.º 2), o possuidor de uma coisa (*A*) — e titular ou presumível titular de um direito real sobre ela (*maxime*, o direito de propriedade) — transmite o seu (efectivo ou presumido) direito real para outrem (*C*), mas porque a detenção da coisa já estava nas mãos ou na esfera de um terceiro (*B*), no momento da realização desse acto translativo, e ambos (*A* e *C*) convencionam que aí continue, resulta que *C* adquire a posse sem um efectivo empossamento.

Um exemplo: *A*, que locara um objecto a *B*, vende-o a *C*, convencioneando-se que o objecto continue no locatário *B*. Como pode verificar-se com facilidade, também aqui se procura eliminar, por

suidor, por acordo com o anterior possuidor; naquela, o (anterior) possuidor passa a detentor, por acordo com o *accipiens* (novo possuidor).

Mas, na nossa óptica e salvo o devido respeito, já não faz sentido, por tudo o que se disse, sustentar que «a figura [do constituto possessório] tem parentesco com a inversão do título, pois em ambos os casos há (em princípio) um sujeito jurídico que vê alterado o título ao abrigo do qual detém a coisa: na inversão do título há como que uma “elevação” do detentor a possuidor; no constituto possessório há como que uma degradação (do alienante) de possuidor a detentor» (nestes precisos termos, cf. RUI PINTO DUARTE, *Curso de Direitos Reais*, 2.ª ed., cit., p. 286). Acrescente-se, aliás, que se tal «parentesco» existisse, o que arredamos de todo em todo, ele valeria apenas para a hipótese prevista no artigo 1264.º, n.º 1 (constituto possessório bilateral), e não já para a contemplada no n.º 2 do mesmo preceito (constituto possessório trilateral). Pelo que, independentemente de outras razões mais fundas, até por aí se vê que não teria sentido generalizar o aludido «parentesco» à figura do constituto possessório.

Por outro lado, afigura-se-nos menos correcta a perspectiva de alguns autores que afirmam traduzir-se o constituto possessório bilateral em o possuidor passar a detentor (cf., entre nós, por exemplo, MANUEL RODRIGUES, *ob. cit.*, p. 206, JOSÉ DIAS MARQUES, *ob. cit.*, vol. I, cit., p. 53, MANUEL HENRIQUE MESQUITA, *Direitos Reais*, cit., p. 101, e LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direitos Reais*, 3.ª ed., cit., p. 134). Na verdade, parece-nos que essa visão põe o acento tónico numa perda da posse (por parte do *tradens*), em vez de referir claramente uma aquisição da posse sem efectivo empossamento (por parte do *accipiens*), que é a verdadeira nota característica do instituto. Embora exista aqui, como é óbvio, um condicionamento recíproco entre a perda da posse por via da «cedência» efectuada pelo *tradens* (cf. o artigo 1267.º, n.º 1, al. c), do Código Civil) e a aquisição da mesma pelo *accipiens* em virtude do constituto possessório (cf. os artigos 1263.º, al. c), e 1264.º do Código Civil). No entanto, o que, na nossa óptica, sobreleva é o segundo aspecto, e não o primeiro. Até porque, em rigor, a perda da posse por «cedência» (na terminologia do artigo 1267.º, n.º 1, al. c) constitui apenas a «outra face da tradição» (cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *A Posse*, cit., p. 113). Sendo certo que, neste caso, se à aquisição corresponde uma perda e à perda uma aquisição, aquilo que muda não é a natureza da dinâmica que se observa, mas somente a perspectiva de observação.

inutéis, vários circuitos da coisa, dado que, rigorosamente, esta deveria ser restituída por *B* a *A*, para depois este a entregar a *C*, que, por sua vez, a devolveria a *B*. Sucedendo que *A* transmite a posse para *C*, sem que este seja efectivamente empossado, pois a detenção do objecto estava, à data da realização da compra e venda, nas mãos de *B*, e aí continua, por acordo entre *A* e *C*, passando apenas *B*, que era possuidor em nome de *A*, a sê-lo, doravante, em nome de *C*.

No tocante ao constituto possessório, urge, ainda, considerar o segmento normativo do n.º 1 do artigo 1264.º do Código Civil em que se refere «...o titular do direito real, que está na posse da coisa...». Assim, uma interpretação literal (ou, *hoc sensu*, «filotextual») desta norma reduziria a possibilidade de verificação do constituto possessório à hipótese em que o *tradens* tem uma posse causal. Ora, na nossa opinião e como já deixámos entendido, uma «leitura» correcta da lei permitirá abranger não só esse caso, mas também aquele em que o transmitente tem apenas uma posse formal ou autónoma. Tanto mais que é fundamentalmente esta última, enquanto instrumento da «ordenação dominial provisória», que a disciplina legal visa⁽⁵⁶⁾. Por isso, onde a lei diz «...titular do direito real...» deve ler-se «...titular ou presumível titular do direito real...» (cf., aliás, o artigo 1268.º, n.º 1, do Código Civil). E, como é óbvio, esta «leitura» aplica-se, *mutatis mutandis*, ao constituto possessório trilateral (cf. o artigo 1264.º, n.º 2)⁽⁵⁷⁾.

⁽⁵⁶⁾ Ver, *supra*, § 1, *sub* o n.º 2, as pertinentes passagens contidas no texto e nas notas 9 a 11 (inclusive), bem como as remissões aí feitas.

⁽⁵⁷⁾ Assim, reiterando a posição que já tivemos ensejo de expressar em outro momento (cf. «*Uma relectio sobre a acessão da posse (artigo 1256.º do Código Civil)*», *cit.*, na nota 152, a pp. 154 e ss.), dissentimos da interpretação estritamente literal (ou, *hoc sensu*, «filotextual») do disposto no artigo 1264.º adiantada por alguns autores, ao apontarem como pressuposto necessário do constituto possessório a existência de um titular de um direito real, que esteja na posse da coisa e que transmita esse direito para outrem, ficando na detenção do objecto ou permanecendo este nas mãos ou na esfera de um terceiro, que já detinha a coisa no momento da realização do acto translativo (cf., entre outros, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil — Reais, cit., locs. cits. supra*, nas notas 15 e 41, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direitos Reais*, vol. II, *cit.*, p. 755 [= *Direitos Reais*, reprint, *cit.*, p. 526], mas já não tão claramente., ID., *A posse, cit.*, pp.108 e s., LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direitos Reais*, 6.ª ed., *cit.*, p. 315, LUÍS MANUEL TELES DE

§ 4.2.2. *Carácter facultativo da acessão (2.ª parte do n.º 1 do artigo 1256.º)*

13 — O segundo requisito ou pressuposto de aplicação do artigo 1256.º prende-se com o carácter facultativo da acessão —

MENEZES LEITÃO, *Direitos Reais*, 3.ª ed., *cit.*, pp. 134 e s., RUI PINTO DUARTE, *Curso de Direitos Reais*, 2.ª ed., *cit.*, p. 286, JOSÉ ALBERTO C. VIEIRA, *Direitos Reais*, *cit.*, pp. 601 e ss., assim como, embora em termos menos explícitos, MANUEL HENRIQUE MESQUITA, *Direitos Reais*, *cit.*, pp. 101 e s.).

A solução que defendemos, além do mais, obsta, desde logo, a que possam suscitar-se dúvidas sobre se, nos casos de constituto possessório, o *accipiens* adquire verdadeiramente posse ou tem apenas um «direito à posse» inerente à aquisição, por mero efeito do contrato — ou, com mais exactidão: por força de um título existente, válido e procedente, de acordo com o princípio da causalidade que, nos termos do artigo 408.º, n.º 1, do Código Civil, rege, entre nós, a atribuição e a aquisição de direitos reais (cf., *supra*, a nota 42 e as remissões aí feitas) —, do direito relativo à coisa, como sugere, por exemplo, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO (cf. *Direito Civil — Reais*, *cit.*, p. 116). Dúvidas essas que, contudo, têm seguramente de dissipar-se. Não tanto, com todo o respeito, pela via adoptada por este Professor — cf. *ob. cit.*: «Mas a lei fala categoricamente na aquisição da posse pelo constituto possessório» —, mas através de uma exacta compreensão das razões que explicam a figura em apreço. O que, na nossa óptica e como já frisámos repetidas vezes, passa pela percepção de que estamos perante uma tradição implícita, carecendo totalmente a entrega de qualquer sinal externo de recognoscibilidade, não porque a transmissão da posse opere, entre nós, por mero efeito do contrato, mas porque se trata de uma situação em que a exigência da entrega (material ou simbólica) não teria sentido, por razões de economia processual, e apenas por isso.

Por outro lado, na interpretação do artigo 1264.º que propugnamos, deixa de colocar-se aquele que OLIVEIRA ASCENSÃO, na linha do seu entendimento sobre a figura em análise, considera ser «um grande problema»: «o de saber se a aquisição da posse por constituto possessório se dá ainda quando o negócio transmissivo do direito real for inválido» (cf. *ob. cit.*, p.117). Problema este que aquele Professor equaciona em outro lugar, adiantando para o mesmo, no fundamental, a seguinte solução: «Supomos que é mais conforme com a abstracção em relação ao direito definitivo, que caracteriza o instituto da posse, considerar que há transferência da posse sempre que o título não for formalmente inválido: entendendo-se por título da posse qualquer facto que seja em abstracto capaz de transmitir o direito a que a posse se refere, muito embora em concreto esse facto possa ser substancialmente inválido. A posse adquirida em virtude de constituto possessório é pois necessariamente uma posse titulada, mas não é necessariamente uma posse causal» (cf. voz *Posse*, in *Enciclopédia Verbo Luso-Brasileira de Cultura. Edição Século XXI*, vol. 23, Lisboa/São Paulo, s/d (mas de 2002), p. 930, e, já antes, ID., voz *Posse*, in *Verbo — Enciclopédia Luso-Brasileira de Cultura*, vol. 15, Lisboa, s/d (mas de 1973), p. 851).

Na nossa óptica, a transcrição que se acaba de fazer ilustra bem as aporias a que pode conduzir o entendimento do constituto possessório que OLIVEIRA ASCENSÃO sustenta. Desde logo, sobressai o que, salvo o devido respeito, pensamos ser uma contradição insanável na posição defendida por este Professor: por um lado, os pressupostos do consti-

diz a lei: «...pode juntar...» — e não suscita quaisquer dificuldades. Assim, o actual possuidor, de acordo com a sua conveniência, poderá invocar apenas a sua posse (*rectius*: o lapso de tempo da sua posse), ou tão-só a do seu antecessor, ou ambas conjuntamente. Mas, se seguir esta última opção, terá que levar em linha de conta os limites resultantes do disposto no n.º 2 daquela norma⁽⁵⁸⁾.

tuto possessório que indica — cf. *Direito Civil — Reais, cit.*, p. 116 :«1) A transmissão do direito real relativo à coisa a que a posse se refere; 2) pelo possuidor; 3) sem haver entrega» — implicam, forçosamente, a transmissão e a aquisição de uma posse causal; por outro, admite, como vimos há momentos, que «a posse adquirida em virtude de constituto possessório é (...) necessariamente uma posse titulada, mas não é necessariamente uma posse causal». Acresce que tal posição acaba por confinar a posse adquirida por constituto possessório à posse titulada, o que, para lá de reduzir drasticamente a operatividade prática da figura, nos parece ser muito discutível. Com efeito, admitindo-se que a posse adquirida mediante o constituto possessório pode ser uma posse formal ou autónoma, não vemos razão alguma para que essa posse tenha de ser uma posse titulada. Ao invés, pensamos que, também neste campo, há que levar até ao fim a lógica subjacente à «abstracção em relação ao direito definitivo, que caracteriza o instituto da posse», para falarmos como OLIVEIRA ASCENSÃO. Encurtando considerações: uma coisa é saber se pode adquirir-se, ou não, por constituto possessório uma posse formal ou autónoma, outra, bem diferente, é saber se essa posse é titulada ou não titulada; o constituto possessório, enquanto forma específica de aquisição derivada da posse, diz respeito apenas à primeira questão, e não à segunda. Ademais, ao contrário do que parece sugerir OLIVEIRA ASCENSÃO, não é apenas a inobservância de formalidades *ad substantiam* que determina a falta de título da posse. É que, como afirma e demonstra ORLANDO DE CARVALHO, «há casos patológicos do negócio jurídico que nada têm a ver com a forma e que tiram o título da posse, posto não excluam esta última» (cf. «*Introdução à Posse*», *cit.*, na RLJ, n.º 3786, *cit.*, pp. 262 e ss., e, em especial, pp. 264 e s., onde respigamos [a pp. 264] a frase assinalada entre aspas; ver também, *supra*, a pertinente passagem contida na nota 23 deste nosso trabalho).

Por último, registre-se outra significativa aporia a que, na nossa óptica, conduz o entendimento do constituto possessório que OLIVEIRA ASCENSÃO sustenta: a de que esta figura consubstancia uma «posse civil» ou uma «posse meramente jurídica», a qual, por isso, «não dá [a] presunção de titularidade» prevista no artigo 1268.º, n.º 1 do Código Civil (cf. *Direito Civil — Reais, cit.*, pp. 103 e 106). Posição esta de que, salvaguardando o devido respeito, nos distanciámos criticamente num escrito anterior, para o qual, *brevitatis causa*, nos permitimos remeter (cf. «*A “relação de coexistência” entre a usucapião e o registo predial no sistema jurídico português*», *cit.*, pp.69 e ss., em particular, pp. 72 e s.).

⁽⁵⁸⁾ Refira-se apenas que JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, na linha do seu entendimento de que o «fenómeno da transmissão da posse» se enquadra no âmbito mais vasto da «transmissão da situação jurídica» (ver, *supra*, as notas 15 e 26, bem como as remissões aí feitas), escreve, a propósito da acessão da posse, o seguinte: «Só aparentemente a lei vem consagrar uma transmissão. A transmissão resultou dos princípios gerais; o que a lei estabelece é, pelo contrário, uma excepção aos efeitos normais da transmissão. Dá-se a possibilidade de o transmissário invocar apenas a sua própria posse, para efeitos de usucapião.

§ 4.2.3. *Acessão dentro dos limites da posse de «menor âmbito», em caso de posses de «natureza diferente» (n.º 2 do artigo 1256.º)*

14 — O terceiro requisito ou pressuposto de aplicação do artigo 1256.º tem a ver com a acessão dentro dos limites da posse de «menor âmbito», no caso de posses de «natureza diferente» (cf. o n.º 2 daquele preceito).

Em face dos dizeres ambíguos e lacónicos da lei⁽⁵⁹⁾, impõe-se, na nossa óptica, distinguir duas situações: (i) a acessão em

A acessão da posse tem efectivamente que ver com a matéria da usucapião, e não com a transmissão da posse» (cf. *Direito Civil — Reais, cit.*, pp.115 e s., e nota 2, na p.115). E, perfilhando essencialmente a lição daquele Professor, ver, para lá de outros Autores (cf., por exemplo, LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direitos Reais*, 6.ª ed., *cit.*, pp. 316 e 318, A. SANTOS JUSTO, *Direitos Reais*, 3.ª ed., *cit.*, p. 198, nota 940, e PAULO SOBRAL DOARES DO NASCIMENTO, «*Acessão da posse e posse titulada. Invocação, pelo herdeiro, da usucapião consumada em vida do “de cujus”*», *cit.*, p. 46, nota 8), sobretudo ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, o qual acrescenta que «(...) o sentido do artigo 1256.º do Código Civil não é o de facilitar a acessão; é, antes, o de, por *excepção*, permitir ao interessado *não beneficiar* da acessão» (cf. *A Posse, cit.*, p. 135; o itálico consta do original).

Ora, salvo o devido respeito e como já ficou dito (cf., *supra*, as notas 15 e 26), divergimos de tal entendimento sobre a transmissão ou transferência da posse e, por conseguinte, da opinião que se acaba de referir. É que, muito embora as posses do actual possuidor e do seu (imediato) antecessor sejam distintas, ambas estão ligadas entre si por um nexo de aquisição derivada (diverso da sucessão por morte) e, portanto, a acessão da posse tem a ver, *hoc sensu*, com a transmissão da posse. Por outro lado, é indiscutível que a acessão da posse, para além de poder servir para outros fins, visa, primordialmente, facilitar a usucapião (cf., *supra*, o texto que antecede a nota 26 e as referências contidas nesta última). Donde resulta que a acessão da posse tem a ver, à uma, com a matéria seja da usucapião, seja da transmissão ou transferência da posse; ou melhor, na nossa óptica: só tem a ver com aquela porque tem a ver necessariamente com esta. Acresce que, sendo a acessão da posse facultativa, naturalmente que, por regra, o interessado só se socorre desta se tiver vantagem em invocá-la. Pelo que, com todo o respeito, afigura-se-nos menos correcto dizer que «...o sentido do artigo 1256.º do Código Civil não é o de facilitar a acessão; é, antes, o de, por *excepção*, permitir ao interessado *não beneficiar* da acessão», como sustenta MENEZES CORDEIRO. Mais precisamente, julgamos que esta perspectiva consubstancia uma inversão de sentido da previsão legal: o que decorre da lei é que se trata de uma *faculdade* atribuída ao interessado, que este poderá utilizar, ou não, de acordo com a sua conveniência; e, portanto, tal *faculdade* tem um carácter positivo, e não negativo, se assim se pode dizer. De todo o modo, se bem vemos, esta questão não tem qualquer relevância operativa. Existindo mesmo o risco de se incorrer, pura e simplesmente, em logomaquia, esquecendo ou colocando em segundo plano os verdadeiros problemas que contam, isto é, os problemas normativos.

⁽⁵⁹⁾ Na verdade, como bem sublinha JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, estamos perante uma «referência ambígua à posse de menor âmbito», mas, salvo o devido respeito, não

caso de posses em termos de direitos reais diferentes; (ii) a acessão em caso de posses com características diferentes.

É sobre cada uma destas situações que, de uma forma tão breve quanto possível, falaremos nas próximas linhas.

15 — No que toca à situação em que estão em jogo posses em termos de direitos reais diferentes, importa lembrar que, como já sublinhámos amiudadas vezes, a posse, enquanto instrumento da «ordenação dominial provisória», não é mais do que um reflexo, no mundo factual ou empírico em que se localiza, daquilo que se passa ao nível da «ordenação dominial definitiva» — ou seja, a que realizam os direitos das coisas⁽⁶⁰⁾. Ou, em poucas palavras, a posse é, no fundo, «o equivalente empírico de um *licere* jurídico»⁽⁶¹⁾. Por isso, a posse que tem «menor âmbito», como diz a lei, é, neste caso, aquela que corresponde ao conteúdo (ou, *hoc sensu*, âmbito) menos amplo ou denso do direito real em cujos termos se possui, no confronto de ambas as posses em presença: a do actual possuidor e a do seu (imediato) antecessor⁽⁶²⁾.

consideramos suficientemente esclarecedora a sua explicação, segundo a qual a lei «quer significar a posse mais desfavorável» (cf. *Direito Civil — Reais, cit.*, p. 115). E o mesmo se diga, *mutatis mutandis*, em relação a LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, que afirma, a este propósito, o seguinte: «Se as posses forem de natureza diferente, a acessão só se dá nos limites da menos valiosa, da de “menor âmbito”, na linguagem da lei» (cf. *Lições de Direitos Reais*, 6.^a ed., *cit.*, p. 316).

⁽⁶⁰⁾ Ver, *supra*, § 1, *sub* n.º 2, no texto e nas notas 9 a 11 (inclusive), bem como as remissões aí feitas.

⁽⁶¹⁾ Na fórmula lapidar de ORLANDO DE CARVALHO (cf. «*Introdução à Posse*», *cit.*, in RLJ, n.º 3810, *cit.*, p. 260).

⁽⁶²⁾ No fundo, trata-se da situação típica que permite a existência de posse simultânea, enquanto modalidade de conjugação sincrónica de posses (para mais pormenores, cf. o nosso «*Uma relectio sobre a acessão da posse (artigo 1256.º do Código Civil)*», *cit.*, p. 121, no texto e na nota 91). Com a particularidade de aqui interessarem apenas as situações em que estão em jogo posses simultâneas em termos de direitos reais de gozo susceptíveis de serem adquiridos por usucapião (cf. os artigos 1251.º, 1287.º e 1293.º do Código Civil). Atendendo a que, como já se frisou, a acessão da posse visa, primordialmente, facilitar a usucapião. E, como é evidente, a possibilidade de compatibilizar o exercício simultâneo sobre o mesmo objecto de poderes de facto inerentes a duas ou mais posses em termos de direitos reais distintos só existe se e na medida em que a cada um daqueles poderes corresponder uma soma ou espessura de utilidades de conteúdo diverso, à semelhança dos *iusa in re* de que constituem um reflexo no plano factual ou empírico em que se situa a

16 — Quanto à acessão em caso de posses com características diferentes, o problema que fundamentalmente se coloca evidencia-se na situação-limite de contagem do tempo necessário para perfazer o prazo da usucapião, na qual o possuidor de boa fé está interessado em aceder, mas vê-se confrontado com a posse de má fé do seu (imediato) antecessor⁽⁶³⁾.

posse *qua tale*, ou seja, a posse formal ou autónoma. Por isso, valem aqui, com as necessárias adaptações exigidas pela natureza factual ou empírica da posse, as considerações tecidas por ORLANDO DE CARVALHO a propósito do «princípio da compatibilidade ou da exclusão» em matéria de direitos reais (cf. *Direito das Coisas (Do Direito das Coisas em Geral)*, cit., pp. 226 e ss.).

Figuremos o seguinte exemplo, colocando intencionalmente a questão no plano da posse formal ou autónoma e pressupondo, como é óbvio, que as posses em jogo são relevantes (ou, como também se diz, «boas» ou «úteis») para efeitos de usucapião (cf., *supra*, a pertinente passagem contida na nota 20): (i) se *A*, possuidor *uti dominus* do prédio *x*, constituir a favor de *B*, mediante um acto nulo por qualquer motivo — desde que, como é manifesto, não se trate de um vício substancial que exclua a posse (cf., *supra*, a pertinente passagem constante da nota 22) —, um usufruto sobre aquele imóvel, procedendo à tradição ou entrega deste a *B* (através de uma adequada modalidade de «tradição real»), *B* passará a ter posse em termos do direito de usufruto, mas será um mero detentor ou possuidor em nome de *A* quanto à nua propriedade ou propriedade de raiz; (ii) pelo que, à luz do disposto no n.º 2 do artigo 1256.º do Código Civil, *B* só poderá aceder à posse do seu (imediato) antecessor (*A*) — ou, como vimos, *rectius*: ao lapso de tempo desta posse — para, juntamente com a sua posse, perfazer o prazo necessário à aquisição por usucapião do direito de usufruto, em cujos termos *B* possui e que, *in casu*, é (na terminologia da lei) a posse de «menor âmbito»; (iii) visto que, como se sabe, o direito de usufruto tem um conteúdo menos amplo ou denso do que o do direito de propriedade (plena).

⁽⁶³⁾ Acerca da caracterização da posse como de boa ou de má fé (cf. o artigo 1260.º do Código Civil), vd., por todos, ORLANDO DE CARVALHO, «Introdução à Posse», cit., in RLJ, ano 124.º (1992), n.º 3787, p. 292, cujo ensino acompanhamos *in totum*, reiterando, aliás, uma posição já assumida em escritos anteriores (cf. «Uma *relectio* sobre a acessão da posse (artigo 1256.º do Código Civil)», cit., pp. 163 e s, na nota 164, e «A “relação de coexistência” entre a usucapião e o registo predial no sistema jurídico português», cit., p. 77 e s., no texto e na nota 142).

Como se conhece, a questão de saber se a boa fé possessória tem uma natureza puramente psicológica (ou psicológico-empírica) ou, pelo contrário, uma índole ético-jurídica é controvertida (cf., por todos, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *A Posse*, cit., pp. 92 e ss., onde pode ver-se uma pormenorizada análise do problema, com amplas indicações relativas, sobretudo, à doutrina e à jurisprudência nacionais, e, já antes, ID., *Da boa fé no Direito civil*, vol. I, Coimbra, 1984, § 16, pp. 415 e ss., e, em sede conclusiva, vol. II, p. 1289, tese 16.^a da dissertação, obras nas quais este Professor defende, mesmo de *iure constituto*, uma concepção ética de boa fé na posse). Pela nossa parte, sufragamos o entendimento de ORLANDO DE CARVALHO, segundo o qual no artigo 1260.º, n.º 1, do Código Civil se consagra uma «concepção puramente psicológico-empírica» ou, se se preferir, um

Em matéria de prazos de usucapião, a lei, como se sabe, faz corresponder à posse de má fé prazos mais longos que os da posse de boa fé, estabelecendo mesmo, implicitamente, uma proporção entre uns e outros (cf. as normas prototípicas dos artigos 1269.º e 1299.º). Donde resulta que, estando apenas em confronto os caracteres da boa ou má fé, a posse de «menor âmbito» é a de má fé. Assim, na aludida situação-limite, o actual possuidor, numa interpretação literal do n.º 2 do artigo 1256.º, teria de transformar o

«conceito puramente psicológico, e, logo, puramente fáctico de boa fé, residindo esta na pura ignorância, ou ignorância efectiva, de que se lesam direitos alheios» e, por conseguinte, «nenhum padrão ético-jurídico se tem de tomar em linha de conta, o que está de acordo com o carácter de situação de facto da posse» (cf. *últ. ob. e loc. cit.*). Para mais referências atinentes às teses em confronto neste domínio e aos seus principais defensores — por um lado, Pires de Lima/Antunes Varela (com a colaboração de M. Henrique Mesquita), Orlando de Carvalho, Manuel Henrique Mesquita, que sustentam a tese da boa fé possessória puramente psicológica; por outro, Menezes Cordeiro e, fundamentalmente na sua esteira, Oliveira Ascensão, Carvalho Fernandes, Rui Pinto Duarte, que propugnam a tese da natureza ética da posse de boa fé — cf. o nosso «*Uma relectio sobre a acessão da posse (artigo 1256.º do Código Civil)*», *cit.*, na nota 164, a pp.163 e s.; *adde*, por último: JOSÉ ALBERTO C.VIEIRA, *Direitos Reais*, *cit.*, pp.571 e s., e LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direitos Reais*, 3.ª ed., *cit.*, p.129, defendendo ambos, essencialmente na linha de Menezes Cordeiro, a segunda das aludidas teses; veja-se., ainda, A. SANTOS JUSTO, *Direitos Reais*, 3.ª ed., *cit.*, pp.173 e s., que, se ajuizamos bem, expõe os aspectos nucleares das referidas teses sem tomar partido por qualquer delas, não obstante se ter pronunciado antes, mas em outro lugar, a favor da segunda, num registo assente, sobretudo, em elementos extraídos do Direito Romano e na sua invocada correspondência com o disposto no artigo 1260.º, n.º 1, do Código Civil (cf. *Direito Privado Romano — III (Direitos Reais)*, Coimbra, 1997, pp.87 e s., no texto e na nota 41).

Por seu turno, a posição acolhida generalizadamente pela nossa jurisprudência é a de que a boa fé possessória tem uma natureza puramente psicológica. A título de exemplo paradigmático, cf., *ex multis*, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 11.01.2005 (Relator: AZEVEDO RAMOS), acessível em <www.dgsi.pt>, que, conforme decorre dos seus *obiter dicta*, incorpora, quase *ipsis verbis*, a lição de FERNANDO ANDRADE PIRES DE LIMA/JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA (com a colaboração de M. HENRIQUE MESQUITA) sobre o conceito de boa fé consagrado no artigo 1260.º (cf. *ob. cit.*, vol. III, *cit.*, pp. 20 e s., em especial, os n.ºs 2 e 3 do comentário àquela norma), falando também, a dado passo, de uma «concepção puramente psicológico-empírica» de boa fé — expressão esta que, como vimos, se deve a ORLANDO DE CARVALHO, cujo ensino, descontando alguns aspectos de pormenor, é idêntico ao daqueles Professores em que se louva expressamente o citado Aresto —, e, recentissimamente, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 02.05.2012 (Relator: MARTINS DA FONSECA), já citado (cf., *supra*, a nota 12), onde se defende, em termos breves, que o conceito de boa fé possessória é «*um conceito psicológico, pois que se reduz à ignorância de que se lesam direitos alheios*» (cf. o ponto VI do respectivo sumário).

tempo da sua posse de boa fé em tempo de posse de má fé. E, por isso, não teria interesse prático algum em recorrer à acessão. Contudo, se a posse do actual possuidor for de má fé, este tem sempre interesse em aceder à posse do antecessor, seja esta de boa ou de má fé. Pelo que, seguindo aquela interpretação, há um favorecimento do actual possuidor de má fé em relação ao actual possuidor de má fé.

Ora, no nosso entender, uma tal solução é absurda e *contra ius* ou, se preferirmos, injusta. E o problema só será resolvido em termos jurídico-materialmente adequados fazendo intervir as regras da proporcionalidade baseadas na correspondência que a própria lei estabelece, ainda que de forma implícita, entre a duração da posse de boa fé e a de má fé, para efeitos de prazos de usucapião. Mais concretamente, trata-se de apurar a que tempo de posse de boa fé corresponde o tempo de posse de má fé do antecessor, aplicando a «regra de três simples». Permitindo, em seguida, que o actual possuidor de boa fé junte ao seu tempo de posse o tempo de posse de boa fé resultante desta operação de correspondência⁽⁶⁴⁾.

(64) Assim, salvaguardando o devido respeito, não secundamos a opinião em sentido contrário perfilhada, de uma forma geral, pela doutrina (e, na sua esteira, pela jurisprudência) que se debruça *ex professo* sobre este ponto, para quem se a posse anterior for de má fé e a actual de boa fé, verificada a acessão, toda a posse passa a ser de má fé, por ser aquela que tem «menor âmbito» (cf., por exemplo, FERNANDO ANDRADE PIRES DE LIMA/JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA (com a colaboração de M. HENRIQUE MESQUITA), *ob. cit.*, vol. III, *cit.*, p. 15, em comentário ao artigo 1256.º, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil — Reais, cit.*, p. 115, LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direitos Reais*, 6.ª ed., *cit.*, p. 316, A. SANTOS JUSTO, *Direitos Reais*, 3.ª ed., *cit.*, p. 199 [no texto e na nota 942], JOSÉ ALBERTO C. VIEIRA, *Direitos Reais, cit.*, pp. 420 e s., AUGUSTO DA PENHA GONÇALVES, *Curso de Direitos Reais*, 2.ª ed., Lisboa, 1993, pp. 280 e s., L. P. MOITINHO DE ALMEIDA, *Restituição de Posse e Ocupações de Imóveis*, 4.ª ed. atualizada, Coimbra, 1994, p. 66, e DURVAL FERREIRA, *Posse e Usucapião*, 3.ª ed., Coimbra, 2008, p. 265, e, a nível jurisprudencial, ainda que em *obiter dictum*, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 25.03.2009 (Relator: URBANO DIAS), Proc. n.º 09A0524 [disponível em <www.dgsi.pt/jstj>], que trata amplamente do tema).

Na verdade, como dizemos no texto, uma tal solução é absurda e *contra ius* ou, se quisermos, injusta, se levarmos em linha de conta, sobretudo, a situação-limite aí aludida. Figuremos o seguinte exemplo: (i) *A*, durante cinco anos, possuiu de má fé o prédio rústico *x* em termos do direito de propriedade, até ao momento em que transferiu, mediante «tradição real», essa posse *uti dominus* para *B*, que adquiriu e mantém a sua posse de boa fé há catorze anos; (ii) se *B* pretender invocar a aquisição por usucapião do direito de proprie-

§ 4.3. (cont.) *Da inexigibilidade de um vínculo jurídico válido entre o actual possuidor e o seu (imediato) antecessor na posse, em particular.*

17 — Como é sabido e se frisou logo de início, a tese da exigibilidade de um «vínculo jurídico válido», pelo menos no tocante

dade sobre o referido prédio *x*, a situação com que se vê confrontado é, sucintamente, a seguinte: o lapso de tempo da sua posse de boa fé (14 anos) não basta, pois são necessários quinze anos (cf. o artigo 1296.º); se aceder à posse de má fé de *A* (5 anos), *B*, numa interpretação literal do n.º 2 do artigo 1256.º, só poderá fazê-lo dentro da posse de «menor âmbito», o que, *in casu*, implica que transforme o tempo da sua posse de boa fé em tempo de posse de má fé; contudo, mesmo juntando os lapsos de tempo das posses assim homogeneizadas em termos de posse de má fé (5 anos da posse de *A* + 14 anos da posse de *B*), *B* não perfaz o prazo necessário para usucapir, pois são precisos, agora, vinte anos (cf. o artigo 1296.º).

Quer dizer: sendo possuidor de boa fé, *B* não tem interesse algum, como se viu, em aceder à posse de *A*; em termos práticos, é tratado exactamente como se fosse possuidor de má fé. Pior do que isso: num plano genérico, se a posse do actual possuidor for de má fé, este tem sempre interesse em aceder à posse do antecessor, seja esta de boa ou de má fé; mas já não sucede o mesmo quando o actual possuidor tem uma posse de boa fé e a do antecessor é de má fé. Donde flui, em suma, que, nesta medida, se favorece o actual possuidor de má fé em relação ao actual possuidor de boa fé.

Ora, não cremos que a lei possa legitimar ou caucionar, com a «referência ambígua à posse de menor âmbito» (cf. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *ob. e loc. cit.*, *supra*, na nota 59) contida no n.º 2 do artigo 1256.º, uma tal solução. E daí a «leitura» que fazemos desta norma no sentido de encontrar para o problema há pouco equacionado uma resposta jurídico-materialmente adequada. A qual, volvendo ao exemplo acima figurado e encurtando considerações, passa pelo seguinte: (i) *A* possuiu de má fé durante 5 anos; (ii) fazendo intervir proporcionalmente os prazos de usucapião estabelecidos no artigo 1296.º, há, pois, que saber quanto valerão esses 5 anos de posse de má fé (de *A*) em tempo de posse de boa fé (de *B*), a fim de possibilitar a *B* aceder, com utilidade prática, à posse (ou, *rectius*: ao tempo de posse) de *A*; (iii) aplicando a regra da proporcionalidade conhecida por «regra de três simples», temos que os 5 anos de posse de má fé de *A* correspondem (*grosso modo*) a 3 anos e 7 meses de posse de boa fé — mais precisamente: se, de acordo com os prazos previstos no artigo 1296.º, a 20 anos de posse de má fé correspondem 15 anos de posse de boa fé, os 5 anos de posse de má fé de *A* equivalem (*grosso modo*) a 3 anos e 7 meses de posse de boa fé; (iiii) donde resulta que *B*, juntando estes 3 anos e 7 meses de posse de boa fé aos seus 14 anos de posse de boa fé, poderá, de imediato, adquirir por usucapião o direito de propriedade sobre o prédio rústico *x*, pois ultrapassa largamente o prazo de 15 anos para o efeito necessário, atento o disposto no artigo 1296.º (Para mais pormenores sobre esta posição que, salvo o devido respeito por quem entenda o contrário, julgamos ser a única correcta, convictos de que o nosso sistema jurídico é suficientemente «aberto» para comportá-la sem forçamento algum, cf. o nosso «*Uma relectio sobre a acessão da posse (artigo 1256.º do Código Civil)*», *cit.*, pp. 163 e ss, onde se adverte que seguimos, nos seus aspectos essenciais, o ensino oral de Orlando de Carvalho acerca da matéria).

à observância da forma *ad substantiam*, entre o actual possuidor (*accipiens*) e o seu (imediato) antecessor (*tradens*) para efeitos de acessão da posse encontra-se, há muito, enraizada na doutrina (ou, se preferirmos, dogmática jurídica) e na jurisprudência portuguesas, quer antes, quer após a entrada em vigor do actual Código Civil de 1966. Em boa medida, devido à persistente influência da opinião sustentada por Manuel Rodrigues — depois seguido, entre outros autores, por Dias Marques — no âmbito do «Código de Seabra», que, ao invés do Código Civil de 1966, não consagrava qualquer norma relativa à acessão da posse.

Ora, na nossa óptica, urge proceder a uma cuidada suspensão reflexiva sobre esta questão, atendendo a que, como já se deixou entendido, estamos perante o verdadeiro *punctum crucis* de que depende, em último termo, a utilidade prática da acessão da posse. Visto que a aludida tese da exigência de um «vínculo jurídico válido» tem um evidente efeito de guilhotina sobre o instituto, esvaziando-o de qualquer conteúdo significativo.

É, pois, neste contexto que se situam e devem entender-se as considerações que se seguem.

18 — Na nossa perspectiva e como já se antecipou, há um equívoco que explica, mas não justifica, essa tese: o de que a posse é um direito real. O que leva, por exemplo, MANUEL RODRIGUES a sustentar que, para haver acessão da posse, é necessário um vínculo jurídico válido entre o novo e o antigo possuidor. Vínculo este que, podendo revestir várias modalidades, poderia ser, conforme indica a título de exemplo, «um negócio jurídico, uma venda, ou troca, ou doação em pagamento». E, justificando tal exigência, afirma o seguinte: «Se o acto de transmissão do direito não é válido, não há transmissão do *jus possidendi* que aqui é a causa da junção dos *jus possessionis* [com mais exactidão: *jura possessionum*], embora o negócio jurídico nulo caracterize, como se disse, a posse»⁽⁶⁵⁾. Ou seja, confunde-se facto e direito, e, logo, transferên-

⁽⁶⁵⁾ Cfr. *A Posse*, cit., pp. 252 e s. Anote-se que, como observa A. SANTOS JUSTO e referimos na intercalação efectuada no texto, o plural de *jus possessionis* é *jura possessionum* (cf. *Direito Privado Romano* — III (*Direitos Reais*), cit., p.85, nota 15). Por outro

cia da posse e transmissão do direito. Recorrendo-se a uma terminologia, devida sobretudo aos Glosadores e Comentadores, que a tradição vem arrastando e que favorece essa confusão: *jus possessionis*, em particular⁽⁶⁶⁾.

lado, e mais importante do que isso, saliente-se que a chave para inteligir a posição de MANUEL RODRIGUES sintetizada no texto reside no seu entendimento de que a posse é um direito real, como flui da sua explanação anterior (cf. *ob. cit.*, pp. 37 e ss.), depois reiterada diversas vezes (cf., por exemplo, *ibidem*, p.290: «Na posse derivada a aquisição é precedida de um negócio jurídico pelo qual se transfere o direito que a posse traduz»). Aspecto este que é destacado por A. SANTOS JUSTO (cf. *últ. ob. e loc. cits.*, onde pode ler-se que a doutrina de Manuel Rodrigues «tem subjacente a concepção da posse como um direito real») e, na sua esteira, pelo Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 07.04.2011 (Relator: FONSECA RAMOS), já citado (cf., *supra*, a nota 2), em *obiter dictum* (onde, ao citar-se a posição de Manuel Rodrigues, se intercala o seguinte passo, que corresponde, *ipsis verbis*, à mencionada «leitura» de A.Santos Justo: «Esta doutrina tem subjacente a concepção da posse como um direito real. Compreendendo-se, deste modo, que “se o acto de transmissão do direito não é válido, não há transmissão do *jus possidendi* que é aqui a causa dos *ju(r)a possessio(num)*”»).

Desta sorte, salvaguardando o devido respeito, não acompanhamos ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, quando, a este propósito, diz, nomeadamente, que «MANUEL RODRIGUES não apresentou qualquer justificação para a sua construção» e que «a afirmação — que não chega a ser teoria — de MANUEL RODRIGUES, apesar do seu «grande peso subsequente», «choca, porém, desde logo, pela falta de fundamentação» (cf. *A Posse, cit.*, p. 136). E, em consequência, dissentimos da sua opinião, segundo a qual «essa fundamentação surge em DIAS MARQUES em termos que dão um conteúdo totalmente diferente à afirmação de MANUEL RODRIGUES», acrescentando, de imediato, o seguinte: «DIAS MARQUES, depois de traçar o perfil da acessão na posse, vem esclarecer que ela assenta na transmissão do “direito possessório”. Ora, para tanto, tal “direito” teria de se transmitir validamente» (cf. *últ. ob. e loc. cits.*). Na verdade, pensamos que, no essencial, a posição de DIAS MARQUES é exactamente idêntica à de MANUEL RODRIGUES, que, aliás, cita em abono do que afirma a este respeito (cf. JOSÉ DIAS MARQUES, *Prescrição Aquisitiva*, vol. II, Lisboa, 1960, pp. 96 e s., e, aí, a nota 3). E, por isso mesmo, consideramos desnecessário transcrevê-la aqui. Permitimo-nos apenas aduzir que a orientação de MANUEL RODRIGUES já tinha sido seguida antes por outros autores, em termos que igualmente não lhe acrescentaram qualquer elemento novo (cf., por exemplo, LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil Português*, vol. III, *cit.*, p. 464, e JAIME DE GOUVEIA, *Direitos Reais*, Lições ao curso do 3.º ano jurídico de 1935-36 da Faculdade de Direito de Lisboa, polic., Lisboa, 1935, p. 209). E, aliás, o mesmo se diga, *mutatis mutandis*, quanto ao sector da doutrina que, já no domínio do Código Civil de 1966, perfilha, explícita ou implicitamente e com mais ou menos abundância de pormenores, a posição de MANUEL RODRIGUES (cf., por exemplo, AUGUSTO DA PENHA GONÇALVES, *Curso de Direitos Reais, cit.*, p. 280, L. P. MOITINHO DE ALMEIDA, *Restituição de Posse e Ocupações de Imóveis, cit.*, p. 66, e DURVAL FERREIRA, *Posse e Usucapião, cit.*, pp. 266 e ss., 271 e ss, e, em resumo, p. 515).

⁽⁶⁶⁾ Enfatizando este último aspecto, cf. ORLANDO DE CARVALHO, «Introdução à Posse», *cit.*, in RLJ, n.º 3780, *cit.*, p. 67, e n.º 3781, *cit.*, p. 105 e s.

A nosso ver e como já se adiantou igualmente, estamos perante um equívoco em que laboram, sem excepção, todos os defensores da aludida tese, antes e depois da entrada em vigor do Código Civil de 1966. Cabendo destacar, de entre os segundos, PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA (com a colaboração de M. HENRIQUE MESQUITA), que, muito embora se situem na linha de pensamento de Manuel Rodrigues, parecem, de algum modo, defender, na nossa «leitura», uma versão mais atenuada dessa tese, limitando a exigência de um «vínculo jurídico válido» entre o novo e o antigo possuidor a uma «relação jurídica *formalmente* válida»⁽⁶⁷⁾. Orientação esta que, conquanto se trate de uma perspectiva menos comprometedora para o funcionamento da acessão da posse, nem por isso deixa de consubstanciar uma solução passível de reparos, conforme veremos mais à frente.

19 — Ora, na nossa opinião e salvo o devido respeito por quem entenda o contrário, urge desfazer sem mais delongas um tal equívoco. Pelas seguintes razões principais: (a) carece de base legal e de qualquer arrimo no nosso sistema possessório (e, *amplius*, de domínio); (b) contradiz a evolução histórica do instituto, cuja finalidade primordial é a de facilitar a usucapião; (c) restringe, absurdamente, a aplicação do instituto à posse causal ou, no mínimo, à posse titulada;

(67) Na verdade, se ajuizamos bem e reiterando o que já afirmámos em outro momento (cf. «Uma *relectio* sobre a acessão da posse (artigo 1256.º do Código Civil)», *cit.*, p. 173, no texto e na nota 186), afigura-se-nos que é, de algum modo, no sentido da «versão mais atenuada», a que aludimos no texto, que aponta o seguinte comentário de FERNANDO ANDRADE PIRES DE LIMA/JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA (com a colaboração de M. HENRIQUE MESQUITA) ao artigo 1256.º: «O emprego das palavras *sucessão* e *sucessores* mostra que o legislador quis prever todo e qualquer acto translativo da posse. Esta pode resultar tanto dum negócio jurídico (venda, troca, doação), como duma expropriação, duma execução, etc. (...). Mas é necessário que haja um verdadeiro *acto translativo da posse*, que haja uma relação jurídica entre os dois possuidores, fenómeno que não se verifica, por exemplo, entre o vencedor da acção de reivindicação e o detentor ou possuidor vencido (...). Há-de tratar-se, por outro lado, de uma relação jurídica *formalmente* válida, o que não acontece, por exemplo, na venda de imóveis por mero acordo verbal (...» (cf. *ob. cit.*, vol. III, *cit.*, p. 14, n.º 3; o itálico consta do original). Fazendo uma «leitura» do pensamento daqueles Professores sobre este ponto específico que, no essencial, é idêntica à nossa, veja-se, posteriormente, JOSÉ ALBERTO C. VIEIRA, *Direitos Reais, cit.*, p. 416 [no texto e na nota 1202].

(d) não tem apoio na doutrina e na jurisprudência prevalecentes em Itália sobre a interpretação-aplicação do artigo 1146.º do *Codice civile* de 1942, fonte directa do artigo 1256.º, n.º 1, do nosso Código Civil.

Vejamos, em seguida e com a brevidade possível, cada um destes argumentos de per si.

(a) *Carece de base legal e de qualquer arrimo no nosso sistema possessório (e, “amplius”, de domínio)*

20 — No âmbito da acessão da posse, a norma constante do n.º 1 do artigo 1256.º apenas exige, como vimos oportunamente, que as posses do actual possuidor (*accipiens*) e do seu (imediato) antecessor (*tradens*) estejam ligadas entre si por um nexo de aquisição derivada diverso da sucessão por morte. Donde flui que a aquisição derivada da posse deve efectuar-se através da entrega ou tradição real (no sentido de verdadeira, e não ficta ou fingida), em qualquer das suas modalidades possíveis — e não mais nem menos do que isso.

Assim, e voltando a uma ideia fundamental e fundamentante já reiterada diversas vezes, urge não confundir transmissão do direito e transferência da posse, pois esta opera independentemente daquela, de acordo com uma «lógica de circulação» própria do poder factual ou empírico, que caracteriza o instituto possessório, distinta da do poder jurídico (ou tão-só formal-jurídico), que é típico do direito⁽⁶⁸⁾. Sem o que, na nossa óptica, é impossível entender o instituto da acessão da posse e, conseqüentemente, o disposto no artigo 1256.º do Código Civil.

(b) *Contradiz a evolução histórica do instituto, cuja finalidade primordial é a de facilitar a usucapião*

21 — Como já se sublinhou, a acessão da posse foi engendrada fundamentalmente como um mecanismo facilitador da usucapião. É esta a verdadeira razão de ser daquela figura desde a

⁽⁶⁸⁾ Ver, *supra*, § 1, sub o n.º 2, as pertinentes passagens contidas no texto e em notas (com destaque para as notas 10, 11 e, sobretudo, 16), bem como as remissões aí feitas.

experiência jurídica de Roma, sabendo-se que a sua génese histórica remonta à *accessio possessionis* (ou *accessio temporis*) da *usucapio* justinianeia, e que persiste nas modernas codificações europeias — e naquelas que, fora do Continente europeu, aí tenham as suas raízes — que a contemplam⁽⁶⁹⁾.

(69) Sobre a origem histórica do instituto da acessão da posse a que se alude no texto, cf., entre nós e por todos, A. SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano — III (Direitos Reais)*, cit., pp. 85 e s., e, aí, a nota 15, na p. 86.

Como é também sabido, a figura foi expressamente consagrada, pela primeira vez, no artigo 2235.º do Código Civil francês, de 1804, cujo teor corresponde, *ipsis verbis*, ao do artigo.º 2265.º da actual versão consolidada deste diploma legislativo — após as alterações introduzidas pela *Loi n.º 2008-561 du 17 juin 2008* sobre a «reforma da prescrição em matéria civil» —, que reza o seguinte: «Para completar a prescrição [i. é, a “prescrição aquisitiva”, como continua a denominar-se a usucapião no direito francês], pode-se juntar à sua posse a do seu autor, qualquer que tenha sido a maneira como se lhe sucedeu, seja a título universal ou particular, seja a título lucrativo ou oneroso» [« Pour compléter la prescription, on peut joindre à sa possession celle de son auteur, de quelque manière qu’ on lui ait succédé, soit à titre universel ou particulier, soit à titre lucratif ou onéreux »]. E, depois, entre outros Códigos Civis, no § 943 do BGB alemão, de 1896 [ou, segundo o critério da sua entrada em vigor, de 1900], que dispõe o seguinte: «Se a coisa ficar, mediante sucessão jurídica, na posse em nome próprio de um terceiro, pode ser contado a este terceiro o prazo de usucapião decorrido durante a posse do antecessor» [« Gelangt die Sache durch Rechtsnachfolge in den Eigenbesitz eines Dritten, so kommt die während des Besitz des Rechtsvorgängers verstrichene Ersitzungszeit dem Dritten zustatten »]. (Cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *A Posse*, p. 132, nota 290, onde podem ver-se, respectivamente, a transcrição e a tradução — ligeiramente distinta da nossa — do art. 2235.º da versão originária do *Code Civil* francês e do § 943 do BGB alemão). Assim como na 2.ª parte [ou, se se preferir, no 2.º parágrafo] do artigo 1146.º do *Codice civile* italiano, de 1942, que, consoante já assinálamos (cf., *supra*, a nota 20), diz o seguinte: «O sucessor a título particular pode unir à própria posse a do seu autor para gozar dos seus efeitos» [« Il successore a titolo particolare può unire al proprio possesso quello del suo autore per goderne gli effetti »]. E, recentemente, no artigo 1207.º do actual Código Civil brasileiro (de 2002), que, reproduzindo, *ipsis litteris*, o artigo 496.º do anterior Código Civil (de 1916), estabelece o seguinte: «O sucessor universal continua de direito a posse de seu antecessor; e ao sucessor singular é facultado unir sua posse à do antecessor, para os efeitos legais».

Sendo que, como de igual modo já se sublinhou de passagem (cf., *supra*, a nota 20), a 2.ª parte do artigo 1146.º do *Codice civile* italiano, de 1942, constitui, reconhecidamente, a fonte directa do disposto no n.º 1 do artigo 1256.º do actual Código Civil português (cf., a este respeito, FERNANDO ANDRADE PIRES DE LIMA/JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA (com a colaboração de M. HENRIQUE MESQUITA), *ob. cit.*, vol. III, *cit.*, p. 13 [ponto 1 do comentário ao artigo 1256.º], ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *últ. ob. e loc. citis*. [no texto e na nota 290], o nosso «Uma *relectio* sobre a acessão da posse (artigo 1256.º do Código Civil)», *cit.*, pp. 105, 119, 128 e s. [no texto e em notas], e, por último, JOSÉ ALBERTO C. VIEIRA, *Direitos Reais*, *cit.*, p. 415). Daí o interesse em acompanhar a forma como a

Acontece que para o funcionamento da *accessio possessionis* (ou *temporis*) no direito justinianeu se exigia, entre outros requisitos, a realização de um negócio real entre o anterior e o actual possuidor. E, partindo deste pressuposto, A. SANTOS JUSTO sustenta que radica nele a exigência, no âmbito do artigo 1256.º do nosso Código Civil, de um vínculo jurídico válido entre o actual possuidor (*accipiens*) e o seu (imediato) antecessor (*tradens*). Caucionando ou legitimando, por via deste argumento histórico, a acima referida doutrina de MANUEL RODRIGUES nesse sentido⁽⁷⁰⁾.

Porém, salvaguardando o devido respeito, não podemos acompanhar tal opinião. Na verdade, e sem prejuízo de outras razões mais fundas, pensamos que o aludido requisito da *accessio possessionis* (ou *temporis*) é indissociável do «sistema» de transmissão do direito de propriedade (*maxime*, através da *emptio venditio*) — falando assim, por comodidade e *brevitatis causa*, da disciplina mais ampla da atribuição e da aquisição de *iura in re* — típico do direito justinianeu, correspondente ao que a moderna doutrina civilista designa por «sistema do título e do modo», com tudo o que isto pressupõe e implica⁽⁷¹⁾.

doutrina (ou dogmática jurídica) e a jurisprudência italianas têm equacionado e resolvido algumas questões em matéria de acessão da posse (Neste sentido, cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *últ. ob. cit.*, p. 132 [n.º 57-II], bem como a nossa *últ. ob. cit.*, pp. 119 e 129). Isto, sem que se esqueça que o «argumento de direito comparado» tem uma natureza de algum modo relativa, importando ter presentes os riscos e os limites do recurso a tal argumento como «argumento de autoridade» (cf., *infra*, a nota 92).

⁽⁷⁰⁾ Acerca da simetria estabelecida, neste campo, por A. SANTOS JUSTO entre a *accessio possessionis* (ou *temporis*) do direito romano (sobretudo justinianeu) e a doutrina de Manuel Rodrigues, bem como o regime previsto no artigo 1256.º do nosso actual Código Civil de 1966, cf. *Direito Privado Romano — III (Direitos Reais)*, *cit.*, pp. 85 [nota 15], 88 [nota 41], 170 e s. [nota 41], ID., «A presença do Direito romano no Direito Português: A usucapio», in BFD, *Colloquia — 11, Jornadas Romanísticas*, 2003, pp. 277 [nota 71], 203 [no texto e na nota 104], ID., «A usucapião (Direito Romano e Direito Português)», in *Revista Brasileira de Direito Comparado* [RBDC], n.º 24, 2003, pp. 72 [nota 71] e 78 [no texto e na nota 104], e, mais sucintamente, ID., *Direitos Reais*, 3.ª ed., *cit.*, p. 200. Observe-se, porém, que, adoptando um tom dubitativo, escreve, em outro lugar, o seguinte: «É provável que o direito romano tenha feito depender a *accessio possessionis* de um negócio real entre o antigo e o actual possuidor» (cf. *Breviário de Direito Privado Romano*, Coimbra, 2010, p. 332, nota 1662).

⁽⁷¹⁾ Sobre o tema específico a que se alude no texto que antecede imediatamente esta nota, cf., entre nós e por todos, ANTÓNIO A. VIEIRA CURA, «*Compra e venda e trans-*

Com efeito, resumindo e simplificando ao máximo, é sabido que, a dada altura, a *traditio* passou a ser, no mencionado «sistema» justinianeu, o único negócio real de transmissão do direito de propriedade. O que torna compreensível o rigor a que aquela obedecia, consubstanciado, desde logo, na exigência de uma *iusta causa traditionis*⁽⁷²⁾. Neste quadro, é certo que a posse está sempre presente na estrutura da *traditio*, integrando-a e configurando-a, pois com a entrega da *res* transfere-se obviamente para o *accipiens* a *possessio* que o *tradens* tinha sobre a coisa. No entanto, a posse *qua tale* é como que obnubilada pela referida impositação instrumental da *traditio*, sobressaindo, antes, a *iusta causa traditionis* como desenvolvimento da *iusta causa dominii transferendi*⁽⁷³⁾.

missão da propriedade no Direito romano clássico e justinianeu (A raiz do “sistema do título e do modo”)», in BFD — Volume comemorativo, Coimbra, 2003, pp. 69 e ss., em especial, pp. 104 e s. Em geral, quanto à gênese, à evolução e aos traços caracterizadores do «sistema do título e do modo», que vigora hoje na Espanha, cf., entre nós e por todos, ORLANDO DE CARVALHO, *Direito das Coisas (Do Direito das Coisas em Geral)*, cit., pp. 269 e ss. [no texto e na nota 70], 275 e ss. [no texto e nas notas 77 e 78], 284 [no texto e na nota 83], 286 [no texto e na nota 86], e, seguindo de perto, no fundamental, o ensino deste Professor, o nosso «Uma *relectio* sobre a *accessão da posse (artigo 1256.º do Código Civil)*», cit., na nota 32, a pp. 73 e ss., com outras referências e atualizações bibliográficas.

⁽⁷²⁾ Ver, entre nós e por todos, ANTÓNIO A. VIEIRA CURA, *ob. cit.*, pp. 104 e ss., em particular, pp. 106 e ss.

⁽⁷³⁾ A este propósito, cf., *ex multis* e a título ilustrativo, PAOLO MARIA VECCHI, *Il principio consensualistico. Radice storiche e realtà applicativa*, Torino, 1999, p. 14, onde o Autor afirma que, no Direito Romano, «em particular a *traditio* efectuada *venditionis causa* era causal, e não substancialmente abstracta como a efectuada em cumprimento de outras obrigações (*solutionis causa*)» (*ibidem*, p. 14, nota 27), salientando, porém, que, «prescindindo do problema da efectiva impositação da transferência da propriedade no direito romano e do real alcance e extensão da sua natureza abstracta [“astrattezza”], parece seguro que o direito comum compreendeu as passagens das fontes que exigiam a *iusta causa traditionis* como regra geral, pelo que a própria transferência, para poder dar-se, devia ser sustentada por uma relação causal válida», sendo que, no Direito Romano, «a *usucapio* mantinha, através do requisito da *iusta causa* também para ela necessário, [um] carácter causal» (*ibidem*, p. 14, no texto). E, porventura, entronca aqui, acrescentamos nós, a frequente indistinção, já referida (cf. *supra*, o texto que antecede a nota 66), entre facto e direito, bem como entre transferência da posse e transmissão do direito, agravada, sobretudo por obra dos Glosadores e Comentadores, por uma terminologia que a tradição vem arrastando e que favorece aquela confusão: *vg.*, *jus possessionis*. De todo o modo e socorrendo-nos da síntese de MARCO COMPORI, impõe-se ter presente o seguinte: «No direito moderno, a *usucapio* é admitida com maior amplitude do que no direito romano e no direito comum, nos quais se exigiam os cinco requisitos fixados na famosa frase mnemó-

Ora, abreviando considerações, temos de convir que, no tocante aos aspectos a que se acaba de fazer sucinta referência, o direito português vigente — onde, como já se disse e é sabido, se consagra, no artigo 408.º, n.º 1, do Código Civil, o «sistema do título», conexo com um princípio da causalidade e um princípio da consensualidade, em matéria de atribuição e de aquisição de direitos reais (*maxime*, o direito de propriedade)⁽⁷⁴⁾ — está nos antípodas do direito justinianeu. E, desde logo por isso, não perfilhamos a posição de A. SANTOS JUSTO há pouco exposta⁽⁷⁵⁾.

De todo o modo, permitimo-nos acrescentar que, na compreensão das normas vigentes, a História, fazendo nossas as pala-

nica das escolas medievais: *res habilis, titulus, fides, possessio, tempus*. Na verdade, para assegurar uma mais ampla e livre circulação dos bens e a segurança do comércio, foram pouco a pouco abolidos os requisitos do *titulus*, ou seja, o título idóneo para justificar a aquisição do direito, e da *bona fides*, ou seja, da boa fé, no sentido subjectivo de não lesar o direito de outrem». Sucedendo que «(...) os requisitos do título idóneo e da boa fé estão hoje previstos para as hipóteses de usucapião abreviada [modalidade existente no direito italiano, assim como, entre outros, nos direitos francês e espanhol, ao contrário do que acontece na nossa ordem jurídica], mas, do Código napoleónico [ou seja, o *Code civil*, de 1804] em diante, é admitida a usucapião por parte de quem esteja de perfeita má fé (...)» (cf. «*L'acquisto della proprietà*», in MARIO BESSONE (a cura di), *Istituzioni di Diritto Privato*, 13.ª ed., Torino, 2006, p. 375).

⁽⁷⁴⁾ Ver, *supra*, a nota 42 e as remissões aí efectuadas.

⁽⁷⁵⁾ De resto, tanto quanto sabemos, não há notícia, na hodierna literatura civilística — nomeadamente a italiana, que interessa aqui considerar de uma forma especial, dado que, como já referimos (cf., *supra*, as notas 20 e 69), a 2.ª parte do artigo 1146.º do *Codice civile* de 1942 constitui a fonte directa do n.º 1 do artigo 1256.º do nosso Código Civil —, da invocação de tal argumento histórico em abono da tese em apreço. O que, cremos, não deixa de ser significativo.

Distanciando-se implicitamente da posição de A. Santos Justo, ainda que não a mencione e sem a explicitação a que procedemos — reiterando, no fundamental, o que já havíamos escrito em outro momento (cf. o nosso «*Uma relectio sobre a acessão da posse (artigo 1256.º do Código Civil)*», *cit.*, pp.127 e s., no texto e em notas, 172) —, veja-se também JOSÉ ALBERTO C. VIEIRA, que, ao analisar a acessão da posse e após se ter referido às doutrinas de Manuel Rodrigues e Pires de Lima/Antunes Varela sobre a mesma, afirma, *inter alia*, o seguinte: «É verdade que na tradição romanista a *accessio possessionis* pressupunha que a nova posse do possuidor actual satisfizesse os requisitos da *usucapio*, nomeadamente, a *iusta causa*, ou seja, um título, e a *bona fides*. E isso deve ter influenciado a construção doutrinária do instituto por parte de MANUEL RODRIGUES, sabendo-se que o mesmo foi omitido no Código de Seabra». Acrescentando, de imediato: «Seja como for, não há qualquer fundamento no Direito português actual para defender a posição de MANUEL RODRIGUES e de PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA» (cf. *Direitos Reais, cit.*, p. 416).

bras de ANTONIO HERNÁNDEZ GIL, «ajuda e coopera, mas não escraviza»⁽⁷⁶⁾. Sendo certo que, para nós, fazendo apelo de novo a uma ideia já repetida amiudadas vezes e ainda há pouco lembrada, urge não confundir transmissão do direito e transferência da posse, pois esta opera independentemente daquela.

Sublinhe-se também que, nos dias de hoje, a persistência de um prazo máximo de vinte anos para a usucapião de imóveis (cf. o artigo 1296.º do Código Civil) é questionável. De facto, se considerarmos que os romanos já qualificavam a usucapião trintenária de «*longissimi temporis praescriptio*», trata-se de um arcaísmo evidente. Não admirando, por isso, que se reclame, noutros quadrantes jurídicos próximos do nosso, uma intervenção legislativa no sentido de «adaptar a usucapião ao tempo ambiente» em matéria de prazos da usucapião imobiliária⁽⁷⁷⁾. Sendo que, neste contexto, a

(76) Cf. *La posesión*, Madrid, 1980, p. 91, onde pode ler-se, mais amplamente, o seguinte: «Os precedentes históricos são elementos de juízo valiosos para a compreensão das normas vigentes (...). Todavia, esta [a interpretação] não tem que cifrar-se numa submissão estrita à pureza do dado histórico. História é a explicação das origens; mas também da mudança e da subsistência. Se, em algumas ocasiões, os civilistas descuidaram a investigação histórico-jurídica, tão-pouco faltou o excesso de erigir em critério decisivo para a interpretação das normas investigar o princípio de direito histórico que se considera implicado. A cooperação histórica não significa um retorno ao passado. Nem o autor da norma, que pode ver-se influído pela história, se submete a ela, nem a interpretação é um saber exclusivamente histórico. Logo, ajuda e coopera, mas não escraviza». Acerca desta perspectiva de encarar a «leitura» da História e do jurídico nela, sobretudo na área dos Direitos Reais (ou Direito das Coisas) e, desde logo, em matéria de posse, permitimo-nos remeter para as considerações que tecemos, mais demoradamente, no nosso «*Uma relectio sobre a acessão da posse (artigo 1256.º do Código Civil)*», *cit.*, pp.48 e ss, nas pertinentes passagens contidas na nota 10, e, especialmente, pp. 87 e ss., na nota 35, e, também, pp. 125 e ss, no texto e em notas, com relevo para as notas 96 e 100, com várias indicações; ver ainda, em termos sucintos, J. J. GOMES CANOTILHO/ABÍLIO VASSALO ABREU, «*Enfiteuse sem extinção. A propósito da dilatação legal do âmbito normativo do instituto enfiteutico*», *cit.*, in RLJ, n.º 3967, *cit.*, p.217 e ss. [*sub os n.ºs 3 e 4, no texto e em notas*].

(77) Neste sentido, ver, por exemplo, FRÉDÉRIC ZENATI/THIERRY REVET, os quais — após salientarem que o tempo necessário para usucapir «varia segundo a natureza do direito, o seu objecto, mas também a época considerada» e que «isto explica a pluralidade dos prazos e a necessidade de intervenções legislativas para adaptar a usucapião [“prescription”] à noção do tempo ambiente» —, escrevem o seguinte: «As adaptações contemporâneas vão no sentido da redução (...). Quando se pensa que a usucapião trintenária [“prescription trentenaire”] era qualificada em Roma de *longissimi temporis*, a sua persis-

tese que refutamos, indo ao arrepio da evolução histórica da acesão da posse, contribui para acentuar tal arcaísmo.

tência, hoje em dia [no direito francês], dá para meditar (...). A ideia de pereempção não pode deixar de ser afectada numa sociedade que tem o culto da velocidade e na qual um princípio geral de obsolescência, que ultrapassa a técnica, se apodera de todos os domínios da cultura» (cf. *Les biens*, 2.^{ème} éd. ref., Paris, 1997, p. 363). Acrescentando, mais à frente: «Legisla-se pouco num domínio em que as contestações têm uma importância marginal. É esta, sem dúvida, a razão do arcaísmo evidente do dispositivo da “prescription abrégée” [literalmente: «prescrição abreviada», que o direito francês reserva aos possuidores de boa fé de coisas imóveis e na qual o prazo da usucapião era até há pouco, consoante os casos, de dez ou vinte anos]. A usucapião [“prescription”] de dez a vinte anos foi imaginada pelos Romanos (...), entre outros motivos, tendo em conta o afastamento das províncias do seu Império, quando o prazo inicial era de dois anos! Esta consideração deveria ser suficiente para justificar uma actualização, sendo superabundante a reflexão no sentido de uma tendência generalizada para o encurtamento dos prazos da usucapião [“prescription”]. Poder-se-ia duvidar disto, pensando que o espírito da propriedade imobiliária está marcado pela conservação e lentidão (...), mas a observação não é decisiva numa época na qual o imóvel se mercantiliza e os proprietários se tornam consumidores [«se “consumérisent”»]» (*ibidem*, pp. 372 e s.). Contudo, o legislador francês não foi, até ao momento, sensível ao apelo de FRÉDÉRIC ZENATI/THIERRY REVET e de outros autores no sentido a que se acaba de fazer referência (cf., *ex plurimis* e a título ilustrativo, PHILIPPE MALAURIE/LAURENT AYNÈS, *Droit Civil-Les biens*, 2.^{ème} éd., Paris, 2005, p. 166: «A usucapião [“prescription”] ordinária tem lugar no termo de trinta anos, o que é uma duração que toda a gente julga excessiva: conviria sem dúvida reduzi-la para dez anos»). Facto que se tornou nítido quando, em 2008, estabeleceu, no artigo.º 2272.º da actual versão consolidada do *Code Civil* — após as alterações introduzidas pela *Loi n.º 2008-561 du 17 juin 2008* sobre a «reforma da prescrição em matéria civil», já aludida (cf., *supra*, a nota 69) —, o seguinte: «O prazo de prescrição [i. é, a “prescrição aquisitiva”, como continua a designar-se a usucapião no direito francês] requerido para adquirir a propriedade imobiliária é de trinta anos. //Todavia, aquele que adquire de boa fé e por justo título um imóvel adquire por prescrição a propriedade no termo de dez anos».

Cabe ainda referir que, já fora da dogmática jurídica tradicional, é também esta a perspectiva da chamada «Análise Económica do Direito». A título de exemplo, pode ver-se, *ex multis*, UGO MATTEI, que, situando-se nesta linha de pensamento juseconómico, escreve, nomeadamente, o seguinte: «Enquadrada a questão a esta luz, é de perguntar se prazos de usucapião assaz mais breves não seriam desejáveis, considerando também o baixo custo da reforma (em poucos sectores como este um traço de caneta do legislador é suficiente) e a rigidez que torna impossível a interpretação evolutiva, capaz de adequar o direito às recomendações da eficiência. Porventura, neste caso, o carácter comum [“comunanza”] das soluções dos diversos ordenamentos não é sintomático de um alinhamento em direcção à solução eficiente, mas, sim, um triunfo da tradição a expensas desta» (cf. *I diritti reali — I. La proprietà*, in *Trattato di Diritto civile*, diretto da Rodolfo Sacco, Torino, 2001, pp. 198 e s., e, já antes, ID., *Basic Principles of Property Law. A Comparative Legal and Economic Introduction*, Westport [Connecticut]/London, 2000, pp. 116 e s.).

(c) *Restringe, absurdamente, a aplicação do instituto à posse causal ou, no mínimo, à posse titulada.*

22 — A consequência lógica que resulta necessariamente da exigência, pura e simples, de um «vínculo jurídico válido» entre o novo e o antigo possuidor é a de que a acessão da posse só opera em relação à posse causal⁽⁷⁸⁾. O que, na nossa óptica, constitui, a

(78) Conforme sublinhámos em outro momento (cf. «*Uma relectio sobre a acessão da posse (artigo 1256.º do Código Civil)*», *cit.*, pp.172 e s., e, em sede conclusiva, p. 187) e, depois, JOSÉ ALBERTO C. VIEIRA também veio observar (cf. *Direitos Reais, cit.*, p. 417: «Com o sentido pretendido por MANUEL RODRIGUES, apenas o possuidor causal poderia beneficiar da acessão da posse»). Anote-se que, por regra, tal consequência não vem referida *expressis verbis* nos arestos que, situando-se nesta linha de orientação, falam da necessidade de haver, no âmbito da acessão da posse, um «negócio jurídico formal e substancialmente válido» entre o novo e o antigo possuidor. Todavia, é o que se deduz ou infere do conjunto da tese que sustentam, quer em sede de decisão, quer, sobretudo, em *obiter dicta*. Como exemplos paradigmáticos desta corrente jurisprudencial, podem indicar-se, entre outros, os seguintes Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça [acessíveis em <www.dgsi.pt/jstj>]: de 10.12.1987 (Relator: ELISEU FIGUEIRA), Proc. n.º 075048, onde se decidiu: «*A acessão de posses, na aquisição derivada, pressupõe a validade dos respectivos negócios jurídicos, sem o que não pode ser considerada a continuidade de posses para contagem dos prazos de usucapião*»; e de 27.11.2007 (Relator: ALVES VELHO), Proc. n.º 07A3815, cujo sumário reza, *inter alia*, o que segue :«(...) *O “título” a que alude e exige a norma do artigo 1256.º é o que a lei também exigir para que o negócio de transmissão seja formal e substancialmente válido, não relevando, para o efeito, como título legítimo de aquisição, um acto nulo, sendo que, neste caso, só pode ser invocada a posse pessoalmente exercida e não a dos antepossuidores*». No âmbito dos Tribunais da Relação, podem ver-se, *ex plurimis*, os seguintes Acórdãos mais recentes: da Relação do Porto, de 05.05.2005 (Relator: ATAÍDE DAS NEVES), Proc. n.º 0531757, de 07.10.2008 (Relator: MANUEL PINTO DOS SANTOS), Proc. n.º 0823855, e de 06.05.2010 (Relator: LEONEL SERÓDIO), Proc. n.º 829/06.6TBCHV.P1 [todos disponíveis em <www.dgsi.pt/jtrp>]; da Relação de Lisboa, de 01.03.2001 (Relator: OLINDO GERALDES), Rec. n.º 290/01 [in *Colectânea de Jurisprudência [CJ]*, t.2, 2001, pp. 65 e ss.], de 12.12.2006 (Relator: FOLQUE MAGALHÃES), Proc. n.º 5392/2006-1, e de 26.06.2008 (Relator: PEREIRA RODRIGUES), Proc. n.º 5144/2008-6 (os dois últimos acessíveis em <www.dgsi.pt/jtrl>); da Relação de Coimbra, de 31.06.1994 (Relator: NUNES DA CRUZ), Rec. n.º1043/93 [in *CJ*, t.3 ,1994, pp. 29 e ss.], e de 31.01.2006 (Relator: ARAÚJO FERREIRA), Proc. n.º 3933/05 [disponível em <www.dgsi.pt/jtrc>]; da Relação de Guimarães, de 10.11.2004 (Relator: VIEIRA E CUNHA), Proc. n.º 1841/04.1 [acessível em <www.dgsi.pt/jtrg>]. Expressiva, a este propósito, é a seguinte posição assumida no Acórdão da Relação de Lisboa, de 01.03.2001 (Relator: OLINDO GERALDES), há pouco citado: «(...) II — *Não pode invocar-se a acessão de posse, quando a posse do anterior possuidor era causal e a do actual é uma posse autónoma ou formal*» (cf. ainda, *ipsis verbis*, a parte final do ponto VI do sumário do Acórdão da Relação de Lisboa, de 26.06.2008 (Relator: PEREIRA RODRIGUES), igualmente citado há

todas as luzes, um absurdo. Atendendo, desde logo, a que, é claríssimo, a disciplina dessa figura visa a posse formal ou autónoma — vale por dizer, a posse em sentido técnico —, aliás, de acordo com o que acontece em relação ao regime jurídico da posse em geral, pois foi para aquela que este intencionalmente se talhou. Urgindo, pois, colocar a interpretação-aplicação do disposto no n.º 1 do artigo 1256.º do Código Civil apenas e simplesmente no plano da posse *qua tale* — a posse formal ou autónoma —, e não ao nível da posse que integra o conteúdo do direito real e, por isso, tem fundamento ou causa no mesmo — e daí o nome de posse causal⁽⁷⁹⁾.

momentos). Posição esta a que adere expressamente FERNANDO PEREIRA RODRIGUES (cf. *Usucapião. Constituição originária de direitos através da posse*, Coimbra, 2008, p. 45), mas que, como se acentua a seguir no texto, constitui, salvo o devido respeito, um absurdo, ilustrando bem as aporias a que conduz a corrente jurisprudencial em jogo.

Observe-se, por último, que o comum da jurisprudência que sufraga tal entendimento sobre a acessão da posse — com destaque para a acima referida — cita, e, por regra, transcreve amplamente, em abono do mesmo as posições de Manuel Rodrigues e de Pires de Lima/Antunes Varela (com a colaboração de M. Henrique Mesquita), coenvolvendo esta naquela e atribuindo a ambas idêntico sentido e alcance. Todavia, e como já assinalámos (cf., *supra*, a nota 67 e o texto que a antecede), estes últimos Professores parecem, de algum modo, defender, na nossa «leitura», uma versão mais atenuada da tese de Manuel Rodrigues, na medida em que, muito embora se situem na sua linha de pensamento, limitam a exigência de um «vínculo jurídico válido» entre o novo e o antigo possuidor a uma «relação jurídica *formalmente* válida».

⁽⁷⁹⁾ Em complemento do que se diz no texto, permitimo-nos, nesta circunstância, reiterar, *apertis verbis*, o seguinte: (i) a regulação jurídica da posse encara esta como fenómeno *a se stante* ou, nas palavras de ORLANDO DE CARVALHO, «algo de autónomo, que não se funda no direito ou dele abstrai», vale por dizer, a posse formal ou autónoma, que é a posse em sentido técnico (cf., *supra*, a nota 11 e o texto que antecede); (ii) o fim primordial a que subterraneamente se ordena a regulação da acessão da posse é o de facilitar a aquisição por usucapião do direito de propriedade ou de outros direitos reais usucapíveis, mediante o encurtamento do prazo necessário para usucapir (*tempus usucapionis*), o que, aliás, explica a génese e a evolução histórica do instituto (cf., *supra*, a nota 26 e o texto que a antecede).

Ora, neste quadro sumariamente delineado, urge acentuar de novo, acompanhando INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, o que segue: «A posse que interessa para efeitos de usucapião não é, pela própria natureza das coisas, a posse causal, ou seja, a posse conforme com um direito que inquestionavelmente se tem e de que representa simples exteriorização. É a posse *formal*, correspondente a um direito que comprovadamente se não tem ou que poderá não se ter, mas cujos poderes se exercem como sendo um titular, posse vista com abstracção do direito possuído [a nosso ver e salvo o devido respeito, *rectius*: do direito em cujos termos se possui], algo com existência por si, susceptível de conduzir, pela via da usucapião, à aquisição do direito, caso não se seja, já, senhor dele» (cf. «*Condição ou*

Todavia, uma versão mais atenuada da referida tese limita aquela exigência a uma «relação jurídica *formalmente* válida», pensando, sobretudo, na compra e venda, bem como na doação de imóveis, para as quais, como se sabe, a lei, até há pouco, requeria, em princípio, a escritura pública⁽⁸⁰⁾. Quer dizer: verifica-se, aqui, uma fusão-confusão entre a fórmula descritiva «título diverso da sucessão por morte» de que fala ambigualmente o n.º 1 do artigo 1256.º e o conceito de título de posse, no sentido previsto no n.º 1 do artigo 1259.º, onde, como vimos, se exige, para haver posse titulada, um requisito negativo — o de que o negócio-título («titulus adquirendi») legítimo ou idóneo, *em abstracto*, para adquirir o direito real nos termos do qual se visa possuir (*id est*: o requisito positivo) não enferme de um vício de forma *ad substantiam*⁽⁸¹⁾.

modo e usucapião», in *O Direito*, ano 121.º (1989), III, p. 652). Donde flui que, embora seja quase ocioso dizê-lo, se a posse que interessa para efeitos de usucapião é a posse formal e se o instituto da acessão da posse (*accessio possessionis*) visa primordialmente facilitar a aquisição por usucapião, a posse que a norma constante do artigo 1256.º pressupõe e implica é, como não poderia deixar de ser, tão-só a posse formal.

⁽⁸⁰⁾ Como se conhece, antes das alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 116/2008, de 4 de Julho, *ex vi* do disposto no artigo 80.º, n.º 1, do actual Código do Notariado de 1995 [aprovado pelo Decreto-Lei n.º 207/95, de 14 de Agosto] — e, antes, por força do disposto no artigo 80.º, alínea *a*), do Código do Notariado de 1967 [aprovado pelo Decreto-Lei n. 47619, de 31 de Março de 1967] — celebravam-se, em geral, por escritura pública os actos que importassem reconhecimento, constituição, aquisição, modificação, divisão ou extinção dos direitos de propriedade, usufruto, uso e habitação, superfície ou servidão sobre coisas imóveis. Exigência esta corroborada pelos artigos 875.º e 947.º, n.º 1, do Código Civil quanto à compra e venda, assim como a doação de imóveis, respectivamente. Sendo a inobservância de tal forma (*ad substantiam*) sancionada, conforme é igualmente sabido, com a nulidade (cf. o artigo 220.º do Código Civil). Todavia, o citado Decreto-Lei n.º 116/2008, na parte que ora interessa, veio revogar o artigo 80.º, n.º 1, do Código do Notariado e modificar os artigos 875.º e 947.º, n.º 1, do Código Civil, estabelecendo, *apertis verbis*, que, sem prejuízo do disposto em lei especial, os actos em causa só são válidos se forem celebrados, em alternativa, «por escritura pública ou por documento particular autenticado». Regime este que entrou em vigor a 1 de Janeiro de 2009.

⁽⁸¹⁾ Sobre este assunto, cf., *supra*, a nota 23. Como exemplo paradigmático da corrente jurisprudencial que corporiza a «versão mais atenuada» a que aludimos no texto, veja-se, para lá do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 07.04.2011 (Relator: FONSECA RAMOS), já citado (cf., *supra*, a nota 2 e o texto que a antecede), e, porventura, de uma maneira ainda mais nítida do que este, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 22.11.2005 (Relator: SOUSA LEITE), Proc. n.º 3304 [publicado in CDP, n.º 21 (2008), *cit.*, pp. 41 e ss.], cujo sumário reza, na parte que ora interessa, o seguinte: «I — No âmbito da aquisição derivada, o sucessor “inter vivos” pode, caso nisso tenha conveniência, jun-

Mas nem por isso tal versão deixa de consubstanciar uma solução que, a nosso ver, é ilógica e absurda. Por duas razões basilares, a seguir enunciadas com a brevidade possível.

tar à sua posse, a posse daquele ou daqueles que lhe transmitiram os respectivos direitos — art. 1256.º do CC. II — Porém, tal posse, como posse nova que é, tem como directo e necessário pressuposto a existência de um título da mesma legitimador — “aquele que houver sucedido na posse de outrem por título diverso da sucessão por morte” —, donde, portanto, resulta que tal posse titulada só se verifica quando a mesma assenta num acto susceptível de, em abstracto, constituir ou transferir o direito real que lhe corresponde, ainda que tal constituição ou transferência não venha efectivamente a ocorrer, em consequência de um vício substancial de que enferme o negócio jurídico celebrado. III — Assim, e dado que a aquisição do imóvel por parte dos progenitores da recorrente, em 1981, não obedeceu à forma para tal legalmente estabelecida, a posse daqueles, resultante da celebração do referido negócio jurídico, é uma posse não titulada e, consequentemente, impeditiva da aplicação do instituto da acessão da posse, não podendo juntar à sua posse, a exercida pelos respectivos antepossuidores do prédio. (...)». Acórdão este que, como já referimos (cf., *supra*, a nota 20), foi anotado criticamente por PAULO SOBRAL SOARES DO NASCIMENTO, em termos de que nos aproximamos quanto ao resultado jurídico-prático no tocante à matéria aqui em jogo, mas não, conforme transluz do que ficou dito, quanto à perspectiva metódico-metodológica adoptada na abordagem do instituto possessório, em geral, e da acessão da posse, em particular, assim como aos alicerces teóricos e legais das posições que assume em relação a alguns pontos.

Na linha da orientação perfilhada por este último Aresto, veja-se o Parecer do Conselho Técnico do Instituto dos Registos e do Notariado com a referência P.º n.º R.P.39/2010 SJC-CT, aprovado a 23 de Setembro de 2010 [disponível em <www.irn.mj.pt>], no qual, embora se dê conta das posições contrastantes de Menezes Cordeiro e José Alberto Vieira (*ibidem*, pp. 10 e s., no texto e na nota 13), se adopta a tese de Pires de Lima/Antunes Varela (com a colaboração de M. Henrique Mesquita) sobre o disposto no n.º 1 do artigo 1256.º do Código Civil, aí reproduzida (*ibidem*, p. 10, no texto que antecede a nota 11) e que também já transcrevemos (cf., *supra*, a nota 67 do presente trabalho). Sustentando-se, basicamente, que, «na falta de título da posse alegada [em sede de justificação notarial], ainda que prescindindo de contrato válido, não é permitido ao justificante aproveitar-se da aludida acessão» (*ibidem*, p. 11). Contudo, indo mais longe, acrescenta-se a dado passo, *inter alia*, o seguinte: «O recurso à figura da acessão na posse em caso de falta de título de transmissão podia conduzir, no limite, à inobservância casuística do preenchimento dos requisitos que, nos termos legais, integram e caracterizam a posse geradora da usucapião (...). E, pouco depois: «Dai que seja legítimo interrogarmo-nos sobre se a transmissão da posse operada, nos termos legais, por simples cedência/tradição, material ou simbólica, por exemplo, implica a transmissão do direito, relevante na perspectiva da aquisição por usucapião» (*ibidem*, p. 12). O que, encurtando considerações, traduz, desde logo e salvo o devido respeito, uma inexacta compreensão da posse *ad usucapionem* enquanto requisito primeiro da aquisição por usucapião, pois, como se sabe e decorre com inteira clareza da lei, aquela pressupõe e implica necessariamente uma posse pacífica e pública, mas não uma posse titulada. E, mais do que isso, ilustra bem a que ponto pode levar a fusão-confusão entre transmissão do direito e transferência da posse para a qual temos vindo a advertir desde o início do presente estudo.

Por um lado, não se vê a que lógica obedece a delimitação da exigência de um «vínculo jurídico válido» entre o novo e o antigo

Recentemente, merece particular destaque o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 26.01.2012 (Relator: PINTO DE ALMEIDA), Proc. n.º 5978/08.3TBMTS.P1 [disponível em «www.dgsi.pt/jtrp»], que, filiando-se na orientação jurisprudencial a que nos estamos a referir, decidiu, no que aqui interessa e de acordo com o respectivo sumário, o seguinte: «[...] III — Para fazer funcionar a acessão é necessário que exista um título abstractamente idóneo para, pelo menos formalmente, transferir o direito». Neste Aresto, dá-se notícia, em *obiter dicta*, da doutrina e da jurisprudência que divergem de tal entendimento, citando Menezes Cordeiro e José Alberto Vieira e coenvolvendo, na nota 11, a nossa posição na adoptada por este último Autor e por Paulo Soares do Nascimento, assim como pelo já mencionado Acórdão da Relação de Lisboa, de 20.05. 2010 (Relator: ANTÓNIO VALENTE), o qual, em rigor, se louva no ensino de Menezes Cordeiro (cf., *supra*, a nota 12 do presente estudo). Todavia, perfilha-se a solução há pouco transcrita, afirmando-se, em *obiter dictum*, que, «...apesar do devido respeito pela posição contrária, crê-se que aquela será ainda a que melhor se ajusta ao regime legal positivo, mesmo após o Código Civil de 66». Em abono desta opção, transcreve-se: (i) em primeira linha, o comentário de Pires de Lima/Antunes Varela (com a colaboração de M. Henrique Mesquita) ao disposto no artigo 1256.º do Código Civil vigente (cf. *ibidem*, a nota 5 e o texto que a antecede; ver, *supra*, a nota 67 deste estudo); (ii) depois, a «tese tradicional» já defendida por Manuel Rodrigues no domínio do «Código de Seabra», acrescentando-se que o entendimento assumido por aqueles Professores segue esta; (iii) por fim, a opinião mais recente de Santos Justo. E indicam-se, ainda, outros Autores que sufragam essa «tese tradicional», quer antes, quer após o Código Civil de 1966 (entre os primeiros, Dias Marques; entre os segundos, e para lá de Santos Justo, Penha Gonçalves, Moitinho de Almeida, Durval Ferreira), e vários arestos do Supremo Tribunal de Justiça e da Relação do Porto (cf. *ibidem*, as notas 6 a 8, inclusive, e o texto a que as mesmas se reportam; ver também, *supra*, as notas 65 e 78 deste trabalho e o texto com elas relacionado). Não obstante, assinala-se que, a dado passo do Acórdão em referência, se escreve, em *obiter dictum*, o seguinte: «Mesmo nesta solução, discute-se se o vínculo que tem de ligar o novo ao antigo possuidor [em sede de acessão da posse] deve ser válido e eficaz ou se será suficiente apenas a sua validade formal, questão que não interessará desenvolver por não assumir relevância para a decisão a tomar nos autos». Apontando-se, entre os que propugnam o primeiro termo da alternativa assim equacionada, Manuel Rodrigues e Penha Gonçalves, sob o ponto de vista doutrinal, assim como o Acórdão do STJ, de 27.11.2007 (Relator: ALVES VELHO), já citado (cf., *supra*, a nota 78 deste estudo), no plano jurisprudencial (cf. *ibidem*, a nota 13 e o texto a que se refere). E, entre os que defendem o segundo termo da mesma, Pires de Lima/Antunes Varela (com a colaboração de M. Henrique Mesquita), sob o prisma doutrinal, e o atrás referido Acórdão do STJ, de 22.11.2005 (Relator: SOUSA LEITE), a nível jurisprudencial (cf. *ibidem*, nota 13 e o texto que a antecede), fazendo, assim, uma «leitura» do pensamento destes Professores que, no essencial, é idêntica à nossa (cf., *supra*, a nota 67 do presente trabalho). No entanto, se ajuizamos bem, a posição adoptada no Acórdão em apreço acaba por ser tributária da de Pires de Lima/Antunes Varela (com a colaboração de M. Henrique Mesquita), apesar da aparente «neutralidade» assumida no trecho há pouco transcrito. É o que, na nossa óptica, se pode deduzir ou inferir da passagem do respectivo sumá-

possuidor à observância de uma forma *ad substantiam*, cingindo, assim e apenas nesta medida, a acessão da posse à posse titulada. Sabendo-se, ademais, que «há casos patológicos do negócio jurídico que nada têm a ver com a forma e que retiram o título da posse, posto não excluam esta última»⁽⁸²⁾.

rio acima reproduzida e as pertinentes considerações tecidas, em *obiter dicta*, corroboram. Daqui a pouco, voltaremos à retórica argumentativa na qual se baseia a posição sustentada neste Aresto de que criticamente nos distanciamos (cf., *infra*, a nota 93).

(82) Para repetirmos a frase de ORLANDO DE CARVALHO, com tudo o que ela pressupõe e implica (cf., *supra*, as pertinentes passagens contidas nas notas 23 e 57 deste nosso trabalho e as remissões aí feitas). A este propósito, assinala-se que ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, referindo-se à definição de posse titulada constante do artigo 1259.º, n.º 1, do actual Código Civil, afirma o seguinte: «Houve um efectivo avanço, em relação ao Código de SEABRA: enquanto este, na sua letra, apenas admitia, como vício do título, a ilegitimidade, o Código novo veio alargar o naipe a todos os vícios substanciais, deixando de fora, apenas, os formais». Acrescentando, de imediato: «Não nos parece curial, *de iure condendo*, tal solução: ela mantém um Direito das Coisas pejado de categorias puramente conceptuais e formais, sem uma ponderação de interesses e valores subjacentes. Na verdade, não vemos que um vício formal seja necessariamente mais grave do que a generalidade dos vícios substanciais. Um contrato celebrado sob a ameaça de armas, nulo por *vis absoluta*, faculta uma posse titulada, enquanto uma venda por escrito particular, feita pelo legítimo dono a troco do preço justo não é título capaz! Trata-se, pois, numa área onde a jurisprudência poderia actuar, de modo a limar arestas» (cf. *A Posse, cit.*, p. 91). Ora, não cabendo aqui, por óbvias razões de economia, alongarmo-nos sobre esta posição de MENEZES CORDEIRO e, nomeadamente, a crítica que dirige, *de iure condendo*, à solução plasmada no artigo 1259.º, n.º 1, do Código Civil em vigor, permitimo-nos, no entanto, observar, em extrema síntese e sob o prisma *de iure condito*, o seguinte: (i) ao invés do que aquele Professor parece defender, os vícios substanciais de que enferme o negócio-título («titulus acquirendi») legítimo ou idóneo, *em abstracto*, para adquirir o direito real nos termos do qual se visa possuir — *id est*: o requisito positivo — não são todos irrelevantes, pois há alguns que, *natura sua*, excluam a posse e, logo, nem sequer se pode pôr o problema do título; (ii) por outro lado, se tal negócio-título sofre de uma causa de inexistência (jurídica), a posse, ainda que exista, não é titulada por falta do requisito positivo; (iii) acresce que, salvo o devido respeito, o caso apontado como exemplo de vício substancial que não obsta à existência de posse titulada — ou seja, o de um «contrato celebrado sob a ameaça de armas», que o mesmo Professor qualifica de «nulo por *vis absoluta*» — afigura-se-nos menos correcto: um «contrato celebrado sob a ameaça de armas» sofre do vício de coacção moral (se preferirmos, coacção relativa ou compulsiva ou *vis relativa*), que, nos termos do artigo 256.º do Código Civil, dá lugar à mera anulabilidade (neste sentido, cf., *ex professo* e por todos, CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra, 2005, pp. 529 e s., e PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 6.ª ed., Coimbra, 2010, pp. 655 e s., 677), cumprindo-se, assim, o requisito positivo para haver posse titulada [cf., *supra*, a nota 23]; porém, quando o negócio-título está afectado pelo vício de coacção física (se quisermos,

Por outro lado, admitindo a nossa lei a usucapião baseada na posse não titulada e de má fé (cf. as normas prototípicas dos artigos 1296.º e 1299.º), não se vislumbra qualquer motivo para desaplicar, nestes casos, a acessão da posse. Se a posse for adquirida através da entrega ou tradição real e houver inobservância de uma forma *ad substantiam*, apenas sucede que essa posse é não titulada (cf. a parte final do artigo 1259.º, n.º 1, *a contrario sensu*)⁽⁸³⁾ e, em consequência, presumida *juris tantum* (cf. o artigo 350.º, n.º 2) de má fé (cf. o artigo 1260.º, n.º 2). Donde flui, tão-só, que se a posse do antecessor (*tradens*) for titulada e o actual possuidor (*accipiens*) quiser beneficiar da acesão, aquela posse valerá como não titulada (e, logo, presumida *juris tantum* de má fé), cumprindo-se, assim, o requisito do «menor âmbito» (cf. o artigo 1256.º, n.º 2). É o que a nossa lei exige — e não mais nem menos do que isso⁽⁸⁴⁾.

Acrescente-se, retomando um ponto já aflorado de passagem⁽⁸⁵⁾, que os dizeres da primeira parte do n.º 1 do artigo 1256.º

coacção absoluta ou ablativa ou *vis absoluta*), a qual, à luz do artigo 246.º do Código Civil, acarreta a inexistência jurídica (e não a nulidade, como sustenta, no exemplo há pouco referido, Menezes Cordeiro), a posse, ainda que exista, não é titulada por falta do requisito positivo [cfr. *supra*, a nota 23].

⁽⁸³⁾ Ver, *supra*, a pertinente passagem contida na nota 23 e a remissão aí efectuada.

⁽⁸⁴⁾ No mesmo sentido, cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *A Posse*, cit., p. 137, acentuando, nomeadamente, que a tese que rebatemos «iria impedir a usucapião nos casos de falta de título e de boa fé». Cremos, porém, que se trata de um lapso ou, então, de um manifesto exagero expressivo: em vez de «usucapião» deve ler-se «acessão». Aliás, é o que decorre da afirmação feita a seguir por aquele Professor: «O Código Civil vigente admite a usucapião baseada na posse não titulada e de má fé — cf. 1296.º. Ora, nestes casos, nunca poderia haver acessão na posse: não havendo título ou registo do mesmo, nenhum notário lavraria a competente escritura» (*ibidem*). Acrescentando mais à frente, referindo-se à usucapião de imóveis: «A transmissão, como se viu, não exige qualquer título válido: pode, mesmo, ser uma entrega não titulada ou com vício formal. Simplesmente, a posse do transmissário será, então, uma posse não titulada: a acessão opera “...dentro dos limites da posse com menos âmbito...”, pelo que a posse do antecessor valerá como não titulada — artigo 1256.º/2» (*ibidem*, p. 138, *in fine*). E é também esta, basicamente, a linha argumentativa adoptada por JOSÉ ALBERTO C. VIEIRA para sustentar idêntica posição (cf. *Direitos Reais*, cit., pp. 416 e ss.), sendo certo que, estando em jogo o constituto possessório, acaba, afinal, por defender que, para existir acessão da posse, se exige (na sua terminologia) a «validade do título de transmissão», cingindo, assim, a aplicação do instituto, neste caso, à existência de uma posse causal e, portanto, a bem mais do que uma posse titulada (cf., *supra*, a nota 15, *in fine*, do presente estudo).

⁽⁸⁵⁾ Ver, *supra*, a nota 23.

— «*Aquele que houver sucedido na posse de outrem por título diverso da sucessão por morte...*» — não só não obrigam de nenhum modo à interpretação que se acaba de refutar, como, se os virmos no contexto, nem sequer a autorizam.

Na verdade, quanto à expressão «*sucedido na posse de outrem*», aceita-se pacificamente que o termo «*sucedido*» não é aqui utilizado em sentido técnico-jurídico, mas no sentido vulgar com que se usa na linguagem comum ou (*hoc sensu*) normal⁽⁸⁶⁾.

⁽⁸⁶⁾ Ver, *supra*, a pertinente passagem constante da nota 23 e a remissão aí feita para o ensino de Oliveira Ascensão, seguido, *nemine discrepante*, pela doutrina e pela jurisprudência. E o mesmo se diga em relação ao termo «*sucessor*» que é utilizado no n.º 2 do artigo 1256.º. Com o emprego destas palavras («*sucedido*» e «*sucessor*»), o legislador terá pretendido mostrar que «quis prever todo e qualquer acto translativo da posse» (Neste sentido, cf. FERNANDO ANDRADE PIRES DE LIMA/JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA (com a colaboração de M. HENRIQUE MESQUITA), *ob. cit.*, vol. III, *cit.*, p. 14, em anotação ao artigo 1256.º, acima transcrita na nota 67, e, ainda, p. 27, onde, no ponto 7 do comentário ao artigo 1263.º, pode ler-se o seguinte: «A aquisição derivada está prevista, em termos gerais, na alínea b). Este tipo de aquisição verifica-se quando a posse é *transferida* de um possuidor para outro. É o caso em que pode haver lugar à *cessão* da posse nos termos do artigo 1256.º»). Ou, de um modo que se nos afigura dogmaticamente mais apurado, toda e qualquer forma de transferência e (correlativa) aquisição derivada da posse *inter vivos*, efectuada através da entrega ou tradição (*traditio*) real (no sentido de verdadeira, e não ficta) da coisa. Tendo como pano de fundo a distinção clássica entre a figura da *accessio possessionis* (ou *temporis*) e o fenómeno da *successio possessionis* (ou *in possessionem*) ou sucessão *mortis causa* na posse regulado imediatamente antes (cf. o artigo 1255.º). Mas, se foi esse o intuito legislativo, impõe-se reconhecer que a terminologia escolhida («*sucedido*», «*sucessor*»), para lá da falta de clareza e rigor técnico-jurídico, em nada ajuda a operar tal destrição. Desde logo, por duas razões basilares que indicámos a seu tempo e que ora nos permitimos relembrar: (i) por um lado, na acessão da posse (cf. o artigo 1256.º), estamos perante posses distintas, ao contrário do que acontece na sucessão *mortis causa* na posse (cf. o artigo 1255.º); (ii) e, por outro, tais posses podem ser de «natureza diferente» (cf. o artigo 1256.º, n.º 2), seja porque o actual possuidor e o seu (imediat) antecessor possuem em termos de direitos reais diferentes, seja porque as respectivas posses divergem quanto aos seus caracteres (cf., *supra*, o texto que antecede as notas 20 e 21, e, já antes, o nosso «*Uma relectio sobre a acessão da posse (artigo 1256.º do Código Civil)*», *cit.*, pp. 130 e s.).

Nesta linha de pensamento, acompanhamos JOSÉ ALBERTO C. VIEIRA, quando escreve, a propósito do artigo 1256.º, n.º 1, do Código Civil, o seguinte: «Mencionando a sucessão na posse (“aquele que houver *sucedido* na posse”), o preceito pode gerar alguma confusão com a figura, diversa, da sucessão da posse (art. 1255.º)». Acrescentando, de imediato: «Também não é rigoroso falar daquele que sucede... “por título diverso da sucessão por morte”. Se não é de sucessão na posse que se trata, mais vale abdicar do uso do termo. Só gera equívocos» (cf. *Direitos Reais, cit.*, p. 415). Mas já não, quando sus-

Por sua vez, no tocante ao segmento «*por título diverso da sucessão por morte*», o termo «*título*» equivale aqui, pura e simplesmente, a «por motivo diverso», «por razão diversa», «por via diversa», como se prefira dizer⁽⁸⁷⁾. Não tendo, pois, o significado técnico-jurídico de título de posse (cf. o n.º 1 do artigo 1259.º)⁽⁸⁸⁾, nem, muito menos, de título de aquisição («*titulus adquirendi*») de direitos reais (*maxime*, o direito de propriedade), que se postula no «sistema do título» vigente entre nós (cf. o n.º 1 do artigo 408.º)⁽⁸⁹⁾.

Nesta ordem de ideias, pensamos que tal expressão («*por título diverso da sucessão por morte*») tem um sentido idêntico ou semelhante àquele com que, em alguns Códigos Civis, se fala de «*sucessor a título particular*» no âmbito da *accessio possessionis* (ou *temporis*) em contraponto do «sucessor a título universal» no quadro da *successio possessionis* (ou *in possessionem*) ou sucessão *mortis causa* na posse, de acordo com uma terminologia antiga⁽⁹⁰⁾.

tenta, como referimos oportunamente (cf., *supra*, a nota 20), que «é o facto de a posse ser a mesma que permite que o possuidor actual beneficie de todo o tempo dela, desde que começou» ou, por outras palavras, que «o possuidor actual possa somar todo o tempo de posse dos antecessores, e não somente do possuidor anterior» (*ibidem*, p. 419, e, ainda, p. 420).

⁽⁸⁷⁾ Conforme defendemos, *supra*, na nota 23 (e, já antes, no nosso «*Uma relectio sobre a acessão da posse (artigo 1256.º do Código Civil)*», *cit.*, p. 131, nota 113).

⁽⁸⁸⁾ Ver, *supra*, a nota 23 e a remissão aí feita para o ensino de Orlando de Carvalho.

⁽⁸⁹⁾ Ver, *supra*, a nota 42 e as remissões aí feitas. Significa isto, *apertis verbis*, que, segundo o *princípio da causalidade*, inerente ao «sistema do título» e consagrado, em termos gerais, no artigo 408.º, n.º 1, do Código Civil, a produção do efeito real — nos direitos das coisas convencionalmente estabelecidos, que é a hipótese que interessa aqui considerar — depende da existência, validade e procedência de um «título» em sentido estrito, ou seja, o acto em que se firma, institui ou enraíza a vontade de atribuir (transmitir ou constituir) e de adquirir o direito real (maximamente, o contrato-título: a compra e venda, a doação, a troca, a constituição de usufruto, etc.).

⁽⁹⁰⁾ Conforme pode ver-se nas transcrições efectuadas, *supra*, na nota 69, é o que ocorre, por exemplo: (i) no artigo.º 2265.º da actual versão consolidada do *Code civil* francês, de 1804 [«... on peut joindre à sa possession celle de son auteur, de quelque manière qu'on lui ait succédé, soit à titre universel ou particulier...»]; (ii) na 2.ª parte do artigo 1146.º do *Codice civile* italiano, de 1942 [«*Il successore a titolo particolare può unire al proprio possesso quello del suo autore per goderne gli effetti*»]; (iii) e, recentemente, no artigo 1207.º do Código Civil brasileiro, de 2002, onde se fala, com idêntico sentido e alcance, de «sucessor singular» por oposição a «sucessor universal» [«O sucessor universal continua de direito a posse de seu antecessor; e ao *sucessor singular* é facultado unir sua posse à do antecessor, para os efeitos legais»]. Sendo que interessa aqui considerar, em especial, a mencionada 2.ª parte do artigo 1146.º do *Codice civile* italiano, de 1942,

É o que ocorre, designadamente, na 2.^a parte do artigo 1146.º do *Codice civile* italiano de 1942 («O sucessor a título particular pode unir à própria posse a do seu autor para gozar dos seus efeitos»), fonte directa do artigo 1256.º, n.º 1, do actual Código Civil português. E que nada tem a ver com os conceitos de «título» há pouco aludidos, nomeadamente o de título de posse⁽⁹¹⁾.

pois, como já se sublinhou várias vezes e a seguir se relembra no texto, constitui a fonte directa do disposto no n.º 1 do artigo 1256.º do nosso Código Civil de 1966. Importando ainda referir que a 1.^a parte daquela norma do *Codice civile* italiano estabelece o seguinte: «A posse continua no herdeiro com efeito desde a abertura da sucessão» [«Il possesso continua nell'erede con effetto dall'apertura della successione»]. O que, cremos, ajuda a entender melhor o contexto normativo e significativo em que se insere a 2.^a parte do mesmo preceito.

(91) Em face do que ficou dito, a orientação que, no seio da nossa ordem jurídica, exige que haja uma «relação jurídica *formalmente* válida» entre o novo e o antigo possuidor para que se verifique a acessão da posse constitui, quanto a nós, um exemplo paradigmático do risco que, não raro, acompanha o emprego, nas disposições legais, de termos correntes: o de que, digamos assim, na passagem do «texto» à «norma» a «mensagem» do legislador seja defraudada pelos deslizamentos de sentido sofridos por essas palavras em virtude de metadiscursos dos intérpretes.

É o que, na nossa óptica e salvo o devido respeito, ocorre no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 22.11.2005 (Relator: SOUSA LEITE), já citado (cf., *supra*, a nota 81), no qual, assumindo-se *ex professo* como ponto de partida os dizeres do n.º 1 do artigo 1256.º — «*Aquele que houver sucedido na posse de outrem por título diverso da sucessão por morte...*» —, se defende — no que ora interessa e de acordo com o respectivo sumário, que as pertinentes considerações tecidas, em *obiter dicta*, corroboram —, lembre-se, o seguinte: «*I — No âmbito da aquisição derivada, o sucessor "inter vivos" pode, caso nisso tenha conveniência, juntar à sua posse, a posse daquele ou daqueles que lhe transmitiram os respectivos direitos — art.1256.º do CC. II- Porém, tal posse, como posse nova que é, tem como directo e necessário pressuposto a existência de um título da mesma legitimador — "aquele que houver sucedido na posse de outrem por título diverso da sucessão por morte" —, donde, portanto, resulta que tal posse titulada só se verifica quando a mesma assenta num acto susceptível de, em abstracto, constituir ou transferir o direito real que lhe corresponde, ainda que tal constituição ou transferência não venha efectivamente a ocorrer, em consequência de um vício substancial de que enferme o negócio jurídico celebrado». Ou seja, com base naqueles dizeres: (i) confunde-se a transferência da posse (*inter vivos*) com a transmissão do direito; (ii) e, partindo daí, sustenta-se que a posse do actual possuidor, «*como posse nova que é, tem como directo e necessário pressuposto a existência de um título da mesma legitimador*»; (iii) «título» este que é o previsto no artigo 1259.º, n.º 1, do Código Civil; (iiii) erigindo-se, assim, um dos caracteres da posse — o facto de esta ser titulada — a «*título legitimador*» da aquisição derivada da posse por parte do actual possuidor. O que, com todo o respeito, não cabe em lógica alguma e consubstancia uma interpretação claramente *contra legem*.*

E, salvaguardando o devido respeito, o mesmo se diga, *mutatis mutandis*, relativamente ao Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 26.01.2012 (Relator: PINTO DE

(d) *Não tem apoio na doutrina e na jurisprudência prevalentes em Itália sobre a interpretação-aplicação do artigo 1146.º do “Codice civile” de 1942, fonte directa do artigo 1256.º, n.º 1, do nosso Código Civil.*

23 — Atendendo à correlação mencionada em epígrafe⁽⁹²⁾, interessa referir que, tanto quanto sabemos, ninguém defende hoje,

ALMEIDA), já citado (cf., *supra*, a nota 81), que, situando-se na linha do Aresto que se acaba de referir, sustenta, no que aqui interessa, idêntica posição. Facto que o respectivo sumário — «[...] III — *Para fazer funcionar a acessão é necessário que exista um título abstractamente idóneo para, pelo menos formalmente, transferir o direito*» — não deixa transparecer inteiramente, mas que resulta, com clareza, das pertinentes passagens contidas em *obiter dicta*. Na verdade, afirma-se, a dada altura, o seguinte: «No artigo 1256.º n.º 1 alude-se à sucessão operada por título diverso da sucessão por morte e, por isso, não parece que possa deixar de exigir-se a existência de um título para fazer funcionar a acessão». Aduzindo-se, de imediato: «Título que, à luz do disposto no art. 1259.º do mesmo diploma, deve ser abstractamente idóneo para, pelo menos formalmente, transferir o direito».

Sucedo que se acrescenta imediatamente a seguir: «Assim, fazendo jus ao conceito originário — como acima dissemos, a *accessio possessionis* exigia que o anterior e o actual possuidor realizassem um negócio real — a posse do adquirente deve assentar num acto susceptível de, em abstracto, transferir o direito real que lhe corresponde». Invocando-se, nestes termos, o argumento extraído por A. SANTOS JUSTO do Direito Romano, anteriormente citado em *obiter dictum* (cf. a nota 8 e o texto que a antecede). Ora, sem prejuízo do que a este propósito referimos a seu tempo (cf., *supra*, § 4.3, *sub* n.º 20, no texto e em notas, com destaque para as notas 73 e 75), urge salientar, *apertis verbis*, o seguinte: (i) de facto, na *accessio possessionis* (ou *temporis*) do Direito Romano exigia-se a realização de um negócio real entre o anterior e o actual possuidor, que passou a ser, a partir de certa altura, unicamente a *traditio*; (ii) porém, esse negócio real tinha de ser formal e substancialmente válido (*iusta causa traditionis*); (iii) pelo que o Acórdão em apreço, para ser consequente com a invocação deste argumento histórico, deveria ter defendido que o anterior e o actual possuidor realizassem um negócio real válido, não só no plano formal — como acaba por sustentar —, mas também a nível substancial; (iiii) cingindo, portanto, a acessão da posse à posse causal; (iiii) de outro modo, e independentemente do resto, o apelo ao aludido argumento histórico, amputando-o de uma das suas vertentes indefectíveis — a validade substancial do negócio real celebrado entre o anterior e o actual possuidor —, não faz qualquer sentido.

(92) Por certo, não se ignora que o «argumento de direito comparado» tem uma natureza de algum modo relativa. Atendendo a que, como adverte J. BAPTISTA MACHADO, «(...) ensina-nos o Direito Comparado que uma norma formulada em termos exactamente idênticos mas integrada em sistemas jurídicos diferentes pode ter em cada um deles significações e alcances também diferentes» (cf. *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, 1983, p. 123). O que não deve causar surpresa, pois é mais do que sabido que, dentro do mesmo sistema jurídico, uma norma pode ser objecto de interpretações dis-

na Itália, a exigência, pura e simples, de um «vínculo jurídico válido» entre o novo e o antigo possuidor, como condição *sine qua non* da acessão da posse. A jurisprudência italiana, utilizando uma terminologia criticada pela doutrina mais atenta, fala apenas de um «título abstractamente idóneo, ainda que radicalmente viciado» para transmitir o direito de propriedade ou outro direito real⁽⁹³⁾.

tintas (cf., por exemplo, DANIEL BERCOVITZ/KATHARINA PISTOR/JEAN-FRANÇOIS RICHARD, «*The transplant effect*», in *The American Journal of Comparative Law* [Am. J. Comp. L.], vol. LI, 2003, num. 1, p. 177, que, neste contexto, escrevem o seguinte: «Uma norma idêntica (...) poderá ser interpretada diferentemente por aqueles que estão incumbidos de aplicá-la e poderá ser influenciada por uma compreensão dos valores básicos em que essa norma assenta. Isto é verdade até dentro do mesmo sistema jurídico. Se não fosse assim, os países não necessitariam de várias instâncias jurisdicionais e de um Supremo Tribunal cuja tarefa é assegurar a interpretação e a aplicação uniformes do direito»). Donde os riscos e os limites do recurso ao «argumento de direito comparado» como «argumento de autoridade» (cf., por todos, MARIE-CLAIRE PONTHEAU, «*Le droit comparé en question(s). Entre pragmatisme et outil épistémologique*», in *Revue internationale de droit comparé* [RIDC], 2005, n.º 1, pp. 20 e ss.).

Simplesmente, e relembando um ponto já assinalado (cf., *supra*, as notas 20, 31, 69 e 75), importa levar em linha de conta, em extrema síntese, o seguinte: (i) em Itália, vigora um sistema de domínio e de posse que, no fundamental, é idêntico ao nosso; (iii) sendo que, quanto ao regime do instituto possessório, o actual Código Civil português foi, sobretudo, influenciado pelo *Codice civile* italiano de 1942, desde logo em matéria de acessão da posse, constituindo a 2.ª parte do artigo 1146.º deste a fonte directa do n.º 1 do artigo 1256.º daquele. Ora, sabendo-se que «nenhum instituto jurídico é uma ilha» (cf. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito Comparado. Ensino e Método*, Lisboa, 2000, p. 154), este cenário, delineado a traços muito largos, propicia, manifestamente, o exercício de microcomparação a que, de imediato, procederemos no texto, ainda que no âmbito limitado de um aspecto específico da disciplina da acessão da posse (acerca dos problemas suscitados pela microcomparação jurídica, cf., entre nós e por todos, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *ob. cit.*, em especial, pp. 149 e ss.). Sobre tudo isto, ver, mais demoradamente, o nosso «*Uma relectio sobre a acessão da posse (artigo 1256.º do Código Civil)*», *cit.*, pp. 68 [no texto e na nota 30], 119 e s. [no texto e nas notas 83 a 85], 174 e s. [no texto e nas notas 190 a 194], que aqui seguimos de perto.

⁽⁹³⁾ A este respeito, afirmam, por exemplo, RODOLFO SACCO/RAFFAELE CATERINA: «Na linguagem jurisprudencial, a entrega, título para possuir, é substituída pela ideia (arbitrária e irracional) de título hierático [sobre o sentido da expressão “título ierático”, ver, *supra*, a nota 16 da presente estudo], idóneo para justificar a aquisição da propriedade; mais precisamente, “do título abstractamente idóneo, ainda que radicalmente viciado”; com a ulterior consequência indesejável que alguns requisitos do acto de transferência da propriedade vêm a ser requeridos também para a eficácia da transferência da posse» (cf. *ob. cit.*, pp. 248 e s.; ver, igualmente, *supra*, a nota 16 deste trabalho). Apresentando os Autores um vasto elenco de decisões judiciais sobre negócios considerados (*hoc sensu*) «idóneos» (*ibidem*, p. 248, nota 78); e, como exemplo de «consequência indesejável» a

Por isso, a controvérsia cinge-se, basicamente, à hipótese de inobservância de uma forma *ad substantiam*. É que o Supremo Tri-

que alude a transcrição há momentos efectuada, a circunstância de a «Cassazione» ter negado a possibilidade de acessão da posse quando falte o título escrito e se trate de posse imobiliária (*ibidem*, p. 249, nota 79, reportando-se a Cass., 23.01.1982, n. 456), de que falaremos, em seguida, no texto. Sobre este ponto, vejam-se também, entre nós, as indicações fornecidas por ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *A posse, cit.*, pp. 132 e ss. [no texto e em notas].

Por outra via, a jurisprudência italiana, ao falar, neste âmbito, de um «título abstractamente idóneo, ainda que radicalmente viciado» (« titolo astrattamente idoneo, anche se radicalmente viziato»), veio suscitar «a dúvida sobre se alguns requisitos dos actos de transferência são também exigidos para fins do art. 1146.º, 2.º parágrafo [do *Codice Civile* em vigor] e em que limites o título pode ser “radicalmente” viciado» (servindo-nos das palavras de RAFFAELE CATERINA, «*Il possesso*», in ANTONIO GAMBARO/UMBERTO MORELLO (directo da), *Tratatto dei diritti reali*, vol. 1 — *Proprietà e possesso*, Milano, 2008, p. 416). Daí que, às vezes, ainda se detecte na literatura jurídica italiana uma ou outra menção, com o seu quê de ambíguo, à aludida expressão utilizada na terminologia jurisprudencial, com a «consequência indesejável» que RODOLFO SACCO/RAFFAELE CATERINA verberam, nos termos há pouco referidos. É o caso, por exemplo, de C. MASSIMO BIANCA, para quem a «acessão [da posse] exige (...) um título abstractamente idóneo para a transferência do direito» (cf. *Diritto civile*, vol. VI — *La proprietá, cit.*, p. 754, no texto), louvando-se, fundamentalmente, na seguinte decisão tomada pela «Cassazione» [Cass., 06.05.1980, n. 2974]: «...o demandado em acção de reivindicação, para unir à própria posse a do seu autor, no sentido do art. 1146.ºcc [*Codice civile*] e para fins da usucapião, pode valer-se de um título abstractamente idóneo, ainda que radicalmente viciado, para justificar a *traditio* da coisa, e, portanto, também de um título contido em documento sem data certa em confronto do reivindicante» (*ibidem*, p. 754, nota 135).

Acontece que, como a doutrina mais atenta justamente observou, para satisfazer aquela exigência jurisprudencial de um «título abstractamente idóneo, ainda que radicalmente viciado» (« titolo astrattamente idoneo, anche se radicalmente viziato»), basta, em última análise, que as partes estipulem «uma venda “mascarada” do direito para atingirem o escopo da fruibilidade do benefício da acessão em presença de uma simples imissão na posse» (nestes precisos termos, cf. BRUNO TROISI, *Circolazione del possesso e autonomia privata, cit.*, p. 82, e, na sua esteira, RAFFAELE CATERINA, «*Il possesso*», in ANTONIO GAMBARO/UMBERTO MORELLO (directo da), *Tratatto dei diritti reali*, vol. 1, *cit.*, p. 416). Sendo que, em termos prático-normativos, mesmo considerando que para a transferência da posse seria necessário um contrato-título abstractamente idóneo para transmitir o direito real, e não apenas a *traditio* da coisa, aquele pode ser «radicalmente viciado» (na linguagem jurisprudencial) pelas mais diversas razões: por ex., porque o vendedor não é proprietário do bem, ou porque o contrato não foi estipulado na forma solene exigida pela lei, etc. (Neste sentido, cf., *ex professo* e por último, ANDREA TORRENTE/PIERO SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, 20.ª ed. a cura di Franco Anelli/Carlo Granelli, Milano, 2011, p. 243, citando, a propósito, a sentença da «Cassazione», Sez. un., 27.03.2008, n. 7930).

Para terminar, assinale-se, a talhe de foice, que, no recente Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 26.01.2012 (Relator: PINTO DE ALMEIDA), já mencionado (cf., *supra*,

bunal italiano («Corte di Cassazione») chegou a negar a possibilidade de acessão da posse no caso em que o contrato, tendo por objecto a transmissão de direitos reais, carece de forma escrita (Cass., 23.01.1982, n. 456). Mas este entendimento não foi acolhido pela doutrina mais representativa e encontra-se hoje superado por uma jurisprudência praticamente consolidada⁽⁹⁴⁾.

Assim, a opinião de longe dominante em Itália é a de que, atento o disposto no artigo 1146.º do *Codice civile* vigente, não há motivos para fazer uma interpretação-aplicação restritiva da disciplina jurídica da acessão da posse. Sustentando-se, no essencial, que, para existir acessão da posse, basta ao actual possuidor (*accipiens*) ter adquirido derivadamente a sua posse do antecessor (*tradens*) através da entrega ou tradição (*traditio*) da coisa⁽⁹⁵⁾.

a nota 81 deste trabalho), se cita, em *obiter dictum* (cf., aí, a nota 8), a opinião de C. MASSIMO BIANCA há pouco referida, sugerindo-se, *primo conspectu* pelo menos, que ela equivale, entre nós, à «tese tradicional» em matéria de acessão da posse sustentada por Manuel Rodrigues e, na sua esteira, por outros Autores, mesmo no domínio do Código Civil de 1966. Ora, pelo que ficou dito e salvo o devido respeito, aquela opinião de C. MASSIMO BIANCA, encarada de per si e, sobretudo, no contexto, não permite de nenhum modo um tal entendimento. E, em todo o caso, não espelha, como se viu, o presente estado da questão em Itália.

⁽⁹⁴⁾ Esta sentença da «Cassazione» foi criticada, *ex plurimis* e para lá de RODOLFO SACCO/RAFFAELE CATERINA (cf. *ob. e loc. cit.* na nota anterior), por FRANCESCO GALGANO, que a considera pouco coerente com a própria orientação jurisprudencial maioritária que admite também o título inválido (cf. *Diritto civile e commerciale*, vol. I, 2.ª ed., Padova, 1993, p. 418), entendimento este secundado por RAFFAELE CATERINA (cf. «*Il possesso*», in ANTONIO GAMBARO/UMBERTO MORELLO (diretto da), *Tratatto dei diritti reali*, vol. 1, *cit.*, p. 416).

⁽⁹⁵⁾ A este propósito, cf. RODOLFO SACCO/RAFFAELE CATERINA, *ob. cit.*, pp. 248 e s., os quais, em síntese conclusiva, afirmam, justamente, que «não há motivos para fazer uma interpretação restrita da norma sobre a acessão [da posse]». Ver também, *supra*, as referências contidas nas notas 16 e 93 deste trabalho, e, ainda, CHIARA TENELLA SILLANI, que escreve, nomeadamente, o seguinte: «Em presença de um contrato com efeitos reais como a compra e venda, é indubitável que a entrega da coisa, efectuada em execução do negócio, comporta em relação ao *accipiens* a aquisição da posse. Para este fim, não é preciso, obviamente, que o acordo seja perfeito em todos os seus elementos de forma e de substância, porque aquilo que releva não é a efectiva transferência da propriedade, mas o facto de que existe o mútuo consenso das partes para alienar e para adquirir, ou seja, por um lado, a intenção do *tradens* de reconhecer à contraparte poderes de ingerência exclusiva e, por outro, a vontade do *accipiens* de exercer como *dominus* os actos de senhorio: é, por isso, considerado possuidor aquele que recebe um imóvel em virtude de um contrato verbal de venda concluído com o proprietário (...)» (cf. *ob. cit.*, p. 30, e, ainda, p. 33,

Ora, é também este o único entendimento que, salvo o devido respeito por quem pense o contrário, julgamos correcto em face do disposto no artigo 1256.º, n.º 1, do nosso Código Civil. Preceito que, lembre-se de novo, teve por fonte directa a 2.ª parte do artigo 1146.º do *Codice civile* italiano de 1942. E que, na nossa óptica, não contém doutrina diversa da plasmada nesta última norma.

III — CONCLUSÃO

Do exposto flui, em suma, que, na nossa óptica, a orientação que tem vindo a ser adoptada pelos nossos Tribunais Superiores no sentido de exigir um «vínculo jurídico válido» entre o actual possuidor (*accipiens*) e o seu (imediato) antecessor ou possuidor precedente (*tradens*) — em qualquer uma das versões acima referidas — como condição *sine qua non* para que aquele instituto opere «deve ser rapidamente inflectida»⁽⁹⁶⁾. Colocando a nossa jurisprudência superior a par da posição claramente dominante na ordem jurídica italiana, que, neste domínio específico e pelos motivos atrás mencionados, nos é mais próxima e que interessa aqui reter de uma maneira especial⁽⁹⁷⁾.

nota 146). E, mais à frente, reportando-se à acessão da posse, afirma o que segue: «Para a hipótese em que a vontade de ceder [“dismettere”] a posse de um bem imóvel não seja manifestada através de forma escrita, a acessão é, porém, admitida, com base na correcta observação que tal venda, inidónea para transferir a propriedade, é de per si suficiente para qualificar a entrega como sucessão a título particular» (*ibidem*, p. 35, nota 161).

⁽⁹⁶⁾ Fazendo nossas as palavras de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO (cf. *A Posse*, *cit.*, p. 137), que, em rigor, escreve a pensar na opinião de Manuel Rodrigues e no influxo por ela exercido na jurisprudência, já no âmbito do Código Civil de 1966. No entanto, o que diz vale, como é óbvio, não só para a doutrina e a jurisprudência que continuam a nortear-se estritamente por essa linha de pensamento (cf., *supra*, as notas 65 e 78), mas também para a «versão mais atenuada» que, na nossa «leitura», sustentam Pires de Lima/Antunes Varela (com a colaboração de M. Henrique Mesquita) e, na sua esteira, algumas decisões dos nossos pretórios (cf., *supra*, as notas 67 e 81).

⁽⁹⁷⁾ Pelo que ficou dito, cingimo-nos, em matéria de Direito Comparado sobre a acessão da posse (*accessio possessionis*), à experiência jurídica italiana. Todavia, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO vai mais longe, afirmando, a propósito, o seguinte: «*Em parte alguma a lei portuguesa — ou qualquer outra lei que o autor deste estudo conheça — exige, para*

Para que essa «reviravolta» («revirement») jurisprudencial se torne possível, urge que o Supremo Tribunal de Justiça joiere os

a transmissão da posse, títulos, negócios ou “vínculos” válidos. Estamos no domínio do possessório e não do petitorio» (cf. *A posse, cit.*, p. 135; o itálico consta do original). E, ao sintetizar mais à frente as razões pelas quais refuta a tese de Manuel Rodrigues sufragada pela nossa jurisprudência mesmo após a entrada em vigor do Código Civil de 1966, reitera que ela «não tem argumentos explícitos nem apoio na doutrina estrangeira, principalmente na italiana, fonte do artigo 1256.º do Código Civil» (*ibidem*, p. 137).

Como decerto se entenderá, não é esta a ocasião, obviamente, para nos alongarmos sobre o assunto no plano juscomparatístico. De todo o modo, permitimo-nos apenas corroborar a opinião de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO há pouco transcrita, referindo — em breve apontamento e relembando, até por maioria de razão, a cautela acima assinalada quanto ao recurso ao «argumento de direito comparado» (cf., *supra*, a nota 92) —, o que se passa, neste domínio específico, nos direitos espanhol e francês, no âmbito da usucapião (ou «prescrição aquisitiva») imobiliária «de (mais) longa duração» (ou, como também se diz amiúde, «ordinária», «normal», «de direito comum», «de princípio»), que é a única que aqui interessa.

Assim, no que toca ao país vizinho, o entendimento doutrinal hoje dominante pode descrever-se, na síntese de CAMINO SANCIÑENA ASURMENDI, do seguinte modo: «A posse (...) para conduzir à usucapião [“para prescribir”] deve ser em termos do direito de propriedade ou de outro direito real [“posesión en concepto de dueño”], pública, pacífica e ininterrupta; pode ser exercida [“poseída”] por um único possuidor ou por vários possuidores sucessivos no tempo. No caso de sucessivos possuidores, para que se complete o prazo de trinta anos [“treintaañal”] da usucapião de bens imóveis, será necessário que haja *accessio possessionis* (ex artigo 1960.º do Código Civil). Neste caso, as sucessivas posses sem solução de continuidade completam o prazo de usucapião [“plazo prescriptivo”]. De maneira que o actual possuidor adquirirá o domínio por usucapião com o decurso do prazo dos trinta anos contado desde que o primeiro possuidor começou a possuir; e também o (*vetus*) proprietário verá extinto o seu direito, quando transcorram os trinta anos desde que o primeiro possuidor começou a possuir, isto é, desde que perdeu a posse em termos do direito de propriedade [“en concepto de dueño”]» (cf. *La Usucapión Inmobiliaria*, Cizur Menor (Navarra), 2009, p. 30; ver, ainda, p. 181, nota 376. Cabendo observar que a Autora, conforme esclarece na p. 61, utiliza «a expressão cunhada pelo legislador de “posesión en concepto de dueño”, querendo significar “posesión en concepto de titular del derecho real”»).

Por seu turno, a doutrina francesa é muito parca em considerações sobre o mecanismo da *accessio possessionis* — a que chama, geralmente, «junção de posses» [“jonction des possessions”] —, limitando-se a assinalar, em extrema síntese e no aspecto que importa aqui reter, que as posses em jogo na hipótese de «sucessão a título particular» — segundo a terminologia do primitivo artigo 2235.º do Código Civil francês, de 1804, cujo teor corresponde hoje, *ipsis verbis*, ao do artigo 2265.º da versão consolidada deste diploma legislativo, após as alterações introduzidas pela *Loi n.º 2008-561 du 17 juin 2008* (cf., *supra*, a nota 69) —, quer dizer, a do actual possuidor e a (s) do(s) seu(s) antecessor(es), sejam «úteis» *ad usucapionem* (cf., *ex plurimis*, CHRISTIAN LARROUMET, *Droit civil*, T. 2 — *Les biens. Droits réels principaux*, 3.ª ed., Paris, 1997, pp. 234 e s., FRÉDÉRIC ZENATI/THIERRY REVET, *ob. cit.*, pp. 351 e 360, JEAN CARBONNIER, *Droit civil*, T. 3 — *Les biens*, 19.ª ed. réf., Paris, 2000, p. 307, e FRANÇOIS TERRÉ/PHILIPPE SIMLER, *Droit civil* —

argumentos invocados pelas posições em confronto⁽⁹⁸⁾. O que, cremos, permitirá superar os obstáculos de natureza teórica e conceptual, que não legais, em que a *vexata quaestio* em apreço tem estado enredada há longo tempo, pondo termo a uma situação que constitui, hoje, uma singularidade portuguesa.

Sendo que, para nós, em face do dado legal e como julgamos ter demonstrado, inexistem quaisquer razões — seja de cariz histórico e jurídico-dogmático, seja de Direito Comparado — para efectuar uma interpretação-aplicação restritiva da disciplina jurídica da acessão da posse. Esta depende apenas de uma condição não só necessária, mas também suficiente: a de que o actual possuidor (*accipiens*) tenha adquirido derivadamente a sua posse do antecessor (*tradens*) através da entrega ou tradição (*traditio*) da coisa, em qualquer uma das suas possíveis modalidades; pressupondo, como é óbvio e se frisou a seu tempo, que as posses em jogo são relevantes (ou, como também se diz, «úteis» ou «boas») para efeitos de usucapião.

Coimbra, Maio de 2012

Les biens, 6.^{ème} éd., Paris, 2002, pp. 355 e s.). O que, nos termos previstos no actual artigo 2261.º do *Code civil*, na redacção dada pela mesma *Loi n.º 2008-561*, significa, à semelhança do que, *mutatis mutandis*, acontece entre nós, o seguinte: «Para poder adquirir por usucapião, é necessário uma posse contínua e não interrompida, pacífica, pública, não equívoca, e a título de proprietário» [«Pour pouvoir prescrire, il faut une possession continue et non interrompue, paisible, publique, non équivoque, et à titre de propriétaire»]. Cabendo, ainda, salientar que o actual artigo 2258.º do *Code civil*, introduzido pela citada lei, veio definir a usucapião («prescrição aquisitiva») do seguinte modo: «A prescrição aquisitiva é um meio de adquirir um bem ou um direito pelo efeito da posse sem que aquele que a invoca seja obrigado a alegar um correlativo título ou que se lhe possa opor a excepção deduzida da má fé» [«La prescription acquisitive est un moyen d'acquérir un bien ou un droit par l'effet de la possession sans que celui qui l'allègue soit obligé d'en rapporter un titre ou qu'on puisse lui opposer l'exception déduite de la mauvaise foi»].

⁽⁹⁸⁾ O que, diga-se, não aconteceu, a título ilustrativo e por último, no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 7 de Abril de 2011 (Relator: FONSECA RAMOS), já citado (cf., *supra*, a nota 2 e o texto que a antecede), no qual o Supremo ignorou, pura e simplesmente, as razões apresentadas em contra das suas — e dos Autores em que *ex professo* se louva —, limitando-se a reiterar estas. Por isso, espera-se que só persista de futuro na sua actual e arreigada jurisprudência se conseguir desembaraçar-se cabalmente das razões que a contestam. Dando, assim, uma dimensão plena ao «diálogo» entre juízes e doutrina que caracteriza a nossa experiência jurídica jurisdicional, com o sentido que apontámos (cf., *supra*, a nota 3).

O DIREITO À IMAGEM

Pelo Dr. Adalberto Costa

A palavra e a imagem são duas correlações que se buscam eternamente
GOETHE

SUMÁRIO:

Nota introdutória. I — **1. A imagem.** 1.1 Noção de imagem. 1.2 A imagem, figura e ideia. A Figura. A Ideia. 1.3 A imagem e o conceito. 1.4 Definição fáctica da imagem. **2. A Imagem pessoal.** 2.1 Elemento físico da imagem pessoal. 2.2 Elemento ideal da imagem pessoal. 2.3 Elemento moral da imagem pessoal. **3. A dimensão económica da imagem pessoal.** 3.1 A natureza económica da imagem pessoal. **II — Nota Prévia. 1. O objecto do direito à imagem pessoal.** 1.1 Os elementos que compõem a imagem pessoal. 1.2 Elementos próximos: *a)* A imagem e a personalidade. *b)* A imagem e a capacidade. *c)* A imagem, o nome, o pseudónimo, a alcunha, os hipocorísticos, os títulos nobiliárquicos, a privacidade pessoal, o retrato. **2. O direito à imagem. Estrutura e natureza jurídica.** **3. O direito à imagem no direito comparado.**

Nota introdutória

Ao falarmos de imagem, mas não propriamente do direito à imagem, importa deixar algumas notas a título de introdução que podem ser importantes para o breve estudo que apresentamos.

A imagem é algo que está ligada ao Homem, à pessoa que ele corporiza e que nela é quem é. A necessidade que o Homem tem de se ver a si mesmo, de se representar enquanto pessoa tem sinais muito antigos. Vejamos o que a pré-história nos legou, as pinturas feitas nas cavernas. A este tempo, o Homem quis deixar representado nas paredes da gruta, a sua imagem e o retrato de tudo o que fazia parte da sua vida quotidiana. A “imagem” humana aparece porém já representada — na pedra das grutas — registando o homem. E na antiguidade, os povos egípcios demonstraram alguma preocupação com a sua “imagem”, por um lado tratavam da sua figura, do seu corpo, e por outro acreditavam que com a mumificação poderiam voltar à vida com a mesma “imagem” que possuíam antes da sua morte. Também os gregos colocavam, sobretudo nas suas esculturas, uma forma de reproduzir a “imagem”. E o mesmo aconteceu com os romanos, que deixaram nas esculturas “imagem” dos seus grandes líderes.

O que deixamos dito tem que ver com o direito à imagem, mas não é o direito à imagem. Contudo sempre nos informa de como esta se foi desenvolvendo no sentido de se tornar algo que merece a protecção do direito. E, na verdade, se as pinturas rupestres de algum modo traduzem a vontade dos povos pré-históricos em se retratarem nas paredes das cavernas, e se os povos antigos se preocupavam com a sua imagem, reproduzindo-a através de técnicas escultóricas, portanto mecanismos que tinham por fim deixar para a história a imagem dos seus ... certo é que, mesmo assim, o que ficava não reproduzia totalmente a imagem daqueles que ficavam representados. A rudimentaridade era grande, mas grande é também a dimensão e a importância que os primeiros povos da raça humana deram ao tema da “imagem”. E aquele rudimentarismo foi-se apagando, porque o Homem foi-se desenvolvendo, foi estudando e aprendendo, até que começa a pintar e com a pintura a retratar aquilo que o rodeia, agora com mais téc-

nica, com mais pormenor, com mais realismo, até que descobre a fotografia (séc. XIX) como instrumento mais eficaz para reproduzir a imagem daquele que é fotografado. É com a descoberta da fotografia e conseqüentemente com o seu desenvolvimento que surgem as primeiras questões relacionadas com a imagem e portanto com o direito à imagem. E as questões que se levantam tinham que ver com o uso indevido de fotografias de pessoas, com o uso e abuso de fotografias de pessoas que para o efeito não davam a sua autorização ou que viam a sua imagem prejudicada pela exposição da sua fotografia. É no séc. XIX porém que estas questões relacionadas com o direito à imagem começam a ser vistas pelo direito como objecto de protecção e de regulamentação jurídica, e portanto a merecerem a sua tutela.

Uma autora brasileira, Maria Cecília Narissi Affornalli diz-nos: ... foi com o aparecimento da fotografia na primeira metade do séc. XIX e da reprodução fotográfica no cinema que o assunto ganhou extraordinária importância, despertando o mundo jurídico para a disciplina. A difusão do retrato humano atingiu áreas geograficamente extensas e distantes e passou a acarretar o que hoje se tornou lugar comum: intrusão, intromissão na vida privada ... Não é da imagem que está desenhada nas cavernas, nas pinturas ou esculturas que vamos aqui tratar — mas também — é antes da imagem de cada pessoa, de cada ser humano que a ele é inerente e que lhe confere direitos, direitos sobre os quais só a pessoa pode dispor. Nesta medida, muitos autores defendem que o direito à imagem é um direito autónomo, um direito que não precisa de estar presente em conjunto com p.ex. a intimidade, a identidade, a honra, o nome, etc. para ter a sua autonomia. No entanto, para estes autores, o direito à imagem pode estar em conexão com a identidade, o nome, a intimidade, etc. não significando isso que façam parte desse direito.

I

1. A Imagem⁽¹⁾

A imagem⁽²⁾ é a representação de uma coisa^(3/4). Esta afirmação é clara, diz-nos tudo o que devemos saber sobre o termo. Nada mais importaria descobrir quanto ao seu conteúdo, à sua natureza e o seu significado. No entanto, a maneira como cada um dos indivíduos vê as coisas, pode ter muitas interpretações, não da coisa representada, mas como a coisa é representada. Para percebermos isto temos que conhecer o processo de formação da imagem.

Na vivência de cada dia, o indivíduo convive com outros indivíduos e com coisas⁽⁵⁾. Desta forma de viver, cada indivíduo cria para si imagens daquilo que foi ou é objecto das suas relações e da sua vivência, imagens que são criadas por si⁽⁶⁾. Como nascem essas imagens?

O processo de criação ou de formação de imagens é complexo, tem uma natureza física e química que aqui não vamos explorar em pormenor, retendo apenas o que nos parece essencial para a resposta que procuramos⁽⁷⁾.

(1) O termo imagem deriva do latim “*imagine*”.

(2) A imagem pode ser aquilo que somos perante os outros e aquilo que fazemos para que os outros pensem o que queremos ser — de verdade — a imagem tanto pode ser uma realidade que é perceptiva, que representa o que existe, como é uma simulação do que é sem o ser.

(3) Quando falamos em coisa, não nos estamos a reportar a “coisa” em sentido jurídico, mas apenas no seu sentido literal e gramatical.

(4) Ockam define a imagem como sendo substância que imita uma outra substância, no entanto suprime a cisão ontológica entre imagem e real, fazendo equivaler os seus graus de realidade.

Jean-Luc Nancy e Jacques Aumont, têm vindo a introduzir uma abordagem renovada que procura compreender a imagem por si própria, emergindo já não como representação, mas mostração, focando o seu movimento interno de irrupção do ser.

(5) Aqui, o termo que se utiliza é o mesmo que “*cousa*”, que significa, tudo o que existe ou pode existir em geral. É o conjunto do que existe e do que se faz neste mundo e que interessa ao homem e com ele tem relação.

(6) ANTÓNIO R. DAMÁSIO, in “O Erro de Descartes, Emoção, Razão e Cérebro Humano”, a pp. 105 e ss., diz-nos: ... O conhecimento factual que é necessário para o raciocínio e para a tomada de decisões chega à mente sob a forma de IMAGENS.

(7) ANTÓNIO DAMÁSIO, na obra citada diz-nos ainda que as imagens têm um subs-

As coisas (e as pessoas) enviam aos nossos sentidos as representações delas mesmas para que os sentidos nos indiquem de que coisas se tratam. Mas a imagem é muito mais do que simples representação das coisas⁽⁸⁾.

Epicuro na carta a Hérodoto indicava “*que as imagens ultrapassam em finura e subtileza os corpos sólidos e possuem também mais mobilidade e velocidade que eles, de tal modo que nada ou muito poucas coisas detém a sua emissão*”. A imagem enquanto representação das coisas pressupõe que os nossos sentidos, a visão, a audição e o olfacto estejam em pleno funcionamento para que possamos apreender o que nos chega delas. A visão, a possibilidade que temos de ver e o que conseguimos ver resulta da acção exclusiva dos olhos. Por isso, diz James Mill⁽⁹⁾ que “*ver é o resultado de um processo criado para representar as possibilidades permanentes da sensação*”. E na verdade, o processo da visão umas vezes exclui, outras retém o que lhe é dado. Retém os dados que interessam e são pertinentes ou até necessários, e exclui aqueles que não interessam ou não são necessários e por isso se diz que os nossos olhos relativizam tudo aquilo que vêm, funcionando como verdadeiro filtro dos dados que recolhe. Para este efeito, os olhos deitam mão de três fontes de informação que são fundamentais: por um lado, os dados que são próprios ou exclusivos do objecto,

trato neural, de tal modo que encontramos duas modalidades essenciais de imagens: as imagens perceptivas e as imagens evocadas. As primeiras são aquelas que traduzem as nossas sensações do mundo exterior e que são criadas a partir da acção dos sentidos e criadas pelo cérebro; as segundas são aquelas que recuperam as imagens do passado. Para Damásio, a construção destas imagens é realizada por uma complexa maquinaria neural complexa de percepção, memória e raciocínio. E o mesmo autor acrescenta: ... A construção é por vezes regulada pelo mundo exterior ao cérebro, isto é, pelo mundo que está dentro do nosso corpo ou à volta dele, com uma pequena ajuda da memória do passado. Outras vezes, a construção é inteiramente dirigida pelo interior do nosso cérebro ...

⁽⁸⁾ Ainda seguindo a obra de Damásio, diz-nos o autor que a actividade neural que está mais intimamente ligada com as imagens ocorre nos córtices sensoriais preliminares e não noutras regiões do cérebro.

⁽⁹⁾ James Mill, autor de origem escocesa, estudou e definiu o dinheiro como meio de troca. Na psicologia é conhecido como o fundador do monismo, a associação de ideias nos estados mentais. O monismo, na filosofia da mente, opõe-se ao dualismo, sustentando que a matéria e mente são no essencial a mesma coisa. James Mill inspirou e influenciou muitos dos conceitos da obra de Karl Marx.

por outro, os dados que a memória lhes acrescenta e por outro ainda, os dados que retira dos demais sentidos.

A imagem^(10/11) das coisas nasce assim pela interacção dos sentidos do corpo que se articulam na captação e tratamento interno dos elementos ou dados que recolhem no exterior para que o cérebro organize e ofereça ao indivíduo a representação das coisas. Podemos assim dizer que a imagem também resulta da actividade do cérebro⁽¹²⁾.

1.1. *Noção de Imagem*⁽¹³⁾

O que é uma imagem?⁽¹⁴⁾

O conceito ou noção de imagem tem uma infinidade de sentidos, mas todos eles entendem o termo, como sendo uma representação ou reprodução, mais ou menos figurada ou icónica de algo que é real e que se pretende copiar, imitar, figurar ou até representar.

⁽¹⁰⁾ No Brasil, o Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa (1986, pp. 917/918) diz que: a imagem constitui: representação gráfica, plástica ou fotográfica de pessoa ou de objecto; representação dinâmica, cinematográfica ou televisionada, de pessoa; representação exacta ou analógica de um ser, de uma coisa; cópia. Aquilo que evoca uma determinada coisa, por ter com ela semelhança ou relação simbólica.

⁽¹¹⁾ Para o brasileiro AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA, imagem é “aquilo que evoca uma determinada coisa, por ter com ela relação simbólica”.

⁽¹²⁾ ANTÓNIO DAMÁSIO na obra citada, conclui: as imagens são baseadas directamente nas representações neurais, e apenas nessas, que ocorrem nos córtices sensoriais preliminares e são topograficamente organizadas. Mas são formadas ou sob o controlo de receptores sensoriais que estão orientados para o exterior do cérebro (por exemplo, a retina) ou sob o controlo de representações disposicionais (disposições), contidas no interior do cérebro, em regiões corticais e núcleos subcorticais.

⁽¹³⁾ A imagem pode ser: representação de uma pessoa ou de um objecto pelo desenho, pela escultura, pintura, gravura ou fotografia. Ela pode ser ainda uma figura esculpida, estampada ou pintada que é objecto de culto religioso. Em sentido figurado, a imagem é uma pessoa formosa, bela, quase perfeita. A imagem enquanto figura é a representação das coisas na alma ou no espírito. É símbolo que recorda outra coisa. A imagem é também ideia, impressão criada por um objecto no espírito.

⁽¹⁴⁾ PLATÃO, no livro sexto da “República” define imagem como “... primeira-mente (as) sombras depois (os) reflexos que se vêem nas águas ou na superfície dos corpos opacos, polidos e brilhantes, e a todas as representações semelhantes”. E na retórica medieval define-se imagem como “aliquid stat pró aliquid”, isto é, como algo que está em lugar de uma outra coisa.

O termo imagem pode aplicar-se a duas realidades distintas. Uma ao resultado de um fenómeno psíquico que consiste na representação das coisas sensíveis na ausência delas, isto é, sem a sua presença física; outra a uma certa classe de objectos, que geralmente têm natureza artística e que funcionam como substituto, como reprodução, como evocação ou até como recriação de coisas reais ou de realidades espirituais.

Para a primeira das realidades, a imagem aparece como uma representação feita ou processada pela mente humana⁽¹⁵⁾. O sujeito cria na sua mente o que conseguiu captar do exterior guardando em si e para si aquilo que captou, criando uma imagem do que percebeu. O pensamento tradicional criou para este processo a expressão “imagem mental”, no sentido de que a imagem seria produzida e retida pela mente. Para a segunda das realidades a corrente fenomenológica vem falar em “objecto-imagem” dando como exemplos, as estátuas, os quadros, as gravuras, as fotografias, etc. Husserl, chega mesmo a dar estes objectos como exemplos de “objectos-imagem”, mas ao fazê-lo deixa de fora todos os demais casos e exemplos de arte figurativa e da imagem filmica do audiovisual. Para Husserl e também para Sartre, a imagem não é uma representação interna que se interpõe entre a consciência e o mundo, antes é uma intenção ou modalidade específica da consciência se situar perante o mundo, é portanto, uma vivência específica dos fenómenos. Contudo, pode dizer-se que fenomenologicamente é mais correcto falar-se de imaginação ou de consciência imaginativa, pois que a imagem considerada como representação interna não existe⁽¹⁶⁾.

Sartre combate a tradição filosófica anterior a Husserl, mas a sua crítica deve ser tomada com cuidados. É que a imagem só é “uma coisa” para as correntes materialistas da antiguidade (Demócrito, Epicuro e Lucrecio) que consideravam as imagens como

⁽¹⁵⁾ Para CLÁUDIA TRABUCO, a imagem é a projecção externa da pessoa, representando por isso um rasgo da personalidade humana. A imagem é também o reflexo de um modo de ser, de um plasmar de traços essenciais da personalidade.

⁽¹⁶⁾ Não devemos confundir a imagem com o símbolo, este é antes um elemento de ligação do contraditório e reduz as oposições, contribuindo para que possamos comunicar.

emanações ou eflúvios materiais muito subtis que se desprendem dos objectos, impregnam-se nos sentidos e aí permanecem e passam a ter vida própria. A representação imaginativa é para Aristóteles o fantasma, o resíduo que fica da sensação primitiva que lhe deu origem, e que já não pode ser considerado como puramente material. A imagem⁽¹⁷⁾ como impressão corporal, como actividade mental ou como acto intermédio, reflecte a concepção do homem assumida pelas várias correntes filosóficas até aos inícios do séc. XX⁽¹⁸⁾.

Para a Física, a imagem é o conjunto dos pontos (imagem) dados por um sistema óptico, e cada ponto (imagem) é o vértice de um feixe homocêntrico que emerge do sistema, sendo real ou virtual conforme o feixe emergir, convergindo ou divergindo.

Para a literatura, a expressão “imagem literária” (ou poética) é polissémica e o seu significado é variável. Assim, a imagem pode significar um sintagma que suscite no leitor uma representação sensível, podendo classificar-se e caracterizar-se as imagens segundo os órgãos sensoriais a que se reportam, podendo ser imagens visuais, auditivas, térmicas, cinestéticas, etc. As imagens literárias são simbólicas, isto é, na perspectiva da estética semântica, elas articulam ideias e distanciam-nos da imagem concebida como qualquer expressão de um texto literário — metáfora, comparação, simples substantivo, adjectivo, etc., em que a palavra adquiriu um sentido novo. Num outro sentido, a imagem literária apresenta um significado retórico-formal designando as figuras de palavras⁽¹⁹⁾.

(17) Para LUIZ ALBERTO DAVID ARAÚJO (1996, pp. 31-32), existem dois tipos de imagem, a imagem-retrato e a imagem-atributo. A primeira consiste na expressão física do indivíduo, nos traços fisionómicos que são essenciais à sua identificação. A segunda de carácter subjectivo, constitui um conjunto de características apresentadas socialmente pelo indivíduo, como p.ex. a sua reputabilidade, o respeito.

(18) A partir do início do séc. XX há a tendência para ligar a imagem e símbolo e não para as separar radicalmente como faz Husserl. Por outro lado, a psicologia e a etnologia contribuíram para o renascimento de uma teoria muito mais rica da imagem do que a que nos oferecem as diversas teorias tradicionais.

(19) Ensaçando uma classificação da imagem temos que as imagens podem ser: imagens naturais e imagens artificiais ou fabricadas.

O conceito de imagem tem uma infinidade de sentidos⁽²⁰⁾, mas todos eles a entendem como sendo uma representação (ou reprodução) mais ou menos figurada ou icónica de algo real que se pretende copiar, imitar, figurar ou representar.

1.2. *Imagem*⁽²¹⁾, *Figura*⁽²²⁾ e *Ideia*⁽²³⁾

No complexo mundo das “coisas”, dos “seres” e das relações entre uns e os outros coexistem elementos que contribuem para que as coisas e os seres se interrelacionem de modo a que os comportamentos, as atitudes e qualquer outro modo de exteriorização ou interpretação possam surgir no mundo da comunicação dos homens. Não vemos apenas a vida correr por entre os homens sem que dela possamos apreender as suas etapas ou as formas de formação do ser como sujeito de relacionamento ou sujeito do social. O homem apreende a realidade através de uma série de actos que compõem ou que formam a cada momento o seu comportamento e o seu próprio ser.

Vimos atrás o que se pode compreender por imagem⁽²⁴⁾ e esta, apesar de na sintaxe ser uma palavra simples, sempre nos diz que o

(20) A imagem do Homem reveste dois aspectos fundamentais: um aspecto material que está ligado à forma sensível da pessoa, e um aspecto imaterial que tem que ver com a individualidade (a singularidade da imagem como fazendo parte da personalidade).

(21) A imagem não constitui apenas o retrato, a exteriorização da figura humana mas também o retrato moral do indivíduo. A imagem não se consubstancia ao aspecto objectivo da sua estrutura na medida em que abrange também atributos ou elementos e características subjectivas que envolvem nomeadamente o direito à intimidade, à vida privada e todos os demais direitos de personalidade.

(22) Figura, palavra que deriva do latim *figura*. É a forma exterior de um qualquer objecto ou corpo.

(23) Ideia, deriva do latim *idea*. Qualquer representação ao nosso espírito, qualquer sensação que nele se origina, que se diz percepção quando se refere ao que é presente, imagem com relação a algum objecto visível, concepção quando se trata de um fenómeno puramente intelectual (...) Grande Dicionário da Língua Portuguesa, JOSÉ PEDRO MACHADO, Vol. III, 1991

(24) FRANCESCO DEGNI dá-nos o seguinte conceito de imagem: “A imagem é o sinal característico da nossa individualidade, é a expressão externa do nosso eu. É por ela que provocamos nas pessoas com as quais entramos em contacto, os sentimentos diversos de simpatia. É ela que representa a causa principal do nosso sucesso ou do nosso insucesso”.

seu conteúdo é uma representação de qualquer coisa do mundo exterior, de algo que nos rodeia e faz parte da nossa consciência, dizemos que temos uma imagem dessa coisa. É por isso, através de um processo interior e que pertence ao nosso conhecimento, que criamos para nós uma imagem do que vimos, do que sentimos, do que cheiramos, do que apalpamos. Será esta representação confundível com a noção de “figura”? Com a forma exterior de um qualquer corpo? Terá ela que ver com o aspecto, com a aparência? Será ela aquilo que o espírito concebe, aquilo que a imaginação ou a inteligência dão corpo? Sim ou não vamos analisar.

A figura

Aqui, estamos a falar da figura enquanto forma exterior de qualquer corpo que é percebida pelos nossos sentidos e interpretada de seguida em face das nossas próprias capacidades. A figura distingue-se portanto da imagem. A figura é antes a concepção que é feita pelo espírito relativamente a um dado exterior, a um elemento que se encontra no exterior e que é pré-figurado no espírito enquanto figura de algo, imagem de alguma coisa que não está em representação, mas que está a ser tratada pela consciência e pela inteligência para etiquetar o corpo, a “coisa que foi percebida pelos nossos sentidos. A figura será assim a silhueta, a sombra do que existe na realidade do nosso quotidiano e que mais facilmente se regista na consciência sem necessitar de outro efeito ou de outros actos interiores para que fique mencionada na mente para informar o comportamento em cada momento ou em cada acto que necessite de informação. Mas a figura pode também ser o que a imaginação ou até mesmo a inteligência podem dar corpo, quando criam para o sujeito uma imagem do que foi percebido. Num outro sentido, a figura pode também nascer da representação de algum ser ou de alguma coisa feita pela arte, podendo aqui dizer-se que esta representação pode ser simbólica ou até alegórica, resultando tal representação do modo e das circunstâncias em que é feita, mas que traduz sempre uma acção da consciência ou da inteligência humana.

Ao falarmos em figura, esta adquire no mundo da vivência um sem número de significados. Assim é que podemos falar da figura

na literatura. Aqui, ela é o modo de dizer alguma coisa, mas de forma, que está fora do que é habitual dizer-se, de modo a dar mais força, a introduzir novidade e ou a dar elegância ao estilo da escrita. Actualmente, quando se fala da figura na literatura, pretende dar-se a ideia de que se trata de uma inflexão das normas da escrita, de quem se exprime, para obter no texto que está a compor um maior brilho de expressão. A figura na literatura é como que uma técnica de escrita para se obter um determinado resultado na utilização das palavras, das expressões e ou até das ideias que se transmitem ao leitor com o texto. Neste sentido, a literatura usa a figura como elemento de combinação (de sinais de linguagem) que são indefinidos, para criar indefinidas possibilidades expressivas da realidade.

A figura surge também na matemática, aparecendo como símbolo geométrico da forma dos corpos com vista ao estudo das suas propriedades a partir do simples para o complexo.

Na filosofia, a figura é tratada por vários autores no contexto da existência e do conhecimento do homem. Aristóteles designa a figura como *SHEMA* — esta seria a configuração, a forma ou a estruturação de algo que está perante o homem, de tal modo que ela significa os diferentes movimentos do espírito pelos quais o pensamento pode chegar a uma conclusão silogística.

Para Hegel, a figura é a “Gestalt” distanciada do modelo na medida em que diz respeito a um processo dinâmico da consciência ou do espírito, está inserida no tecido concreto do real e condensa um conjunto de experiências sob uma forma exemplar. Fora do pensamento Hegeliano, a figura é tratada de modo a aproximar-se da ideia epistemológica de modelo, o que não é aceitável para Hegel. Apesar disso, certo é que a figura afasta-se do modelo epistemológico porque descreve as fases do itinerário da consciência e do espírito que se eleva ao saber de si. (...) No plano filosófico, a figura liga no seio da experiência humana, o carácter temporal e o carácter lógico intemporal, constituindo uma espécie de equilíbrio entre o que foi captado da realidade e o processo de constituição para novas experiências.

Hoje, a fenomenologia, a filosofia especulativa e a hermenêutica retomam o termo “figura” não pela via do movimento dialéc-

tico hegeliano, mas para determinar com ele, a relação entre a ordem do imaginário e do especulativo, entre o temporal e o não temporal, aproximando a “figura” de outros conceitos como a categoria e a atitude como defende E. Weil ou da metáfora, do símbolo ou da narratividade como preconiza P. Recouer.

A ideia⁽²⁵⁾

A ideia é também ela uma representação feita no espírito, é uma sensação que esta origina no espírito e que se diz ser uma percepção quando se refere ao que é presente. A ideia é uma imagem com relação a algum objecto visível (ou apreendido pelo ser através das suas sensações) ou é ainda concepção, quando se trata de um fenómeno puramente intelectual. Ideia também é uma lembrança quando diz respeito a alguma coisa passada, ou sentimento se incide num estado moral.

As noções que podemos ter de ideia são multifacetadas e plurisignificativas, no sentido da sua compreensão. A noção que o espírito forma de uma coisa material ou imaterial também é ideia, é conclusão do que foi visto e conseqüentemente tratado pelo espírito em ordem a formar uma imagem, uma figura do apreendido para fora dele⁽²⁶⁾. Aquilo que aprendemos também pode ser ideia e aqui estamos já a tratar da ideia como momento, processo ou conclusão de uma acção, mas não do próprio conhecimento, este visto como conjunto de ideias sobre o apreendido. E por aqui podemos divagar pelos conceitos de pensamento, de concepção do espírito, de reflexão ou até mesmo de imaginação, agora encarando a ideia no seu processo de formação.

O conceito de ideia é um conceito fundamental de toda a filosofia ocidental. De “idein” que significa originariamente a aparên-

(25) Na linguagem corrente, o termo ideia é usado com significados diversos. Modelo e projecto, conceito ou representação intelectual, imagem e representação sensível ou até opinião, desígnio, inspiração, etc.

(26) Para HEGEL, a ideia é o que participa do espírito de um modo geral, o que é o espiritual universal, o espírito absoluto. Mais do que isso, Hegel acrescenta que a ideia é a unidade do conceito e da realidade, sendo o conceito a alma e a realidade o envoltório corporal. Uma vez realizado o conceito, constitui a ideia (definição abstracta). Na ideia, o conceito representa a unidade, desempenhando o papel dominante.

cia, o aspecto exterior de algo que se perde na realidade do mundo, ou ainda a figura ou a forma visível das pessoas e das coisas. Assim pensavam Píndaro, Platão, Fedro e Aristóteles. O conceito de ideia sofreu no entanto alterações, as alterações impostas pelo discurso filosófico no decurso dos tempos e podemos dizer que a ideia aparece como significando o género ou a espécie (Hérodoto e Tucídides) ou porque é forma ou estilo literário (Aristóteles), ou ainda porque é natureza ou carácter das pessoas (Eurípides). Mesmo assim, o conceito de ideia evoluiu no sentido de que deixou de ser visto como forma sensível e acidental e passou a ser forma inteligível e essencial.

Em Platão, a ideia aparece-nos substantivada, ou seja, com o valor de realidade própria — a ideia é como essência subsistente. E é com Platão que a ideia adquire valor de identidade própria ou autónoma em si e por si subsistente, num mundo à parte, o mundo incorpóreo e incorruptível (as ideias para Platão são incorruptíveis) das ideias, hierarquicamente subordinadas à ideia suprema, a ideia de *Bem*. É com Platão que nasce o problema das relações entre o mundo das coisas sensíveis e mutáveis e o mundo inteligível das ideias incorruptíveis, sendo o problema resolvido por Platão através da imitação — “mimesis”. Para Platão, as ideias formam o mundo da realidade autêntica, da realidade substancial e plena. No seu conjunto formam os arquétipos ou modelos à imitação dos quais todas as coisas foram feitas. Por outro lado, só as ideias garantem o conhecimento científico, porque só nelas, propriamente reside a essência, a razão e a verdade das coisas sensíveis e estas nada mais são do que realizações imperfeitas, imitações das ideias. As coisas só existem ou são, na medida em que participam da sua essência e verdade⁽²⁷⁾.

Para Descartes, a ideia é a forma pela qual o pensamento é dado ou representado na consciência independentemente de qualquer referência à realidade extra-mental. Por seu lado Kant define a ideia, como sendo um conceito necessário da razão pura sem objectos correspondentes na experiência sensível.

(27) HEGEL diz-nos que ... a verdade funda-se no conceito absoluto e, mais exactamente na ideia.

A palavra ideia provém do grego “idéa” e “eideia” que são formas substantivas do verbo “eido”, isto é, ver, ver-se, parecer, aparecer e significa a aparência das coisas, o seu aspecto exterior, a sua forma. E a evolução da palavra trouxe o significado de maneira de ser, aspecto intrínseco e quando elevada ao abstracto e portanto a um sentido superior, ela refere-se a género, espécie, classe ou família. Por último, o termo adquiriu o valor de estudo e Platão desenvolve-a na sua “Teoria das Ideias”.

A ideia⁽²⁸⁾ retira do real aquilo que existe e deixa-nos indícios precisos que através de um processo de abstracção sedimenta na consciência o que de real está presente. Ela é assim um motor de busca do real que regista na consciência esse mesmo real, apreendendo-o através de imagens. A não existir real, não pode existir ideia, mas antes ficção.

Para Platão, assim como nós temos ideias, também para fora de nós existem ideias, ideias universais, das quais nós próprios fazemos parte. A ideia de Homem, o ser Homem, a ideia de justiça são para Platão ideias universais que se manifestam em nós por um acto de imitação (a memesis).

Por seu lado Aristóteles diz-nos que a experiência sensível das coisas, aquilo que é adquirido, é a fonte do conhecimento, por isso, as ideias são essências isoladas, constituídas por matéria de coisas superiores, os conceitos universais, mesmo quando se trata de simples ideias autónomas ou isoladas.

Para Santo Agostinho, (e para toda a escolástica) as ideias estão na mente de Deus e portanto residem num *Éden Transcendental* onde a alma as adquiriu através da contemplação. Para os escolásticos modernos, a ideia significa conceito, *conceptio, conceptus mentis, specis intelligibilis, verbum mentale*: arquétipos de coisas da esfera divina.

S. Tomás reconhece no entanto que por ideia se pode também entender acto do intelecto especulativo, mas nunca concluiu que ela adquirisse um sentido de conceito intelectual. Só Descartes mais tarde vem reconhecer que a ideia pode ter o significado de

(28) Para HEGEL, a ideia é o real em geral e só o real, mas o real sensível, só é real quando corresponde ao conceito.

conceito, como produto da mente. Para Descartes, a ideia é: “tudo o que temos na mente ao concebermos qualquer coisa”, “*idea est ipsa res cogitata quatenus est objective in intellectu*”, isto é, a ideia é a coisa cogitada, objectivada na mente. E vai mais além, dizendo que a ideia é o determinante físico do conhecimento.

Outros autores como Hobbes no séc. XVII aceitam este significado transmitido por Descartes. A aceitar-se isto, surge porém o problema da origem do conhecimento. Para este problema, Espinosa afirma: a ideia é conceito mental (é *mentis conceptus*). Locke⁽²⁹⁾ cria neste seguimento alguma confusão, ao dizer que as ideias são por natureza o objecto do conhecimento, ou seja, são não só aquilo que a mente sabe, mas ainda aquilo que ela percebe. Este borbulhar do problema deu origem a que se abrissem outros caminhos na discussão do assunto, nomeadamente ao idealismo de Berkley e ao cepticismo de Hume, no séc. XVIII.

Para Berkley, o homem não tem capacidade por si só de apreender as coisas, salvo através da simples ideia que delas fazemos, de tal modo que não conseguimos saber da existência do que quer que seja, a não ser pela ideia, pelo que não vale a pena termos contacto com o mundo exterior porque tal contacto é inútil. Tudo o que o homem apreende é sempre ideia e mesmo a sua causa não passa de uma simples ideia.

Por seu lado, Hume⁽³⁰⁾ diz que todo o conhecimento ou é impressão ou é ideia, e afirma: “a diferença está no grau de força ou vivacidade com que atingem a mente”. Com Kant, as ideias são conceitos do incondicionado pensado como condição última do condicionado e entra no mundo da metafísica construindo o conceito de ideia transcendental. De seguida Hegel diz-nos que a ideia

⁽²⁹⁾ JOHN LOCKE, (1632-1704) — *Essay Concerning Human Understanding* (1690) — demonstra que todas as ideias são registos de impressões sensíveis ou derivadas de combinações, de associações entre essas ideias de origem sensível) e criticou Descartes dizendo que existiriam algumas ideias que seriam inatas, que o homem teria no espírito ao nascer, como é o caso da ideia de perfeição. Para Locke, algo é enviado pelos objectos e captado pelos nossos sentidos dando causa à formação das ideias. Este pensamento é a base da teoria corpuscular da luz.

⁽³⁰⁾ DAVID HUME, (1711-1776) — Hume negou o valor do raciocínio lógico, denunciando que a relação de causa e efeito não é suficiente como verdade, isto porque nada encontramos entre causa e efeito senão mais do que um acidente (...)

é absoluto de ordem universal, é a expressão de todas as coisas que existem.

Chegados ao séc. XX o termo ideia é muito pouco tratado e no seu lugar discute-se a noção de forma e de essência. Contudo estabelecem-se duas acepções para o termo ideia: uma acepção em que a ideia é uma realidade de conteúdo representativo, abstracto e sensível, uma imagem mental, implicada com outra com um conteúdo mais amplo, como a ideologia, e a psicologia e a forma de comportamento. Aqui, a psicologia e a própria filosofia usam o termo ideia, como sendo uma representação do intelecto; noutra acepção, a ideia significa pensamento novo e fecundo, de tal modo que se pensarmos numa “Obra”, esta é algo que traz consigo algo de novo, de próprio e singular.

1.3 *A imagem e o conceito*⁽³¹⁾

O termo conceito deriva da palavra latina “conceptus”, traduzida como o resultado ou o termo de uma concepção mental. Aquilo a que chamamos conceito e que apreendemos como tal surge no decurso do processo cognitivo como unidade ou como síntese significativa e predicável de um ser ou de um conjunto de seres que são por ele abrangidos. É pelo poder de abstracção do sensível, do inegível que se isola e se apreende um objecto concreto, uma nota ou um conjunto de notas essenciais que vão caracterizar à posteriori o conceito, bem como vão dar a sua definição. Esta apreensão realizada pela inteligência é assimiladora e transpõe o objecto para a esfera imanente da consciência, como que recriando o objecto, conferindo-lhe uma nova existência, a existência conceptual. Neste sentido, pode dizer-se que o conceito é a apreensão ou a representação intelectual⁽³²⁾ e abstracta da quidade (ou essência) de um objecto.

⁽³¹⁾ Conceito, deriva da palavra latina *conceptus*. Tudo o que o espírito e a alma concebem ou entendem. Síntese e símbolo.

⁽³²⁾ O conceito segundo a compreensão pode ser: simples ou complexo, concreto ou abstracto. Para a extensão, o conceito pode ser: singular, particular e universal.

O conceito⁽³³⁾ opõe-se à percepção ou à intuição imediata, simplesmente porque possui um carácter representativo⁽³⁴⁾ e abstracto, portanto mais condensado nos elementos que o compõe e na força que transmite ao seu sujeito⁽³⁵⁾. É frequente identificar-se o conceito com a ideia⁽³⁶⁾, mas tal confusão não existe e desde logo porque a ideia possui o sentido de forma simples, apreendida de dentro para o exterior, ao contrário do conceito que se forma de fora para dentro e no decurso do processo cognitivo.

O conceito⁽³⁷⁾ resulta da actividade intelectual e por isso distingue-se de qualquer representação do sensível. É que o conceito limita-se à apreensão de uma essência sem que dela retire ou faça conclusões. Por aqui poder-se-á confundir o conceito com a ideia, mas trata-se de noções distintas. A ideia contém um sentido mais determinado, por vezes até com um sentido intuitivo. O conceito⁽³⁸⁾ é o pensamento do objecto exterior e por isso dizemos que ele é subjectivo, identifica-se com a apreensão, não uma apreensão complexa, mas uma apreensão simples e directa. Pelo contrário, o conceito objectivo representa o objecto e por isso constitui o seu próprio objecto, sendo o objecto pensado. O objecto pensado costuma designar-se de intenção ou de noção. O conceito serve apenas de ponto de referência e de transição para um objecto real (o objecto do conceito).

(33) O termo conceito é sinónimo de: noção, intenção, verbo mental, espécie expressa e termo mental.

(34) O carácter representativo do conceito não faz com que ele se confunda com o símbolo, ou com a imagem ou ainda com a ideia.

(35) A maioria dos autores refere que o conceito é a forma mais simples e mais elementar do pensamento.

(36) HEGEL entende o conceito como uma precisão e uma unilateralidade abstractas do processo de representação e dos produtos do intelecto, o que impede o pensamento de levar até à consciência tanto a totalidade da verdade como a beleza concreta em si.

(37) O conceito tem o valor de meio de conhecimento capaz de significar a essência das coisas.

(38) SÓCRATES diz-nos que: o conceito exprime a essência ou a natureza de uma coisa, aquilo que verdadeiramente a coisa é (Sen., Mem., IV, 6,1).

1.4. *Definição fáctica da imagem*

Apresentar uma definição é indicar de forma concisa e objectiva o resultado de uma análise. Por seu lado, analisar constitui um processo de recolha, de ponderação, de estudo e de verificação tendente a uma conclusão provisória que depois passará à definição. Ora definir a imagem, dar o conceito de imagem é tarefa que pode ser complexa em face da multiplicidade de argumentos e de elementos a ter em conta. Nesta perspectiva, tendo em conta o que já deixamos dito, e sem que tenhamos de nos prender às várias tendências ou conhecimentos filosóficos, veremos aqui a imagem no âmbito do real concreto, inserida no mundo das relações humanas e do contacto dos homens na sociedade por si criada e na vida de que fazem parte como sujeitos activos.

Em cada dia, somos confrontados com contactos de variadas formas, com variados meios e por causa de enumeras situações. Estes contactos são feitos através da comunicação, e sem ela, o homem estava impossibilitado de conviver e portanto de se relacionar. E é através da comunicação que o homem faz o seu relacionamento, não apenas social, mas também cultural, educacional, económico, político, desportivo, familiar, etc., etc. Neste relacionamento que é necessário à vida de cada homem, o ser expande-se em todos os sentidos e pelas variadas formas escolhidas, consoante as pretensões, as necessidades e o gosto de cada um, em ordem a obter o que procura para a sua realização enquanto ser e enquanto homem. É neste relacionamento quase obrigatório para a essência do ser — homem — que aparece a imagem. Cada individuo transporta em si mesmo um conjunto de elementos que unidos no corpo e na pessoa, transpõem para o exterior e no processo simples do relacionamento humano, a imagem, a sua própria imagem⁽³⁹⁾, resultado daquilo que efectivamente representa de si, para si e que os outros podem apreender. A imagem é assim aquilo que somos em confronto ou em relacionamento com os outros. Ela não pode existir isoladamente para si própria ou unicamente para o seu

(39) A “própria imagem” ou a “imagem pessoal”.

sujeito, ela só existe quando pode ser apreendida, vista e sentida pelos outros, independentemente do momento ou do palco onde se apresenta. Isto não significa que não possa ser representada, ela é uma representação, mas representação de um conjunto, de um grupo de elementos que estão reunidos no ser que a conduz e que serve de condutor para o exterior⁽⁴⁰⁾. A imagem é por isso o **estado do ser humano enquanto tal**, dinamizado pelos demais seres humanos através do relacionamento⁽⁴¹⁾.

2. A Imagem pessoal^(42/43)

A civilização é constituída por seres que se relacionam através de técnicas que foram apreendendo e desenvolvendo ao longo dos

⁽⁴⁰⁾ Para CAPELO DE SOUSA, a imagem física faz parte da configuração somático-
-psíquica de cada indivíduo.

⁽⁴¹⁾ Entende-se aqui o relacionamento como sendo o relacionamento cultural, social, político, religioso, no fundo o relacionamento humano.

⁽⁴²⁾ Interessa analisar o que devemos compreender por “pessoa”. A definição mais usual no mundo ocidental é a que nos foi legada por BOÉCIO que nos diz que pessoa é: “substância individual de natureza racional”. Este mesmo autor acrescenta que “persona” etimologicamente deriva de “personae” e designa a intensificação do som na concavidade da máscara usada nas comédias e tragédias antigas. “Personae” seria assim o mesmo que o vocábulo grego “prósopon” — máscara que, colocada sobre o rosto e diante dos olhos, oculta a cara, a face. Daqui deriva a palavra personagem e o termo mais abstracto de “personalidade”.

No oriente, a “face personada” da máscara, traduz-se em toda a cara e fisionomia que são o invólucro exterior do homem, cuja essência permanece oculta, sugerindo por isso que “pessoa” é fundamentalmente uma personagem no “cenário do mundo”.

Em latim, “pessoa” significa figura, imagem, actor, personagem da cena, personagem revestida de dignidade (cf. S. TOMÁS), pessoa jurídica, tudo significados que advêm do estoicismo para o qual o homem representa enquanto cidadão universal, um papel fundamental.

⁽⁴³⁾ Várias são as teorias que tratam da personalidade na perspectiva da psicologia. Para uns, a “persona” é vista como máscara, como aparência que é captada dos outros, o seu aspecto exterior, o seu comportamento observável. Esta linha de teorização é desenvolvida pela psicologia social em função da qual uma pessoa é aquilo que os observadores decidem que seja. Para outros, a “persona” é vista como o conjunto de características que identificam o indivíduo (ou um grupo) e os diferenciam dos demais. A este entendimento anda ligado um outro que utiliza o termo personalidade, a que KARDINER chama de personalidade de base para designar um grupo humano que se encontra identificado por uma cultura, uma etnia, uma classe social ou qualquer outro atributo.

tempos. Estes seres que constituem a civilização, que podemos dizer, ser a nossa civilização, são Homens do género masculino e feminino. Nos primórdios, estes homens nasceram em estado “selvagem” ou “quase selvagem” desconhecendo as mais elementares actividades da comunicação, da linguagem, da vida em grupo, da economia, da agricultura, etc. Com o decurso do tempo e com o progresso e desenvolvimento do relacionamento humano, o Homem começou a apreender a viver em grupo e nele a utilizar técnicas de sobrevivência, de vivência e de exteriorização do seu pensamento, aprendeu a comunicar.

Nos primeiros tempos, o Homem vive para si, apreende a recolher alimentos, a utilizar produtos para confeccionar o seu vestuário, a tratar a sua habitação, no fundo a tratar do seu bem estar e da sua sobrevivência dentro dos condicionalismos da vida dos primórdios. Preenchidas estas necessidades individuais, surge o relacionamento social, primeiro o contacto e a vida entre o homem e a mulher, depois a novidade do pequeno grupo que tem de se relacionar com o pai, a mãe e os filhos. Cada um dos sujeitos deste pequeno grupo inicia um processo de criação das suas exigências pessoais, não só quanto ao seu comportamento, mas também da sua atitude e do seu modo de estar no grupo onde diariamente vive. Deste pequeno grupo (pais e filhos) nasce a pouco e pouco um grupo maior, o grupo de vários pais e de vários filhos. De temperamentos e atitudes diferentes, estes primeiros Homens têm de viver agora em comunidade e esta exige que cada um dos seus sujeitos se saiba comportar segundo as regras da sobrevivência do grupo e para a sua manutenção e desenvolvimento. Este novo estilo de vida, permite ao Homem procurar novas coisas, encontrar métodos e formas de viver melhor para melhor manter o grupo coeso. É assim que o Homem cria a roda, domestica animais, cultiva a terra, troca entre si produtos. Nascem as actividades humanas que depois se especializam consoante o seu objecto e a sua natureza.

Neste seu processo de crescimento, o Homem sempre teve necessidade de ter a sua “imagem”, isto é, assumir para si individualmente que a sua imagem e tudo o mais que fazia parte de

si⁽⁴⁴⁾ enquanto ser devia conter unicidade, não só corporal, mas também intelectual e de atitude⁽⁴⁵⁾.

É já esta preocupação da imagem de cada um e das características que cada um possui quanto à sua imagem, que nasceram os líderes, os chefes do pequeno e do grande grupo e depois da comunidade. Realmente, o chefe é o mais forte, o que faz imperar a sua opinião, o que tem capacidade para decidir, o que demonstra mais coragem, o que mostra saber mais que os outros.

A imagem pessoal⁽⁴⁶⁾ é já uma característica da condição humana que determina e destaca uns homens de outros homens. Tal como nos primórdios, também hoje assim é. A imagem pessoal de cada um, é um conjunto de atributos com ou sem qualidades que definem em cada momento e para cada situação a pessoa do ser que a transporta⁽⁴⁷⁾. A valorização da imagem pessoal enquanto elemento fundamental da presença do homem na sociedade teve um progresso mais significativo após a utilização da linguagem e posteriormente a descoberta da escrita, no fundo, a partir do momento em que o homem passou a comunicar entre si utilizando técnicas por si compostas e formadas. Tanto assim, que com a organização política da comunidade, a imagem pessoal catapultou

(44) Ao contrário do que muitos autores defendem, penso que a história pessoal de cada pessoa faz parte da sua imagem pessoal. A experiência de vida, os conhecimentos adquiridos, compõe e fazem parte da imagem pessoal de cada indivíduo.

(45) A pessoa é antes de tudo, a racionalidade consciente e depois o corpo manifestativo da racionalidade em causa.

(46) Para ARISTÓTELES, “pessoa” é uma realidade objectiva que se opõe a “aparência”.

Por seu lado, S. TOMÁS diz que a pessoa está na ordem do ser, é o ente racional individualmente existente, é indivíduo concreto. A pessoa é o ser mais digno de todos os seres e em toda a natureza, por ser natureza intelectual e existir por si. O homem é pessoa porque tem inteligência, memória e vontade (à imagem de Deus uno e trino). No seguimento do pensamento de S. Tomás, L. STEFANINI conclui que a pessoa “é o ente que se exprime a si mesmo no acto em que entende, quer e ama”.

(47) Na filosofia moderna, a pessoa passa a ser entendida à luz de outros princípios como p. ex. a consciência. A pessoa é o ser da consciência, por isso dizia DESCARTES que “penso logo existo” (cf. *O Erro de Descartes* — A. DAMÁSIO), o homem é uma substância pensante e, no fundo é apenas substância pensante. E LOCKE dizia que o que distingue pessoa do ser humano é a consciência no seu duplo sentido de “awareness” e “memory”. Mas para HUME a passagem do *cogito* para o *res cogitens* é ilegítima, isto é, o eu não é substância pensante é antes sucessão de fenómenos psíquicos.

uns e deixou de fora outros, determinando o que cada homem podia ou seria capaz, nem sempre controlando ou permitindo a ascensão dos mais sábios. Mas não só a organização política determinou um melhor tratamento e mais atenção à imagem do homem. O mesmo se passou na organização religiosa e económica, que sempre exigiram e exigem que a imagem de cada um seja primorosa para a obtenção ou a conquista do poder, não o poder de governo, mas o poder de estar no topo, de estar acima de todos os outros. Este processo de primar pela imagem, de atender á imagem pessoal, a partir fundamentalmente da descoberta da televisão conhece um forte incremento nas relações humanas. Não é propriamente a televisão que serve de marco, mas o desenvolvimento acelerado da comunicação e do audiovisual que exigem a cada sujeito um controle e uma forte exigência de tratamento da sua imagem.

A constante evolução do homem e das actividades que este descobriu e criou, obrigam a que cada um crie e promova a sua imagem em função da sua posição na sociedade e da sua necessidade ou ambição em viver em sociedade. A forma como cada um estuda, trabalha ou convive, o seu nível de conhecimentos culturais, profissionais e o seu modo de estar na comunidade dos homens atento aos valores que defende, aos princípios que respeita e ao “status” com que nasceu, determinam no seu conjunto a imagem pessoal que cada um transporta e deve preservar no seio do convívio entre os demais. A imagem pessoal de um homem é portanto constituída pelos atributos que este demonstra possuir quais sejam; a sua capacidade e formação humana e profissional; a sua educação e cultura; o seu modo de ser e de estar (...) a sua figura e aspecto físico. Os primeiros atributos são de índole meramente subjectiva, os segundos eminentemente objectivos.

2.1. Elemento físico da imagem pessoal

A imagem pessoal é algo que se faz transportar com o ser e que é passível de ser constatado, verificado. A imagem pessoal de cada um contém um elemento físico que é constituído pelo ser pes-

soa⁽⁴⁸⁾, pela existência de uma pessoa que tem protecção legal, desde logo no texto fundamental — C.R.P. — artigo 24.º e ss⁽⁴⁹⁾. A existência da pessoa enquanto tal surge com o seu nascimento e com vida. É a partir do nascimento que a pessoa física passa a existir para o mundo e para a sociedade⁽⁵⁰⁾. A sua presença no mundo e na sociedade consubstancia a existência física não só da pessoa, como da existência objectiva e física da sua imagem pessoal que assim surge com o próprio nascimento do ser. A existência física da imagem pessoal depende por isso do nascimento da pessoa e da sua própria existência, servindo o ser de meio ou de canal para a projecção física da imagem pessoal.

2.2. *Elemento ideal da imagem pessoal*

Cada homem, cada pessoa, nasce com a sua imagem determinada. Esta sua imagem, inata e como que virgem no nascimento, vai-se formando e alargando o seu âmbito. Primeiro, ela é ainda uma imagem restrita ao acto do próprio nascimento⁽⁵¹⁾, mas já com contornos e uma estrutura que se irá formar. O bebé que nasce traz já consigo próprio a sua imagem, nasce com ela, embora ainda em estado embrionário, mas com as características que são inerentes à formação genética do ser que nasceu. Esta imagem vai-se formando acompanhando a formação do ser de que faz parte e do qual

⁽⁴⁸⁾ A pessoa contrapõe-se a “*res*”.

⁽⁴⁹⁾ O artigo 24.º da C.R.P. dispõe: 1. A vida humana é inviolável. 2. Ninguém pode ser submetido a tortura, nem a tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos.

⁽⁵⁰⁾ O dicionário técnico de LALANDE ao definir o termo “pessoa” fá-lo de modo a que o conceito seja composto de três aspectos fundamentais: *a)* a pessoa moral é o ser individual que possui características próprias que lhe permitem participar da sociedade intelectual e moral. É consciência de si próprio; capacidade de distinguir o verdadeiro do falso, o bem do mal; é ainda a capacidade de se determinar por motivos cujo valor é capaz de justificar perante outros seres racionais — é o que pensa aliás KANT e LEIBNIZ; *b)* para a física a pessoa moral é o corpo como manifestação da pessoa moral, por isso a pessoa física é tratada em conformidade com a definição de “alguém”; *c)* pessoa jurídica — é o ente de direitos e deveres determinados por lei. Esta ordem de interpretação ou definição de “pessoa”, não é arbitrária.

⁽⁵¹⁾ O bebé que nasce tem a sua imagem. Desde logo, podemos dizer que é feio ou bonito, gordo ou magro, grande ou pequeno, chorão ou sossegado, risonho ou triste.

é indissociável, mas que merece já e irá merecer autonomia. A imagem irá crescer e será tanto maior quanto maior for o crescimento do ser que a transporta, em ordem a merecer uma garantia dada e conferida por todos. Contudo, mesmo ganhando autonomia em relação ao ser que acompanha, a imagem não se separa do seu sujeito, do seu “quid” que a vai ajudar a formar, a completar-se a desenvolver-se nas várias etapas de crescimento. A imagem aparece assim como um ideal imanente ao ser, perseguindo-o durante a sua vida e mesmo para além dela.

2.3. Elemento moral da imagem pessoal

A imagem pessoal de uma pessoa além de conter em si mesma um elemento físico e um elemento ideal, contém também um elemento moral. Pode parecer estranho que possamos identificar na imagem pessoal de uma pessoa, um elemento moral. Este não é um elemento resultante da acção ou da omissão da pessoa de referência, não traduz o comportamento ou a atitude do sujeito perante o mundo e a sociedade, mas há-de ser o que a imagem contém de espiritual, de consciência do ser que a transporta na sua vida em sociedade enquanto sujeito. Cada um de nós percebe e conhece a sua imagem, aquilo que é para fora de si perante os outros, tem consciência de que é uma pessoa antes de tudo, um ser depois de tudo. É esta consciência não racional, mas objectiva de que se é pessoa, de que se é sujeito, que reside o elemento moral da imagem que transportamos, e da imagem que temos e que é distinta de nós próprios e é percebida pelos outros.

3. A dimensão económica da imagem pessoal

A pessoa humana transporta consigo mesmo um conjunto de atributos e de elementos físicos e morais que definem ou podem ajudar a definir a sua imagem. Significa isto que qualquer pessoa tem uma “imagem” que lhe é peculiar, própria no sentido de lhe ser

peçoal. Esta imagem faz parte integrante da pessoa e dela não se pode dissociar ou separar. Tal como acontece para cada pessoa, a imagem é distinta, única, com características que lhe são próprias e inerentes à pessoa. A imagem peçoal depende por isso mesmo da pessoa de onde emana, de onde nasce e cresce. Assim é que cada pessoa tem atributos, capacidades ou vivências que lhe são próprias, e por isso caracterizadoras dela e da sua imagem. Da vida em sociedade conhecemos esta ou aquela pessoa ou grupo de pessoas que se evidenciam das demais, umas pelo seu aspecto físico, pelas qualidades no exercício de uma profissão, pela postura de destaque no grupo onde vivem, pela capacidade que reúnem na execução de uma actividade, etc. A imagem peçoal destas pessoas é destacada com a própria pessoa e por isso difundida pela sociedade como distinta e diferenciada das demais. Esta distinção cria na sociedade uma apetência económica para o seu uso, nomeadamente para a publicidade, para a difusão da mensagem publicitária como também para outras actividades como a informação, a cultura, o desporto, a política, etc.

A imagem peçoal assume assim uma dimensão económica que é aproveitada pelos média e pelas empresas de modo a criar riqueza, a criar valores económicos que nos nossos dias são já importantíssimos para a economia em geral. Trata-se de um instrumento económico que movimenta milhares de euros em actividades tão diversas como a publicidade, a cultura, o desporto, a política, etc.

A imagem peçoal é como vimos um instrumento económico ao serviço da publicidade e das empresas para movimentar e dinamizar várias e diversificadas actividades económicas. A pessoa titular da imagem utilizada, dispõe da sua imagem para que se torne objecto de negócios, seja utilizada para fomentar uma actividade económica e assim colabore na obtenção de rendimentos. A utilização da imagem peçoal, desde que licita torna-se um óptimo elemento económico para valorização de uma actividade e obtenção de lucros. Esta aptidão da imagem para gerar rendimento não traz consigo nada de nefasto ou de mal. A pessoa titular da imagem só pode ganhar com a disposição que faz da sua imagem, permitindo-lhe e permitindo que outros ganhem com a sua utiliza-

ção. Mesmo que a utilização da imagem não consubstancie uma actividade económica propriamente dita, sempre pode ser utilizada para actividades de cariz cultural, político ou social que não procure a obtenção de ganhos. Mesmo assim, a imagem pessoal da pessoa ganha o destaque, a distinção e a qualidade de mobilização da sociedade ou de grupos sociais que certamente vão reconhecer na imagem utilizada valores que determinam e convencem á tomada deste ou daquele comportamento. A dimensão económica da imagem não prejudica deste modo a pessoa a quem pertence e muito menos os seus direitos enquanto pessoa⁽⁵²⁾. A disposição ou não da imagem pessoal está na livre escolha do seu titular e portanto em nada contraria a sua utilização.

3.1. *A natureza económica da imagem pessoal*

Em cada dia e ao consultarmos os media, sejam os jornais, a televisão ou até a rádio e a Internet, assistimos à utilização da imagem pessoal desta ou daquela pessoa. Esta utilização é feita com dois objectivos fundamentais, um o da obtenção de um resultado publicitário ou quase publicitário, outro a obtenção de rendimento, sendo este último a consequência directa e imediata do primeiro. A dimensão económica da imagem pessoal reside na potencialidade e na propensão que a imagem pessoal possui para ser instrumento de publicidade, para ser elemento galvanizador de uma mensagem que se pretende fazer chegar a certo meio ou a determinadas pessoas, e para isso, a sua utilização é avaliada economicamente e portanto liquidada monetariamente⁽⁵³⁾. A natureza económica da imagem pessoal reside nisto, na capacidade que possui para gerar rendimento.

⁽⁵²⁾ Nomeadamente os seus direitos de personalidade.

⁽⁵³⁾ Neste sentido é de v. o Ac. do STJ, de 24.02.2005, onde se diz que, o contrato de cedência da exploração comercial da imagem de um desportista profissional... e tendo o desportista titular do direito à imagem sido previamente remunerado pela cedência, é válido, por não ser contrário a princípios de ordem pública.

II

Nota prévia

O Direito à imagem só no séc. XX logrou encontrar uma posição enquanto direito protegido, fruto da constante oposição de um pretenso direito geral de liberdade.

Os sucessivos códigos civis ignoraram durante muito tempo este direito e só as leis sobre os direitos de autor é que lhe deram alguma consagração.

Com o crescente desenvolvimento da técnica e a descoberta de meios técnicos que permitem a fixação instantânea da imagem e o estabelecimento de meios de comunicação que dão larga difusão a tudo o que, por anómalo, provoque sensações diferentes, mesmo que primitivas, vieram acelerar a evolução do direito à imagem, não só no seu aspecto substancial, como também no seu tratamento e consagração legal.

A imagem começou a ser protegida de forma não autónoma, enquanto era abrangida pelo direito à honra ou o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada. As leis modernas já inscreveram o direito à imagem como um dos direitos de personalidade e temos o exemplo do Código Civil Português⁽⁵⁴⁾. No entanto, surgem grandes dificuldades na protecção do direito à imagem já que com o reconhecimento dos direitos de personalidade, não se pode consagrar o puro arbítrio individual, pois que este iria dificultar a comunicação social, como aconteceria se proibisse pura e simplesmente a fixação da imagem de uma pessoa sem o seu consentimento.

O Código Civil Português atalha esse perigo, proibindo somente a exposição, reprodução e comercialização em tais circunstâncias. E mesmo estas utilizações são genericamente permitidas, quando assim o justifiquem a notoriedade ou a função da pessoa retratada, exigências de policia ou de justiça, finalidades científicas, didácticas ou culturais, ou quando a imagem estiver de qualquer forma

⁽⁵⁴⁾ O Código Civil Brasileiro prevê o direito à imagem no artigo 20.º.

ligada a lugares ou acontecimentos públicos (cf. artigo 79.º, n.º 2 do C.c.)(⁵⁵).

A tutela da imagem ganha cada vez mais relevo em virtude da acção combinada de duas circunstâncias: uma pelo desenvolvimento incessante de meios técnicos que põem em causa a privacidade e levam a um empolamento de tudo o que a esta estiver ligado; outra, a patrimonialização da imagem, não obstante continue a qualificar-se como um direito de personalidade que a transforma em causa de grandes lucros em relação a futebolistas, estrelas de cinema, etc.

Desde a antiguidade que a imagem serviu de instrumento de comunicação. Desde a pré-história que o homem se serviu da imagem para se representar a si próprio e ao meio em que vivia, por isso, ainda hoje estudamos os desenhos e as pinturas rupestres. No Egipto antigo dava-se grande importância à imagem do Faraó, de tal modo que procuravam reproduzir ou representar a sua imagem com o maior rigor possível. E até a Bíblia contém em alguns dos seus textos uma preocupação de dar importância e relevância à imagem, é o caso do Livro do Génesis, o primeiro livro do Pentateuco, onde se descreve a criação do homem à imagem e semelhança de Deus (...). Ora o Direito também se preocupa em regular a imagem, entendida como meio de comunicação.

Mas é sobretudo a partir da Revolução francesa e com o desenvolvimento dos meios de comunicação, que o direito à intimidade e à imagem começam a receber alguma protecção e interesse pelo Direito. O direito à imagem concretamente passou a ter uma grande importância e a merecer um maior tratamento legal e sobretudo jurisprudencial na medida em que esta passou a ter uma grande importância no contexto da actividade publicitária em geral. A captação e a difusão da imagem no mundo contemporâneo ganhou um forte incremento atendendo ao próprio desenvolvi-

(⁵⁵) O artigo 79.º, n.º 2 do C.c. dispõe: Não é necessário o consentimento da pessoa retratada quando assim o justifiquem a sua notoriedade, o cargo que desempenhe, exigências de policia ou de justiça, finalidades científicas, didácticas ou culturais, ou quando a reprodução da imagem vier enquadrada na de lugares públicos, ou na de factos de interesse público ou que hajam decorrido publicamente.

mento dos meios de comunicação, quer os escritos, quer os falados e televisionados, estando a imagem não só associada à publicidade, como também aos meios de comunicação. A ela agregou-se e com muita facilidade um valor económico importante, mais importante ainda nos nossos dias, não só para a rentabilização dos meios de comunicação, como da própria actividade publicitária.

1. O objecto do direito à imagem pessoal

A imagem é uma representação de algo para o exterior de si. A imagem pessoal pode ser a representação que a pessoa transmite para o exterior. Antes de chegarmos propriamente à imagem, diremos que na realidade das imagens, a imagem pessoal aparece como uma figura, a figura humana tida pela pessoa que a constitui ou a representa. Mas a imagem pessoal não se restringe à figura, à fisionomia da pessoa, ao corpo que aparece no mundo real e sensível. A imagem pessoal é composta não apenas pelo corpo, por todo o corpo da pessoa (humana), mas também pela sua personalidade, pelo seu conhecimento, pela sua educação, pela sua vida enquanto ser humano, pela sua idade, pelo seu aspecto estético, pela sua profissão, pelos seus gostos, pela sua vida social, pela sua sabedoria, pela sua inteligência, pela sua integração na sociedade, na família, na cultura, pela sua sensibilidade humana e profissional, etc. etc. Numa palavra, a imagem para o Direito é toda a expressão formal e sensível da personalidade de um homem^(56/57). Significa isto, que a ideia de imagem para o Direito não se restringe à representação do aspecto visual (físico) da pessoa, ela compreende além da chamada imagem sonora, os gestos e as expressões dinâmicas da personalidade que se manifestam na realidade⁽⁵⁸⁾. Por outro lado, a

⁽⁵⁶⁾ Este conceito de imagem é dado por WALTER MORAES.

⁽⁵⁷⁾ A palavra “personalidade” não contém um significado uniforme, no entanto para a psicologia social, a “personalidade” é como que uma máscara e, por ampliação, a aparência que captamos dos outros, o seu aspecto exterior, o seu comportamento observável. V. *Enciclopédia Verbo*, Vol. 22.

⁽⁵⁸⁾ O cinema, a rádio, a televisão são meios e a forma da representação da ima-

imagem não é só o aspecto físico do sujeito (pessoa) ou sequer o seu semblante, a imagem é ainda constituída pelas partes destacadas do corpo, desde que por essas partes se possa reconhecer a pessoa (o indivíduo)^(59/60).

Se para o Direito a imagem é tudo o que acabamos de dizer, então o objecto do direito á imagem pessoal é tudo aquilo que faz parte da pessoa e que pode ser representado para fora de si e apreendido pelos outros⁽⁶¹⁾.

1.1. *Os elementos que compõem a imagem pessoal*

Admitindo a imagem pessoal como unidade que representa o ser para fora de si, podemos encontrar os elementos que a constituem ou compõem. A enumeração desses elementos não pode ser feita de forma rigorosa e completa. Entender a composição da imagem pessoal como algo que é ou que está conceptualizado é entrar no erro de aceitar o homem como um ser que está totalmente descoberto, que não merece as preocupações da investigação, do estudo e da análise. Por outro lado, procuramos aqui delimitar os elementos que compõem a imagem pessoal, ensaiando o que nos parece preencher esse espaço da imagem pessoal em face da realidade, tendo o ser, a pessoa e o homem como sujeito da imagem e

gem de muitas pessoas. Mas não só estes, também os retratos falados e as figuras literárias constituem modalidades figurativas que interessam ao direito à imagem, e isto porque também elas são expressões intelectuais da personalidade.

⁽⁵⁹⁾ Muitas pessoas ficam famosas pelos seus olhos, pelo cabelo, pelas suas mãos ou braços.

⁽⁶⁰⁾ Para muitos autores, a noção de imagem é muito ampla, incluindo todos os elementos da personalidade, a fisionomia da pessoa, o rosto, a boca e a representação do aspecto visual, a imagem física, os gestos, as expressões, os modos de vestir, a atitude, os traços fisionómicos, a áurea, a fama, etc., etc.

⁽⁶¹⁾ A ser assim, e sendo este direito uma espécie dos direitos de personalidade o direito à imagem é um direito sobre o seu próprio titular, a pessoa. Cf. OTTO VON GIERKE que nos diz; “chamamos direitos de personalidade aos direitos que concedem ao seu sujeito um domínio sobre uma parte da sua própria esfera de personalidade. Com este nome, eles caracterizam-se como “direitos sobre a própria pessoa” distinguindo-se com isso, através da referência à especialidade do seu objecto, de todos os outros direitos...

como sujeito de relações, sejam relações sociais ou qualquer outras em que o homem também seja sujeito.

É assim que os elementos da imagem pessoal podem ser: *elementos internos ou pessoais*, e *elementos externos ou físicos*. Os elementos internos ou pessoais são aqueles que dizem respeito particular e individualmente ao ser, à pessoa, ao homem que é sujeito de relações e que portanto se apresenta para o real como tal. Estão neste caso, o eu, a pessoa, a personalidade, a capacidade, a inteligência, a vontade, a linguagem, o sotaque, os sentidos (a visão, o paladar e a audição). Por seu lado, os elementos externos ou físicos são aqueles que compõem a imagem pessoal pelo lado de fora, pelo exterior do eu, da pessoa, do homem, e que podem ser visíveis e apreendidos pelos outros. Estão neste caso, o corpo (cabeça, tronco e membros), a estética (a beleza, a formosura, a cor de pele), o nome, a profissão ou actividade, o modo de vestir e de comer, a estatura, a família (...).

1.2. *Elementos próximos:*

a) **a imagem e a personalidade**⁽⁶²⁾

A imagem e a personalidade existem, porque existe o homem⁽⁶³⁾. O ser humano é pressuposto primeiro para que possa-

(62) A personalidade humana não é uma construção do Direito, ela é algo que já existe (e antes dele) como inerente à condição Humana e que o Direito apenas se limita a reconhecer e a garantir ou tutelar.

(63) Ao falarmos do Homem começamos não pela procura de conceitos, mas pela interrogação do que é o Homem? O ser que se encontra dotado de capacidade de reflexão é o Homem, e é este ser que ao longo dos tempos constitui objecto do pensamento, tornando-se num enigma que importa deslindar e ao mesmo tempo perceber. KANT perguntava “Was ist der mensch?” Para Kant, o homem é mistério e enigma e conhecer o homem é ao mesmo tempo não o conhecer. Para a filosofia clássica, o homem era visto sob três fórmulas fundamentais: uma primeira de influência eminentemente pitagórica e com influência platónica, apresenta um teor fortemente simbólico afirmando que o Homem é “um microcosmo” frente ao “macrocosmo”; a segunda caracterizada e influenciada por ARISTÓTELES define o Homem como “animal racional” recorrendo para isso ao género e à diferença específica; a terceira, de formação tomista é radicalmente de ordem metafísica dizendo que o Homem é “um ser para a Verdade” porque tem inteligência ou a faculdade transcendente do ser. O decurso do tempo e do desenvolvimento da civilização veio trazer

mos falar de imagem (pessoal) e de personalidade. Não existindo o homem, não há que falar em personalidade⁽⁶⁴⁾. Ela é inerente à condição humana. Ao analisarmos a personalidade, queremos tratá-la num primeiro momento fora do jurídico e antes dele. A personalidade⁽⁶⁵⁾ é uma individualidade. É primeiro que tudo algo que

várias definições do Homem. AUGUST COMTE na Teoria dos Três Estádios define as épocas históricas consoante as maneiras de conceber o Homem.

Mas o que é o Homem?

O Homem é um ser complexo, é no dizer dos clássicos o “microcosmo”. Esta complexidade permite-lhe ser o objecto de enumeras disciplinas do conhecimento e das ciências, podendo por isso ser estudado sob os mais variados aspectos ou como um todo complexo e profundo, fonte para um saber múltiplo. O Homem é ao mesmo tempo objecto e sujeito do conhecimento e do saber.

O Homem é um ser corpóreo-espiritual. O pensamento humano que é discursivo, porque consegue transmitir mensagens, consegue sair para fora de si e chegar ao mundo, de tal modo que cada Homem pode dizer “eu sou o meu corpo, sou corpóreo” e ao contrário é mais difícil afirmar “tenho um corpo”. A consciência de cada Homem está assim voltada para dentro, para a tomada de consciência da sua existência. Mas se o corpo expressa a existência orgânica, não revela plenamente a expressão humana do Homem. O Homem além de corpo, também é identidade e esta atinge-se com o binómio “corpo-alma”, que atinge uma dialéctica de liberdade e de leis determinantes do seu ser. Na verdade, enquanto ser corpóreo, o Homem rege-se por leis físicas e químicas que determinam a evolução da vida. E a liberdade, permite-lhe ser criativo, ser sujeito da civilização, da cultura, da ciência, etc. Homem é ainda indivíduo integrado na espécie humana que ao longo do tempo evoluiu de forma generativa dentro de grupo amplo de indivíduos que é a sociedade (humana). Além de indivíduo, o Homem é também pessoa, é “eu” distinto do ser biológico (corpóreo) e de sujeito social, do eu psicológico e até do eu epistemológico (sujeito do conhecimento). Ao dizermos que o Homem é pessoa, queremos dizer que todo o homem é um ser singular, inconfundível, insubstituível, único. O Homem é um ser de experiências e de pensamento. Conhecer, é actividade própria do Homem que vai apreendendo a realidade interior e exterior em ordem à sua interpretação. E o Homem é também um ser histórico, vive e realiza-se no tempo e na História, na medida em que a sua existência tem carácter histórico. Por último, o Homem é um ser-para-Deus, ou seja vive com uma esperança de liberdade metafísica.

(64) ARISTÓTELES já dizia que o Estado não era para escravos e outros animais, por estes não terem direito à felicidade e à vida. Mas SANTO ATANÁSIO contrariamente a Aristóteles dizia que a felicidade não é privilégio do cidadão, nem a liberdade atributo só de alguns homens; são inerentes à espécie humana: todos os homens se tornam pessoas.

(65) O C.c. no artigo 70.º, n.º 1 dispõe: 1 — A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral. Daqui resulta que a lei reconhece a existência de um direito geral da personalidade, constituindo o disposto no n.º 1 um princípio geral de protecção da personalidade.

é inerente ao Homem e a cada homem⁽⁶⁶⁾, distinguindo-se de “per si” dos outros homens. Ao ser imanente a cada homem, a personalidade nasce e forma-se em cada homem^(67/68) assumindo características próprias que prosseguem o seu sujeito e que se desenvolvem por causa dele. Várias são as teorias que conceptualizam a personalidade. Mas, falar em personalidade é falar daquilo que é o homem em si mesmo, e perante o mundo e o universo, distinguindo-se cada homem dos demais, não pela sua figura, pela sua imagem, pela sua identidade, mas por aquilo que representa ser e que não é aprioristicamente observável⁽⁶⁹⁾. A personalidade não é um reconhecimento, antes uma apresentação, um estar perante os outros e o mundo tal qual o seu sujeito, tornando-se por isso uma representação do ser, que independentemente de ser verdadeira ou falsa, constitui o resultado de uma formação que se processou no tempo e que simultaneamente é realidade resultante do ser que a apreendeu de forma inconsciente e no desenvolvimento da sua presença perante o tempo, o decurso do tempo que é histórico e que serve a existência do homem desde o seu nascimento. A personalidade está intimamente ligada à pessoa⁽⁷⁰⁾, porque é a ela que diz respeito e é com ela que nasce e perdura no espaço e no tempo.

(66) O homem é a pessoa. A pessoa no dizer de MARITAIN ... “é a raiz de independência”, ... “é a raiz de liberdade”, por isso se reconhece que a pessoa sob o ponto de vista jurídico é o sujeito para o Direito.

(67) Ao falarmos em homem, falamos em pessoa. Para KANT, “o homem é pessoa, no que tange aos seus deveres em confronto alheio, e é personalidade (humanidade) no que se refere aos deveres, nos confrontos consigo mesmo, uma personalidade cuja moralidade constitui a dignidade do homem, na qual a autonomia é o fundamento”. KANT diz ainda que o homem é pessoa porque é fim em si mesmo, ou seja, tem um valor autónomo e não só um valor como meio para algo de diverso, daí resultando a sua dignidade ... como pessoa e como homem. Por isso, cada homem tem o direito ao respeito dos seus semelhantes e reciprocamente é obrigado a ele em face dos outros.

Para BOÉCIO, a pessoa é “naturae rationalis individua substantia”, isto é, substância individual de natureza racional.

(68) Para o PROF. LEITE DE CAMPOS, a descoberta do “eu” enquanto pessoa e que faz parte da alma e do corpo é recente. Do mesmo modo que o reconhecimento e a preservação da pessoa dá-se apenas quando se constata um valor moral no “eu” e no “outro”, sendo aquele um valor supremo de todos os seres humanos.

(69) A maioria dos autores afirma que a imagem é um bem da personalidade.

(70) Aspecto interessante é o de que já a *Lei das Doze Tábuas* (451-449 a.C.), assim como o *Corpus Juris Civilis*, já faziam referência à noção de “pessoa”.

A este propósito, Lalande⁽⁷¹⁾ ensina que a pessoa moral é o ser individual, com caracteres de natureza intelectual e moral que lhe permitem participar da sociedade dos homens, pessoa⁽⁷²⁾ que tem consciência de si mesmo, inteligência e capacidade para fazer distinções perante a realidade, bem como capacidade para se determinar e tomar decisões por si só. Por seu lado, a pessoa física é a manifestação da pessoa moral, traduzida portanto no sujeito, em alguém em concreto. A pessoa jurídica por seu turno é o ente de direitos e de deveres.

E a personalidade jurídica⁽⁷³⁾?

Ser sujeito de relações jurídicas é ser titular de direitos e de obrigações que se criam na dinâmica do relacionamento entre os sujeitos e portanto determina a condição do sujeito para o lado activo⁽⁷⁴⁾. Mas o que podemos entender por personalidade jurídica? A personalidade jurídica⁽⁷⁵⁾ é a qualidade de pessoa ou sujeito de direito, isto é, é a qualidade inerente ao ser humano quando atinge e é encarada como pessoa, como sujeito de direito. Não existindo a pessoa, não podemos sequer falar em personalidade jurídica ou subjectividade jurídica, porque lhe falta o motivo, o “ser” que é origem e fundamento dela. Assim, a personalidade jurídica, “consiste na possibilidade ou susceptibilidade de ser sujeito de direitos e obrigações, ou seja, sujeito de relações jurídicas⁽⁷⁶⁾”.

Ficando dada a noção de personalidade, importa esboçar o que efectivamente podemos entender por personalidade jurí-

(71) No *Vocabulário Técnico e Crítico da Filosofia*, distingue-se a pessoa moral, a pessoa física e a pessoa jurídica.

(72) KELSEN entendia a pessoa como mero centro de imputação normativo, ignorando por isso, o conteúdo valorativo inerente à pessoa.

(73) A personalidade jurídica foi tratada pelos grandes juristas romanos, mas desenvolvida pelos juristas de épocas posteriores, fundamentalmente a partir do séc. XVIII.

(74) E o PROF. MANUEL DE ANDRADE acrescenta que o sujeito de direito e pessoa jurídica ou em sentido jurídico são a mesma coisa.

(75) Para ORLANDO DE CARVALHO, a personalidade jurídica ... “não é algo que subsista por si mesmo, mas algo que subsiste apenas enquanto existe uma **personalidade humana real**.” Mais que isto, o mesmo autor acrescenta, ... “a personalidade humana é, pois, *o cur*, *o quando* e *o quantum* da personalidade jurídica.”

(76) FERRARA diz-nos que a personalidade jurídica, “é a abstracta possibilidade de receber os efeitos da ordem jurídica”, ou “a idoneidade ou aptidão para receber ou ser centro de imputação dos efeitos jurídicos”.

dica⁽⁷⁷⁾. Não existem dúvidas que a personalidade depende em si mesma da existência do homem e do seu nascimento enquanto pessoa^(78/79), ou seja, do nascimento de uma pessoa e com vida⁽⁸⁰⁾.

Existindo a pessoa (jurídica) ela entra de modo automático no círculo das relações humanas, no seio da sociedade que a reconhece como tal. A sociedade humana no seu desenvolvimento imputa aos seus pares, aos cidadãos enquanto pessoas, um conjunto de direitos e de obrigações jurídicas, reconhecendo assim a sua plenitude de pessoa apta a entrar no mundo das relações humanas⁽⁸¹⁾ e fundamentalmente no círculo das relações jurídicas⁽⁸²⁾.

A imputação de que se fala não é mais do que a personificação jurídica do Homem de que fala o Prof. Carvalho Fernandes. A

⁽⁷⁷⁾ ORLANDO DE CARVALHO atribui três características essenciais que fundamentam a personalidade humana e a personalidade jurídica. Uma é a essencialidade, ou seja, a personalidade jurídica pressupõe a personalidade humana, por isso é essencial; outra a indissolubilidade, ou seja, a personalidade jurídica é indissolúvel da personalidade humana, não existindo sem ela e por último e como terceira característica, a ilimitabilidade, ou seja, a personalidade jurídica é ilimitada, tal qual a personalidade humana em que se funda.

⁽⁷⁸⁾ Para o Direito, “pessoa” é o ente susceptível de direitos e de obrigações — CASTRO MENDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, 1978, I-167.

Em sentido jurídico, a “pessoa” não é necessariamente um ser humano. O termo abrange organizações de pessoas e certos conjuntos de bens, a quem o direito atribui personalidade jurídica — MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.^a, 1980-60.

Por seu lado, pessoa jurídica é o ente ao qual a lei atribui personalidade jurídica. Cf. Artigo 66.º do C.c.

⁽⁷⁹⁾ Na filosofia moderna, o termo “pessoa” é visto numa perspectiva psicológica, ética e social, por isso é que a pessoa é definida por DESCARTES pela consciência, por KANT, pela liberdade e pela relação ao outro por BUBER.

⁽⁸⁰⁾ Poderíamos aqui levantar outras questões relacionadas com o momento da aquisição da personalidade jurídica, discutindo-se se é ou não necessário o nascimento para podermos dizer que já existe pessoa, isto é, saber se o embrião é, em qualquer das suas fases de crescimento uma pessoa e portanto portador de personalidade jurídica, ou se antes, estamos perante um ser humano em formação, que embora em estado embrionário e sem personalidade, tem já como que um “status” motivador dos princípios de protecção da vida e do ser que se gera e cresce, mas ainda não nasceu.

⁽⁸¹⁾ Quer sejam de natureza social, política, cultural, etc.

⁽⁸²⁾ Nem sempre foi assim. Nos primórdios da civilização, nas relações sociais e jurídicas, este reconhecimento não era total e pleno, antes fazia-se de modo estratificado. Primeiro, tal reconhecimento era feito aos mais fortes, aos mais sábios, aos mais poderosos, remetendo-se os demais à condição plebeia e com direitos não tão abrangentes ou amplos como os outros (...).

dignidade do Homem e a concepção que temos dele (no caso português, uma concepção humanista e cristã) é imposta ao Direito como um valor primeiro e último que não pode ser alterado, modificado ou até recusado. A dignidade da pessoa humana é de tal modo fundamental, porquanto é o próprio texto constitucional que a elege como valor fundamental que serve de base à própria soberania do Estado (art. 1.º da C.R.P.)⁽⁸³⁾. Contudo, a personalidade jurídica é dada ao Homem pelo Direito através de um mecanismo técnico (inventado pelo Direito) com vista à prossecução dos fins do ordenamento jurídico e em atenção aos interesses de cada Homem. Claro está, que, independentemente desta criação técnica do Direito e desta atribuição, está em relevância e primeiro que tudo o Homem e a sua dignidade enquanto tal. O Homem enquanto sujeito, enquanto pessoa, enquanto “eu” que não está isolado, mas que é objecto de uma atribuição e de uma apetência para ser titular de “atribuições”, de “direitos”, de “obrigações”, de “deveres”⁽⁸⁴⁾.

A imagem não se confunde por isso com a personalidade, antes deriva dela em toda a sua plenitude. A um ser humano que se encontre desprovido de personalidade não se pode tê-lo como desprovido de uma imagem e conseqüentemente de um direito de imagem⁽⁸⁵⁾. A personalidade e a imagem de uma pessoa podem completar-se e complementar-se, dependendo sempre a imagem da personalidade.

⁽⁸³⁾ O artigo 1.º da C.R.P. dispõe: Portugal é uma República soberana, baseada na **dignidade da pessoa humana** e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

⁽⁸⁴⁾ ORLANDO DE CARVALHO escreve: há que restituir o Direito ao seu papel de instrumento de interesses, conferindo constantemente os mecanismos jurídicos com os escopos humanos da tutela legal. E de outro modo, diz-nos CASTRO MENDES que: uma entidade que de modo algum possa beneficiar de bens e vincular-se, não pode ser personificada.

⁽⁸⁵⁾ Pode aqui levantar-se a questão de saber se p.ex. um nado-morto pode ver a sua imagem protegida e antes disso, terá o nado-morto uma imagem?

b) a imagem e a capacidade

A palavra “capacidade” deriva do latim “capacitate”. É a qualidade atribuída em ordem à grandeza de acção, de actuação, de demonstração daquilo a que podemos chamar “potencialidade de ser” na realidade empírica exposta ao mundo dos homens. Neste sentido, a capacidade reúne a ideia de quantidade enquanto expressão daquilo de que o sujeito é capaz de realizar e de ser. Um homem com capacidade é aquele que mostra reunir elementos de actuação para a obtenção do melhor resultado, senão à vista de todos, pelo menos para si mesmo. A capacidade está intimamente ligada à personalidade, se bem que esta não depende daquela. Ser capaz, implica portanto ter expressão da personalidade que se representa na realidade vivencial, que o mesmo será dizer, ter aptidão para actuar, para agir⁽⁸⁶⁾.

Por seu lado, a capacidade (jurídica) é um atributo inerente ao homem que define o que é que este é capaz de fazer. O conceito de capacidade⁽⁸⁷⁾ é idêntico ao de personalidade, mas não se confunde com ele⁽⁸⁸⁾. O homem, não pode estar dotado de personalidade e ser desprovido de capacidade. De certo modo, falar em capacidade é dizer em que medida (noção de quantidade) é que o homem pode ou tem força e vontade para realizar certo acto. Ora a capacidade jurídica traduz-se exactamente na susceptibilidade ou na aptidão para se ser titular de relações jurídicas. A capacidade determina por isso o “quanto” pode um sujeito abraçar o círculo das relações jurídicas em face da sua própria pessoa. A personalidade não se confunde portanto com a capacidade. A primeira consubstancia uma qualidade que é atribuída pelo Direito a uma pessoa (singular ou colectiva) ao passo que a capacidade é a medida para se ser titular de direitos ou de obrigações⁽⁸⁹⁾.

⁽⁸⁶⁾ MICHEL DE MONTAIGNE, in “Ensaio — da Vaidade”, afirma: Não sabemos distinguir as faculdades dos homens; têm eles divisórias e fronteiras subtis e difíceis de discernir.

⁽⁸⁷⁾ ORLANDO DE CARVALHO ensina que “a capacidade jurídica é a susceptibilidade concreta de ser sujeito de direitos e obrigações.

⁽⁸⁸⁾ O Código Civil de 1966 no artigo 1.º dispunha: Só o homem é susceptível de direitos e obrigações. Nisto consiste a sua capacidade jurídica ou a sua personalidade.

⁽⁸⁹⁾ O PROF. CARVALHO FERNANDES substituiu o termo obrigações por vinculações.

Neste sentido, a imagem não se confunde com a capacidade. Tanto a imagem como a capacidade são intrínsecas ao ser, á pessoa, mas distintas no seu modo, diferentes na sua natureza e modos de exteriorização. A imagem reúne em si mesma, características inerentes á pessoa para além do ser, e a capacidade é inerente ao ser independentemente da pessoa, mas com as limitações impostas pelo Direito e pela lei.

c) a imagem e o nome⁽⁹⁰⁾, o pseudónimo, a alcunha, os hipocorísticos e os títulos nobiliárquicos, a privacidade pessoal, o retrato

O Nome

A imagem é algo inerente á pessoa e faz parte dos seus direitos enquanto sujeito. Um dos elementos da imagem é o nome⁽⁹¹⁾, elemento externo que constitui a imagem e que dela é inseparável. O nome de uma pessoa é um sinal através do qual se designa uma pessoa e pelo qual essa pessoa é individualizada não só para si mesma, como em relação a um grupo, a família a que a pessoa pertence. No início, o nome era um sinal oral, que passava de boca em boca e cujo registo era feito apenas pela memória. Com a descoberta da escrita, o nome das pessoas passou a ficar registado em documento escrito. O nome de uma pessoa varia em função do tempo e do lugar. Assim, a sua composição, o número dos seus elementos e o modo da sua atribuição, variam em função do tempo histórico e do meio ou do lugar de vida das pessoas. De igual modo, a sua imutabilidade ou alterabilidade variam de povo para povo, de cultura para cultura, mas mantendo-se sempre como meio de individualização da pessoa e da sua fundamental identificação.

⁽⁹⁰⁾ Em Portugal o termo nome é muitas vezes usado em desrespeito pelo léxico jurídico. Na verdade muitas vezes emprega-se a palavra nome para designar o nome próprio, outras vezes para designar todos os elementos que entram na composição do nome completo da pessoa, isto é, para designar o nome próprio e os apelidos. Isto acontece noutros países, como a França, Espanha ou Brasil.

⁽⁹¹⁾ Sobre este assunto é de ver MANUEL VILHENA DE CARVALHO, *O nome das Pessoas e o Direito*, Almedina, 1989.

Mas o nome⁽⁹²⁾ pode não identificar apenas a pessoa, pode também identificar a família a que o indivíduo pertence, fazendo por isso a distinção entre as famílias e reforçando a perpetuação dos antepassados, como que “personificando” a família que está na origem do nome⁽⁹³⁾.

O nome⁽⁹⁴⁾ constitui objecto de um direito, o direito ao nome⁽⁹⁵⁾. Apesar de não existir muita tradição na sua regulamentação legal, o nome da pessoa está ainda fortemente submetido ao costume. Contudo reconhece-se o direito de afirmação e de defesa do nome, direitos que a lei e o próprio ordenamento jurídico tutelam. Por outro lado, existe efectivamente um interesse público que se encontra conexo ao nome, de tal modo que ao Estado interessa preservar e defender o nome das pessoas em ordem à protecção da sua própria identidade (e da identidade nacional) e da sua organização social. Assim, se por um lado, o nome é um direito para cada indivíduo, ele contém em si mesmo um interesse do Estado em o proteger. Por isso, se o nome constitui um direito de todos os cidadãos poderem usar um nome e com a exclusão dos demais, também lhe é imposta a obrigação desse mesmo uso sem que o possa alterar arbitrariamente.

Admitindo-se como se admite a existência de um verdadeiro direito ao nome, podemos indicar as fundamentais características

⁽⁹²⁾ PERREAU refere que: a denominação das pessoas (pelo nome) reflecte, em larga medida, o estado social de um país, nomeadamente as suas ideias dominantes do ponto de vista religioso, moral, político ou económico, como também e até o carácter nacional.

⁽⁹³⁾ Quanto à natureza jurídica do direito ao nome encontramos três fundamentais teorias; a teoria do direito de propriedade, a teoria do nome obrigação e instituição de policia civil e a teoria do nome como um direito de personalidade.

⁽⁹⁴⁾ O Direito ao nome está consignado no artigo 72.º do C.c. que dispõe: 1 — Toda a pessoa tem direito a usar o seu nome, completo ou abreviado, e a opor-se a que outrem o use ilicitamente para a sua identificação ou outros fins. 2 — O titular do nome não pode, todavia, especialmente no exercício de uma actividade profissional, usá-lo de modo a prejudicar os interesses de quem tiver nome total ou parcialmente idêntico; nestes casos, o tribunal decretará as providências que, segundo juízos de equidade, melhor conciliem os interesses em conflito.

⁽⁹⁵⁾ Relativamente à natureza jurídica do direito ao nome, JOSSEAND refere que o nome não é mais do que uma marca que serve para identificar os indivíduos. Por seu lado Escriche diz que o apelido é apenas um sinal do facto da descendência, não constituindo, por si mesmo, um direito.

deste direito, quais sejam: a oponibilidade — sendo um direito de personalidade, é oponível *erga omnes*; inestimabilidade — é inestimável em dinheiro; vinculação a uma relação familiar — uma parte do nome expressa uma relação familiar; obrigatoriedade — atribuir um nome a uma pessoa é sempre obrigatório; imutabilidade — o nome não pode ser alterado, salvo os casos previstos na lei; imprescritibilidade — o direito ao nome é imprescritível, isto é, o seu uso não leva à sua aquisição e o seu não uso, não conduz à sua perda; indisponibilidade — o direito ao nome não pode ser cedido ou alienado, seja a título gratuito, seja a título oneroso.

O pseudónimo⁽⁹⁶⁾

O pseudónimo⁽⁹⁷⁾ não é um nome, mas é um sinal identificativo de uma pessoa que aparece como tal mediante uma escolha, um acto livre e espontâneo de escolha do seu titular e que não pode confundir-se com o suposto nome. Com o pseudónimo, o sujeito pretende dissimular de forma relativa e não absoluta a sua personalidade. A escolha do pseudónimo só pode dar-se para um determinado sector da actividade da pessoa que o escolhe e não pode ser usado indiscriminadamente em qualquer outro, sob pena de ser sancionado.

A alcunha

A alcunha também não é um nome. É como afirma Manuel Vilhena de Carvalho, ...” um outro modo acessório de designação das pessoas”. Tal como o pseudónimo, a alcunha está revestida de fantasia, mas distingue-se dele porque não é escolhida pelo seu titular, mas por terceiros que o colam á pessoa com fundamento nas suas características físicas, morais, intelectuais ou outras.

⁽⁹⁶⁾ A palavra pseudónimo é de origem grega e significa de forma adjectiva, nome falso.

FERRARA, define pseudónimo como sendo um nome convencional, escolhido para disfarçar a personalidade.

⁽⁹⁷⁾ O pseudónimo goza de protecção legal, artigo 74.º do C.C. que dispõe: O pseudónimo, quando tenha notoriedade, goza da protecção conferida ao próprio nome.

Os hipocorísticos

Os hipocorísticos não são nomes, antes designações traduzidas em diminutivos dos nomes próprios, mas que muitas vezes podem vir a ser utilizados como nomes próprios⁽⁹⁸⁾. Resultam sobretudo do convívio familiar, como forma de carinho que é dado às crianças, ou que surgem no seguimento de deformações da linguagem próprias das crianças.

Os títulos nobiliárquicos

Um outro modo acessório de designação e de individualização de uma pessoa é o título nobiliárquico. Este título tem uma função, a honorífica mas, mesmo assim designa e individualiza a pessoa que o possui. O título nobiliárquico é composto por dois elementos essenciais, o primeiro que representa uma menção de qualidade honorífica: conde, barão, marquês, etc., o segundo que se encontra ligado a uma terra, cidade, lugar, nome, facto histórico ou notável. Por isso conhecemos títulos nobiliárquicos como, Conde de Tomar, Marquês de Pombal, Barão de Nova Cintra. Em Portugal os títulos nobiliárquicos foram extintos pelo Decreto de 15 de Outubro de 1910.

O nome, o pseudónimo, a alcunha, os hipocorísticos e os títulos nobiliárquicos são elementos próximos da imagem. Eles ajudam a preencher o conteúdo da imagem pessoal, mas não se confundem com ela. A imagem pessoal é mais do que uma designação para a identificação de uma pessoa, não se restringindo a uma mera identificação, apresentando-se como o verso da pessoa de quem faz parte.

A privacidade pessoal

A privacidade⁽⁹⁹⁾ tem um valor constitutivo não só para a identidade das pessoas, como para a sua liberdade. Hoje, na socie-

⁽⁹⁸⁾ Como é o caso de HUGO, de BERTA que nos nossos dias estão já a ser utilizados como nomes próprios a designar uma pessoa.

⁽⁹⁹⁾ O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada vem regulado no artigo 80.º do C.C. que dispõe: 1 — Todos devem guardar reserva quanto à intimidade da

dade informatizada, consumista e globalizada, a privacidade das pessoas assume particular relevo para que a “pessoa” seja identificada como ser, como Homem que pertence a um grupo e que quer preservar a sua identidade, seja ela a pessoal, a cultural, a política, económica ou mesmo a sua própria naturalidade. A natureza do Homem impõe-lhe um carácter, um modo de ser perante os outros Homens e esse carácter não é mais do que o carácter privado da sua vida, que é própria e que não deve ser dada a conhecer, pelo menos em toda a sua plenitude. A vontade, o modo de vida, as particularidades do seu ser estão ou devem estar protegidos em relação aos demais. Quais particularidades são assim tão importantes que as tenhamos de as unir na linha protectora da privacidade. A privacidade é antes do mais e para além do que se disse antes, algo de privado, algo que só pertence à pessoa e só aquela pessoa e não a esta outra. Esse algo é constituído não por qualquer elemento ou característica, mas por um “quid” inerente e próprio de cada Homem que vive no seio de outros Homens. Este “quid” não se confunde com nada, mas preenche um todo que faz parte da vida do Homem enquanto ser social. A privacidade pessoal há-de ser por isso algo que cria para o Homem a condição primeira de ser ele próprio sem influências dos demais Homens e que só por si pode ser dominado. A privacidade acaba por ser um “domínio” dominante da vida do Homem que lhe permite agir, actuar, viver com os outros sem que estes possam interferir. Hoje é difícil manter ou deixar isolada a “privacidade pessoal” tal é a influência e a interferência do mundo e dos interesses exteriores que por todos os meios entram na vida do Homem. O simples contacto com uma companhia de seguros, um banco, um hipermercado, a utilização do telemóvel, ou da Internet, implica ou pode implicar um risco, uma interferência na privacidade de cada um. Pela sua natureza, o Homem tem direito à sua privacidade, tem o direito a que nenhum outro Homem interfira ou entre na sua privacidade, no seu pequeno mundo onde cria, onde pensa e onde centra o seu núcleo de imputação de vontade para a sua vida.

vida privada de outrem. 2 — A extensão da reserva é definida conforme a natureza do caso e a condição das pessoas.

Ora a privacidade não se confunde ou pode confundir com a imagem (pessoal). Esta é antes um elemento que faz parte ou que pode fazer parte da privacidade pessoal enquanto característica da vida humana, elemento do ser que se expõe ao mundo movido pelos interesses da vida em sociedade.

O retrato⁽¹⁰⁰⁾

Podemos dizer com Florido de Vasconcelos, que o retrato surgiu como forma de ... “*fixação dos traços fisionómicos de uma pessoa em ordem a obter uma imagem da sua personalidade ...*” que deve perdurar no tempo, mesmo para além da morte. Pouco mais haverá a acrescentar a esta afirmação. Na verdade, o retrato é uma experiência artística⁽¹⁰¹⁾, seja ele realizado pela pintura, pela estatuária, pelo desenho ou pela fotografia. E esta experiência transporta para o material artístico a imagem que é captada do modelo, retratando-a através da visão daquele que retrata. Esta acção de retratar é feita com a subjectividade inerente do retratante e com a influência que este sofre da técnica e da inspiração. O retrato⁽¹⁰²⁾ é assim a reprodução da imagem de uma pessoa ou coisa com a subjectividade da acção de retratar. A imagem (pessoal) fica por isso além do retrato e aquém da pessoa retratada⁽¹⁰³⁾.

⁽¹⁰⁰⁾ O retrato é de origem funerária (Egipto e Roma) e tinha (como tem) o fim último de perpetuar a imagem de uma pessoa.

⁽¹⁰¹⁾ Com algum interesse é de v. o Ac. do STJ, de 15.04.1997.

⁽¹⁰²⁾ Um retrato é uma pintura, fotografia ou outra representação artística de uma pessoa. Seguindo este conceito, os especialistas dizem que num retrato, os olhos baixos significam depressão e tristeza, olhos altos, indicam altivez e contemplação. In Wikipédia — <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Retrato>>.

⁽¹⁰³⁾ O Ac. do STJ, de 13.03.2001, diz-nos com algum interesse que: 1. — O direito à imagem tem como objecto o retrato físico da pessoa, e expressa-se no poder que todos têm de impedir que o seu retrato seja exposto publicamente. 2. — É um direito pessoalíssimo, que não pode ser alienado, nem exercido por outrem. 3. — O consentimento autorizante só é válido se disser respeito a um concreto retrato, e não a toda e qualquer reprodução mecânica ou artística da imagem de uma pessoa. 4. — Tanto a notoriedade como o enquadramento público não justificam, sem mais, a liberdade de divulgação do retrato — há que, caso a caso, ponderar se se verificam as razões de valor informativo que estão na base dessa liberdade. Não concordamos totalmente com o teor deste aresto do Tribunal superior, no entanto, deixamos a crítica a fazer para outro momento.

2. O direito à imagem⁽¹⁰⁴⁾

Estrutura e natureza jurídica

O Código Civil Português prevê e regula o direito à imagem no artigo 79.º que tem por epígrafe “Direito à imagem”. Este direito consagrado na lei civil reporta-se, salvo melhor opinião, apenas à imagem (pessoal) retratada e não à imagem pessoal em geral do sujeito seu titular que se relaciona, convive e vive na sociedade dos Homens e que nela estabelece relações de vária ordem. A disciplina prevista no artigo 79.º do C.c. limita a sua regulamentação ao retrato, àquilo que já saiu do sujeito titular da imagem, mas que a representa. Trata-se portanto da disciplina de uma representação e não propriamente do que é representado. Por outro lado, essa regulamentação é feita apenas e só para as situações previstas e que são a exposição, reprodução ou lançamento no comércio do retrato da pessoa, ficando de fora todos os demais aspectos correlacionados com a imagem pessoal, como os fins da utilização da imagem propriamente dita, o fim dessa utilização, o meio e a forma de utilização. A imagem⁽¹⁰⁵⁾ e o retrato são figuras distintas apesar de confundíveis. A imagem (pessoal) é mais lata do que o retrato de uma pessoa. A imagem pessoal⁽¹⁰⁶⁾ abrange para além do retrato, o nome, a privacidade, o pseudónimo, o próprio direito à vida, a honra, a liberdade, a integridade física, bem como a voz, os gestos, a forma de vestir e de falar, etc., distinguindo-se do seu conceito geral, dois elementos fundamentais: o elemento físico e o elemento moral. O elemento físico representado pela imagem — retrato e o elemento moral, representado pela imagem-atributo. Por isso, o ele-

⁽¹⁰⁴⁾ O direito à imagem constitui na ordem jurídica portuguesa, um direito autónomo, distinto p.ex. do direito de reserva da vida privada e familiar, in Ac. da Relação de Lisboa de 15.02.1989, CJ, XIV — tomo I, 154.

⁽¹⁰⁵⁾ KUNDERA, diz que; a imagem (facial) “é o número de série da pessoa, é a marca figurativa e distintiva da pessoa.

⁽¹⁰⁶⁾ ANA AZUERMENDI ADARRAGA, in *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*, Madrid, 1997, afirma: “através da imagem humana não só se conhece o quê, mas também o como: conheço que o que estou a ver é um indivíduo humano, e conheço também algo de como é”.

mento físico apresenta o corpo do indivíduo com esta ou com aquela característica peculiar, enquanto que o elemento moral refere-se à imagem pessoal, própria da pessoa e que se apresenta perante as demais pessoas e a comunidade. O direito à imagem é portanto mais do que a protecção dada ao retrato da pessoa com ou sem autorização. E gozando como goza a imagem de todas as características que se apontam aos direitos de personalidade⁽¹⁰⁷⁾, como a inalienabilidade e extrapatrimonialidade, certo é que o direito à imagem é passível de ser explorado dada a sua utilidade económica⁽¹⁰⁸⁾.

Em suma, o direito à imagem⁽¹⁰⁹⁾ compreende todas as formas de exteriorização da pessoa humana⁽¹¹⁰⁾ e os direitos de personalidade⁽¹¹¹⁾ que estão consagrados na lei⁽¹¹²⁾.

(107) Porque o direito à imagem é um direito de personalidade especial.

(108) V. dimensão económica da imagem.

(109) O direito à imagem é um direito de personalidade com garantia civilística, penal e constitucional. Em Portugal, o seu tratamento doutrinário tem sido esquecido. Os estudos que se apresentam sobre o tema, encontram-se ligados a matérias que dizem respeito directamente ao direito geral de personalidade, ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade, incluindo os direitos especiais de reserva da vida privada. Cf. CLÁUDIA TRABUCO, in *O Direito*, 2001, Vol. II.

(110) Um aspecto histórico interessante é o facto de hoje sabermos que entre os povos primitivos existia a ideia de que, captar a imagem de alguém equivalia a subtrair-lhe o espírito. E hoje, embora se ignore a superstição, qualquer pessoa que p.ex. é fotografada, sente-se “apanhada”, “subtraída” na sua pessoa ou imagem.

(111) Para ADRIANO DE CUPIS, o objecto dos direitos de personalidade não deve ser considerado exterior ao sujeito, contudo, tal não significa que o objecto dos direitos de personalidade seja a própria pessoa. O objecto destes direitos deve ser encontrado num plano que apresenta um nexó estreitíssimo com a pessoa, podendo definir-se como “os modos de ser, físico e morais da pessoa”.

Por seu lado, OLIVEIRA ASCENSÃO entende que quando falamos na vida, na honra, na integridade física, queremos referir aspectos que se contêm na personalidade, mas não são mentalmente autonomizáveis, podendo por isso ser contemplados como bens. CAPELO DE SOUSA no entanto diz que, a personalidade física e moral dos indivíduos é bem jurídico, autónomo e tutelado, sendo as normas, como o artigo 71.º do C.c. normas especiais que tutelam apenas parcelarmente aquele bem. E CASTRO MENDES entende que os bens de personalidade são bens mediatos, distinguindo os bens de personalidade imateriais (honra, liberdade) e bens de personalidade materiais (vida, corpo, saúde).

(112) Há autores que defendem a ideia de que o direito à imagem é um direito de personalidade em geral, mas começa a emergir como direito autónomo que pretende proteger um bem, a imagem.

O direito à imagem é um direito absoluto⁽¹¹³⁾ na medida em que é reconhecido como um verdadeiro direito de personalidade, pelo que impõe por um lado, a terceiros esse reconhecimento, salvo havendo autorização ou consentimento (que deve ser expressa) do próprio para a utilização da sua imagem, e por outro lado, não lhe é contraposto um dever jurídico, antes uma obrigação universal, por isso, ele é um direito exclusivo.

Ora se o direito à imagem é um direito de personalidade, ele é também um direito subjectivo, porquanto se traduz num poder concreto que é constituído por faculdades reais e potenciais, isto é, a faculdade de poder reproduzir, difundir ou publicar a imagem com a exclusão de todos os demais, salvo quando exista autorização expressa.

Dissemos que o direito à imagem é um direito subjectivo, e sendo um direito subjectivo, tem uma estrutura bipolar ou de relação, ou seja, o direito à imagem é poder/faculdade, assim como também é liberdade/exclusividade, sendo implicitamente auto-responsável, no sentido de que a pessoa quando abusa no uso ou utilização da sua imagem é responsabilizada pelo ordenamento jurídico, do mesmo modo que quando outros o fazem, de igual modo se pode falar em responsabilidade pela utilização abusiva da imagem (com ou sem autorização). Neste sentido, o ordenamento jurídico português protege o direito à imagem. Esta protecção é feita desde logo pelo texto fundamental — Constituição da Republica Portuguesa, art. 26.º. Esta norma constitucional é vista por Gomes Canotilho e Vital Moreira, como uma norma em que o direito à imagem é tido em dois sentidos: um, o de que cada pessoa tem o direito de não ver o seu retrato exposto em público sem o seu consentimento; outro, o de que o direito de cada pessoa em não ver a sua imagem apresentada em forma gráfica ou em montagem que sejam ofensivas e materialmente distorcidas ou infieis. O Código

⁽¹¹³⁾ O direito à imagem pode ser analisado em três perspectivas, uma constitucional, uma civil e outra penal. Estas perspectivas não prejudicam porém a unicidade da reflexão e do direito que lhe serve de objecto, pois que o direito à imagem é “uno”. Além disso, o direito à imagem é oponível erga omnes, irrenunciável e perpétuo, mas sempre encontra restrições, desde logo aquelas que resultam do artigo 18.º da C.R.P.

Civil também apresenta uma norma através da qual protege o direito à imagem, artigo 79.º. Este preceito consagra o direito à imagem como um direito de personalidade, protegendo o seu titular contra a exposição, a reprodução e a comercialização da imagem não consentida⁽¹¹⁴⁾.

O direito à imagem é portanto protegido pelo ordenamento jurídico⁽¹¹⁵⁾. Esta protecção é feita como se o direito à imagem seja um bem que é titulado pela pessoa que sobre ele exerce o seu poder. O titular do direito beneficia de exclusividade e o seu direito é oponível “erga omnes”, com exclusão de todos os demais. Além disso, é um direito que é vitalício, mais do que isso, o direito à imagem é um direito perpétuo (artigo 71.º, n.º 1 do C.c.), significando isto, que é protegido durante toda a vida do seu titular e mesmo depois da sua morte, não se colhendo ou descortinando qualquer restrição à sua protecção perpetua. O direito à imagem é também um direito imprescritível, seja quanto à prescrição extintiva, quer quanto à prescrição aquisitiva. Como direito de personalidade, é

⁽¹¹⁴⁾ ORLANDO DE CARVALHO e CAPELO DE SOUSA entendem que apesar de o art. 79.º do C.c. não se pronunciar sob a proibição da captação da imagem, certo é que esta deve também ser proibida ou interdita no sentido de evitar os riscos da sua divulgação. Este é aliás o entendimento acolhido pela lei espanhola.

É ainda de ver o disposto no artigo 199.º, n.º 2 do Código Penal que diz: Na mesma pena incorre quem, contra a vontade: a) fotografar ou filmar outra pessoa, mesmo em eventos em que tenha legitimamente participado; ou b) utilizar ou permitir que se utilizem fotografias ou filmes referidos na alínea anterior, mesmo que lícitamente obtidos.

⁽¹¹⁵⁾ Como se viu, o direito à imagem destacou-se do direito à privacidade e este do direito à honra. A protecção do direito à imagem dada pelo direito penal teve a sua génese na Lei n.º 3/73, de 05.04, que de alguma forma protegia o bem jurídico que era constituído pela “intimidade da vida privada”. Esta protecção penal do direito à imagem manteve-se com o Código Penal de 1982, nomeadamente no disposto nos artigos 178.º e 180.º e posteriormente no disposto no artigo 192.º e depois no artigo 199.º a quando das alterações ao Código Penal. É neste último normativo, que a protecção do direito penal ao direito à imagem enquanto bem jurídico autónomo se verificou com mais afinco. Porém, face à protecção legal que este direito já tem, tanto ao nível constitucional, como no direito civil, parece ser exagerado que se procure também no âmbito do direito penal protecção para este direito. Estamos com o DR. DOMINGOS S. C. SÃ, quando diz que na maior parte dos ordenamentos jurídicos europeus, o direito à imagem só é protegido penalmente como reflexo do bem jurídico do direito à intimidade da vida privada. E na verdade assim devia ser. É que o direito à imagem encontra protecção, como vimos, no texto fundamental, na lei civil e em legislação especial, como é o caso da lei da imprensa, televisão e rádio, etc.

um direito não patrimonial porque se reporta a um bem ideal e não material e por isso, podemos dizer que é irrenunciável e inalienável, na medida em que não pode ser colocado no circuito do tráfico jurídico como qualquer outro bem. Mas aqui levanta-se um problema. A ser assim, como se compreende que a imagem (e até a intimidade) seja objecto do tráfico jurídico e muitas vezes com cláusulas características dos contratos do comércio jurídico, como é o caso das cláusulas de exclusividade?! Na verdade, assistimos em cada dia, que determinadas pessoas, como os desportistas e actores cedem a sua imagem (ou até a sua intimidade) a troco de contrapartidas monetárias, contribuindo assim para um verdadeiro comércio da imagem pessoal cada vez mais incentivado pela actividade publicitária. A inalienabilidade da imagem está por isso posta em crise. Será que a imagem pessoal não pode ser alienada? A imagem não pode ser alienada sob pena de violação do princípio que proíbe a venda ou disposição do corpo humano (artigo 81.º n.º 1 do C.c.), mas pode, salvo melhor opinião ser objecto de cedência, mesmo que exclusiva, mas sempre temporária. E tal entendimento não colide com o facto de a imagem ser um direito de personalidade e possuir a característica da intransmissibilidade, isto porque o sujeito não está em definitivo a vender, a entregar a sua imagem a outrem, antes está a ceder a sua utilização para fins que só podem ser lícitos e não violadores da lei (artigo 81.º do C.c.). Conclui-se assim, aliás na esteira de outras opiniões, que a imagem enquanto direito pessoal está dotado de um carácter ou de um potencial económico e patrimonial que lhe permite ter utilidade que satisfaz a publicidade⁽¹¹⁶⁾ e o marketing. De todo o modo, nunca esta economicidade pode retirar à imagem o seu carácter pessoal, como fazendo parte da pessoa humana, porque se o fosse estava a desvirtuar o sentido e o fim para que pode ter utilidade. Mesmo assim, faltando ou extinguindo-se esta utilidade, a imagem deixa de ter potencialidade económica. A morte da pessoa, extin-

⁽¹¹⁶⁾ Cf. *Nosso Código da Publicidade*, anotado e comentado, Vida Económica, 2003. O artigo 7.º, n.º 2 do C.P. diz: É proibida, nomeadamente, a publicidade que: c) atente contra a dignidade da pessoa humana. E a al. e) dispõe: utilize sem autorização da própria, a imagem ou as palavras de alguma pessoa.

gue para o mundo a imagem dessa pessoa fazendo terminar o seu direito de imagem. Haverá porém transmissão “mortis causa” do direito à imagem? Não pode existir transmissão do direito já que o direito à imagem enquanto direito de personalidade extingue-se com a morte do seu titular.

Desaparecendo o sujeito, a pessoa, desaparece a sua imagem. Mas o desaparecimento da imagem deixa para o mundo dos vivos, os seus resquícios, algo que existiu com vida, esse algo, não sendo a imagem e muito menos o direito de imagem do “de cuius”, sempre é a “imagem da imagem” que pode traduzir-se no retrato cuja utilização ou uso está regulada pelo n.º 1 segunda parte do artigo 79.º do C.c. Aqui, diz a lei que têm legitimidade para proteger e defender a ameaça ou ofensa da imagem de pessoa falecida, o cônjuge sobrevivente, ou qualquer outro descendente, ascendente (...) (artigo 71.º, n.º 2). Contudo, não estamos perante uma transmissão “mortis causa” do direito à imagem, outrossim no âmbito da protecção do que ficou desse direito, podendo ele ser defendido, não por todos, mas apenas pelas pessoas da família, por aqueles que são mais próximos do titular da imagem.

O direito à imagem conhece várias teorias que procuram encontrar a sua fundamentação e elas são: **a teoria negativista** — os seus seguidores negam a existência do direito à imagem (Rosmini, Piola, Caselli, Schuster); **a teoria da subsunção do direito à própria imagem ao direito à honra** — para esta teoria, a protecção a dar ao direito à imagem é feita não directamente, mas através do direito à honra a que o direito à imagem constitui uma faceta ou resultado; **a teoria do direito à própria imagem como manifestação do direito ao próprio corpo** — para os seus defensores, o direito à imagem é uma extensão do direito sobre o próprio corpo, pelo que o direito à imagem está em relação ao corpo como o direito ao nome está em relação à pessoa; **teoria do direito à própria imagem como expressão do direito à intimidade ou reserva à vida privada** — para esta teoria, o direito à imagem está ligado à ideia da protecção à intimidade ou reserva à vida privada (right of privacy ou del diritto alla riservatezza); **a teoria do direito à própria imagem como espécie do direito à identidade pessoal ou teoria da identidade** — para os seus

defensores, existe um paralelismo entre a imagem e o nome das pessoas já que ambos possuem uma função identificadora do ser humano, pelo que o direito à imagem seria a expressão do direito à individualidade; *a teoria do direito à própria imagem e o direito à liberdade* — para esta teoria, a autorização, a divulgação ou exposição da imagem pessoal deve pertencer ao poder de autodeterminação de cada indivíduo, isto é, cada indivíduo deve ter a liberdade de escolher se o seu retrato deve ou não ser usado por terceiros; *a teoria do património moral da pessoa* — para esta teoria, o direito à imagem pessoal deve integrar-se juntamente com os demais direitos de personalidade, no património moral do indivíduo. Diríamos que a expressão “património moral do indivíduo” não é de todo correcta em face da natureza da matéria em análise, antes deveria tal expressão ser substituída pela expressão “imagem pessoal” ganhando assim toda a consistência que merece. Na verdade, aceitamos tal teoria com esta correcção, já que efectivamente a imagem integrada com os demais direitos de personalidade, constitui de facto o que podemos chamar com propriedade o direito à imagem pessoal, encontrando-se aqui o seu fundamento. Por último, *a teoria do direito autónomo à luz do direito positivo* — para esta teoria, o direito à imagem funda-se na lei civil e só nela, pelo que o direito à imagem só existe enquanto previsto na lei.

O Direito à imagem tem em nosso entender a sua autonomia, não como direito autónomo e distinto, mas como direito especial de personalidade que reúne em si mesmo todos os direitos de personalidade. Por essa razão podemos dizer que ele tem as mesmas características dos direitos de personalidade em geral, nomeadamente constituir um direito subjectivo de carácter privado e natureza absoluta; ser um direito de personalidade com conteúdo patrimonial quando pelo seu exercício possa gerar bens de valor económico; e é um direito inalienável, irrenunciável, intransmissível e imprescritível.

O direito à imagem é como vimos um direito através do qual a pessoa tem a faculdade de em exclusivo poder reproduzir, difundir ou publicar a sua própria imagem com carácter comercial ou não, podendo, quando assim o entender impedir outrem de reproduzir,

difundir ou publicar a sua imagem sem autorização ou consentimento⁽¹¹⁷⁾.

Desta ideia de direito à imagem retira-se que ele é um direito de personalidade que apresenta duas vertentes convergentes, uma positiva, porque confere uma faculdade, outra negativa porque impede a utilização da imagem por terceiros sem autorização ou consentimento. Por outro lado, o direito à imagem é um direito absoluto na medida em que é reconhecido como um verdadeiro direito de personalidade, pelo que impõe por um lado a terceiros esse reconhecimento (salvo no caso em que exista autorização para a utilização da imagem) e por outro lado não lhe é contraposto um dever jurídico, antes uma obrigação universal e por isso ele é um direito exclusivo. Assim, se o direito à imagem é um direito de personalidade, ele é também um direito subjectivo⁽¹¹⁸⁾, porquanto se traduz num poder concreto que é constituído por faculdades reais e potenciais, ou seja, a faculdade de poder reproduzir, difundir ou publicar a imagem com a exclusão de todos os demais, salvo quando exista autorização (expressa). Sendo o direito à imagem um direito subjectivo, ele tem uma estrutura com dois pólos e de relação, isto é, o direito à imagem é poder/faculdade e é liberdade/exclusividade, mas também é e de forma implícita auto-responsável, no sentido de que a pessoa quando abusa no uso ou na utilização da sua imagem é responsabilizada pelo ordenamento jurídico, do mesmo modo que quando outros o fazem de igual modo se pode falar em responsabilidade pela utilização abusiva ou ilícita da imagem (com ou sem autorização)^(119/120).

(117) Esta ideia ou noção de direito à imagem é dada e desde logo por CLEMENT CREVILLÁS SÁNCHEZ, in *Derechos de la personalidad*, 1995.

(118) Para MANUEL DE ANDRADE, in *Teoria Geral da Relação Jurídica, Vol. I*, o direito subjectivo é a faculdade ou o poder atribuído pela ordem jurídica a uma pessoa de exigir ou pretender de outra pessoa um determinado comportamento (positivo ou negativo).

(119) ORLANDO DE CARVALHO e CAPELO DE SOUSA, entendem que apesar de o art. 79.º não se pronunciar sob a proibição da captação da imagem, certo é que esta deve também ser proibida, no sentido de evitar os riscos de divulgação. Este é também o entendimento acolhido pela Lei espanhola.

(120) O artigo 199.º, n.º 2 do Código Penal Português, inserido no capítulo — Dos crimes contra outros bens jurídicos pessoais, sob a epígrafe “gravações e fotografias ilícitas”.

3. O direito à imagem no direito comparado

O direito comparado é o ramo da ciência jurídica que estuda as diferenças e as semelhanças que existem entre os vários ordenamentos jurídicos de diferentes países, agrupando-os de forma sistemática em famílias. Na actualidade, pode falar-se essencialmente nas famílias *romano-germânicas* e as da *commom law*.

Num passado não muito longínquo falava-se também da família dos direitos socialistas, hoje em declínio completo e com pouco significado no direito comparado. Além destas famílias, pode ainda referenciar-se outras, estas sem a importância e o âmbito das primeiras, mas que os juristas diferenciam, como p.ex. o direito muçulmano, e o direito do Extremo Oriente. Ainda com alguma importância, encontramos o direito ou grupos de ordenamentos jurídicos que se estruturam fora das grandes e principais famílias e que existem em alguns países da América, da Ásia e de África.

Tendo em conta o que se pode entender por direito comparado, apresentamos ainda que com alguma brevidade, o direito à imagem no direito comparado, nomeadamente em França, na Alemanha, na Itália, nos Estados Unidos da América do Norte e no Brasil.

Em França, a protecção e o reconhecimento do direito à imagem, como direito de personalidade nasceu e desenvolveu-se sobretudo por influência e actuação dos tribunais franceses que ao longo dos tempos foram formando ensinamentos que contribuíram para a protecção do direito à imagem. O Tribunal de Seine foi o primeiro tribunal francês que em 1858 julgou um caso sobre o direito à imagem, tendo aí determinado que os originais de várias fotografias de uma actriz morta fossem destruídos. De qualquer modo, a França não consagrou na sua Constituição o direito à imagem, tratando-o mais com a jurisprudência que se vai fixando, do que com a lei.

tas” dispõe: Na mesma pena incorre quem, contra a vontade: a) fotografar ou filmar outra pessoa, mesmo em eventos em que tenha legitimamente participado; ou b) utilizar ou permitir que se utilizem fotografias ou filmes referidos na alínea anterior, mesmo que lícitamente obtidos.

Na Alemanha, o direito à imagem começa a merecer a preocupação dos juristas por volta de 1880, ano em que foi publicada a obra *“Das Recht am eigenum Bild da Keissner”*. Em 1907 é publicada uma lei que incorpora no direito alemão a tutela do direito à imagem, e em 1949 é consagrado na Constituição da República Federal, o direito à imagem através de uma cláusula de um direito geral da personalidade. Posteriormente, com a Lei Fundamental de Bonn, esta, ao tratar da liberdade de expressão do pensamento voltou a mencionar o direito à imagem fixando os limites para o exercício dos direitos que previa.

Em Itália, o direito à imagem passou por um processo longo de evolução. Em primeiro lugar foi consolidada a sua tutela através da influência da doutrina por volta de 1874, e o Código Civil italiano de 1942 consagrou e de forma expressa o direito à imagem, protegendo este direito contra reproduções, publicações e exposição de imagens feitas por terceiros sem o consentimento do seu titular. Por outro lado, a Constituição Italiana consagrou, tal como acontece em Portugal, uma cláusula geral de personalidade.

Nos Estados Unidos da América do Norte, a protecção do direito à imagem inicia-se em 1890, após uma forte discussão doutrinária e jurisprudencial, tendo sido por volta daquele ano de 1890 que um Tribunal do Estado da Geórgia quem primeiro proferiu uma decisão no sentido de proteger o direito à imagem. Em 1903, um diploma publicado no Estado de Nova York relativo ao direito à vida privada, proibia o uso do nome, do retrato ou outra espécie de imagem de qualquer pessoa viva para fins publicitários sem que houvesse o consentimento do próprio. Hoje, nos Estados Unidos da América, de uma forma geral estabelece-se uma diferenciação entre *“right of privacy”* e *“right of publicity”* que correspondem a aspectos morais e materiais do direito à imagem.

No Brasil, o direito à imagem tem consagração constitucional. Por um lado, foi consagrado de forma autónoma, a intimidade da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, bem como a garantia de indemnização material ou moral decorrente da sua violação (artigo 5.º, X). O direito à imagem foi entretanto sedimentado pela doutrina e pela jurisprudência, encontrando-se numa fase de forte desenvolvimento no ordenamento jurídico brasileiro.

A sua consagração como direito fundamental remonta à Constituição de 1824, onde se fazia já referência à inviolabilidade de domicílio. As Constituições que se seguiram não trataram do direito à imagem de forma expressa, mas contemplavam normas de protecção. Com a Constituição de 1988, o direito à imagem foi elevado à categoria de direito fundamental e como tal previsto no texto fundamental brasileiro. O Código Civil de 1916 já se referia ao direito à imagem, e o de 2002, no artigo 20.º trata expressamente do direito à imagem.

BIBLIOGRAFIA**PARTE I**

Enciclopédia Luso-Brasileira de Cultura — Vols. 7, 11 e 15.

Enciclopédia LOGOS.

Enciclopédia Larousse.

Dicionário de Língua Portuguesa (A.C) e outros.

Dicionário Houaiss.

Filosofia (história) — imagem.

A imagem na comunicação, publicidade, direito autoral e Direito.

O Erro de Descartes — Emoção, Razão e Cérebro Humano, ANTÓNIO R. DAMÁSIO, Círculo de Leitores, 1995.

PARTE II

DIOGO LEITE DE CAMPOS — *O Direito e os Direitos da Personalidade*, ROA, 53, II, 1993.

MANUEL VILHENA DE CARVALHO — *O Nome das Pessoas e o Direito*, Almedina, 1989.

ANTÓNIO MARIA M. PINHEIRO TORRES — *Acerca dos Direitos de Personalidade* — Ed. Rei dos Livros, 2000.

GUILHERME MACHADO DRAY — *Direitos de Personalidade*, Almedina, 2006

ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO — *Tratado de Direito Civil. I, Parte Geral*, Almedina, 2000.

MANUEL DE ANDRADE — *Teoria Geral da Relação Jurídica, Vol., I* — Almedina, reimpressão, 2003.

CLÁUDIA TRABUCO — *Dos contratos relativos ao direito à imagem*, in “O Direito”, 133, 2001, II, 389-459.

O ESGOTAMENTO DO PODER JURISDICIONAL DOS ÁRBITROS: CORRECÇÃO, INTERPRETAÇÃO E INTEGRAÇÃO DA SENTENÇA ARBITRAL

Pela D.^{ra} Alexandra Valpaços Gomes de Campos

SUMÁRIO:

Introdução. **I. O Princípio *Functus Officio***; 1.1. Significado; 1.2. Disposições; 1.3. Excepções. **II. Correção da Sentença Arbitral**; 2.1. Leis de Arbitragem; 2.1.1. Lei-Modelo da UNCITRAL; 2.1.2. França; 2.1.3. Suíça; 2.1.4. Espanha; 2.1.5. Brasil; 2.1.6. Estados Unidos. **III. Interpretação da Sentença Arbitral**; 3.1. Leis de Arbitragem; 3.1.1. Lei-Modelo da UNCITRAL; 3.1.2. França; 3.1.3. Suíça; 3.1.4. Espanha; 3.1.5. Brasil; 3.1.6. Estados Unidos. **IV. Integração da Sentença Arbitral**; 4.1. Leis de Arbitragem; 4.1.1. Lei-Modelo da UNCITRAL; 4.1.2. França; 4.1.3. Suíça; 4.1.4. Espanha; 4.1.5. Brasil; 4.1.6. Estados Unidos. **V. O Caso Português**; 5.1. Decreto-Lei n.º 243/84, de 17 de Julho; 5.2. Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto; 5.3. Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro; 5.3.1. Rectificação da Sentença; 5.3.2. Esclarecimento da Sentença; 5.3.3. Sentença Adicional; 5.3.4. Remessa da Sentença para o Tribunal Arbitral. **Conclusões. Regulamentos de Arbitragem. Abreviaturas. Bibliografia.**

Introdução

“What is, in the last analysis, the ultimate value, finality or correctness?”

PIERRE LALIVE⁽¹⁾

Esta questão, simultaneamente prática e filosófica, inspirou a elaboração do presente trabalho. Uma questão avançada por um célebre autor suíço, no âmbito da arbitragem, reportando-se às sentenças proferidas pelos tribunais arbitrais. Após a prolação de uma sentença arbitral, que valor deve prevalecer: a definitividade ou a justiça?

Uma das principais razões por detrás da opção pelo processo arbitral traduz-se na obtenção de uma solução definitiva para o litígio em causa. *“By choosing arbitration, the parties choose a system of dispute resolution that results in a decision that is, in principle, final and binding.”*⁽²⁾. De facto, são comuns as leis⁽³⁾ e os regulamentos⁽⁴⁾ de arbitragem que prevêm o carácter final e vinculativo da sentença arbitral.

As vantagens da definitividade são inegáveis. Por um lado, a sentença arbitral definitiva favorece a justiça rápida que as partes procuram e que constitui um dos grandes objectivos da arbitragem; por outro, uma sentença arbitral que não seja susceptível de alteração garante a segurança jurídica que nenhum Direito pode dispensar.

Contudo, a falibilidade faz parte da natureza humana, o que possibilita que os árbitros elaborem uma sentença com erros, ambi-

⁽¹⁾ PIERRE LALIVE, *“Absolute Finality of Arbitral Awards?”*, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Associação Portuguesa de Arbitragem, Almedina, 2009, p. 126.

⁽²⁾ ALAN REDFERN, MARTIN HUNTER, NIGEL BLACKABY e CONSTANTINE PARTASIDES, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 4.ª edição, Sweet & Maxwell, 2004, p. 406.

⁽³⁾ Veja-se, nomeadamente, Código de Processo Civil Alemão, § 1055; Lei de Arbitragem Inglesa, § 58, 1.º parágrafo; Lei Federal de Direito Internacional Privado Suíça, Artigo 190.º, n.º 1 (prevendo apenas o carácter final da sentença).

⁽⁴⁾ Veja-se, por exemplo, Regulamento da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional, Artigo 34.º, n.º 2; Regulamento da Câmara de Comércio Internacional, Artigo 34.º, n.º 6 (prevendo só o carácter vinculativo da sentença); Regulamento do Tribunal de Arbitragem Internacional de Londres, Artigo 26.º, n.º 9; Regulamento da Câmara de Comércio de Estocolmo, Artigo 40.º.

guidades ou omissões. Muitas vezes serão irregularidades menores, sem qualquer impacto na decisão que o tribunal arbitral quis proferir, mas em certos casos estaremos perante falhas que atingem os direitos das partes, afectam a compreensão da decisão ou alteram o próprio sentido da solução jurídica que os árbitros pretendiam definir.

Em situações como estas, a elevação da inalterabilidade da sentença arbitral a valor absoluto lesaria as partes, impedindo que beneficiassem de uma decisão inteiramente correcta e justa. Será por isso que encontramos, em grande parte dos ordenamentos jurídicos estaduais⁽⁵⁾, normas sobre a remoção de erros, a clarificação de ambiguidades e/ou a emenda de omissões nas sentenças arbitrais.

Existindo, assim, uma “tensão” entre a definitividade e a justiça, na medida em que uma pode ter de ceder para dar lugar à outra num momento posterior à prolação da sentença arbitral, parece-nos essencial determinar a relação entre os dois valores em termos práticos.

Na presente análise, começaremos por reflectir sobre o princípio que rege a jurisdição dos árbitros aquando do término do processo arbitral. Seguidamente, tentaremos definir o âmbito e os limites da correcção, da interpretação e da integração das sentenças arbitrais, examinando algumas leis de arbitragem. Por fim, determos-nos no Direito Português, apurando o que disse e o que diz o nosso legislador.

(5) Veja-se, por exemplo, Código de Processo Civil Alemão, § 1058; Código de Processo Civil Francês, Artigo 1485.º, 2.º parágrafo; Código de Processo Civil Holandês, Artigos 1060.º e 1061.º; Lei de Arbitragem Espanhola, Artigo 39.º; Lei de Arbitragem Inglesa, § 57; Lei Federal de Arbitragem Norte-Americana, § 11; Lei de Arbitragem Brasileira, Artigo 30.º; Lei de Arbitragem Angolana, Artigo 30.º, n.ºs 2 e 3; Lei de Arbitragem Moçambicana, Artigo 48.º.

I. O Princípio *Functus Officio*

1.1. Significado

O que é, afinal, uma sentença arbitral definitiva? É uma sentença que é final, que é última, que não pode ser alterada pelos árbitros. A definitividade da sentença arbitral está, assim, intimamente ligada ao esgotamento do poder jurisdicional dos árbitros, uma vez que a primeira só é possível se aceitarmos o segundo.

Com efeito, depois de proferir a sentença, o tribunal arbitral deixa de ter influência sobre ela e os poderes dos árbitros chegam ao fim. Utilizando a frase empregada pelas jurisdições do *Common Law*, o tribunal torna-se “*functus officio*”⁽⁶⁾, expressão latina que significa “esgotado o poder jurisdicional”, “findo o mandato”⁽⁷⁾.

Historicamente, o princípio *functus officio* nasceu numa era de hostilidade judicial⁽⁸⁾ em relação ao processo arbitral, motivada pela percepção de que os árbitros seriam mais susceptíveis a pressões para alterar o desfecho do litígio, por não beneficiarem da protecção institucional atribuída aos juizes. Evitava-se, deste modo, que a parte vencida tentasse conseguir uma alteração da decisão arbitral a seu favor.

Adoptado pela jurisprudência norte-americana em 1863, no caso *Bayne v. Morris*⁽⁹⁾, o princípio *functus officio* foi definido pelo tribunal da seguinte forma: “*Arbitrators exhaust their power when they make a final determination on the matters submitted to them. They have no power after having made an award to alter it; the authority conferred to them is then at an end*”⁽¹⁰⁾.

⁽⁶⁾ GARY B. BORN, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2009, Cap. 23, p. 2513.

⁽⁷⁾ HENRY CAMPBELL BLACK, *Black's Law Dictionary*, 6.ª edição, West Publishing Co, 1990, p 673.

⁽⁸⁾ THOMAS A. ALLEN, ROBYN D. HERMAN, “*Clarification, Reconsideration and the Doctrine of Functus Officio*”, in *ARLAS Quarterly*, Volume XI, n.º 2, 2004, p. 5.

⁽⁹⁾ MICHAEL CAVENDISH, “*Fortress Arbitration: an exposition of functus officio*”, in *Florida Bar Journal*, Fevereiro 2006.

⁽¹⁰⁾ *Bayne v. Morris*, 68 U.S. (1 Wall.) 97, 99 (1863).

De facto, segundo o princípio *functus officio*, os árbitros completam o seu mandato⁽¹¹⁾ ao proferir a sentença arbitral e nada mais podem fazer quanto à matéria que lhes foi submetida pelas partes, ou seja, não podem rever a decisão que proferiram.

Ao referirmos esta impossibilidade de revisão, não podemos deixar de assinalar — ainda que brevemente, por não fazer parte do objecto do presente trabalho — o fenómeno do caso julgado⁽¹²⁾, que constitui um efeito autónomo (face ao gerado pelo princípio *functus officio*), atribuído às sentenças arbitrais por algumas leis de arbitragem⁽¹³⁾.

Citando GAILLARD e SAVAGE⁽¹⁴⁾, “[the making of the arbitral award] *terminates the arbitrators’ jurisdiction over the dispute which they have resolved (§ 1) and marks the point in time from which the award is res judicata with regard to that dispute (§ 2).*” Embora com conteúdos dissociáveis, quando ambos os efeitos *functus officio* e *res judicata* são produzidos, são-no no mesmo momento, o momento da prolação da sentença arbitral.

1.2. Disposições

Muitas são as leis arbitrais que expressamente prevêm a extinção do poder jurisdicional dos árbitros no momento em que proferem a sentença.

(11) Importa distinguir entre o momento em que o árbitro completa o seu mandato e a situação em que o árbitro termina o seu mandato antes de completá-lo, como em caso de escusa (GARY B. BORN, op. cit., p. 2513).

(12) O trânsito em julgado de uma sentença significa que a decisão sobre a relação material controvertida passa a ter força obrigatória dentro e fora do processo entre as mesmas partes (caso julgado material) ou apenas dentro do processo, se a decisão recair unicamente sobre a relação processual (caso julgado formal). Note-se, contudo, que o âmbito do caso julgado na arbitragem varia de jurisdição para jurisdição.

(13) Veja-se, designadamente, Código de Processo Civil Alemão, § 1055; Código de Processo Civil Francês, Artigo 1484.º, 1.º parágrafo; Código de Processo Civil Holandês, Artigo 1059.º; Lei de Arbitragem Brasileira, Artigo 31.º; Lei de Arbitragem Angolana, Artigo 33.º.

(14) EMMANUEL GAILLARD, JOHN SAVAGE, *Fouchard Gaillard Goldman on International Arbitration*, Kluwer Law International, 1999, p. 775.

A Lei Modelo⁽¹⁵⁾ da UNCITRAL (*United Nations Commission on International Trade Law*)⁽¹⁶⁾ apresenta com clareza a regra segundo a qual o tribunal arbitral se torna *functus officio*. De acordo com parágrafo 1.º do artigo 32.º, o processo arbitral “*termina quando for proferida a sentença final*” e, nos termos do parágrafo 3.º do mesmo artigo, “[*a*]s funções do tribunal arbitral cessam com o encerramento do processo arbitral”.

Nos mesmos moldes, no Código de Processo Civil Alemão⁽¹⁷⁾ (ZPO) é possível observar a conclusão do mandato dos árbitros: “*The arbitral proceedings are terminated by the final award*”, “*the mandate of the arbitral tribunal terminates with the termination of the arbitral proceedings*” (§ 1056, parágrafos 1.º e 3.º, respectivamente). A Alemanha foi um dos países a adoptar a Lei Modelo.

Também o Código de Processo Civil Francês (alterado pelo Decreto n.º 2011-48 de 13 de Janeiro de 2011, que entrou em vigor a 1 de Maio do mesmo ano) prevê o termo da jurisdição do tribunal arbitral depois de proferida a sentença. “*La sentence dessaisit le tribunal arbitral de la contestation qu'elle tranche*” — é o que dispõe o 1.º parágrafo do artigo 1485.º.

Uma menção expressa ao princípio *functus officio* consta igualmente do Código de Processo Civil Holandês⁽¹⁸⁾, no artigo 1058.º, 2.º parágrafo: “*the mandate of the arbitral tribunal shall terminate upon the deposit of the last final award*”.

Mais perto de nós, a Lei de Arbitragem Espanhola (Lei n.º 60/2003, de 23 de Dezembro, alterada pela Lei n.º 11/2011, de 20 de Maio) declara que “[...] *las actuaciones arbitrales termi-*

(15) Todas as citações da Lei Modelo são retiradas da tradução portuguesa da Direcção-Geral da Política de Justiça, Abril 2011 (<www.dgppj.mj.pt>). Porém, a utilização desta tradução não dispensou a consulta do texto original.

(16) Em Português, CNUDCI (Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional).

(17) Todas as citações do Código de Processo Civil Alemão são retiradas da tradução inglesa disponível no site da *Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e. V.* (<www.dis-arb.de>).

(18) Todas as citações do Código de Processo Civil Holandês são retiradas da tradução inglesa disponível no site da fundação *Transport And Maritime Arbitration Rotterdam-Amsterdam* (<www.tamara-arbitration.nl>).

narán y los árbitros cesarán en sus funciones con el laudo definitivo” (artigo 38.º, n.º 1, *in fine*).

No continente africano, vejamos-se o artigo 40.º, n.º 4 da Lei de Arbitragem Moçambicana (“*O mandato do tribunal arbitral finda com a extinção do procedimento*”), que ocorre quando é proferida a sentença definitiva) e o artigo 32.º, n.º 1 da Lei de Arbitragem Angolana (“*O poder jurisdicional do Tribunal Arbitral extingue-se com o trânsito em julgado da decisão arbitral*”).

Por seu turno, existem leis de arbitragem que se limitam a fazer menções indirectas ao fim do poder jurisdicional do tribunal arbitral. É o caso da Lei Federal de Direito Internacional Privado Suíça⁽¹⁹⁾ (LDIP): “*The [arbitral] award is final from its notification*”, nos termos do n.º 1 do artigo 190.º. Se a sentença arbitral é final, definitiva, a partir do momento em que é notificada às partes, os árbitros não poderão depois modificá-la.

Optando pelo silêncio normativo, temos nomeadamente os Estados Unidos, cuja Lei Federal de Arbitragem (FAA) não se refere, directa nem indirectamente, ao princípio *functus officio*. No entanto, os tribunais norte-americanos têm repetidamente⁽²⁰⁾ afirmado aquela teoria, desde meados do século XIX.

Além disso, a falta de previsão legal não desarma certos autores: “*Even where not provided for in the applicable procedural law, an arbitral award should certainly be considered as ending the arbitrators’ jurisdiction over the dispute it resolves*”⁽²¹⁾.

Independentemente de estar presente em disposições de múltiplas leis de arbitragem, pergunta-se se o princípio *functus officio* não poderá integrar as disposições acordadas pelas partes em convenções de arbitragem. A resposta deve ser afirmativa, considerando que a autonomia privada é a base do processo arbitral. Mas se a lei for omissa e as partes nada disserem?

⁽¹⁹⁾ Todas as citações da Lei Federal de Direito Internacional Privado Suíça são retiradas da tradução inglesa de Marc Blessing, Robert Briner e Pierre A. Carrer (<www.secam.org>).

⁽²⁰⁾ Veja-se a jurisprudência norte-americana indicada em GARY B. BORN, *op. cit.*, p. 2521, nota de rodapé n.º 29.

⁽²¹⁾ EMMANUEL GAILLARD, JOHN SAVAGE, *op. cit.*, p. 775.

Uma das características definidoras do processo arbitral é a seleção de árbitros para resolver um determinado⁽²²⁾ litígio ou conjunto de litígios. Logo, as partes escolhem os árbitros para que estes decidam contendas em particular, e não como mentores a longo prazo das suas relações contratuais⁽²³⁾. Daí resulta que o tribunal arbitral, depois de tomar a decisão final, não permanecerá em funções, pois concluiu a tarefa que as partes lhe destinaram.

Por outro lado, as partes procuram na arbitragem uma solução expedita para os seus problemas — e a celeridade com que se pretende chegar ao desenlace do processo não se coaduna com um poder jurisdicional que sobreviva à prolação da sentença.

Finalmente, importa considerar que os árbitros não são sujeitos à disciplina e à preparação dos juízes. Sem querermos, de todo, fomentar a inimizade judicial que possa ainda existir relativamente à arbitragem, a verdade é que qualquer pessoa⁽²⁴⁾, quando escolhida pela(s) parte(s), pode ser árbitro, o que acaba por potenciar o risco de essa pessoa ceder a influências posteriores ao conhecimento pelas partes da sentença arbitral.

Por tudo isto, é seguro concluir que o princípio *functus officio* vai de encontro às presumíveis expectativas das partes, pelo que mesmo na ausência de disposições legais nesse sentido, ele deve ter-se como um elemento implícito⁽²⁵⁾ na convenção de arbitragem.

1.3. Exceções

O papel dos árbitros termina no momento em que a sentença arbitral é proferida. É este o significado do princípio *functus officio*

(22) A determinação do litígio ou litígios abrangidos pela convenção de arbitragem é um dos seus elementos essenciais (ARMINDO RIBEIRO MENDES, *Introdução às Práticas Arbitrais*, 2011, p. 71).

(23) GARY B. BORN, op. cit., p. 2519.

(24) Singular e plenamente capaz (Lei de Arbitragem Voluntária Portuguesa, Artigo 9.º, n.º 1; Lei de Arbitragem Espanhola, Artigo 13.º, Código de Processo Civil Francês, Artigo 1450.º).

(25) GARY B. BORN, op. cit., p. 2520.

e que se traduz em várias regras legais. Mas estas regras, que defendem a definitividade no processo arbitral, devem deixar espaço para exceções, que aliviam a firmeza do princípio e tutelam a justiça da decisão.

Como já vimos, uma sentença arbitral pode conter erros, ambiguidades ou omissões. Por isso, existem diversas leis e regulamentos de arbitragem a prever um conjunto de mecanismos para remediar esses defeitos: são eles a correção, a interpretação e a integração da sentença, os quais constituem, na generalidade dos casos⁽²⁶⁾, as exceções à regra do esgotamento do poder jurisdicional.

Deste modo, pode haver circunstâncias em que os árbitros, depois de revelarem a sentença, continuam a exercer a sua jurisdição. Torna-se, assim, relevante definir o âmbito e os limites dos poderes pós-sentença do tribunal arbitral, determinando, nomeadamente, quem é que tem a iniciativa e quais os prazos dentro dos quais esta pode ser tomada.

II. Correção da Sentença Arbitral

Haverá inevitavelmente casos em que uma sentença arbitral contém erros. Não nos referimos a erros de julgamento, em que *“o juiz disse o que queria dizer; mas decidiu mal, decidiu contra lei expressa ou contra os factos apurados”*⁽²⁷⁾, mas sim a erros materiais, que consistem na *“divergência entre o que foi escrito e aquilo que se queria ter escrito, mas que decorre[m] do que demais consta em termos do respectivo contexto”*⁽²⁸⁾.

Os erros materiais são, portanto e em princípio, facilmente identificáveis, são flagrantes, uma vez que não se compadecem

⁽²⁶⁾ Veja-se o caso particular dos Estados Unidos, cuja jurisprudência identifica, não três, mas dez exceções (MICHAEL CAVENDISH, *op. cit.*).

⁽²⁷⁾ ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil Anotado*, Coimbra, 1981, V, p. 130.

⁽²⁸⁾ JOEL TIMÓTEO RAMOS PEREIRA, *“Erro material — em que consiste?”*, in *Revista O Advogado*, II Série, n.º 17, 2005.

com a lógica do texto da sentença. Podem resultar de cálculos incorrectos ou de lapsos tipográficos, podem ser números invertidos ou palavras trocadas. Ainda que na maioria das vezes tenham pouca relevância, é também verdade que erros como estes podem conduzir a conclusões incoerentes ou, no pior cenário, a sérias injustiças.

Imagine-se a situação em que, devido a um erro de cálculo, o tribunal arbitral profere uma sentença que ordena o pagamento de uma indemnização muito mais baixa ou muito mais alta do que aquela que pretendia⁽²⁹⁾. Ou a circunstância de o árbitro, depois de expor todas as razões que o levam a acolher a pretensão de uma das partes, consagrar na sentença, por mero equívoco, que o seu pedido é improcedente⁽³⁰⁾.

Em qualquer dos casos, a correcção é a solução mais adequada. Como veremos adiante, as partes podem requerer a correcção da sentença. Porém, não serão raras as vezes em que a parte vencida tenta utilizar o pedido de correcção como uma oportunidade para impugnar o mérito da decisão. Por este motivo, o âmbito dos erros sujeitos a correcção é restrito, não só nos termos da lei, como por força da jurisprudência arbitral⁽³¹⁾.

2.1. Leis de Arbitragem

2.1.1. *Lei Modelo da UNCITRAL*

A Lei Modelo da UNCITRAL entrou em vigor no dia 21 de Junho de 1985, tendo sido alvo de alterações em 2006. Foi desenhada para ajudar os Estados a modernizar as respectivas leis de arbitragem, tendo em consideração as necessidades específicas da

⁽²⁹⁾ EMMANUEL GAILLARD, JOHN SAVAGE, op. cit., p. 777.

⁽³⁰⁾ CARLOS ALBERTO CARMONA, *Arbitragem e Processo — Um Comentário à Lei N.º 9.307/96*, 3.ª edição, Editora Atlas, p. 385.

⁽³¹⁾ A título de exemplo: em 2004, na Câmara de Comércio Internacional, 25 pedidos de correcção foram submetidos aos tribunais com base no Regulamento da CCI, entre os quais 18 foram rejeitados (GARY B. BORN, op. cit., p. 2536, nota de rodapé n.º 115).

prática da arbitragem comercial internacional. Actualmente, constitui a base de leis nacionais de todas as regiões do mundo⁽³²⁾.

O artigo 33.º, n.º 1 da Lei Modelo dispõe que, “[n]os trinta dias seguintes à recepção da sentença, a menos que as partes tenham acordado um outro prazo”, qualquer das partes pode, notificando a outra, pedir ao tribunal arbitral que “rectifique no texto da sentença qualquer erro de cálculo ou tipográfico ou qualquer erro de natureza idêntica” (alínea a)).

Se considerar o pedido justificado, o tribunal arbitral deverá fazer a rectificação “nos 30 dias seguintes à recepção do pedido” (artigo 33.º, n.º 1, último parágrafo), podendo, no entanto, prolongar, “se for necessário”, o prazo de que dispõe para rectificar (artigo 33.º, n.º 4).

Assim, as correcções com base na Lei Modelo só podem incidir sobre um género limitado de erros e apenas podem ser feitas dentro de determinado período temporal. Estas restrições visam, por um lado, impedir que o pedido de correcção seja utilizado para contestar a substância da sentença e, por outro, salvaguardar a segurança jurídica.

Contudo, a nosso ver, a possibilidade de o tribunal arbitral alargar indefinidamente o prazo que tem para proceder à rectificação, baseando-se no simples critério de entender que tal seja necessário (artigo 33.º, n.º 4 da Lei Modelo), acaba por arruinar o esforço de protecção da certeza e por tornar a arbitragem menos célere.

De acordo com a Lei Modelo, o tribunal arbitral também pode, por sua iniciativa, rectificar qualquer erro do tipo referido na alínea a) do n.º 1 do artigo 33.º, “nos 30 dias seguintes à data da sentença” (artigo 33.º, n.º 2), tendo portanto o mesmo prazo que as partes têm para efectuar o pedido de correcção.

Concordamos com a solução de permitir que os árbitros possam, oficiosamente, corrigir a própria decisão. Tratando-se de naturais lapsos de expressão, cuja rectificação não implica uma nova reflexão sobre a causa, o tribunal arbitral deve corrigi-los sempre que os identifique antes das partes. Isto porque se as partes

(32) Fonte: <www.uncitral.org>.

têm direito a uma sentença exacta e coerente, os árbitros têm o dever de proferi-la nesses mesmos termos.

2.1.2. França

Após determinar o fim do mandato do tribunal arbitral com a prolação da sentença (artigo 1485.º, 1.º parágrafo), o Código de Processo Civil Francês abre, entre outras, a seguinte excepção: “à la demande d’une partie, le tribunal arbitral peut [...] réparer les erreurs et omissions matérielles qui l’affectent [la sentence]” (artigo 1485.º, 2.º parágrafo). Desta forma, a lei francesa prevê a correcção de erros ou omissões materiais na sentença arbitral, somente se uma das partes a pedir.

Em referência ao tribunal arbitral, nos termos do artigo 1485.º, 2.º parágrafo, *in fine*, “[i]l statue après avoir entendu les parties ou celles-ci appelées”. O Código de Processo Civil Francês impõe que os árbitros só possam corrigir a sentença depois de ouvirem as partes ou de lhes darem essa oportunidade. A igualdade surge como um dos pilares do processo arbitral.

Qualquer uma das partes tem três meses, a contar da data da notificação da sentença arbitral, para efectuar o pedido de correcção (artigo 1486.º, 1.º parágrafo). Salvo convenção em contrário, a decisão rectificativa deve ser proferida nos três meses seguintes à data do pedido (artigo 1486.º, 2.º parágrafo), prazo que pode ser alargado⁽³³⁾.

Estes prazos são, em nossa opinião, demasiado longos. Os erros enquadrados no artigo 1485.º, 2.º parágrafo não têm complexidade suficiente para demorarem tanto tempo a ser identificados e corrigidos. Além disso, a possibilidade de ver o processo arbitral prolongar-se, na pior das hipóteses, por mais seis meses⁽³⁴⁾ desde a prolação da decisão final lesa excessivamente o princípio *functus officio*⁽³⁵⁾.

⁽³³⁾ “Le délai légal ou conventionnel peut être prorogé par accord des parties ou, à défaut, par le juge d’appui” (artigo 1463.º, 2.º parágrafo).

⁽³⁴⁾ Este prolongamento faria com que o processo arbitral durasse o dobro da sua duração supletiva (artigo 1463.º, 1.º parágrafo).

⁽³⁵⁾ A excepção deve aliviar a firmeza da regra; não deve ser mais firme do que a regra.

Finalmente, o 3.º parágrafo do artigo 1485.º contempla a seguinte hipótese: “*Si le tribunal arbitral ne peut être à nouveau réuni et si les parties ne peuvent s’accorder pour le reconstituer, ce pouvoir appartient à la juridiction qui eût été compétente à défaut d’arbitrage*”. Ou seja, se o tribunal arbitral não se puder reunir e se as partes não acordarem a constituição de um novo tribunal, o poder de correcção caberá ao tribunal judicial que seria competente, caso não tivesse havido convenção de arbitragem⁽³⁶⁾.

Embora o tribunal arbitral deva ser o primeiro responsável pela correcção da sentença — até porque foi ele que conduziu todo o processo e redigiu a decisão —, na sua falta deverá ser o tribunal do Estado a proceder à rectificação do erro, se tal lhe for requerido por uma das partes⁽³⁷⁾. O tribunal judicial deverá pronunciar-se apenas sobre o pedido de correcção, sem fazer qualquer outra avaliação da sentença arbitral.

2.1.3. Suíça

Na Europa, a Lei Federal de Direito Internacional Privado Suíça é um raro exemplo de lei de arbitragem que não contém quaisquer disposições sobre a correcção da sentença arbitral.

Conforme já foi referido, a lei suíça prevê que a sentença arbitral é final desde que é notificada (artigo 190.º, n.º 1), daí resultando que o tribunal não pode alterá-la depois desse momento — trata-se, pois, do princípio do esgotamento do poder jurisdicional dos árbitros com a prolação da sentença. Assim, na ausência de normas que permitam a correcção da sentença arbitral, poder-se-ia defender o carácter absoluto do princípio *functus officio*, impedindo qualquer alteração à decisão proferida.

Todavia, segundo o Supremo Tribunal Federal Suíço, considerar que a lei impede o tribunal arbitral de corrigir um erro flagrante e inadvertido seria cair num “formalismo excessivo” e equi-

⁽³⁶⁾ Veja-se o Código Judicial Belga, Artigo 1702.º-bis, n.º 5, que também prevê a hipótese de o tribunal judicial corrigir a sentença se não for possível reunir o tribunal arbitral.

⁽³⁷⁾ A correcção *ex officio* por parte do tribunal judicial não faz sentido, na medida em que seria uma interferência contrária à vontade das partes, que escolheram a arbitragem como meio de resolução do litígio.

valeria a impedi-lo de transmitir o significado da decisão que tinha competência para proferir⁽³⁸⁾. Deste modo, a jurisprudência helvética atribui aos árbitros o poder de corrigir erros materiais, na falta de previsão legal.

Mesmo que o entendimento jurisprudencial fosse diferente, a autonomia privada — pedra basilar da arbitragem — diz-nos que as partes são, em princípio, livres de convencionar poderes pós-sentença do tribunal arbitral, nomeadamente o poder de correcção. Mas se a convenção de arbitragem nada estipulasse a respeito e o Supremo Tribunal Federal Suíço não tomasse posição, ficaria o tribunal arbitral vedado de corrigir a própria sentença?

A nosso ver, a resposta deve ser negativa. “*The authority to correct obvious errors is consistent with the expectations of rational commercial parties acting in good faith, and can properly be seen as inherent in the arbitrators’ adjudicative mandate*”⁽³⁹⁾. A possibilidade de os árbitros rectificarem erros materiais impõe-se como razoável para a parte que tenha bom senso e aja de boa fé.

Em alternativa, existe uma solução que agradará muito aos mais positivistas. De acordo com o artigo 176.º, n.º 2 da LDIP, as partes podem, na convenção de arbitragem ou em acordo posterior, excluir a aplicação do capítulo 12 da lei em questão e convencionar a aplicação da terceira parte do Código de Processo Civil Suíço.

Em vigor desde 1 de Janeiro de 2011, o novo Código de Processo Civil Suíço — que substituiu a Concordata Intercantonal sobre Arbitragem, de 27 de Maio de 1969 —, prevê regras detalhadas sobre a correcção da sentença arbitral, no artigo 388.º.

Deste modo, se as partes optarem⁽⁴⁰⁾ pela terceira parte do Código de Processo Civil Suíço (aplicável à arbitragem interna), em vez de seguirem as normas do capítulo 12 da LDIP (aplicável à

(38) Supremo Tribunal Federal Suíço, Decisão de 2 de Novembro de 2000, DFT 126 III 524, 527. Veja-se, no mesmo sentido e do mesmo tribunal, Decisão de 12 de Janeiro de 2005, DFT 131 III 164, 167.

(39) GARY B. BORN, op. cit., p. 2531.

(40) Note-se que a opção inversa também é possível, nos termos do artigo 353.º, 2.º parágrafo do CPC Suíço. Quer em arbitragem interna, quer em arbitragem internacional, as partes podem escolher um dos dois regimes processuais.

arbitragem internacional), o tribunal arbitral que resolver o litígio terá o poder de corrigir a sentença.

2.1.4. *Espanha*

Segundo a recomendação das Nações Unidas, o legislador espanhol acolheu como base a Lei Modelo. Ao contrário de outras leis, que em quase nada diferem do artigo 33.º do diploma da UNCITRAL — como, por exemplo, a lei alemã (§ 1058 do ZPO) —, a Lei de Arbitragem Espanhola distingue-se da lei em que se baseou através dos prazos que determina.

Qualquer das partes pode, notificando a outra, solicitar ao tribunal arbitral “*la corrección de cualquier error de cálculo, de copia, tipográfico o de naturaleza similar*” (artigo 39.º, n.º 1, alínea a)). Mais uma vez, o erro material como o único defeito passível de correcção, não só a pedido das partes, mas também por iniciativa dos árbitros (artigo 39.º, n.º 3). Perante o pedido de uma das partes, o tribunal arbitral só decidirá depois de ouvir a outra (artigo 39.º, n.º 2).

Por oposição aos 30 dias previstos na lei que lhe serviu de referência (artigo 33.º, n.ºs 1 e 2 da Lei Modelo), a Lei de Arbitragem Espanhola estabelece o prazo de 10 dias tanto para o pedido de correcção e para a decisão correctiva, como para a correcção oficiosa (artigo 39.º, n.ºs 1, 2 e 3). Procuremos a razão por detrás deste limite temporal.

Nos termos do preâmbulo da Lei n.º 60/2003, de 23 de Dezembro (entretanto alterada pela Lei n.º 11/2011, de 20 de Maio, que não mexeu nos prazos), “[*e*]n la regulación de la corrección [...] del laudo se modifican los plazos, para hacerlos más adecuados a la realidad” (capítulo VII, último parágrafo). Menos adequado à realidade seria, então, o prazo preceituado na anterior Lei n.º 36/1988, de 5 de Dezembro: 5 dias para requerer a correcção da sentença (artigo 36.º, n.º 1).

Ora, para a lei espanhola ter aumentado o prazo de 5 para 10 dias e considerando o motivo da alteração, a experiência terá mostrado que o prazo de correcção não deve ser excessivamente curto, caso contrário eventuais erros materiais ficarão por corrigir. De facto,

assim como prazos muito longos ferem injustificadamente a definitividade da sentença, prazos demasiado curtos podem comprometer a justiça da solução.

No entanto, o prazo de 10 dias é alargado para um mês quando a arbitragem seja internacional (artigo 39.º, n.º 5), “*dado que en este último caso puede bien suceder que las dificultades de deliberación de los árbitros en un mismo lugar sean mayores*” (preâmbulo, capítulo VII, último parágrafo).

2.1.5. Brasil

“*Proferida a sentença arbitral, dá-se por finda a arbitragem*”, é o que dispõe o artigo 29.º da Lei de Arbitragem Brasileira. Consequentemente, com a prolação da sentença, a jurisdição dos árbitros chega ao fim. Ressalva-se, porém, a exceção prevista no artigo 30.º.

No prazo de cinco dias a contar do recebimento da notificação, “*a parte interessada, mediante comunicação à outra parte, poderá solicitar ao árbitro ou ao tribunal arbitral que corrija qualquer erro material da sentença arbitral*” (artigo 30.º, parágrafo I) e dentro de dez dias o árbitro ou o tribunal arbitral decidirá (artigo 30.º, parágrafo único).

À semelhança da Lei de Arbitragem Espanhola, a lei brasileira preceitua prazos muito breves para o exercício do direito de pedir a correção e para a decisão rectificativa. Adoptando uma posição invulgar (a par do Código de Processo Civil Francês), não permite a correção da sentença por iniciativa do tribunal arbitral.

“*Com efeito, proferido o laudo, aguardará o presidente do órgão arbitral (ou o árbitro único, se for o caso) o decurso do prazo de cinco dias para, após, dissolver o tribunal arbitral. Havendo erro material, portanto, ou as partes tratam de fazê-lo corrigir desde logo, ou não haverá árbitro que o corrija*”⁽⁴¹⁾.

Significa isto que o erro material se perpetua na sentença, caso as partes não solicitem atempadamente a sua rectificação? Segundo o autor citado, a resposta é negativa: “*o erro material*

(41) CARLOS ALBERTO CARMONA, op. cit., pp. 383-384.

pode ser corrigido a qualquer tempo, de forma que se não houver correcção em sede arbitral nada impede que o juiz (togado) a quem tocar a eventual execução do laudo possa fazer o reparo”⁽⁴²⁾.

Em primeiro lugar, discordamos da solução que não admite a correcção oficiosa da sentença pelos árbitros. Ao direito das partes a uma sentença rigorosa e justa deve corresponder o dever activo do tribunal arbitral de proferi-la sem defeitos nem vícios. Ademais, impedir que o tribunal arbitral possa rectificar a decisão que preparou sem ter de aguardar pelo requerimento de uma das partes (que pode nunca ocorrer) torna a arbitragem rígida e ineficiente.

Em segundo lugar, não podendo o tribunal arbitral corrigir a sentença — por ter decorrido o prazo, quer para o pedido das partes, quer para a correcção *ex officio* (quando permitida) —, assentimos que poderá ser o tribunal judicial a fazê-lo, em sede de execução⁽⁴³⁾. Contudo, esta rectificação já não seria feita ao abrigo da lei arbitral, mas antes nos termos da lei processual civil.

2.1.6. *Estados Unidos*

Não poderíamos ultimar a presente análise sem nos determos na Lei Federal de Arbitragem (*Federal Arbitration Act*) dos Estados Unidos. Se já era diferente por não fazer qualquer menção ao princípio *functus officio*, distingue-se agora de forma significativa na abordagem que faz ao poder de correcção da sentença arbitral.

De acordo com o § 11 da Lei Federal de Arbitragem, “*the United States court in and for the district wherein the award was made may make an order modifying or correcting the award upon the application of any party to the arbitration: (a) Where there was an evident material miscalculation of figures or an evident material mistake in the description of any person, thing, or property referred to in the award; [...] (c) Where the award is imperfect in matter of form not affecting the merits of the controversy*”.

⁽⁴²⁾ CARLOS ALBERTO CARMONA, op. cit., p. 385.

⁽⁴³⁾ Importa notar que esta situação é diferente da que consta do artigo 1485.º, 3.º parágrafo do Código de Processo Civil Francês: enquanto a última prevê a substituição do tribunal arbitral pelo tribunal judicial, na primeira o tribunal judicial segue-se, em fase distinta, ao tribunal arbitral.

Em contraste com as leis arbitrais que nos propusemos examinar, a lei norte-americana estabelece que cabe ao tribunal judicial — e não ao tribunal arbitral — o poder de modificar ou corrigir, na sentença proferida pelos árbitros, erros materiais evidentes e imperfeições formais que não afectem o mérito da causa.

Como já tivemos oportunidade de referir, o tribunal arbitral deve ser o principal responsável pela correcção da sentença, não só por ter sido o órgão ao qual as partes atribuíram poder decisório, mas também por ser a instância mais habilitada para corrigir o erro — o árbitro que decidiu saberá melhor do que ninguém se houve alguma divergência entre a ideia que tinha e a sua expressão.

Acresce que esta interferência prematura⁽⁴⁴⁾ do tribunal judicial, além de incompatível com a prática comum da arbitragem comercial internacional, diminui a confiança na eficácia do processo arbitral e obsta a que a arbitragem vingue como um meio autónomo de resolução de litígios.

Também o objecto do poder de correcção é, nesta sede, criticável. Em particular, a referência a imperfeições formais que não atinjam o mérito é um pouco vaga e requer concretização. Convém dizer que a imprecisão e a amplitude do âmbito dos erros sujeitos a rectificação pode convidar à utilização perversa deste mecanismo, no intuito de revisitar o mérito da decisão.

“Notice of a motion to [...] correct an award must be served upon the adverse party or his attorney within three months after the award is filed or delivered” (§ 12). Pois bem, se a parte contrária deve ser notificada do pedido de correcção dentro de três meses a contar da data da sentença arbitral, deduzimos⁽⁴⁵⁾ que seja este o prazo aplicável ao próprio pedido. Não existe, contudo, qualquer prazo para a decisão correctiva.

Não obstante este quadro legal, o Direito norte-americano conheceu uma evolução. Para fazer face à Lei Federal de Arbitragem, que desde 1925, data da sua entrada em vigor, não havia sido substancialmente alterada, a *National Conference of Commissio-*

⁽⁴⁴⁾ GARY B. BORN, op. cit., p. 2529.

⁽⁴⁵⁾ O que para nós é dedução, para certa doutrina é certeza (GARY B. BORN, op. cit., p. 2530).

ners on Uniform State Laws criou a Lei Uniforme de Arbitragem (*Uniform Arbitration Act*), em 1955. Esta lei já previa a possibilidade de ser o tribunal arbitral a rectificar a sentença, a par do tribunal judicial (§§ 9 e 13).

Em 2000, a Lei Uniforme de Arbitragem foi revista (*Revised Uniform Arbitration Act*), mantendo a solução de permitir que os árbitros (e os juízes) corrijam a sentença arbitral, se as partes efectuarem o pedido no prazo de 20 dias (§§ 20 e 24). Desde então, pelo menos doze⁽⁴⁶⁾ Estados norte-americanos adoptaram esta lei de arbitragem⁽⁴⁷⁾.

III. Interpretação da Sentença Arbitral

O texto de uma sentença arbitral pode conter ambiguidades, ou seja, pode ter uma “*multiplicidade de sentidos (em palavra, frase ou expressão)*”⁽⁴⁸⁾; também é passível de ser obscuro, “*difícil de compreender*”⁽⁴⁹⁾. Estas falhas na expressão escrita dos árbitros só podem ser supridas se estes clarificarem aquilo que escreveram, revelando o significado pretendido pelas palavras escolhidas. A solução passa, deste modo, pela interpretação.

Assim como a correcção da sentença arbitral está circunscrita a erros materiais — o que está patente não só no plano doutrinal, como no plano legal —, entende a doutrina (não a lei, pelo menos expressamente) que a interpretação só deve incidir sobre a decisão propriamente dita, excluindo do seu âmbito a discussão de factos e argumentos⁽⁵⁰⁾.

⁽⁴⁶⁾ Fonte: <www.adr.org>.

⁽⁴⁷⁾ Para compreender a articulação entre a Lei Federal e a Lei Uniforme nos Estados que adoptaram a última, veja-se, a respeito do Nevada, ANDREW VAN NESS, “*Revised Uniform Arbitration Act v. Federal Arbitration Act. Which You Should Prefer In Nevada Arbitration*”, disponível em <<http://pegasus.rutgers.edu/~rcrlj/articlespdf/VanNess.pdf>>.

⁽⁴⁸⁾ *Dicionário da Língua Portuguesa*, Porto Editora, Abril 2003, p. 46.

⁽⁴⁹⁾ *Ibidem*, p. 562.

⁽⁵⁰⁾ JULIAN M. LEW, LOUKAS A. MISTELIS e STEFAN M. KROLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003, p. 658.

*“The interpretation of an arbitral award is only really helpful where **the ruling**, which is generally presented in the form of an order, is so ambiguous that the parties could legitimately disagree as to its meaning. By contrast, any obscurity or ambiguity in **the grounds** for the decision does not warrant a request for interpretation of the award”*⁽⁵¹⁾.

Compreende-se que o âmbito do poder de interpretação seja restrito, por duas ordens de razões. Primeiro, em princípio, só as ambiguidades existentes na decisão *stricto sensu* podem obstaculizar a execução da sentença arbitral — pelo contrário, as dúvidas quanto à análise de determinados factos ou quanto ao significado de certos argumentos não influenciarão aquela fase processual.

Segundo, a limitação do poder de interpretar do tribunal arbitral reduz a possibilidade de as partes tentarem utilizar este mecanismo para atrasar o processo ou levar à revisão do mérito da causa. De facto, o pedido de interpretação é mais controverso⁽⁵²⁾ que o pedido de correcção, na medida em que pode mais facilmente ser usado para conduzir os árbitros a uma nova reflexão sobre o seu próprio julgamento⁽⁵³⁾.

Por isso, salientamos que a interpretação não pode, em circunstância alguma, alterar a substância da decisão arbitral. *“Interpréter n’est donc pas juger. Le tribunal qui interprète ne fait pas œuvre juridictionnelle: il lève un doute, redresse une expression maladroite, explique un mot, corrige la forme, mais sans jamais toucher au fond, sans jamais porter atteinte à la chose jugée irrémédiablement acquise”*⁽⁵⁴⁾.

Na prática, os pedidos de interpretação e as decisões interpretativas são muito raros⁽⁵⁵⁾. Contudo, têm sido admitidas, nomeada-

⁽⁵¹⁾ EMMANUEL GAILLARD, JOHN SAVAGE, op. cit., p. 776 (realce nosso).

⁽⁵²⁾ JEAN-FRANÇOIS POUURET, SÉBASTIEN BESSON, *Comparative Law of International Arbitration*, 2.ª edição, Sweet & Maxwell, 2007, p. 764.

⁽⁵³⁾ Enquanto a correcção de um simples erro material pode quase ser feita automaticamente, a interpretação de uma frase ou expressão implicará sempre um retorno ao raciocínio que a originou.

⁽⁵⁴⁾ ROGER PERROT, “*L’interprétation des sentences arbitrales*”, in *Revue de l’Arbitrage*, 1968, p. 7.

⁽⁵⁵⁾ GARY B. BORN, op. cit., p. 2537.

mente, interpretações relativas à extensão temporal e geográfica do pagamento de *royalties* e clarificações sobre que questões já foram ou não conhecidas pelo tribunal arbitral⁽⁵⁶⁾.

3.1. Leis de Arbitragem

3.1.1. *Lei Modelo da UNCITRAL*

Segundo o artigo 33.º, n.º 1, alínea *b*) da Lei Modelo, “[*s*]e as partes assim acordarem, uma delas pode, notificando a outra, pedir ao tribunal arbitral que interprete um ponto ou uma passagem específica da sentença”. A lei da UNCITRAL admite, desta forma, a interpretação da sentença arbitral, dando-lhe um tratamento assaz restritivo.

Ao contrário do que acontece com a correcção, a interpretação só é possível se as partes a tiverem previamente acordado (remetendo para um regulamento de arbitragem que a preveja, por exemplo) ou chegado a esse acordo após a leitura da sentença. Esta solução pretenderá evitar pedidos de interpretação abusivos, quer este abuso advenha de intenções retardadoras ou de objectivos de revisão integral da sentença⁽⁵⁷⁾.

Contudo, parece-nos que a melhor maneira de impedir pedidos de clarificação com segundas intenções passa por exigir à parte a demonstração de que a passagem que pretende ver interpretada é dúbia ou confusa (designadamente, colocando duas interpretações possíveis), ao invés de bastar a respectiva indicação, e independentemente da opinião da parte contrária.

Também em dissonância com o poder correctivo, o poder interpretativo do tribunal arbitral só pode ser exercido se as partes o tiverem requerido, o que significa que os árbitros não podem interpretar a sentença arbitral *sponte sua*⁽⁵⁸⁾.

⁽⁵⁶⁾ JULIAN M. LEW, LOUKAS A. MISTELIS e STEFAN M. KROLL, op. cit., p. 659.

⁽⁵⁷⁾ GARY B. BORN, op. cit., p. 2537.

⁽⁵⁸⁾ O tribunal arbitral só pode, por sua iniciativa, rectificar erros (artigo 33.º, n.º 2 da Lei Modelo).

Embora defendamos a correcção *ex officio* da sentença pelo tribunal arbitral, concordamos que a interpretação só possa ser feita a requerimento das partes. A razão é simples: ao passo que o erro material é sempre um erro, sejam de quem forem os olhos que o detectem, a mesma expressão pode ser ambígua ou obscura para uns e não sê-lo para outros, dependendo da percepção que cada um tem dela. Por isso, o tribunal arbitral só deve clarificar o sentido das suas palavras se às partes suscitarem dúvidas⁽⁵⁹⁾.

Acresce que a interpretação só pode incidir sobre um ponto ou uma passagem específica da sentença arbitral (artigo 33.º, n.º 1, alínea b)), vedando-se explicitamente a possibilidade de um pedido de clarificação da sentença no seu todo. Sobre este trecho normativo em particular, citamos BORN, que dá voz a grande parte da doutrina: “*Although not expressly stated, it would appear that an interpretation may be made only as to the dispositive portions of an award, and not the tribunal’s reasoning*”⁽⁶⁰⁾.

À semelhança do que já foi dito a respeito da correcção, o pedido de interpretação pode ser feito nos trinta dias seguintes à recepção da sentença (artigo 33.º, n.º 1) e o tribunal arbitral, considerando o pedido justificado, tem o mesmo prazo⁽⁶¹⁾ a contar da respectiva recepção para proferir a decisão interpretativa (artigo 33.º, n.º 1, último parágrafo). A interpretação passará a fazer parte integrante da sentença.

3.1.2. França

De acordo com o artigo 1485.º, 2.º parágrafo do Código de Processo Civil Francês, “*à la demande d’une partie, le tribunal arbitral peut interpréter la sentence [...]*”. Destarte, a lei francesa permite a interpretação da sentença arbitral a pedido de qualquer das partes, excluindo a hipótese de ser o tribunal arbitral a fazê-la por iniciativa própria.

(59) Além disso, se os árbitros pudessem interpretar a sentença por vontade própria, poderiam utilizar esse mecanismo para alterar subversivamente a decisão.

(60) GARY B. BORN, *op. cit.*, p. 2538.

(61) Este prazo pode ser alargado pelos árbitros, “*se for necessário*” (artigo 33.º, n.º 4).

À exceção dos prazos — três meses para o pedido de interpretação e três meses para a decisão interpretativa (artigo 1486.º) —, a lei francesa não impõe quaisquer limites ao poder de clarificação do tribunal arbitral⁽⁶²⁾. Não obstante, seja qual for a visão da doutrina e a propensão da jurisprudência sobre este mecanismo processual, certo é que a interpretação não pode, em caso algum, alterar a decisão sobre a matéria em causa, sob pena de violar o efeito de caso julgado.

O tribunal arbitral só decidirá sobre o pedido de interpretação depois de ouvir as partes ou de lhes dar a oportunidade de serem ouvidas (artigo 1485.º, 2.º parágrafo, *in fine*). Se no caso da correcção duvidamos da relevância de a parte contrária exercer este direito de audição — dado o carácter geralmente manifesto do erro material —, no caso da interpretação acreditamos que este direito pode ser exercido de forma mais pertinente, podendo a parte legitimamente defender a sua própria interpretação.

3.1.3. *Suíça*

Além de não fazer qualquer menção à correcção da sentença arbitral, a Lei Federal de Direito Internacional Privado Suíça também não contém normas referentes à interpretação⁽⁶³⁾.

Não admitindo nem proibindo a clarificação da sentença arbitral, a LDIP deixa espaço para que as partes possam atribuir poder interpretativo ao tribunal arbitral, quer por acordo expresso na convenção de arbitragem, quer por remissão para um regulamento arbitral que preveja tal excepção ao princípio *functus officio*.

Coloca-se a questão: e se as partes nada disserem? Os tribunais suíços entendem que a interpretação deve ser possível mesmo na ausência de base legal ou de convenção das partes nesse sentido⁽⁶⁴⁾. De facto, a interpretação de ambiguidades está de acordo

⁽⁶²⁾ Ao contrário, nomeadamente, da Lei Modelo da UNCITRAL, que estabelece para a interpretação um âmbito restrito.

⁽⁶³⁾ Ao contrário do novo Código de Processo Civil suíço, que dispõe sobre a interpretação da sentença arbitral no artigo 388.º.

⁽⁶⁴⁾ GARY B. BORN, *op. cit.*, p. 2541, nota de rodapé n.º 153.

com as expectativas de partes que actuem de boa fé e procurem uma solução clara e justa.

3.1.4. *Espanha*

Dentro de dez dias a contar da notificação da sentença arbitral, a não ser que as partes tenham acordado prazo diferente, “*cualquiera de ellas podrá, con notificación a la otra, solicitar a los árbitros: [...] la aclaración de un punto o de una parte concreta del laudo*” (artigo 39.º, n.º 1, alínea *b*) da Lei de Arbitragem Espanhola). À semelhança da Lei Modelo e do Código de Processo Civil Alemão, a lei espanhola só permite a clarificação de passagens concretas da sentença, a pedido das partes.

Após a audição das partes, o tribunal arbitral deverá decidir sobre o pedido de interpretação no prazo de dez dias (artigo 39.º, n.º 2) ou no prazo de um mês, se a arbitragem for internacional (artigo 39.º, n.º 5).

3.1.5. *Brasil*

Segundo a Lei de Arbitragem Brasileira, a parte interessada, mediante comunicação à outra, poderá solicitar ao tribunal arbitral que “*esclareça alguma obscuridade, dúvida ou contradição da sentença arbitral [...]*” (artigo 30.º, parágrafo II). Em vez de se referir apenas ao poder de interpretar, a lei brasileira faz questão, e bem, de indicar que tipo de defeitos são passíveis de clarificação.

Estabelecendo prazos consideravelmente curtos, esta lei exige que o pedido de esclarecimento seja feito dentro de 5 dias a contar da notificação da sentença arbitral e que os árbitros decidam em 10 dias (artigo 30.º, parágrafo único).

3.1.6. *Estados Unidos*

Juntando-se às leis suíça e holandesa, a Lei Federal de Arbitragem dos Estados Unidos não autoriza a interpretação da sentença arbitral. Porém, alguns tribunais norte-americanos têm declarado

ter o “*common law right*” de requerer aos árbitros a interpretação da sentença arbitral⁽⁶⁵⁾.

Apesar da solução prevista no § 11 do *Federal Arbitration Act* (de que discordámos), segundo a qual cabe aos tribunais judiciais a correcção da sentença arbitral, pelo menos em sede de interpretação a jurisprudência estado-unidense atribui ao tribunal arbitral a competência para clarificar a própria decisão.

Contudo, este entendimento levanta problemas de ordem prática⁽⁶⁶⁾. Por exemplo, quem é que pode requerer a interpretação (apenas o tribunal judicial ou também as partes)? Quando é que pode ser requerida? Que parte da sentença é passível de clarificação?

Se podemos (e devemos) aceitar a interpretação, independentemente de previsão legal e de convenção de arbitragem nesse sentido, por estar de acordo com as expectativas racionais das partes, já os termos em que deve ser efectuada não são tão fáceis de inferir, pelo que o melhor a fazer será sempre plasmá-los na lei.

Uma nota positiva para a revista Lei Uniforme de Arbitragem, que reconhece o pedido de interpretação da sentença arbitral. “*On [motion] to an arbitrator by a party to an arbitration proceeding, the arbitrator may modify or correct an award: [...] to clarify the award*” (§ 20 (a) (3)). Além de qualquer das partes, também o tribunal judicial pode requerer a clarificação (§ 20 (d) (3)).

IV. Integração da Sentença Arbitral

Uma das falhas mais comuns nas sentenças arbitrais é a omissão de pronúncia. Por vezes, os árbitros não conhecem de questões sobre as quais não podiam deixar de se pronunciar, isto é, questões que tenham sido suscitadas pelas partes no decurso do processo arbitral. Nestes casos, a solução apropriada será pedir ao tribunal arbitral que profira uma sentença adicional, integrando, assim, a lacuna da sentença original.

(65) THOMAS E. CARBONNEAU, “*At the Crossroads of Legitimacy and Arbitral Autonomy*”, The Berkeley Electronic Press, 2006, Paper 1139, p. 12.

(66) THOMAS E. CARBONNEAU, op. cit., p. 9.

Antes de mais, tenha-se atenção ao objecto da sentença adicional: *questões*, que não devem confundir-se com razões ou fundamentos. “São, na verdade, coisas diferentes: deixar de conhecer de questão de que devia conhecer-se, e deixar de apreciar qualquer consideração, argumento ou razão produzida pela parte [...]; o que importa é que o tribunal decida a questão posta; não lhe incumbe apreciar todos os fundamentos ou razões em que elas se apoiam para a sua pretensão”⁽⁶⁷⁾.

Acresce que só as questões suscitadas pelas partes durante o processo arbitral podem servir de base a um pedido de integração da sentença, o qual não pode, portanto, ser utilizado como um artifício para levar o tribunal arbitral a apreciar novas questões. Com efeito, perante a procura de uma sentença adicional, o tribunal arbitral deve examinar se a questão de que não conheceu foi efectivamente suscitada pela parte no processo ou se, ao invés, se trata de uma questão nunca antes apresentada⁽⁶⁸⁾.

No entanto, o facto de o tribunal arbitral não apreciar expressamente uma questão não requer automaticamente a prolação de uma sentença adicional⁽⁶⁹⁾. Os árbitros podem “não se pronunciar sobre determinada questão quando a sua decisão esteja prejudicada pela solução encontrada para outra questão”⁽⁷⁰⁾. De facto, o conhecimento de certa questão pode estar implícito, se a respectiva resposta derivar da decisão expressa de uma questão diferente. Neste caso, não há omissão de pronúncia⁽⁷¹⁾.

Ao contrário dos erros materiais e das ambiguidades, que encontram nas leis e nos regulamentos de arbitragem um só “remé-

⁽⁶⁷⁾ ALBERTO DOS REIS, op. cit., p. 143.

⁽⁶⁸⁾ LUIZ OLAVO BAPTISTA, *Correction and Clarification of Arbitral Awards*, texto apresentado no Congresso ICCA, Rio de Janeiro, 2010, p. 6. Disponível em: <<http://www.josemigueljudice-arbitration.com/pt/>>. Um pedido de integração da sentença arbitral que vise a pronúncia sobre uma questão nova deverá ser considerado um abuso e rejeitado pelos árbitros.

⁽⁶⁹⁾ GARY B. BORN, op. cit., p. 2542.

⁽⁷⁰⁾ JORGE AUGUSTO PAIS DO AMARAL, *Direito Processual Civil*, 10.^a edição, Almedina, 2011, p. 361. O autor refere-se ao juiz, mas o raciocínio é aplicável ao árbitro, por igualdade de razão.

⁽⁷¹⁾ Pode, porém, haver lugar a um pedido de clarificação, se as partes tiverem dúvidas sobre que questões o tribunal arbitral já se pronunciou.

dio” — a correcção e a interpretação, respectivamente —, a omissão de pronúncia aparece, por vezes⁽⁷²⁾, como fundamento de dois pedidos distintos: o pedido de sentença adicional e o pedido de anulação da sentença arbitral.

Segundo determinados autores⁽⁷³⁾, “[the main purpose of an additional award] is to prevent a national court from setting aside an award for incompleteness or failure to dispose of a claim at issue”. Assim, a possibilidade de integração da sentença pelo tribunal arbitral pretende evitar que esta seja anulada, mais tarde, pelo tribunal estadual. Nesta medida, a sentença adicional é uma forma de tornar a arbitragem mais eficaz e mais autónoma perante o poder judicial.

Com isto poder-se-ia pensar que às partes é permitido escolher, indiscriminadamente, entre pedir a integração da sentença arbitral ou a respectiva anulação. Em termos práticos, havendo omissão de pronúncia, a verdade é essa⁽⁷⁴⁾.

Todavia, o âmbito do pedido de integração não se sobrepõe ao do pedido de anulação — deverá utilizar-se o primeiro se o tribunal arbitral omitiu, por lapso, o conhecimento de uma questão, e lançar-se mão do segundo se os árbitros tomaram uma posição que só através da acção de anulação pode ser posta em causa⁽⁷⁵⁾. No fundo, cabe à parte ajuizar se a omissão é remediável pelo tribunal arbitral ou se o litígio tem de ser apreciado novamente no seu todo para colmatar a falta de pronúncia sobre a questão suscitada.

(72) Veja-se, designadamente, Lei de Arbitragem Inglesa, § 57, parágrafo 3.º, alínea b) e § 68, parágrafo 2.º, alínea d); Lei de Arbitragem Brasileira, artigo 30.º, parágrafo II, segunda parte e artigo 32.º, parágrafo V; Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro, artigo 45.º, n.º 5 e artigo 46.º, n.º 3, alínea v).

(73) A. N. VOLLMER e A. J. BEDFORD, “*Post-Award Arbitral Proceedings*”, in *Journal of International Arbitration*, Vol. 15, N.º 1 (1998), p. 44 (citado em LUIZ OLAVO BAPTISTA, op. cit., p. 4).

(74) Sendo ainda possível pedir a integração e, posteriormente, a anulação, especialmente nos casos em que o prazo da última só começa a contar a partir da notificação da decisão sobre a primeira (veja-se, por exemplo, o artigo 46.º, n.º 6 da Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro).

(75) ARMINDO RIBEIRO MENDES, orientando-nos no presente trabalho.

4.1. Leis de Arbitragem

4.1.1. *Lei Modelo da UNCITRAL*

Servindo de base a diversas leis nacionais em todo o mundo, a Lei Modelo é representativa ao admitir a correcção, a interpretação e, finalmente, a integração da sentença arbitral. Salvo acordo das partes em contrário, uma delas pode pedir ao tribunal arbitral, nos 30 dias seguintes à recepção da sentença, que profira uma sentença adicional “*sobre certos pontos do pedido expostos no decurso do processo arbitral mas omitidos na sentença*” (artigo 33.º, n.º 3).

Estão, deste modo, reunidos os pressupostos de um pedido válido de integração: incide sobre “certos pontos do pedido” (“*claims*” no texto original, ou seja, questões dirigidas aos árbitros), suscitados durante o processo arbitral, aos quais não foi dada resposta na sentença. O prazo dentro do qual pode pedir-se uma sentença adicional é igual ao dos pedidos de correcção e de interpretação (artigo 33.º, n.º 1).

Já o prazo para a decisão do tribunal arbitral é diferente: 30 dias para a correcção e a interpretação e 60 dias para a prolação de uma sentença adicional, se os árbitros considerarem o pedido justificado (artigo 33.º, n.º 3, *in fine*).

Trata-se de uma disparidade razoável, na medida em que a integração implica decidir sobre uma questão que até pode já ter sido estudada pelos árbitros (tendo eles omitido apenas, por lapso, a decisão que haviam tomado), mas que também pode nem ter sido examinada, por falta de atenção. Nesta situação, o tribunal arbitral precisará de tempo para analisar a matéria de facto e de direito e para emitir o seu juízo.

4.1.2. *França*

O Código de Processo Civil Francês prevê a integração da sentença arbitral nos seguintes moldes: “[...] *à la demande d’une partie, le tribunal arbitral peut [...] compléter [la sentence] lorsqu’il a omis de statuer sur un chef de demande*” (artigo 1485.º, 2.º parágrafo). À semelhança da maioria das leis de arbitragem, a

lei francesa só permite a prolação de uma sentença adicional a pedido de uma das partes.

O pedido de integração deve ser feito no prazo de três meses a contar da notificação da sentença arbitral e a sentença adicional deve ser proferida nos três meses seguintes ao pedido (artigo 1486.º, 1.º e 2.º parágrafos). Se noventa dias é demasiado tempo para tomar uma decisão correctiva ou interpretativa, poderá ser mais adequado a uma sentença adicional, quando a questão a que se omitiu conhecimento revista especial complexidade.

4.1.3. *Suíça*

Previsivelmente, a par de não prever nem a correcção, nem a interpretação da sentença arbitral, a LDIP também não estatui sobre a integração, consubstanciada na prolação de sentença adicional em caso de omissão de pronúncia.

Não obstante, como foi dito a respeito da correcção e da interpretação, as partes podem atribuir aos árbitros o poder de integração, seja por inclusão do mesmo na convenção de arbitragem, seja por remissão para um regulamento que o preveja.

Também se disse que, na ausência de base legal e quando as partes nada digam, a rectificação de erros materiais e o esclarecimento de ambiguidades estão de acordo com as expectativas racionais de partes que actuem de boa fé. O mesmo diz BORN sobre o conhecimento posterior de uma questão omitida na sentença: “*This accords with the parties’ presumptive intentions (which would be to authorize the arbitral tribunal to complete the mandate assigned to it)*”⁽⁷⁶⁾.

Esta consideração faria, a nosso ver, todo o sentido, não fosse a LDIP prever a omissão de pronúncia como fundamento de acção de anulação da sentença arbitral: “[La sentence] *ne peut être attaquée que [...] lorsque le tribunal arbitral a statué au-delà des demandes dont il était saisi ou lorsqu’il a omis de se prononcer sur un des chefs de la demande*” (artigo 190.º, n.º 2, alínea c), (realce nosso).

⁽⁷⁶⁾ GARY B. BORN, op. cit., p. 2543.

O facto de a lei suíça determinar expressamente que a sentença arbitral pode ser anulada por omissão de pronúncia dificulta a defesa de que esta falha possa ser suprida mediante integração, se as partes nada disserem. “*Where there is no mechanism enabling the arbitrators to make an additional award, their failure to decide one of the heads of claim will be a ground on which the award may be set aside*”⁽⁷⁷⁾.

Ainda assim, tendo o pedido de integração um âmbito distinto do pedido de anulação, entendemos que se qualquer das partes fizer o requerimento de uma sentença adicional, por considerar que se trata de uma omissão passível de ser contornada pelo tribunal arbitral, o mesmo poderá ser validamente aceite.

Deixará de haver dúvidas se as partes se decidirem pela aplicação do Código de Processo Civil suíço, nos termos do artigo 176.º, n.º 2 da LDIP, uma vez que o respectivo artigo 388.º prevê a prolação de sentença adicional pelo tribunal arbitral.

4.1.4. *Espanha*

A não ser que as partes acordem prazo diferente, qualquer uma delas poderá, dentro de dez dias a contar da notificação da sentença arbitral, solicitar aos árbitros “*el complemento del laudo respecto de peticiones formuladas y no resueltas en él*” (artigo 39.º, n.º 1, alínea c) da Lei de Arbitragem Espanhola).

Depois de ouvir as partes, o tribunal arbitral decidirá sobre o pedido de integração no prazo de vinte dias (artigo 39.º, n.º 2) ou de dois meses, se a arbitragem for internacional (artigo 39.º, n.º 5).

4.1.5. *Brasil*

Nos termos da Lei de Arbitragem Brasileira, a parte interessada poderá, no prazo de cinco dias a contar da recepção da sentença arbitral, pedir ao tribunal arbitral que “*se pronuncie sobre ponto omitido a respeito do qual devia manifestar-se a decisão*” (artigo 30.º, parágrafo II, segunda parte). Ao referir-se a ponto sobre o qual a decisão *devia* ter-se manifestado, a lei brasileira

(77) EMMANUEL GAILLARD, JOHN SAVAGE, op. cit., p. 779.

limita a integração a questões colocadas pelas partes, excluindo argumentos e razões avançadas durante o processo arbitral.

Fiel ao estatuto de lei de arbitragem que estabelece os mais curtos prazos para o exercício dos poderes pós-sentença do tribunal arbitral, esta lei sul-americana exige que a prolação de sentença adicional seja feita no prazo de dez dias (artigo 30.º, parágrafo único), o que pode ser pouco tempo se pensarmos na omissão de conhecimento de mais de uma questão ou de uma só complexa.

Contudo, a omissão de pronúncia também constitui fundamento de nulidade: “*É nula a sentença arbitral se [...] não decidir todo o litígio submetido à arbitragem*” (artigo 32.º, parágrafo V). Qualquer das partes poderá, assim, requerer ao tribunal judicial a decretação da nulidade da sentença arbitral (artigo 33.º).

Das duas, uma: a parte ajuíza se a omissão derivou de mero lapso remediável pelo tribunal arbitral ou se é necessária nova apreciação de todo o litígio para reparar a falha, enveredando pela integração ou pela nulidade, respectivamente; ou decide de imediato pedir uma sentença adicional, sabendo que em caso de recusa poderá sempre requerer a decretação da nulidade, até porque o prazo para este requerimento é de noventa dias a contar da notificação da sentença (artigo 33.º, 1.º parágrafo).

4.1.6. *Estados Unidos*

Pouco ou nada “*arbitration-friendly*”, o *Federal Arbitration Act* determina que apenas o tribunal judicial pode corrigir a sentença arbitral, não admite a interpretação e, agora, também não prevê a integração. Por isso, nos Estados Unidos, “*some courts have [...] followed the common law rule, unaltered by the FAA, that the tribunal is functus officio upon rendering its final award and unable to make further awards*”⁽⁷⁸⁾.

Felizmente, o *Revised Uniform Arbitration Act* permite que, a pedido de qualquer das partes, o tribunal arbitral possa alterar a sentença com o seguinte fundamento: “*because the arbitrator has not made a final and definite award upon a claim submitted by the par-*

⁽⁷⁸⁾ GARY B. BORN, op. cit., p. 2543.

ties to the arbitration proceeding” (§ 20 (a) (2)). O mesmo pedido pode ser feito aos árbitros pelo tribunal judicial (§ 20 (d) (2)). Existe, assim, a possibilidade de integração da sentença arbitral.

V. O Caso Português

5.1. Decreto-Lei n.º 243/84, de 17 de Julho

Em 1984, foi publicado o primeiro diploma autónomo⁽⁷⁹⁾ sobre arbitragem voluntária em Portugal — o Decreto-Lei n.º 243/84, de 17 de Julho. Este decreto-lei pretendia ultrapassar a difusão mínima da arbitragem no nosso país, modernizando-a na tentativa de dar-lhe o destaque atingido no plano internacional. Porém, o diploma veio a ser declarado inconstitucional com força obrigatória geral⁽⁸⁰⁾, em 1986.

No que concerne o objecto da presente dissertação, o Decreto-Lei n.º 243/84 determinava, com clareza, o princípio *functus officio*: “*O poder jurisdicional dos árbitros finda com a notificação do depósito da decisão que põe termo ao litígio*” (artigo 28.º, n.º 3). Uma vez proferida a sentença arbitral e de tal notificadas as partes, cessam as funções do tribunal arbitral, terminando a sua intervenção no processo.

Porém, nada era dito sobre correcção, interpretação⁽⁸¹⁾ ou integração⁽⁸²⁾ da sentença arbitral. Concluir-se-á, pois, tendo em

⁽⁷⁹⁾ A arbitragem voluntária (e, mais tarde, a necessária) foi sempre regulada pelos sucessivos Códigos de Processo Civil — de 1876, de 1939 e de 1961 —, que a encaravam como uma “*instituição ancilar e fortemente tutelada pelos tribunais judiciais*” (ARMINDO RIBEIRO MENDES, *Introdução às Práticas Arbitrais*, 2011, p. 52).

⁽⁸⁰⁾ O Tribunal Constitucional fixou jurisprudência no sentido de que a arbitragem voluntária fazia parte da reserva relativa da competência da Assembleia da República e o Decreto-Lei n.º 243/84 havia sido aprovado pelo Governo, sem prévia autorização do órgão legislativo.

⁽⁸¹⁾ A existência de “*disposições contraditórias*” na sentença era um dos fundamentos da acção de anulação (artigo 31.º, n.º 1, alínea *f*) do Decreto-Lei n.º 243/84).

⁽⁸²⁾ A omissão de pronúncia era um dos fundamentos da acção de anulação (artigo 31.º, n.º 1, alínea *e*) do Decreto-Lei n.º 243/84).

conta o histórico de dependência do poder judicial, que o princípio do esgotamento do poder jurisdicional dos árbitros era entendido como absoluto, não sendo admitidas quaisquer exceções.

5.2. Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto

Passado pouco tempo, foi aprovada a Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto — Lei de Arbitragem Voluntária, conhecida como LAV —, que teve na sua base um projecto da Professora ISABEL MAGALHÃES COLLAÇO e que vigorou mais de vinte e cinco anos.

Tal como o seu antecessor, a LAV previa o princípio *functus officio*, dedicando-lhe exclusivamente o artigo 25.º, sob a epígrafe “Extinção do poder dos árbitros”: “*O poder jurisdicional dos árbitros finda com a notificação do depósito da decisão que pôs termo ao litígio ou, quando tal depósito seja dispensado, com a notificação da decisão às partes*”⁽⁸³⁾.

À semelhança, também, do Decreto-Lei n.º 243/84, a LAV nada estabelecia sobre poderes pós-sentença do tribunal arbitral, não fazendo referência à rectificação de erros materiais, ao esclarecimento de ambiguidades ou à prolação de sentença adicional. Contudo, esta ausência de normas não privou a doutrina portuguesa de tecer comentários sobre a matéria, ancorando-se com frequência no nosso regime processual civil.

Segundo ARMINDO RIBEIRO MENDES, impõe-se “*como racional a possibilidade de os árbitros rectificarem erros materiais ou esclarecer ambiguidades da própria sentença. A requerimento das partes ou, tratando-se de rectificações, até oficiosamente*”⁽⁸⁴⁾.

De acordo com LUÍS DE LIMA PINHEIRO, o disposto no artigo 25.º da LAV “*não obsta à rectificação, interpretação ou integração da decisão [...] Com efeito, o art. 666.º/1 CPC também determina que o poder jurisdicional do juiz fica esgotado com o proferimento da*

⁽⁸³⁾ Face ao diploma anterior, inova-se apenas na possibilidade de dispensa do depósito da sentença arbitral na secretaria do tribunal judicial do lugar da arbitragem, por acordo das partes (artigo 24.º, n.º 2 da LAV).

⁽⁸⁴⁾ ARMINDO RIBEIRO MENDES, op. cit., p. 214.

sentença e, todavia, isto não obsta a que o juiz possa rectificar erros materiais, suprir nulidades, esclarecer dúvidas existentes na sentença e reformá-la (art. 666.º/2 CPC)”⁽⁸⁵⁾.

Para MANUEL PEREIRA BARROCAS, o árbitro “*está obrigado, quer em relação à sentença arbitral, quer em relação a qualquer outra decisão sua, a rectificar erros materiais, suprir nulidades, esclarecer obscuridades ou ambiguidades ou dúvidas existentes na sentença ou na decisão em geral [...] Nisso não difere substancialmente do regime estabelecido no artigo 666.º, número 2, do CPC*”⁽⁸⁶⁾.

Deste modo, pode dizer-se que a doutrina nacional é praticamente unânime na admissão de poderes do tribunal arbitral em fase subsequente à prolação da sentença. A extensão destes poderes é, no entanto, algo controvertida, desde permitir apenas a correcção e a interpretação até autorizar também o suprimento de nulidades.

No que respeita ao suprimento de nulidades pelo tribunal arbitral, pronunciou-se o Supremo Tribunal de Justiça, no Acórdão de 05/12/2002 (Ribeiro Coelho), no sentido de que não cabe aos árbitros superar as nulidades de natureza processual de que a decisão eventualmente padeça, uma vez que a missão que lhes foi conferida cessou, nos termos do artigo 25.º da LAV.

Contrariamente, no Acórdão de 19/05/2011 (Bettencourt de Faria), o Supremo Tribunal de Justiça considerou que os árbitros são materialmente juizes e têm de ter, por isso, os poderes próprios de qualquer julgador — entre eles, a rectificação de erros, a aclaração de passagens dúbias e a arguição de nulidades, na medida em que as soluções dos artigos 667.º a 669.º do Código de Processo Civil cabem no espírito do artigo 25.º da LAV.

5.3. Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro

Em 2011, a LAV foi revogada pela Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro (que aprovou a nova lei de arbitragem voluntária, a qual

⁽⁸⁵⁾ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional — A Determinação do Estatuto da Arbitragem*, Almedina, 2005, pp. 153-154.

⁽⁸⁶⁾ MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, Almedina, 2010, pp. 492-493.

designaremos doravante por NLAV), que resultou de um projecto apresentado pela Associação Portuguesa de Arbitragem (APA), fortemente baseado na Lei Modelo da UNCITRAL. A NLAV é, por isso, uma lei “amiga da arbitragem”.

Para começar, o princípio *functus officio* não se perdeu na criação da nova lei (até porque também está plasmado na Lei Modelo) e deriva da conjugação dos n.ºs 1 e 3 do artigo 44.º. “*O processo arbitral termina quando for proferida a sentença final*” e “*As funções do tribunal arbitral cessam com o encerramento do processo arbitral*”. Não obstante, a NLAV é a primeira lei de arbitragem nacional a prever expressamente a correcção, a interpretação e a integração da sentença arbitral.

5.3.1. Rectificação da Sentença Arbitral

Nos termos do n.º 1 do artigo 45.º da NLAV, qualquer uma das partes pode, notificando a outra e no prazo de 30 dias a contar da recepção da notificação da sentença arbitral (a menos que tenha sido convencionado prazo diferente para o efeito), “*requerer ao tribunal arbitral, que rectifique, no texto daquela, qualquer erro de cálculo, erro material ou tipográfico ou qualquer erro de natureza idêntica*”. Permite-se, assim, a correcção da sentença arbitral, em moldes idênticos aos da Lei Modelo.

Se o tribunal arbitral considerar justificado o requerimento, fará a rectificação nos 30 dias seguintes à recepção daquele (artigo 45.º, n.º 3). Por outro lado, os árbitros podem ter a iniciativa de corrigir erros materiais na sentença arbitral, caso em que poderão fazê-lo no prazo de 30 dias a partir da data da notificação daquela (artigo 45.º, n.º 4).

5.3.2. Esclarecimento da Sentença

No prazo aplicável à rectificação, “*qualquer das partes pode, notificando disso a outra, requerer ao tribunal arbitral que esclareça alguma obscuridade ou ambiguidade da sentença ou dos seus fundamentos*” (artigo 45.º, n.º 2 da NLAV). Curiosamente, a NLAV demarca-se, em sede de interpretação da sentença arbitral, da Lei Modelo.

Em primeiro lugar, ao passo que a Lei Modelo só permite a interpretação se as partes assim acordarem, a NLAV prevê o esclarecimento independentemente de convenção nesse sentido⁽⁸⁷⁾. Em segundo lugar, enquanto a Lei Modelo autoriza a clarificação de “*um ponto ou uma passagem específica da sentença*” (artigo 33.º, n.º 1, alínea b)), a NLAV estende o poder interpretativo, não só à sentença, como aos seus fundamentos⁽⁸⁸⁾.

Entendendo que o requerimento é justificado, o tribunal arbitral procederá ao esclarecimento nos 30 dias seguintes à recepção daquele, sendo que o esclarecimento fará parte integrante da sentença (artigo 45.º, n.º 3).

5.3.3. *Sentença Adicional*

Salvo convenção das partes em contrário, qualquer uma delas pode, nos 30 dias seguintes à data em que foi notificada da sentença, requerer ao tribunal arbitral, disso notificando a outra, “*que profira uma sentença adicional sobre partes do pedido ou dos pedidos apresentados no decurso do processo arbitral, que não hajam sido decididas na sentença*” (artigo 45.º, n.º 5 da NLAV). Em termos semelhantes à Lei Modelo, a NLAV admite a integração da sentença arbitral.

Se julgar justificado o requerimento, o tribunal arbitral proferrá a sentença adicional nos 60 dias seguintes à sua apresentação (artigo 45.º, n.º 5, *in fine*).

Em contraste com a Lei Modelo, a NLAV prevê a omissão de pronúncia como fundamento de acção de anulação: a sentença arbitral pode ser anulada pelo tribunal estadual competente se o tribunal arbitral “*deixou de pronunciar-se sobre questões que devia apreciar*” (artigo 46.º, n.º 3, alínea v)). Desta forma, competirá à parte decidir qual o meio processual mais adequado para superar a sentença *infra petita*.

(87) Solução que defendemos aquando da crítica à Lei Modelo.

(88) Solução contrária à doutrina estrangeira que citámos *supra*.

5.3.4. *Remessa da Sentença para o Tribunal Arbitral*

Ao abrigo do n.º 3 do artigo 44.º da NLAV, as funções do tribunal arbitral cessam com o encerramento do processo arbitral, “*sem prejuízo do disposto no artigo 45.º e no n.º 8 do artigo 46.º*”. De facto, além da correcção, interpretação e integração previstas no artigo 45.º, existe uma outra excepção à regra do esgotamento do poder jurisdicional dos árbitros: em caso de acção de anulação, a remessa da sentença pelo tribunal estadual para o tribunal arbitral que a proferiu, nos termos do artigo 46.º, n.º 8.

Em disposição decalcada do n.º 4 do artigo 34.º da Lei Modelo, a NLAV permite que o tribunal estadual possa, “*se o considerar adequado e a pedido de uma das partes, suspender o processo de anulação durante o período de tempo que determinar, em ordem a dar ao tribunal arbitral a possibilidade de retomar o processo arbitral ou de tomar qualquer outra medida que o tribunal arbitral julgue susceptível de eliminar os fundamentos da anulação*” (artigo 46.º, n.º 8).

Louvamos o acolhimento desta norma. Não só se trata de uma forma de preservar a integridade da sentença arbitral, tornando a respectiva anulação desnecessária, como reforça o papel dos árbitros, considerando-os capazes de suprir as próprias falhas decisórias. Ademais, esta possibilidade de remessa pode dissuadir as partes de intentarem acção de anulação com o propósito único de evitar ou, pelo menos, atrasar uma sentença desfavorável:

“Knowing that arbitral tribunals can correct irregularities in their awards on remand by national courts, losing parties might become more hesitant to challenge a final award in order to force the winning party to initiate new arbitral proceedings, with the hope that the new tribunal might reach solutions more favorable to their case”⁽⁸⁹⁾.

Ao autorizar que o tribunal arbitral retome o processo ou tome “qualquer outra medida” que julgue susceptível de eliminar os fun-

⁽⁸⁹⁾ TERESA GIOVANNINI, “*When do Arbitrators become Functus Officio?*”, in *Liber Amicorum en l’honneur de Serge Lazareff*, Editions A. Pedone, Paris, 2011, p. 314.

damentos da anulação, caso haja pedido de uma das partes nesse sentido e o tribunal judicial considere adequado, parece-nos claro que a NLAV aprova o suprimento de nulidades processuais pelos árbitros, pondo termo à divergência jurisprudencial.

Este poder de remessa da sentença para o tribunal arbitral foi raramente invocado no âmbito na Lei Modelo, não se conhecendo aparentemente decisões que tenham aplicado esta norma⁽⁹⁰⁾. É certo que o seu exercício causaria alguma incerteza quanto ao momento em que o tribunal arbitral esgota, em absoluto, a sua jurisdição. Sem embargo, pensamos que pode ser um instrumento muito eficaz nas mãos de juízes “amigos da arbitragem”, tornando-a uma alternativa completa de resolução de litígios.

Conclusões

“If truth seeking is the hammer of justice, finality is the overlooked anvil.”

MICHAEL CAVENDISH⁽⁹¹⁾

A sentença arbitral tem de ser o espelho da decisão dos árbitros — não pode conter, por lapso, soluções diferentes daquelas que o tribunal arbitral considerou justas. A sentença arbitral tem de ser clara e elucidativa. A sentença arbitral tem de resolver, na totalidade, o litígio em questão. Todas estas afirmações constituem a vontade das partes que decidem recorrer à arbitragem.

Como nem sempre estes requisitos são cumpridos, é importante a previsão (legal e/ou convencional) de mecanismos capazes de suprir eventuais falhas decisórias: a rectificação de erros materiais, a clarificação de ambiguidades e a emenda de omissões de pronúncia.

Não obstante, na ausência de norma e de acordo expreso nesse sentido, estes poderes pós-sentença do tribunal arbitral são consentâneos com as presumíveis expectativas de partes que

⁽⁹⁰⁾ GARY B. BORN, op. cit., p. 2545.

⁽⁹¹⁾ MICHAEL CAVENDISH, “*Fortress Arbitration: an exposition of functus officio*”, in *Florida Bar Journal*, Fevereiro 2006.

actuem de boa fé, sendo, por isso, inerentes ao mandato conferido aos árbitros. Deste modo, a correcção, a interpretação e a integração da sentença arbitral devem ter-se como elementos implícitos⁽⁹²⁾ de qualquer convenção de arbitragem⁽⁹³⁾.

Contudo, por mais contraditório que possa parecer à partida, o princípio *functus officio* — o esgotamento do poder jurisdicional dos árbitros com a prolação da sentença — também é aguardado pelas partes que pretendem ver o seu problema resolvido por uma instância arbitral, nomeadamente por razões de celeridade, quase sempre subjacentes à opção pela arbitragem. Acresce a procura de uma sentença definitiva, para garantir a indispensável segurança jurídica.

Torna-se, pois, necessário proteger a regra da extinção do mandato do tribunal arbitral: definindo com nitidez o âmbito de cada excepção, para evitar que seja utilizada como expediente dilatório ou como tentativa de revisão do mérito da causa; impondo-lhe limites temporais, para afastar a imprevisibilidade do momento em que os árbitros cessam funções, a qual lesaria demasiado a definitividade da sentença arbitral; e atribuindo a iniciativa às partes⁽⁹⁴⁾, em favor da autonomia privada.

No fundo, mais do que esgotar-se com a prolação da sentença, o poder jurisdicional dos árbitros *transforma-se*, passando a ter uma margem de manobra muito reduzida, circunscrita à correcção, à interpretação e à integração, bem como a qualquer outra medida susceptível de eliminar os fundamentos de anulação, visto que esta deve ser, sempre que possível e em abono da emancipação do processo arbitral, o último remédio.

“Only after all possibilities to correct, interpret or supplement an award have been foreclosed, by the passage of time or otherwise, is it accurate to say that the tribunal’s mandate is fulfilled or that the arbitrators have become functus officio”⁽⁹⁵⁾.

⁽⁹²⁾ GARY B. BORN, op. cit., pp. 2531, 2537 e 2543.

⁽⁹³⁾ A não ser, claro, que as partes os excluam expressamente.

⁽⁹⁴⁾ Sendo que a correcção também pode ser feita, a nosso ver, por iniciativa do tribunal arbitral.

⁽⁹⁵⁾ GARY B. BORN, op. cit., p. 2520.

Em resposta à questão colocada no início da análise que agora termina, consideramos que a definitividade tem de ser preservada e não pode ser subestimada, sob pena de ferir um dos mais firmes princípios de qualquer Estado de Direito: o princípio da segurança jurídica. No entanto, firmeza não deve confundir-se com rigidez e a definitividade deve ser ajustada perante a exigência de uma decisão correcta e justa, tanto nos tribunais estaduais, como na arbitragem.

Regulamentos de Arbitragem									
		UNCITRAL	ICC	LCIA	ICDR	ICSID	ACL	OA	UCP
Correcção	Previsão	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Não	Não
	Iniciativa do Tribunal Arbitral	Sim	Sim	Sim	Não	Não	Sim	-	-
	Prazo para pedido	30 dias	30 dias	30 dias	30 dias	45 dias	-	-	-
	Prazo para decisão	45 dias	30 dias	30 dias	30 dias	120 dias	-	-	-
Interpretação	Previsão	Sim	Sim	Não	Sim	Sim	Sim	Não	Não
	Iniciativa do Tribunal Arbitral	Não	Não	-	Não	Não	Sim	-	-
	Prazo para pedido	30 dias	30 dias	-	30 dias	-	-	-	-
	Prazo para decisão	45 dias	30 dias	-	30 dias	-	-	-	-
Integração	Previsão	Sim	Não	Sim	Sim	Sim	Não	Não	Não
	Iniciativa do Tribunal Arbitral	Não	-	Não	Não	Não	-	-	-
	Prazo para pedido	30 dias	-	30 dias	30 dias	45 dias	-	-	-
	Prazo para decisão	60 dias	-	60 dias	30 dias	120 dias	-	-	-

ACL	Associação Comercial de Lisboa
APA	Associação Portuguesa de Arbitragem
CNUDCI	Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional
FAA	<i>Federal Arbitration Act</i>
ICC	<i>International Chamber of Commerce</i>
ICDR	<i>International Centre for Dispute Resolution</i>
ICSID	<i>International Centre for Settlement of Investment Disputes</i>
LAV	Lei de Arbitragem Voluntária
LCIA	<i>London Court of International Arbitration</i>
LDIP	Lei Federal de Direito Internacional Privado
NLAV	Nova Lei de Arbitragem Voluntária
OA	Ordem dos Advogados
UCP	Universidade Católica Portuguesa
UNCITRAL	<i>United Nations Commission on International Trade Law</i>
ZPO	<i>Zivilprozessordnung</i>

Bibliografia

Obras:

- AMARAL, Jorge Augusto Pais do, *Direito Processual Civil*, 10.^a edição, Almedina, 2011.
- BARROCAS, Manuel Pereira, *Manual de Arbitragem*, Almedina, 2010.
- BLACK, Henry Campbell, *Black's Law Dictionary*, 6.^a edição, West Publishing Co, 1990.
- BORN, Gary B., *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2009.
- CARMONA, Carlos Alberto, *Arbitragem e Processo — Um Comentário à Lei N.º 9.307/96*, 3.^a edição, Editora Atlas.
- GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John, *Fouchard Gaillard Goldman on International Arbitration*, Kluwer Law International, 1999.
- LEW, Julian M.; MISTELIS, Loukas A.; KRÖLL, Stefan M., *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003.
- MENDES, Armindo Ribeiro, *Introdução às Práticas Arbitrais*, 2011.
- PINHEIRO, Luís de Lima, *Arbitragem Transnacional — A Determinação do Estatuto da Arbitragem*, Almedina, 2005.
- POUDRET, Jean-François; BESSON, Sébastien, *Comparative Law of International Arbitration*, 2.^a edição, Sweet & Maxwell, 2007.
- REDFERN, Alan; HUNTER, Martin; BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 4.^a edição, Sweet & Maxwell, 2004.
- REIS, Alberto dos, *Código de Processo Civil Anotado*, Coimbra, 1981, V.

Artigos:

- ALLEN, Thomas A.; HERMAN, Robyn D., “Clarification, Reconsideration and the Doctrine of *Functus Officio*”, in *ARIAS Quarterly*, Volume XI, n.º 2, 2004.
- CARBONNEAU, Thomas E., “At the Crossroads of Legitimacy and Arbitral Autonomy”, The Berkeley Electronic Press, 2006, Paper 1139.

- CAVENDISH, Michael, “*Fortress Arbitration: an exposition of functus officio*”, in *Florida Bar Journal*, Fevereiro 2006.
- GIOVANNINI, Teresa, “*When do Arbitrators become Functus Offício?*”, in *Liber Amicorum en l’honneur de Serge Lazareff*, Editions A. Pedone, Paris, 2011.
- LALIVE, Pierre, “*Absolute Finality of Arbitral Awards?*”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Associação Portuguesa de Arbitragem, Almedina, 2009.
- PEREIRA, Joel Timóteo Ramos, “*Erro material — em que consiste?*”, in *Revista O Advogado*, II Série, n.º 17, 2005.
- PERROT, Roger, “*L’interprétation des sentences arbitrales*”, in *Revue de l’Arbitrage*, 1968.
- VOLLMER, A. N.; BEDFORD, A. J., “*Post-Award Arbitral Proceedings*”, in *Journal of International Arbitration*, Vol. 15, N.º 1 (1998).

Textos da Internet:

- BAPTISTA, Luiz Olavo, *Correction and Clarification of Arbitral Awards*, texto apresentado no Congresso ICCA, Rio de Janeiro, 2010, p. 6.
Disponível em <<http://www.josemigueljudice-arbitration.com/pt/>>.
- NESS, Andrew Van, “*Revised Uniform Arbitration Act v. Federal Arbitration Act. Which You Should Prefer In Nevada Arbitration*”.
Disponível em <<http://pegasus.rutgers.edu/~rcrlj/articlespdf/VanNess.pdf>>.

O CRIME DE ESPECULAÇÃO DE PREÇOS

Previsto no artigo 35.º do Decreto-Lei N.º 28/84, de 20 de Janeiro

(Comentário)

Pelo Dr. Marcelino António Abreu(*)

Sumário:

Introdução ao Tema. **Capítulo I** — Especulação de Preços — Aproximação ao conceito. **Capítulo II** — O bem jurídico “estabilidade dos preços”, seu enquadramento jurídico-dogmático e sua natureza supra individual; O bem jurídico tutelado — Estabilidade dos preços; O bem jurídico “Estabilidade dos preços” e o seu enquadramento jurídico-dogmático; O bem jurídico “estabilidade dos preços” e a sua natureza supra individual. **Capítulo III** — O Crime de Especulação de Preços. Análise das condutas típicas do artigo 35.º, do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro. Introdução; Tipicidade Objectiva; Tipicidade Subjectiva. **Capítulo IV.** **Conclusões.** **Bibliografia.**

(*) Advogado; Mestre em Direito, na Área do Direito Penal e Económico, pela Universidade Lusíada do Porto e Pós-Graduado em Direito do Consumo e em Direito Penal Económico e Europeu pela Universidade de Coimbra.

Introdução ao tema

Neste curto trabalho vamos analisar, ainda que de forma muito breve, a figura jurídica da especulação de preços.

Não vamos analisar a figura jurídica em toda a sua amplitude, mas tão só ao nível do bem jurídico tutelado e das condutas típicas.

Faremos um comentário breve do normativo legal que se encontra tipificada no art. 35.º, do Decreto-Lei 28/84 de 20 de Janeiro a esses dois níveis. Contudo, antes disso, faremos um brevíssimo enquadramento jurídico — dogmático da figura jurídica.

Falar de especulação de preços é por certo falar de um tema sempre candente quer a nível do sistema económico e das suas implicações nesse sector, quer a nível da sua potencial capacidade de ofender os interesses dos consumidores.

De facto, se a nível económico podemos ser tentados a dizer que a especulação é, por vezes, a alavanca que faz movimentar os mercados e criar flutuações na economia, gerando ganhos a uns e perdas a outros, também não deixa de ser verdade que, a esse nível, a especulação desenfreada e desregrada, pode trazer danos gravosos para a mesma economia.

Já ao nível dos interesses dos consumidores, a especulação, de uma forma, diria, generalizada traz prejuízos. Se não vejamos, de uma leitura, ainda que rápida, do normativo legal constante artigo 35.º, do Decreto-lei 28/84, de 20 de Janeiro, constatamos que o legislador considerou como sendo especulativas e, por isso, merecedoras da censura da lei as condutas do agente que impliquem, quer uma alteração do preço no sentido de o elevar, quer a prática de preços superiores “aos permitidos pelos regimes legais a que os mesmos estejam submetidos”(1).

Ou seja, o denominador comum é, se assim se pode dizer, a subida do preço e nunca a sua descida. No entanto, sou, desde já, levado a afirmar que o “dumping”(2), as condutas tendentes a pro-

(1) Expressão usada pelo artigo 35.º, n.º 1, aln. a) do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro.

(2) Podemos definir o dumping como sendo a prática comercial, desleal, que se traduz no facto de uma ou mais empresas de um país venderem deliberadamente os seus

vocar um abaixamento desmesurado dos preços, quando as mesmas afectem ou, pelo menos, ponham em perigo a estabilidade dos preços, são, também elas, especulativas e, desse modo, capazes de causar tanto dano ou perigo, senão mais, para o bem jurídico “estabilidade dos preços” que aquelas que se encontram tipificadas no normativo legal do artigo 35.º, do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro.

Capítulo I

Especulação de Preços — Aproximação ao conceito

O legislador português estabeleceu no artigo 35.º, do Decreto-Lei 28/84 de 20 de Janeiro, que:

“1 — Será punido com prisão de 6 meses a 3 anos e multa não inferior a 100 dias quem:

- a) Vender bens ou prestar serviços por preços superiores aos permitidos pelos regimes legais a que os mesmos estejam submetidos;*
- b) Alterar, sob qualquer pretexto ou por qualquer meio e com intenção de obter lucro ilegítimo, os preços que do regular exercício da actividade resultariam para os bens ou serviços ou, independentemente daquela intenção, os que resultariam da regulamentação legal em vigor;*
- c) Vender ou prestar serviços por preço superior ao que conste de etiquetas, rótulos, letreiros ou listas elaborados pela própria entidade vendedora ou prestadora do serviço;*

produtos por preços muito baixos, não raro abaixo do preço de custo, com vista a prejudicar ou, não raro, eliminar a concorrência por forma a depois dominarem o mercado e os preços que aí se vierem a praticar.

d) *Vender bens que, por unidade, devem ter certo peso ou medida, quando os mesmos sejam inferiores a esse peso ou medida, ou contidos em embalagens ou recipientes cujas quantidades forem inferiores às nestes mencionadas.*

2 — *Com a pena prevista no número anterior será punida a intervenção remunerada de um novo intermediário no círculo legal ou normal da distribuição, salvo quando da intervenção não resultar qualquer aumento de preço na respectiva fase do circuito, bem como a exigência de quaisquer compensações que não sejam consideradas antecipação do pagamento e que condicionem ou favoreçam a cedência, uso ou disponibilidade de bens ou serviços essenciais.*

3 — *Havendo negligência, a pena será a de prisão até 1 ano e multa não inferior a 40 dias.*

4 — *O tribunal poderá ordenar a perda de bens ou, não sendo possível, a perda de bens iguais aos do objecto do crime que sejam encontrados em poder do infractor.*

5 — *A sentença será publicada.”*⁽³⁾

O legislador, à semelhança do que já acontecia no anterior Decreto-lei n.º 41 204, no seu artigo 24.º, onde apenas preferiu dizer quais as condutas que, se praticadas, consubstanciavam crime de especulação, não definiu em concreto o que é considerado especulação⁽⁴⁾, optando antes por punir determinados comportamentos que, em epígrafe, os apelida de especulativos.

É certo que as definições em direito são perigosas. Contudo, na esteira de Costa Andrade, poder-se-ia dizer que “por definição, a especulação implica, assim, a violação de um preço subtraído à livre disponibilidade dos operadores económicos”⁽⁵⁾.

⁽³⁾ Itálico nosso.

⁽⁴⁾ MANUEL DA COSTA ANDRADE, *A nova lei dos crimes contra a economia* (dec. Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro) à luz do conceito de «Bem Jurídico», in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Vol I, Coimbra, 1998, pág. 409.

⁽⁵⁾ MANUEL DA COSTA ANDRADE, *ob. cit.*

No entanto, penso que não se pode ficar por aqui e teremos que ir mais além na busca da definição de especulação de preços, uma vez que não é só nos preços subtraídos “à livre disponibilidade dos operadores económicos” que pode haver lugar à prática da conduta típica. Se não, vejamos: prevê a al. b) do artigo 35.º, do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro, que, também, pratica o crime de especulação aquele que “alterar, sob qualquer pretexto ou por qualquer meio e com intenção de obter lucro ilegítimo, os preços que do regular exercício da actividade resultariam para os bens ou serviços”.

Este normativo legal traz, assim, à colação um outro conceito que tem que ser tido em consideração para efeitos de nos aproximarmos da definição de especulação. É o conceito de “regular exercício da actividade”.

Se, nos termos daquele normativo, pratica o crime de especulação aquele que altera os preços que do “regular exercício da actividade resultariam para os bens e serviços, então desde logo, uma coisa é certa: esses preços não resultam fixados por qualquer dispositivo legal. A expressão “regular exercício da actividade” não significa o mesmo que “preços superiores aos permitidos pelos regimes legais a que os mesmos estejam submetidos”.

A que se referirá, então, referir o legislador quando usa a expressão “regular exercício da actividade”?

Penso que se referirá aos preços que resultam ou devem resultar da aplicação e encontro da lei da oferta e da procura. Ou seja, estes são os preços que o mercado, em obediência à sua concorrência, deve ditar.

Ora, estes preços não estão “subtraídos à livre disponibilidade dos operadores económicos”, já que é o mercado, e os operadores económicos são operadores do mercado, que os deve ditar.

Por outro lado, se entendermos que esses preços que hão-de resultar do “regular exercício da actividade”, são preços, também eles, subtraídos “à livre disponibilidade dos operadores económicos”, então, cabe perguntar, quais os preços que não estão subtraídos a esses operadores, já que todos os preços devem, *in limine*, respeitar a lei da oferta e da procura?

Em face do que fica dito, entendemos que especulação de preços não será somente a conduta que desrespeita os preços “subtraí-

dos à livre disponibilidade dos operadores económicos”, mas também aquela que desrespeita os “preços que do regular exercício da actividade resultariam para os bens ou serviços”(6).

Posto isto, não tendo o legislador definido o que é especulação, fica-se a saber, somente, quais, em seu entender, os comportamentos que considera como especulativos, ao nível dos preços.

O aumento do lucro, o (único) objectivo da especulação ilegítima de preços

Sendo a especulação ilegítima de preços um comportamento que se traduz na manipulação ou adulteração dos preços do mercado, este comportamento terá que ter, pela sua própria natureza, pelo menos uma finalidade ou objectivo, já que ninguém terá interesse em manipular os preços se não for porque isso lhe traz algum benefício. Ninguém terá interesse em adulterar os preços se isso, mediata ou imediatamente, lhe vai trazer prejuízos a si ou àquele a quem eventualmente representa e de quem auferir benefícios, remunerações, se lhe proporcionar lucros. Contudo, já se sentirá tentado a tal se isso lhe aumentar os ganhos.

Todos os intervenientes no mercado, desde os trabalhadores, aos empresários, passando pelos titulares dos meios de produção, todos, visam obter ganhos e maximizar esses ganhos. Como refere SAMUELSON/NORDHAUS(7) (embora consideremos, já o dissemos, ser uma noção demasiado restritiva de quem pode ser especulador) estes “constituem simples intermediários que estão interessados em comprar barato, para vender mais caro. A última coisa

(6) Neste sentido, o Acórdão do tribunal da Relação de Lisboa, publicado in *Colectânea de Jurisprudência*, 1986, Tomo I, pág. 119. Segundo tal acórdão “O crime de especulação previsto no Decreto-Lei n.º 28/84 é, como tipo legal, o mesmo que era previsto no Decreto-Lei n.º 41 204, quanto à referência à prática de preços superiores a um certo preço padrão, pois a única alteração existente entre essas duas legislações, nesse aspecto, respeita apenas à forma de determinação de tal «preço-padrão»”.

(7) SAMUELSON/NORDHAUS, in *Economia*, 12.ª ed. [S.l.]: McGraw Hill, págs. 608 e 609.

que eles desejam é verem a camioneta que transporta o trigo ou porcos a descarregar à sua porta.”

Ora, sendo a obtenção de ganhos, ou, se quisermos, de lucro (embora ganho e lucro não signifiquem a mesma coisa) o objectivo máximo da actuação dos agentes económicos no mercado, *maxime* dos especuladores, a manipulação dos preços (com a consequente viciação das regras do mercado) é um meio, embora reprovável, que permite atingir e maximizar esses lucros⁽⁸⁾.

Não vemos, de resto, que outro objectivo válido e suficientemente aliciador leve o especulador a manipular os preços. A maximização do lucro será pois o objectivo máximo do especulador quando adultera ou manipula os preços do mercado. Da noção de especulação ilegítima de preços há-de pois fazer parte como seu (único) objectivo, a obtenção de lucro que, por ser obtido à custa da adulteração das regras do mercado, será um lucro ilegítimo e, consequentemente, ilícito, se ilícito for o acto praticado e através do qual o mesmo foi auferido.

⁽⁸⁾ Neste sentido, GASPAR, HENRIQUES, 1995, in *Relevância Criminal de Práticas Contrárias aos Interesses dos Consumidores*, Boletim do Ministério da Justiça, n.º 448, pág. 48. Segundo este Autor, “A complexidade da relações de consumo, a exacerbação da concorrência, a agressividade dos comportamentos na promoção e na oferta de bens e serviços, a potenciação ou a urgência do lucro, podem levar os agentes económicos a práticas fraudulentas, lesivas dos interesses patrimoniais dos consumidores individualmente considerados”.

Capítulo II

O bem jurídico “estabilidade dos preços”, seu enquadramento jurídico-dogmático e sua natureza supra individual.

O bem jurídico tutelado — Estabilidade dos preços

Analisada, ainda que de forma muitíssimo breve, a questão do conceito de especulação, vamos, agora, abordar a questão do bem jurídico que o legislador português visa proteger com a criminalização levada a cabo no artigo 35.º, do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro.

O legislador, tal como se verá infra, na análise das condutas típicas, não se limitou a tutelar um único bem jurídico com a sua actividade legislativa.

Se é certo que o bem jurídico que o legislador pretendeu tutelar com o crime de especulação é, à semelhança do que acontecia no Decreto-Lei 41 204, de 24 de Julho de 1957, a “estabilidade dos preços”⁽⁹⁾, também é certo que não se sabe se o legislador apenas considera como especulação estes comportamentos criminalizados ou se, embora entendendo que outros comportamentos há como sendo especulativos, nomeadamente o chamado “dumping”, mesmo assim, não os quis punir e, por isso, não os criminalizou.

Por outro lado, nem todos os componentes punidos no artigo 35.º, do Decreto-Lei, n.º 28/84, de 20 de Janeiro, como comportamentos especulativos são condutas violadoras do bem jurídico “estabilidade dos preços”.

Assim, na al. *d*), n.º 1, desse mesmo artigo, a conduta que aí está tipificada e punida não é mais que um actuação típica de fraude sobre mercadorias⁽¹⁰⁾. Mais: a conduta que aí se encontra punida já

⁽⁹⁾ MANUEL DA COSTA ANDRADE, *ob. cit.*, pág. 402. “Resulta líquido que o crime de especulação tutela um específico bem jurídico: a estabilidade dos preços. Para que ele ocorra, há-de dar-se a violação de um preço subtraído á disponibilidade dos operadores económicos”.

⁽¹⁰⁾ MANUEL DA COSTA ANDRADE, *ob. cit.*, pág. 409, “É certo que nem todas as condutas incriminadas e punidas como especulação nos vários números e alíneas do

se encontra sancionada no artigo 23.º desse mesmo Decreto-Lei, concretamente sob a epígrafe “Fraude de Mercadorias”.

Se no artigo 35.º, n.º 1, al. *a)*, *b)*, *c)* e n.º 2, do Decreto-Lei 28/84, de 20 de Janeiro o legislador quis salvaguardar o bem jurídico supra individual “estabilidade nos preços”, conferindo-lhe, por isso, tutela penal, já na al. *d)*, do n.º 1, desse mesmo artigo, o legislador quis salvaguardar um outro bem jurídico supra individual, desta feita, o “direito a uma informação veraz sobre a natureza e características das mercadorias postas no mercado e os interesses económicos dos adquirentes dessas mesmas mercadorias na veracidade dessas informações”.

Penso que, se na al. *d)*, do artigo 35.º, do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro se está perante uma conduta típica de “Fraude de Mercadorias” e sendo o bem jurídico aí tutelado aquele que se visa salvaguardar com tal incriminação, e não a estabilidade dos preços, e tendo o legislador tido o cuidado de no artigo 23.º, desse Decreto-Lei, criminalizar a fraude de mercadorias, então, penso que, na esteira de Silva Dias e Costa Andrade, a al. *d)* do n.º 1 do artigo 35.º está duplamente criminalizada e, por isso, esta alínea “*de jure condendo*” deverá ser revogada pelo legislador⁽¹¹⁾.

Nem o facto de se poder considerar que na dita al. *d)* estão “casos especiais de Fraude sobre mercadorias”⁽¹²⁾ poderá conduzir,

artigo 35.º, do Dec. Lei 28/84, resultarão num atentado directo à estabilidade dos preços. Tal só sucederá de forma mediata com as práticas previstas na alínea *d)* do n.º 1 (...). Práticas que mais não são, aliás, do que casos especiais de Fraude sobre mercadorias e que como tais já seriam punidas.”

⁽¹¹⁾ AUGUSTO SILVA DIAS, *Protecção Jurídico-Penal de Interesses dos Consumidores*, 3.ª Edição, Coimbra, 2001, pág. 94, Anotação 185, “Concordo com Costa Andrade que «de jure condendo» o tipo da al. *d)* do n.º 1 do art. 35.º devia ser incluído no art. 23.º ou simplesmente suprimido, por se considerar que a conduta já se encontra prevista na al. *b)* do art. 23.º (...), mas o facto de a fraude através do peso ser tida como um «caso especial» (...) da fraude sobre mercadorias, punível com pena mais grave, desloca «de jure condito» a questão da punibilidade para o âmbito do art. 35.º”. Por sua vez, MANUEL DA COSTA ANDRADE, *ob. cit.*, pág. 409, “Práticas que mais não são, aliás, do que casos especiais de Fraude sobre mercadorias e que como tais já seriam punidas.”

⁽¹²⁾ MANUEL DA COSTA ANDRADE, *ob. cit.*, pág. 409, “É certo que nem todas as condutas incriminadas e punidas como especulação nos vários números e alíneas do artigo 35.º do Dec. Lei 28/84 resultarão num atentado directo à estabilidade dos preços. Tal só sucederá de forma mediata com as práticas previstas na alínea *d)* do n.º 1 (...). Práticas

em obediência ao que fica dito, a defender-se a não revogação deste normativo legal.

Penso, que não se poderá considerar, ao contrário do defendido por Manuel de Andrade⁽¹³⁾, que na alínea *d*), do referido artigo 35.º, as condutas aí tipificadas, ofendem de forma “mediata” o bem jurídico “estabilidade dos preços”, já que uma coisa é fraude de mercadorias e o bem jurídico que aí se visa tutelar — o direito a uma informação veraz sobre a natureza e características das mercadorias postas no mercado e os interesses económicos dos adquirentes dessas mesmas mercadorias na veracidade dessas informações — e outra é especulação e o bem jurídico que aí se visa tutelar — estabilidade dos preços.

O bem jurídico tutelado — Estabilidade dos preços — e o seu enquadramento jurídico-dogmático.

Embora os interesses protegidos pelo legislador no artigo 35.º, do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro, sejam “interesses”⁽¹⁴⁾ ligados à economia, poderemos ser tentados a aceitar a tese de que, por uma interpretação extensiva e não analógica das normas jurídicas, no artigo 35.º, também aí, de forma colateral, se visam salvarguardar os interesses dos consumidores na “estabilidade dos preços” e na “informação veraz sobre a natureza e características das

que mais não são, aliás, do que casos especiais de Fraude sobre mercadorias e que como tais já seriam punidas.

⁽¹³⁾ MANUEL DA COSTA ANDRADE, *ob. cit.*, pág. 409.

⁽¹⁴⁾ Como escreve FIGUEIREDO DIAS, in *Temas Básicos da Doutrina Penal, Sobre os fundamentos da doutrina penal sobre a doutrina geral do crime*, Coimbra, pág. 43, um bem jurídico será “a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objecto ou bem em si mesmo socialmente relevante e, por isso, juridicamente reconhecido como valioso”.

Assim, um bem jurídico será um interesse do indivíduo ou da comunidade que deve ser acautelado pelo direito devido à sua relevância social e que, por isso, adquiriu relevância jurídica.

A relevância jurídica de muitos interesses levou a que o legislador tutelasse uma grande parte destes riscos através do Direito Penal, mais concretamente através do Direito Penal Secundário.

mercadorias postas no mercado”. Inclino-me, desta feita, neste sentido. Contudo, não foram os interesses dos consumidores, ao contrário do que defende HENRIQUES GASPAR⁽¹⁵⁾ (estes sim com dignidade constitucional aos quais a lei fundamental impõe expressamente, no seu artigo 60.º, a sua defesa ao inscrevê-los no seu catálogo de direitos fundamentais e relativamente aos quais se poderá aceitar que tenham dignidade jurídico-penal, sendo que, mesmo que a tenham não se pode só por isso admitir que devam ser tutelados com recurso ao Direito Penal se o critério da necessidade a isso não impuser) que, directamente, o legislador teve em mente quando legislou.

O artigo 35.º, do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro, está, como já se referiu, sistematicamente situado na Subsecção II, Secção II, Capítulo II sob a epígrafe de “crimes contra a economia”.

Ao nível dos interesses protegidos deve, pois, dizer-se que o legislador quis incriminar condutas lesivas de interesses próprios do sector económico e do regular funcionamento da economia e só colateralmente, porque essas condutas podem lesar interesses dos consumidores, é que o legislador protegeu interesses dos consumidores. Contudo, não foi isso que teve directamente em mente quando legislou.

Porque assim é, na esteira do Acórdão da Relação de Lisboa, de 9 de Março de 1988⁽¹⁶⁾, “não é admissível a fixação de indemnização a favor dos prejudicados no crime de especulação, por estes não terem a natureza de ofendidos pela comissão desse crime”.

Ora, se o legislador tivesse querido proteger directamente os interesses dos consumidores, ainda que paralelamente aos interesses próprios do sector económico, então o consumidor ofendido no crime de especulação poderia ver-lhe ser fixada uma indemnização, quando lesado por uma actuação especulativa do agente económico.

⁽¹⁵⁾ GASPAR, HENRIQUES, 1995, in *Relevância Criminal de Práticas Contrárias aos Interesses dos Consumidores*, Boletim do Ministério da Justiça, n.º 448, pág. 44.

⁽¹⁶⁾ In *Colectânea de Jurisprudência*, 1988, II, 153.

Pertence, pois, este normativo legal ao direito penal económico⁽¹⁷⁾, ou direito penal secundário, por contraposição ao direito penal de justiça.

Sendo um bem jurídico próprio da economia e relacionado, em particular, com o funcionamento dos mercados⁽¹⁸⁾ (na medida em que é um bem jurídico que diz respeito a um factor — os preços — de cuja estabilidade depende, em muito, a estabilidade do mercado e da economia na sua globalidade), poder-se-ia, numa primeira análise, considerar que é um bem jurídico, trans-individual, no sentido que lhe é dado por FARIA COSTA⁽¹⁹⁾, na medida em que lhe faltaria o referente pessoal. Contudo, isto não será inteiramente verdade, já que, neste particular, o bem jurídico — estabilidade dos preços — colateralmente, corresponde a um interesse colectivo, ou difuso que a todos, de uma forma ou de outra, é caro, uma vez que a todos interessa a estabilidade dos preços, por dela depender, em muito, o planeamento dos orçamentos, não só das empresas, mas também das famílias, com todas as suas implicações, nomeadamente ao nível do consumo público e do peso que

(17) Na esteira de MÁRIO FERREIRA MONTE, in *Da Protecção Penal do Consumidor, O problema da (des)criminalização no incitamento ao consumo*, Almedina, pág. 38, “as infracções económicas acontecem quando — num primeiro momento — lesam ou, simplesmente, põem em perigo de lesão a ordem económica ou, mais rigorosamente, sócio-económica”. Umás vezes, tais infracções verificam-se no âmbito das normas advindas do *intervencionismo estatal* na economia, contendendo, por isso, com a ordem económica *stricto sensu*, enquanto que, outras vezes, respeitam às relações económicas (ou da actividade económica) entendidas como sendo as que se estabelecem na produção, distribuição e consumo de bens e serviços e, portanto, afectando a ordem económica considerada no seu sentido mais amplo.

Para pôr cobro a tais infracções, reprimi-las e proteger os bens jurídicos que as mesmas lesam ou põem em perigo de lesão, existem normas sancionatórias que, adentro do direito penal e vocacionadas para proteger a ordem económica, formam o chamado direito penal económico”.

(18) Como ensina ANDRADE, MANUEL DA COSTA, 1998, in *A nova lei dos crimes contra a economia (Dec.-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro)*, *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Vol. I, Problemas Gerais. Coimbra: Coimbra Editora, pág. 402, este bem jurídico, tutelado com recurso ao Direito Penal Económico, caracteriza-se “materialmente pela sua relevância directa para o sistema económico cuja sobrevivência, funcionamento ou implementação se pretende assegurar”.

(19) COSTA, JOSÉ DE FARIA, 2003, in *Direito Penal Económico: Textos Jurídicos*. Coimbra: Quarteto, págs. 39 e 40.

ele tem no crescimento económico. Não fosse esta relação do bem jurídico, ainda que a um segundo nível ou plano, com tal interesse colectivo ou difuso da comunidade e estamos certos que o mesmo seria, na verdadeira acepção do termo, um bem trans-individual com o sentido que lhes é dado por FARIA COSTA⁽²⁰⁾.

Sendo um bem jurídico supra-individual, tal como os demais bens jurídicos dessa natureza, há-de caracterizar-se por ser *artificialmente construído*⁽²¹⁾, sendo a sua identificação feita, como refere COSTA ANDRADE⁽²²⁾, “à custa de múltiplos elementos hermenêuticos, designadamente do apelo à própria descrição da conduta incriminadora”.

O bem jurídico “estabilidade dos preços” e a sua natureza supra individual

A sociedade de consumo em que vivemos é (fruto da globalização) uma sociedade de novos, ou pelo menos reformulados, valores ou interesses (entre outros, liberdade de circulação de pessoas e bens; liberdade de estabelecimento, liberdade de concorrência e de fixação e estabilidade de preços). Valores esses que, não cuidando aqui de saber se são, ou não, fundamentais e, desse modo, se encontram ou devem encontrar acolhimento nas normas contidas nos catálogos constitucionais de direitos fundamentais, são bens jurídicos que, mais que pertencerem a cada um dos indivíduos em concreto, pertencem a todos em geral ou a todos suscitam

⁽²⁰⁾ COSTA, JOSÉ DE FARIA, 2003, in *Direito Penal Económico: Textos Jurídicos*. Coimbra: Quarteto, págs. 39 e 40.

⁽²¹⁾ Neste sentido, ANDRADE, MANUEL DA COSTA, 1998, in *A nova lei dos crimes contra a economia (Dec.-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro)*, *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Vol. I, Problemas Gerais. Coimbra: Coimbra Editora, pág. 404. Ainda segundo este autor, “são bens jurídicos que não contam com um referente ontológico claramente definido como acontece v.g. com a vida ou a integridade física, nem contam sequer com um referente cultural em termos de identidade, consistência e consenso generalizado, como sucede seguramente com a propriedade, a honra, a liberdade, etc.”.

⁽²²⁾ ANDRADE, MANUEL DA COSTA, 1998, in *A nova lei dos crimes contra a economia (Dec.-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro)*, *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Vol. I, Problemas Gerais. Coimbra: Coimbra Editora, pág. 404.

interesse. Contudo, fruto do desenvolvimento económico e da globalização, desses novos interesses, ou bens jurídicos surgidos (ainda que alguns apenas reformulados) muitos não contam com o *referente pessoal* que encontramos nos bens jurídicos clássicos. Alguns desses novos bens jurídicos são interesses próprios não dos indivíduos, mas do Estado, ou do próprio sistema económico (v.g. a estabilidade dos preços no mercado, e a livre concorrência), sendo por isso bens jurídicos supra individuais ou trans-individuais, mas a que urge, também, proteger.

Enquanto que os bens jurídicos vida, património, ou propriedade dizem respeito às pessoas individualmente consideradas ou a uma comunidade definida ou individualizável e, que neles encontram um *referente pessoal*, nos bens jurídicos, estabilidade dos preços, livre concorrência, qualidade dos bens ou serviços e, ainda, no bem jurídico paz e tranquilidade pública, entre outros, estes bens já não dizem respeito a uma pessoa ou grupo de pessoas determinado, sendo antes bens jurídicos que a todos dizem respeito, ou a todos suscitam interesse⁽²³⁾, ao ponto de poder ser vítima da falta de qualidade dos bens ou da instabilidade dos preços, quem, por exemplo, nunca comprou o bem sem qualidade, ou nunca interveio no mercado onde essa instabilidade dos preços reina. Além de que em muitos desses bens jurídicos não se encontra um *referente pessoal*, sendo próprios, por exemplo, do mercado económico e estando relacionados com o seu funcionamento. Como refere FIGUEIREDO DIAS⁽²⁴⁾, “ao lado dos bens jurídicos individuais ou dotados de referente individual e ao mesmo nível de exigência tutelar autónoma, existem autênticos bens jurídicos sociais, trans-individuais, trans-pessoais, colectivos.”

Quer os novos, ou reformulados, bens jurídicos da sociedade de consumo quer os bens jurídicos da época da revolução industrial, são interesses (bens jurídicos) dignos de tutela legal, não

(23) GASPAR, HENRIQUES, 1995, in *Relevância Criminal de Práticas Contrárias aos Interesses dos Consumidores*, Boletim do Ministério da Justiça, n.º 448, pág. 38. Segundo este Autor, “as infracções antieconómicas têm essencialmente a ver com a protecção de interesses colectivos”.

(24) DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, 2001, in *Temas Básicos da Doutrina Penal: Sobre os fundamentos da doutrina penal, Sobre a doutrina geral do crime*, pág. 175.

havendo, nesta medida, bens jurídicos de segunda e de primeira. Todos têm dignidade jurídica. Contudo, o mesmo não se dirá quando toca a averiguar da sua dignidade penal, sendo que nem todos têm tal dignidade, só a tendo aqueles que causam um grau de lesão insuportável a bens jurídicos fundamentais ao indivíduo ou à comunidade.

Se novos bens jurídicos surgem nesta sociedade de consumo, novos riscos ou ameaças para eles aparecem, também. Riscos esses que, embora resultantes de decisões humanas quanto à sua materialização, são na sua génese fruto do progresso económico e do processo de globalização, o que os torna transfronteiriços e transgeracionais⁽²⁵⁾. Dentro dessas formas de agressão a esses bens jurídicos supra-individuais, nomeadamente aos bens jurídicos que dizem respeito à ordem económica, temos crimes contra a saúde pública e os crimes económicos (entre estes últimos, os crimes de branqueamento de capitais, fraude fiscal e fraude sobre mercadorias, entre outros).

Estas novas ameaças aos bens jurídicos reclamam do Estado a sua intervenção, não raro através do recurso ao Direito Penal, no sentido proteger esses bens jurídicos.

E o que dizer em particular quanto ao bem jurídico estabilidade dos preços?

No que diz respeito a este bem jurídico, até pelo seu passado histórico⁽²⁶⁾, não é, ao contrário do que se pudesse e possa pensar,

(25) DIAS, AUGUSTO SILVA, 2001, in *Protecção Jurídica Penal de Interesses dos Consumidores*, Edição policopiada, das “lições” ao curso de pós-graduação em direito penal económico e europeu, Faculdade de Direito de Coimbra. Coimbra, pág. 4. Já segundo COSTA, JOSÉ DE FARIA, 2003, *Direito Penal Económico: Textos Jurídicos*. Coimbra: Quarteto, pág. 59, “o efeito de um crime de abuso de informação privilegiada pode não se fazer sentir exclusivamente no resultado danoso de um tempo preciso mas pode repercutir-se, com hiatos ou sucessivamente, em outros momentos, obviamente, posteriores”.

(26) Conforme DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, ANDRADE, MANUEL DA COSTA, 1998, *Problemática geral das infracções conta a economia nacional*. In *Direito Penal económico e europeu: Textos doutrinários, Vol. I*, Problemas Gerais, Coimbra: Coimbra Editora, págs. 323 e 324 “Não que anteriormente se desconhecemos casos de autêntico direito penal económico. A punição — por vezes drástica — do açambarcamento, da especulação, da venda de bens essenciais deteriorados, da violação das normas sobre exportação de certos bens, é fenómeno que se localiza em todas as épocas da história. No direito romano, a *lex Julia de anona*, editada no tempo de César e cuja vigência se prolongou até Justiniano, punia severamente a alta dos preços e o ilícito em matéria de importação e comércio de cereais”.

um novo bem jurídico surgido da sociedade de consumo. No entanto, estamos certos que, fruto da globalização que se verifica na sociedade de consumo, este bem jurídico adquiriu uma nova dimensão, uma nova actualidade, podendo-se, por isso, considerar um bem jurídico reformado (um velho/novo bem jurídico). A sua nova dimensão alcança-se, desde logo, do facto de que, se antes, tal como hoje, ele poderia ser visto como um bem jurídico próprio da economia, a necessidade da sua tutela não era, no entanto, ao contrário de hoje, considerada à escala global, ou seja para além do mercado onde a agressão a esse bem jurídico se verificava⁽²⁷⁾. Se repararmos, hoje, a manipulação, por exemplo, dos preços do crude, por exemplo, não tem implicações apenas no seu mercado, mas nos demais mercados que com ele mantêm relações de dependência. Desde logo, se o preço do crude sobe ou se mantém instável, isso repercute-se nos preços das matérias-primas dele derivadas (por exemplo, o polímero) e, por maioria de razão, nos preços dos produtos finais resultantes dessas matérias-primas (por exemplo o plástico), o que condicionará ainda o preço dos produtos que são embalados com recurso ao plástico.

Hoje os danos colaterais, ou seja, os danos que a instabilidade dos preços de um mercado pode causar em outros mercados, arriscam-se, em bom rigor, a ser maiores que os danos sofridos dentro do próprio mercado.

Por outro lado, o bem jurídico estabilidade dos preços é, já o dissemos, ao contrário do que por alguns juristas é defendido⁽²⁸⁾, um bem jurídico respeitante à economia, mais concretamente ao

(27) Como refere COSTA, JOSÉ DE FARIA, 2003, in *Direito Penal Económico: Textos Jurídicos*. Coimbra: Quarteto, pág. 56, “a infracção existe não para proteger o direito daquela concreta pessoa a comprar os bens a um preço justo e não especulativo mas antes para proteger o bem jurídico supra-individual expresso no valor que a livre concorrência de mercado representa”.

(28) Entendimento diverso parece ter, assim, GASPAR, HENRIQUES, 1995, in *Relevância Criminal de Práticas Contrárias aos Interesses dos Consumidores*, Boletim do Ministério da Justiça, n.º 448, pág. 44, quando refere que “As práticas especulativas no comércio de bens e na prestação de serviços afectam directamente os interesses dos consumidores”. E continua o mesmo Autor, “O crime de especulação, previsto no artigo 35.º do Decreto-Lei n.º 28/84, está, pois, preordenado fundamentalmente à tutela de interesses colectivos dos consumidores”.

funcionamento do mercado. Com a sua tutela visa-se, mais que a salvaguarda da estabilidade dos preços em si, a salvaguarda da estabilidade do próprio mercado e, com isso, permitir que se criem condições para o desenvolvimento económico em geral. Nesta medida, é a estabilidade dos preços um bem jurídico de natureza supra individual.

Capítulo III

Crime de especulação de preços. Análise das condutas típicas, do artigo 35.º, do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro

Introdução

Feita uma brevíssima incursão pelo conceito de especulação e pelo bem jurídico protegido com as incriminações do artigo 35.º, do decreto-lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro, cabe agora fazer uma análise, ainda que curta, das condutas típicas criminalizadas em tal normativo legal.

Tipicidade Objectiva

Ao nível da tipicidade objectiva são várias as condutas que o legislador criminalizou na previsão normativa do artigo 35.º, do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro. Assim, desde logo, pratica especulação ilícita de preços todo aquele que “*vender bens ou prestar serviços por preços superiores aos permitidos pelos regimes legais a que os mesmos estejam submetidos*” [n.º 1, al. a), artigo 35.º].

Exige o legislador, nesta situação, que o preço do bem ou serviço seja determinado administrativamente e que quem vende tais bens ou presta esses serviços sujeitos a tais preços, os venda ou preste por preço superior ao permitido. Estão, como já ficou dito, compreendidos dentro destes preços fixados administrativamente — preços legais — os regimes de preços máximos, preços declara-

dos, preços contratados, preços fixados por margens de comercialização e, ainda, os regimes de preços controlados (revogados estes últimos pelo artigo 11.º, do Decreto-Lei n.º 75-Q/77, de 28 de Fevereiro), pelo que em todos eles a entidade administrativa que tutela o sector económico onde os mesmos são praticados tem que intervir para que tais preços sejam fixados ou alterados.

De fora deste normativo legal ficam, pois, os preços livres, aqueles que para a sua fixação não intervém nenhuma entidade administrativa e que, por isso, a sua fixação há-de resultar da lei da oferta e da procura.

Pratica, assim, de acordo com o artigo 35.º, n.º 1, al. a), do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro, especulação ilícita de preços aquele que vende por preço superior ao permitido legalmente. Contudo, pode perguntar-se: e se o operador económico propuser ao consumidor, ou cliente, a venda de produtos, ou a prestação de serviços por preço superior ao permitido *pelos regimes legais a que os mesmos estejam submetidos*, mas nada tiver vendido, nem algum serviço tiver prestado por esse preço? No fundo o que se cuida de saber é se é necessário haver, efectivamente, venda, negócio, para cometer o ilícito ou, pelo contrário, se basta apenas a colocação do produto ou serviço a preço superior ao permitido legalmente, à disposição de quem o quiser adquirir.

Se o agente por alguma razão procura vender bens ou prestar serviços por preço superior ao permitido administrativamente, mas não foi capaz de concretizar o acto por facto alheio à sua vontade, estaremos perante uma tentativa de especulação e não perante a prática do ilícito na forma consumada. Tentativa esta que segue o regime legal estabelecido para ela, não no Código Penal, mas no Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro. Estamos, pois, na al. a), do n.º 1, do artigo 35.º, perante um crime de resultado.

Poder-se-ia ser levado a pensar que o legislador quis contornar esta situação nas alíneas seguintes e evitar que esta tentativa se verifique. Se não vejamos: na alínea b), n.º 1, do mesmo normativo legal, prevê-se que pratica especulação ilícita de preços quem “alterar, sob qualquer pretexto ou por qualquer meio e com intenção de obter lucro ilegítimo, os preços que do regular exercício da actividade resultariam para os bens ou serviços ou independente-

mente daquela intenção, os que resultariam da regulamentação legal em vigor”.

Diga-se de passagem que já o Decreto n.º 29 964 atrás analisado previa a alteração de preço feita “*sob qualquer pretexto*” ou “*por qualquer meio*”, (embora, se diga que, o legislador do Decreto 29 964 exigisse, ao contrário do legislado de 1984 que esse qualquer meio fosse “*apropriado*”), não sendo, por isso, a formulação do normativo legal da al. b), do n.º 1, do artigo 35.º, ao nível do *modus operandi* do agente infractor, original.

Regressando à al. b), do n.º 1, do artigo 35.º, desde logo, este normativo legal deve ser dividido em duas partes. Na primeira parte, o legislador não exige um qualquer resultado da conduta típica do agente para que ele cometa o ilícito de especulação de preços. Para que haja especulação ilícita de preços, o legislador basta-se com o facto de o agente, através da sua conduta, alterar os preços, seja a que título for e por que meio for, desde que essa alteração seja com intenção de obter lucro ilegítimo e esses preços que o agente altera sejam os “que do regular exercício da actividade resultariam para os bens ou serviços”.

O legislador, aqui, não se refere a preços fixados legalmente. Refere-se antes a preços que sofreram uma alteração relativamente àquilo que é normal praticar-se na actividade económica em que se inserem. Ou seja, refere-se aos preços que resultam do regular exercício e funcionamento da actividade onde são praticados.

Mas não basta essa alteração para que se possa considerar preenchida a previsão normativa. Um outro elemento típico, este de cariz volitivo, se tem que verificar para que a tipicidade legal se encontre preenchida. É necessário que o agente quando altera os preços tenha intenção de, com isso, obter um lucro ilegítimo.

Se não houver essa intenção por parte do agente infractor o mesmo não pratica qualquer crime à luz da al. b), mesmo tendo alterado os preços.

Já na segunda parte do normativo legal o legislador, desde que a alteração dos preços ou serviços tenha por alvo preços legalmente fixados, prescinde dessa intenção de obter lucro ilegítimo, criando assim regimes jurídicos divergentes para a violação de um mesmo bem jurídico. Se a função do direito penal é a da tutela de

bens jurídicos com dignidade jurídico-penal⁽²⁹⁾, não encontramos razões válidas para tal distinção.

Desde logo cabe fazer aqui um parêntesis e levantar uma questão. Pondo de parte o que anteriormente já dissemos a este propósito, o que considerará neste particular o legislador como sendo um lucro ilegítimo?

Em lugar nenhum o legislador definiu este conceito, pelo que terá o mesmo que ser preenchido com recurso às regras da hermenêutica jurídica, sendo que o elemento histórico pode-nos ajudar nesta tarefa.

Com certeza que nos recordamos do que previa o, n.º 1 do artigo 24.º, do Decreto-Lei n.º 41 204, de 24 de Julho.

Segundo esse normativo já revogado:

“1 — Constitui crime de especulação:

A venda de produtos ou mercadorias por preço superior ao legalmente fixado ou, na falta de tabelamento, com margem de lucro líquido superior a 10 por cento nas vendas por grosso e de 15 por cento nas vendas a retalho.”⁽³⁰⁾

De acordo com este preceito a prática de preços com margem de lucro líquido superior a 10 ou 15 por cento, conforme se tratasse de vendas por grosso ou a retalho, constituía crime de especulação.

É certo que neste preceito, já revogado, o legislador referia-se a condutas que se traduziam em “venda” e não em alteração de preços. No entanto, para o caso vertente, tal é indiferente, já que o que aqui se pretende é preencher o conceito de lucro ilegítimo.

Assim sendo, como poderíamos apelidar o lucro que o agente infractor obtinha no domínio do artigo 24.º, do Decreto-Lei n.º 41 204, de 24 de Julho de 1957, quando o mesmo fosse superior aos ditos 10 ou 15 por cento, conforme se tratasse de vendas por grosso ou a retalho? Com certeza não seria um lucro legítimo aos olhos da lei.

⁽²⁹⁾ DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, 2001, *Temas Básicos da Doutrina Penal: Sobre os fundamentos da doutrina penal sobre a doutrina geral o crime*. Coimbra: Coimbra Editora, pág. 51.

⁽³⁰⁾ Itálico nosso.

Ora, se assim é, pensamos que um raciocínio desta natureza valerá em sede de lei actual.

Deste modo, poder-se-á considerar, porque não, lucro ilegítimo para efeitos do n.º 1, al. *b*), do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro, todo aquele que exceda 10 a 15 por cento dos preços que do regular exercício da actividade económica resultariam para os bens ou serviços⁽³¹⁾. Repetimos, não queremos com isto dizer que esta é a margem de lucro permitida pela lei, queremos é mostrar que este é um raciocínio possível para determinar um lucro que se quer equitativo.

Todos sabemos que em muitos sectores económicos, por exemplo, o pronto-a-vestir, ou a restauração se praticam, de forma generalizada, margens de lucro astronómicas, da ordem dos 50 e até 100 por cento, já para não referirmos valores superiores. Ora, em face de uma situação destas o que dizer? Pensamos que a resposta não será difícil. Um lucro destes é exagerado.

O legislador pune, na al. *b*), a conduta do agente que altere os preços, independentemente de se ter chegado ou não a efectuar qualquer transacção.

Como ficou dito, poder-se-ia ser levado a pensar que o legislador quis criminalizar, na al. *b*), aquilo que poderia escapar ao tipo legal da al. *a*). Contudo assim não é.

Se não vejamos: na al. *b*), pune-se o desvalor da acção do agente, independentemente do bem cujo preço foi alterado vir ou não a ser transaccionado por esse preço alterado. Desde que, com a sua conduta, o agente tenha conseguido alterar os preços, pratica o crime na forma consumada. O crime aqui previsto é um crime de mera actividade.

O tipo legal de crime subsume-se na acção desvaliosa do agente posta em prática — alterar os preços — a qual em si já é o resultado típico. Já na al. *a*), ao contrário do previsto na al. *b*),

⁽³¹⁾ No caso de haver tal lucro ilícito podia o tribunal, à luz do artigo 9.º, n.º 1 e 2, deste decreto-lei, sob a epígrafe de “Perda de bens”, decretar a perda dos bens se apurasse que o agente adquiriu os bens empregando na sua aquisição dinheiro ou valores obtidos com a prática do crime, abrangendo-se nessa perda de bens a perda do lucro obtido pelo infractor.

exige-se a verificação de um outro resultado típico — a venda ou prestação de serviço — o qual é independente da actuação do agente, nomeadamente da actuação de alterar os preços.

Em face disto, dir-se-á que o legislador, na al. *b*), não quis punir como crime consumado aquilo que poderia cair na tentativa na al. *a*). A conduta prevista na al. *a*) é a venda de bens por preço superior ao permitido por lei, ao passo que a prevista na al. *b*) é a alteração dos preços, sem que esteja em causa qualquer situação de venda ou de intenção de venda de bens.

O ilícito previsto na al. *b*) é um ilícito de mera actividade e não de resultado, pelo que o tipo previsto na al. *b*) não é o mesmo que está previsto na al. *a*). Na al. *b*) a conduta típica é composta tão-somente pelo desvalor da acção do agente, ao passo que na al. *a*) pune-se o desvalor da acção do agente e, também, o desvalor do resultado tido em vista com essa conduta. Resultado esse que, também ele, está tipificado⁽³²⁾.

Na alínea *c*) do n.º 1 do mesmo artigo punem-se situações em que o agente económico vende bens ou presta serviços por preço superior ao que ele anuncia em “etiquetas”, “rótulos”, “letreiros” ou “listas”, elaboradas por si, a informar o preço dos bens. Nesta previsão normativa cabem os preços, quer sejam, ou não, fixados legalmente. Além disso, estamos, também, perante um crime de resultado, em que, para o agente praticar o ilícito, terá que, efectivamente, vender o bem ou prestar o serviço por preço superior ao que anunciou “ao público”. Ou seja, estamos perante um ilícito de resultado⁽³³⁾.

(32) Neste sentido, o *Acórdão da Relação do Porto*, publicado na Colectânea de Jurisprudência, 1985, Tomo II, 243. Segundo tal acórdão, “A al. *b*) o n.º 1 do artigo 35.º do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro, não pretende considerar crime consumado de especulação aquilo que materialmente seria simples tentativa.

(33) In *Acórdão do Tribunal da Relação do Porto*, de 13-Maio-1998, publicado na Colectânea de Jurisprudência., 1998, Tomo III, 230, prevê-se: “Não se verifica num talho a prática do crime de especulação, quando os produtos são de preços para o público do regime de «de venda livre», e o arguido tenha apostado etiquetas junto às peças de carne, de bovino e suíno, expostas no balcão expositor, com preços diferentes, ainda que superiores, dos registados na lista afixada com os preços de todos os produtos a vender no estabelecimento.” Já segundo o *Acórdão do Tribunal da Relação do Porto*, de 11-Out-1989, publicado, também, na Colectânea de Jurisprudência, 1989, Tomo IV, 237, “A afixação de eti-

Por sua vez, na al. *d*) do n.º 1 do artigo 35.º, temos o que se pode dizer de uma situação estranha de crime de especulação. Se não vejamos: o Decreto-Lei n.º 28/84 consagra no artigo 23.º o crime de fraude de mercadorias. Ora, a al. *d*) do n.º 1 do artigo 35.º não é mais que um caso especial de fraude de mercadorias⁽³⁴⁾.

Em face disto, este normativo deveria ser revogado por as condutas que ele pune já se acharem abrangidas pelo artigo 23.º do mesmo decreto-lei.

É certo que o artigo 23.º n.º 1 al. *b*), última parte, diz que são punidas como crime de fraude de mercadorias as condutas ali estabelecidas, “salvo se o facto estiver previsto em tipo legal de crime que comine pena mais grave”. É o caso da pena que o artigo 35.º comina para a conduta tipificada na al. *d*), n.º 1. No entanto, apesar de tudo isso, não deve o legislador tipificar uma conduta ora como crime de fraude de mercadorias ora como crime de especulação, usando como critério para tal opção a moldura de pena aplicável, já que o critério para estabelecer se estamos face a um tipo de crime ou face a outro tipo de crime terá que ser aferido pelo bem jurídico a proteger e não pela moldura penal.

Uma outra conduta típica criminalizada como crime de especulação é a “intervenção remunerada de um novo intermediário no circuito legal ou normal de distribuição, salvo quando da intervenção não resulta qualquer aumento de preço na respectiva fase do circuito” (artigo 35.º, n.º 2, primeira parte).

quetas com preço superior ao legal constitui crime consumado de especulação”. Ainda de Acordo com o mesmo acórdão “Comete um só crime consumado o réu que, tendo afixado sobre a mercadoria letreiro com preço superior ao legal, já vendeu parte dessa mercadoria e tem exposta para venda ao público a parte restante.

⁽³⁴⁾ Neste sentido ANDRADE, MANUEL DA COSTA, 1998, *A nova lei dos crimes contra a economia (Dec.-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro) à luz do conceito de «bem jurídico»*. In *Direito Penal Económico e Europeu: Textos doutrinários, Vol I*, Problemas gerais. Coimbra: Coimbra Editora, pág. 409. Segundo este autor “É certo que nem todas as condutas incriminadas e punidas como especulação nos vários números e alíneas do artigo 35 do Decreto-Lei n.º 28/84 resultarão num atentado directo á estabilidade dos preços. Tal só sucederá de forma mediata com as práticas previstas na alínea *d*) do n.º 1: «Vender bens que, por unidade, devem ter certo peso ou medida, quando os mesmos sejam inferiores a esse peso ou medida, ou contidos em embalagens ou recipientes cujas quantidades forem inferiores ás nestes mencionadas». Práticas que mais não são, aliás, do que casos especiais de Fraude de mercadorias e que como tais já seriam punidas.”

Com esta criminalização o legislador pretendeu evitar a alteração dos preços praticados num circuito económico, salvaguardando, desse modo, a estabilidade dos preços através da proibição da intervenção de novos intermediários remunerados no circuito de distribuição, se dessa intervenção resulta alteração de preços.

Para que o intermediário pratique o ilícito típico terá que ter uma intervenção remunerada no circuito económico de distribuição e, cumulativamente, dessa intervenção, resultar, como causa directa e necessária, uma alteração dos preços que aí se praticam.

Neste normativo — artigo 35.º, n.º 2, 1.ª parte — estamos face a um crime de resultado, exigindo-se, para haver crime, que a conduta do agente tenha como resultado a alteração dos preços.

Já na sua 2.ª parte — prevê-se que é punido pela prática de crime de especulação a situação em que o agente exige alguma compensação que não seja considerada antecipação do pagamento e que condiciona ou favoreça a cedência, uso ou disponibilidade de bens ou serviços essenciais, pretendendo-se com esta previsão normativa salvaguardar a estabilidade dos preços dos bens e serviços, proibindo-se que os agentes económicos exijam, além do preço dos bens ou serviços, compensações que acabariam por gerar um agravamento do preço final do bem ou do serviço.

Por outro lado, o legislador exige, para haver crime, que além de a compensação exigida não ser considerada como antecipação do pagamento, ao pagamento da mesma fique condicionada ou favorecida a cedência, uso ou disponibilidade de bens ou serviços essenciais. Ficam assim restringidos os bens ou serviços sobre que podem incidir as condutas típicas para que possa haver a prática de um crime. Terão que estar em causa bens ou serviços essenciais e não qualquer outros bens ou serviços.

O legislador ao criminalizar a conduta tipificada neste preceito (2.ª parte, do n.º 2 do artigo 35.º) quis, não só, antecipar a tutela do bem jurídico, através da criação de um delito de perigo abstracto, mas também sancionar condutas que não só poderiam criar uma lesão para o bem jurídico, estabilidade dos preços, como também poderiam, através do descontrolo que poderiam criar no mercado, dar origem a comportamentos de corrupção.

Tipicidade subjectiva

Não basta que o agente do crime tenha praticado as condutas que o legislador quis criminalizar e as tenha praticado da forma que no tipo legal de crime estão previstas. É necessário mais alguma coisa para que ao agente possa ser imputada a prática de um crime. É necessário que o agente tenha praticado os factos com conhecimento de que a sua conduta é proibida e, mesmo assim, tenha intenção de a praticar — actue com dolo⁽³⁵⁾ — ou, pelo menos, tenha praticado a conduta típica com inobservância do dever de cuidado a que por lei está obrigado — com negligência⁽³⁶⁾.

Há, porém, situações em que a lei estabelece uma intenção ou dolo específico para que o agente pratique a conduta típica. Significa isto que não basta o agente ter conhecimento de que a conduta era proibida por lei e, mesmo assim, a querer praticar. É necessário que o agente ao praticar a conduta tenha uma especial intenção. É necessário que o agente ao praticar a sua conduta tipificada aja com uma especial intenção, com a intenção de obter não só o resultado típico, mas, também, com intenção de obter esse resultado de uma da forma ou em determinadas circunstâncias. Por outras palavras, é necessário um dolo específico por parte do agente infractor.

É do elemento volitivo que se vai tratar em seguida.

O crime de especulação conforme está tipificado — artigo 35.º, Decreto-Lei n.º 28/84 — pode ser praticado de forma dolosa ou negligente.

De acordo com o n.º 3 do mesmo artigo “havendo negligência, a pena será a de prisão até um ano e multa não inferior a 40 dias”.

⁽³⁵⁾ Diz o Código Penal no art. 14.º: “1 — Age com dolo quem, representando um facto que preenche um tipo de crime, actuar com intenção de o realizar.

2 — Age ainda com dolo quem representar a realização de um facto que preenche um tipo de crime como consequência necessária da sua conduta.

3 — Quando a realização de um facto que preenche um tipo de crime for representada como consequência possível da conduta, há dolo se o agente actuar conformando-se com aquela realização.”

⁽³⁶⁾ Diz o Código Penal no art. 15.º: “Age com negligência quem, por não proceder com cuidado a que, segundo as circunstâncias, está obrigado e de que é capaz:

Representar como possível a realização de um facto que preencha um tipo de crime mas actuar sem se conformar com essa realização; ou

Não chegar sequer a representar a possibilidade de realização do facto.”

Vamos analisar as condutas típicas do ponto de vista da sua prática de forma dolosa.

No n.º 1, al. a), o legislador, para que o agente infractor pratique crime de especulação, não exige que o mesmo tenha qualquer especial intenção com a prática dos factos. O legislador exige apenas que o agente, quando pratica os factos, o faça com a consciência de que está a praticar uma conduta ilícita, um crime, e mesmo assim tenha querido levar por diante a sua conduta. Ou seja, o agente tem que saber que os factos que está a praticar são proibidos por lei penal e, mesmo assim, querer praticá-los. Não necessita de qualquer outra especial intenção.

O mesmo sucede com as condutas tipificadas nas als. b), 2.ª parte, e nas als. c), d) e n.º 2 do mesmo artigo 35.º, em que o legislador apenas exige, por parte do agente, um dolo “*generalis*”.

Por sua vez, na al. b), 1.ª parte, o legislador, para que o agente infractor pratique o crime aí tipificado, além de exigir que este aja com intenção de levar à prática a sua conduta, exige também, que o legislador a pratique com intenção de obter lucro ilegítimo. Significa isto que tem que existir uma intenção especial, um dolo específico por parte do agente que é a intenção de “obter lucro ilegítimo”.

Se o agente pratica os factos sem essa intenção não pratica o crime sob a forma dolosa, pelo que, como o legislador previu o crime de especulação sob a forma negligente poderá o agente ser punido pela prática do crime na forma negligente.

Estamos, tal como sucede em outros ilícitos penais, perante um delito de intenção⁽³⁷⁾.

De acordo com o n.º 3, do artigo 35.º, “havendo negligência, a pena será a de prisão até 1 ano e multa não inferior a 40 dias”.

Na esteira do Acórdão da Relação de Coimbra⁽³⁸⁾ “Comete o crime de especulação consumado negligente, quem tem exposto para venda ao público qualquer artigo marcado por preço superior ao legal, sem intenção dolosa, ainda que se prove nada ter sido vendido”.

⁽³⁷⁾ Veja-se a este propósito o que ensina A. M. ALMEIDA COSTA, 1999, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo II*, Coimbra, pág. 309.

⁽³⁸⁾ In *Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra*, de 18-Maio-1988, publicado na Colectânea de Jurisprudência, 1988, Tomo III, 109.

Ao contrário do previsto no artigo 4.º, n.º 7, do Decreto-Lei n.º 41 204, de 24 de 1957, no Decreto-Lei n.º 28/84, de 24 de Janeiro, a intenção de obter lucro é um elemento do tipo e não circunstância agravante. Contudo, a efectiva obtenção do lucro já não é elemento do tipo legal do crime.

Capítulo IV

Conclusão

O legislador português no artigo 35.º, do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro, criminaliza a especulação de preços, com vista a salvaguardar, directa ou indirectamente, o bem jurídico “estabilidade dos preços”.

A especulação de preços é um crime contra a economia, tendo assim sido positivado pelo legislador, pelo que visa tal figura jurídica a criminalização de comportamentos que ponham em perigo ou ofendam bens jurídicos próprios do sistema económico. O legislador quis incriminar condutas lesivas de interesses próprios do sector económico e do regular funcionamento da economia e só colateralmente, porque essas condutas podem lesar interesses dos consumidores, é que o legislador protegeu interesses dos consumidores.

É, pois, ao direito penal económico que cabe a tutela destes bens jurídicos, sendo eles bens jurídico supra individuais.

Se me é permitido dar a minha opinião, e à semelhança de outras vozes que já se fizeram ouvir, entendemos não ser despidendo debater-se acerca da necessidade de criação de um tipo legal de crime que punisse as condutas que atentem ou colocassem em perigo os interesses patrimoniais dos consumidores, principalmente quando a conduta a punir, mais que capaz de causar perigo ou dano aos interesses patrimoniais de um consumidor em concreto, seja capaz de criar perigo ou causar dano a um número indeterminado de consumidores.

Bibliografia

Textos doutriniais:

- A. M. ALMEIDA COSTA, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo II*, Coimbra, 1999.
- AUGUSTO SILVA DIAS, *Protecção Jurídico-Penal de Interesses dos Consumidores*, 3.^a Edição, Coimbra, 2001.
- BELEZA, TERESA PIZARRO, *Direito Penal, Vol. I*, 2.^a ed., revista e actualizada. [S.l.]: AAFDL, 1984.
- COSTA ANDRADE, *A Nova Lei dos Crimes Contra a Economia (Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro) à Luz do Conceito de Bem Jurídico*. In *Direito Penal Económico e Textos Doutriniais, Vol. I, Problemas Gerais*, Coimbra, 1998.
- COSTA, JOSÉ DE FARIA, *Direito Penal Económico: Textos Jurídicos*. Coimbra: quarteto, 2003.
- DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, ANDRADE, MANUEL DA COSTA, *Problemática geral das infracções conta a economia nacional*. In *Direito Penal económico e europeu: Textos doutrinários, Vol. I, Problemas Gerais*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998.
- GASPAR, HENRIQUES, *Relevância Criminal de Práticas Contrárias aos Interesses dos Consumidores*. In *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 448, 1995.
- JORGE FIGUEIREDO DIAS, *Temas Básicos da Doutrina Penal, sobre os fundamentos da doutrina penal sobre a doutrina geral do crime*, Coimbra.
- MÁRIO FERREIRA MONTE, *Da Protecção Penal do Consumidor; O Problema da (Des)criminalização no Incitamento ao Consumo*, Almedina.
- SAMUELSON/NORDHAUS, in *Economia*, 12.^a ed. [s.l.]: McGraw Hill.

Textos jurisprudenciais:

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, in Colectânea de Jurisprudência, 1986, Tomo I, pág. 119.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 09/03/1988 in Colectânea de Jurisprudência, 1988, Tomo II, pág. 153.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 25/09/02, in Colectânea de Jurisprudência, 2002, Tomo IV, pág. 129.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, in Colectânea de Jurisprudência, 1985, Tomo II, pág. 243.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 13/05/1198, in Colectânea de Jurisprudência, 1998, Tomo III, pág. 230.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 11/10/1989, in Colectânea de Jurisprudência, 1989, Tomo IV, pág. 237.

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 18/05/1988, in Colectânea de Jurisprudência, 1988, Tomo III, pág. 109.

OPOSIÇÃO À AQUISIÇÃO DA NACIONALIDADE: A INEXISTÊNCIA DE LIGAÇÃO EFECTIVA À COMUNIDADE NACIONAL

Pelo Prof. Doutor Paulo Manuel Costa⁽¹⁾

A nacionalidade é um vínculo jurídico-político que expressa a ligação entre um certo indivíduo e uma dada nação. Na lógica do Estado-nação, em que o aparelho estadual concretiza a aspiração da nação ao exercício do poder político soberano, a nacionalidade resultará numa ligação exclusiva com um determinado Estado em concreto, a qual fundamentará, por exemplo, a atribuição de um determinado conjunto de direitos e deveres de cidadania.

Para a determinação de quais os indivíduos que são titulares da nacionalidade, ou seja, para identificar os membros de uma nação, é possível utilizar dois critérios: o *jus sanguinis* e o *jus soli*. Estes critérios mobilizam diferentes elementos para expressar a ligação que une os indivíduos entre si e, por isso, revelam distintos modos de conceber a nação e uma maior ou menor inclusividade, em resultado da facilidade com que podem ser preenchidos.

Assim, o *jus sanguinis* atende aos laços de descendência comum existentes entre os membros da nação, pelo que privilegia uma concepção étnica da pertença à comunidade. Por sua vez, o *jus*

⁽¹⁾ Professor Auxiliar na Universidade Aberta e investigador no Centro de Estudos das Migrações e das Relações Interculturais (CEMRI). E-mail: pmcosta@uab.pt.

solí valoriza a relação estabelecida por um indivíduo com um dado território, a qual será expressa pelo nascimento ou pela residência no interior das fronteiras do Estado, revelando o que habitualmente se designa por concepção cívica da nacionalidade.

A lei portuguesa utiliza os dois critérios para a delimitação de quem é titular da nacionalidade portuguesa.

Na realidade, o artigo 1.º da Lei n.º 37/81, de 3 de Outubro⁽²⁾, que estabelece quem é português de origem, considera como tal os filhos de mãe ou pai portugueses, se tiverem nascido em território português ou, se tendo nascido no estrangeiro, o seu progenitor aí se encontrar ao serviço do Estado português; caso isso não suceda, é necessário que o seu nascimento seja inscrito no registo civil português ou que seja emitida uma declaração de aquisição da nacionalidade portuguesa. Nestas situações é privilegiado o critério do *jus sanguinis*.

Para além disso, são também considerados como portugueses de origem os indivíduos nascidos em território português e que sejam filhos de estrangeiros, se pelo menos um dos pais também tiver nascido em território português e aqui residir, ou se, embora nenhum dos pais tenha nascido em Portugal, aqui residirem legalmente há pelo menos cinco anos, desde que não estejam ao serviço do Estado da sua nacionalidade e se declararem que querem que os filhos sejam portugueses. Nestes casos, o critério fundamental para a atribuição da nacionalidade portuguesa é o *jus soli*, o mesmo sucedendo quando os indivíduos nascidos em território português não possuem nenhuma outra nacionalidade (apátridas).

Em relação à versão inicial da Lei n.º 37/81, a principal mudança introduzida pela Lei Orgânica n.º 2/2006, de 17 de Abril, a mais recente alteração legal ao regime da nacionalidade, foi o ter conferido relevância acrescida ao nascimento em território português.

Efectivamente, passou a estar previsto que os filhos de pais estrangeiros que também tenham nascido em Portugal e que aqui

(²) Com as alterações introduzidas pela Lei n.º 25/94, de 19 de Agosto, pelas Leis Orgânicas n.º 1/2004, de 15 de Janeiro e n.º 2/2006, de 17 de Abril, e pelo Decreto-Lei n.º 322-A/2001, de 14 de Dezembro, conforme a redacção do Decreto-Lei n.º 194/2003, de 23 de Agosto.

tenham residência (não é exigida a continuidade temporal entre o nascimento e a residência) sejam considerados, para efeito da ordem jurídica portuguesa, como sendo portugueses de origem.

Segundo o preâmbulo do Decreto-Lei n.º 237-A/2006, de 14 de Dezembro (Regulamento da Nacionalidade portuguesa) esta nova previsão legal representa «um importante factor de combate à exclusão social».

No entanto, a opção do legislador parece-nos questionável, não só porque nada impede que seja atribuído um estatuto não discriminatório de cidadania aos não-nacionais, tornando assim desnecessária a prévia aquisição da nacionalidade como medida promotora da igualdade e factor de integração⁽³⁾, como as situações de discriminação dos estrangeiros podem estar associadas a outros factores como, por exemplo, a cor, a etnia ou o estatuto social, pelo que a “nova” nacionalidade não irá alterar substantivamente a respectiva situação pessoal⁽⁴⁾. Por fim, poderá estar-se a facilitar a criação de situações de dupla nacionalidade não desejadas (por exemplo, pelos próprios pais das crianças⁽⁵⁾).

⁽³⁾ Para isso será necessário evitar a confusão conceptual entre a cidadania e a nacionalidade, pois existe uma diferença significativa entre pretender beneficiar de um conjunto de direitos e deveres e pretender ingressar numa nação. Nessa medida, seria possível fazer uma aproximação entre o estatuto de cidadania dos nacionais e o dos não-nacionais, tomando como referência a residência, mesmo que a diferença entre ambos os estatutos no final seja relativamente reduzida e limitada àqueles direitos e deveres que estão mais directamente associados à protecção e à defesa da comunidade nacional, como o direito a protecção diplomática ou a prestação de serviço militar (os quais deveriam ser atribuídos exclusivamente aos nacionais); os restantes direitos e deveres, embora em alguns casos (como os direitos políticos) devam estar dependentes da observância de períodos mínimos de residência, parece-nos que não deveriam estar condicionados pela nacionalidade de origem ou por cláusulas de reciprocidade.

⁽⁴⁾ O efeito poderá ser precisamente o oposto, tornando ainda mais evidente a situação de discriminação, sem que nada seja feito em concreto para a combater.

⁽⁵⁾ Se se entender que este não é um problema relevante, então não se percebe porque é que se insiste na distinção do estatuto de cidadania entre os nacionais e os não-nacionais. Ou seja, se qualquer pessoa pode obter a nacionalidade portuguesa, mesmo que não manifeste expressamente essa vontade, porque é que o estatuto pleno de cidadania só poderá ser atribuído aos nacionais? A argumentação contrária (favorável à facilitação da aquisição da nacionalidade) não nos parece que deva ser procedente, uma vez que a nacionalidade expressa uma ligação entre os indivíduos e a nação, pelo que esta terá de existir (e poderá ser aferida, por exemplo, pela manifestação de uma vontade em obter a nacionalidade).

Para além destas situações de atribuição, a titularidade da nacionalidade portuguesa pode resultar da sua aquisição por efeito da vontade, pela adopção ou pela naturalização.

A aquisição da nacionalidade por efeito da vontade abrange duas situações:

- aquelas em que os filhos menores ou incapazes, cujo pai ou mãe tenha adquirido a nacionalidade portuguesa, o pretendam também fazer; para tal, terá de ser efectuada uma declaração pelos progenitores;
- a aquisição pelos estrangeiros que estejam casados ou vivam em união de facto com nacional português há mais de três anos.

A aquisição da nacionalidade pela adopção está limitada às situações em que a adopção seja plena, ou seja, em que o adoptado, através da adopção, adquira a situação de filho do adoptante, integrando-se na família deste, com o que se extinguem as relações familiares com os ascendentes e os colaterais naturais (cf. artigo 1986.º do Código Civil).

Por fim, a aquisição da nacionalidade por naturalização pode ser requerida pelos estrangeiros que, sendo maiores ou emancipados, residam legalmente no território português há pelo menos seis anos, conheçam suficientemente a língua portuguesa e não tenham sido condenados pela prática de crime punível com pena de prisão de máximo igual ou superior a três anos.

Com a excepção da inexistência de condenação penal, todos os requisitos enunciados anteriormente podem ser dispensados, desde que observadas determinadas condições.

Assim, os menores podem adquirir a nacionalidade portuguesa, por naturalização, se tiverem nascido em Portugal e se um

dade). O facto dos pais estrangeiros não terem adquirido a nacionalidade portuguesa é um indicador de que não têm essa ligação (seja por vontade própria, seja por vontade do Estado português) pelo que não se percebe porque é que os seus filhos, só por terem nascido em território português, terão essa ligação, uma vez que os pais não se identificam com Portugal e não manifestam qualquer vontade expressa de que os seus filhos sejam portugueses.

dos progenitores aqui residir legalmente há pelo menos cinco anos e desde que o menor tenha concluído o 1.º ciclo do ensino básico.

A residência legal em território português é dispensada aos estrangeiros que tenham pelo menos um ascendente do 2.º grau da linha directa com a nacionalidade portuguesa (sendo também dispensado o conhecimento suficiente da língua portuguesa) ou que, não tendo ascendência portuguesa, tenham nascido em Portugal e aqui permanecido habitualmente nos 10 anos anteriores ao pedido de naturalização.

Em matéria de naturalização, a anterior redacção do artigo 6.º da Lei da Nacionalidade estabelecia que o governo podia conceder a nacionalidade portuguesa, o que significava que mesmo que o interessado preenchesse todos os requisitos legais previstos, isso não implicava obrigatoriamente a concessão da nacionalidade, uma vez que essa decisão estava sujeita à livre apreciação da administração pública.

No entanto, esta situação foi agora alterada passando a prever-se que o «governo concede a nacionalidade portuguesa, por naturalização, aos estrangeiros que satisfaçam cumulativamente» os requisitos estabelecidos. Ou seja, o Estado português deixou de poder apreciar livremente os pedidos de naturalização que lhe são apresentados, restando-lhe apenas a tarefa de verificar se estão preenchidos ou não os requisitos enunciados no artigo 6.º.

Esta opção do legislador merece-nos também um reparo, pois ela rompe com o equilíbrio que anteriormente existia na apreciação dos diferentes tipos de pedidos de aquisição da nacionalidade.

Efectivamente, a aquisição da nacionalidade pelos menores ou incapazes, pelos adoptados e pelos companheiros ou cônjuges é possível a partir do momento em que se verifica a existência de laços familiares que unam os requerentes aos portugueses. Para isso, os interessados terão que comprovar a existência desses laços e expressar a vontade de que pretendem adquirir a nacionalidade portuguesa.

No entanto, esta forma de aquisição da nacionalidade é susceptível de oposição pelo Estado, através do Ministério Público, nomeadamente, quando se verifique a inexistência de uma ligação efectiva do interessado à comunidade nacional.

Naturalmente, o instituto da oposição não era aplicável à naturalização, uma vez que a liberdade de apreciação dos pedidos possibilitava a não concessão da nacionalidade se se apurasse que os interessados não teriam uma ligação efectiva à comunidade nacional.

Como após a alteração legal promovida pela Lei Orgânica n.º 2/2006, de 17 de Abril, basta ao interessado satisfazer os requisitos formais previstos no artigo 6.º para que a nacionalidade portuguesa lhe seja concedida por naturalização, independentemente da comprovação da existência de uma ligação efectiva e substantiva à comunidade nacional (aliás, e para que não restassem dúvidas, este requisito introduzido pela Lei n.º 25/94, de 19 de Agosto, foi inclusive eliminado), verifica-se um maior grau de exigência em relação aos pedidos baseados no estabelecimento de laços familiares com nacionais portugueses, o que parece um contra-senso, uma vez que sugere que o sistema privilegia na concessão da nacionalidade um laço formal e abstracto como a residência (o qual é satisfeito com a mera permanência de seis anos no território português), em detrimento de laços mais substantivos como são aqueles que resultam do estabelecimento de relações familiares com os nacionais.

Enquadramento legal do instituto da oposição

O instituto da oposição à aquisição da nacionalidade integrou o quadro normativo português com a Lei n.º 2098, de 29 de Julho de 1959⁽⁶⁾.

O seu âmbito de aplicação era mais alargado do que o actual pois permitia a oposição à atribuição da nacionalidade por efeito da vontade (Base XXXV, por referência às Bases IV e V) e nos casos de reaquisição (Base XXXVII), para além das situações de aquisição por efeito do casamento e por naturalização (Base XXXVI).

Os fundamentos para a oposição eram de quatro tipos (Base XXXV): a prática de actos contrários à segurança do Estado

⁽⁶⁾ O Regulamento da Nacionalidade Portuguesa foi aprovado pelo Decreto n.º 43.090, de 27 de Julho de 1960.

português; a prática de crime punível com pena maior; o exercício de funções públicas ou a prestação de serviço militar em Estado estrangeiro; a existência de mais de duas gerações de ascendentes imediatos nascidos no estrangeiro e o não conhecimento suficientemente da língua portuguesa (este último fundamento era aplicável unicamente às situações de atribuição, em que os indivíduos, tendo pai ou mãe portuguesa, nasciam no estrangeiro).

Nas situações de aquisição, para além dos três primeiros fundamentos indicados, eram também admitidos como motivos de oposição, a expulsão da mulher antes da celebração do casamento e a expressão, na maioridade, da vontade de adoptar uma outra nacionalidade que não a portuguesa.

O Decreto-Lei n.º 308-A/75, de 24 de Junho, na sequência do processo de descolonização e de acesso à independência pelos territórios ultramarinos, regulou as condições em que seria possível conservar a nacionalidade portuguesa por aqueles que tivessem uma «especial relação de conexão com Portugal» ou que manifestassem uma «inequívoca» vontade nesse sentido.

Para além das situações elencadas nos artigos 1.º e 2.º, o artigo 5.º permitia que os «casos especiais» não previstos pudessem ser objecto de uma decisão de conservação com dispensa dos requisitos exigidos. O âmbito de aplicação desta norma viria a ser clarificado mais tarde, com a Resolução n.º 347/80, de 26 de Setembro, que enunciou os critérios que deveriam ser tidos em consideração na apreciação dos «casos especiais», entre os quais se podem destacar os seguintes:

- a existência de ligações efectivas ao Estado português no período que antecedeu a independência dos territórios;
- a inserção efectiva e actual dos requerentes na comunidade portuguesa;
- a salvaguarda do princípio da unidade da nacionalidade familiar.

Entretanto, a Lei n.º 2098 seria revogada pela Lei n.º 37/81, de 3 de Outubro, a qual regula actualmente o regime da nacionalidade. No entanto, o artigo 9.º deste diploma, que regula a oposição

à aquisição da nacionalidade, foi objecto de várias alterações. A sua redacção original indicava os seguintes fundamentos de oposição:

- a manifesta inexistência de qualquer ligação efectiva à comunidade nacional;
- a prática de crime punível com pena maior;
- o exercício de funções públicas ou a prestação de serviço militar não obrigatório a Estado estrangeiro.

Para verificar a existência de factos susceptíveis de fundamentar a oposição à aquisição da nacionalidade, o Regulamento da Nacionalidade Portuguesa⁽⁷⁾ previa no artigo 22.º que todos os requerentes de registo de aquisição da nacionalidade deveriam ser ouvidos em auto.

A Lei n.º 25/94, de 19 de Agosto, viria a introduzir uma alteração significativa neste regime ao estabelecer que caberia ao interessado comprovar a existência de uma ligação efectiva à comunidade nacional, pois, se isso não sucedesse, a não comprovação era motivo para oposição. Em simultâneo, foi também alterado o artigo 3.º relativo à aquisição da nacionalidade por efeito do casamento, passando a estabelecer-se a necessidade de um período prévio de três anos de casamento para que o cônjuge estrangeiro pudesse apresentar um pedido de aquisição da nacionalidade portuguesa. Para além disso, foi introduzido no artigo 6.º a obrigatoriedade dos requerentes da naturalização comprovarem a existência de uma ligação efectiva.

Em consonância com estas alterações, o artigo 22.º do Regulamento da Nacionalidade⁽⁸⁾ passou a prever que os interessados, para além de serem ouvidos em auto sobre a existência de factos susceptíveis de fundamentarem a oposição legal à sua pretensão, deveriam comprovar por meio documental, testemunhal ou outro, a ligação efectiva à comunidade nacional.

(7) Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 322/82, de 12 de Agosto.

(8) Conforme a alteração introduzida pelo Decreto-Lei n.º 253/94, de 20 de Outubro.

Mais recentemente, a Lei Orgânica n.º 2/2006, de 17 de Abril, veio repôr o regime jurídico original ao não obrigar o interessado a demonstrar a existência de uma ligação efectiva. Assim, actualmente, para a oposição à aquisição da nacionalidade por efeito da vontade ou da adopção, são admitidos os seguintes fundamentos:

- a inexistência de ligação efectiva à comunidade nacional;
- a condenação pela prática de crime punível com pena de prisão de máximo igual ou superior a três anos;
- o exercício de funções públicas sem carácter predominantemente técnico e a prestação de serviço militar não obrigatório a Estado estrangeiro.

O instituto da oposição é ainda regulado pelos artigos 56.º a 60.º do novo Regulamento da Nacionalidade, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 237-A/2006, de 14 de Dezembro, o qual prevê que o requerente, aquando da apresentação do pedido, se deverá pronunciar sobre a existência de ligação efectiva à comunidade nacional. Mas não obriga a que isso seja comprovado documentalmente (cf. n.º 3, *a contrario*, do artigo 57.º), embora o conservador, se tiver dúvidas, deva participar a situação ao Ministério Público para a abertura do correspondente processo de oposição.

Nem a Lei da Nacionalidade, nem o Regulamento da Nacionalidade, esclarecem com exactidão o que se pode entender por «ligação efectiva» ou o que caracteriza a «comunidade nacional».

Em qualquer caso, e tal como resultava da anterior redacção do artigo 6.º, deverá entender-se que o conhecimento suficiente da língua portuguesa é um elemento importante para expressar essa ligação, mas não é suficiente.

Por outro lado, o conceito de comunidade nacional não é equivalente ao do Estado Português, e isso mesmo é evidenciado, por exemplo, pela parte final do n.º 6 do artigo 6.º, o qual admite a relevância dos serviços prestados pelo interessado ao Estado português ou à comunidade nacional.

Por fim, a apresentação de um pedido de aquisição da nacionalidade portuguesa não ilustra só por si a existência de uma liga-

ção efectiva, mas pode ser entendido, pelo menos, como um indício de uma vontade em obter o reconhecimento ou em estabelecer uma ligação mais intensa com a comunidade nacional (tal como, em sentido contrário, a declaração de que não se quer continuar a ser português é cominada com a perda da nacionalidade — cf. artigo 8.º, por aquela expressar a intenção de quebrar os laços com a comunidade nacional, independentemente disso resultar ou não de uma falta de identificação ou ligação com esta).

Um aspecto que importa considerar é saber se o estabelecimento de uma relação de filiação, de adopção, de casamento ou união de facto é suficiente para a concessão da nacionalidade. A resposta parece evidente: não. Na realidade, estamos face a situações de aquisição da nacionalidade por efeito da vontade, pelo que se impõe a existência de uma manifestação de vontade na aquisição da nacionalidade portuguesa por parte do interessado, até porque a validade formal (e substantiva) daquele tipo de relações não é afectada pela diferente nacionalidade dos envolvidos.

Para além disso, deverá ponderar-se se a existência de um daqueles tipos de relações familiares e a manifestação de vontade do interessado, serão suficientes para a concessão da nacionalidade e para a comprovação da ligação efectiva à comunidade nacional. A resposta é um pouco mais complicada e variável em função das sucessivas alterações legais que têm sido feitas à lei da nacionalidade.

Efectivamente, a Lei n.º 25/94, de 19 de Agosto, estabeleceu como fundamento para a oposição, o facto do interessado não ter comprovado uma ligação efectiva, com o Decreto-Lei n.º 253/94, de 20 de Outubro, a preconizar que o interessado, na apresentação do pedido, deveria apresentar prova documental (ou outra) em como tinha aquela ligação efectiva.

Naturalmente esta opção parece-nos criticável. É importante salientar que a Lei n.º 25/94 surge numa altura em que vários clubes de futebol estavam a recorrer ao casamento fraudulento de futebolistas estrangeiros com mulheres portuguesas para contornar os limites que na altura existiam à contratação de jogadores estrangeiros. Por isso, introduziu-se um período prévio mínimo de três anos de duração do casamento para que os pedidos de aquisição

pudessem ser apresentados, o qual se pretendia que funcionasse como um desincentivo à utilização fraudulenta do casamento.

No entanto, a possibilidade de utilização abusiva ou fraudulenta de um direito não parece suficiente, só por si, para justificar a sua eliminação ou para questionar os fundamentos que estão na base da sua concessão.

Assim, a hipótese abstracta de um indivíduo indesejado, ou com objectivos menos nobres, poder adquirir a nacionalidade portuguesa por via do casamento ou da filiação, não parece suficiente para afastar ou diminuir a importância e a relevância que deverá ser conferida pela ordem jurídica à constituição e à protecção da família dos membros da comunidade nacional.

Na realidade, mesmo que esses laços familiares não revelem uma ligação de sangue, não podemos ignorar a importância que a família tem para cada indivíduo, de tal modo que ela é objecto de protecção pela Constituição Portuguesa (cf. artigos 36.º e 67.º) e pelos principais instrumentos internacionais de protecção dos direitos humanos (cf., por exemplo, o artigo 16.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, os artigos 8.º e 12.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem ou o artigo 10.º do Pacto Internacional de Direitos Económicos, Sociais e Culturais).

Naturalmente, a protecção da família não impõe a unidade da nacionalidade do núcleo familiar, nem é isso que se está a argumentar. O que se pretende sublinhar é a relevância dos laços substantivos que os familiares têm com um membro da comunidade nacional, com o qual estabelecem uma forte ligação emocional e sentimental (a qual será mais forte do que a maioria dos laços que cada nacional tem com os outros co-nacionais), supondo-se, por isso, que não lhes é indiferente o destino da comunidade em que o familiar está integrado. Por isso, parece-nos que o estabelecimento de relações familiares com portugueses é um indício muito forte da existência (ou da intenção) de uma ligação à comunidade nacional, o qual é confirmado pela declaração de que se pretende adquirir a nacionalidade, pelo que a ligação familiar deverá ter preponderância sobre a apreciação de outro tipo de laços (ou a falta deles).

Por isso, deverá supôr-se a existência de uma ligação efectiva à comunidade nacional nestes casos, a menos que os factos com-

provem que ela não existe e que isso se deverá sobrepor aos laços familiares como forma de assegurar a protecção da comunidade nacional contra indivíduos que se verifique não deverem ser merecedores de um estatuto idêntico ao conferido aos nacionais (e que lhes poderá garantir direitos como a impossibilidade de expulsão ou de extradição de território português).

Como tal, saúda-se a alteração promovida pela Lei Orgânica n.º 2/2006 no instituto da oposição, uma vez que assume a existência de uma ligação efectiva e coloca o ónus da demonstração da sua inexistência sobre o Ministério Público^(9/10).

Assim, terá de ser o Ministério Público a demonstrar ou a criar uma dúvida legítima sobre a inexistência de uma ligação efectiva à comunidade nacional, o que significa que a acção intentada não se poderá bastar com a afirmação de que o interessado não fez prova dessa ligação, uma vez que isso significaria repôr o anterior regime legal em que o interessado tinha que comprovar a ligação efectiva. Claro que o interessado, em tribunal, em função da argumentação do Ministério Público, terá interesse em fazer prova da ligação à comunidade nacional, contrariando a demonstração que aquele tenha efectuado (o que supõe que este a tenha efectuado)⁽¹¹⁾.

⁽⁹⁾ A inversão do ónus da prova resulta muito evidente da exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 32/X, em que o legislador expressa a intenção de alterar o procedimento de oposição «invertendo-se o ónus da prova quanto ao requisito estabelecido na alínea a) do artigo 9.º que passa a caber ao Ministério Público» (p. 3), o mesmo sucedendo na exposição de motivos do Projecto de Lei n.º 170/X, do PSD (p. 5), cfr. <<http://www.parlamento.pt/actividadeparlamentar/paginas/detalhediplomaaprovado.aspx?bid=5957>>, acessado a 02 de Junho de 2012.

⁽¹⁰⁾ A jurisprudência existente sobre esta questão sublinha que o Ministério Público ao intentar a acção deverá demonstrar a existência de factos impeditivos do reconhecimento do direito ao interessado e que estarão na base da apresentação da acção de oposição, embora compita ao requerente da nacionalidade, face ao artigo 343.º, n.º 1 do Código Civil, fazer prova dos factos constitutivos do direito à nacionalidade a que se arroga, cfr. A.TCAS, 02/10/2008, Proc. n.º 4125/08; no mesmo sentido, A.TCAS, 13/11/2008, Proc. n.º 3697/08; A.TCAS, 26/05/2011, Proc. n.º 4881/09.

⁽¹¹⁾ Por isso não partilhamos do entendimento do A.TCAS, de 17 de Maio de 2012 (Proc. n.º 8726/12), em que se argumenta que só cabe ao Estado a contraprova dos factos que terão de ser invocados pelo interessado em tribunal, pois caso contrário estar-se-ia a pedir uma «prova diabólica» (*sic*) ao Ministério Público, para a qual este teria que fazer

Deste modo, a invocação da inexistência de ligação efectiva é relevante quando se apurar que a razão do pedido do interessado não é integrar a comunidade nacional⁽¹²⁾ ou que ele poderá ser um elemento indesejável, o que poderá ocorrer quando, por exemplo:

- se formar uma suspeita sobre a intenção do requerente na aquisição da nacionalidade portuguesa (exemplos: a nacionalidade só é adquirida para poder emigrar para outro país; ou para viajar mais facilmente no Espaço Europeu, incluindo para Portugal — cf. A.TCAS, Proc. 6222/2010; ou o interessado pretende evitar a extradição para um país com o qual tem problemas com a justiça);
- se conhecerem comportamentos graves do requerente que coloquem (ou tenham colocado) em causa a segurança ou a ordem públicas, como poderão ser actos ou declarações contrárias à soberania nacional ou que projectem uma imagem negativa e distorcida da comunidade nacional (e que não tenham sido objecto de condenação penal, situação em que poderia funcionar a alínea *b*) do artigo 9.º da Lei n.º 37/81);
- existirem laços fortes entre o requerente e o Estado da sua nacionalidade, que possa sugerir uma relação exclusiva com este, o que poderá ser aferido, por exemplo, pela prestação de relevantes serviços a esse mesmo Estado

«uma verdadeira investigação policial, que certamente violaria o direito constitucionalmente protegido à reserva da intimidade da vida privada e familiar». Não só esta interpretação revela uma leitura que nos parece pouco adequada do instituto da oposição, como parece ignorar que a prova que o tribunal está a exigir ao interessado só se poderá fazer com uma idêntica violação da reserva da vida privada e familiar (embora “mascarada” de voluntária e no interesse do requerente), tanto mais grave quanto se dispensa o Ministério Público de fazer qualquer prova de factos suficientemente importantes e relevantes (como a segurança ou a coesão da comunidade nacional) que se possam sobrepôr à ligação estabelecida com a comunidade nacional através dos laços familiares.

⁽¹²⁾ Neste ponto, deve-se sublinhar que é exigível ao requerente um interesse e vontade em integrar a comunidade nacional, mas, em regra, não é possível uma identificação e integração plena na comunidade nacional no momento do pedido, pois estas só serão possíveis a longo prazo, como veremos mais à frente.

(e que não se possam enquadrar na alínea *c*) do artigo 9.º da Lei n.º 37/81).

Nestas situações, faz sentido que o interessado seja obrigado a demonstrar a existência de uma ligação efectiva que se possa sobrepôr aos indícios que sugerem a sua não aceitação como membro da nação.

No entanto, e como se assinalou anteriormente, o legislador quebrou a coerência geral do sistema de aquisição da nacionalidade, de tal modo que é possível a naturalização de alguém que não tenha qualquer ligação efectiva com a comunidade nacional (mesmo que tenha residência em território nacional). Posteriormente, um familiar poderá pretender obter a nacionalidade portuguesa por efeito da vontade, também sem que tenha qualquer ligação efectiva à comunidade nacional. Esta possibilidade parece-nos que pode ser vista como uma objecção relevante à argumentação anteriormente apresentada, pelo que, nestes casos, a latitude de apreciação da inexistência de ligação deverá mais ampla e maior a exigência colocada na prova que o requerente terá de fazer.

Análise jurisprudencial

Na falta de uma indicação expressa por parte do legislador sobre o conteúdo e o modo de aferir a «ligação efectiva à comunidade nacional» importa verificar como é que os tribunais portugueses a delimitaram e aplicaram na apreciação dos casos submetidos ao contencioso da nacionalidade.

Numa decisão de 1986, o Supremo Tribunal de Justiça defendeu a necessidade de ponderar, em cada caso concreto, a aplicabilidade de cada uma das circunstâncias enunciadas pelo artigo 9.º da Lei da Nacionalidade, uma vez que entendeu não ser suficiente a sua verificação, porque elas seriam meramente «indiciadoras de indesejabilidade e não verdadeiros impedimentos», pelo que não bastaria «a sua mera invocação, sem que se alegue qualquer circunstância reveladora de que perigam os interesses do Estado Por-

tuguês» (A.STJ, 18/02/1986, Proc. n.º 73529). Para além disso, o Tribunal da Relação de Lisboa considerou numa das suas decisões que a inexistência de ligação efectiva deveria ser «flagrante, evidenciando um “status” que revele que os interessados são indesejáveis» (A.TRL, 20/01/1987, Proc. n.º 18641).

No entanto, estas premissas de análise não foram seguidas na jurisprudência posterior, em particular a partir de 1994, com os tribunais a limitarem-se a verificar se os interessados preenchiam um conjunto de elementos que foram sendo acolhidos como exemplos ilustrativos do estabelecimento de uma ligação efectiva à comunidade nacional, como seriam:

- o domínio da língua portuguesa;
- a existência de relações de amizade ou de convívio com portugueses (para além do círculo familiar);
- o estabelecimento do domicílio em território português;
- a adopção de hábitos sociais similares aos dos portugueses;
- o interesse pela cultura, pela história e pela realidade actual de Portugal;
- a passagem de férias em Portugal (para quem reside no estrangeiro);
- a participação em eventos que revelem uma comunhão de interesses ou valores portugueses e promovam a sua difusão;
- a existência de interesses económicos relacionados com Portugal e os portugueses.

Naturalmente, os tribunais não atribuíram a cada um destes elementos o mesmo valor, de tal modo que o Tribunal da Relação de Lisboa considerou numa das suas decisões que «o simples facto de não falar português é suficiente para obstar à atribuição» da nacionalidade portuguesa (A.TRL, 17/02/1998, Proc. n.º 3742/97).

Para além disso, não é necessário que os elementos referenciados ocorram todos em simultâneo, pois o que é «decisivo e suficiente é uma visão de conjunto, que permita concluir» que o candi-

dato está em condições de adquirir a nacionalidade portuguesa (A.TCAS, 13/11/2008, Proc. n.º 3697/08) demonstrando um sentimento de pertença, integração e comunhão da consciência nacional (A.STJ, 31/10/2006, Proc. n.º 6A2924).

Por fim, e para que possam ilustrar a ligação efectiva, estes elementos têm que ser objectivos e comprováveis (A.TRL, 13/11/1986, Proc. n.º 4733), pelo que não será suficiente a mera declaração da sua existência pelo interessado.

Uma questão que pode ser suscitada é a de saber se a ligação efectiva deverá existir no momento da apresentação do pedido de aquisição da nacionalidade ou se será suficiente o desejo ou a intenção de a constituir no futuro. O entendimento de que ela deveria existir no momento da apresentação do pedido foi, por exemplo, defendido pelo Supremo Tribunal de Justiça numa sua decisão de Novembro de 2004, embora a conclusão de que inexistia uma ligação efectiva naquele caso seja, pelo menos, questionável (A.STJ, 02/11/2004, Proc. n.º 4A3483; cfr., no mesmo sentido, A.STJ, 07/06/2006, Proc. n.º 6B1740).

Na apreciação dos pedidos, a idade do requerente é um elemento que deve ser tido em conta, considerando o Supremo Tribunal de Justiça que no caso dos menores deve existir «um menor grau de exigência na demonstração do requisito» da ligação efectiva (A.STJ, 18/07/2006, Proc. n.º 6A2152).

Um dos critérios utilizados para aferir a ligação efectiva que provavelmente suscitou apreciações mais distintas pelos tribunais foi o relativo ao domicílio em território português. Na realidade, tendo em conta o elevado número de portugueses na diáspora, muitos dos processos submetidos aos tribunais respeitavam a requerentes que residiam com a família no estrangeiro.

Nestes casos, a melhor decisão parece ser aquela que estabelece que, ao contrário do que acontece com a naturalização, não é necessário que os interessados tenham residência em Portugal, pelo que a ligação efectiva não é afectada pelo «simples facto de [se] continuar a viver no estrangeiro» (A.STJ, 15/06/1988, Proc. n.º 76254).

No entanto, este não foi um entendimento seguido unanimemente pelos tribunais, de tal modo que num dos processos analisa-

dos, o Supremo Tribunal de Justiça não valorou o facto da interessada estar a construir uma casa em Portugal, argumentando que isso «não é indício suficiente de que a requerente planeia radicar-se em Portugal, podendo a casa em construção servir como mera residência de férias» (A.STJ, 12/09/2006, Proc. n.º 6A1908). Repare-se que neste caso, em que a residência familiar era na Suíça, o tribunal não argumentou que isso seria um projecto futuro ou que a casa poderia ser para vender, pelo contrário, desvalorizou a evidência do desejo da interessada em querer estabelecer uma relação mais intensa com o território nacional, o que seria facilitado com a passagem de férias em Portugal, ao mesmo tempo que em aparente contradição, para sustentar a decisão de dar provimento ao recurso do Ministério Público argumentou que a requerente não tinha feito prova do gozo de férias ou de viagens frequentes a território português.

A relevância desta questão não se prende apenas com o local físico da residência, uma vez que poderá ser importante para apurar o sistema de valores de referência para verificar a existência ou inexistência da ligação à comunidade nacional.

Na realidade, várias decisões judiciais sufragaram o entendimento de que existem várias comunidades nacionais e não apenas a do território português, como seria o caso dos grupos de emigrantes portugueses residentes em vários países estrangeiros ou no território de Macau, pelo que, nestes casos, a ligação efectiva teria de ser apreciada «em função dos valores dominantes na comunidade em que o estrangeiro se pretende integrar» (A.STJ, 17/02/1998, Proc. n.º 772/97). No entanto, esta conclusão não foi partilhada por todos os tribunais, com o argumento de que «nem a letra, nem o espírito da lei consentem essa interpretação» (A.TRL, 17/12/1998, Proc. n.º 5343/98) e que deverá «ser a comunidade nacional e não uma concreta comunidade de nacionais no estrangeiro» o padrão de referência (A.STJ, 02/03/1999, Proc. n.º 61/99; A.STJ, 02/112004, Proc. n.º 4A3483).

Como se compreenderá, esta não é uma questão irrelevante, como poderá ser comprovado pela situação de muitos portugueses em Macau, que não têm qualquer domínio, por exemplo, da língua portuguesa, nem mantêm relações com Portugal (por exemplo,

através do gozo de férias). De tal modo, que o Supremo Tribunal de Justiça, numa das suas decisões, defendeu que no território de Macau «podem ser decisivas e suficientes simples relações de carácter familiar» para apurar a ligação efectiva (A.STJ, 07/09/1998, Proc. n.º 98A652).

Quadro n.º 1 — Exemplos de decisões judiciais em que se considerou demonstrada ou não a existência de uma ligação efectiva à comunidade nacional

Acórdão	Existência de ligação efectiva	Não existência de ligação efectiva
TRL 28/05/1987		Casamento com portuguesa, estuda a língua portuguesa, passou curto período de férias em Portugal, tenciona instalar uma empresa em território português.
TRL 25/06/1987		Casamento com portuguesa, fala português, vive e trabalha no estrangeiro.
STJ 21/01/1988	Casamento com portuguesa há seis anos, um filho registado no consulado português.	
STJ 17/02/1998		Casamento com português (nascido em HK, filho de pai não português, com nacionalidade adquirida depois do casamento), com filhos portugueses, reside em HK, não fala português, tem conta bancária em banco português e integra duas colectividades portuguesas.
TRL 11/02/1999	Casamento com português há treze anos, dois filhos registados como portugueses, fala português, visita Portugal, interessa-se pela arte, turismo e gastronomia do país e participa em actividades das colectividades de emigrantes portugueses.	
STJ 02/03/1999		Casamento com português há quase cinco anos, residência em Macau e dois filhos registados como portugueses; não fala português, nem participa em nenhuma colectividade.
TRL 26/10/2000	Casada com português, vive e trabalha na Suíça com o marido, conhece a língua portuguesa, convive com portugueses e participa na vida das colectividades, tem dois filhos de nacionalidade portuguesa.	
STJ 06/11/2002		Casamento com portuguesa, vive no Brasil, é sócio de associações portuguesas e participa em eventos de carácter cultural, social e recreativo, viveu em Portugal, obteve a equivalência em Portugal do curso de medicina, tem conta em banco português e número contribuinte português, adquiriu casa em Portugal.
TRL 09/12/2004		Casamento com portuguesa, reside em Portugal há mais de cinco anos, tem como actividade o comércio a retalho, compreende e faz-se entender em língua portuguesa.
TRL 13/01/2005		Casamento com portuguesa, reside em Portugal há nove anos, explora um estabelecimento de bijuteria, compreende o português, conhece alguns titulares de órgãos de soberania e alguns dos hábitos e costumes portugueses, desloca-se com regularidade ao Paquistão aí permanecendo durante vários meses.
STJ 06/07/2005		Casamento com português (indiano, nasceu em Diu, adquiriu a nacionalidade por ter pai português), vive em Portugal há sete anos, tem uma filha portuguesa, tem uma loja, tem dificuldades na expressão e compreensão do português, veste-se de acordo com os padrões ocidentais, a filha frequenta uma escola portuguesa, pratica a religião hindu, visitou algumas regiões do país.

Como se constata, não existe uma linha jurisprudencial consolidada na apreciação da ligação efectiva à comunidade nacional (para o que terão contribuído as mudanças legislativas ocorridas), sendo frequentes as apreciações divergentes sobre as mesmas normas e a diferente valorização de idênticos factos, pelo que a objectividade pretendida para as circunstâncias que poderiam expressar a ligação à comunidade nacional, revela-se na sua aplicação prática bem menos objectiva do que se poderia desejar, tal como se poderá comprovar pela súmula de algumas decisões judiciais que se apresentou no quadro 1.

Como é possível verificar nesse quadro, e a título de exemplo, as duas decisões pronunciadas pela mesma secção do Tribunal da Relação de Lisboa, em 09/12/2004 e 13/01/2005, revelam um nível de exigência de prova muito elevado, pois apesar de todos os elementos fornecidos pelos requerentes, considerou que estes eram «meros sinais [...] insuficientes para um juízo objectivo de integração na comunidade nacional», pelo que eles teriam que comprovar que comungavam «da cultura portuguesa como se fosse[m] membro[s] da nação portuguesa...[e que teriam] uma identificação com o modo de vida dos portugueses» (A.TRL, 09/12/2004, Proc. n.º 8182/04 e A.TRL, 13/01/2005, Proc. n.º 3131/04).

Do mesmo modo, e analisando a decisão do Supremo Tribunal de Justiça de 6 de Julho de 2005, não se percebe que mais a requeinte teria de fazer para demonstrar a identificação com a comunidade portuguesa, mesmo que apresentasse dificuldades de expressão em português (A.STJ, 06/07/2005, Proc. n.º 2300/05). Na mesma linha, e numa decisão proferida em Abril de 2003, o Supremo Tribunal de Justiça considerou que o facto de um argelino casado com uma portuguesa, se expressar em português, gostar da gastronomia portuguesa, conhecer os titulares dos órgãos de soberania e ter familiares e amigos portugueses, com quem convivia, apenas revelava uma ligação embrionária à comunidade nacional, a qual se poderia consolidar ou não no futuro (A.STJ, 30/04/2003, Proc. n.º 3B1191).

Noutras decisões, os tribunais também não consideraram para efeito de aferição da ligação efectiva, o facto do interessado ter conta bancária aberta em banco português, possuir habitação própria

ou explorar um estabelecimento comercial, uma vez que entenderam que isso em nada os separava de qualquer outro estrangeiro a residir em Portugal (cfr. por exemplo, A. STJ, 07/06/2005, Proc. 5A1550 ou A. STJ, de 07/06/2006, Proc. n.º 6B1740). De tal modo, que numa decisão favorável a uma requerente, o Tribunal da Relação defendeu que deveria existir uma separação dos interessados em adquirir a nacionalidade portuguesa quanto à situação dos outros estrangeiros, a qual teria de ser expressa por uma relação que deveria ir além da satisfação das «necessidades de obtenção de proventos pelo trabalho» (A. TRL, 12/07/2006, Proc. n.º 10785/2005-7).

A ligação efectiva à comunidade nacional

Pela análise da jurisprudência existente sobre esta matéria, verificamos que os tribunais portugueses, especialmente após a alteração promovida pela Lei n.º 25/94, seguiram uma abordagem (que se mantém actualmente embora com algumas nuances), que se traduz na exigência da observância de um conjunto de requisitos em termos de ligação ao território português e de identificação com os valores e costumes da comunidade nacional que, na prática e aplicada de uma forma rigorosa, se traduziria frequentemente na impossibilidade de aquisição da nacionalidade portuguesa, uma vez que o seu preenchimento só pode ser obtido (e quando isso é possível) após longos períodos de residência, o que gera uma incoerência sistémica, tendo em conta os períodos de residência prévios mínimos previstos na lei da nacionalidade para a naturalização ou, por exemplo, aqueles que são previstos para o exercício de direitos políticos⁽¹³⁾.

Para além disso, algumas das decisões consultadas não têm em conta a investigação científica já produzida sobre o modo como os processos de aculturação e assimilação se desenrolam, os quais são relevantes para perceber as relações que os indivíduos mantêm com os grupos de origem e o tipo de relacionamento que estabelecem com

(13) Cf. Lei Orgânica n.º 1/2001, de 14 de Agosto.

o grupo maioritário e/ou a sociedade de acolhimento, assim como a capacidade que os indivíduos têm para absorver e interiorizar novos sistemas de valores, costumes e práticas sociais e culturais.

Para esta prática dos tribunais portugueses, provavelmente, terá contribuído o facto da ligação efectiva à comunidade nacional ter sido exigida simultaneamente para a concessão da nacionalidade por naturalização e por efeito da vontade e da adopção. No entanto, estas formas de aquisição da nacionalidade portuguesa não são idênticas e a exigência colocada na demonstração da ligação efectiva tem que ser diferente.

Efectivamente, para a concessão da naturalização é necessário observar um período prévio de residência em território nacional, pelo que, com excepção das situações específicas em que se admite a sua dispensa⁽¹⁴⁾, o interessado tem que residir em Portugal. No entanto, este requisito não é exigido na aquisição da nacionalidade por efeito da vontade, pelo que o interessado não terá que ter residência em território português, nem terá que se identificar de um modo pleno com a comunidade nacional aí residente. Acresce que os interessados estabeleceram uma relação familiar com um português, a qual não pode ser ignorada ou desvalorizada, o que para além do mais acabaria por resultar numa menorização do próprio familiar português, o qual seria percebido como alguém tendencialmente manipulável para fins menos legítimos ou sem interesse pela segurança e protecção da comunidade nacional⁽¹⁵⁾.

Os trabalhos de investigação científica realizados (cf., por exemplo, Gordon, Alba e Nee ou Morawska) mostram que a assimilação é constituída por várias fases, as quais podem ser agrupadas em três etapas sucessivas: a aculturação, a integração social e a identificação (Morawska, 1994).

Assim, na primeira etapa, a aculturação implica a utilização da língua e a aquisição de práticas culturais da sociedade de acolhimento. Por sua vez, a integração social é conseguida quando existe

⁽¹⁴⁾ Na actualidade, cf. os n.ºs 3 a 6 do artigo 6.º da Lei da Nacionalidade.

⁽¹⁵⁾ Como se disse anteriormente, nas situações em que o familiar português não tem a nacionalidade de origem, parece aceitável uma maior exigência na demonstração da ligação efectiva à comunidade nacional.

a integração nos grupos sociais secundários⁽¹⁶⁾, contactos com os grupos primários e, finalmente, o casamento com indivíduos da sociedade de acolhimento/grupo maioritário. E, por fim, a identificação implica o desenvolvimento de um sentimento de partilha da identidade nacional.

Esta ideia do desenvolvimento do processo de assimilação por etapas sucessivas, que conduzirão ao sucesso individual, tem sido objecto de questionamento, não só por se ter verificado que ele não é linear e podem ocorrer avanços e recuos (Morawska, 1994), mas também por se ter apurado que a assimilação poderá não conduzir ao sucesso social e económico, o que sucederá, por exemplo, quando o modelo para a assimilação sejam outros grupos minoritários excluídos (Portes e Zhou, 1993, p. 81).

Em qualquer caso, a concessão da nacionalidade da sociedade de acolhimento, embora possa representar um elemento importante para promover a integração dos estrangeiros, não é decisiva, uma vez que esta pode ser influenciada por diversos factores como, por exemplo, a existência de barreiras aos contactos pessoais entre os membros dos grupos maioritário e minoritário, a dimensão do grupo minoritário, a existência de uma relação de domínio ou de subordinação económica ou a existência de preconceitos pelo grupo dominante (Morawska, 1994).

Naturalmente, nem todos os indivíduos passam pelas três etapas de assimilação, sendo que, normalmente, na primeira geração apenas ocorre um processo de aculturação (Gordon, 1964, p. 243). Para além disso, o impacto assimilacionista não é idêntico para todos os grupos, uma vez que não só o seu grau de receptividade é diferente, como a sociedade poderá não tratar todo os grupos do mesmo modo (Glazer e Moynihan, 1992, pp. 13-14).

Por isso, não se pode concordar com o entendimento do Supremo Tribunal de Justiça que considerou que a ligação efectiva só

(16) Segundo GORDON, os grupos primários são aqueles através dos quais os indivíduos realizam o processo de socialização e de modulação da personalidade humana através de um contacto pessoal e face-a-face (exs. família, amigos), enquanto os grupos secundários são aqueles em que os contactos tendem a ser impessoais, formais ou casuais (exs. organizações de interesse, associações) (GORDON, 1964, pp. 31-32).

se configuraria quando «o requerente já é psicológica e sociologicamente português, isto é, que realmente interiorizou os valores, costumes e cultura nacionais» (A.STJ, 07/06/2006, Proc. n.º 6B1740; cf. no mesmo sentido, A.TCAS, de 02/10/2008, Proc. n.º 4125/08). Na realidade, e independentemente do facto do tribunal não ter esclarecido o que significa ser «psicológica e sociologicamente» português, isso só seria possível na terceira fase de assimilação e, como vimos, só excepcionalmente é alcançável na primeira geração. Assim, a consequência última deste entendimento seria a impossibilidade genérica de aquisição da nacionalidade portuguesa pelo cônjuge, e, na actualidade, tornaria mais fácil a aquisição da nacionalidade portuguesa por naturalização, o que parece não fazer sentido, atento o laço familiar existente com um nacional.

Como tal, e se parece perfeitamente adequado que a lei condicione a concessão da nacionalidade por naturalização ao domínio suficiente da língua portuguesa, uma vez que esta é fundamental para o processo de aculturação, é incompreensível que o domínio da língua portuguesa e a existência de uma relação familiar (filiação, casamento e adopção) não sejam suficientes para ilustrar uma ligação efectiva no caso da aquisição da nacionalidade por efeito da vontade ou por adopção. Ainda para mais quando, por exemplo, o casamento interétnico é utilizado como um indicador positivo para superar divisões étnicas ou raciais (Alba e Nee, 2005, p. 134), o que já tinha sido sugerido por Gordon quando este defendeu que a chave do processo de assimilação é a entrada para os grupos primários da sociedade de acolhimento, pelo que quando esta ocorre as outras fases do processo de assimilação acabam por se seguir (Gordon, 1964, p. 81).

Nos casos em que se apure que o requerente não fala a língua portuguesa (situação que se poderá colocar para aqueles que residem no exterior, em particular, em Macau⁽¹⁷⁾) e, portanto, a aculturação não está demonstrada, parece que deverá ser exigida a apresentação de outros elementos que possam ilustrar a existência de uma ligação efectiva à comunidade nacional.

⁽¹⁷⁾ Tendo em conta que a língua portuguesa teve sempre uma utilização limitada no território e que previsivelmente esta terá diminuído com a transição de poderes soberanos de Portugal para a China.

Por outro lado, na análise das provas disponibilizadas pelos interessados deverá ter-se em conta a relevância de alguns factos que nem sempre mereceram uma adequada ponderação nos casos judiciais analisados.

Assim, por exemplo, a abertura de estabelecimentos comerciais deverá ser entendida como uma forma de integração no tecido empresarial nacional e, como tal, um importante elemento para aferição da integração social, mesmo quando aqueles revestem um carácter étnico, uma vez que os estabelecimentos étnicos não só procuram explorar oportunidades e nichos de mercado, como são, por vezes, utilizados como forma de protecção contra a discriminação racial e xenófoba a que determinados grupos estão sujeitos, a qual se traduz, por exemplo, numa maior dificuldade na obtenção de um emprego por conta de outrém e em limitadas oportunidades de ascensão social. Para além disso, estas iniciativas económicas podem reflectir uma opção de vida associada à cultura empreendedora de determinados grupos étnicos⁽¹⁸⁾ e não uma qualquer forma de exclusão ou auto-marginalização.

De igual modo, não se pode ignorar que determinadas culturas limitam a autonomia e a participação pública das mulheres, as quais frequentemente ficam limitadas ao desempenho de tarefas domésticas, pelo que o contacto que estas têm com o exterior é por vezes reduzido, o que se poderá repercutir, por exemplo, no domínio que têm da língua portuguesa. Nestes casos, não se pode também ignorar que a titularidade da nacionalidade portuguesa poderá ser uma via para a “emancipação” e a redução da dependência da mulher em relação ao marido.

E, tal como a obtenção da nacionalidade portuguesa não obriga à perda de uma anterior nacionalidade, também não se poderão sujeitar os requerentes à obrigação de eliminarem as referências culturais da nacionalidade de origem, as quais funcionam como um quadro orientador básico necessário para dar sentido e organizar a vida de cada um. Em geral, esta base cultural não pode ser substituída com facilidade por novos quadros de valores e de

⁽¹⁸⁾ Cf., a propósito dos chineses na diáspora, ROCHA-TRINDADE *et alt.*, 2006, p. 162, ou, relativamente aos indianos hindus, MACHADO e ABRANCHES, 2005, pp. 70-71.

costumes⁽¹⁹⁾. Por isso, é questionável, por exemplo, o entendimento que o Ministério Público expressou num dos processos analisados, em que defendeu a inexistência de ligação efectiva do requerente com o facto de este não ter atribuído nomes próprios portugueses aos filhos (cfr., A.STJ, 13/01/2005, Proc. n.º 4B4534).

Por outro lado, deverá também ter-se em conta que a segregação residencial, resultante de processos de exclusão social, poderá empurrar os indivíduos das minorias para bairros étnicos, e, conseqüentemente, existir uma maior probabilidade de estes exibirem características de comportamento étnico e de participarem em redes sociais étnicas (Alba e Nee, 2005, p. 99), limitando assim as relações com o “exterior”, sem que isso represente necessariamente uma falta de interesse ou vontade em estabelecer outro tipo de relacionamentos com a comunidade maioritária.

Naturalmente, os problemas de exclusão social necessitam de medidas inclusivas que os permitam minimizar, mas tal como a concessão da nacionalidade portuguesa não os resolve, a recusa da nacionalidade com base em considerações culturais e sociais homogeneizadoras e essencialistas não defende a nação, nem promove a coesão social.

⁽¹⁹⁾ GORDON alerta mesmo para o sentimento de conforto e segurança que os grupos étnicos garantem aos imigrantes de primeira geração (GORDON, 1964, p. 242).

Acórdãos judiciais consultados

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 18 de Fevereiro de 1986, Proc. n.º 73529, Boletim do Ministério da Justiça, n.º 354 (1986), p. 492.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 13 de Novembro de 1986, Proc. n.º 4733, Boletim do Ministério da Justiça, n.º 365 (1987), p. 663.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 20 de Janeiro de 1987, Proc. n.º 18641, Boletim do Ministério da Justiça, n.º 365 (1987), p. 664.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 19 de Maio de 1987, Proc. n.º 19024, Boletim do Ministério da Justiça, n.º 367 (1987), p. 555.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 25 de Junho de 1987, Proc. n.º 5281, Boletim do Ministério da Justiça, n.º 368 (1987), p. 593.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 21 de Janeiro de 1988, Proc. n.º 75478, Boletim do Ministério da Justiça, n.º 473 (1988), p. 506.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 15 de Junho de 1988, Proc. n.º 76254, Boletim do Ministério da Justiça, n.º 378 (1988), p. 684.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 01 de Outubro de 1992, Proc. n.º 3999, Boletim do Ministério da Justiça, n.º 420 (1992), p. 637).

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 17 de Fevereiro de 1998, Proc. n.º 772/97, Boletim do Ministério da Justiça, n.º 474 (1998), p. 429.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 17 de Fevereiro de 1998, Proc. n.º 3742/97, Boletim do Ministério da Justiça, n.º 474 (1998), p. 538.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 07 de Setembro de 1998, Proc. n.º 98A652, <<http://eudo-citizenship.eu/caselawDB/docs/POR%2007%2009%201998%20%28original%29.pdf>>, acedido a 31 de Maio de 2010.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 17 de Dezembro de 1998, Proc. n.º 5343/98, Boletim do Ministério da Justiça, n.º 482 (1999), p. 294.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 11 de Fevereiro de 1999, Proc. n.º 3583/98, Boletim do Ministério da Justiça, n.º 484 (1999), p. 429.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 02 de Março de 1999, Proc. n.º 61/99, Boletim do Ministério da Justiça, n.º 485 (1999), p. 366.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 26 de Outubro de 2000, Proc. n.º 4653/00, <www.pgdlisboa.pt>, acedido a 31 de Janeiro de 2008.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 06 de Junho de 2002, Proc. n.º 2A4160, <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf>>, acedido a 06 de Junho de 2012.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 06 de Novembro de 2002, Proc. n.º 2B1645, <<http://eudo-citizenship.eu/caselawDB/docs/POR%2011%2006%202002%20%28original%29.pdf>>, acedido a 14 de Junho de 2012.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 18 de Março de 2003, Proc. n.º 3A214, <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf>>, acedido a 06 de Junho de 2012.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 30 de Abril de 2003, Proc. n.º 3B1191, <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf>>, acedido a 06 de Junho de 2012.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 02 de Novembro de 2004, Proc. n.º 4A3483, <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf>>, acedido a 06 de Junho de 2012.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 09 de Dezembro de 2004, Proc. n.º 8182/04, <www.pgdlisboa.pt>, acedido a 31 de Janeiro de 2008.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 13 de Janeiro de 2005, Proc. n.º 4B4534, <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf>>, acedido a 06 de Junho de 2012.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 13 de Janeiro de 2005, Proc. n.º 3131/04, <www.pgdlisboa.pt>, acedido a 31 de Janeiro de 2008.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 06 de Julho de 2005, Proc. n.º 2300/05, <www.pgdlisboa.pt>, acedido a 06 de Junho de 2012.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 07 de Junho de 2005, Proc. n.º 5A1550, <<http://biblioteca.mj.pt/>>, acedido a 14 de Junho de 2012.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 09 de Maio de 2006, Proc. n.º 9909/2005-7, <<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf>>, acedido a 06 de Junho de 2012.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 07 de Junho de 2006, Proc. n.º 6B1740, <<http://eudo-citizenship.eu/caselawDB/docs/POR%2006%2007%202006%20%28original%29.pdf>>, acedido a 31 de Maio de 2010.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 06 de Julho de 2006, Proc. n.º 9973/2003-8, <<http://bdjur.almedina.net/>>, acedido a 06 de Junho de 2012.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 12 de Julho de 2006, Proc. n.º 10785/2005-7, <<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf>>, acedido a 06 de Junho de 2012.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 18 de Julho de 2006, Proc. n.º 6A2152, <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf>>, acedido a 06 de Junho de 2012.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 12 de Setembro de 2006, Proc. n.º 6A1908, <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf>>, acedido a 06 de Junho de 2012.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 31 de Outubro de 2006, Proc. n.º 6A2924, <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf>>, acedido a 06 de Junho de 2012.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 15 de Fevereiro de 2007, Proc. n.º 7772/2006-6, <<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf>>, acedido a 06 de Junho de 2012.

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 02 de Outubro de 2008, Proc. n.º 4125/08, <<http://www.dgsi.pt/jtca.nsf>>, acedido a 06 de Junho de 2012.

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 13 de Novembro de 2008, Proc. n.º 3697/08, <<http://bdjur.almedina.net/>>, acedido a 06 de Junho de 2012.

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 17 de Março de 2011, Proc. n.º 6449/10, <<http://www.dgsi.pt/jtca.nsf>>, acedido a 14 de Junho de 2012.

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 26 de Maio de 2011, Proc. n.º 4881/09, <<http://www.dgsi.pt/jtca.nsf>>, acedido a 06 de Junho de 2012.

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 22 de Março de 2012, Proc. n.º 7829/11, <<http://www.dgsi.pt/jtca.nsf>>, acedido a 06 de Junho de 2012.

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 03 de Maio de 2012, Proc. n.º 6222/2010, <<http://bdjur.almedina.net/>>, acedido a 06 de Junho de 2012.

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 17 de Maio de 2012, Proc. n.º 8726/12, <<http://www.dgsi.pt/jtca.nsf>>, acedido a 06 de Junho de 2012.

Bibliografia citada

- ALBA, Richard e NEE, Victor (2005), *Remaking the American Mainstream: Assimilation and Contemporary Immigration*, Cambridge: Harvard University Press.
- GLAZER, Nathan e MOYNIHAN, Daniel Patrick (1992), *Beyond the Melting Pot: The Negroes, Puerto Ricans, Jews, Italians, and Irish of New York City*, second edition, thirteenth printing, Cambridge: The Massachusetts Institute of Technology Press.
- GORDON, Milton M. (1964), *Assimilation in American Life: The Role of Race, Religion, and National Origins*, New York: Oxford University Press.
- MACHADO, Fernando Luís e ABRANCHES, Maria (2005), “Caminhos limitados de integração social: Trajectórias socioprofissionais de cabo-verdianos e hindus em Portugal”, *Sociologia, Problemas e Práticas*, n.º 48, pp. 67-89.
- MORAWSKA, Ewa (1994), “In defense of the assimilation model”, *Journal of American Ethnic History*, volume 13, n.º 2, World Wide Web: <<http://web.ebscohost.com>>, acedido a 05 de Julho de 2007.
- PORTES, Alejandro e ZHOU, Min (1993), “The New Second Generation: Segmented Assimilation and Its Variantes”, *The Annals of the American Academy of Political and Social Sciences*, volume 530, pp. 74-96.
- ROCHA-TRINDADE, Maria Beatriz, NEVES, Miguel Santos e BONGARDT, Annette (2006), *A Comunidade de Negócios Chinesa em Portugal: Catalizadores da Integração da China na Economia Global*, Oeiras: Instituto Nacional de Administração.

Jurisprudência Crítica

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL N.º 187/2013

Processo n.º 2/2013, 5/2013, 8/2013 e 11/2013
Plenário

Relator: Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha

Acordam, em Plenário,
no Tribunal Constitucional

I — Relatório

1. Pedido formulado no processo n.º 2/2013

No âmbito do processo n.º 2/2013, foi pedida, pelo Presidente da República, a apreciação e declaração, com força obrigatória geral, da inconstitucionalidade:

a) Das normas constantes dos n.ºs 1 a 9 do artigo 29.º da Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro de 2012 (Lei do Orçamento do Estado para 2013, adiante LOE2013), e, a título consequente, das restantes normas constantes do mesmo preceito, por eventual violação, no plano tributário, do princípio da igualdade na sua dimensão de proporcionalidade, resultante da conjugação das disposições normativas do artigo 13.º e do n.º 1 do artigo 104.º com a norma do

n.º 2 do artigo 18.º da Constituição da República Portuguesa República (CRP);

b) Das normas constantes dos números 1 e 2 e, a título consequencial, das restantes normas do artigo 77.º da mesma lei, por violação, no plano tributário, do princípio da igualdade na sua dimensão de proporcionalidade (artigos 13.º e 104.º, n.º 1, conjugados com o artigo 18.º, n.º 2, da CRP) e por violação do princípio da proteção da confiança, contido no artigo 2.º da CRP;

c) Das normas constantes dos n.ºs 1, 2, 3 e 4 do artigo 78.º da mesma lei e, a título consequente, das restantes normas do mesmo artigo, com fundamento na violação do princípio da unidade do imposto sobre o rendimento pessoal, (artigo 104.º, n.º 1, da CRP), dos princípios da igualdade e da proporcionalidade (artigo 104.º, n.º 1, conjugado com os artigos 13.º e 18.º, n.º 2, da CRP), do princípio da proteção da confiança (artigo 2.º da CRP), do direito a uma sobrevivência com um mínimo de qualidade (artigos 1.º e 63.º, n.ºs 1 e 3, da CRP) e do núcleo essencial de direitos patrimoniais de propriedade, na sua dimensão “societário-pensionista”, garantidos pelo n.º 1 do artigo 62.º, nos termos do n.º 2 do artigo 18.º, ambos da CRP.

É a seguinte a fundamentação do pedido:

“1.º

As normas que são objeto do presente pedido de fiscalização da constitucionalidade constam da Lei da Assembleia da República que aprova o Orçamento de Estado para 2013 e suscitam as dúvidas de constitucionalidade que se passa seguidamente a mencionar.

I — Suspensão do subsídio de férias aos trabalhadores ativos do setor público

2.º

O artigo 29.º da Lei indicada dispõe o seguinte:

Artigo 29.º

Suspensão do pagamento de subsídio de férias ou equivalente

1 — Durante a vigência do PAEF, como medida excecional de estabilidade orçamental é suspenso o pagamento do subsídio de férias ou quaisquer prestações correspondentes ao 14.º mês às pessoas a que se

refere o n.º 9 do artigo 27.º cuja remuneração base mensal seja superior a €1100.

2 — As pessoas a que se refere o n.º 9 do artigo 27.º cuja remuneração base mensal seja igual ou superior a €600 e não exceda o valor de €1 100 ficam sujeitas a uma redução no subsídio de férias ou nas prestações correspondentes ao 14.º mês, auferindo o montante calculado nos seguintes termos: $\text{subsídio/prestações} = 1320 - 1,2 \times \text{remuneração base mensal}$.

3 — O disposto nos números anteriores abrange todas as prestações, independentemente da sua designação formal, que, direta ou indiretamente, se reconduzam ao pagamento do subsídio de férias a que se referem aqueles números, designadamente a título de adicionais à remuneração mensal.

4 — O disposto nos n.ºs 1 e 2 abrange ainda os contratos de prestação de serviços celebrados com pessoas singulares ou coletivas, na modalidade de avença, com pagamentos mensais ao longo do ano, acrescidos de duas prestações de igual montante.

5 — O disposto no presente artigo aplica-se após terem sido efetuadas as reduções remuneratórias previstas no artigo 27.º bem como as constantes do artigo 31.º

6 — O disposto nos números anteriores aplica-se ao subsídio de férias que as pessoas abrangidas teriam direito a receber, incluindo pagamentos de proporcionais por cessação ou suspensão da relação jurídica de emprego.

7 — O disposto nos números anteriores aplica-se igualmente ao pessoal na reserva ou equiparado, quer esteja em efetividade de funções quer esteja fora de efetividade.

8 — O Banco de Portugal, no quadro das garantias de independência estabelecidas nos tratados que regem a União Europeia, toma em conta o esforço de contenção global de custos no setor público refletido na presente lei, ficando habilitado pelo presente artigo a decidir, em alternativa a medidas de efeito equivalente já decididas, suspender o pagamento do subsídio de férias ou quaisquer prestações correspondentes ao 14.º mês aos seus trabalhadores durante o ano de 2013, em derrogação das obrigações decorrentes da lei laboral e dos instrumentos de regulamentação coletiva relevantes.

9 — O regime fixado no presente artigo tem natureza imperativa e excecional, prevalecendo sobre quaisquer outras normas, especiais ou excecionais, em contrário e sobre instrumentos de regulamentação

coletiva de trabalho e contratos de trabalho, não podendo ser afastado ou modificado pelos mesmos.”

3.º

Cumpre assinalar que as normas contidas nos números 1 e 2 do artigo 29.º:

- a) Se aplicam, por força da remissão feita para a norma do n.º 9 do artigo 27.º do mesmo diploma, quer a titulares de órgãos de soberania e pessoas que desempenhem cargos públicos nos diversos setores da Administração, quer a trabalhadores com qualquer modalidade de relação jurídica de emprego público, sendo todos eles, para os efeitos deste requerimento, designados por trabalhadores ativos do setor público;
- b) Na medida em que determinam a suspensão do subsídio de férias ou de quaisquer prestações correspondentes ao 14.º mês aos referidos trabalhadores, mantêm uma medida equivalente à que constava das normas do artigo 21.º da Lei do Orçamento de Estado para 2012(1), importando, todavia, assinalar uma diferença entre os dois regimes: enquanto as duas disposições impugnadas neste requerimento determinam, apenas, a suspensão do 14.º mês, já as normas do artigo 21.º do Orçamento de Estado de 2012 impunham cumulativamente com idêntica medida, também a suspensão do 13.º mês (subsídio de Natal).

4.º

Importa recordar, como premissa pré-compreensiva da presente argumentação, o contexto jurídico que envolveu por parte do Tribunal Constitucional, com os fundamentos constantes o Acórdão n.º 353/2012, a declaração da inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das normas constantes do artigo 21.º e também do artigo 25.º da Lei n.º 64-B/2011 que aprovou o Orçamento do Estado para 2012.

5.º

O Tribunal Constitucional apreciou, então, a suscitação de um problema de constitucionalidade fundado na repartição desigual de encargos públicos com o equilíbrio financeiro do Estado entre, por um lado, trabalhadores ativos do setor público (artigo 21.º) e reformados e pensionistas (artigo 25.º), a quem foi determinada a suspensão dos subsídios de férias e de Natal e, por outro, os trabalhadores ativos do setor privado, a quem não foi exigido um sacrifício idêntico.

6.º

O Tribunal, no aresto mencionado no n.º 4 deste requerimento e de, algum modo, na linha do Ac. n.º 396/2011, admitiu como legítima alguma diferenciação entre “quem recebe por verbas públicas e quem atua no setor privado da economia, não se podendo considerar, no atual contexto económico e financeiro, injustificadamente discriminatória qualquer medida de redução de rendimento dirigida apenas aos primeiros”.

7.º

Contudo, o mesmo órgão não deixou de considerar que a liberdade do legislador em recorrer ao corte de remunerações e pensões que auferem por verbas públicas, tendo em vista atingir o equilíbrio orçamental, não seria ilimitada, pelo que “a diferença entre o grau de sacrifício para aqueles que são atingidos por esta medida e para os que não são não pode deixar de ter limites”, importando ter em conta que “a dimensão da desigualdade do tratamento tem de ser proporcionada às razões que justificam esse tratamento desigual, não podendo revelar-se excessiva”.

8.º

Atenta a fundamentação exposta, o Tribunal Constitucional declarou a inconstitucionalidade das normas do artigo 21.º e do artigo 25.º da Lei do Orçamento para 2012, com fundamento na violação do princípio da igualdade, conjugado com o princípio da proporcionalidade, tendo-o feito nos seguintes termos:

“A diferença de tratamento é de tal modo acentuada e significativa que as razões de eficácia da medida adotada na prossecução do objetivo da redução do défice público para os valores apontados nos memorandos de entendimento não tem uma valia suficiente para justificar a dimensão de tal diferença, tanto mais que poderia configurar-se o recurso a soluções alternativas para a diminuição do défice quer do lado da despesa (...) quer do lado da receita (...). Daí que seja evidente que o diferente tratamento imposto a quem auferem remunerações e pensões por verbas públicas ultrapassa os limites da proibição do excesso em termos de igualdade proporcional”.

9.º

O artigo 29.º da Lei que é objeto do presente pedido de fiscalização de constitucionalidade, em articulação com outras disposições de natureza fiscal em sede de IRS constantes do mesmo diploma, mantém um tratamento tributário diferenciado para certas categorias de cidadãos, como

os trabalhadores do setor público, do qual resulta um esforço acrescido face àquele que é exigido aos restantes trabalhadores no ativo.

10.º

Sucedede que, em matéria fiscal, o critério de diferenciação constitucionalmente admitido na tributação do rendimento pessoal é o critério da capacidade contributiva (n.º 1 do artigo 104.º da Constituição), o qual corporiza operativamente o princípio da igualdade na repartição dos encargos públicos entre os cidadãos, não podendo a aplicabilidade do mesmo critério cingir-se aos impostos, já que se impõe a quaisquer tributos de caráter parafiscal, em nome dos princípios constitucionais da universalidade e da igualdade, bem como do princípio da prevalência da substância sobre a forma que inere ao Estado material de direito. Assim,

11.º

Embora do ponto de vista contabilístico se possa dizer que a suspensão do subsídio de férias consistirá numa medida que incide sobre a despesa pública, enquanto um agravamento fiscal constituirá uma medida do lado da receita, verifica-se que essa distinção é contabilística e formal pois, de um ponto de vista substantivo e jurídico-constitucional, a suspensão do pagamento do subsídio de férias aos funcionários públicos e pensionistas traduz-se num esforço contributivo acrescido que lhes é unilateralmente exigido para o financiamento do Estado e que envolve uma ablação do seu rendimento anual, pelo que consistirá num verdadeiro imposto.

12.º

A desigualdade que subsiste na tributação entre trabalhadores do setor público e do setor privado, em detrimento dos primeiros, terá de ancorar, por conseguinte, em fundamentos materiais adequados, e não tanto em argumentos de maior fragilidade como os que constavam do Relatório relativo à lei do Orçamento de 2012, de acordo com os quais:

- i) Os trabalhadores ativos do setor público beneficiariam, em média, de retribuições superiores às do setor privado;
- ii) Os mesmos trabalhadores teriam uma maior garantia de subsistência do vínculo laboral.

13.º

Quanto ao primeiro argumento, importa esclarecer que ele contraria o sentido dos princípios jurídico-constitucionais da “capacidade contri-

butiva” e da “unidade do imposto”, acolhidos na norma constante do n.º 1 do artigo 104.º da Constituição, já que a fixação do imposto sobre o rendimento não é aferida em função de médias de retribuição de distintas categorias profissionais, mas sim em razão dos rendimentos e das necessidades de cada sujeito ou agregado familiar.

14.º

No que concerne ao segundo argumento, parece evidente que a capacidade económica para pagar impostos não é determinada pela maior ou menor estabilidade do vínculo laboral, já que:

- a) Um determinado sujeito passivo pode beneficiar de uma menor garantia de subsistência do vínculo e ter uma capacidade económica substancialmente superior a outro com um vínculo laboral mais estável (como é o caso, exemplificativo, de profissionais famosos das artes e espetáculos e do desporto que podem auferir, com um contrato de um só ano, um rendimento que um funcionário público poderá não receber em muitos anos);
- b) As reduções salariais no setor público têm afetado mesmo aqueles funcionários com vínculos precários e a termo certo (como será o caso dos professores contratados).

O acolhimento deste argumento obrigaria a uma tributação que examinasse, setor a setor e empresa a empresa, o nível de estabilidade e de precariedade do vínculo laboral dos diferentes trabalhadores, antes de graduar em conformidade as diferentes taxas de imposto, o que se afiguraria não apenas ilógico mas também impraticável. Dito isto,

15.º

Sem embargo de o artigo 29.º da Lei que aprova o Orçamento de Estado para o ano de 2013 ter mantido um regime tributário diferenciado entre trabalhadores do setor público e do setor privado, diferença que o Tribunal Constitucional admite, em tese, poder ocorrer em razão do critério do “recebimento por verbas públicas”, importa registar que o mesmo preceito legal reduziu, também, a desproporção entre as duas categorias de trabalhadores na repartição de sacrifícios destinados a garantir o equilíbrio orçamental.

16.º

Poderá mesmo afirmar-se que, na norma mencionada no número anterior, a desigualdade que subsiste, quando comparada com o regime julgado inconstitucional constante do artigo 21.º da Lei de Orçamento de

Estado para 2012, deixou de assumir o nível de desproporção previamente existente, passando por exemplo a diferenciar-se quantitativamente, a partir do valor de 1.100 euros, na base da suspensão do montante equivalente a um salário mensal para a função pública. Contudo,

17.º

Se é um facto que as opções normativas constantes do diploma que é objeto deste pedido de fiscalização traduzem um esforço de aproximação em relação à orientação jurisprudencial do Tribunal Constitucional ínsita no Ac. n.º 353/2012, a qual admite uma desigualdade de tratamento tributário entre categorias de trabalhadores nos limites da razoabilidade, cumpre contudo interpelar o órgão máximo de Justiça Constitucional sobre se essa aproximação terá sido suficiente e adequada, à luz do princípio constitucional da igualdade conjugado com o princípio da proporcionalidade.

18.º

No juízo de proporcionalidade sobre a conformidade das normas sindicadas com a Constituição não podem deixar de ser tidas em conta, a par do esforço de redução quantitativa da desproporção pré-existente na distribuição de sacrifícios entre as duas categorias de trabalhadores, outros fatores tais como:

- a) A equidade e justiça na repartição desses sacrifícios;
- b) A proibição do excesso na diferenciação dos sacrifícios entre categorias de trabalhadores.

19.º

Sendo o próprio Tribunal Constitucional, no já citado Acórdão n.º 353/2012, que recorda que “(...) quanto maior é o grau de sacrifício imposto aos cidadãos para a satisfação de interesses públicos, maiores são as exigências de equidade e justiça na repartição desses sacrifícios” cumpre destacar, tal como se observou nos números 10.º e 13.º deste requerimento e atento o disposto no n.º 1 do artigo 104.º da Constituição, que a capacidade contributiva respeitante ao imposto sobre o rendimento pessoal é aferida por cada sujeito ou agregado familiar em razão do seu rendimento e necessidades.

20.º

Uma menor consideração do princípio da capacidade contributiva pessoal pela norma impugnada pode conduzir, em diversos casos e ao arre-

pio do n.º 1 do disposto no artigo 104.º da Constituição, a situações de tributação regressiva do rendimento das pessoas singulares na medida em que, quem tenha um nível de rendimento menor pode vir a ser obrigado, em razão do seu estatuto de funcionário público, a fazer um esforço contributivo sensivelmente maior do que quem tenha um nível de rendimento superior, importando aferir se, nesses cenários de desigualdade, o referido esforço contributivo é ou não excessivo, o que envolve a submissão da mesma norma a um teste de proporcionalidade.

21.º

Idêntico teste, por uma aproximada ordem de razões, deve ser feito à norma do n.º 2 do artigo 29.º que opera uma redução no valor do subsídio de férias aos trabalhadores do setor público, cuja remuneração de base mensal seja igual ou superior a 600 euros e não exceda o valor de 1.100 euros.

Nestes termos,

22.º

Impõe-se a suscitação do controlo da constitucionalidade das normas dos números 1 e 2 do artigo 29.º da Lei n.º 66-B/2012 e, a título consequente, das restantes normas do mesmo preceito legal, na medida em que subsistem dúvidas sobre se as referidas normas observam “os limites da proibição do excesso em termos de igualdade proporcional” (Ac.º n.º 353/2012 do Tribunal Constitucional) extraídos da conjugação das normas do artigo 13.º e do n.º 1 do artigo 104.º da Constituição, com a norma do n.º 2 do artigo 18.º, da mesma Constituição.

II — A tributação de reformados e pensionistas

23.º

As normas dos artigos 77.º e 78.º da Lei n.º 66-B/2012, relativas à tributação dos reformados e pensionistas suscitam três ordens de dúvidas em matéria de constitucionalidade que se passa seguidamente a referir.

A. Da inobservância pela norma do artigo 77.º do critério da “igualdade proporcional” na tributação de reformados.

24.º

Reza o seguinte o artigo 77.º da Lei em apreciação:

“Artigo 77.º

Suspensão do pagamento do subsídio de férias ou equivalentes de aposentados e reformados

1 — Durante a vigência do PAEF, como medida excepcional de estabilidade orçamental, é suspenso o pagamento de 90% do subsídio de férias ou quaisquer prestações correspondentes ao 14.º mês, pagas pela CGA, IP., pelo Centro Nacional de Pensões e, diretamente ou por intermédio de fundos de pensões, por quaisquer entidades públicas, independentemente da respetiva natureza e grau de independência ou autonomia, nomeadamente as suportadas por institutos públicos, entidades reguladoras, de supervisão ou controlo, e empresas públicas, de âmbito nacional, regional ou municipal, aos aposentados, reformados, pré-aposentados ou equiparados cuja pensão mensal seja superior a € 1 100.

2 — Para efeitos do disposto no número anterior, considera-se a soma de todas as pensões devidas a qualquer título percebidas por um mesmo titular e com a mesma natureza, nomeadamente pensões de sobrevivência, subvenções e prestações pecuniárias equivalentes que não estejam expressamente excluídas por disposição legal, e pagas pela CGA, IP., pelo Centro Nacional de Pensões e, diretamente ou por intermédio de fundos de pensões, por quaisquer entidades públicas, independentemente da respetiva natureza e grau de independência ou autonomia, nomeadamente as suportadas por institutos públicos, entidades reguladoras, de supervisão ou controlo, e empresas públicas, de âmbito nacional, regional ou municipal.

3 — Para efeitos do disposto nos números anteriores, considera-se que têm a mesma natureza, por um lado, as pensões, subvenções e prestações atribuídas por morte e, por outro, todas as restantes, independentemente do ato, facto ou fundamento subjacente à sua concessão.

4 — Os aposentados cuja pensão mensal seja igual ou superior a € 600 e não exceda o valor de € 1100 ficam sujeitos a uma redução no subsídio ou prestações previstos no n.º 1, auferindo o montante calculado nos seguintes termos: subsídio/prestações = $1188 - 0,98 \times$ pensão mensal.

5 — Durante a vigência do PAEF, como medida excepcional de estabilidade orçamental, o valor mensal das subvenções mensais vitalícias, depois de atualizado por indexação às remunerações dos cargos políticos considerados no seu cálculo, é reduzido na percentagem que resultar da aplicação dos números anteriores às pensões de idêntico valor anual.

6 — O disposto no presente artigo aplica-se cumulativamente com a contribuição extraordinária prevista no artigo seguinte.

7 — No caso das pensões ou subvenções pagas, diretamente ou por intermédio de fundos de pensões, por quaisquer entidades públicas, independentemente da respetiva natureza e grau de independência ou autonomia, nomeadamente as suportadas por institutos públicos, entidades reguladoras, de supervisão ou controlo, e empresas públicas, de âmbito nacional, regional ou municipal, o montante relativo ao subsídio cujo pagamento é suspenso nos termos dos números anteriores deve ser entregue por aquelas entidades na CGA, IP., não sendo objeto de qualquer desconto ou tributação.

8 — O disposto no presente artigo abrange todos os aposentados, reformados, pré-aposentados ou equiparados que recebam as pensões e os subsídios de férias ou quaisquer prestações correspondentes ao 14.º mês, pagos pelas entidades referidas no n.º 1, independentemente da natureza pública ou privada da entidade patronal ao serviço da qual efetuaram os respetivos descontos ou contribuições ou de estes descontos ou contribuições resultarem de atividade por conta própria, com exceção dos reformados e pensionistas abrangidos pelo Decreto-Lei n.º 127/2011, de 31 de dezembro, alterado pela Lei n.º 20/2012, de 14 de maio, e das prestações indemnizatórias correspondentes atribuídas aos militares com deficiência abrangidos, respetivamente, pelo Decreto-Lei n.º 43/76, de 20 de janeiro, alterado pelos Decretos-Leis n.os 93/83, de 17 de fevereiro, 203/87, de 16 de maio, 224/90, de 10 de julho, 183/91, de 17 de maio, e 259/93, de 22 de julho, e pelas Leis n.os 46/99, de 16 de junho, e 26/2009, de 18 de junho, pelo Decreto-Lei n.º 314/90, de 13 de outubro, alterado pelos Decretos-Leis n.os 146/92, de 21 de julho, e 248/98, de 11 de agosto, e pelo Decreto-Lei n.º 250/99, de 7 de julho.

9 — O regime fixado no presente artigo tem natureza imperativa e excecional, prevalecendo sobre quaisquer outras normas, especiais ou excecionais, em contrário e sobre instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho e contratos de trabalho, não podendo ser afastado ou modificado pelos mesmos.

25.º

A argumentação expandida nos n.os 3 a 22 deste requerimento relativa à suspensão do pagamento do subsídio de férias aos trabalhadores ativos do setor público é extensível, com adaptações, à questão de suspensão do pagamento de 90% do subsídio de férias, ou de quaisquer prestações correspondentes ao 14.º mês, a reformados e pensionistas, determinada pelos n.os 1 e 2 do artigo 77.º do diploma em apreciação, acrescentando

ainda a essa dúvida de constitucionalidade, uma outra sobre a conformidade das mesmas normas com o princípio da proteção da confiança.

26.º

No que concerne às pessoas cuja pensão seja superior a 1.100 euros, a suspensão de 90% do subsídio de férias prevista no n.º 1 do artigo 77.º implica um tratamento diferenciado em matéria de tributação de rendimento dos reformados e pensionistas em relação aos demais cidadãos que não sejam trabalhadores ativos do setor público, e que se traduz numa redução de 6,43% do rendimento anual dos primeiros, a qual se associa numa pluralidade de casos, à eventual diminuição de rendimento resultante da alteração dos escalões e das taxas do IRS.
Ora,

27.º

Se, de acordo com o n.º 1 do artigo 104.º da Constituição, a capacidade contributiva respeitante ao imposto sobre o rendimento pessoal é aferida por cada sujeito ou agregado familiar em razão do seu rendimento e necessidades, e integrando a suspensão do valor de 90% do subsídio de férias o conceito material de tributação fiscal sobre o rendimento pessoal dos reformados, regista-se que estes, sem fundamento material razoável, são discriminados negativamente em termos de esforço tributário em face de outras categorias de cidadãos, nomeadamente dos trabalhadores no ativo do setor privado.

28.º

Se no caso dos trabalhadores do setor público a desigualdade de tratamento tributário em relação aos trabalhadores do setor privado pode ter, de acordo com a jurisprudência constitucional, uma justificação dentro de certos limites, centrada no critério do “recebimento por verbas públicas” por parte dos primeiros, no caso dos reformados, cuja situação específica o Tribunal Constitucional reconhece no Ac. n.º 353/2012, o referido critério justificante não vale exatamente da mesma forma, já que as pensões recebidas de instâncias públicas tiveram, como contrapartida, as contribuições que os mesmos e as entidades empregadoras efetuaram para a segurança social durante a sua vida de trabalho.

29.º

A desconsideração do princípio da capacidade contributiva pelos preceitos sindicados (articulados com outras disposições de agravamento

fiscal constantes do diploma), na medida em que não toma em conta os rendimentos e necessidades do agregado familiar, é suscetível de gerar situações de tributação regressiva do rendimento de reformados em termos pelo menos idênticos em relação à situação problemática referida no n.º 20 deste requerimento, importando aferir-se:

- a) Existe fundamento para essa situação de desigualdade em que o reformado pensionista é sujeito a um esforço contributivo específico em razão da sua condição;
- b) Se esse esforço viola, ou não, o princípio da proibição do excesso.

30.º

Cumpre, assim:

- a) Por identidade de razão com o questionamento da constitucionalidade do artigo 29.º, promover a fiscalização da constitucionalidade da norma contida no número 1, e, a título consequencial, das restantes normas do artigo 77.º da Lei em exame, na medida em que as mesmas inobservem “os limites da proibição do excesso em termos de igualdade proporcional” extraídos da conjugação das normas do artigo 13.º e do n.º 1 do artigo 104.º, com a norma do n.º 2 do artigo 18.º da Constituição da República;
- b) Por força da aplicação, com adaptações, da argumentação constante dos números 46.º a 53.º deste requerimento, suscitar o controlo da conformidade das normas referidas na alínea anterior com o princípio da proteção da confiança, previsto no artigo 2.º da Constituição.

B. Da suscetibilidade de violação do princípio da igualdade pelas normas contidas no artigo 78.º, por força de criação de um “imposto de classe” destinado a tributar agravadamente pensionistas e sujeitos a eles equiparados

31.º

O artigo 78.º da Lei n.º 66-B/2012 dispõe o seguinte:

“Artigo 78.º

Contribuição extraordinária de solidariedade

1 — As pensões pagas a um único titular são sujeitas a uma contribuição extraordinária de solidariedade (CES), nos seguintes termos:

- a) 3,5% sobre a totalidade das pensões de valor mensal entre € 1 350 e € 1 800;

- b) 3,5% sobre o valor de €1 800 e 16% sobre o remanescente das pensões de valor mensal entre €1 800,01 e €3 750, perfazendo uma taxa global que varia entre 3,5% e 10%;
- c) e das pensões de valor mensal superior a 3 750.

2 — Quando as pensões tiverem valor superior a €3 750 são aplicadas, em acumulação com a referida na alínea c) do número anterior, as seguintes percentagens:

- a) 15% sobre o montante que exceda 12 vezes o valor do IAS mas que não ultrapasse 18 vezes aquele valor;
- b) 40% sobre o montante que ultrapasse 18 vezes o valor do IAS.

3 — O disposto nos números anteriores abrange, além das pensões, todas as prestações pecuniárias vitalícias devidas a qualquer título a aposentados, reformados, pré-aposentados ou equiparados que não estejam expressamente excluídas por disposição legal, incluindo as atribuídas no âmbito do sistema complementar, designadamente no regime público de capitalização e nos regimes complementares de iniciativa coletiva, independentemente:

- a) Da designação das mesmas, nomeadamente pensões, subvenções, subsídios, rendas, seguros, indemnizações por cessação de atividade, prestações atribuídas no âmbito de fundos coletivos de reforma ou outras, e da forma que revistam designadamente, pensões de reforma de regimes profissionais complementares;
- b) Da natureza pública, privada, cooperativa ou outra, e do grau de independência ou autonomia da entidade processadora, nomeadamente as suportadas por institutos públicos, entidades reguladoras, de supervisão ou controlo, empresas públicas, de âmbito nacional, regional ou municipal, caixas de previdência de ordens profissionais e por pessoas coletivas de direito privado ou cooperativo, designadamente:
 - i) Centro Nacional de Pensões (CNP), no quadro do regime geral de segurança social;
 - ii) Caixa Geral de Aposentações (CGA), com exceção das pensões e subvenções automaticamente atualizadas por indexação à remuneração de trabalhadores no ativo, que ficam sujeitas às medidas previstas na presente lei para essas remunerações;
 - iii) Caixa de Previdência dos Advogados e Solicitadores (CPAS);
 - iv) Instituições de crédito, através dos respetivos fundos de pensões, por força do regime de segurança social substitutivo

constante de instrumento de regulamentação coletiva de trabalho vigente no setor bancário;

- v) Companhias de seguros e entidades gestoras de fundos de pensões.
- c) Da natureza pública, privada ou outra, da entidade patronal ao serviço da qual efetuaram os respetivos descontos ou contribuições ou de estes descontos ou contribuições resultarem de atividade por conta própria, bem como de serem obrigatórios ou facultativos;
- d) Do tipo de regime, legal, convencional ou contratual subjacente à sua atribuição, e da proteção conferida, de base ou complementar.

4 — O disposto nos números anteriores não é aplicável à componente de reembolso de capital, exclusivamente na parte relativa às contribuições do beneficiário, das prestações pecuniárias vitalícias devidas por companhias de seguros.

5 — Para efeitos de aplicação do disposto nos n.ºs 1 a 3, considera-se a soma de todas as prestações da mesma natureza e percebidas pelo mesmo titular, considerando-se que têm a mesma natureza, por um lado, as prestações atribuídas por morte e, por outro, todas as restantes, independentemente do ato, facto ou fundamento subjacente à sua concessão.

6 — Nos casos em que, da aplicação do disposto no presente artigo, resulte uma prestação mensal total ilíquida inferior a €1 350 o valor da contribuição devida é apenas o necessário para assegurar a perceção do referido valor.

7 — Na determinação da taxa da CES, o 14.º mês ou equivalente e o subsídio de Natal são considerados mensalidades autónomas.

8 — A CES reverte a favor do IGFSS, IP., no caso das pensões atribuídas pelo sistema de segurança social e pela Caixa de Previdência dos Advogados e Solicitadores, e a favor da CGA, IP., nas restantes situações, competindo às entidades processadoras proceder à dedução da contribuição e entregá-la à CGA, IP., até ao dia 15 do mês seguinte àquele em que sejam devidas as prestações em causa.

9 — Todas as entidades abrangidas pelo n.º 3 são obrigadas a comunicar à CGA, IP., até ao dia 20 de cada mês, os montantes abonados por beneficiário nesse mês, independentemente de os mesmos atingirem ou não, isoladamente, o valor mínimo de incidência da CES.

10 — O incumprimento pontual do dever de comunicação estabelecido no número anterior constitui o responsável máximo da entidade, pessoal e solidariamente responsável, juntamente com o beneficiário, pela entrega à CGA e ao CNP da CES que estas instituições deixem de rece-

ber e pelo reembolso às entidades processadoras de prestações sujeitas a incidência daquela contribuição das importâncias por estas indevidamente abonadas em consequência daquela omissão.

11 — O regime fixado no presente artigo tem natureza imperativa, prevalecendo sobre quaisquer outras normas, especiais ou excepcionais, de base legal, convencional ou contratual, em contrário e sobre instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho e contratos de trabalho, não podendo ser afastado ou modificado pelos mesmos, com exceção das prestações indemnizatórias correspondentes, atribuídas aos deficientes militares abrangidos, respetivamente pelo Decreto-Lei n.º 43/76, de 20 de janeiro, alterado pelos Decretos-Leis n.ºs 93/83, de 17 de fevereiro, 203/87, de 16 de maio, 224/90, de 10 de julho, 183/91, de 17 de maio, e 259/93, de 22 de julho, pelas Leis n.ºs 46/99, de 16 de junho, e 26/2009, de 18 de junho, pelo Decreto-Lei n.º 314/90, de 13 de outubro, na redação dada pelo Decreto-Lei n.º 248/98, de 11 de agosto, e 250/99, de 7 de julho.”

32.º

Em síntese:

- a) As normas contidas nas alíneas do número 1 do artigo 78.º do diploma que é objeto do presente pedido preveem que as pensões de valor mensal situado entre 1.350 e 3.750 euros fiquem sujeitas a uma contribuição extraordinária de solidariedade, fixada entre taxas de 3,5% e de 10%;
- b) As normas constantes das alíneas do n.º 2 do preceito legal referido na alínea anterior estipulam que, em acumulação com a taxa de 10% acabada de referir, o montante das pensões que exceda 12 vezes o valor do IAS e que não ultrapasse 18 vezes aquele valor fique sujeito a uma taxa de 15%, enquanto o montante das pensões que ultrapasse 18 vezes o valor do IAS seja tributado com uma taxa de 40%.

33.º

A contribuição extraordinária de solidariedade assume a natureza de um imposto sobre rendimento pessoal que resulta ser distinto do IRS, na medida em que:

- a) Atinge apenas uma “classe” ou categoria de pessoas, os reformados e pensionistas, pré-aposentados e equiparados e não a universalidade dos cidadãos;

- b) Aparenta apresentar características não apenas de imposto sobre o rendimento pessoal, mas também de imposto sobre o património mobiliário;
- c) Incide sobre rendimentos brutos, enquanto o IRS incide sobre rendimentos líquidos após se proceder às deduções específicas previstas no artigo 53.º do CIRS;
- d) A progressividade da contribuição extraordinária de solidariedade é distinta da progressividade dos escalões do IRS;
- e) Apresenta-se como um imposto real que não toma em conta as necessidades e os rendimentos do agregado familiar, enquanto no IRS os rendimentos de pensões são englobados e sobre eles são feitas deduções à coleta, que espelham a pessoalidade do imposto.

34.º

Em razão destes atributos específicos, a taxa de solidariedade determinada pelas normas constantes dos números 1 e 2 do artigo 78.º reflete uma fragmentação da tributação do rendimento das pessoas singulares com agravamentos fiscais seletivos em razão de critérios de classe, o que colide com a exigência constitucional de unidade de tributação do rendimento das pessoas singulares, prevista no n.º 1, artigo 104.º da Constituição.

35.º

Paralelamente, a contribuição extraordinária de solidariedade que impende sobre os reformados e pensionistas envolve um esforço fiscal muito intenso e desproporcionado para os sujeitos passivos aos quais se aplica, do que resultam situações objetivamente discriminatórias e excessivas como a que resulta do seguinte exemplo:

- a) Conjugando a Contribuição Extraordinária de Solidariedade com a nova tabela do IRS, com a taxa adicional de solidariedade prevista no artigo 186.º e com a sobretaxa prevista no artigo 187.º, verifica-se que um reformado que aufera uma pensão com o valor mensal de 1.350 euros fica sujeito à taxa marginal de tributação de 34, a qual se eleva com o valor da pensão, atingindo 77% para um montante de 18 vezes o valor do IAS;
- b) Em contraposição com a situação acabada de descrever, para um contribuinte não pensionista, com idêntico rendimento, as taxas marginais de tributação são de 32% e 54%, respetivamente, devendo, em comparação com os trabalhadores ativos do setor privado, acrescer, ainda, a diferenciação que resulta da suspensão do

pagamento de 90% do subsídio de férias a reformados e pensionistas.

Do exposto, parece evidente que,

36.º

A medida fiscal prevista no artigo 78.º ao incidir, como se antecipou, sobre uma categoria específica de cidadãos, reforça a desigualdade na repartição do esforço fiscal, já que não assenta no critério da capacidade contributiva, constituindo uma medida com características potencialmente arbitrárias e discriminatórias que penaliza uma classe ou categoria social determinada, em violação do artigo 13.º da Constituição.

37.º

De acordo com a norma do n.º 1 do artigo 104.º da Constituição, os cidadãos são tributados no seu rendimento pessoal através de um imposto único e progressivo que deve ter “em conta” “as necessidades e os rendimentos do agregado familiar”, o que exclui a possibilidade de uma tributação assente em critérios subjetivos, como o das categorias sociais ou funcionais em que o sujeito passivo se insere.

Por conseguinte,

38.º

Na medida em que o imposto sobre o rendimento pessoal não está concebido na ordem jurídica portuguesa como um “imposto de classe”, assente na divisão dos cidadãos em diferentes categorias sociais e profissionais, ocupações e modos de vida, parece resultar que:

- a) Por imposição constitucional, o legislador não pode modelar o imposto sobre o rendimento das pessoas singulares desconsiderando o critério da capacidade contributiva e substituindo-o por outro, à margem da legitimação constitucional;
- b) A tributação sobre o rendimento pessoal dificilmente poderá ter outras razões de agravamento que não as decorrentes dos critérios objetivos do princípio da capacidade contributiva, não parecendo admissível, à luz da teleologia que inere à listagem exemplificativa constante da norma do n.º 2 do artigo 13.º da Constituição, a criação de benefícios ou discriminações tributárias fixadas em razão da origem, condição social ou, acrescenta-se aqui, da condição ou estatuto de atividade ou de inatividade laboral dos cidadãos.

Nestes termos,

39.º

A contribuição extraordinária de solidariedade, na medida em que predica, progressivamente, valores elevados e crescentemente desproporcionados na discriminação tributária negativa do rendimento dos pensionistas em face dos trabalhadores no ativo, carece de fundamento constitucional e de cabal justificação em termos de razoabilidade e de lógica redistributiva.

É que, quanto a esse défice justificativo, cumpre assinalar que

40.º

Os reformados e pensionistas, quando comparados com os trabalhadores ativos, encontram-se numa situação de maior carência e vulnerabilidade material já que: não podem progredir em nenhuma carreira e aumentar o seu rendimento, não podem em muitos casos acumular a pensão com rendimentos de trabalho e são objeto de um aumento crescente com encargos no domínio da saúde, pelo que, a ser admissível um critério de discriminação positiva, o mesmo poderia em tese operar justificadamente em favor dos pensionistas, mas já não em favor dos trabalhadores ativos em face dos primeiros.

41.º

É certo que a situação de emergência financeira a que o Estado português se encontra sujeito obriga à convocação de uma ponderação proporcional de bens, podendo essa exigência de proporcionalidade justificar a compressão de determinados direitos de natureza remuneratória, em nome de interesses públicos de alto relevo jurídico-constitucional. Contudo,

42.º

Um qualquer “estado de necessidade” financeiro ou fiscal não parece autorizar:

- a) A criação de “impostos de classe” portadores de um esforço fiscal desigualitário e excessivo em face das demais categorias de cidadãos e, mesmo que por hipótese fosse tida como admissível semelhante opção, importaria então, por razões lógicas, que o legislador estabelecesse a identificação das classes e categorias especificamente a onerar atendendo, a título prévio, quer a critérios de capacidade económica, quer a critérios de justiça material, o que manifestamente não sucedeu no caso “sub iudicto”;

- b) Que as pensões de nível médio ou superior, por se reportarem a uma minoria (embora expressiva) de pensionistas, possam ser submetidas a um agravamento tributário profundamente desigual e até exorbitante, já que os direitos fundamentais, com relevo para os direitos, liberdades e garantias, valem universalmente para todos os cidadãos nos termos do n.º 1 do art.º 12.º da Constituição e são, tal como sustenta Dworkin, “trunfos” contra as maiorias passíveis de legítima invocação em juízo, em benefício de setores minoritários da sociedade.

43.º

Não se diga, por outro lado, que o propósito da contribuição seria o de aproximar os reformados e pensionistas do regime aplicável aos funcionários ativos, designadamente no que respeita a contribuições obrigatórias para a segurança social, carecendo em absoluto semelhante tipo de fundamento de sustentação lógica e jurídica, na medida em que:

- a) A carreira contributiva de reformados e pensionistas, em vista de um direito em formação, já se concluiu, tendo aquele direito sido constituído, de forma plena, na respetiva esfera jurídica;
- b) Enfermaria de um vício lógico, a pretensão de pensionistas e reformados virem a contribuir para um sistema previdencial sobre os benefícios que auferem desse mesmo sistema, pelo fato de se terem já tomado — por direito próprio — beneficiários do mesmo sistema;
- c) Uma contribuição que tivesse por objetivo compensar um eventual desfasamento entre a pensão auferida e as contribuições do trabalhador e do empregador efetuadas no passado teria sempre de respeitar, em virtude dos princípios da igualdade e da proporcionalidade, o histórico contributivo de cada beneficiário e não a pensão presentemente recebida;
- d) Essa contribuição, por se referir a rendimentos passados que produziram todos os seus efeitos contributivos, seria sempre inconstitucional, por violação da proibição da retroatividade da lei fiscal agravadora, nos termos do n.º 3 do artigo 103.º da Constituição.

44.º

Estima-se, em conclusão, que as normas contidas nos números 1 e 2 do artigo 78.º, e a título conseqüente, as restantes normas do mesmo artigo, enfermam de inconstitucionalidade, radicada nos seguintes fundamentos:

- a) A contribuição extraordinária de solidariedade criada pelas mencionadas normas pode, atentas as suas características fiscais autónomas ou próprias, ser definida como um imposto diverso do IRS, pelo que ao refletir uma fragmentação da tributação do rendimento das pessoas singulares, com agravamentos fiscais ditados para certas categorias de cidadãos, viola o princípio da unidade do imposto sobre o rendimento pessoal, previsto no n.º 1, artigo 104.º da Constituição;
- b) A mesma contribuição, na medida em que tributa, em acumulação com os agravamentos parafiscais previstos no artigo 77.º e com os agravamentos orçamentais em sede de IRS, uma categoria específica de pessoas em razão de critérios ligados à sua condição ou estatuto de inatividade laboral e não do critério constitucional da capacidade contributiva, discrimina negativamente, de forma desproporcionada e sem justificação constitucional, os pensionistas, em relação aos trabalhadores no ativo, do que resulta a violação dos princípios da igualdade e da proporcionalidade, garantidos pelas disposições normativas do n.º 1 do artigo 104.º da Constituição conjugadas com as normas do artigo 13.º e com as do n.º 2 do artigo 18.º da mesma Constituição.

C. A desconformidade das normas sindicadas com os princípios da proteção de confiança, da proporcionalidade e da garantia de direitos patrimoniais associados à propriedade privada na afetação desfavorável do rendimento de pensionistas e aposentados

45.º

O Tribunal Constitucional reconheceu já no Ac. n.º 353/2012 que a “situação específica dos reformados e aposentados se diferencia da dos trabalhadores da Administração Pública no ativo, sendo possível quanto aos primeiros convocar diferentes ordens de considerações no plano da constitucionalidade”.

46.º

A par da discriminação factual de que os reformados foram objeto em termos de esforço fiscal em relação a trabalhadores ativos por força das leis do Orçamento de Estado para 2012 e 2013, a especificidade do seu estatuto jurídico pode ancorar-se nas seguintes premissas:

- a) A ordem jurídica portuguesa reconhece a existência de uma relação sinalagmática entre o sistema previdenciário e os contribuintes da segurança social, no marco da qual os pensionistas fizeram um

- investimento de confiança e que garante que todo o tempo de trabalho releve para o cálculo das pensões;
- b) Essa relação permite distinguir a diferente natureza das taxas pagas pelos trabalhadores no ativo à segurança social, através de descontos no seu vencimento, relativamente aos impostos que, no quadro de uma relação unilateral, são pelo mesmo trabalhador pagos ao Estado;
 - c) A mesma ordem jurídica, embora aceite a redutibilidade (por via tributária ou inclusivamente por força de outros atos como a penhora) das pensões que por virtude dessa relação sinalagmática são devidas aos reformados e aposentados, não deixa de reconhecer um domínio de intangibilidade a essas prestações (cujo valor é variável em função do rendimento) e que se encontra salvaguardado por força da aplicação dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da garantia do núcleo de direitos patrimoniais conexos com o direito de propriedade privada.

i) Da inobservância do princípio da proteção de confiança

No que concerne à primeira questão, a norma do n.º 4 do artigo 63.º da Constituição estabelece que “todo o tempo de trabalho contribui, nos termos da lei, para o cálculo das pensões de velhice e invalidez independentemente do setor de atividade em que tiver sido prestado”, não assumindo este princípio normativo o caráter de uma norma programática, mas uma natureza precetiva na medida em que é qualificado pela doutrina de referência como um direito social de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias (—), sendo inconstitucional toda a lei que desconsidere no cálculo das pensões parcelas do tempo de trabalho ou que opere, nestas últimas, reduções arbitrárias que equivalham a essa desconsideração.

48.º

O princípio acabado de expor deve ser conjugado com a relação sinalagmática estabelecida entre o sistema previdenciário e os contribuintes da segurança social e que é reconhecida no artigo 54.º da Lei de Bases da Segurança Social (—), sendo nessa relação direta “entre a obrigação de contribuir e os direitos a prestações” que se funda o investimento de confiança dos cidadãos, assente no postulado de que as suas contribuições para a segurança social durante todo o tempo de trabalho se traduzirão no valor de uma pensão, calculada de acordo com a lei aplicável no momento da aposentação, valor que não poderá ser abrupta e drasticamente reduzido pelo Estado.

49.º

O princípio insito no n.º 4 do artigo 63.º da Constituição deve ainda ser conjugado com a proteção devida a direitos adquiridos dos pensionistas, expressamente reconhecida pelo artigo 66.º e pelo artigo 100.º da referida Lei de Bases da Segurança Social, determinando este último preceito que “o desenvolvimento e a regulamentação da presente lei não prejudicam os direitos adquiridos, os prazos de garantia vencidos ao abrigo da legislação anterior, nem os quantitativos de pensões que resultem de remunerações registadas na vigência daquela legislação“. Ora,

50.º

As normas do artigo 78.º da Lei impugnada afrontam o princípio da proteção da confiança (deduzido do artigo 2.º da Constituição), na medida em que a aplicação das taxas nele previstas, quando acumuladas com as medidas parafiscais previstas no artigo 77.º do mesmo diploma e com o aumento da tributação referido no n.º 35 deste requerimento, frustram de forma súbita, em muitos casos exorbitante e carente de fundamento constitucional, as legítimas expectativas dos pensionistas em auferirem uma pensão cujo valor efetivo, depois de sujeito a tributação, se não afaste excessivamente do valor esperado e calculado nos termos da lei aplicável no momento da aposentação, atentas as contribuições efetuadas e a salvaguarda do seus direitos adquiridos.

51.º

Cumpre, a este propósito, enfatizar com muita clareza que, no tocante a pensionistas e reformados se está, efetivamente, perante autênticos direitos adquiridos tal como se encontram definidos nos termos dos artigos 66.º e 100.º da Lei de Bases da Segurança Social, e não apenas perante direitos em formação.

52.º

A lesão ao princípio da proteção da confiança ainda se pode tomar mais evidente em dois tipos de situações que se passa seguidamente a mencionar.

53.º

As medidas previstas nos n.ºs 1 e 2 artigo 78.º ao incidirem, de acordo com o n.º 3 deste artigo, sobre certificados de reforma da segurança social e outras prestações pecuniárias que operem como pensões com-

plementares e cuja subscrição voluntária pelos cidadãos tenha sido incentivada pelo Estado, vulneram o investimento de confiança que estes fizeram na sua subscrição, por força da desproporcionada e desnecessária tributação que comportam, já que os mesmos cidadãos, ao abdicarem de outro tipo de poupanças, descontaram valores da sua retribuição para obterem um complemento de reforma que passa a ficar severamente comprometido através de um esforço fiscal equiparado ao das pensões.

Por outro lado,

54.º

A redação do n.º 4 do artigo 78.º, quando conjugada com o disposto no n.º 3, revela a incidência deste imposto sobre os juros de aplicações puramente privadas bem como sobre o respetivo capital quando não resultem, exclusivamente, de contribuições do beneficiário, o que se mostra desconforme com o princípio da proteção da confiança e com a proteção constitucional da propriedade, tal como consagrada no artigo 62.º da Constituição já que:

- a) A realização daquelas aplicações foi incentivada pelo legislador, designadamente através da concessão de benefícios fiscais, pelo que a alteração legislativa agora operada assume uma natureza gravosa e contraditória com as expectativas criadas pelo mesmo legislador;
- b) Ao incidir de forma muito significativa sobre o capital, o imposto é confiscatório e expropriativo, na medida em que representa uma descapitalização notória, arbitrária e desigual de aplicações financeiras realizadas por reformados, até em comparação com aplicações de outra natureza.

ii) Da afetação desproporcionada do direito a uma sobrevivência com um mínimo de qualidade

55.º

Tal como foi antecipado no n.º 46 deste requerimento, existem no ordenamento português disposições legais que admitem a redutibilidade das pensões, mormente em caso de penhora, o que significa que, independentemente dos descontos feitos, o sistema admite a ablação parcial do seu valor quando esteja em causa a prevalência de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, embora essas reduções se encontrem sujeitas à observância de uma parcela intangível.

56.º

A título de exemplo, a norma da alínea *b*) do n.º 1 do artigo 824.º do Código de Processo Civil veda a penhora de dois terços das pensões de aposentação, regalia social, seguro, renda vitalícia ou qualquer pensão dessa natureza.

57.º

O Tribunal Constitucional sobre esta matéria tem entendido que o direito do credor em realizar o seu crédito fundamenta-se no direito de propriedade o qual pode colidir com o direito do pensionista a receber uma pensão que lhe garanta “uma sobrevivência condigna” (artigos 1.º e 63.º na Constituição), pelo que o sacrifício do direito do credor em não satisfazer o seu crédito na totalidade à custa do valor das pensões do devedor “será constitucionalmente legítimo se for necessário e adequado à salvaguarda do direito fundamental do devedor a uma sobrevivência com um mínimo de qualidade” impondo-se que o legislador adote “um critério de proporcionalidade na distribuição dos custos do conflito” (Ac. n.º 349/91).

58.º

Limites de natureza análoga ditados por exigências de proporcionalidade na redução do valor das pensões por via tributária, tendo em vista a salvaguarda de uma existência condigna dos pensionistas, devem igualmente impor-se no esforço fiscal que recai sobre os reformados e pensionistas.

59.º

Sucede que a carga de esforço crescentemente desproporcionada que impende sobre as pensões, e que é claramente exemplificada na alínea *a*) do n.º 35.º deste requerimento pode ter comprimido, para além do admissível, nas pensões a partir de 1350 euros, dimensões constitucionalmente protegidas pelo artigo 1.º em conjugação com as normas dos n.ºs 1 e 3 do artigo 63.º da Constituição, atento o facto dessas normas, ignorando o princípio da capacidade contributiva, terem a potencialidade de afetar as condições de “sobrevivência com um mínimo de qualidade” de muitos pensionistas e respetivos agregados.

- iii*) Diminuição do núcleo essencial de direitos patrimoniais conexos com o direito de propriedade privada

60.º

A carga de esforço tributário que é potenciada em termos excessivos pelo disposto no artigo 78.º do diploma ora sindicado pode, igualmente, pôr em causa direitos patrimoniais conexos com o direito de propriedade privada, ou se se quiser, da propriedade societário-pensionista que se reconduz à norma do n.º 1 do artigo 620 da Constituição e que beneficia, com adaptações, do regime garantístico dos direitos, liberdades e garantias contido no artigo 18.º da mesma Constituição.

61.º

Existem, na verdade, tal como se demonstra no n.º 35 deste requerimento, cargas de esforço fiscal relativas a uma pluralidade de níveis de rendimento que, por efeito da aplicação da contribuição extraordinária de solidariedade, podem revestir, pela sua desnecessidade, desproporção quantitativa e falta de fundamento num critério constitucional aceitável como o da capacidade contributiva, um carácter expropriatório ou confiscatório que atinge o núcleo essencial de direitos patrimoniais conexos ao direito de propriedade privada, impedindo nomeadamente que os rendimentos líquidos dos pensionistas lhes proporcionem uma existência condigna e com um mínimo de qualidade.

62.º

Em conclusão, cumpre também suscitar o controlo da constitucionalidade das normas dos n.ºs 1 e 2 do artigo 78.º do diploma em apreciação, com fundamento na eventual violação do núcleo essencial de direitos patrimoniais de propriedade, garantidos pelo n.º 1 do artigo 62.º da Constituição e de acordo com o disposto no n.º 2 do artigo 18.º da Constituição.”

2) Pedido formulado no processo n.º 5/2013

No âmbito do processo n.º 5/2013, foi pedida, por um Grupo de Deputados (do PS) à Assembleia da República, a apreciação e declaração, com força obrigatória geral, da inconstitucionalidade:

a) Das normas constantes dos n.ºs 1 e 2 do artigo 77.º da LOE 2013, com fundamento na violação dos princípios da proteção da confiança, decorrente do princípio do Estado de Direito contemplado no artigo 2.º da CRP, da igualdade perante a repartição dos encargos públicos, coberto pelo artigo 13.º, n.º 1, da CRP, da proporcionalidade, decorrente, designadamente, do princípio da dignidade da pessoa humana, tutelado pelo artigo 1.º da CRP e do princípio do Estado de Direito, bem como os artigos 62.º, 63.º, 105.º e 106.º, n.º 1, todos da CRP;

b) Da norma constante do artigo 78.º da mesma lei, por violação do artigo 104.º da CRP, dos princípios da proteção da confiança, da igualdade perante os encargos públicos e ainda dos artigos 62.º e 63.º da CRP, e por violação do princípio da igualdade (artigo 13.º da CRP) na medida em que se pretenda impôr um adicional de sacrífico assumidamente equivalente entre funcionários e pensionistas, ex-funcionários e não, o que consiste em tratar de modo idêntico destinatários em situação diferente.

c) Das normas constantes do artigo 29.º da mesma lei, por violação dos princípios da proteção da confiança, decorrente do princípio do Estado de Direito contemplado no artigo 2.º da CRP, da igualdade face à repartição dos encargos públicos, coberto pelo artigo 13.º, n.º 1, da CRP, bem como da proporcionalidade, nos seus segmentos da adequação e necessidade, em termos equivalentes aos aduzidos a propósito das normas do artigo 77.º, n.ºs 1 e 2, para além dos artigos 106.º, n.º 1, e 59.º, n.º 1, a), ambos da CRP.

É a seguinte a fundamentação do pedido:

“Inconstitucionalidade das normas do artigo 77.º, n.ºs 1 e 2, da LOE 2013.

Alcance

1. — As normas supra citadas impõem aos pensionistas — que tinham visto amputado pela LOE 2012 o valor anual das suas reformas, a título de “suspensão de pagamentos de subsídios, até mais de 14,2% — um novo programa plurianual de amputações, indo até mais de 6,4% em cada ano, que pretende aplicar-se, como o anterior se propunha, durante a vigência do PAEF”. Como nas normas orçamentais que as precederam, a amputação inicia-se a partir da pensão mensal de 600 euros, e atinge o nível máximo a partir da pensão mensal de 1100 euros.

2. — Com o programa agora reformulado, alcançar-se-á em três anos (2012, 2013, 2014) uma ablação efetiva, só a este título de suspensão de pagamento de subsídios, de até mais de um quarto do valor anual das suas pensões (27%), em termos nominais.

3. — Esta medida entra em vigor fazendo corpo com outra (artigo 77.º, n.º 6) que, adicionalmente, retira aos pensionistas 3,5% a 10% do montante anual das pensões na faixa situada entre as pensões de 1350 e de 3750 euros mensais, aplicando-se, a partir desse montante, ablações mais severas (v. art. 77.º da LOE 2013). Tal significa, em dois exercícios orçamentais, uma desapropriação cumulativa de mais 7 a 20%, que eleva, na prática, o valor acima indicado de 27% para 34%, no caso de uma pensão de 1350 euros (e para 47%, no caso de uma pensão de 3750 euros, para não argumentar com os impactos mais drásticos sobre as pensões a partir daí).

4. — Em relação a um pensionista com um valor de pensão como o indicado (1350 euros) — e a partir daí com expressão bem mais elevada —, só o programa cumulativo (v. art. 77.º, n.º 6, da LOE 2013), que se poderia denominar “suspensão/redução de subsídios mais contribuição extraordinária (pressupondo que esta cumulação ablativa pretende aplicar-se, no mínimo, neste e no próximo ano orçamental), completaria, no período em referência, a ablação de mais de um terço do montante anual, nominal, da pensão — em adição à punção fiscal.

5. — Acresce que as duas medidas vêm a luz num quadro caracterizado por um drástico agravamento fiscal, decorrente da redução do número de escalões e da aplicação de uma sobretaxa de 3,5% no âmbito do IRS — um quadro que é, por igual, aplicado aos pensionistas. Prescindindo de entrar em linha de conta com todo o edifício do IRS e do efeito que lhe é acrescentado pela redução de escalões e outras alterações, e considerando apenas o efeito, isolado, da “sobretaxa”, a percentagem do montante anual da pensão perdida, no período em causa, passaria, num

dos casos indicados, para 41%, e no outro para 54 %, sempre em termos nominais (e sem argumentar com o caso das pensões de valor superior a 4250 euros).

6. — No ordenamento orçamental instituído para 2013, nenhuma norma prevê qualquer efeito compensatório específico para o facto dos destinatários de normas orçamentais plurianuais que se sucederam transitarem da alçada do artigo 27.º da LOE 2112 — que só por ter sido declarado inconstitucional deu espaço, doutro modo inexistente, para a solução aqui em causa — para a do artigo 75.º da LOE 2013 já amputados, por via de desapropriação ilegítima (suspensão de pagamento de subsídios), de 7,1 % a 14,2% do valor anual da pensão.

Normas e princípios constitucionais violados

7. — São violados os princípios da proteção da confiança, decorrente do princípio do Estado de Direito contemplado no artigo 2.º da Constituição, da igualdade perante a repartição dos encargos públicos, coberto pelo artigo 13.º, n.º 1, da Constituição, da proporcionalidade, decorrente, designadamente, do princípio da dignidade da pessoa humana, tutelado pelo artigo 1.º da Constituição e do princípio do Estado de Direito, bem como os artigos 62.º e 63.º da Constituição e ainda o artigo 105.º da Constituição

8. — Amputar, com os efeitos referidos, pensões alcançadas com base em vidas de trabalho e de carreiras contributivas nos termos fixados pela lei, esforço dos próprios e, com essa estrita finalidade, de terceiros — quando a própria lei reconhece como relação sinalagmática direta a relação entre contribuição e prestação (Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial da Segurança Social, aprovado pela Lei n.º 110/2009, de 16 de setembro, art.º 112, n.º 3) — é ferir gravemente a confiança no Estado de Direito. Os cidadãos têm direito a esperar que o Estado honre os seus compromissos, em especial quando já cumpriram os seus. A comunidade deixa de ter razões para confiar no Estado e na lei, se estes não sustentam a sua promessa perante os mais velhos — em particular quando estes já satisfizeram, em tempo oportuno, tudo o que lhes era pedido em contrapartida pela lei.

9. — Fazer isso em relação a pessoas que, para além de terem cumprido a sua parte, já não podem alterar os seus planos de vida face ao incumprimento público, é uma ofensa qualificada ao princípio da proteção da confiança, praticada sobre expectativas que são, entre todas, merecedoras de uma proteção reforçada.

10. — Quer quanto aos pensionistas que nunca foram servidores públicos, quer quanto aos que o foram, a muito significativa diferença de tratamento que é instituída em seu desfavor, no contexto orçamental em que ocorre, não só se afasta de qualquer justificação atendível (o critério da eficácia resultante da facilidade na execução não pode ser invocado em anos consecutivos — no que aliás se desautoriza a si próprio) como, utilizando o critério introduzido pelo TC, e para mais constando de novo de normas orçamentais plurianuais, exorbita de qualquer tolerável limiar de sacrifício.

11. — Se se atentar que a posição dos pensionistas, comparada com as demais posições de proveniência de receita/redução de despesa, carga aos ombros o peso das medidas, declaradas inconstitucionais, já suportadas, encontrando-se assim em desigual ponto de partida criado ilegitimamente pelo legislador, ressalta o caráter desproporcionado e excessivo da diferenciação reformulada. E não é admissível que um décimo de um catorze avos do valor anual da pensão (0,07%) compense neste plano qualquer diferença, ou seja expressão séria de uma consideração da situação específica dos pensionistas (como no Relatório se faz crer).

12. — As medidas legislativas até aqui analisadas ofendem o princípio da proporcionalidade em pelo menos dois dos seus segmentos, adequação e necessidade.

13. — Essas medidas não são adequadas para atingir ou fomentar o fim que visam, isto é o fim (imediato) da consolidação orçamental. Mesmo que o Tribunal deva atender à perspectiva *ex ante* do legislador, baseando o seu juízo na apreciação dos factos, nos conhecimentos técnicos e de ciência — particularmente da ciência económica — e nas prognoses que o legislador poderia e deveria fazer tendo em conta a experiência, é evidente que as medidas que agora se repetem não permitem atingir nem fomentar o fim visado, antes se mostram até contraproducentes.

14. — O legislador devia ter tido em conta a experiência de 2011 e 2012 e os ensinamentos da ciência económica no momento da produção das normas referidas, não podendo deixar de concluir pela sua inadequação, como não pode agora o Tribunal, fazendo o juízo que o legislador deveria ter evidentemente feito, deixar de concluir pela inadequação e conseqüente violação do princípio da proporcionalidade.

15. — Do mesmo modo, e tal como no ano transato, as medidas analisadas não se afiguram as menos drásticas, ou as menos restritivas, den-

tro de um espectro alargado de alternativas, antes se configurando como as mais fáceis e as que menos esforços envolvem da parte do Estado. Os repetidos anúncios por parte do Governo de que é possível reduzir a despesa do Estado em vários milhares de milhões de euros dá força a esta convicção de que as medidas em causa são inconstitucionais por violação do segmento da necessidade do princípio da proporcionalidade.

16. — Como o evidenciam anteriores abordagens desenvolvidas no TC, a imposição de diferenciação de tratamento como esta não poderia ser objeto de “medida plurianual” — por um lado por ser a ultra atividade incompatível com a Constituição, por outro por a necessidade e justificação da medida não poderem verificar-se senão em relação ao horizonte de um orçamento (artigo 106.º, n.º 1 da Constituição).

17. — As pensões, de específico valor, atribuídas a pessoas, em resultado de contribuições, próprias e alheias, e em concretização, já subjetivada, do direito constitucional à segurança social, prevista no artigo 63.º da Constituição, devem ser havidas como bens privados, isto é, propriedade para os efeitos da proteção constante do artigo 62.º da Constituição, nomeadamente do seu n.º 2. Não seria compreensível que na ordem constitucional portuguesa o direito a uma pensão, fixado em certo valor nos termos da lei e atribuído a uma pessoa, com os pressupostos dela constantes, tivesse uma proteção inferior à propriedade (no sentido constitucional) e a sua sustentação, nessa esfera, ficasse apenas entregue aos cuidados do princípio da proteção da confiança. Quando se amputa uma pensão de velhice, seja em que contexto for, não é só de confiança — mas de mais do que isso — que devemos falar.

18. — As ablações em causa, operando a título definitivo e desacompanhadas, como são, de compensação adequada, até mesmo quando reconhecidas inconstitucionais, revestem caráter confiscatório (cf. Meneses Leitão, «Anotação», in *Revista da Ordem dos Advogados*, 2012, pág. 415 ss), também em consonância com doutrina e jurisprudência de vários países europeus, a começar pela Alemanha, e de tribunais internacionais (cf., por todos, J. C. Loureiro, «Adeus ao Estado Social», pág. 115 ss). Em síntese: pensões resultantes da contribuição e do esforço individual, presumindo prestações não irrelevantes do próprio e de terceiros e servindo de fundamento a planeamento individual de existência, em especial na velhice, constituem ou, consoante a ordem jurídica concreta, são créditos privados que equivalem a propriedade, para o efeito

de beneficiarem de proteção constitucional não menor da que é atribuída a este direito (entre nós, art. 62, n.º 2, da Constituição).

19. — As normas em causa, diferentemente dos chamados “chevaliers budgétaires”, constituem típicas normas orçamentais, pelo que sujeitas ao princípio da anualidade, a que constitucionalmente está submetido o orçamento. Em sede orçamental, a ultra atividade é incompatível com a Constituição (cf. Moura Ramos, declaração de voto, Ac. n.º 353/2012). É infringida a norma que consta do artigo 106, n.º 1, da Constituição.

Inconstitucionalidade do artigo 78.º da LOE 2013

Alcance

20. — Estabelece-se aqui um imposto a que se dá o nome de contribuição extraordinária de solidariedade: um imposto sobre o tipo de rendimento pensão (ou para este efeito assim considerado) que é, declaradamente, moldado por forma a infligir um sacrifício equiparável (esta medida visa alcançar um efeito equivalente à medida de redução salarial, lê-se no Relatório OE2013, pág. 51) ao das “reduções remuneratórias” aplicadas aos funcionários públicos em 2011 e anualmente renovadas até agora. Também neste sentido é claro o Relatório cit., onde se lê que o aumento da despesa que resulta das alterações no regime dos subsídios, vencimentos e pensões, alegadamente decorrentes do Acórdão do TC, será compensado por medidas de carácter fiscal (pág. 47).

21. — Na verdade, o que é exigido de quem já concluiu a sua carreira contributiva, e com base nela formou o seu direito a uma específica pensão como é aqui o caso, não pode ser equiparado, ou sequer aproximado, às “participações patrimoniais” a que se reconduzem as contribuições e quotizações próprias do sistema de segurança social. Falta aí, de todo, a “relação sinalagmática” que a própria ordem jurídica reconhece (cf. Código e Lei citados). O regime traçado facilita a conclusão ao consagrar uma completa indiferença à diferente natureza das “pensões”, de origem contributiva e não contributiva, e prestações e rendimentos análogos abrangidos.

22. — Tendo presente a referência do Relatório do OE2013 às reduções remuneratórias, a alternativa à qualificação fiscal é ver-se aqui uma pura redução de pensões escondida sob a designação de contribuição, já que as entidades a quem é consignado o produto dela (ISS, I.P. e CGA, I.P.) são afinal as que deveriam colocar o seu valor nas mãos dos titulares das pensões e os próprios proponentes da solução usam abertamente

mente o modelo sacrificial e legal das “reduções remuneratórias” (cf. OE2013 Relatório).

Normas e princípios constitucionais violados

23. — Vista a contribuição como imposição de natureza fiscal, é violado o artigo 104.º da Constituição, que prevê um imposto sobre o rendimento “único” e personalizado (“tendo em conta as necessidades e rendimentos do agregado familiar”), o que nesta construção é infringido.

24. — A interpretar-se este sacrifício adicional como redução de tipo análogo que é mantida para funcionários — ou seja, outra pura amputação de pensão — estão então em causa os princípios da proteção da confiança, da igualdade perante os encargos públicos e os artigos 62.º e 63.º da Constituição, sendo inteiramente aplicáveis, e correlativamente agravados, os juízos e conclusões formulados a propósito da suspensão de subsídio de férias.

25. — Acresce que se está fora do âmbito pessoal versado no Acórdão do TC n.º 396/2011 (“servidores públicos”, “vencendo por verbas públicas”, “com especial vínculo à prossecução do interesse público”) — para além de se exceder, no concreto regime instituído, o “limiar de sacrifício” a que aí se faz referência — pelo que a imposição de um adicional de sacrifício assumidamente equivalente entre funcionários e pensionistas, ex-funcionários e não, consistindo em tratar de modo idêntico destinatários em situação diferente, representa violação, noutra dimensão, do princípio da igualdade (art.º 13.º da Constituição).

Inconstitucionalidade do artigo 29.º da LOE 2013

Alcance

26. — Impõe-se aqui ao grupo que, por comodidade de expresso, se designará genericamente de trabalhadores da função pública, que tinham visto, pela LOE de 2012, amputado, até mais de 14,2%, o valor anual da sua remuneração — sacrifício já efetivamente suportado com que, também eles, transitam para a esfera do presente normativo orçamental — um programa plurianual específico de novas amputações, que pretende vigorar, como o anterior, “durante a vigência do PAEF”, indo até 7,1% em cada ano (“suspensão/redução do subsídio”). Alcança-se assim, em três anos (2012, 2013, 2014), uma ablação, só a este título, de mais de um quarto do valor anual do seu vencimento

(28,4%). Tomando em consideração a “redução remuneratória”, logo no vencimento de 1500 euros mensais, a “perda”, no período (e sem tomar em consideração a esfera fiscal), eleva-se para 38,9% do valor da remuneração anual (sendo a partir daí os números bem mais elevados).

27. — A presente medida sacrificial ocorre no quadro, já referido, de um acentuado agravamento fiscal, decorrente da redução do número de escalões e da aplicação de uma sobretaxa de 3,5% no IRS, em que é tudo, por igual, aplicado aos trabalhadores da função pública.

28. — Com efeito, no ordenamento orçamental instituído, como ocorre com os pensionistas atingidos, nenhuma norma atribui qualquer efeito útil ao facto dos destinatários das normas orçamentais plurianuais que se sucederam transitarem da alçada dos artigos sacrificiais da LOE 2012 — interrompidos pelo acórdão do TC na sua pretensão de vigência plurianual — para a das presentes normas da LOE 2013 já amputadas, por via de ilegítima apropriação, de 7% a 14% do valor anual da remuneração.

29. — Assim, o “programa de diferenciação/ablação” em subsídio que subjazia à norma de 2012 visava retirar aos trabalhadores da função pública, nos anos de 2012, 2013, 2014, até 42,8% (3x14,2) a mais que aos outros destinatários não abrangidos por este tipo de sacrifícios. Com o novo dispositivo, a diferenciação sacrificial imposta, a este título, fica ainda em 28,5% (ou seja, sobrevivem dois terços do programa diferenciador original, em ambiente bem mais agravado para todos, e também, e ao mesmo nível, para os destinatários do “programa”).

30. — Cumulando com a redução remuneratória, que continua a operar, o diferencial em desfavor dos trabalhadores da função pública, naquele período, ascende a 39,5% do valor da remuneração anual, logo a partir dum vencimento de 1500 euros.

Normas e princípios constitucionais violados

31. — A solução imposta viola o princípio da proteção da confiança, o princípio da igualdade face à repartição dos encargos públicos e o art. 106.º, n.º 1, da Constituição (anualidade).

32. — Viola, além disso, o princípio da proporcionalidade, nos seus segmentos da adequação e necessidade, em termos equivalentes aos acima aduzidos a propósito das normas do artigo 77.º, n.ºs 1 e 2, que se dão aqui por reproduzidos.

33. — Ao já aduzido, acresce que o Estado não sustenta o seu compromisso em termos de retribuição, mas sustenta o mesmo grau exigência em matéria de duração e qualidade na prestação do trabalho, o que acarreta, para lá da violação do art. 59.º n.º 1, *a*) da Constituição, como apontado por Meneses Leitão (ROA, cit.) — violação que também aqui se invoca — ofensa ao princípio da confiança.

34. — A diferença de tratamento, na dimensão, “muito significativa”, que é instituída em desfavor dos trabalhadores da função pública, a partir dos que apenas ganham 600 euros mensais, no contexto orçamental em que agora ocorre, não só se afasta de qualquer justificação atendível (o critério da eficácia não pode ser invocado em vista de orçamentos futuros em anos consecutivos), como ultrapassa o limiar de sacrifício, utilizando o critério que foi introduzido pelo TC. Neste rumo, constitucionalmente desautorizado, releva ainda a ultra atividade da norma (pretensão a vigorar para lá do ano em causa), incompatível com a Constituição.

35. — Deve também frisar-se que o sacrifício extrafiscal dos trabalhadores da função pública “compara” agora com o tratamento, em primeiro lugar em sede extrafiscal, dado às demais proveniências de receita/redução de despesa, elegíveis para a partilha do sacrifício, levando às costas todo o peso das medidas declaradas inconstitucionais que já suportaram — o que faz ressaltar o caráter excessivo, e excessivamente diferenciado, do tratamento que lhes é aplicado.

36. — A violação do princípio da igualdade avulta, em particular, se se notar que em relação a outros contratos, ou outros vínculos sinalagmáticos de que emergem posições devedoras e mesmo pagamentos regulares da parte do Estado, não foi aplicada ablação idêntica — como se só em relação a “trabalho” e “pensões” as regras e princípios da Constituição; fora do âmbito fiscal, permitissem amputações e cortes por via legal deste tipo e dimensão, o que não pode aceitar-se.

37. — A regra orçamental em causa pretende-se de efeito plurianual, e de âmbito de vigência reportado à vigência do PAEF, pelo que, conforme já invocado, viola o art. 106.º, n.º 1 da Constituição ”

3. Pedido formulado no processo n.º 8/2013

No âmbito do processo n.º 8/2013, foi pedida, por um Grupo de Deputados (do PCP, do BE e do PEV) à Assembleia da República, a apreciação e declaração, com força obrigatória geral, da inconstitucionalidade:

a) Das normas constantes dos artigos 27.º, 29.º e consequentemente do artigo 31.º, e 45.º, da LOE2013, por violação do princípio da dignidade da pessoa humana consagrado no artigo 1.º da CRP, do princípio da confiança enquanto elemento estruturante do Estado de direito democrático consagrado no artigo 2.º, do princípio da proibição do excesso em termos de igualdade proporcional consagrado no artigo 13.º, do direito à contratação coletiva consagrado no artigo 56.º, n.º 3, do direito ao salário consagrado no artigo 59.º, n.º 1, *a)*, bem como das obrigações decorrentes de contrato na elaboração do Orçamento do Estado nos termos do artigo 105.º, n.º 2, todos da CRP, para além do caso julgado formado pelo Acórdão n.º 353/2012;

b) Das normas constantes do artigo 77.º da referida lei, por violação do princípio da confiança enquanto elemento estruturante do Estado de direito democrático, consagrado no artigo 2.º da CRP, bem como do direito à segurança social previsto no artigo 63.º, n.ºs 1, 3 e 4 ambos da CRP;

c) Das normas constantes do artigo 78.º da mesma lei, por violação do princípio da confiança enquanto elemento estruturante do Estado de direito democrático consagrado no artigo 2.º, bem como do princípio da proibição do excesso em termos de igualdade proporcional consagrada no artigo 13.º, ambos da CRP.

d) Do artigo 117.º, n.º 1, da mesma lei, por violação do princípio da igualdade consagrado no artigo 13.º, dos direitos dos trabalhadores em situação de desemprego e de doença consagrados no artigo 59.º, n.º 1, alíneas e) e f), e do direito à segurança social consagrado no artigo 63.º, n.º 3, todos da CRP.

e) Do artigo 186.º (na parte em que altera os artigos 68.º, 71.º, 72.º, 78.º, 85.º e adita o artigo 68.º-A ao Código do IRS da mesma lei), por violação da proibição do excesso em termos de igualdade proporcional consagrada no artigo 13.º da CRP e por violação da

progressividade e do princípio da capacidade contributiva do imposto sobre o rendimento consagrados no artigo 104.º, n.º 1, ambos da CRP;

f) Do artigo 187.º da mesma lei, por violação da proibição do excesso em termos de igualdade proporcional consagrada no artigo 13.º, por violação da unidade e progressividade do imposto sobre o rendimento previsto no artigo 104.º n.º 1, ambos da CRP e por violação de caso julgado pelo Acórdão n.º 353/2012 do Tribunal Constitucional.

É a seguinte a fundamentação do pedido:

“Da inconstitucionalidade dos artigos 27.º, 29.º, 31.º e 45.º

1. — O artigo 27.º da LOE 2013 mantém as reduções das remunerações totais ilíquidas mensais dos cidadãos elencados no n.º 9 desse artigo, bem como no artigo 31.º, que têm em comum o facto de auferirem remunerações suportadas diretamente pelo Estado ou por entidades públicas, reduções que oscilam entre os 3,5%, no caso dos cidadãos com remuneração superior a 1500 euros mensais, e 10% no caso das remunerações de valor superior a 4.165 euros.

2. — Esta disposição é idêntica à já consagrada nos Orçamentos do Estado para 2011 e para 2012, sendo assim aplicada pelo terceiro ano consecutivo.

3. — Acresce que o artigo 29.º da LOE 2013 suspende o pagamento do subsídio de férias ou quaisquer outras prestações correspondentes ao 14.º mês, na totalidade, para os mesmos cidadãos, mas vai mais longe, ao prever a redução desse mesmo subsídio a todos os cidadãos previstos no n.º 9 do artigo 27.º e no artigo 31.º, desde que as respetivas remunerações excedam os 600 euros mensais.

4. — Por seu lado, o artigo 45.º da LOE 2013 determina que todos os acréscimos ao valor da retribuição horária referentes a pagamento de trabalho extraordinário prestado em dia normal de trabalho, pelos mesmos cidadãos elencados no n.º 9 do artigo 27.º, cujo período normal de trabalho não exceda sete horas por dia nem 35 horas por semana sofram um corte de 12,5% da remuneração na primeira hora, e de 18,75% da remuneração nas horas ou frações subseqüentes.

5. — O que está em causa é portanto a admissibilidade constitucional das reduções salariais, pela prestação de trabalho normal ou extraordi-

nário, e da suspensão dos subsídios de férias, conjugadamente, nos exatos termos previstos na LOE 2013.

6. — Trata-se pois de saber em que medida é constitucionalmente admissível que o legislador determine o corte das remunerações dos trabalhadores que exercem funções públicas ou equiparadas, pondo em causa o seu direito à retribuição.

7. — Esta questão foi já objeto de decisão do Tribunal Constitucional, através do Acórdão n.º 396/2011, que apreciou o corte das remunerações previstas no Orçamento do Estado para 2011, idênticas às previstas no artigo 27.º da LOE 2013, não se pronunciando pela sua inconstitucionalidade.

8. — Importa porém lembrar que o citado acórdão assentou o seu juízo no pressuposto de que tal redução seria uma “medida idónea para fazer face à situação de défice orçamental”. Dando como adquirido que “só a diminuição de vencimentos garantia eficácia certa e imediata” para garantir “resultados a curto prazo” na consolidação orçamental. Por não haver “razões de evidência em sentido contrário”, o Tribunal considerou que a medida prevista para 2011 se incluía ainda “dentro dos limites do sacrifício que a transitoriedade e os montantes das reduções ainda salvaguardavam”.

9. — Como é sabido porém, chamado a decidir sobre idênticos cortes salariais contidos no Orçamento do Estado para 2012, conjugados com a suspensão dos subsídios de férias e de Natal dos cidadãos que auferem remunerações públicas, o Tribunal Constitucional, através do Acórdão n.º 353/2012, considerou que a conjugação entre o congelamento de salários e pensões do setor público vigente desde 2010, os cortes salariais vigentes desde 2011 e o corte dos subsídios de férias e de Natal de 2012 aplicáveis aos trabalhadores e pensionistas do setor público, ultrapassavam de forma evidente os limites do sacrifício a que aludia o Acórdão n.º 396/2011.

10. — Assim, o Tribunal Constitucional declarou inconstitucional o corte dos subsídios de férias e de Natal dos funcionários e pensionistas do setor público, por violação do princípio da igualdade, na sua dimensão de igualdade proporcional, consagrado no artigo 13.º da Constituição.

11. — Vemos assim que, ainda que o Tribunal Constitucional tenha admitido a constitucionalidade de cortes salariais até um certo limite, a proteção do direito dos trabalhadores à remuneração, o cumprimento

pontual dos contratos e a proporcionalidade na imposição de sacrifícios aos cidadãos por parte do Estado, não são valores alheios à ordem constitucional portuguesa. E todos eles estão em causa na LOE 2013.

12. — Com efeito, diversas disposições constitucionais, com projeção em diplomas legislativos, revelam não ter sido intenção do legislador constituinte dar o aval a reduções salariais.

13. — Tal resulta do artigo 1.º que se refere à dignidade da pessoa humana e ao empenhamento do Estado na construção de uma sociedade livre, justa e solidária; do artigo 9.º, *d*) que considera tarefa fundamental do Estado a promoção do bem-estar e da qualidade de vida do povo; do artigo 59.º, n.º 1, *a*) que consagra o direito à retribuição do trabalho de modo a garantir uma existência condigna; do artigo 59.º, n.º 2, *d*) que estabelece a incumbência do Estado de estabelecer e atualizar o salário mínimo nacional; do artigo 59.º, n.º 3, segundo o qual os salários gozam de garantias especiais nos termos da lei; ou o artigo 81.º, *a*) que estabelece como incumbência prioritária do Estado promover o aumento do bem-estar social e económico e da qualidade de vida das pessoas, em especial das mais desfavorecidas.

14. — Mais: o artigo 16.º da Constituição dispõe que os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de Direito Internacional. É o caso do Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais, de 16 de dezembro de 1966, ratificado sem reservas através da Lei n.º 45/78, de 11 de julho, que reconhece no artigo 7.º o direito a uma remuneração que proporcione, no mínimo, a todos os trabalhadores um salário equitativo e uma existência decente para eles e para as suas famílias.

15. — Decisivo porém, é o facto do direito à retribuição do trabalho constituir um direito fundamental, consagrado na alínea *a*) do n.º 1 do artigo 59.º da Constituição, de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias (conforme Acórdãos n.ºs 373/91 e 498/2003 do Tribunal Constitucional), sendo-lhe aplicável o mesmo regime garantístico.

16. — Assim, as restrições salariais impostas pelo legislador, incluindo tanto as reduções remuneratórias como a suspensão do subsídio de férias, não sendo expressamente autorizadas pela Constituição, só seriam admissíveis para resolver problemas de ponderação de conflitos entre bens ou direitos constitucionais, ou seja, para salvaguarda de um interesse constitucionalmente protegido (neste sentido, J. J. Gomes

Canotilho e Vital Moreira, Constituição da República Portuguesa Anotada, 4.^a edição, 2007, pág. 393).

17. — Mesmo admitindo, como mera hipótese de raciocínio que o chamado PAEF (Plano de Assistência Económica e Financeira) assinado entre o Governo Português e a “troika” formada pelo FMI, BCE e CE, ou que a redução do défice das contas públicas, correspondam a interesses constitucionalmente protegidos, sempre haverá que verificar se os cortes nas remunerações previstos respeitam o princípio da proporcionalidade, enquanto pressuposto decisivo do respeito pelo princípio constitucional da igualdade.

18. — Segundo Gomes Canotilho e Vital Moreira, o respeito pelo princípio da proporcionalidade impõe a proibição do excesso, em três diferentes dimensões: a adequação ou idoneidade (as medidas devem revelar-se como um meio adequado para a prossecução dos fins visados); a exigibilidade, necessidade ou indispensabilidade (as medidas devem revelar-se necessárias porque os fins visados não podem ser obtidos por outros meios menos onerosos para os direitos, liberdades e garantias); e finalmente a proporcionalidade em sentido estrito (os meios devem situar-se na justa medida).

19. — Entendem os requerentes que nenhum destes pressupostos é respeitado na LOE 2013. Senão vejamos:

20. — Quanto à adequação aos fins visados, ao contrário do que acontecia em 2011, existem hoje evidências de que tal não se verifica. Com efeito, tendo sido as reduções salariais, e o corte dos subsídios de férias e de Natal, apresentadas como as medidas mais eficazes para a redução do défice das contas públicas no imediato, os dados disponíveis, relativos à execução orçamental de 2012, revelam a ineficácia dessas medidas, devido ao efeito recessivo que delas decorrem. Os cortes salariais não são, portanto, medidas adequadas para a redução do défice público.

21. — Aliás, essa redução foi anunciada para que se obtivesse um valor de 4,5% do défice público, quando é já hoje reconhecido pelo próprio Governo que esse valor será, quando muito, de 5%, e mesmo este valor só será atingido através de medidas extraordinárias não previstas inicialmente no Orçamento do Estado para 2013.

22. — Quanto à indispensabilidade dessas medidas, sustentam os requerentes idêntica conclusão. Tais medidas não são indispensáveis, podendo e devendo os objetivos por elas, alegadamente, visados, ser obtidos de outro modo, designadamente com a renegociação de parce-

rias público-privadas que constituem pesadíssimos encargos para o Estado, com o recurso a uma justa tributação dos rendimentos de capital (matéria que adiante será autonomamente abordada), ou com a renegociação dos encargos da dívida soberana portuguesa perante os credores internacionais.

23. — Registe-se, aliás, que a previsão de despesa com pessoal para 2013 representa apenas 20,46% do total da despesa corrente do Estado (cf. Quadro III. 1.2 na página 95 do Relatório do Orçamento do Estado para 2013 que acompanhou a Proposta de Lei n.º 103/XII).

24. — Dir-se-á que as alternativas acima referidas, a título meramente exemplificativo, decorreriam de opções políticas, não desejadas pelo Governo em funções. É certo. Mas não se diga que tais medidas seriam impossíveis, ao ponto tornar inevitáveis os cortes nos salários e nas pensões previstos na LOE 2013.

25. — Aliás, quando se trata de avaliar sacrifícios impostos aos rendimentos do trabalho e das pensões, com base na sua suposta inevitabilidade, tendo em conta uma situação de grave crise financeira, ninguém de boa-fé pode abstrair das causas dessa crise e das respetivas responsabilidades.

26. — Todos convirão que a situação de crise financeira que o país atravessa não foi da responsabilidade dos trabalhadores por conta de outrem, ou dos reformados, sejam do setor público ou do setor privado. As responsabilidades da crise financeira decorrem, entre outras causas, — todos o sabem — de desmandos cometidos pelo setor financeiro, muitos deles com relevância criminal, da própria natureza das operações especulativas, e da ausência de regulação e de supervisão que os permitiram.

27. — E a crise das dívidas soberanas decorre — também todos o sabem — da opção política tomada pelos Governos, de evitar a falência dos bancos à custa dos contribuintes.

28. — No caso português, só para citar o caso mais conhecido do Banco Português de Negócios, o Estado assumiu já um encargo estimado em 3.405,2 milhões de euros, entre 2010 e 2012, que pode chegar, no limite, aos 6.509 milhões, mais juros e contingências, caso não se venha a verificar qualquer tipo de recuperação de ativos transferidos do BPN para o Estado, segundo as conclusões aprovadas pela Comissão Parlamentar de Inquérito ao Processo de Nacionalização, Gestão e Alienação do BPN em 16 de novembro de 2012.

29. — Acresce que na LOE 2013 se verifica uma disparidade entre a tributação dos rendimentos do trabalho, com taxas que chegam aos 48%, no caso de rendimentos coletáveis superiores a 80.000 euros anuais, a que se acrescentam contribuições adicionais de solidariedade com taxas de 2,5% e 5%, conforme os rendimentos se situem, respetivamente, entre 80.000 e 250.000 euros e acima deste valor, em flagrante disparidade com taxas liberatórias e especiais de 28% aplicáveis aos rendimentos de capital, juros, dividendos e mais valias. Esta matéria será adiante abordada, mas fica desde já assinalada, como elemento decisivo na consideração da violação do princípio da igualdade de que enfermam os pesados sacrifícios impostos sobre os rendimentos do trabalho (cortes de salários, pensões, subsídios e aumento enorme de impostos) em contraste com a leveza dos encargos impostos sobre os rendimentos de capital.

30. — No caso das parcerias público-privadas, segundo dados da Direção Geral do Orçamento, os custos para o erário público foram de 987 milhões de euros em 2012, serão de 884 milhões em 2013 e admite-se que aumentem para 1.581 milhões em 2014.

31. — Como se pode então afirmar que o corte nos salários e nas pensões se afigura como o único meio idóneo, indispensável, e proporcional, para garantir a estabilização das contas públicas?

32. — Há porém, outro aspeto a considerar quanto à proibição do excesso e aos limites exigíveis dos sacrifícios, que tem que ver com a conjugação entre os cortes salariais e a sobrecarga fiscal, sobretudo em sede de IRS.

33. — É que os artigos 27.º, 29.º e 45.º não são as únicas disposições constantes da LOE 2013 que representam cortes nos salários dos trabalhadores que exercem funções públicas.

34. — Para além dos cortes nos salários, entre 3,5% e 10% previstos no artigo 27.º, a suspensão do subsídio de férias previsto no artigo 29.º, e a redução dos valores da retribuição horária referentes ao pagamento de trabalho extraordinário previstas no artigo 45.º, são reduzidos entre 35% e 40% valores de ajudas de custo referidas nos artigos 42.º e 44.º.

35. — Mas muito mais significativa é a introdução de uma sobretaxa de 3,5% no IRS (prevista no artigo 187.º da LOE 2013, e cuja inconstitucionalidade será adiante advogada), a redução do número de escalões desse imposto, a eliminação ou redução das deduções de despesas com saúde, educação e habitação, que, em conjugação com os cortes nos

salários e nas pensões e com a suspensão dos subsídios de férias, corresponde a um verdadeiro confisco de grande parte dos rendimentos do trabalho, de proporções intoleráveis.

36. — A conjugação dos cortes nos salários e nas pensões, com o agravamento da carga fiscal, conduz a que muitos trabalhadores ou reformados, que vivem exclusivamente dos rendimentos do seu trabalho, presente ou passado, se vejam privados de meios de subsistência por uma decisão do legislador, que revela pouco respeito pela dignidade do ser humano, valor primeiro em que assenta a ordem constitucional portuguesa.

37. — É posta assim em crise a garantia constitucional de direito ao salário de forma a garantir uma existência condigna [artigo 59.º, n.º 2, alínea a)].

38. — Os artigos 27.º, 29.º, 31.º e 45.º da LOE 2013 violam também o artigo 105.º da Constituição e o princípio da confiança, na medida em que se traduzem num incumprimento contratual por parte do Estado.

39. — De facto, o n.º 2 do artigo 105.º da Constituição determina que o Orçamento do Estado é elaborado tendo em conta as obrigações decorrentes de lei ou de contrato.

40. — Ora, a relação existente entre os trabalhadores que exercem funções públicas e o Estado, é, indubitavelmente, uma relação contratual, regulada através do vínculo público de nomeação e do Regime do Contrato de Trabalho em Funções Públicas (Lei n.º 59/2008, de 11 de setembro, alterado pela Lei n.º 3-B/2010, de 28 de abril).

41. — Desse contrato, resulta o valor da remuneração como elemento essencial [artigos 68.º, n.º 1, h) e 214.º].

42. — Assim, na relação jurídica de emprego público, em que, em matéria de retribuição, o Estado é o devedor e o trabalhador o credor, o cumprimento do contrato exige o pagamento pontual e integral da prestação a que o Estado se encontra juridicamente obrigado.

43. — E o Estado não tem o direito de escolher entre os credores a quem paga e aqueles a quem decide não pagar. Não há qualquer fundamento constitucional ou legal para que o Estado trate de forma diferente os trabalhadores do setor público com quem assumiu obrigações contratuais e os credores internacionais ou os grupos económicos beneficiários de parcerias público-privadas, pagando pontualmente as prestações destes negócios com que se comprometeu (com os mais fortes),

e arrogando-se o direito de não cumprir as obrigações remuneratórias contratualmente assumidas com os trabalhadores (os mais fracos).

44. — Se se invoca a credibilidade do Estado português perante os credores internacionais ou perante grupos económicos, não será igualmente invocável, por maioria de razão, a credibilidade do Estado perante os cidadãos que têm como único meio de subsistência o cumprimento das obrigações a que o Estado se obrigou para com eles?

45. — Se no primeiro caso está em causa a credibilidade e a responsabilidade contratual do Estado, no que se refere aos trabalhadores, está em causa tudo isso, mas também, fundamentalmente, o respeito pela dignidade do ser humano que vive exclusivamente do seu trabalho.

46. — Acresce que tanto o n.º 15 do artigo 27.º, como o n.º 9 do artigo 29.º, como o n.º 3 do artigo 45.º referem que os regimes de redução remuneratória neles previstos têm natureza imperativa, prevalecendo sobre instrumentos de regulação coletiva de trabalho e contratos de trabalho, não podendo ser afastados ou modificados pelos mesmos.

47. — Estas disposições violam de forma flagrante o disposto no n.º 3 do artigo 56.º da Constituição, que confere às associações sindicais o direito e a competência de exercer o direito de contratação coletiva, o qual é garantido nos termos da lei.

48. — O direito à contratação coletiva insere-se no título II da Constituição, relativo aos direitos, liberdades e garantias, sendo-lhe diretamente aplicável o regime do artigo 18.º.

49. — O direito à contratação coletiva vincula as entidades públicas e privadas e só pode ser restringido nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvarguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

50. — As leis restritivas da contratação coletiva não podem ter efeito retroativo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.

51. — As disposições acima citadas da LOE 2013 violam, não apenas obrigações contratuais assumidas pelo Estado, como restringem inconstitucionalmente o direito das associações sindicais à contratação coletiva, ao dispor que prevalecem sobre instrumentos de regulação coletiva de trabalho.

52. — Foi já demonstrada pelos requerentes, a inexistência de direitos ou interesses constitucionalmente protegidos que possam justificar a

restrição do direito fundamental à retribuição do trabalho nos termos em que a LOE 2013 o pretende fazer. Esse raciocínio aplica-se *mutatis mutandis* às restrições impostas ao direito de contratação coletiva.

53. — Com a agravante decisiva das restrições impostas pretenderem ter eficácia retroativa — constitucionalmente vedada — prevalecendo sobre quaisquer normas, especiais ou excecionais em contrário, e sobre instrumentos de regulação coletiva de trabalho.

54. — E diminuem a extensão e o alcance do conteúdo essencial do preceito constitucional relativo à contratação coletiva.

55. — O direito à contratação coletiva é conferido às associações sindicais para defesa e promoção da defesa dos direitos e interesses dos trabalhadores que representam (artigo 56.º, n.º 1). Entre esses direitos está seguramente o direito à retribuição [artigo 59.º, a)].

56. — Se o legislador pretende legitimar a prevalência absoluta, já que é disso que se trata, de disposições legais restritivas do direito à retribuição sobre quaisquer instrumentos de regulação coletiva de trabalho, está posto em causa o conteúdo essencial do direito fundamental à contratação coletiva.

57. — Os artigos 27.º, 29.º, 31.º e 45.º da LOE 2013, violam portanto o disposto nos artigos 1.º, 2.º, 13.º, 56.º, n.º 3, 59.º, n.º 1, a) e 105.º, n.º 2 da Constituição.

58. — Mas no caso vertente existe ainda uma clara violação do caso julgado pelo Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 353/2012.

59. — O referido Acórdão declarou inconstitucionais as normas constantes da Lei do Orçamento do Estado para 2012 que suspendiam o pagamento dos subsídios de férias e de Natal dos trabalhadores com funções públicas e dos reformados, ressalvando apenas os efeitos produzidos em 2012. O que obviamente proíbe a adoção de medidas idênticas para 2013.

60. — Acontece porém que a LOE 2013 mantém integralmente a suspensão do pagamento do subsídio de férias, não obstante a declaração de inconstitucionalidade.

61. — E incorreu num artifício destinado a defraudar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, que consiste em subtrair o valor correspondente ao subsídio de Natal através da criação de uma taxa adicional de 3,5% sobre a remuneração anual, em sede de IRS.

62. — O argumento de que o princípio da igualdade não seria violado pela LOE 2013 pelo facto de também os trabalhadores do setor privado serem privados de um dos subsídios, não colhe.

63. — Não colhe desde logo, porque a ultrapassagem “dos limites da proibição do excesso em termos de igualdade proporcional” declarada em 2012 não é eliminada, nos seus efeitos, pelo mal dos outros. Se assim fosse, não haveria limites para a imposição de sacrifícios. Todos os excessos poderiam ser cometidos, desde que todos fossem sacrificados por igual.

64. — Mas também porque nos próprios termos do Acórdão n.º 353/2012, a violação do princípio da igualdade proporcional também se refere ao facto de nenhuma das imposições de sacrifícios (no OE 2012) ter equivalente para a generalidade dos outros cidadãos que auferem rendimentos provenientes de outras fontes. E na declaração pública em que anunciou a decisão, o Presidente do Tribunal Constitucional (ao tempo em funções) referiu-se explicitamente à comparação com os cidadãos que auferem rendimentos de capital.

65. — Ora, neste caso, a situação não mudou para melhor. A um aumento enorme dos impostos sobre os rendimentos do trabalho e das pensões (que ultrapassa em certos casos taxas da ordem dos 50%), corresponde um quase inexpressivo aumento da tributação dos rendimentos do capital (de 25% para 28%).

66. — Onde, em conclusão, se requer a declaração de inconstitucionalidade dos artigos 27.º, 29.º e 31.º da LOE 2013 por violação do respeito pelo princípio da dignidade da pessoa humana consagrado no artigo 1.º; por violação do princípio da confiança enquanto elemento estruturante do Estado de direito democrático consagrado no artigo 2.º; por violação do princípio da proibição do excesso em termos de igualdade proporcional consagrada no artigo 13.º; por violação do direito à contratação coletiva consagrado no art. 56.º, n.º 1; por violação do direito ao salário consagrado no artigo 59.º, n.º 1, *a*); por violação das obrigações decorrentes de contrato na elaboração do Orçamento do Estado nos termos do artigo 105.º, n.º 2, todos da Constituição, e ainda por violação do caso julgado no Acórdão n.º 353/2012.

Da inconstitucionalidade do artigo 77.º da LOE 2013

67. — O artigo 77.º da LOE 2013 suspende o pagamento de 90% do subsídio de férias ou equivalentes de aposentados e reformados, por parte da

Caixa Geral de Aposentações, do Centro Nacional de Pensões e, diretamente ou por intermédio de fundos de pensões, por quaisquer entidades públicas, desde que o valor da pensão seja superior a 1.100 euros mensais.

68. — Caso o valor da pensão seja entre 600 e 1.100 euros mensais, aplica-se uma redução menor, nos termos referidos no n.º 4 do artigo 77.º da LOE 2013.

69. — Afigura-se aos requerentes que os cortes nas reformas e pensões violam manifestamente o princípio da proteção da confiança como “exigência indeclinável de realização do princípio do Estado de direito democrático” consagrado no artigo 2.º da Constituição.

70. — Esta questão da proteção da confiança foi circunstanciadamente abordada no Acórdão n.º 396/2011 do Tribunal Constitucional a propósito dos cortes salariais previstos no Orçamento do Estado para 2011. Aí se refere a densificação dos requisitos cumulativos a que deve obedecer a aplicação desse princípio, efetuada no Acórdão n.º 287/90.

71. — Aí se considera que a frustração das expetativas dos cidadãos provocada pelas medidas em causa será inadmissível, nomeadamente, à luz dos seguintes critérios: *a)* quando a afetação de expetativas constitua uma mutação da ordem jurídica com que, razoavelmente, os destinatários das normas dela constantes não possam contar; *b)* quando não for ditada pela necessidade de salvaguardar direitos ou interesses constitucionalmente protegidos que devam considerar-se prevaletentes, recorrendo-se aqui ao princípio da proporcionalidade.

72. — Tudo o que foi invocado acima, acerca da violação do princípio da proporcionalidade nos cortes dos subsídios de férias aos trabalhadores que exercem funções públicas, é inteiramente aplicável no caso vertente.

73. — Com efeito, a medida de suspensão do subsídio de férias aos reformados e pensionistas não é uma medida adequada ou idónea para garantir a consolidação orçamental, não é uma medida indispensável para esse objetivo, nem é uma medida que, pela sua onerosidade, se contenha na justa medida.

74. — Porém, no que se refere aos reformados e pensionistas, acrescem outras razões adicionais que concorrem para a inconstitucionalidade da suspensão dos respetivos subsídios.

75. — Os reformados e pensionistas auferem prestações pagas pelo Estado, que decorrem das respetivas carreiras contributivas. Ou seja, enquanto trabalhadores do ativo efetuaram descontos nos respetivos

salários, tendo como contrapartida futura, após a reforma ou aposentação, os montantes das respetivas reformas ou pensões.

76. — As reformas e pensões auferidas pelos reformados e pensionistas não podem pois ser qualificadas como “dinheiros públicos” tout court, na medida em que são suportadas pelos descontos entregues ao Estado pelos próprios beneficiários, enquanto trabalhadores no ativo.

77. — Sendo que o Estado cumpre o dever constitucional de garantir o direito de todos à segurança social, tal como determina o artigo 63.º da Constituição, devendo todo o tempo de trabalho contribuir, nos termos da lei, para o cálculo das pensões de velhice e invalidez.

78. — A partir da reforma ou da aposentação, os cidadãos aposentados ou reformados deixaram de ser cidadãos no ativo, profissionalmente falando. Deixaram de poder depender do seu trabalho para obter meios de subsistência e passaram a ter de viver exclusivamente das suas reformas e pensões.

79. — Acresce ainda que, com o avanço inevitável da idade, a situação dos reformados e pensionistas torna-se mais frágil e vulnerável, dado que aumentam as situações de dependência e as situações de doença, com os consequentes aumentos de encargos.

80. — Uma alteração substancial dos montantes das reformas e pensões por decisão unilateral do Estado, como ocorre por força da LOE 2013, em que à suspensão, de 90% do subsídio de férias acresce um enorme aumento da carga fiscal em sede de IRS, põe irremediavelmente em crise o princípio constitucional da proteção da confiança, sendo certo que os reformados e pensionistas não têm nenhuma possibilidade de aumentar os seus proventos e de refazer os seus planos de vida.

81. — A proteção da confiança no caso dos reformados e pensionistas exige portanto uma tutela reforçada.

82. — Assim, tal como acontece com a suspensão dos subsídios de férias prevista nos artigos 29.º e 31.º da LOE 2013, também a suspensão dos subsídios de férias dos reformados e pensionistas previstas no artigo 77.º deve ser declarada inconstitucional por violação do princípio da proteção da confiança que decorre do Estado de direito democrático (artigo 2.º da Constituição).

Da inconstitucionalidade do artigo 78.º da LEO 2013

83. — O artigo 78.º da LOE 2013 vem criar a designada “contribuição extraordinária de solidariedade”.

Trata-se de uma contribuição extraordinária, imposta aos reformados e pensionistas que auferem montantes de reformas e pensões superiores a 1.350 euros, nos seguintes termos: 3,5% no caso das pensões de valor mensal entre 1.350 e 1.800 euros; 3,5% sobre o valor de 1.800 e 16% sobre o remanescente das pensões de valor mensal entre 1.800,01 e 3.750 euros; 10% sobre a totalidade das pensões de valor mensal superior a 3.750 euros; e neste último caso, haverá ainda um acréscimo da contribuição no valor de 15% sobre o montante que exceda o valor do IAS mas que não ultrapasse 18 vezes aquele valor, ou no valor de 40% sobre o montante que exceda 18 vezes o valor do IAS.

84. — Tal contribuição extraordinária tem suscitado intenso debate na sociedade portuguesa, envolvendo inclusivamente reputados constitucionalistas que põem em causa a sua constitucionalidade.

85. — Pode legitimamente questionar-se se considerar as pensões acima de 1.350 euros como suficientemente elevadas para justificar uma contribuição que acresce aos cortes já efetuados por via dos artigos 27.º e 77.º da LOE 2013, não incorre em violação do princípio da proibição do excesso, por ser uma medida desproporcionada.

86. — Mas mesmo que tal não se considere, o que parece inequívoco é que os argumentos invocados acima, acerca da inconstitucionalidade dos artigos 27.º e 77.º da LOE 2013 por violação do princípio da proibição do excesso enquanto pressuposto da proteção da confiança, têm, no caso da contribuição extraordinária prevista no artigo 78.º, inteiro cabimento.

87. — Porém, pode e deve questionar-se se a “contribuição extraordinária de solidariedade” não viola autonomamente o princípio constitucional da igualdade constante do artigo 13.º da Constituição.

88. — Na verdade, esta contribuição impende unicamente sobre uma determinada categoria de cidadãos: os reformados e pensionistas. Trata-se obviamente de uma discriminação. Resta a questão de saber se essa discriminação é constitucionalmente legítima.

89. — Segundo o ensinamento de Gomes Canotilho e Vital Moreira (op. cit., pág. 340), as diferenciações só podem ser legítimas quando se baseiem numa distinção objetiva de situações, tenham um fim legítimo segundo o ordenamento constitucional, e se revelem necessárias, adequadas e proporcionadas à satisfação do seu objetivo.

90. — Não parece que tais pressupostos se verifiquem.

91. — A distinção objetiva de situações nunca poderá conduzir à consideração de que os reformados e pensionistas devem ser discriminados negativamente em relação aos trabalhadores no ativo.

92. — Tal não significa que a imposição de uma contribuição semelhante aos trabalhadores no ativo fosse constitucionalmente admissível. No entender dos requerentes, nunca o seria, pelas razões já explicitadas acima quanto à inconstitucionalidade dos cortes salariais. Porém, não se vislumbra qualquer razão plausível que confira legitimidade à imposição de uma contribuição extraordinária aos reformados e pensionistas, sobretudo se tivermos em conta, mais uma vez, a disparidade existente na LOE 2013 entre a oneração dos rendimentos do trabalho e dos rendimentos de capital.

93. — Enquanto alguns reformados e pensionistas chegam a ser privados de mais de metade dos valores das suas pensões, que não deixam de ser rendimentos do trabalho, os titulares de rendimentos de capital previstos nos artigos 71.º e 72.º da LOE 2013 são tributados a taxas liberatórias não superiores a 28%.

94. — A ausência de necessidade, adequação e proporcionalidade da “contribuição extraordinária” consideram os requerentes já suficientemente demonstrada. Não se trata de uma medida que não pudesse ser evitada, cujos efeitos financeiros não pudessem ser obtidos de um modo diferente e socialmente mais justo, e é uma medida desproporcionada, devido ao grau de onerosidade em que se traduz.

95. — Aliás, quanto à caracterização do fim visado pela medida em causa, a sua designação, na epígrafe do artigo 78.º da LOE 2013, como contribuição de “solidariedade”, só pode conduzir a equívocos.

96. — A Constituição, no seu artigo 1.º, refere-se à construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

A solidariedade, enquanto tarefa do Estado, implica obviamente um esforço no sentido da redução das desigualdades e no apoio às camadas sociais mais desfavorecidas.

97. — Porém, a “solidariedade” a que alude a epígrafe do artigo 78.º da LOE 2013 é indefinida. É conhecido que é o esforço de austeridade que a LOE 2013 impõe aos portugueses, mesmo aos de mais baixos rendimentos, em nome do cumprimento dos objetivos do chamado PAEF, somos forçados a concluir que a solidariedade que é exigida aos reformados e pensionistas não tem como destinatários os cidadãos que mais necessitariam dela. A “solidariedade” a que alude o artigo 78.º da LOE

2013 não passa afinal de uma solidariedade para com a política financeira definida pelo Governo. Não é título bastante para conferir legitimidade constitucional à medida imposta.

98. — Nestes termos, consideram os requerentes que a contribuição extraordinária de solidariedade prevista no artigo 78.º da LOE 2013 é inconstitucional por violação dos artigos 2.º e 13.º da Constituição.

Da inconstitucionalidade do n.º 1 do artigo 117.º

99. — Determina o n.º 1 do artigo 117.º, que as prestações do sistema previdencial concedidas no âmbito de doença e desemprego sejam sujeitas a uma contribuição de *a)* 5% sobre o montante dos subsídios concedidos no âmbito da eventualidade de doença e *b)* 6% sobre o montante de subsídios de natureza previdencial concedidos no âmbito da eventualidade de desemprego.

100. — Não se trata evidentemente de uma “contribuição”, Trata-se, isso sim, de uma redução nas prestações sociais em caso de doença e de desemprego, sem qualquer consequência na carreira contributiva dos beneficiários.

101. — Os subsídios de desemprego e de doença têm expressa proteção constitucional. O n.º 1 do artigo 59.º, relativo aos direitos dos trabalhadores, consagra na alínea *e)* o direito de todos os trabalhadores à assistência material, quando involuntariamente se encontrem em situação de desemprego, e na alínea *f)* o direito a assistência e justa reparação quando vítimas de acidente de trabalho ou de doença profissional. Por seu lado, o artigo 63.º, que consagra o direito de todos à segurança social (n.º 1), prevê no n.º 3 que o sistema de segurança social protege os cidadãos na doença (...) bem como no desemprego e’ em todas as outras situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho.

102. — Dir-se-á que cortes da ordem de 5% e 6% nas prestações sociais não serão suficientes para pôr em causa, de forma decisiva, o direito à segurança social e o direito dos trabalhadores à proteção no desemprego e na doença, e que o conteúdo essencial desses direitos, apesar de tudo, se mantém.

Não é esse, porém, o juízo dos requerentes, pelas razões seguintes:

103. — Os direitos sociais à assistência material no desemprego e na doença, apesar de não se encontrarem sujeitos ao regime de restrições aplicável aos direitos, liberdades e garantias, possuem uma tutela cons-

titucional clara, acima explicitada, e não podem ser sujeitos a restrições que ponham em causa a aplicação do princípio constitucional da igualdade.

104. — O que sucede é que estes direitos sociais têm vindo a ser sucessivamente restringidos pelo legislador, tanto nos montantes dos apoios concedidos, como no tempo de concessão, como no universo dos destinatários.

105. — E é evidente que, sendo os rendimentos auferidos por via dos subsídios de doença e do desemprego rendimentos substitutivos do trabalho, os trabalhadores que deles beneficiam não se encontram em situação idêntica à dos demais trabalhadores.

106. — A concessão dos subsídios de desemprego e de doença decorrem de situações em que os trabalhadores se encontram, involuntariamente, em situações de objetiva desigualdade em relação aos demais, devido à impossibilidade temporária de obtenção de meios de subsistência.

107. — Não se trata de benesses, de privilégios, ou de subsídios à inatividade. Trata-se de prestações sociais destinadas a acorrer, de forma temporária, a situações em que a ausência de apoio por parte do Estado a trabalhadores temporariamente inativos seria suscetível de provocar situações de exclusão social violadoras da dignidade da pessoa humana a que se refere o artigo 1.º da Constituição.

108. — Será pois constitucionalmente admissível que os trabalhadores em situação de desemprego involuntário, ou incapazes de trabalhar por comprovados motivos de saúde, sejam penalizados por isso, nas prestações sociais a que têm direito? Os requerentes entendem que não.

109. — Se o corolário fundamental do princípio constitucional da igualdade é o de que devem ser tratadas como iguais situações iguais, e como diferentes, situações diferentes, os beneficiários dos subsídios de desemprego e de doença, que se encontram em situações de maior vulnerabilidade em relação aos demais cidadãos, não devem ser prejudicados por parte do Estado, de forma a acentuar ainda mais a sua situação de vulnerabilidade.

110. — Nestes termos, entendem os requerentes que o n.º 1 do artigo 117.º da LOE 2013 deve ser declarado inconstitucional por violação dos artigos 13.º, 59.º, n.º 1, alíneas e) e f), e 63.º, n.º 3 da Constituição.

Da inconstitucionalidade de disposições contidas no artigo 186.º e do artigo 187.º

111. — A LOE 2013 introduz diversas alterações em sede do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares (IRS), das quais se destacam:

No artigo 186.º, alterações aos seguintes artigos do Código do IRS:

- Artigo 68.º, que reduz de oito para cinco, os escalões de rendimento coletável;
- Artigo 68.º-A, que cria uma taxa adicional de solidariedade;
- Artigo 78.º, que reduz, entre outras, as deduções à coleta relativas às despesas de saúde, educação e formação;
- Artigo 85.º, que reduz as deduções à coleta relativas a despesas com imóveis para habitação própria e permanente, ou com rendas de habitação própria do arrendatário.

No artigo 187.º, que cria uma sobretaxa de 3,5% sobre o rendimento coletável dos sujeitos passivos cujo rendimento exceda o valor anual da retribuição mínima mensal.

112. — Nos termos do artigo 104.º, n.º 1, da Constituição, o imposto sobre o rendimento pessoal visa a diminuição das desigualdades e será único e progressivo, tendo em conta as necessidades e os rendimentos do agregado familiar.

113. — O IRS foi concebido tendo em conta estas características. Adotou um sistema de progressividade por escalões de rendimentos, de acordo com o qual a matéria coletável concretamente apurada é dividida em tantas partes quantas as que correspondem ao leque de taxas em que couber, aplicando-se a taxa mais elevada apenas à parte que excede o limite máximo do escalão anterior, e institui um conjunto de deduções à coleta em função da composição e despesas dos agregados familiares, procurando alcançar uma repartição equitativa da carga fiscal.

114. — As alterações introduzidas na LOE 2013, que o próprio Ministro das Finanças caracterizou como um “enorme aumento de impostos”, que o Conselheiro de Estado Luís Marques Mendes qualificou de “assalto à mão armada” e que para o Conselheiro de Estado António Bagão Félix “ultrapassam os limites da decência fiscal”, reduzem a progressividade, desconsideram o princípio da capacidade contributiva, e põem em causa a unidade do imposto sobre o rendimento.

115. — Vejamos o caso da alteração dos escalões do IRS à luz do princípio da progressividade fiscal: a taxa do escalão mínimo de tributação

passa de 11,5% para 14,5% e os rendimentos coletáveis mais baixos são elevados a um escalão superior; são colocados rendimentos coletáveis com valores muito diferentes no mesmo escalão (de 7.000 a 20.000, de 20.000 a 40.000, de 40.000 a 80.000); e são taxados da mesma forma rendimentos coletáveis de valores muito diferenciados. Todos os rendimentos coletáveis acima de 80.000 euros são taxados com o mínimo de 48, a que acresce a taxa adicional de solidariedade de, pelo menos 2,5% que coloca a taxa em valores superiores a 50%.

116. — Não se cumpre o princípio da progressividade simplesmente por haver mais que um escalão. Por absurdo poderia haver apenas dois. Quando se reduz significativamente a progressividade, está-se a violar esse princípio constitucional.

117. — Desta forma, a LOE 2013 abdica da progressividade do imposto e do critério da capacidade económica na repartição dos impostos.

118. — No caso das deduções à coleta, as alterações verificadas, que eliminam deduções ou que as colocam em patamares efetivamente simbólicos, não têm em conta as necessidades dos agregados familiares nem a real capacidade contributiva das famílias.

119. — Esta questão, do princípio da capacidade contributiva, não é irrelevante como parâmetro de aferição da constitucionalidade das normas de natureza fiscal. Segundo o Acórdão n.º 84/2003 do Tribunal Constitucional, o princípio da capacidade contributiva “exprime e concretiza o princípio da igualdade fiscal ou tributária na sua vertente de uniformidade — o dever de todos pagarem impostos segundo o mesmo critério — preenchendo a capacidade contributiva o critério unitário de tributação”, critério este, em que a incidência e a repartição dos impostos se deverá fazer segundo a capacidade económica de cada um.

120. — A criação no artigo 187.º da “sobretaxa em sede de IRS”, assume enorme gravidade e constitui uma flagrante violação de diversas disposições constitucionais.

121. — Importa lembrar que esta sobretaxa é criada como uma forma de defraudar a inconstitucionalidade do corte dos subsídios de férias e de Natal aos ‘funcionários públicos e reformados, declarada através do Acórdão n.º 353/2012 do Tribunal Constitucional.

122. — Mantendo o corte do subsídio de férias e criando a sobretaxa em sede de IRS, a LOE 2013 mantém os efeitos das normas declaradas inconstitucionais. Como diz o povo, pretende fazer entrar pela janela, o que o Tribunal Constitucional não permitiu que entrasse pela porta.

123. — O artigo 187.º da LOE 2013 configura assim uma violação de caso julgado pelo Tribunal Constitucional.

124. — Para além disso, esta sobretaxa não tem as características do imposto sobre o rendimento, tal como a Constituição e o Código do IRS o configuram.

125. — Esta sobretaxa não integra o Código do IRS, tratando-se, de facto, de um novo imposto sobre o rendimento, sem qualquer progressividade.

126. — A sobretaxa incide na proporção de 3,5% sobre todos os rendimentos. Não respeita o princípio da progressividade do imposto sobre o rendimento.

127. — As regras de retenção na fonte previstas no artigo 187.º da LOE 2013 diferem das regras de retenção na fonte do IRS. Existe uma retenção autónoma, existe uma dedução específica própria e não existe coeficiente conjugal.

128. — Ou seja: estamos perante um novo imposto sobre o rendimento, parcialmente associado a regras do IRS, mas com outras regras, distintas e autónomas. Trata-se assim de um novo imposto, que não respeita as regras da unidade e da progressividade do imposto sobre o rendimento consagradas no artigo 104.º, n.º 1 da Constituição.

129. — Finalmente, a inconstitucionalidade dos artigos 186.º e 187.º da LOE 2013, na parte em que altera os escalões do IRS e as deduções à coleta e em que cria a sobretaxa em sede de IRS assume particular evidência quando confrontamos essas disposições com a tributação dos rendimentos de capital, constantes dos artigos 71.º e 72.º do mesmo Código.

130. — A existência de taxas liberatórias em sede de IRS é contestada pela doutrina constitucional.

Referem Gomes Canotilho e Vital Moreira (*op. cit.*, pág. 1099), que os requisitos de unicidade e progressividade do imposto sobre o rendimento tiram base constitucional às taxas liberatórias de determinados rendimentos, e Eduardo Paz Ferreira, na Constituição da República Portuguesa Anotada de Jorge Miranda e Rui Medeiros, refere em anotação ao artigo 104.º da Constituição, que a existência de taxas liberatórias parece pouco compatível com a natureza unitária do imposto e com a justiça fiscal.

131. — No entanto, enquanto a tributação dos rendimentos do trabalho e das pensões assumem níveis confiscatórios, com taxas de IRS supe-

riores a 50% sobre salários e pensões já substancialmente reduzidos por via de outras disposições da LOE 2013, os rendimentos de capital, juros, dividendos e mais-valias referidos nos artigos 71.º e 72.º da LOE 2013 são taxados à taxa liberatória única de 28%.

132. — Tendo em atenção o Acórdão n.º 353/2012 do Tribunal Constitucional, estamos perante uma manifesta falta de equidade na repartição dos sacrifícios entre os rendimentos do trabalho e os rendimentos provenientes de outras fontes, que contraria o princípio constitucional da igualdade na repartição dos encargos públicos.

133. — Nestes termos, os signatários requerem a declaração de inconstitucionalidade dos artigos 186.º (na parte em que altera os artigos 68.º, 71.º, 72.º, 78.º, 85.º e adita o artigo 68.º-A ao Código do IRS) e do artigo 187.º da LOE 2013, por violação dos artigos 13.º e 104.º n.º 1 da Constituição e por violação de caso julgado pelo Tribunal Constitucional.”

4. Pedido formulado no processo n.º 11/2013

No âmbito do processo n.º 11/2013, foi pedida, pelo Provedor de Justiça, a apreciação e declaração, com força obrigatória geral, por violação dos artigos 2.º e 13.º da CRP, da inconstitucionalidade das normas dos artigos 77.º e 78.º da LOE2013, cujo teor já consta do pedido relativo ao processo n.º 2/2013.

É a seguinte a fundamentação do pedido:

“1.º

Pela Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro, foi aprovado o Orçamento do Estado para o ano de 2013.

2.º

Na sistemática desta Lei os preceitos questionados inserem-se no seu Capítulo III, contendo as Disposições relativas a trabalhadores do setor público, aquisição de serviços, proteção social e aposentação ou reforma, mais concretamente, na Secção VI, sob a epígrafe “Proteção social e aposentação ou reforma”.

3.º

É o seguinte o teor das normas impugnadas:

[...]

4.º

O primeiro preceito citado determina a suspensão do pagamento, ou a redução, conforme os casos e com o alcance aí fixado, do subsídio de férias ou equivalente de aposentados e reformados que auferem pensões através do sistema público de segurança social.

5.º

Repristina assim para este exercício orçamental, no que à prestação em causa concerne e ainda que com modelação distinta, uma das medidas consignadas no art. 25.º da Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro (Orçamento do Estado para 2012), cujas normas foram declaradas inconstitucionais, com força obrigatória geral, pelo Acórdão n.º 353/2012 do Tribunal Constitucional.

6.º

Por seu lado e em cúmulo com a referida medida ablativa (n.º 6 do artigo 77.º citado), o artigo 78.º sujeita as pensões, bem como outras “prestações pecuniárias vitalícias devidas a qualquer título” a aposentados e reformados, a uma contribuição extraordinária de solidariedade, medida de natureza fiscal que, no plano substantivo, replica, relativamente aos aposentados e reformados e em razão dessa sua condição, a determinação normativa de redução das remunerações pagas aos que exercem funções no setor público — artigo 19.º da Lei n.º 55-A/2010, de 31 de dezembro (Orçamento do Estado para 2011), mantido em vigor pelos Orçamentos do Estado para 2012 e 2013 (respetivamente, artigos 20.º e 27.º das Leis correspondentes).

7.º

Significa isto que, sem embargo da referida natureza fiscal (que convida a aplicação do princípio da unicidade do imposto sobre o rendimento pessoal), a contribuição extraordinária de solidariedade, nos moldes ora vigentes, consubstancia uma autêntica medida de redução de pensões e rendimentos titulados aposentados e reformados.

8.º

Para aferição da conformidade constitucional das medidas que dimanam dos preceitos questionados, estas não podem deixar de ser ponderadas à luz dos princípios da igualdade, da proteção da confiança dos cidadãos e da proibição do excesso.

9.º

Com efeito, conforme entendimento que o Tribunal Constitucional teve já ocasião de expressar, «a proteção dos direitos a prestações sociais já instituídos opera, no essencial, através dos princípios fundamentais do Estado de Direito Democrático, tais como a igualdade ou a confiança legítima (...)», tal como ficou vertido no Acórdão n.º 3/2010 (incidente sobre um conjunto de normas que tornaram mais exigente o sistema de aposentação dos funcionários públicos, resultando numa diminuição do nível de proteção anteriormente reconhecido).

10.º

Se é certo que no Acórdão n.º 353/2012 o Tribunal Constitucional declarou a inconstitucionalidade de medidas análogas por violação do princípio da igualdade, dispensou-se, por concomitante desnecessidade, de aferir da sua constitucionalidade face aos princípios da confiança e da proibição do excesso.

Da violação do princípio da igualdade:

11.º

As medidas constantes dos preceitos em causa vêm dirigidas a uma categoria bem determinada de destinatários, a saber, os aposentados e reformados.

12.º

Com efeito, salvaguardadas em ambas as situações as exceções que legislador autorizou, as medidas constantes do artigo 77.º têm por destinatários os aposentados e reformados que auferem pensões através do sistema público de segurança social e as medidas que dimanam do artigo 78.º, além desse círculo de pessoas, veem o respetivo âmbito subjetivo enunciado na norma inserta no seu n.º 3, tratando indistintamente não só pensões de diversa natureza como também outras “prestações pecuniárias vitalícias” devidas a aposentados e reformados.

13.º

É sabido que, numa formulação compendiada, de resto bem assente na jurisprudência do Tribunal Constitucional, o princípio constitucional da igualdade postula que se dê tratamento igual a situações de facto essencialmente iguais e tratamento diferente para as situações de facto desiguais, não proibindo o mesmo princípio, em absoluto, as diferencia-

ções, mas apenas aquelas que se afigurem destituídas de fundamento razoável (proibição do arbítrio).

14.º

Acresce que, na formulação do Tribunal Constitucional no citado Acórdão n.º 353/2012 e na senda de jurisprudência anterior aí referenciada, «a igualdade jurídica é sempre uma igualdade proporcional, pelo que a desigualdade justificada pela diferença de situações não está imune a um juízo de proporcionalidade. A dimensão da desigualdade do tratamento tem que ser proporcionada à razões que justificam esse tratamento desigual, não podendo revelar-se excessiva».

15.º

A esta luz, não se perde de vista o entendimento expresso no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 396/2011, tendo por objeto normas constantes da Lei do Orçamento do Estado para 2011 dirigidas aos que exercem funções no setor público, segundo o qual «quem recebe por verbas públicas não está em posição de igualdade com os restantes cidadãos, pelo que o sacrifício adicional que é exigido a essa categoria de pessoas — vinculada que ela está à prossecução do interesse público — não consubstancia um tratamento injustificadamente desigual».

16.º

Todavia, importa não extrapolar o sentido da prossecução do interesse público que recai sobre «quem recebe por verbas públicas», como habilitação bastante, por natureza e de per se, para determinadas diferenciações de tratamento, inclusive num contexto de excecionalidade orçamental como aquele que ora nos afeta.

17.º

Isto porquanto, sem embargo de a expressão citada não estar necessariamente confinada ao conceito comum de função pública, se atendermos ao disposto no artigo 269.º, n.º 1, da Constituição, a subordinação ao interesse público consubstancia um princípio constitucional que respeita, na sua essência, ao exercício de determinada função.

18.º

Com efeito, conforme se expressam J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, «a vinculação exclusiva ao interesse público só afeta os traba-

lhadores da Administração pública, quando no exercício das suas funções, não podendo essa vinculação afetar ou limitar a sua vida privada ou o exercício dos seus direitos quando fora delas» (in Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. II, 4. edição, Coimbra: Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, 2010, pág. 840).

19.º

Nesta linha e com relevo para a matéria a sindicar, atento o tratamento de acentuado desfavor dado aos aposentados e reformados pelas normas questionadas, perfila-se, com toda a clarividência, o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 72/2002, pronunciado a propósito de norma do Estatuto da Aposentação que determinava a extinção da situação de aposentado no caso de perda da nacionalidade portuguesa, quando esta fosse exigida para o exercício do cargo pelo qual tinha sido concedida a aposentação.

20.º

Assim, pode ler-se no mencionado aresto o seguinte [...]:

No “estatuto da aposentação” — que é matéria de “função pública” — avulta a sua dimensão de instrumento e instituto de “segurança social”; o direito à aposentação é, de algum modo, o direito à segurança social dos funcionários e agentes da Administração Pública.

E, nesta perspetiva, deixa de ser decisiva a circunstância de a situação jurídica dos aposentados incluir elementos do estatuto da função pública, para assumirem maior relevância outras considerações.

Desde logo, o facto de o fundamento em que assenta a extinção da situação de aposentação — deixar o interessado de ser português quando o cargo por ele exercido e por que adquiriu o estatuto de aposentado exige a nacionalidade portuguesa não atender à substancial diferença entre a situação de trabalhador no ativo e a de aposentado. Com efeito, no caso, a exigência da nacionalidade portuguesa conecta-se intimamente com o efetivo exercício do cargo — é porque neste não predominam funções técnicas e nele avultam poderes cujo exercício não deve ser atribuído a não nacionais que a Constituição estabelece a ressalva ao princípio da equiparação — sendo certo que na situação de aposentado o funcionário fica definitivamente dispensado do serviço ativo, perdendo, deste modo, sentido que nela se projetem os condicionamentos impostos ao exercício do cargo e só por este justificados.

21.º

Resulta, por conseguinte, em toda a sua clareza, desta passagem do Acórdão n.º 72/2002, a “substancial diferença entre a situação de trabalhador no ativo e a de aposentado”, não sendo legítimo, sem desvalor para o princípio da igualdade, confundir-se a situação do servidor público, no plano dos condicionamentos decorrentes do exercício de funções, com a situação do aposentado.

22.º

Por maioria de razão, não pode ser confundida, nesse mesmo plano, a situação do servidor público com a do reformado do setor privado, este último nunca tendo detido qualquer vínculo laboral de natureza pública.

23.º

Razão pela qual, um juízo segundo o qual a vinculação à prossecução do interesse público de quem recebe por verbas públicas pode, em circunstâncias como as presentes, justificar quanto a estes — ainda que com limites, como sublinhou o Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 353/2012 — um esforço adicional, deve merecer uma ponderação específica no que aos aposentados e reformados concerne, não lhes sendo aplicável pelos motivos expostos.

24.º

Aliás, o próprio Tribunal Constitucional não deixou de reconhecer já no Acórdão n.º 353/2012 que «a situação específica dos reformados e aposentados se diferenci[a] da dos trabalhadores da Administração Pública no ativo, sendo possível quanto aos primeiros convocar diferentes ordens de considerações no plano da constitucionalidade (...)»

25.º

Ora, a esta luz, importa fazer notar que as medidas contestadas denunciam um “estatuto diminuído” dos aposentados e reformados, acoplando a essa sua condição — e unicamente em razão da mesma — uma obrigação especial perante os encargos públicos.

26.º

Esta situação é tanto mais evidente e gravosa porquanto extravasa as pensões de reforma ou aposentação recebidas através do sistema público de segurança social, atento o recorte, no artigo 78.º da Lei do

Orçamento do Estado para 2013, da contribuição extraordinária de solidariedade, a qual, nomeadamente no caso dos fundos de pensões, configura uma tributação específica de determinados rendimentos de capitais, em termos não aplicáveis à generalidade dos rendimentos desta categoria.

27.º

Com efeito, quanto à suspensão/redução, nos termos legislativamente conformados, do subsídio de férias ou equivalentes pagos por verbas públicas aos reformados e aposentados, está em causa a ablação, na medida determinada, de uma prestação complementar que, conforme declarado no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 353/2012, assume «a mesma natureza das prestações mensais pagas a estas pessoas, caracterizadas por uma periodicidade distinta, mas que se integram no cômputo global anual da pensão» (sublinhado meu).

28.º

De outro modo dito, as medidas que dimanam do artigo 77.º da Lei do Orçamento do Estado para 2013, redundam, para os aposentados e reformados abrangidos, numa amputação do montante anual das respetivas pensões.

29.º

Cumulativamente com essa “compressão” de rendimentos, os aposentados e reformados, com a amplitude do alcance definido no n.º 3 do artigo 78.º, são sujeitos, unicamente por força dessa sua condição, a um corte acrescido das respetivas pensões e outras prestações equiparadas para o efeito pelo legislador, operado por via da chamada contribuição extraordinária de solidariedade, a qual discrimina negativamente as pensões e as prestações abrangidas para efeitos de tributação, redundando num tratamento fiscal diferenciado do círculo de cidadãos destinatários.

30.º

Não se desconhece que no Memorando de Entendimento sobre as Condiionalidades de Política Económica consta, no quadro da “política orçamental em 2012”, medida expressa com a seguinte formulação: «Reduzir as pensões acima de 1.500 euros, de acordo com as taxas progressivas aplicadas às remunerações do setor público a partir de janeiro de 2011, com o objetivo de obter poupanças de, pelo menos, 445 milhões de euros».

31.º

Para efeitos da redução das pensões operada por via do artigo 78.º em questão, o legislador fixou limiar aparentemente distinto (€1350) daquele fixado para a operatividade da redução remuneratória dos que exercem funções no setor público (€1500), previsivelmente em vista de, em ambas as situações, ter na sua base um aproximado rendimento “líquido” (tendo em conta que aqueles que exercem funções no setor público realizam descontos para os respetivos sistemas de segurança social, nos quais se integrem), e, por conseguinte, numa lógica de tendente equiparação no tratamento de situações que, como o Tribunal Constitucional antecipou, são distintas.

32.º

Estamos, por conseguinte, perante um “esforço adicional”, “em prol da comunidade” que é pedido, em significativa medida, aos aposentados e reformados, sobre os quais é ilegítimo, conforme anteriormente aduzido fazer recair qualquer obrigação qualificada perante os encargos públicos.

33.º

Subsiste, por conseguinte, quanto a este círculo de cidadãos, uma diferenciação discriminatória na participação nos encargos com a diminuição com o défice público, privados que são, por forças das normas objeto do presente pedido, de parte significativa do seu rendimento, com desvalor, em ultima instância, das exigências da igualdade proporcional.

34.º

Estas medidas ablativas são particularmente desproporcionadas e injustas — em onerosidade agravada pela cumulação das mesmas no contexto mais amplo de medidas de agravamento fiscal —, carecem de fundamento material bastante, constitucionalmente ponderoso face ao princípio da igualdade, para justificar o tratamento de desfavor conferido aos aposentados e reformados, mesmo num quadro de emergência económica, financeira e orçamental nacional.

35.º

Pelo que as normas em causa são inconstitucionais, por violação do princípio da igualdade consagrado no artigo 13.º da Constituição.

Da violação do princípio da proteção da confiança e da proibição do excesso:

36.º

À luz das exigências do princípio da proteção da confiança, ínsito no princípio do Estado de direito, a determinação, pelo legislador, das medidas ablativas em causa, não pode também deixar de ser, desde logo, aferida no quadro da distinção entre direitos em formação e direitos adquiridos.

37.º

Com efeito, por força dos ditames que inerem aos assinalados princípios constitucionais, não é idêntico o nível de tutela das expectativas relativamente a

- a) um trabalhador no ativo durante o período em que efetua as suas contribuições para o correspondente sistema de segurança social, num quadro legal aberto à revisibilidade, em comparação com
- b) uma pessoa já aposentada ou reformada em cuja esfera jurídica se consolidou, por aplicação de um determinado regime legal, a situação de concessão da aposentação/reforma com o consequente pagamento da respetiva pensão.

38.º

Os aposentados e reformados veem reduzidas as suas pensões, com lesão de expectativas legitimamente fundadas quanto à confiança gerada pela consolidação, no momento da aquisição do estatuto de aposentado/reformado do direito à pensão, bem como — o que não é despiendo — da sua adequada salvaguarda.

39.º

Importa realçar que a tal acresce não poder auferir o conjunto de destinatários das normas em causa em princípio, de rendimentos do trabalho, encontrando-se numa condição que dificilmente permite a reorientação da sua vida com o objetivo de fazer face a dificuldades acrescidas, designadamente por via de um mais vasto leque de medidas de austeridade.

40.º

A situação afigura-se tanto mais injusta, quanto é certo que, no que especificamente tange à contribuição extraordinária de solidariedade,

destinando-se a mesma a financiar o sistema público de segurança social (n.º 8 do artigo 78.º), como que duplica, no plano substantivo e em certa medida, uma obrigação contributiva a seu tempo já cumprida e, todavia, agora confrontada com a correspondente obrigação prestacional amputada.

41.º

Também neste plano, a iniquidade é tanto mais acentuada no que diz respeito às situações abrangidas pelo disposto no artigo 78.º e que se situam fora das relações contributivas no âmbito do sistema público de segurança social, tratando igualmente não só pensões de distinta natureza como também outras “prestações pecuniárias vitalícias devidas a qualquer título” aos cidadãos visados.

42.º

Acresce que, sempre numa ponderação sob os parâmetros constitucionais da proteção da confiança, não podem ser igualmente obnubiladas as específicas obrigações do Estado em matéria de proteção da terceira idade, estando consagrado no art. 72.º da Lei Fundamental o direito das pessoas idosas à segurança económica, em consideração, certamente, da já assinalada situação de maior vulnerabilidade em que se encontram nessa fase da vida.

43.º

Como se expressa Rui Medeiros a este respeito (*in* Jorge Miranda; Rui Medeiros, Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I, 2.ª edição, Coimbra: Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, 2010, pp. 1404-1405):

embora velhice e reforma não sejam sinónimos, não se pode olvidar que a passagem à situação de reforma e a dependência do sistema de pensões constituem frequentemente, um importante fator de vulnerabilização e de precarização da vida das pessoas idosas (Heloísa Perista, Usos do tempo, ciclo de vida e vivências da velhice, págs. 170-171). O direito à segurança económica que a Constituição assim autonomiza tem plena justificação, embora deva ser conjugado com o direito fundamental à segurança social das pessoas idosas (...) e constitua, nessa medida, uma incumbência do Estado. O núcleo essencial do dever de proporcionar segurança económica aos idosos, que se extrai do artigo 72.º, n.º 1, tem assim em vista as pensões pagas pelo sistema de segurança social que ao Estado cumpre organizar e manter (...).

44.º

Em consideração do que antecede, a frustração de expectativas legítimas que para o círculo dos aposentados e reformados decorre da aplicação do teor dos citados artigos 77.º e 78.º não se afigura constitucionalmente tolerável em vista dos parâmetros valorativos decorrentes do princípio da proteção da confiança, atendendo à “situação específica” das pessoas que integram o referido círculo e à proteção acrescida que lhes é devida, mesmo que em face de um interesse público de realização imperativa e do carácter transitório das medidas ablativas.

45.º

Acresce que, no plano das exigências de proporcionalidade, no quadro da necessária articulação entre o princípio da proteção da confiança e o princípio da proibição do excesso, as soluções normativas impugnadas, na sua aplicação cumulativa, vão para além dos “limites de razoabilidade e de justa medida”.

46.º

Com efeito, atentos a especificidade da situação dos aposentados e reformados afetados pelas medidas ablativas em questão e o cúmulo de sacrifício que as mesmas carregam, sobressai aqui a intensidade da afetação dos respetivos interesses e expectativas legítimas, estando em causa «reduções significativas, capazes de gerarem ou acentuarem dificuldades de manutenção de práticas vivenciais e de satisfação de compromissos assumidos (...)», para me socorrer de expressão constante do Acórdão n.º 396/2011 do Tribunal Constitucional.

47.º

A excessiva onerosidade revelada pelos montantes pecuniários que os aposentados e reformados visados perdem não é desprecianda, estando em causa perdas significativas para os patrimónios dos cidadãos atingidos em termos que acarretam a “frustração do «investimento na confiança»”, sobressaindo, outrossim, o desvalor das medidas questionadas à luz de uma aplicação articulada dos princípios da proibição do excesso e da proteção da confiança.

48.º

Assim sendo, estamos perante a afetação, com elevado grau de intensidade, de uma posição de confiança das pessoas especificamente visadas, constitucionalmente desconforme, afigurando-se a mesma despro-

porcionada pelo excessivo acréscimo de sacrifício e pela medida de esforço exigidos a este círculo determinado de cidadãos.

49.º

Pelo que as normas em causa são ainda inconstitucionais, por violação dos princípios da proteção da confiança e da proibição do excesso, ambos subprincípios densificadores do princípio do Estado de direito acolhido no artigo 2.º da Constituição”.

Notificado para se pronunciar, querendo, sobre os pedidos e a solicitação do requerente no Processo n.º 8/2013 de atribuição de prioridade para a apreciação e decisão, o autor da norma, em resposta, ofereceu o merecimento dos autos e deu a sua concordância à pretendida atribuição de prioridade.

Por despacho do Presidente do Tribunal foi ordenada a incorporação de todos processos e conferida prioridade à sua apreciação e decisão.

Foram apensos por linha uma nota explicativa de reflexão sobre as questões financeiras e jurídicas implicadas e quatro pareceres de jurisconsultos, que foram enviados ao Tribunal por iniciativa do proponente da norma, bem como dois pareceres enviados pelo Provedor de Justiça.

Elaborado o memorando a que alude o artigo 63.º, n.º 1, da Lei do Tribunal Constitucional e fixada a orientação do Tribunal, cabe decidir.

II — Fundamentação

A) Enquadramento preambular e descrição geral das medidas de consolidação orçamental previstas na Lei n.º 66-B/2012

1. De acordo com o enquadramento constante do Relatório que acompanhou a Lei do Orçamento de Estado para 2013, o conjunto das normas impugnadas inscreve-se no âmbito da concretização de uma orientação estratégica comprometida com o prosseguimento do esforço de consolidação orçamental previsto no Programa de Ajustamento Económico e Financeiro (PAEF) acordado entre o Governo português e o FMI, a Comissão Europeia e o BCE, nos termos do qual os limites quantitativos para o défice orçamental em 2012, 2013 e 2014, apesar de inicialmente fixados em 4,5%, 3,0% e 2,3%, respetivamente, foram revistos para 5%, 4,5% e 2,5%.

Segundo o Governo, «[a] revisão dos limites para o défice orçamental é justificada pelo diferente padrão do processo de ajustamento. Em particular verificou-se uma queda mais acentuada na procura interna, compensada parcialmente por uma maior contribuição das exportações líquidas para a atividade económica. Ao mesmo tempo verificou-se uma queda mais acentuada da massa salarial. Estes desenvolvimentos acentuaram os efeitos dos estabilizadores automáticos, reduzindo as receitas fiscais (em 1,6 pp. do PIB) e as contribuições para a segurança social (em 0,4 pp.) e aumentando as despesas com o subsídio de desemprego (em 0,2 pp.).» (Relatório do OE2013, pág. 42).

Ainda de acordo com a mesma fonte, «[o]s novos limites são consistentes com a necessária consolidação orçamental e têm por base o reconhecimento que o cumprimento dos anteriores limites só seria possível com custos económicos e sociais excessivamente elevados» (Relatório do OE2013, pág. 42).

Apresentado como “um exercício particularmente difícil” (Relatório do OE2013, pág. 45), o Orçamento do Estado para 2013, em especial as medidas suplementares de contenção orçamental no mesmo previstas, foi elaborado tendo em vista respeitar

o limite de 4,5% do PIB para o défice orçamental”, respondendo por essa via à «necessidade imperiosa de continuar o processo de acumulação de credibilidade e confiança junto dos credores, bem como de honrar os compromissos internacionais assumidos pelo Estado Português e, bem assim, de salvaguardar a realização das suas tarefas fundamentais perante os seus cidadãos» (Relatório do OE2013, pág. 39).

Tais medidas de consolidação orçamental têm uma natureza heterogénea, contemplando intervenções, quer pelo lado da receita, quer pelo lado da despesa. De acordo com a estimativa avançada pelo Governo, terão um efeito agregado de valor correspondente a 3,2% do PIB.

Entretanto, na sequência da sétima revisão regular do programa de Assistência Económica e Financeira os limites quantitativos para o défice orçamental em 2013, 2014 e 2015 foram revistos, respetivamente, para 5,5%, 4% e 2,5%.

2. As medidas adotadas pelo lado da receita, cujo impacto orçamental estimado ascende a 4.312,4 milhões de euro, correspondente a 2,6% do PIB (Quadro II.3.1, pág. 47 do citado relatório), «visam promover maior igualdade na distribuição do impacto das medidas de austeridade entre os diversos setores da sociedade portuguesa de forma a garantir que os contribuintes que revelam uma maior capacidade contributiva suportarão, na medida dessa capacidade, um esforço acrescido no esforço de consolidação (...), distribuído este equitativamente pelo “i) setor público e setor privado, por um lado; e pelos ii) titulares de rendimentos do trabalho e rendimentos de capital e da propriedade, por outro» (Relatório do OE2013, pág. 60).

Tais medidas, com base nas quais a previsão da receita fiscal para 2013 foi estimada no valor de M€ 35.947,7 — representando um acréscimo de 10,2% face à estimativa de execução da receita fiscal para 2012 (Relatório do OE2013, pág. 95) — são, entre outras, as seguintes:

Medidas relativas ao Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares, concretizadas nas alterações ao respetivo Código introduzidas

pelo artigo 186.º da Lei n.º 66-B/2012, contemplando estas a alteração da estrutura de taxas e de escalões do IRS, a introdução de uma sobretaxa de 3,5% — inicialmente perspectivada, de acordo com a versão constante da Proposta de Lei n.º 103/XII, em 4% —, a manutenção da taxa adicional de solidariedade ao último escalão de rendimentos e o agravamento para 28% da taxa liberatória aplicável aos rendimentos de capital, designadamente juros e dividendos, e às mais-valias em partes de capital e outros valores mobiliários, o que suporta a estimativa de que a receita proveniente do IRS venha a situar-se no valor de 12.066,3 milhões de euro, correspondente a uma variação de 30,7% relativamente à receita prevista para 2012 e a aproximadamente 32,74% da previsão global da receita fiscal para 2013 (cf. Relatório do OE 2013, Quadro III.1.5., pág. 95), ainda que com a afetação resultante do abaixamento final da sobretaxa referida;

Medidas relativas ao Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas, incluindo a manutenção de uma taxa adicional, a título de derrama estadual, de 3% sobre os lucros superiores a €1,5 M, e o abaixamento de €10M para €7,5M do limite a partir do qual o lucro tributável fica sujeito à aplicação de uma taxa adicional de 5% (Relatório do OE 2013, pág. 61), determinados no âmbito das alterações ao Código do IRC introduzidas pelo artigo 191.º da Lei n.º 66-B/2012, as quais suportam a estimativa de que a receita líquida em sede de IRC venha a situar-se em M€4.559,5, o que representa um crescimento de 3,9% face à receita homóloga prevista para 2012 e corresponde a cerca de 12,68% da previsão global da receita fiscal para 2013 (cf. Relatório do OE 2013, Quadro III.1.5., pág. 95)

Medidas relativas ao Imposto de Selo, as quais, associando-se ao impacto resultante da sujeição dos imóveis habitacionais de valor igual superior a 1 milhão de euros à taxa agravada de 1%, em sede de Imposto do Selo, resultante das alterações introduzidas pelo artigo 4.º da Lei n.º 55-A/2012, de 29 de outubro, incluem a criação de uma nova taxa de 20% sobre os prémios dos jogos sociais do Estado superiores a 5.000 euro, determinada pelo artigo 206.º da Lei n.º 66-B/2012, bem como a autorização legislativa para a criação de um imposto sujeito a uma taxa máxima de 0,3% sobre a generalidade das transações financeiras que tenham lugar em mercado secundário, resultante do artigo 239.º da mesma Lei, suportando a estimativa de um acréscimo de 15,4% face à receita homóloga prevista para 2012 (Relatório do OE 2013, pág. 95).

Medidas relativas a outros impostos indiretos, como o Imposto sobre o Valor Acrescentado (artigo 195.º da Lei n.º 66-B/2012), o Imposto de

Consumo sobre o Tabaco (artigo 207.º da Lei n.º 66-B/2012) e o Imposto sobre Bebidas Alcoólicas (artigo 207.º da Lei n.º 66-B/2012), cujo acréscimo estimado em face da receita homóloga prevista para 2012 é de 2,2%, 2,7% e 1,6%, respetivamente (Relatório do OE 2013, págs. 95 e 97).

3. Do lado da despesa, o esforço de consolidação orçamental concretiza-se na adoção de medidas que totalizam aproximadamente 2.700 milhões de euro (Relatório do OE 2013, pág. 135) — 1.700 dos quais se estima serem absorvidos pelo aumento de despesa face ao exercício de 2012 decorrente da reposição parcial de subsídios aos funcionários públicos e pensionistas —, representando uma diminuição estimada de 0,6% do PIB face ao exercício anterior (Relatório do OE 2013, Quadro II.3.1, pág.47), entre as quais se incluem as seguintes:

(i) Manutenção do congelamento nominal de remunerações para os trabalhadores das administrações públicas e do setor empresarial do Estado, bem como dos titulares de cargos políticos e outros altos cargos públicos, através da reprodução das seguintes medidas, constantes dos Orçamentos de 2011 e 2012:

- a. manutenção das reduções entre 3,5% e 10% para salários superiores a 1500 euro/mês (artigo 27.º da Lei n.º 66-B/2012);
- b. proibição, como regra geral, de quaisquer valorizações remuneratórias decorrentes de promoções ou progressões (artigo 35.º da Lei n.º 66-B/2012);
- c. proibição de atribuição de prémios de gestão aos gestores de empresas públicas, entidades reguladoras e institutos públicos (artigo 37.º da Lei n.º 66-B/2012).

(ii) Suspensão do pagamento do subsídio de férias ou equivalente nos termos que vigoraram em 2012 (artigo 29.º da Lei n.º 66-B/2012).

(iii) Redução anual de efetivos em 2%, com impacto estimado de redução da despesa em 0,2% do PIB, em valores brutos face ao ano anterior (€330 M) — Relatório do OE 2013, págs. 47 e 49.

(iv) Outras medidas de racionalização dos custos com pessoal para redução da despesa no valor estimado de €249M (Relatório do OE 2013, pág. 50), contemplando a:

- a. Redução do número de contratos de trabalho a termo resolutivo (artigo 59.º da Lei n.º 66-B/2012).
 - b. Alteração das regras de atribuição do abono de ajudas de custo nas deslocações em serviço (alteração ao Decreto-Lei n.º 106/98, de 24 de abril, introduzida pelo artigo 41.º da Lei n.º 66-B/2012) da redução de subsídio de residência/habitação atribuído a titulares de cargos públicos (alteração ao Decreto-Lei n.º 72/80, de 15 de abril, introduzida pelo artigo 43.º da Lei n.º 66-B/2012), com a consequente redução dos valores atualmente previstos.
 - c. Redução em 50% do valor das subvenções pagas aos trabalhadores que, no âmbito da mobilidade especial, se encontram de licença extraordinária (artigo 34.º da Lei n.º 66-B/2012);
Redução adicional na compensação sobre o valor do pagamento do trabalho extraordinário em dia normal de trabalho, aplicável aos trabalhadores cujo período normal de trabalho não exceda as sete horas por dia ou as trinta e cinco horas por semana, equivalente a 12,5 % da remuneração na primeira hora e a 18,75% da remuneração nas horas ou frações subsequentes (artigo 45.º, n.º 1, da Lei n.º 66-B/2012) e a redução para 25% do valor do acréscimo remuneratório devido por cada hora de trabalho extraordinário prestado em dia de descanso semanal, obrigatório ou complementar, e em dia feriado (artigo 45.º, n.º 2, da Lei n.º 66-B/2012)
- (v) Medidas no âmbito da proteção social e aposentação ou reforma, contemplando:
- a. Alteração das regras relativas à atribuição do subsídio de doença no âmbito do Regime de Proteção Social Convergente, através do não pagamento de baixas até 3 dias e a redução de 10% na remuneração base diária (sem possibilidade de reembolso) para baixas médicas a partir do 4.º até ao 30.º dia (alteração ao Decreto-Lei n.º 100/99, de 31 de março, introduzida pelo artigo 76.º da Lei n.º 66-B/2012);
 - b. Fixação em 65 anos da idade de aposentação estabelecida no regime geral do Estatuto da Aposentação (artigo 81.º da Lei n.º 66-B/2012).
 - b. Instituição de uma contribuição adicional sobre pensões (Contribuição Extraordinária de Solidariedade — CES) entre 3,5% e 10% para pensões mensais a partir de €1.350 (artigo 78.º da Lei n.º 66-B/2012).

c. Suspensão de 90% do pagamento do subsídio de férias ou equivalente a aposentados e reformados cuja pensão mensal seja superior a €1100 (artigo 77.º da Lei n.º 66-B/2012);

(vi) Agravamento em 50% da redução de transferências a conceder às Fundações identificadas na Resolução do Conselho de Ministros n.º 79-A/2012, de 25 de setembro, e proibição da realização de quaisquer transferências para as fundações que não acederam ao censo desenvolvido em execução do disposto na Lei n.º 1/2012, de 3 de janeiro, ou cujas informações incompletas ou erradas impossibilitaram a respetiva avaliação (artigo 14.º da Lei n.º 66-B/2012);

(vii) Compromisso para a redução de encargos nas parcerias público-privadas do setor rodoviário no valor expectável em 2013 de 30 % face ao valor originalmente contratado (artigo 143.º da Lei n.º 66-B/2012);

(viii) Medidas para a redução dos custos operacionais no âmbito do setor empresarial do Estado, contemplando a:

Redução no seu conjunto, no mínimo, em 3% do número de trabalhadores face aos existentes em 31 de dezembro de 2012, com exceção dos hospitais, E.P.E. (artigo 63.º da Lei n.º 66-B/2012).

Na medida em que o cálculo do impacto orçamental é aferido face ao ano de 2012, a suspensão do pagamento do subsídio de férias ou equivalente aos funcionários públicos e a suspensão do pagamento de 90% do subsídio de férias aos pensionistas não são contabilizadas como medidas de poupança do lado da despesa, sendo antes descontado do total de medidas do lado da despesa o montante correspondente à reposição do subsídio de Natal ou equivalente aos funcionários públicos e pensionistas (no valor de 1.673,5 milhões de euro), obtendo-se uma diminuição da despesa de apenas 1.025,6 milhões de euros (Relatório do OE 2013, Quadro II.3.1., pág. 47).

4. O último dado relevante para o enquadramento das medidas consagradas nas normas impugnadas diz respeito aos pressupostos com base nos quais foi definida a estratégia orçamental do Governo concretizada na Lei n.º 66-B/2012.

De acordo com o Relatório da Lei do Orçamento de Estado, o cenário macroeconómico para 2013 prevê uma contração do PIB

em 1% em média anual, valor que, por um lado, aponta para uma inversão da tendência registada desde 2011 — no ano de 2011 verificou-se uma contração do PIB em 1,7%, sendo estimada em 2012 uma contração do crescimento económico em 3% — e, por outro, reflete as características de ajustamento da economia portuguesa verificadas em anos anteriores, na medida em que se prevê uma contração adicional do consumo privado de 2,2%, associada à taxa de desemprego estimada de 16,4%, bem como à redução do rendimento disponível das famílias (Relatório do OE 2013, págs. 24-25).

Entretanto, há já outros indicadores que revelam um agravamento destes dados, que permitem situar a contração do PIB em 2,3% em média anual, a contração adicional do consumo privado em 3,5%, e a atual taxa de desemprego em 18,2%.

B. Normas que estabelecem a manutenção da redução remuneratória e suspendem total ou parcialmente o pagamento do subsídio de férias ou equivalente (artigos 27.º e 29.º).

1. Enquadramento.

5. A Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro, que aprova o Orçamento do Estado para 2013, determina, no seu artigo 27.º, n.º 1, que a «partir de 1 de janeiro de 2013 mantém-se a redução das remunerações totais ilíquidas mensais das pessoas a que se refere o n.º 9, de valor superior a €1500, quer estejam em exercício de funções naquela data quer iniciem tal exercício, a qualquer título, depois dela, conforme determinado no artigo 19.º da Lei n.º 55-A/2010, de 31 de dezembro, alterada pelas Leis n.os 48/2011, de 26 de agosto, e 60-A/2011, de 30 de novembro, e mantido em vigor pelo n.º 1 do artigo 20.º da Lei n.º 64 -B/2011, de 30 de dezembro, alterada pela Lei n.º 20/2012, de 14 de maio», redução essa que será de: «a) 3,5 % sobre o valor total das remunerações superiores a €1500 e inferiores a € 2000; b) 3,5 % sobre o valor de €2000 acrescido de 16 % sobre o valor da remuneração total que exceda os €2000, perfazendo uma taxa global que varia entre 3,5% e 10%, no caso das remunerações iguais ou superiores a €2000 até

€4165; c) 10 % sobre o valor total das remunerações superiores a €4165».

Através desta norma, a Lei n.º 66-B/2012 faz transitar para o ano de 2013 o regime instituído pelo artigo 19.º da Lei n.º 55-A/2010, de 31 de dezembro (Lei do Orçamento de Estado para 2011) e já transposta para o ano de 2012 pelo artigo 20.º da Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro (Lei do Orçamento de Estado para 2012), assim operando uma redução, entre 3,5% e 10%, em função do respetivo montante, das remunerações superiores a €1.500 que devam ser pagas, através de dinheiros públicos, a um amplo universo de sujeitos no qual se incluem os titulares de órgãos de soberania, dos demais órgãos constitucionais e de cargos públicos, os militares das Forças Armadas e da Guarda Nacional Republicana, os gestores públicos e equiparados, e os trabalhadores na Administração central, regional e local do Estado, bem como em empresas, fundações e estabelecimentos públicos.

Em relação às normas pretéritas suas congêneres — isto é, ao disposto nos n.ºs 1, 2 e 9 do artigo 19.º da Lei n.º 55-A/2010, de 31 de dezembro, e no n.º 1 do artigo 20.º da Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro —, a disposição constante do artigo 27.º não contém qualquer modificação relevante da regra aplicável, o que permite concluir que a redução remuneratória imposta aos trabalhadores do setor público persistirá em 2013 sem qualquer modificação objetiva ou subjetiva. Não há qualquer compressão ou ampliação dos coeficientes legais, mínimo e máximo, aplicáveis e/ou dos montantes remuneratórios a que os mesmos se encontram indexados, nem limitação ou expansão do universo de sujeitos abrangidos pela medida, com exceção da eliminação da referência expressa aos governadores e vice-governadores civis constante da alínea j) do n.º 9 do artigo Lei n.º 55-A/2010, de 31 de dezembro, o que resulta da transferência de competências dos governos civis para outras entidades da Administração Pública, determinada pelo Decreto-Lei n.º 114/2011, de 30 de novembro.

Deste ponto de vista, o alcance do artigo 27.º da Lei n.º 66-B/2012 consistirá na imposição às pessoas que auferem rendimentos salariais no âmbito do setor público, pelo terceiro ano consecutivo, da redução remuneratória que vigorou nos anos de 2011 e

2012, nos exatos termos em que a mesma foi fixada e vigorou, em qualquer um desses anos.

6. A par da manutenção da redução nas remunerações introduzida pela Lei n.º 55-A/2010, de 31 de dezembro, a Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro, determina, no seu artigo 29.º, n.º 1, que durante «a vigência do PAEF, como medida excecional de estabilidade orçamental é suspenso o pagamento do subsídio de férias ou quaisquer prestações correspondentes ao 14.º mês às pessoas a que se refere o n.º 9 do artigo 27.º, cuja remuneração base mensal seja superior a €1100».

O n.º 2 deste artigo estabelece, por sua vez, que “[a]s pessoas a que se refere o n.º 9 do artigo 27.º, cuja remuneração base mensal seja igual ou superior a €600 e não exceda o valor de €1100 ficam sujeitas a uma redução no subsídio de férias ou nas prestações correspondentes ao 14.º mês, auferindo o montante calculado nos seguintes termos: subsídio/prestações = 1320 - 1,2 x remuneração base mensal”.

Nos termos destas disposições legais, determina-se a suspensão total ou parcial do pagamento do subsídio de férias ou quaisquer prestações correspondentes ao 14.º mês para pessoas que auferem remunerações salariais de entidades públicas — cujo universo é feito expressamente coincidir com o dos titulares de retribuições sujeitas à redução determinada pelo artigo 27.º da mesma lei —, estabelecendo-se que tal medida visa aplicar-se durante o período de vigência do Programa de Assistência Económica e Financeira (PAEF) acordado pelo Estado Português com o Fundo Monetário Internacional e as instituições competentes da União Europeia.

Ressalta destas normas que, apesar de impor aos trabalhadores do setor público, pelo segundo ano consecutivo, a suspensão total ou parcial do pagamento do subsídio de férias ou quaisquer prestações correspondentes ao 14.º mês iniciada com Lei n.º 64-B/2011, a Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro, ao contrário daquela, não prevê a concomitante suspensão do subsídio de Natal ou quaisquer prestações correspondentes ao 13.º mês, o qual, nos

termos do artigo 28.º da Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro, será pago em duodécimos.

7. A suspensão total ou parcial do pagamento do subsídio de férias ou quaisquer prestações correspondentes ao 14.º mês aos trabalhadores do setor público é determinada nos termos em que foi fixada para o ano de 2012 pelo artigo 21.º da Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro, persistindo estruturada a partir de uma diferenciação baseada em dois níveis de rendimento:

- para os rendimentos mensais líquidos entre €600 e €1.100, o legislador manteve a fórmula “subsídios/prestações = 1320 - 1,2 X remuneração base mensal”, já anteriormente prevista no artigo 21.º, n.º 2, da Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro;
- para os rendimentos mensais superiores a €1.100, encontra-se prevista a ablação da totalidade do subsídio de férias ou equivalente, nos termos e na medida em que a mesma fora determinada para o ano de 2012 pelo n.º 1 do artigo 21.º, da Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro.

8. De acordo com o artigo 31.º da Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro, a redução remuneratória e a suspensão total ou parcial do pagamento do subsídio de férias ou quaisquer prestações correspondentes ao 14.º mês determinadas nos artigos 27.º e 29.º do mesmo diploma, respetivamente, é ainda aplicável aos valores pagos por contratos que visem o desenvolvimento de atividades de docência ou de investigação e que sejam financiados por entidades privadas, pelo Programa Quadro de Investigação e Desenvolvimento da União Europeia ou por instituições estrangeiras ou internacionais, exclusivamente na parte financiada por fundos nacionais do Orçamento do Estado.

Apesar de a inconstitucionalidade do artigo 31.º da Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro, ser concomitantemente invocada pelos requerentes do pedido que deu origem ao Processo n.º 8/2013, trata-se, de acordo com os fundamentos em que assenta, de uma inconstitucionalidade meramente consequencial,

no sentido em que, de acordo com a perspetiva seguida, será determinada, direta e exclusivamente, pela natureza remissiva da norma impugnada.

Trata-se, portanto, de um vício que reside, não na opção de estender o regime definido nos artigos 27.º e 29.º da Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro, ao universo caracterizado no artigo 31.º do mesmo diploma, em razão da respetiva natureza ou especificidade, mas do efeito que a inconstitucionalidade daquele regime projetará sobre a validade constitucional da norma que para ele remete.

Por essa razão, não deverá ser objeto de tratamento autónomo.

2. Âmbito temporal de vigência

9. Enquanto que a norma constante do artigo 27.º, n.º 1, da Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro (relativa às reduções salariais), à semelhança do que sucedeu com as correspondentes normas dos artigos 19.º e 20.º das Lei n.º 55-A/2010, de 31 de dezembro (Lei do Orçamento de Estado para 2011) e 64-B/2011, de 30 de dezembro (Lei do Orçamento de Estado para 2012), respetivamente, não especifica o termo final do período a que destina a aplicação da redução das remunerações totais ilíquidas mensais de valor superior a €1500 aos trabalhadores do setor público, a norma inserta no artigo 29.º, n.º 1, da mesma Lei, tal como a que constava do artigo 21.º da Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro (relativa à supressão do subsídio de férias), para além de assumirem expressamente a natureza “excecional” e o caráter “orçamental” das medidas nelas previstas, definem o seu âmbito temporal de vigência, fazendo-o coincidir com o da vigência do PAEF.

A questão relativa à determinação do período de vigência de normas inseridas em leis orçamentais que, acompanhadas ou não de um elemento delimitador do respetivo âmbito temporal de vigência, afetam o valor da remuneração dos trabalhadores do setor público não é nova, tendo começado por colocar-se no âmbito da fiscalização da constitucionalidade do artigo 19.º da Lei n.º 55-A/2010, de 31 de dezembro (Orçamento do Estado para

2011), que determinou, pela primeira vez, a redução dos vencimentos mensais, pagos por dinheiros públicos, superiores a €1500, entre 3,5% e 10%, consoante o seu montante.

Quanto a saber se as reduções impostas pelo artigo 19.º da Lei n.º 55-A/2010, de 31 de dezembro, operavam a título definitivo ou a título meramente transitório, o acórdão n.º 396/2011, que se pronunciou sobre essa disposição, recusou extrair da ausência de uma cláusula de temporalidade uma conclusão favorável à definitividade da medida, tomando por base a natureza das normas em causa e os preceitos constitucionais relativos à vigência das leis do Orçamento.

Segundo foi então afirmado, apesar de “não consist[irem] numa mera inscrição de verbas, em normas de aprovação dos mapas de receitas e despesas” e se poderem suscitar por isso “dúvidas quanto à sua natureza especificamente orçamental”, as normas então impugnadas “apresenta[vam] uma imediata incidência financeira, já que visa[vam] diretamente reduzir o valor das despesas inscritas no orçamento para o ano a que respeita”, não podendo ser por isso consideradas *cavaliers budgétaires*.

Tendo por dificilmente sustentável a perspetiva segundo a qual essas normas regulariam, afinal, «matéria alheia à função específica e mais estrita do orçamento, enquanto instrumento de programação anual económico-financeira da atividade do Estado», o Tribunal assumiu o entendimento de que se tratava de disposições que tinham a função de dar «suporte normativo a uma dada previsão de despesas, e sendo a sua aplicação indispensável à sua correta execução, elas repercut[iam-se] diretamente no próprio quadro contabilístico do orçamento, integrando-se substancialmente neste diploma, como sua componente essencial».

Concluiu-se, assim, que as normas constantes do artigo 19.º da Lei n.º 55-A/2010, de 31 de dezembro, na medida em que “não se projeta[vam], com independência, para fora da aprovação e execução do Orçamento do Estado”, tinham “caráter orçamental”, pelo que, «por força de regra constitucional (artigo 106.º, n.º 1, da Constituição)”, não poderiam gozar senão de vigência anual, o que tornava desnecessária a determinação autónoma do “termo final da sua vigência”, pois este encontrar-se-ia «definido constitucional e

legislativamente (artigo 4.º, n.º 1, da Lei de enquadramento orçamental — Lei n.º 91/2001, de 20 de agosto, na redação da Lei n.º 48/2004, de 24 de agosto)».

Apesar de assim concluir, o Tribunal considerou, todavia, não poder «ignorar-se que as reduções remuneratórias estabelecidas na Lei do Orçamento do Estado de 2011 t[inham] como objetivo final a diminuição do défice orçamental para um valor precisamente quantificado, respeitador do limite estabelecido pela União Europeia, no quadro das regras da união económica e monetária», para que “fo[ra] estabelecida uma calendarização por etapas anuais”, prevendo-se para 2013 a “satisfação plena de tal objetivo”.

No contexto descrito, poderia dizer-se que «as medidas de diminuição da despesa pública inscritas no Orçamento de 2011 mais não representa[riam] do que uma parcela, uma fase, de um programa cuja realização integral se estende[ria] por um horizonte temporal mais alargado».

Porém, na medida em que o legislador não optara “por estabelecer expressamente para as reduções remuneratórias uma vigência correspondente à do PEC (2010-2013)”, aquele dado “não invalida[ria] a conclusão de que elas vigorar[iam] segundo a sua natureza de medidas de carácter orçamental” —, isto é, com base num princípio de anualidade —, apenas levando «a dar como praticamente certa, porque necessária para o cumprimento das vinculações assumidas, a repetição de medidas de idêntico sentido, para vigorar nos anos correspondentes aos da execução do programa que as justifica e em que se integram, ou seja, até 2013».

De qualquer forma, segundo o Tribunal, esta prognose, a ser tida em conta, «apenas pode[ria] fundar a conclusão de que estas medidas ter[iam] uma duração plurianual, sem pôr em causa o seu carácter transitório, de acordo com a sua razão de ser e natureza, de resposta normativa a uma conjuntura excecional, que se pretende corrigir, com urgência e em prazo o mais breve possível, para padrões de normalidade».

10. Embora em termos não inteiramente coincidentes, o problema relativo à determinação do âmbito temporal de vigência das normas que afetam o valor da remuneração dos trabalhadores

do setor público inscritas em leis orçamentais voltou a colocar-se no âmbito da fiscalização da constitucionalidade do artigo 21.º da Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro (Lei do Orçamento de Estado para 2012), que determinou, no respetivo n.º 1, a suspensão “durante a vigência do Programa de Assistência Económica e Financeira (PAEF), como medida excecional de estabilidade orçamental” do pagamento de subsídios de férias e de Natal ou quaisquer prestações correspondentes aos 13.º e/ou 14.º meses aos trabalhadores do setor público cuja remuneração base mensal seja superior a €1.100.

Neste caso, decidido pelo acórdão n.º 353/2012, a questão colocada consistiu em saber se a inscrição daquela medida numa lei orçamental determinaria a sujeição do respetivo âmbito temporal de vigência aos limites para esta legal e constitucionalmente fixados, ou se, pelo contrário, tal âmbito deveria ser estabelecido a partir da cláusula de temporalidade inserta na própria norma do n.º 1 do artigo 21.º da Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro, hipótese em que passaria a contemplar, não apenas o ano de 2012, mas também os de 2013 e 2014, por ser esse o período de vigência do PAEF.

Tendo prevalecido este último entendimento, o Tribunal considerou então que «como os artigos 21.º e 25.º, da Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro, remet[iam] para o período de vigência do PAEF, a duração da suspensão de pagamentos neles decretada, tal medida não pod[eria] deixar de ter, pelo menos, a duração de 3 anos, abrangendo os anos de 2012, 2013 e 2014».

11. Atenta, desde logo, a coincidente estrutura temporal das normas constantes dos artigos 27.º, n.º 1, da Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro, e 19.º, n.º 1, da Lei n.º 55-A/2010, de 31 de dezembro, por um lado, e dos artigos 29.º, n.º 1, da Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro, e 21.º da Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro, por outro, não há razão para divergir do juízo sobre a temporalidade das medidas impugnadas subjacente aos julgamentos efetuados através dos Acórdãos n.º 396/2011 e 353/2012.

A limitação ao ano de 2011 do âmbito temporal de vigência da redução salarial, sem indicação de qualquer termo final, determinada

pelo artigo 19.º, n.º 1, da Lei n.º 55-A/2010, de 31 de dezembro, tal como normativamente a perspetivou o Acórdão n.º 396/2011, encontra-se implicitamente assumida e confirmada pela opção de renovar, primeiro no artigo 20.º da Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro, e agora no artigo 27.º, n.º 1, da Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro, a norma que impôs aquele efeito. De facto, se tal norma tivesse consagrado a título definitivo a redução das remunerações dos trabalhadores do setor público superiores a €1.500, aquela renovação apresentar-se-ia, não só desnecessária, como até mesmo contraditória, já que, neste caso, a simples inércia do legislador seria suficiente para assegurar a manutenção da redução salarial aos trabalhadores do setor público para os anos de 2012 e 2013.

Embora a consecutividade da medida consistente na redução das remunerações dos trabalhadores do setor público superiores a €1.500 constitua, por isso, apenas o resultado da reprodução do regime instituído no 19.º, n.º 1, da Lei n.º 55-A/2010, de 31 de dezembro, primeiro pelo artigo 20.º da Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro, e agora pelo artigo 27.º da Lei n.º 66-B/2012, a respectiva propensão plurianual, baseada na calendarização dos objetivos orçamentais a cujo prosseguimento a mesma se encontrava já então funcionalizada, não deixou de ser caracterizada no Acórdão n.º 396/2011, que a considerou compatível com a natureza transitória da afetação imposta.

Apesar de a plurianualidade da redução das remunerações dos trabalhadores do setor público se tornar agora, senão prospetiva, pelo menos retrospectivamente mais evidente, persistem as razões que, no contexto normativo subjacente ao 19.º, n.º 1, da Lei n.º 55-A/2010, de 31 de dezembro, conduziram o Tribunal a não pôr em causa o seu carácter transitório e temporário.

Considerado o respetivo enquadramento orçamental, tal carácter continua a resultar com clareza da circunstância de se tratar de uma medida inscrita na estratégia de consolidação orçamental, através da redução da despesa, tendo em vista o cumprimento dos limites quantitativos para o défice (Relatório, págs. 46 e 48).

Pode concluir-se, assim, que as distintas opções legislativas, quanto à indicação de um termo final para a redução de remunerações, por um lado, e a suspensão de subsídios, por outro, não invia-

bilizam a qualificação unitária, que a ambas abrange, de medidas com carácter transitório. Apenas, no segundo caso, ficou normativamente expressa uma duração correspondente à do PAEF, o que, de todo o modo, como adiante veremos, não dispensa, para dar essa vigência temporal à suspensão, a renovação da medida em cada orçamento desse período, dada a regra da anualidade orçamental — exigência exatamente coincidente com a que se submete a redução de remunerações, para obter aplicação plurianual.

Nada de substancial distingue, pois, quanto a este ponto, os dois regimes, apresentando eles de comum uma vigência temporária, não definitiva — a característica que foi tida em conta nos acórdãos n.ºs 396/2011 e 353/2012 e é verdadeiramente relevante, como fator de valoração.

C. Questões de constitucionalidade comuns às normas dos artigos 27.º e 29.º

12. No Processo n.º 2/2013, o requerente suscitou a inconstitucionalidade da norma do artigo 29.º da Lei do Orçamento do Estado para 2013 com base na violação do princípio da capacidade contributiva e do princípio da igualdade proporcional. Relativamente à mesma norma, os requerentes no Processo n.º 5/2013, invocaram, além da desconformidade com o princípio da igualdade perante os encargos públicos e o princípio da proporcionalidade, a infração ao princípio da proteção da confiança e ao princípio da anualidade do orçamento, a que se refere o artigo 106.º, n.º 1, da Constituição.

Os requerentes no Processo n.º 8/2013 alargaram o pedido também à norma do artigo 27.º, e imputaram conjuntamente às duas disposições um juízo de inconstitucionalidade por violação do respeito pelo princípio da dignidade da pessoa humana consagrado no artigo 1.º da Constituição; por violação do princípio da confiança enquanto elemento estruturante do Estado de direito democrático consagrado no artigo 2.º; por violação do princípio da proibição do excesso em termos de igualdade proporcional consagrado no artigo 13.º; por violação do direito à contratação coletiva

consagrado no artigo 56.º, n.º 3; por violação do direito ao salário consagrado no artigo 59.º, n.º 1, alínea a); por violação das obrigações decorrentes de contrato na elaboração do Orçamento do Estado nos termos do artigo 105.º, n.º 2, e ainda por violação do caso julgado no acórdão n.º 353/2012.

Articulando o objeto de qualquer dos pedidos, interessa começar por analisar as questões de constitucionalidade que, sendo comuns às referidas disposições dos artigos 27.º e 29.º, não são influenciadas pelo diferente conteúdo preceptivo das normas e justificam um tratamento uniforme, deixando para um momento posterior a análise da alegada violação do princípio da confiança e do princípio da igualdade proporcional, que pode implicar uma diferenciada ponderação em relação a cada um dos preceitos que está especificamente em causa.

Por outro lado, uma vez que a redução da remuneração mensal base imposta pelo artigo 27.º da Lei n.º 66-B/2012 apenas atinge as retribuições superiores a €1500, a dúvida de constitucionalidade relativa ao princípio da existência condigna — também invocado pelos requerentes —, apenas poderá colocar-se quanto à suspensão parcial do pagamento do subsídio de férias ou 14.º mês determinada pelo n.º 2 do artigo 29.º daquele diploma, que atinge os titulares de remunerações base mensais iguais ou superiores a €600 que não excedam o valor de €1100, pelo que apenas se justificará apreciar essa matéria a propósito dessa outra disposição.

Neste sentido, tomar-se-ão em conta, por agora, as questões relativas ao caso julgado, à regra da anualidade orçamental, à regra do artigo 105.º, n.º 2, da Constituição, ao direito à contratação coletiva, à aplicabilidade da constituição fiscal e ao direito à retribuição.

1. Ofensa do caso julgado

13. Pode, desde já, ter-se por manifestamente infundada a invocação, no pedido que deu origem ao Processo n.º 8/2012, da violação do caso julgado, como um dos fundamentos da alegada

inconstitucionalidade das normas dos artigos 27.º, 29.º e 31.º da Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro.

Essa alegação socorre-se da declaração de inconstitucionalidade emitida no acórdão n.º 353/2012. Tal declaração recaiu sobre as normas da Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro, que suspenderam, total ou parcialmente, os subsídios de férias e de Natal dos trabalhadores com funções públicas e dos reformados. Não é esse o conteúdo precativo das normas agora em apreciação, conclusão que não é infirmada por uma eventual identidade da medida da afetação patrimonial que elas possam causar na esfera das categorias de sujeitos abrangidos, por efeito da aplicação cumulativa de outras medidas.

No caso em apreço, apenas poderá estar em causa a pretensão de lançar mão da fundamentação de uma anterior decisão de inconstitucionalidade sobre determinada norma como critério invalidante de um outro preceito que produza idêntico efeito prático. Ainda que possa admitir-se que a fundamentação jurisprudencial de uma decisão de inconstitucionalidade tenha a virtualidade de desempenhar um papel de orientação de futuras atuações legislativas (mas sem eximir o legislador à sua responsabilidade política própria, quando decide tomar medidas alternativas às declaradas inconstitucionais), é constitucionalmente inadmissível pretender que essa fundamentação tenha força de caso julgado e seja, por si, invalidante de uma nova solução legislativa.

2. Ofensa da regra da anualidade orçamental

14. Ao contrário da norma que determina a redução dos salários dos trabalhadores do setor público para o ano de 2013, a norma relativa à suspensão do pagamento do subsídio de férias ou equivalente, constante do artigo 29.º, n.º 1, da Lei n.º 66-B/2012 contém uma cláusula de temporalidade, através da qual o respetivo âmbito temporal de vigência é feito coincidir com o da vigência do PAEF.

Para os requerentes do pedido que deu origem ao Processo n.º 5/2013, em tal cláusula residirá um dos fundamentos para a sua invalidação constitucional.

Tal vício decorrerá, assim, da pretensão de um efeito plurianual gerado pela indexação do âmbito de aplicação temporal à vigência do PAEF, o que constituirá uma violação do princípio da anualidade estabelecido no artigo 106.º, n.º 1, da Constituição.

A regra da anualidade do orçamento foi expressamente consagrada na versão originária da Constituição de 1976 (artigo 108.º), tendo sido eliminada pela revisão de 1982 e reposta, de forma direta e autónoma, no âmbito da revisão de 1997, constando agora do n.º 1 do artigo 106.º da Lei Fundamental.

Mesmo perante a versão de 1982, a doutrina e a jurisprudência mantiveram o entendimento de que, apesar da ausência de um expreso imperativo constitucional, a opção do legislador constituinte se mantivera inalterada, devendo, por isso, continuar a considerar-se consagrada a regra da anualidade.

Procurando delimitar o âmbito de aplicação dessa regra, o acórdão n.º 358/92 considerou que o mesmo “se reporta ao Orçamento propriamente dito, donde decorre que “o princípio da anualidade do Orçamento (...) só será violado quando a uma certa previsão de receita ou de despesa do Orçamento — à previsão de uma receita do respetivo mapa; ou à dotação de certas verbas de um mapa de despesa — se atribuir uma duração plurianual” (cfr., no mesmo sentido, o acórdão n.º 108/88)”.

Ora, não é esse o efeito produzido pela cláusula de temporalidade inserta na norma orçamental constante do artigo 29.º, n.º 1, da Lei n.º 66-B/2012.

Na medida em que a referida cláusula, apesar de definir para cada uma das normas em que se insere um termo final de vigência que ultrapassa o ano a que se refere o exercício orçamentado, não tem, ela própria, uma expressão orçamental equivalente — isto é, não se traduz numa previsão de receita ou de despesa de duração correspondente —, a respetiva vocação plurianual, não só não dispensa a reiteração nas leis orçamentais subsequentes abrangidas ainda pelo período de vigência do PAEF, como não viola, por aquela razão, a regra constitucional da anualidade do orçamento, até porque esta, apesar de consagrada de “forma rigorosa” no n.º 1 do artigo 106.º da Constituição, «é compatível com a orçamentação plurianual, admitida pelo n.º 3 do artigo 105.º ao estabelecer a

possibilidade de orçamentação por programas» (Jorge Miranda/Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo II, Coimbra, 2006, pág. 236).

Consequentemente, a norma do artigo 29.º da Lei n.º 66-B/2012, não viola o princípio constitucional da anualidade, consagrado no artigo 106.º, n.º 1, da Constituição.

3. Violação da regra do n.º 2 do artigo 105.º da Constituição

15. Os requerentes do pedido que deu origem ao Processo n.º 8/2012 alegam ainda que a redução das prestações pecuniárias a cargo do Estado-empregador viola a norma extraída do n.º 2 do artigo 105.º da Constituição, na parte em que manda elaborar o orçamento “tendo em conta as obrigações decorrentes de lei ou de contrato”. A relação jurídica de emprego público, entre o Estado e os trabalhadores ao seu serviço, configuraria uma relação contratual, de que o valor da remuneração é elemento essencial, devendo ser esse o valor orçamentado na rubrica das despesas atinentes aos custos salariais.

Não sofre dúvida de que “os encargos com o pessoal do serviço do Estado” integram “as obrigações decorrentes da lei ou do contrato” a ter em conta na elaboração do Orçamento do Estado (Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.ª edição, Coimbra, 2010, pág.1103).

Mas essa norma não é aqui autonomamente convocável.

Enquanto regra respeitante ao Orçamento de Estado, a norma constante do n.º 2 do artigo 105.º da Constituição estabelece a necessidade de uma correspondência financeira ou contabilística entre a dotação orçamental prevista e as obrigações legais e contratuais que oneram o Estado tal como estas se apresentam no momento em que aquela adquire valor e eficácia jurídica, isto é, no momento da publicação da lei do orçamento. Mas nada nos diz quanto à substância e valor monetário dessas obrigações, em nada obstando que estes sejam orçamentalmente definidos de modo diferente do que resultaria de anteriores instrumentos jurídicos.

Para ajuizar da validade ou não dessa alteração e da sua medida, o n.º 2 do 105.º, não é parâmetro adequado, justamente porque se configura como uma norma adjetiva, que se limita a impor a necessária inscrição orçamental para que possa estar satisfeito o requisito da cabimentação, como condição do processamento e pagamento das obrigações assumidas pelo Estado. Mas nada rege, quanto à definição dessas obrigações.

Na verdade, a questão de constitucionalidade para que remete o comando inscrito no n.º 2 do artigo 105.º da Constituição é a de saber se a falta de dotação orçamental para satisfazer aquelas obrigações deverá inquirir a validade do orçamento e não, sequer também, a de saber se são ou não constitucionalmente legítimas as normas concomitantemente aprovadas que, fazendo baixar o valor dos encargos do Estado por via da redução das prestações pecuniárias devidas aos trabalhadores do setor público, tornam as verbas correspondentemente inscritas, assim proporcionalmente reduzidas, suficientes para aquele efeito.

A resposta às questões de constitucionalidade suscitadas quando à redução de remunerações e à suspensão do subsídio de férias não depende, em absoluto, do disposto no n.º 2 do artigo 105.º da Constituição, pelo que a alegação de violação dessa norma não tem pertinência de fundamentação do pedido de declaração de constitucionalidade.

4. Violação do direito de contratação coletiva

16. Para os requerentes do pedido que deu origem ao Processo n.º 8/2012, as normas constantes do n.º 15 do artigo 27.º e do n.º 9 do artigo 29.º da Lei n.º 66-B/2012, ao disporem que os regimes de redução remuneratória aí previstos têm natureza imperativa, prevalecendo sobre instrumentos de regulação coletiva de trabalho e contratos de trabalho e não podendo ser por isso afastados ou modificados pelos mesmos, violam o disposto no n.º 3 do artigo 56.º da Constituição.

Esta norma confere às associações sindicais o direito e a competência de exercer o direito de contratação coletiva, “garantido nos termos da lei”.

Deve começar por dizer-se que a existência de normas legais imperativas, entendendo-se como tais as normas que estabelecem cláusulas fixas (que não podem ser substituídas) ou que impõem condições mínimas para a tutela da relação laboral (que apenas podem ser substituídas por outras disposições que prevejam um regime mais favorável), não é, em si, contraditória com o direito à contratação coletiva. Apenas significa que tais normas consagram o estatuto legal do contrato — aplicável aos trabalhadores abrangidos por contrato de trabalho em funções públicas — e que não põem em causa o estatuto contratual, que é constituído, além do mais, pelas normas dos instrumentos de regulamentação coletiva que não contrariem aquelas outras disposições. A interligação entre essas diferentes disposições e a sua adição às cláusulas do contrato, definindo, na sua globalidade, o regime jurídico da relação laboral, não representa uma qualquer violação do direito instituído pelo artigo 56.º, n.º 3, da Constituição (cfr. artigos 3.º e 478.º, n.º 1, alínea *a*), do Código do Trabalho, e 4.º, n.º 1, do Regime do Contrato de Trabalho em Funções Públicas, aprovado pela Lei n.º 59/2008, de 11 de setembro).

Por outro lado, e ainda que as normas em causa, por consagrarem reduções remuneratórias, possam ser qualificadas como “legislação do trabalho”, para efeitos do âmbito de incidência do artigo 56.º da Constituição, o certo é que, conforme pacificamente resulta da doutrina e da jurisprudência constitucionais, o n.º 3 daquele preceito, embora atribua às associações sindicais a competência para o exercício do direito de contratação coletiva, “devolve ao legislador a tarefa de delimitação do mesmo direito, aqui lhe reconhecendo uma ampla liberdade constitutiva” (acórdão n.º 94/92 e, no mesmo sentido, Rui Medeiros, *in Constituição Portuguesa Anotada*, Jorge Miranda/Rui Medeiros, Tomo I, 2.ª edição, Coimbra, pág. 1118).

O direito à autonomia contratual coletiva, apesar de constitucionalmente colocado sob reserva de lei, implica que não possa deixar de haver um espaço abrangente de regulação das relações de trabalho que se encontre submetido à disciplina contratual coletiva, o

qual não pode ser aniquilado por via normativo-estadual. Sendo este direito garantido «nos termos da lei», tal significa que “a lei não pode deixar de delimitá-lo de modo a garantir-lhe uma eficácia constitucionalmente relevante, havendo sempre de garantir uma reserva de convenção coletiva, ou seja, um espaço que a lei não só não pode vedar à contratação coletiva, como deve confiar a esta núcleos materiais reservados” (cfr. Gomes Canotilho/Vital Moreira, *ob. cit.*, pág. 745).

Assim configurada, a questão a resolver consistirá então em saber se o legislador ordinário, ao retirar à regulamentação coletiva uma certa matéria — no caso, a possibilidade de fixar para a retribuição do trabalho normal um valor distinto daquele que resulta da aplicação das medidas orçamentais consagradas para o ano de 2013 nos artigos 27.º e 29.º, todos da Lei n.º 66-B/2012 — veio “reduzir de tal modo aquele espaço da autorregulação constitucionalmente garantido que põe em causa a possibilidade de realização do direito de contratação coletiva” (acórdão n.º 94/92).

Considerando a atendibilidade do interesse público prosseguido através do esforço de consolidação orçamental — ponto que mais detidamente desenvolveremos no âmbito da ponderação implicada nos princípios da proteção da confiança e da igualdade — não parece que da obrigação que ao legislador ordinário constitucionalmente se impõe de “deixar sempre um conjunto minimamente significativo de matérias aberto” à negociação coletiva possa extrair-se um argumento para a invalidação constitucional do carácter necessariamente imperativo das normas orçamentais que, com base naquele interesse público, impõem, a título excecional e transitório, a redução do valor anual da retribuição dos trabalhadores do setor público.

Subtrair ao âmbito da negociação coletiva a faculdade de derogar o regime consagrado nas normas em questão, não só constitui a condição que torna tais normas aptas a prosseguir o fim a que se dirigem, como não representa uma intromissão nos “núcleos materiais reservados”, que o legislador ordinário se encontra constitucionalmente obrigado a não excluir do âmbito material da reserva de contratação coletiva.

17. O argumento retirado da pretensa retroatividade atribuída às normas em causa não deverá fazer variar os termos da solução.

Não estando em causa a afetação da estabilidade dos contratos de trabalho geradores do direito à retribuição cujo montante é conjuntamente atingido pelas normas cujo caráter imperativo se impugna, a suposta eficácia retroativa resume-se, afinal, à impossibilidade de as convenções coletivas se imporem para futuro à lei imperativa e não à possibilidade de a lei imperativa se sobrepor retroativamente a estas, invalidando efeitos pretéritos que ao respetivo abrigo hajam sido produzidos.

A conclusão no sentido da inexistência de fundamento para a invalidação constitucional, através do n.º 3 do artigo 56.º da Constituição, das normas constantes do n.º 15 do artigo 27.º e do n.º 9 do artigo 29.º da Lei n.º 66-B/2012, é assim de manter.

5. Aplicabilidade de normas da “constituição fiscal”

18. Tal como se encontra fundamentado, o vício de inconstitucionalidade imputado pelo requerente do pedido que deu origem ao Processo n.º 2/2013 às normas constantes do artigo 29.º da Lei n.º 66-B/2012 desenvolve-se sob o pressuposto de que, embora a suspensão do pagamento do subsídio de férias aos trabalhadores do setor público se possa apresentar, “do ponto de vista contabilístico”, como uma “medida que incide sobre a despesa pública”, tal distinção é contabilística e formal pois, “de um ponto de vista substantivo e jurídico-constitucional”, aquela suspensão «traduz-se num esforço contributivo acrescido que lhes é unilateralmente exigido para o financiamento do Estado e que envolve uma ablação do seu rendimento anual, pelo que consistirá num verdadeiro imposto».

Com base nesta qualificação, sustenta o requerente que a medida de suspensão do pagamento do subsídio de férias aos trabalhadores do setor público “mantém um tratamento tributário diferenciado para certas categorias de cidadãos”, o que o leva a controverter a respetiva legitimidade constitucional, à luz de um

parâmetro de controlo integrado por uma norma específica da chamada “constituição fiscal”, mais precisamente a constante do artigo 104.º da Constituição. Na ótica do pedido, tal medida viola também o critério da capacidade contributiva consagrado nesta disposição, o único critério “constitucionalmente admitido na tributação do rendimento pessoal”, “o qual corporiza operativamente o princípio da igualdade na repartição dos encargos públicos entre os cidadãos”.

19. A atribuição de natureza tributária à medida de suspensão do pagamento do subsídio de férias aos trabalhadores do setor público pressupõe que o valor suprimido por essa via possa ser qualificado como imposto, isto é, como uma “prestação pecuniária, coativa, unilateral, sem o caráter de sanção, exigida pelo Estado com vista à realização de fins públicos” (Teixeira Ribeiro, *Lições de Finanças Públicas*, 5.ª edição, Coimbra, 1996, pág. 258), ou, em todo o caso, como um tributo parafiscal, dele próximo, a operar por via da despesa sob a forma de “contenção ou (eliminação) do gasto público (neste sentido, António Carlos dos Santos, “*A nova parafiscalidade: a tributação por via de cortes na despesa com remunerações de funcionários e pensionistas*”, Revista do Ministério Público, ano 33, n.º 129 (2012), pág. 51).

Quanto ao estatuto da relação jurídica afetada pelas medidas de redução remuneratória impostas aos trabalhadores do setor público pelas Leis n.º 55-A/2010, de 31 de dezembro, e 64-B/2011, de 30 de dezembro, essa não foi, todavia, a orientação seguida por este Tribunal nos acórdãos n.ºs 396/2011 e 353/2012, respetivamente.

Assumindo implicitamente a necessidade de uma distinção entre as atuações do Estado enquanto titular do poder político soberano, concretizadas na edição de normas que se dirigem e impõem à generalidade dos cidadãos, e atuações do Estado-empregador, que ocorrem no âmbito da relação laboral estabelecida com os trabalhadores do setor público, os acórdãos n.ºs 396/2011 e 353/2012 apreciaram a legitimidade constitucional das medidas relativas à redução das remunerações e à suspensão do pagamento do subsídio de férias ou equivalente impostas pelos artigos 19.º e 21.º das Leis n.º 55-A/2010, de 31 de dezembro, e 64-B/2011, de

30 de dezembro, respetivamente, no âmbito deste segundo enquadramento, perspetivando-as a partir do direito à retribuição inerente à relação jurídica de emprego público.

E não há razões para divergir deste entendimento.

20. Considerada a caracterização do universo dos sujeitos afetados pelas medidas constantes dos artigos 27.º e 29.º da Lei n.º 66-B/2012 — universo esse que é, em todos os casos, o definido no n.º 9 do artigo 27.º —, percebe-se que o mesmo remete para o mais lato dos sentidos admitidos pela delimitação conceitual da tradicional noção de “função pública”, abrangendo por isso, «não só todos os funcionários e agentes do Estado e demais pessoas coletivas de direito público mas também os titulares de cargos públicos, incluindo os próprios titulares dos órgãos de soberania», isto é, todos “quantos explicitam um qualquer desempenho funcional na Administração Pública, Estado e outras entidades públicas” (Ana Fernanda Neves, *Relação jurídica de emprego público*, Coimbra, 1999, pág. 22) e cuja remuneração é por isso, assegurada através de verbas públicas.

Este sentido lato, delimitado a partir da relação de emprego público, apenas coloca fora do conceito a atividade de entes não públicos, ainda que finalizada ou revertível ao interesse geral (*idem*, pág. 27).

Ao fazerem coincidir o seu âmbito subjetivo de aplicação com o universo dos trabalhadores do setor público elencados no n.º 9 do artigo 27.º da Lei n.º 66-B/2012, as normas constantes dos respetivos artigos 27.º e 29.º têm subjacente aquele entendimento amplo correspondente ao conceito de agentes administrativos ou servidores públicos, abrangendo quem presta trabalho a qualquer título pelo exercício de funções públicas.

Mesmo nesta aceção, estamos sempre em face de situações em que o Estado se vincula com particulares numa relação que o obriga, em contrapartida da prestação de determinada atividade, ao pagamento de uma retribuição.

21. Em relação ao universo, assim caracterizado, dos trabalhadores do setor público, a concentração numa única e mesma

entidade — o Estado — das qualidades de sujeito ativo da relação jurídico-tributária e de sujeito passivo da relação que o obriga a uma prestação remuneratória pode conduzir a que a nitidez da diferenciação entre as intervenções realizadas numa e noutra esfera se esbata. Ademais, a relativa indiferenciação dos efeitos práticos produzidos na esfera patrimonial dos sujeitos afetados pode compreensivelmente direcionar para a qualificação como imposto, como forma, no limite, de prevenir que o Estado contorne abusivamente as apertadas exigências da constituição fiscal.

Todavia, esta conceção radicalmente garantística impõe que qualquer correção do desequilíbrio orçamental que contenda com posições individuais só possa constitucionalmente ser levada a cargo por via tributária, pelo aumento da carga fiscal. O que significaria uma drástica limitação do exercício do poder político soberano na orientação das medidas a tomar no campo das finanças públicas.

Não parece que esta seja uma imposição constitucional.

Os princípios e normas estruturantes do sistema fiscal não podem ser automaticamente erigidos em critérios determinantes da via fiscal, como via única de obter ou poupar recursos financeiros, sempre que este resultado implique perdas privadas. Sob este ponto de vista, são diferenciáveis e não necessariamente justificativos de um mesmo tratamento a retenção na fonte de um acréscimo de imposto incidente apenas sobre trabalhadores da Administração Pública e devido ao Estado-fiscal e a supressão transitória de uma parcela da remuneração devida pelo Estado-empregador no âmbito da relação estabelecida com aqueles.

A opção do Estado em seguir esta segunda via não a situa obviamente em terreno constitucionalmente neutro, do ponto de vista da repartição dos encargos públicos. Mas a atendibilidade da ideia valorativa que esse critério concretiza passa, como adiante veremos, pela aplicação de princípios estruturantes, designadamente o da igualdade (na sua enunciação mais genérica e não na sua refração, no domínio fiscal), não pressupondo nem autorizando a transmutação normativa da natureza da medida, convertendo uma intervenção realizada no domínio da relação de emprego público numa intervenção de natureza fiscal ou parafiscal.

A norma constante do artigo 104.º, n.º 1, da Constituição, convocada pelo requerente do pedido que deu origem ao Processo n.º 2/2013, não serve, por isso, como parâmetro autónomo de constitucionalidade.

6. Violação do direito à retribuição

22. Reconduzida ao âmbito da relação jurídica de emprego público a posição subjetiva afetada pelas normas constantes dos artigos 27.º e 29.º da Lei n.º 66-B/2012, importa agora verificar se as mesmas, singularmente e em resultado do seu efeito cumulativo, põem em causa, de forma constitucionalmente inadmissível, o direito à retribuição dos trabalhadores do setor público, tal como invocado pelos requerentes do pedido que deu origem ao Processo n.º 8/2013.

Tendo em conta a dupla configuração das atribuições patrimoniais a cargo do Estado-empregador abrangidas pelas referidas normas — redução do valor das remunerações mensais superiores a €1.500 (artigo 27.º) e suspensão do pagamento do subsídio de férias ou quaisquer prestações correspondentes ao 14.º mês (artigo 29.º) — impõe-se, antes de mais, ajuizar se esta última cabe no conceito de retribuição.

No que respeita aos trabalhadores que exercem funções públicas, esta natureza foi reconhecida, desde logo, no Decreto-Lei n.º 372/74, de 20 de agosto, que instituiu, com caráter de obrigatoriedade, o subsídio de Natal, e criou o subsídio de férias. Conforme resulta do preâmbulo desse diploma, teve-se em vista, com o mesmo, aumentar “substancialmente os vencimentos do funcionalismo público civil”, cujo poder de compra havia sido fortemente abalado pela evolução dos preços nos anos anteriores. Ainda de acordo com o referido preâmbulo, esse aumento foi efetuado “segundo um esquema de aumentos degressivos em valor absoluto”, bem como com a instituição, com caráter de obrigatoriedade legal, do 13.º mês (subsídio de Natal) e com a criação do subsídio de férias (cujo valor era, então, equivalente a metade da remuneração mensal).

Atualmente, a ideia de que estes subsídios constituem parte da “remuneração anual” resulta claramente do artigo 70.º, n.º 3, da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de fevereiro, que estabelece os regimes de vinculação, de carreiras e de remunerações dos trabalhadores que exercem funções públicas, o qual dispõe que «a remuneração base anual é paga em 14 mensalidades, correspondendo uma delas ao subsídio de Natal e outra ao subsídio de férias, nos termos da lei.» (em idêntico sentido, ainda que com uma formulação diferente, dispõem os artigos 207.º e 208.º do Regime do Contrato de Trabalho em Funções Públicas, aprovado pela Lei n.º 59/2008, de 11 de setembro).

Essa é também a conclusão que se retira dos princípios gerais em matéria laboral, e, designadamente, dos artigos 258.º e seguintes do Código do Trabalho. Pode dizer-se que, no âmbito do contrato de trabalho, a retribuição em sentido estrito compreende a denominada “retribuição base” — correspondente à parcela retributiva contratualmente devida que condiz com o exercício da atividade desempenhada pelo trabalhador de acordo com o período normal de trabalho que tenha sido acordado e as demais prestações pecuniárias pagas regularmente como contrapartida da atividade, aqui se incluindo os complementos salariais certos, que correspondem a prestações fixas que se vencem periodicamente, entre os quais subsídios anuais como sejam o subsídio de Natal (artigo 263.º do Código do Trabalho) e o subsídio de férias (artigo 264.º, n.º 2, do Código do Trabalho).

23. Quanto à natureza da prestação pecuniária correspondente ao subsídio de férias ou 14.º mês, a sua integração no conceito de retribuição foi também o entendimento seguido no acórdão n.º 353/2012.

Conforme aí se escreveu, «atualmente, tanto o subsídio de férias como o de Natal, quer no regime jurídico do direito privado, quer no do direito público, têm a natureza de retribuição, isto é, de contrapartida ligada ao trabalho prestado, integrando a remuneração anual».

Daí que — como se concluiu nesse aresto — «a suspensão do pagamento do subsídio de férias e de Natal se traduza numa redução

percentual do rendimento anual das pessoas afetadas, tal como sucede com os cortes salariais determinados pelo artigo 19.º da Lei n.º 55-A/2010, de 31 de dezembro (Orçamento do Estado para 2011) e que o artigo 20.º, n.º 1, da Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro (Orçamento de Estado para 2012) manteve em vigor [...], representando, da mesma forma, uma diminuição dos seus meios de subsistência».

24. Assente este pressuposto, importa averiguar se os cortes salariais e a suspensão do subsídio de férias afeta a invocada garantia da irredutibilidade dos salários.

Esta questão foi debatida no acórdão n.º 396/2011, onde, a propósito das normas constantes do artigo 19.º da Lei n.º 55-A/2010, de 31 de dezembro, se escreveu o seguinte:

«Não consta da Constituição qualquer regra que estabeleça *a se*, de forma direta e autónoma, uma garantia de irredutibilidade dos salários. Essa regra inscreve-se no direito infraconstitucional, tanto no Regime do Contrato de Trabalho em Funções Públicas (artigo 89.º, alínea *d*)), como no Código do Trabalho (artigo 129.º, n.º 1, alínea *d*)).

Vem arguido que tal garantia, ainda que integrando a legislação ordinária, goza de “força constitucional paralela”, por via do artigo 16.º, n.º 1, da Constituição.

Deve começar por se anotar que tal regra de direito ordinário apenas vale para a retribuição em sentido próprio. Na verdade, ela não abrange, por exemplo, as ajudas de custo, outros abonos, bem como o pagamento de despesas diversas do trabalhador (Maria do Rosário Ramalho, *Direito do Trabalho, II, Situações laborais individuais*, Coimbra, 2006, págs. 564 e 551).

[...] Mas importa sobretudo sublinhar que a regra não é absoluta. De facto, a norma que proíbe ao empregador, na relação laboral comum, diminuir a retribuição (artigo 129.º, n.º 1, alínea *d*), do Código de Trabalho) ressalva os “casos previstos neste Código ou em instrumento de regulamentação coletiva do trabalho”. Quanto à relação de emprego público, admite-se que a lei (qualquer lei) possa prever reduções remuneratórias (cfr. o citado artigo 89.º, alínea *d*)). O que se proíbe, em termos absolutos, é apenas que a entidade empregadora, tanto pública como privada, diminua arbitrariamente o quantitativo da retribuição, sem adequado suporte normativo.

Deste modo, não colhe a argumentação de que existiria um direito à irredutibilidade do salário que, consagrado na legislação laboral, teria força de direito fundamental, por virtude da cláusula aberta do artigo 16.º, n.º 1, da Constituição. Se assim fosse, o legislador encontrar-se-ia vinculado por tal imperativo, o que, como vimos, não sucede. Em segundo lugar, não se pode dizer, uma vez garantido um mínimo, que a irredutibilidade do salário seja uma exigência da dignidade da pessoa humana ou que se imponha como um bem primário ou essencial, sendo esses os critérios materiais para determinar quando estamos perante um direito subjetivo que se possa considerar “fundamental” apesar de não estar consagrado na Constituição e sim apenas na lei ordinária (cfr. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 4.ª edição, Coimbra, 2009, págs. 79-80). De resto, o legislador constituinte teve a preocupação de estabelecer uma densa rede protetiva da contrapartida remuneratória da prestação laboral, dando consagração formal, no texto da Constituição, às garantias que entendeu serem postuladas pelas exigências de tutela, a este nível, da condição dos trabalhadores. Assim é que, para além do reconhecimento do direito básico à retribuição, manda-se observar o princípio de que “para trabalho igual salário igual, de forma a garantir uma existência condigna” (alínea *a*) do n.º 1 do artigo 59.º), fixa-se como incumbência do Estado “o estabelecimento e a atualização do salário mínimo nacional” (alínea *a*) do n.º 2 do mesmo artigo), acrescentando-se, na revisão de 1997, a imposição constitucional de “garantias especiais dos salários” (n.º 3 do artigo 59.º). Não é de crer que o programa constitucional, tão exaustivamente delineado, nesta matéria, só fique integralmente preenchido com a atribuição da natureza de direito fundamental legal ao direito à irredutibilidade da retribuição, qualificação para a qual não se descortina fundamento material bastante.

Direito fundamental, esse sim, é o “direito à retribuição”, e direito de natureza análoga aos direitos liberdades e garantias, como é pacífico na doutrina e este Tribunal tem também afirmado (cfr., por exemplo, o acórdão n.º 620/2007). Mas uma coisa é o direito à retribuição, outra, bem diferente, é o direito a um concreto montante dessa retribuição, irredutível por lei, sejam quais forem as circunstâncias e as variáveis económico-financeiras que concretamente o condicionam. Não pode, assim, entender-se que a intocabilidade salarial é uma dimensão garantística contida no âmbito de proteção do direito à retribuição do trabalho ou que uma redução do *quantum* remuneratório traduza uma afetação ou restrição desse direito.

Inexistindo qualquer regra, com valor constitucional, de direta proibição da diminuição das remunerações e não sendo essa garantia inferível do direito fundamental à retribuição, é de concluir que só por parâmetros valorativos decorrentes de princípios constitucionais, em particular os da confiança e da igualdade, pode ser apreciada a conformidade constitucional das soluções normativas em causa.

Tem sido essa, aliás, a orientação constante deste Tribunal, sempre que chamado a julgar questões atinentes, direta ou indiretamente, a reduções remuneratórias. Foi assim no acórdão n.º 303/90, sobre vencimentos dos ex-regentes escolares, no acórdão n.º 786/96, sobre alterações ao Estatuto dos Militares das Forças Armadas, com repercussão no subsídio da condição militar, e no acórdão n.º 141/2002, referente à fixação de limites de vencimentos a funcionários em funções em órgãos de soberania, a membros dos gabinetes de órgãos de soberania, a funcionários dos grupos parlamentares e a funcionários das entidades e organismos que funcionam juntos dos órgãos de soberania, a qual importou uma efetiva e significativa redução dos vencimentos auferidos por esses sujeitos. Independentemente do sentido das pronúncias, foi exclusivamente à luz do conteúdo normativo desses princípios que elas foram emitidas.

Não estando em causa a afetação do direito a um mínimo salarial, uma vez que a redução remuneratória apenas abrange retribuições superiores a 1.500 euro, valor muito superior ao do salário mínimo nacional, a irredutibilidade apenas poderá resultar do respeito pelo princípio da proteção da confiança e porventura, ainda, do princípio da igualdade».

25. Não há razões para afastar este entendimento, expresso no acórdão n.º 396/2011, quanto à não atribuição de estatuto jus-fundamental ao direito à irredutibilidade de prestação, nem como direito autónomo, materialmente constitucional, nem como uma dimensão primária do direito fundamental à justa retribuição consagrado na alínea *a*) do n.º 1 do artigo 59.º, da Constituição.

E ele é extensivo, por identidade de razão, à prestação pecuniária correspondente ao subsídio de férias ou a quaisquer prestações correspondentes ao 14.º mês.

Não se perspetivam, na verdade, fundamentos qualitativamente diferenciados que contrariem o que, por referência à parcela principal da retribuição, foi considerado no acórdão n.º 396/2011.

Assim, tal como o juízo que incidiu sobre as normas constante do artigo 19.º da Lei n.º 55-A/2010, de 31 de dezembro, também a avaliação da legitimidade constitucional das medidas constantes dos artigos 27.º e 29.º da Lei n.º 66-B/2012, deverá desenvolver-se sob a assunção de que a natureza e a densidade jurídico-constitucionais do direito à justa retribuição, consagrado na alínea *a*) do n.º 1 do artigo 59.º da CRP, e do direito à irredutibilidade do seu montante, inscrito na lei ordinária, não são nem coincidentes nem sincrónicas.

Mas a colocação do direito à intangibilidade salarial fora do âmbito de tutela do artigo 59.º, n.º 1, alínea *a*), da CRP apenas permite sustentar a diferenciação de campos valorativos e de parâmetros de valoração entre o direito à retribuição e o direito à irredutibilidade do seu montante, de tal modo que a diminuição unilateral deste não constitui sempre, por implicação necessária, uma afetação daquele. O facto de o direito a um certo *quantum* de remuneração não estar protegido pelo artigo 59.º, n.º 1, alínea *a*), significa apenas e tão-só a inaplicabilidade, em princípio, desta regra como parâmetro de valoração, não assegurando, sem mais, a constitucionalidade da medida em causa. Uma vez fixado, por critérios de direito ordinário, o conteúdo do direito ao salário (sem precisa determinação constitucional), uma mudança legislativa que afete negativamente esse conteúdo tem que encontrar justificação bastante, à luz dos princípios constitucionais pertinentes, sob pena de inconstitucionalidade.

É esse controlo que, de seguida, faremos.

D. Questões de constitucionalidade relativas à norma do artigo 27.º (princípio da proteção da confiança e princípio da igualdade proporcional)

26. Os requerentes no Processo n.º 8/2013, sem perder de vista a decisão proferida pelo Tribunal Constitucional relativamente à redução salarial imposta aos trabalhadores da Administração Pública pelo artigo 19.º da Lei n.º 55-A/2010, de 31 de dezembro, mantêm o entendimento de que a renovação dessa medida

pelo terceiro ano consecutivo e agora no âmbito da Lei do Orçamento do Estado para 2013, viola o princípio da proteção da confiança, bem como o princípio da proporcionalidade na imposição de sacrifícios aos trabalhadores do setor público.

Como é sabido, começando por analisar o primeiro desses parâmetros de constitucionalidade, a lesão da confiança pressupõe, num primeiro momento, que, ao editar a norma contestada, o legislador ordinário haja intervindo em sentido contrário às legítimas expectativas que os particulares depositavam na continuidade da ordem jurídica, na sua duração estável e na previsibilidade da sua mutação.

No citado acórdão n.º 396/2011, o Tribunal considerou que, em princípio, “uma redução remuneratória abrangendo universalmente o conjunto de pessoas pagas por dinheiros públicos não cai na zona de previsibilidade de comportamento dos detentores do poder decisório” e que o «quase contínuo passado de aumentos anuais dos montantes dos vencimentos, na função pública, legitima uma expectativa consistente na manutenção, pelo menos, das remunerações percebidas e a tomada de opções e a formação de planos de vida assentes na continuidade dessa situação».

Embora sem deixar de considerar que as reduções então introduzidas, «na medida em que contraria[vam] a normalidade anteriormente estabelecida pela atuação dos poderes públicos, nesta matéria, frustra[vam] expectativas fundadas», tanto mais que se tratava de «reduções significativas, capazes de gerarem ou acentuarem dificuldades de manutenção de práticas vivenciais e de satisfação de compromissos assumidos pelos cidadãos», o Tribunal não deixou por isso de colocá-las em contexto, chamando a atenção para a “conjuntura de absoluta excecionalidade, do ponto de vista da gestão financeira dos recursos públicos”, caracterizada pela forte pressão que “o desequilíbrio orçamental” havia gerado sobre a “dívida soberana portuguesa, com escalada progressiva dos juros” e pelas “sérias dificuldades de financiamento” com que se confrontavam então “o Estado português e a economia nacional”, o que permitia já então pôr «em dúvida, em face deste panorama, se, no momento em que as reduções entraram em vigor, persistiam ainda as boas razões que, numa situação de normalidade, levam a

atribuir justificadamente consistência e legitimidade às expectativas de intangibilidade de vencimentos».

Como não pode deixar de reconhecer-se a relativização das expectativas que podem legitimamente criar-se em torno da irreduzibilidade das remunerações a pagar por verbas públicas, é agora, por força da manutenção da situação de excecionalidade financeira, mais acentuada e evidente.

Ainda que o legislador não tenha optado por estabelecer expressamente para as reduções remuneratórias inscritas no Orçamento de 2011 um horizonte temporal mais alargado, permitindo caracterizar essas medidas como sendo de natureza orçamental e de vigência anual, a verdade é que — como o mesmo aresto fez notar — era praticamente certa a sua duração plurianual e a necessidade da sua inclusão nas leis do orçamento dos anos subsequentes, como forma de dar resposta normativa a uma conjuntura excecional que se pretendia corrigir.

Não se trata, assim, de uma mutação da ordem jurídica com que os destinatários das normas dela constantes, no contexto global em que foi introduzida, não pudessem verdadeiramente contar, sendo que as ponderosas razões de interesse público que motivaram a alteração legislativa operada pelo questionado artigo 27.º da Lei do Orçamento de Estado para 2013 não permite, por outro lado, considerá-la carecida de fundamento prevacente em termos que justifiquem a emissão de um juízo de inconstitucionalidade autonomamente fundado na violação do princípio da segurança jurídica.

27. Num outro plano, o Tribunal, no acórdão n.º 396/2011, ao confrontar as reduções remuneratórias previstas no artigo 19.º na Lei do Orçamento do Estado para 2011 com o princípio da igualdade, centrou a questão de constitucionalidade no «facto de os destinatários das medidas (...) serem apenas as pessoas que trabalham para o Estado e demais pessoas coletivas públicas, ou para quaisquer das restantes entidades referidas no n.º 9 do artigo 19.º da Lei n.º 55-A/2011, de 31 de dezembro», deixando de fora «os trabalhadores com remunerações por prestação de atividade laboral subordinada nos setores privado e cooperativo, os trabalhadores

por conta própria, bem como todos quantos auferem rendimentos de outra proveniência».

Considerando indiscutível que «com as medidas [então] em apreciação, a repartição dos sacrifícios impostos pela situação excecional de crise financeira não se faz de igual forma entre todos os cidadãos com igual capacidade contributiva, uma vez que elas não têm um alcance universal, recaindo apenas sobre as pessoas que têm uma relação de emprego público», o Tribunal centrou a avaliação da legitimidade constitucional das normas impugnadas em saber se as soluções nelas consagradas seriam “arbitrárias, por sobrecarregarem gratuita e injustificadamente uma certa categoria de cidadãos”.

Depois de assim definir o problema de constitucionalidade suscitado perante o princípio da igualdade, o Tribunal concluiu pela existência de um fundamento legítimo para a diferenciação implicada na redução das remunerações base superiores a €1.500 aos trabalhadores do setor público, fazendo-o coincidir, por um lado, com a inexistência de “razões de evidência” suscetíveis de neutralizar a ideia segundo a qual, “pelo lado da despesa, só a diminuição de vencimentos garantia eficácia certa e imediata” para a redução do “peso da despesa do Estado, com a finalidade de reequilíbrio orçamental”, e, por outro, com a circunstância de, em vista deste fim, quem recebe por verbas públicas não se encontrar “em posição de igualdade com os restantes cidadãos”. Essas razões conduziram ao entendimento de que o “sacrifício adicional” transitoriamente exigido a essa categoria de pessoas não consubstanciava, naquele contexto de excecionalidade, “um tratamento injustificadamente desigual”.

Não há agora motivo para alterar este julgamento, sendo que a questão que pode colocar-se, sob tal perspetiva, é a de saber se o efeito cumulado da redução da remuneração mensal base com a suspensão do pagamento do subsídio de férias ou equivalente a que se refere o artigo 29.º, poderá representar já uma violação do princípio da igualdade proporcional.

Essa será, no entanto, questão a analisar no âmbito de apreciação da norma do artigo 29.º.

E. Questões de constitucionalidade relativas à norma do artigo 29.º

1. Considerações gerais

28. A Lei Fundamental é sensível às variações, para menos, do nível da concretização legislativa que possa conhecer o direito à retribuição, proporcionando um controlo, não quanto à redutibilidade, em si mesma considerada, mas quanto aos termos da sua efetivação — isto é, quanto às suas razões e medida. Esse controlo atua por intervenção mediadora dos princípios da proteção da confiança, da igualdade e da proporcionalidade, que densificam a ideia de sujeição do poder público a princípios e regras jurídicas, integrando, nessa aceção, a ideia de Estado de direito inscrita no princípio do Estado de direito democrático (artigo 2.º da Constituição). Também neste campo, a liberdade conformadora do legislador encontra-se constitucionalmente vinculada por aqueles princípios.

A ablação por via ordinária de parte significativa dos rendimentos do trabalho imposta aos trabalhadores do setor público, apesar de não se encontrar constitucionalmente vedada nos termos em que o é a supressão, a suspensão ou a extinção do direito à retribuição propriamente dito, não se torna por isso constitucionalmente insindicável e pressupõe o esclarecimento das razões, necessariamente de interesse público, que conduziram o Estado a intervir unilateralmente naquele sentido no âmbito da relação de emprego público a que se acha vinculado enquanto empregador.

Essas razões constam do Relatório do Orçamento de Estado para 2013 (págs. 39 a 41), onde a adoção do conjunto de medidas relativas à remuneração dos trabalhadores do setor público se encontra justificada nos seguintes termos:

«[...]»

Torna-se assim evidente que, subjacente às medidas de consolidação orçamental propostas para 2013, numa conjuntura económico-financeira de contornos cuja excecionalidade é claramente demonstrada pela necessidade de ajuda internacional a que o País se viu, e continua a ver, forçado a recorrer, está a salvaguarda de valores e princípios estruturantes da ordem constitucional portuguesa.

Com efeito, a manutenção da capacidade de financiamento da economia nacional, diretamente dependente do equilíbrio das contas públicas afigura-se desde logo imprescindível, quer à garantia de realização das tarefas fundamentais constitucionalmente cometidas ao Estado quer à própria sustentabilidade do Estado Social e dos direitos económicos e sociais dos cidadãos.

Acresce que, as medidas visadas prosseguem um propósito de justiça intergeracional, na medida em que visam contribuir para a redução dos encargos lançados sobre as gerações futuras.

Por último, a adoção destas medidas deve ser enquadrada no âmbito do princípio constitucional da realização da integração europeia, no quadro do qual se inserem as obrigações em matéria de finanças públicas — e em particular de rigor e disciplina orçamentais — que impendem sobre Portugal enquanto membro da área do euro.

A realização destes valores e princípios constitucionalmente consagrados justificam amplamente a introdução destas medidas, as quais se norteiam por ponderosas razões de interesse público e de preponderância do bem comum, em face do contexto económico-financeiro e social do País.

Se as circunstâncias de verdadeira excecionalidade que levaram Portugal a solicitar ajuda financeira internacional não se encontram ainda superadas, e por isso justificam, neste contexto, as medidas de consolidação orçamental introduzidas, não se ignora também que estas mesmas medidas não podem deixar de ser aferidas à luz dos princípios da proporcionalidade e da proteção da confiança que, em qualquer Estado de Direito, sustentam as relações entre o Estado e os cidadãos.

A este propósito cabe salientar, de um modo especial que, por um lado, na sequência da declaração de inconstitucionalidade emitida pelo Tribunal Constitucional das medidas previstas nos artigos 21.º e 25.º da Lei do Orçamento do Estado para 2012 e, por outro, o facto de a medida substitutiva encontrada inicialmente pelo Governo (envolvendo um elemento de desvalorização fiscal), não ter merecido o consenso necessário à sua adoção, as medidas agora propostas assumem-se como a única opção que garante a prossecução do objetivo traçado, tendo em vista o cumprimento do limite de 4,5% do PIB para o défice orçamental, satisfazendo, ao mesmo tempo, as exigências dos princípios da igualdade, da proporcionalidade e da proteção da confiança. A suspensão, no próximo exercício orçamental, de apenas um dos subsídios, designadamente o de férias, relativamente aos trabalhadores do setor público, complementada com a introdução de uma sobretaxa de 4

% sobre todos os rendimentos sujeitos a IRS, na parte que excede o salário mínimo nacional, visa extrair as devidas consequências da decisão do Tribunal Constitucional, que declarou a inconstitucionalidade, com efeitos a partir de 2013, das normas dos artigos 21.º e 25.º da Lei do Orçamento do Estado para 2012. Como é sabido, tal decisão considerou que as citadas normas, ao envolverem a suspensão dos dois subsídios, de férias e de Natal, dos trabalhadores do setor público se traduziam numa violação do princípio da igualdade na dimensão da justa repartição dos encargos públicos.

Neste âmbito, cumpre desde logo salientar o caráter progressivo da sobretaxa ora introduzida e pela sua cumulação com a sobretaxa de solidariedade aplicável aos titulares de rendimentos mais elevados, sem incidir porém sobre a parte dos rendimentos que equivalem ao salário mínimo nacional, em linha com o objetivo prosseguido pelo princípio constitucional no que respeita à progressividade do sistema fiscal. Salvaguardam-se assim os princípios da igualdade e da justiça social, os quais determinam uma justa repartição dos encargos públicos pelos cidadãos, sem no entanto descautelarem a situação daqueles que se encontram em situação económica mais frágil.

A introdução da sobretaxa deve, aliás, ser enquadrada no conjunto das outras medidas de caráter fiscal ora introduzidas, as quais atingem especialmente os titulares de rendimentos mais elevados, assim como os rendimentos de capital — sem embargo de se reconhecer que, pelo maior impacto que representa, boa parte destas medidas se projetam também em sede de reformulação dos escalões de IRS. Foi, assim, a necessidade de respeitar as exigências da igualdade, da justiça e da equidade entre os cidadãos na repartição dos sacrifícios que esteve na base da adoção das medidas de substituição do disposto nos artigos 21.º e 25.º da Lei do Orçamento do Estado para 2012.

Na verdade, essa mesma preocupação levou o Governo a complementar a medida de suspensão de um dos subsídios, relativamente aos trabalhadores do setor público, com um conjunto de medidas transversais de caráter fiscal, envolvendo, designadamente, para além da aludida sobretaxa sobre os rendimentos das pessoas singulares, o aumento da taxa liberatória sobre rendimentos de capitais, a manutenção da taxa de solidariedade sobre os rendimentos mais elevados, a reavaliação de imóveis em sede de IMI, a limitação à dedutibilidade dos gastos financeiros, como juros, em sede de IRC, a equiparação da taxa de imposto para todas as formas de tabaco, a introdução de uma sobretaxa sobre património imobiliário, incidente sobre imóveis de valor patrimonial

superior a um milhão de euros, ou a autorização para a introdução de um imposto sobre transações financeiras, sem esquecer a já mencionada reformulação dos escalões do IRS.

[...]

Através destas medidas, e do seu efeito conjugado, procura respeitar-se a igualdade proporcional perante os impostos e, desse modo, respeitar a justa repartição dos encargos públicos.

Ao mesmo tempo, não se ignora que algumas das medidas de contenção orçamental atingem apenas os trabalhadores do setor público. Porém, o alcance de tais medidas é agora substancialmente limitado, através da reposição de um dos subsídios, ou prestações equivalentes, sendo essa mesma reposição compensada através da imposição de uma sobretaxa sobre os rendimentos sujeitos a IRS, extensível a todos os contribuintes que auferem rendimentos superiores ao salário mínimo nacional. Ao que acaba de ser dito acresce ainda que, em linha com todas as decisões do Tribunal Constitucional sobre medidas de consolidação aprovadas para os últimos exercícios orçamentais, se torna admissível efetuar alguma diferenciação entre os trabalhadores do setor público e os do setor privado, diferenciação essa que se justifica, além do mais, pelo caráter transitório das medidas, as quais se encontram estritamente limitadas na sua aplicação temporal à verificação de um equilíbrio efetivo das contas públicas.

[...]»

29. Conforme se depreende desta exposição, o interesse público cuja prossecução conduziu o legislador à adoção das medidas constantes das normas aqui impugnadas subsiste relacionado com a “consecução de fins de redução da despesa pública e de correção de um excessivo desequilíbrio orçamental” (acórdão n.º 396/2011), de acordo com um programa que, apesar de plurianual, se mantém “temporalmente delimitado”.

Tais fins encontram-se agora sujeitos a uma concretização calendarizada, definida no Programa de Ajustamento Económico e Financeiro, de acordo com a qual, na sequência da revisão de que foram objeto, os limites quantitativos para o défice se encontram fixados em 5,5% e 4%, para os anos de 2013 e 2014, respetivamente.

O PAEF, conforme se escreveu no acórdão n.º 353/2012, “implicou a satisfação de determinadas condições prévias por parte das autoridades portuguesas”, sendo constituído por um «conjunto de instrumentos jurídicos, os quais foram aprovados, por um lado, pelo Governo Português e, por outro lado, pelo Conselho Executivo do Fundo Monetário Internacional, bem como pelo Governo Português e pela Comissão Europeia (em nome da União Europeia) e pelo Banco Central Europeu».

Tais instrumentos jurídicos — integrados por um “memorando técnico de entendimento e por um memorando de políticas económicas e financeiras que estabelecem as condições da ajuda financeira a Portugal por parte do Fundo Monetário Internacional — são completados pelo memorando de entendimento relativo às condicionalidades específicas de política económica, assinado entre o Governo Português e a União Europeia e adotado com referência ao Regulamento do Conselho (UE) n.º 407/2010, de 11 de maio de 2010, que estabelece o Mecanismo Europeu de Estabilização Financeira, em especial o artigo 3.º, n.º 5, do mesmo, descrevendo este as condições gerais da política económica tal como contidas na Decisão de Execução do Conselho n.º 2011/344/UE, de 17 de maio de 2011, sobre a concessão de assistência financeira a Portugal.

Conforme se escreveu ainda no acórdão n.º 353/2012, tais «memorandos são vinculativos para o Estado Português, na medida em que se fundamentam em instrumentos jurídicos — os Tratados institutivos das entidades internacionais que neles participaram, e de que Portugal é parte — de Direito Internacional e de Direito da União Europeia, os quais são reconhecidos pela Constituição, desde logo no artigo 8.º, n.º 2. Assim, o memorando técnico de entendimento e o memorando de políticas económicas e financeiras baseia-se no artigo V, Secção 3, do Acordo do Fundo Monetário Internacional, enquanto o memorando de entendimento específicas de política económica se fundamenta, em última análise, no artigo 122.º, n.º 2, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia».

Tais documentos impõem a adoção pelo Estado Português das medidas neles contempladas como condição do cumprimento faseado dos contratos de financiamento celebrados entre as mes-

mas entidades, dos mesmos resultando que «Portugal deve adotar um conjunto de medidas e de iniciativas legislativas, inclusivamente de natureza estrutural, relacionadas com as finanças públicas, a estabilidade financeira e a competitividade, as quais deverão ocorrer durante um período de 3 anos» (acórdão n.º 396/2011).

30. Instrumentalmente pré-ordenadas à realização de objetivos orçamentais essenciais ao reequilíbrio das contas públicas, num contexto de particular excecionalidade, as medidas impugnadas encontram-se dirigidas à prossecução de um interesse público real, perceptível, claro e juridicamente enquadrável, coincidente com a preservação da capacidade de financiamento do Estado no âmbito das obrigações assumidas e, por essa via, com as possibilidades de realização das tarefas fundamentais a seu cargo.

A questão não é, portanto, a da existência de um interesse público com cuja prossecução as medidas em causa possam ser funcionalmente relacionadas — o que exclui a possibilidade de considerá-las arbitrárias — mas a de saber se, do ponto de vista da posição jurídica afetada, a relação entre esse interesse e estas medidas, o modo como o legislador ordinário a estabeleceu e valorou, e, essencialmente, a opção que nessa valoração fez radicar — que é a de fazer recair sobre as pessoas que auferem remunerações por verbas públicas o esforço adicional correspondente à redução das retribuições base superiores a €1.500 e à suspensão total ou parcial do pagamento do subsídios de férias, ou quaisquer prestações correspondentes ao 14.º meses a partir de €600 — traduzem ou não, no contexto que resulta da Lei do Orçamento de Estado para 2013, uma intervenção proibida pelos princípios da proteção da confiança, da igualdade e/ou da proporcionalidade.

2. Princípio da proteção da confiança

31. De acordo com os requerentes do pedido que deu origem ao Processo n.º 5/2013, a suspensão total ou parcial do pagamento do subsídio de férias aos trabalhadores do setor público determinada pelas normas constantes do artigo 29.º da Lei n.º 66-

-A/2012 é contrária ao princípio da proteção da confiança, decorrente do princípio do Estado de Direito contemplado no artigo 2.º da Constituição.

Pese embora a fluidez de contornos e o grau de indeterminação de conteúdo que ao princípio da proteção da confiança são recorrentemente apontados (acórdão n.º 237/98) — o que o tornará especialmente sensível às circunstâncias de tempo e de lugar que definem o contexto em que é chamado a intervir —, pode afirmar-se que o mesmo leva «postulada uma ideia de proteção da confiança dos cidadãos e da comunidade na ordem jurídica e na atuação do Estado, o que implica um mínimo de certeza e segurança nos direitos das pessoas e nas suas expectativas juridicamente criadas e, conseqüentemente, a confiança dos cidadãos e da comunidade na tutela jurídica» (cfr. acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 11/83, 10/84, 17/84, 89/84, 303/90 e 237/98).

No caso vertente, embora se reconheça, em relação à suspensão do subsídio de férias, que possa ter ocorrido um acréscimo de expectativas decorrente da circunstância de o Tribunal Constitucional, no seu acórdão n.º 353/2012, ter julgado inconstitucionais as medidas de suspensão do subsídio de férias e de Natal introduzidas pela Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro, não se afigura que a adoção de uma tal medida, ainda que subsequente à formulação desse juízo de inconstitucionalidade, mereça, na exclusiva perspectiva da tutela da confiança, uma ponderação substancialmente distinta daquela que suscitou a manutenção da redução salarial.

Com efeito, a suspensão do subsídio de férias — que já havia sido adotada, no anterior exercício orçamental, em cumulação com a suspensão do subsídio de Natal — integra-se, ainda, numa linha de atuação programada, de carácter plurianual, que visa a realização de objetivos orçamentais essenciais ao reequilíbrio das contas públicas, num contexto de particular excecionalidade, o que manifestamente configura a prossecução de um interesse público real, perceptível, claro e juridicamente enquadrável, coincidente com a preservação da capacidade de financiamento do Estado no âmbito das obrigações assumidas e, por essa via, com as possibilidades de realização das tarefas fundamentais a seu cargo.

32. De todo o modo, a violação do artigo 2.º da Constituição manter-se-ia na dependência da possibilidade de reconhecer nas medidas de redução da retribuição constantes Lei n.º 66-B/2012 uma postergação «intolerável, arbitrária, opressiva ou demasiado acentuada» daqueles mínimos de certeza e segurança que as pessoas, a comunidade e o direito têm de respeitar, como dimensões essenciais do Estado de direito democrático” (acórdão n.º 12/2012).

Esta ideia de arbitrariedade ou excessiva onerosidade, para efeito da tutela do princípio da segurança jurídica na vertente material da confiança, tem sido definida pelo Tribunal Constitucional por referência a dois pressupostos essenciais:

- a) a afetação de expectativas, em sentido desfavorável, será inadmissível, quando constitua uma mutação da ordem jurídica com que, razoavelmente, os destinatários das normas dela constantes não possam contar; e ainda
- b) quando não for ditada pela necessidade de salvaguardar direitos ou interesses constitucionalmente protegidos que devam considerar-se prevaletentes (deve recorrer-se, aqui, ao princípio da proporcionalidade, explicitamente consagrado, a propósito dos direitos, liberdades e garantias, no n.º 2 do artigo 18.º da Constituição).

Ora, no caso, há, por um lado, indícios consistentes da necessidade de manutenção de medidas de contenção orçamental, e, por outro lado, por todas as razões já antes expostas, são patentes as razões de interesse público que justificam as alterações legislativas, pelo que não se pode dizer que estejamos perante um quadro injustificado de instabilidade da ordem jurídica.

3. Princípio da igualdade

33. De acordo com o sentido reiterado e uniforme da jurisprudência deste Tribunal, “só podem ser censuradas, com fundamento em lesão do princípio da igualdade, as escolhas de regime feitas pelo legislador ordinário naqueles casos em que se prove que delas resultam diferenças de tratamento entre as pessoas que não

encontrem justificação em fundamentos razoáveis, perceptíveis ou inteligíveis, tendo em conta os fins constitucionais que, com a medida da diferença, se prosseguem” (acórdão n.º 47/2010).

Sob tal perspetiva, a questão suscitada pela norma constante do artigo 29.º da Lei n.º 66-B/2012, é a de saber se a manutenção da redução da remuneração mensal base, associada à suspensão do pagamento do subsídio de férias ou equivalente e ambas conjugadas com a manutenção das outras medidas de contenção remuneratória como a proibição de valorizações para trabalhadores do setor público, correspondem a um tratamento proporcionalmente diferenciador do segmento atingido perante o princípio da igualdade consagrado no artigo 13.º da Constituição, na sua dimensão de “igualdade perante a repartição de encargos públicos”.

Mais concretamente, tratar-se-á de saber se a medida da diferença constitucionalmente tolerada se esgotou na redução remuneratória temporária determinada pela Lei n.º 55-A/2010 e subsequentemente reiterada, ou, apesar de ultrapassada já, no contexto da Lei do Orçamento de Estado para 2012, pela associação àquela da suspensão do pagamento dos dois subsídios (cfr. o acórdão n.º 353/2012), é ainda respeitada, pela Lei do Orçamento do Estado para 2013, pela cumulação daquela redução com a suspensão do pagamento de um dos subsídios.

A igualdade proporcional só é aferível no contexto, pelo que há que atender ao conjunto diversificado de medidas, teleologicamente unificadas, que acompanham as de manutenção das reduções da remuneração mensal base e de suspensão total ou parcial de um dos dois subsídios. Para além da menor expressão quantitativa do sacrifício por estas imposto (em confronto com o resultante da Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro, tendo em conta que só é afetado o subsídio de férias), constata-se, nesta perspetiva alargada, que agora se prevê, em simultâneo (contrariamente ao que sucedera no âmbito daquele diploma), medidas de abrangência universal. Concebidas as intervenções redutoras do nível remuneratório como parte de um todo, só no que a elas diz respeito se pode apontar a repartição inigualitária de sacrifícios anteriormente sob apreciação.

Mas, por outro lado, e em sentido inverso, não podemos abstractir do facto de ao impacto das reduções das remunerações dos

trabalhadores do setor público se dever adicionar o impacto que, a par dos demais contribuintes, tais trabalhadores sofrerão em resultado do aumento generalizado da carga fiscal, em sede de Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares. Sendo, por força deste aumento, menor o rendimento disponível, maior é a específica incidência negativa, no nível de vida dos sujeitos atingidos, do abaixamento das remunerações.

Para além do diferente enquadramento normativo, há que atender à situação atual das finanças públicas e à evolução que ela sofreu desde as primeiras “medidas de austeridade”. A questão a resolver é, por isso, diferente de qualquer uma daquelas que, recaindo sobre as reduções remuneratórias previstas na Lei n.º 55-A/2010, de 31 de dezembro (Orçamento do Estado para 2011) e na Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro (Orçamento de Estado para 2012), foram decididas, respetivamente, nos acórdãos n.ºs 396/2011 e 353/2012.

34. Todavia, se muda o objeto de valoração, daí não se segue que deva mudar o critério de apreciação que o Tribunal então enunciou e aplicou. Esse critério conserva plena validade, apenas podendo eventualmente ser outro o resultado da sua aplicação, em face da não coincidência do alcance das reduções remuneratórias, atentos o seu teor e o contexto, normativo e factual, em que se inserem.

Tal critério diz respeito, num primeiro momento, à existência de um fundamento para a própria opção de diferenciar e, num segundo momento, à medida em foi decidido concretizar tal diferenciação.

A questão, que fora já analisada no acórdão n.º 396/11, foi igualmente debatida no acórdão n.º 353/2012, que apreciou a constitucionalidade das normas constantes dos artigos 21.º e 25.º da Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro — que haviam determinado a suspensão total ou parcial do pagamento dos subsídios de férias e de Natal, ou quaisquer prestações correspondentes aos 13.º e, ou, 14.º meses, quer para pessoas que auferiam remunerações salariais de entidades públicas, quer para pessoas que auferiam pensões de

reforma ou aposentação através do sistema público de segurança social.

Nesse caso, rejeitada a possibilidade de excluir o carácter arbitrário da diferenciação através de um fundamento baseado na superioridade média das retribuições auferidas pelos trabalhadores do setor público e/ou da maior garantia de subsistência do respetivo vínculo laboral, o Tribunal considerou subsistir, como razão justificativa para o tratamento diferenciado dos que auferem remunerações e pensões do Orçamento do Estado, apenas “a eficácia das medidas adotadas na obtenção de um resultado de inegável e relevante interesse público”.

Situando no domínio relativo à pertinência orçamental das medidas o fundamento material para a diferenciação no âmbito da repartição dos encargos públicos, o Tribunal ajuizou como defensável a asserção segundo a qual, “pela sua certeza e rapidez na produção de efeitos”, a opção tomada se revelava “particularmente eficaz”, “numa perspetiva de redução do défice a curto prazo”, mostrando-se desse modo “coerente com uma estratégia de atuação, cuja definição cabe[ria] dentro da margem de livre conformação política do legislador”.

Perspetivando o fundamento para a diferenciação introduzida a partir da natureza e especificidade da conjuntura subjacente e dos efeitos tidos em vista pelo legislador ordinário, o Tribunal concluiu pela admissibilidade de “alguma diferenciação entre quem recebe por verbas públicas e quem atua no setor privado da economia”, excluindo a possibilidade de, no “contexto económico e financeiro” então presente, ser considerada “injustificadamente discriminatória qualquer medida de redução dos rendimentos dirigida apenas aos primeiros”.

35. Também quanto à caracterização do fundamento com base no qual é possível excluir o carácter arbitrário da opção que, quanto à repartição dos encargos públicos em contextos de emergência financeira, aponte para a consideração diferenciada da posição daqueles que auferem rendimentos pagos por verbas públicas não há razões para divergir do juízo seguido nos acórdãos n.^{os} 396/2011 e 353/2012.

Numa conjuntura de progressiva acentuação do défice das contas públicas e da conseqüente dificuldade de obtenção, em condições sustentáveis, de meios normais de financiamento, houve que proceder a um esforço de correção do desequilíbrio orçamental para o qual, enquanto titular do poder político soberano, o Estado foi convocado. No quadro do Programa de Ajustamento Económico e Financeiro para o efeito ajustado, tornou-se necessário adotar decisões de opção quanto ao âmbito de incidência de medidas orçamentais penalizadoras do nível de vida dos cidadãos, ainda que numa situação de excecionalidade.

Neste complexo campo de ponderação, não é patentemente desrazoável que o legislador tenha atribuído às despesas com as remunerações dos trabalhadores com funções públicas um “particularismo suficientemente distintivo e relevante para justificar um tratamento legal diverso do concedido a situações equiparáveis (sob outros pontos de vista)”. O que distingue as verbas despendidas com as remunerações dessa categoria de trabalhadores é o seu impacto certo, imediato e quantitativamente relevante nas despesas correntes do Estado, que poderia produzir, no curto prazo, efeitos favoráveis à satisfação dos objetivos de redução do défice orçamental que se pretendia atingir.

A opção concretizada na afetação dessas remunerações e o tratamento diferenciado que ela configura encontram, assim, suficiente suporte na sua peculiar relação com os fins das normas questionadas. O critério conducente à desigualdade, em si mesmo (pondo, pois, de lado, por enquanto, a medida dessa desigualdade, adiante analisada), assenta na situação objetiva, em termos da fonte dos rendimentos laborais, dos destinatários das reduções em causa: sendo eles, e apenas eles, pagos pela afetação de recursos públicos, e não podendo o Estado, por isso mesmo, submeter a idêntica medida os que dela ficam excluídos, não tem fundamento constitucional pretender-se que o princípio da igualdade exige a omissão de qualquer redução salarial, independentemente do estado das finanças públicas.

É certo que os modos de intervenção estão condicionados pela estratégia escolhida e pelos índices percentuais de correção orçamental a que o Estado se vinculou internacionalmente. Outras

opções de base, quanto à política de consolidação orçamental, são teoricamente admissíveis. Mas, justamente, esse é o domínio da definição das linhas de atuação política, sujeito a controvérsia e debate nas instâncias próprias, e reservado ao legislador democraticamente legitimado. O Tribunal afirmou-o com toda a clareza nos acórdãos n.ºs 396/2011 e 353/2012, podendo ler-se no primeiro daqueles arestos que não lhe cabe apreciar a maior ou menor bondade das medidas implementadas, mas apenas “ajuizar se as soluções impugnadas são arbitrárias, por sobrecarregarem gratuita e injustificadamente uma certa categoria de cidadãos”.

Ora, uma intervenção com um alcance redutor (apenas) das remunerações dos que são pagos por verbas públicas não é, face ao que ficou dito, em si mesma, arbitrária.

Esta conclusão inscreve-se, de resto, na orientação geral do Tribunal quanto ao princípio da igualdade. Este princípio, na sua dimensão de proibição do arbítrio, constitui um critério essencialmente negativo (Acórdão n.º 188/90) que, não eliminando a “liberdade de conformação legislativa” — entendida como a liberdade que ao legislador pertence de “definir ou qualificar as situações de facto ou as relações da vida que hão de funcionar como elementos de referência a tratar igual ou desigualmente” —, comete aos tribunais não a faculdade de se substituírem ao legislador, «ponderando a situação como se estivessem no lugar dele e impondo a sua própria ideia do que seria, no caso, a solução *razoável, justa e oportuna* (do que seria a solução ideal do caso)», mas sim a de «afastar aquelas soluções legais de todo o ponto insuscetíveis de se credenciarem racionalmente» (acórdão n.º 270/09, que remete para os Acórdãos da Comissão Constitucional, n.º 458, Apêndice ao Diário da República, de 23 de agosto de 1983, pág. 120, e do Tribunal Constitucional n.º 750/95).

36. A conclusão de que à redução salarial concretizada na norma constante do artigo 29.º da Lei n.º 66-B/2012 subjaz um critério ponderativo racionalmente credenciável não é todavia, suficiente para assegurar a respetiva validade constitucional.

Desde logo porque o princípio da igualdade exige que, a par da existência de um fundamento material para a opção de diferen-

ciar, o tratamento diferenciado assim imposto seja proporcionado. Se o princípio da igualdade permite (ou até requer, em certos termos) que o desigual seja desigualmente tratado, simultaneamente impõe que não seja desrespeitada a medida da diferença. Ainda que o critério subjacente à diferenciação introduzida seja, em si mesmo, constitucionalmente credenciado e racionalmente não infundado, a desigualdade justificada pela diferenciação de situações nem por isso se tornará “imune a um juízo de proporcionalidade” (acórdão n.º 353/2012).

A desigualdade do tratamento deverá, quanto à medida em que surge imposta, ser proporcional, quer às razões que justificam o tratamento desigual — não poderá ser “excessiva”, do ponto de vista do desígnio prosseguido —, quer à medida da diferença verificada existir entre o grupo dos destinatários da norma diferenciadora e o grupo daqueles que são excluídos dos seus efeitos ou âmbito de aplicação.

37. Os dois níveis de comparação em que, do ponto de vista operativo, se desdobra o princípio da igualdade (acórdão n.º 114/2005) introduzem no tema da repartição dos encargos públicos uma nova dimensão problemática, ela própria multidirecional: a igualdade proporcional implica a consideração do grau de diferenciação imposto, quer na sua relação com as finalidades prosseguidas — o que pressupõe que as medidas diferenciadoras sejam impostas em grau necessário, adequado e não excessivo do ponto de vista do interesse que se pretende acautelar (cf. acórdãos n.ºs 634/93 e 187/2001) —, quer no âmbito da comparação a estabelecer entre os sujeitos afetados pela medida e os sujeitos que o não são e, do ponto de vista daquela finalidade, entre uns e outros e o Estado. Estão em causa limites do sacrifício adicional imposto àqueles sujeitos: para além de certa medida, esse acréscimo de sacrifício traduz um tratamento inequitativo e desproporcionado, não podendo ser justificado pelas vantagens comparativas que esse modo de consolidação orçamental possa apresentar quando comparado com alternativas disponíveis.

Apesar do reconhecimento de uma diferença justificativa de (alguma) desigualdade de tratamento, não pode ignorar-se que sub-

siste entre os sujeitos afetados e os sujeitos não afetados pela opção expressa no artigo 29.º da Lei n.º 66-B/2012, de outro ponto de vista também digno de consideração (o da justa repartição dos encargos públicos), uma dimensão de igualdade a que a solução de diferenciação não poderá ser insensível. De outro modo, a distinção introduzida no âmbito da repartição dos encargos públicos não se revela proporcional à medida daquela diferença, tornando-se intolerável, do ponto de vista daquela dimensão da igualdade.

38. De forma mais ou menos expressa, esta ordem de considerações — através da qual se realiza a aproximação ao conceito de “justa medida” — encontra-se subjacente aos juízos que, ainda que com consequências opostas, foram formulados no âmbito dos acórdãos n.ºs 396/2011 e 353/2012.

Neste último, o Tribunal, no ponto central da fundamentação, expendeu o seguinte:

«Nestes termos, poderá concluir-se que é certamente admissível alguma diferenciação entre quem recebe por verbas públicas e quem atua no setor privado da economia, não se podendo considerar, no atual contexto económico e financeiro, injustificadamente discriminatória qualquer medida de redução dos rendimentos dirigida apenas aos primeiros.

Mas, obviamente, a liberdade do legislador recorrer ao corte das remunerações e pensões das pessoas que auferem por verbas públicas, na mira de alcançar um equilíbrio orçamental, não pode ser ilimitada. A diferença do grau de sacrifício para aqueles que são atingidos por esta medida e para os que não o são não pode deixar de ter limites.

Na verdade, a igualdade jurídica é sempre uma igualdade proporcional, pelo que a desigualdade justificada pela diferença de situações não está imune a um juízo de proporcionalidade. A dimensão da desigualdade do tratamento tem que ser proporcionada às razões que justificam esse tratamento desigual, não podendo revelar-se excessiva».

Na medida em que nenhuma das imposições de sacrifícios descritas teria então “equivalente para a generalidade dos outros cidadãos que aufer[iam] rendimentos provenientes de outras fontes, independentemente dos seus montantes”, o Tribunal considerou que a «diferença de tratamento [era] de tal modo acentuada e significa-

tiva que as razões de eficácia da medida adotada na prossecução do objetivo da redução do défice público para os valores apontados nos memorandos de entendimento não te[riam] uma valia suficiente para justificar a dimensão de tal diferença (...)). Daí a conclusão de que «o diferente tratamento imposto a quem auferir remunerações e pensões por verbas públicas ultrapassa os limites da proibição do excesso em termos de igualdade proporcional».

39. O contexto orçamental, quer no plano normativo, quer no da execução, no âmbito do qual se determina a manutenção em vigor, para o ano de 2013, da redução das retribuições mensais base imposta pelo artigo 19.º da Lei n.º 55-A/2010, de 31 de dezembro — e transposta para o ano de 2012 pelo n.º 1 do artigo 20.º da Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro —, associando-lhe a suspensão total ou parcial do pagamento de um dos dois subsídios ou prestações remuneratórias complementares, não coincide com o vigente aquando da elaboração dos dois orçamentos anteriores.

Quanto à premência da prossecução da finalidade que justificou a diferenciação gerada no âmbito da irredutibilidade salarial, não poderá dizer-se que ela se encontra atenuada pela evolução posterior. Resulta antes do Relatório do Orçamento do Estado para 2013 que o défice para o ano de 2012 será superior ao inicialmente previsto. De todo o modo, certo é que, não obstante a revisão dos objetivos do défice para 2013, está prevista, na linha da estratégia implementada, a obtenção de valores sucessivamente mais baixos. Para alcançar esses valores, acordados com a União Europeia e com o Fundo Monetário Internacional, após a 5.ª atualização do PAEF, não é plausível que se tenha tornado dispensável a perduração de medidas de contenção orçamental.

Por outro lado, do ponto de vista da ponderação de medidas de alcance geral, que melhor assegurem a repartição justa dos encargos públicos, verifica-se que elas foram tomadas, mas não em substituição integral das medidas que afetam exclusivamente os funcionários públicos e equiparados. Trata-se antes de medidas adicionais, quer pelo lado da receita, quer pelo lado da despesa, que se aplicam cumulativamente com a redução de vencimentos e a suspensão do pagamento do subsídio de férias.

Algumas destas últimas medidas repercutem-se especialmente na situação profissional e nível remuneratório dos trabalhadores em funções públicas, ou, mais em geral, nos rendimentos do trabalho. É o caso da redução adicional na compensação sobre o valor do pagamento do trabalho extraordinário em dia normal de trabalho, aplicável aos trabalhadores cujo período normal de trabalho não exceda as sete horas por dia ou as trinta e cinco horas por semana, equivalente a 12,5 % da remuneração na primeira hora e a 18,75% da remuneração nas horas ou frações subsequentes (artigo 45.º, n.º 1, da Lei n.º 66-B/2012) e da redução para 25% do valor do acréscimo remuneratório devido por cada hora de trabalho extraordinário prestado em dia de descanso semanal, obrigatório ou complementar, e em dia feriado (artigo 45.º, n.º 2, da Lei n.º 66-B/2012) — medidas, aliás, igualmente impugnadas, não obstante terem sido apresentadas como fatores de compensação para o desagravamento do nível de ablação da retribuição anual dos trabalhadores do setor público decorrente da reposição de um dos dois subsídios abrangidos pela suspensão determinada pelo artigo 21.º da Lei n.º 64-B/2011. É o caso, também, da proibição, como regra geral, de quaisquer valorizações remuneratórias decorrentes de promoções ou progressões (artigo 35.º da Lei n.º 66-B/2012) e da atribuição de prémios de gestão aos gestores de empresas públicas, entidades reguladoras e institutos públicos (artigo 37.º da Lei n.º 66-B/2012), bem como a redução anual de efetivos em 2%, com impacto estimado de redução da despesa em 0,2% do PIB, em valores brutos face ao ano anterior (330 M€). No âmbito ainda das medidas de racionalização dos custos com pessoal, encontram-se igualmente previstas a redução do número de contratos de trabalho a termo resolutivo (artigo 59.º da Lei n.º 66-B/2012), a alteração das regras de atribuição do abono de ajudas de custo nas deslocações em serviço (alteração ao Decreto-Lei n.º 106/98, de 24 de abril, introduzida pelo artigo 41.º da Lei n.º 66-B/2012), a redução de subsídio de residência/habitação atribuído a titulares de cargos públicos (alteração ao Decreto-Lei n.º 72/80, de 15 de abril, introduzida pelo artigo 43.º da Lei n.º 66-B/2012), a redução em 50% do valor das subvenções pagas aos trabalhadores que, no âmbito da mobilidade especial, se encontram de licença extraordinária

(artigo 43.º da Lei n.º 66-B/2012) e ainda a redução no seu conjunto, no mínimo, em 3% do número de trabalhadores face aos existentes em 31 de dezembro de 2012, com exceção dos hospitais, E. P. E. (artigo 63.º da Lei n.º 66-B/2012).

As medidas adotadas pelo lado da receita — através das quais se visa promover uma «maior igualdade na distribuição do impacto das medidas de austeridade entre os diversos setores da sociedade portuguesa de forma a garantir que os contribuintes que revelam uma maior capacidade contributiva suportarão, na medida dessa capacidade, um esforço acrescido no esforço de consolidação» (Relatório, pág. 60), vão onerar também a situação de quem recebe remunerações de entidades públicas. Este agravamento fiscal acrescerá, assim, ao esforço já exigido a estes mesmos contribuintes com a manutenção da redução das remunerações e a suspensão do pagamento do subsídio de férias. Mesmo a medida fiscal alegadamente consagrada para compensar a menor diminuição da despesa pública por força da reposição do subsídio de Natal — a “sobretaxa em sede de IRS” — abrange também os que estão sujeitos às reduções salariais.

40. Daqui se segue que, para o ano de 2013, continuará a exigir-se de quem recebe remunerações salariais de entidades públicas um esforço adicional que não é exigido aos titulares de outros rendimentos e, designadamente, aos titulares de rendimentos idênticos provenientes do trabalho, no âmbito do setor privado.

Esta opção de diferenciação é expressamente assumida no Relatório do Orçamento do Estado para 2013 (pág. 41), onde se refere o seguinte:

«[...]»

Ao mesmo tempo, não se ignora que algumas das medidas de contenção orçamental atingem apenas os trabalhadores do setor público. Porém, o alcance de tais medidas é agora substancialmente limitado, através da reposição de um dos subsídios, ou prestações equivalentes, sendo essa mesma reposição compensada através da imposição de uma sobretaxa sobre os rendimentos sujeitos a IRS, extensível a todos os contribuintes que auferem rendimentos superiores ao salário mínimo nacional. Ao que acaba de ser dito acresce ainda que, em linha com

todas as decisões do Tribunal Constitucional sobre medidas de consolidação aprovadas para os últimos exercícios orçamentais, se torna admissível efetuar alguma diferenciação entre os trabalhadores do setor público e os do setor privado, diferenciação essa que se justifica, além do mais, pelo caráter transitório das medidas, as quais se encontram estritamente limitadas na sua aplicação temporal à verificação de um equilíbrio efetivo das contas públicas.»

A questão de fundo sobre a qual o Tribunal tem que se pronunciar, à luz do parâmetro constitucional fornecido pelo princípio da igualdade, é justamente a de saber se o alcance das medidas diferenciadoras “é agora substancialmente limitado”, como pretende o citado Relatório, em termos de ficar assegurada, na Lei do Orçamento para 2013, a observância daquele princípio.

41. Nesta análise, o Tribunal entende que deverá efetuar as seguintes ponderações.

Quando impôs a redução de vencimentos aos servidores do Estado na Lei do Orçamento para 2011 e, no ano seguinte, adicionou a essa a medida a ablação dos subsídios de férias e de Natal, o legislador invocou a necessidade urgente de corrigir os desequilíbrios orçamentais e o profundo agravamento das finanças públicas, considerando tais medidas como absolutamente necessárias para assegurar as metas exigentes a que Portugal se vinculou e para preservar a manutenção e sustentabilidade do Estado Social e garantir o financiamento da economia portuguesa (Relatório OE 2012, págs. 21-22).

Foi entendido que, pelo lado da despesa, só a diminuição dos salários permitia conseguir resultados a curto prazo, em vista à satisfação dos compromissos com instâncias europeias e internacionais, e essa era, nesse sentido, uma medida de garantia de eficácia certa e imediata, que não poderia ser compensada, com idênticos efeitos económicos-financeiros, através da redução de despesa por via da diminuição de outros encargos ou mediante um aumento de receitas por via fiscal.

Quando entramos no terceiro exercício orçamental consecutivo, que visa dar cumprimento ao programa de assistência finan-

ceira, o argumento da eficácia imediata das medidas de suspensão de subsídio não tem agora consistência valorativa suficiente para justificar o agravamento (em relação ao Orçamento de Estado para 2012) dos níveis remuneratórios dos sujeitos que auferem por verbas públicas.

Isso, tendo sobretudo em conta que os limites de consolidação orçamental atualmente definidos no Programa de Assistência Económica e Financeira (PAEF), eram já antes impostos, num primeiro momento, pelo Pacto de Estabilidade e Crescimento (PEC) e, depois, em moldes formalmente mais vinculativos, pelo “Memorando de entendimento sobre as condicionalidades de política económica”, acordado com a Comissão Europeia, e do Memorando de Políticas Económicas e Financeiras, assinado com o FMI.

Sendo certo que existem diversas medidas de contenção de custos do funcionamento do Estado e da administração local que, em articulação com outras com impacto no lado da receita, se encontravam já previstas no Memorando de entendimento sobre as condicionalidades da política económica, subscrito em 17 de maio de 2011, com o apontado objetivo de correção do défice.

Quando uma redução dos salários do setor público, a pretexto da excecionalidade da situação económica, devia ser acompanhada de soluções alternativas de redução da despesa pública, não serve hoje de justificação para a supressão de um dos subsídios que integram a retribuição dos trabalhadores da Administração Pública, a par da diminuição da remuneração mensal, que essa seja ainda a medida que apresenta efeitos seguros e imediatos na redução do défice e a *única* opção — como se afirma no Relatório do OE para 2013 — para garantir a prossecução do objetivo traçado.

As razões que permitiriam reconhecer a impossibilidade de o legislador encontrar medidas sucedâneas, num contexto de urgência de obtenção de resultados — e que o acórdão n.º 396/2011 aceitou, por referência à redução salarial prevista na Lei do Orçamento de 2011 —, não apresentam o mesmo grau de convencimento em relação aos períodos orçamentais ulteriores. E, como se afirmou em declaração de voto aposta ao acórdão n.º 353/12, o decurso do tempo implica um acréscimo de exigência ao legislador no sentido de encontrar alternativas que evitem que, com o prolongamento, o

tratamento diferenciado se torne claramente excessivo para quem o suporta, e exige ao legislador um ónus de fundamentação em termos de valores previsíveis para as diversas alternativas possíveis de aumento de receita ou redução de despesa.

42. Por outro lado, a medida de suspensão do subsídio de férias, cumulada com as reduções salariais que provêm já do exercício orçamental de 2011, que incidem sobre os trabalhadores do setor público, a par de um forte agravamento fiscal aplicável generalizadamente aos rendimentos do trabalho, não pode encontrar justificação suficiente no princípio da vinculação ao interesse público.

Como observam Gomes Canotilho e Vital Moreira, o que unifica e dá sentido ao regime próprio da função pública é a necessária prossecução do interesse público a título exclusivo, como logo explicita o artigo 269.º, n.º 1, da Constituição, em concordância com o objetivo constitucional da Administração Pública que está expresso no precedente artigo 266.º, n.º 1. No entanto, como acrescentam os mesmos autores, a vinculação exclusiva ao interesse público só afeta os trabalhadores da Administração Pública, quando no exercício das suas funções, não podendo a vinculação afetar ou limitar a sua vida privada ou o exercício dos seus direitos fora dela (*Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. II, 4.ª edição, Coimbra, pág. 840).

A principal consequência dessa sua vinculação ao interesse público é a sujeição a uma *situação estatutária*, que se distingue de um estatuto tipicamente contratual, por se tratar de uma situação jurídica objetiva, definida legal e regulamentarmente, e que pode ser modificada unilateralmente pelo Estado através de uma nova norma jurídica. O legislador dispõe de liberdade conformativa para adaptar o regime da função pública às necessidades de interesse público que em cada momento se façam sentir.

Um dos aspetos mais relevantes da mais recente evolução legislativa no âmbito da relação jurídica de emprego público traduziu-se justamente na chamada laboralização da função pública, concretizada especialmente através do diploma que estabelece os regimes de vinculação, de carreiras e remunerações (Lei n.º 12-

-A/2008, de 27 de fevereiro), e pelo qual a modalidade de constituição da relação de emprego por nomeação passou a revestir um carácter excecional, abrangendo no essencial as atividades que envolvam poderes de autoridade ou de soberania (artigo 10.º), com o conseqüente alargamento do campo de aplicação do contrato de trabalho, que passou a constituir a modalidade comum da constituição da relação de emprego público (artigo 20.º).

O Contrato de Trabalho em Funções Públicas, regulado pela Lei n.º 59/2008, de 11 de setembro (RCTFP) — que deu concretização prática a essa alteração legislativa —, que tem um regime decalcado do Código de Trabalho (CT), é expressamente qualificado como uma relação de trabalho subordinado de natureza administrativa (artigo 9.º, n.º 3, da Lei n.º 12-A/2008), passando a sujeitar os trabalhadores adstritos à generalidade das atividades desenvolvidas pela Administração, a um regime de vinculação mais flexível do que aquele que decorria do anterior regime-regra de nomeação e equiparável ao da relação laboral de direito privado, e que simultaneamente implica para a entidade empregadora pública os mesmos condicionamentos, no âmbito da correspondente relação jurídica de emprego, que se encontram estabelecidos para o empregador privado.

Sintomático do paralelismo agora estabelecido entre a relação laboral privada e o contrato de trabalho em funções públicas é a recente Lei n.º 66/2012, de 31 de dezembro, que procedeu à uniformização das regras entre o RCTFP e o CT, entretanto alterado pela Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, mormente em matéria de flexibilização do horário de trabalho, retribuição do trabalho suplementar, eliminação do descanso compensatório remunerado, alteração do regime de contabilização dos dias de férias, regime de faltas ao trabalho e de cessação do contrato de trabalho, acentuando a aproximação às regras do Código do Trabalho.

De resto, atenta a possibilidade de modificação do estatuto profissional dos trabalhadores da Administração Pública, o Tribunal Constitucional pronunciou-se já no sentido de poder haver lugar a uma redução progressiva de vencimentos em caso de modificação orgânica dos serviços (situação analisada no acórdão do TC n.º 4/2003) ou ao congelamento dos suplementos remunerató-

rios em resultado de alterações no regime de carreiras (aspeto considerado no acórdão n.º 12/2012), questões que sempre terão de ser escrutinadas, no plano da constitucionalidade, à luz do princípio da proteção da confiança. O que não faz sentido é que se convoque a vinculação ao interesse público dos trabalhadores da Administração Pública, caracterizada pela referida situação estatutária ou pelo estatuto legal do contrato, como fundamento para a imposição continuada de sacrifícios a esses trabalhadores por via da redução unilateral dos salários, quando assim não se pretenda mais do que um objetivo de carácter geral em vista ao cumprimento das metas de redução do défice.

43. Por outro lado, relativamente a um argumento já invocado no Relatório do Orçamento para 2012, o Tribunal reitera o entendimento já formulado no acórdão n.º 353/2012 quanto à irrelevância, como parâmetro valorativo do princípio da igualdade, do estatuto qualitativo dos trabalhadores da Administração Pública por comparação com os trabalhadores do setor privado, quando o que está em causa é a imposição de um encargo específico que incide apenas sobre uma dessas categorias de trabalhadores.

Não deixam de ter aqui relevo considerações já antes expendidas, que não permitem tomar como assente a ideia de imutabilidade do vínculo laboral de emprego público — agora sujeito para a generalidade dos trabalhadores que exercem funções públicas a um regime idêntico ao previsto para a relação laboral privada —, e também a ideia, já expressa no citado acórdão n.º 353/2012, de não ser possível estabelecer um quadro comparativo, a nível quantitativo, das remunerações auferidas em qualquer dos setores de atividade, por estarem aí implicados diferentes tipos de trabalho e estatutos profissionais.

Independentemente, porém, da dificuldade de aferição, em termos qualitativos, da situação global dos trabalhadores do setor público por confronto com a dos trabalhadores do setor privado, o certo é que, do ponto de vista da repartição dos encargos públicos, o que é comparável é a posição subjetiva de um trabalhador da Administração Pública com a de um trabalhador com vínculo laboral privado, em pleno emprego, e com a mesma capacidade de

ganho, ou com um qualquer outro titular de rendimentos de idêntica grandeza.

A imposição de sacrifícios mais intensos aos trabalhadores que exercem funções públicas não pode ser justificada por fatores macroeconómicos relacionados com a recessão económica e o aumento do desemprego, que terão de ser solucionados por medidas de política económica e financeira de carácter geral, e não por via de uma maior penalização dos trabalhadores que, no plano da empregabilidade, não suportam, ou não suportam em idêntico grau, os efeitos recessivos da conjuntura económica.

44. Em contrapartida, o legislador, na escolha da decisão política, não poderia ter deixado de atribuir um relevo autónomo ao princípio da igualdade perante os encargos públicos, que é realizado tendencialmente através do sistema fiscal.

E que constitui a necessária decorrência da caracterização Estado português como um estado fiscal, «em que a figura do imposto constitui o tipo regra de tributo, ou seja, em que o suporte financeiro normal de realização do bem comum da responsabilidade do Estado (e demais entes públicos) se traduz em encargos gerais ...» (Casalta Nabais, o «atual *O princípio do Estado Fiscal*, in «Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao Professor João Lumbrales», FDUL, 2000, pág. 386).

No caso vertente, o legislador, na sequência da declaração de inconstitucionalidade emitida pelo Tribunal Constitucional em relação às medidas previstas nos artigos 21.º e 25.º da Lei do Orçamento de Estado para 2012, e pretendendo extrair as devidas consequências dessa decisão, determinou, em relação aos trabalhadores do setor público, a suspensão para o exercício orçamental de 2013 de apenas um dos subsídios, que é complementada, como medida compensatória desse aumento de despesa, pela aplicação de uma sobretaxa de 3,5%, e que faz reverter a favor dos cofres do Estado o pagamento em duodécimos do subsídio de Natal, que foi entretanto reposto.

Introduziu ainda um forte agravamento fiscal, que afeta todos os contribuintes, por via quer da redução dos escalões de IRS, quer

de diversas outras medidas fiscais avulsas, em que avulta a redução das deduções à coleta (artigo 186.º).

A pretendida execução da decisão do Tribunal Constitucional determinou, nestes termos, um agravamento da situação fiscal dos contribuintes em geral, e um agravamento, em particular, da posição dos trabalhadores da Administração Pública, que ficaram sujeitos, pelo efeito cumulado das reduções salariais, da supressão de um subsídio e do aumento da carga tributária, a uma perda de rendimento disponível superior àquela que já resultava das medidas que tinham sido implementadas no âmbito do Orçamento do Estado para 2012.

No Relatório do Orçamento do Estado para 2013, sustenta-se que, através de um conjunto de medidas transversais de carácter fiscal, que envolve a referida sobretaxa sobre os rendimentos das pessoas singulares, o aumento (reduzido) da taxa liberatória sobre os rendimentos de capitais e a manutenção da taxa de solidariedade sobre os rendimentos mais elevados, além do agravamento fiscal por via das alterações feitas ao Código do IRS pelo artigo 186.º da Lei do Orçamento, se procurou respeitar “a igualdade proporcional perante os impostos e, desse modo, respeitar a justa repartição dos encargos públicos” (pág. 41). Considerando-se, nessa linha de argumentação, que o alcance das medidas de contenção orçamental que atingem apenas os trabalhadores do setor público são agora de alcance mais limitado.

Importa reter, no entanto, que a redução salarial aplicada aos trabalhadores da Administração Pública, por efeito da cumulação da diminuição da remuneração mensal, que vigora desde 2011, com a suspensão de um dos subsídios agora imposta, representa objetivamente um entorse ao princípio da igualdade de contribuição para os encargos públicos, implicando que certos sujeitos passivos do imposto (definidos em função de certo estatuto profissional) disponham de menor capacidade económica para satisfazer o aumento de encargos fiscais que foi imposto generalizadamente a todos os cidadãos.

Numa situação conjuntural em que se pretende fazer face a objetivos de consolidação orçamental, a penalização de uma certa categoria de pessoas por intermédio da conjugação de medidas de

agravamento fiscal e de diminuição de salários, põe em causa o modo de distribuição dos encargos públicos.

O Tribunal decidiu já, através dos falados acórdãos n.ºs 396/2011 e 353/2012, que é admissível efetuar alguma diferenciação entre os trabalhadores do setor público e os do setor privado, apenas pelo facto de aqueles serem remunerados por verbas públicas. Não excluindo que o legislador, em excepcionais circunstâncias económico-financeiras, e como meio de rapidamente diminuir o défice público, possa recorrer a uma medida de redução dos rendimentos de trabalhadores da Administração Pública, ainda que essa medida se traduza num tratamento desigual, relativamente a quem auferir rendimentos provenientes do setor privado da economia, por considerar que há ainda aí uma justificação que afasta a eventual violação do princípio da igualdade na repartição dos encargos públicos.

Na última dessas decisões, o Tribunal considerou, porém, que os efeitos cumulativos e continuados dos sacrifícios impostos às pessoas com remunerações do setor público, sem equivalente para a generalidade dos outros cidadãos que auferem rendimentos provenientes de outras fontes, corresponde a uma diferença de tratamento que não encontra já fundamento bastante no objetivo da redução do défice público. E implica por isso uma violação do princípio da igualdade proporcional, assente na ideia de que a desigualdade justificada pela diferença de situações não está imune a um juízo de proporcionalidade e não pode revelar-se excessiva.

Não há motivo agora para alterar este juízo.

A concorrência de medidas de incidência geral é um dado de certo modo ambivalente, que não releva para a formulação de um juízo de igualdade proporcional. Persistindo uma diferença de tratamento, o aumento da carga fiscal idêntico para todos os contribuintes, independentemente da fonte dos seus rendimentos, não é suscetível de atenuar essa diferença, que afeta apenas quem recebe remunerações por verbas públicas.

O agravamento fiscal teve ainda um efeito de maior onerosidade para essa categoria de pessoas relativamente à situação que resultava das medidas precedentemente previstas na Lei do Orçamento de Estado para 2012.

E, por outro lado, a redução salarial tem vindo a ser acompanhada, entre outras, de medidas adicionais de congelamento de progressão na carreira e de valorização remuneratória, que, objetivamente, representam também uma alteração significativa da posição jurídica dos trabalhadores da Administração Pública (artigos 24.º, n.ºs 1 e 9, da Lei n.º 55-A/2010, de 31 de dezembro, 20.º, n.º 5, da Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro, e 35.º, n.ºs 1 e 12, da Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro).

45. Em suma, em relação à norma do artigo 29.º, que determinou a suspensão do pagamento do subsídio de férias ou equivalente para os trabalhadores da Administração Pública, e apesar de ter sido acompanhada de um conjunto mais abrangente de medidas de caráter fiscal que afetam a generalidade dos contribuintes, o Tribunal entende que o seu efeito conjugado com a redução salarial prevista naquela outra disposição, desrespeita o princípio da igualdade proporcional e da justa repartição dos encargos públicos.

Não só porque o tratamento diferenciado dos trabalhadores do setor público não pode continuar a justificar-se através do caráter mais eficaz das medidas de redução salarial, em detrimento de outras alternativas possíveis de contenção de custos, como também porque a sua vinculação ao interesse público não pode servir de fundamento para a imposição continuada de sacrifícios a esses trabalhadores mediante a redução unilateral de salários, nem como parâmetro valorativo do princípio da igualdade por comparação com os trabalhadores do setor privado ou outros titulares de rendimento. E ainda porque a penalização de certa categoria de pessoas, por efeito conjugado da diminuição de salários e do aumento generalizado da carga fiscal, põe em causa os princípios da igualdade perante os encargos públicos e da justiça tributária.

46. Poderia dizer-se que o efeito cumulado de redução salarial decorrente das referidas normas dos artigos 27.º e 29.º não é aplicável às pessoas cuja remuneração base mensal seja igual ou superior a €600 e não exceda €1500, que, estando sujeitas a uma suspensão do pagamento do subsídio de férias, nos termos do n.º 2 deste último preceito, não se encontram abrangidas pela disposição

remuneratória do artigo 27.º, que apenas atinge as remunerações ilíquidas mensais superiores a €1500.

No entanto, como se afirmou no acórdão n.º 353/2012, perante a solução legislativa que resultava do artigo 21.º da Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro (que, para o ano de 2012, suspendeu o pagamento de férias e de Natal para pessoas com os mesmos níveis remuneratórios), estamos, neste caso, perante retribuições de tal modo exíguas que um sacrifício adicional por via da supressão, ainda que parcial, de complementos salariais que integram a retribuição, é já de si excessivamente gravoso. É certo que pela Lei do Orçamento do Estado para 2013 foi reposto o pagamento do subsídio de Natal (artigo 28.º), mas, como já se fez notar, o valor correspondente é neutralizado pela incidência da sobretaxa em sede de IRS, a que se refere o artigo 187.º, pelo que os trabalhadores da Administração Pública afetados pela medida prevista no artigo 29.º, n.º 2, estão, na prática, em situação idêntica àquela que determinou o juízo de inconstitucionalidade formulado por aquele outro aresto.

E estas reduções suscitam ainda, do ponto de vista do *princípio da igualdade*, dificuldades acrescidas de validação constitucional, tendo em conta que rendimentos muitíssimo superiores, inclusive rendimentos do trabalho, a elas ficam imunes.

47. Poderia ainda questionar-se, neste universo de referência, se não é posto em causa o *direito fundamental a uma existência condigna*, hoje tido como uma emanção garantística nuclear do *supraprincípio da dignidade da pessoa humana*, que foi expressamente convocado pelos requerentes do pedido que originou o Processo n.º 8/2013.

Desde cedo, a jurisprudência do Tribunal reconheceu na dignidade da pessoa humana «um verdadeiro princípio regulativo primário da ordem jurídica, fundamento e pressuposto de validade das respetivas normas» (assim, acórdão n.º 105/90), diretamente convocável, também na área de tutela atinente às condições materiais de vida. Nessa jurisprudência, o *núcleo essencial* da garantia de existência condigna, inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana, tem sido perspetivado, de forma reiterada e constante,

por referência ao valor do salário mínimo nacional, considerado como «a remuneração básica estritamente indispensável para satisfazer as necessidades impostas pela sobrevivência digna do trabalhador». Por tal valor «ter sido concebido como o *mínimo dos mínimos* não pode ser, de todo em todo, reduzido, qualquer que seja o motivo» (acórdão n.º 62/2002).

Com base em tal enquadramento, o Tribunal tem entendido que a Constituição impõe a impenhorabilidade de pensões sociais de montante reduzido, que não exceda o salário mínimo nacional e, quanto aos rendimentos do trabalho, inviabiliza a penhora que conduzir à privação da disponibilidade do salário mínimo nacional, quando o devedor não for titular de outros bens ou rendimentos suscetíveis de penhora (acórdão n.º 177/2002), o que tem por base a ideia de que «na fixação dos montantes do salário mínimo ocorrem não só considerações atinentes ao princípio de justiça comutativa e à própria ideia de dignidade do trabalho, mas também outras razões sociais e económicas, como as necessidades dos trabalhadores, o aumento de custo de vida, a evolução da produtividade, a sustentabilidade das finanças públicas».

Em relação ao caso agora em análise, importa notar que o objeto de ponderação é uma intervenção normativa que afeta montantes remuneratórios de valor muito baixo, e o que está em causa é uma dimensão *negativa* da vinculação das entidades públicas aos direitos fundamentais, e não uma dimensão *positiva*, de criação ou manutenção dos pressupostos de facto e de direito necessários à efetivação de um direito fundamental.

De todo o modo, considerando que o valor da retribuição mínima mensal garantida a que se refere o n.º 1 do artigo 273.º do Código do Trabalho se encontra fixado em €485 (Decreto-Lei n.º 143/2010, de 31 de dezembro) e que a medida agora prevista no artigo 29.º, n.º 2, apenas afeta trabalhadores do setor cuja remuneração mensal seja igual ou superior a €600, não se torna, à partida, evidente a violação do princípio da sobrevivência condigna ou do direito ao mínimo de sobrevivência, à luz dos critérios que têm sido seguidos e densificados na jurisprudência constitucional.

48. Em face de todo o exposto, o tribunal pronuncia-se no sentido da inconstitucionalidade da norma do artigo 29.º, por violação do princípio da igualdade na repartição dos encargos públicos e do princípio da igualdade proporcional, e da inconstitucionalidade consequencial da norma do artigo 31.º.

F. Norma que reduz os valores da retribuição horária referentes ao pagamento de trabalho extraordinário devido aos trabalhadores do setor público (artigo 45.º)

49. Do conjunto das normas impugnadas relativas ao regime remuneratório dos trabalhadores do setor público, a última diz respeito ao pagamento do trabalho extraordinário.

De acordo com o n.º 1 do artigo 45.º da Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro, «durante a vigência do PAEF, como medida excepcional de estabilidade orçamental, todos os acréscimos ao valor da retribuição horária referentes a pagamento de trabalho extraordinário prestado em dia normal de trabalho pelas pessoas a que se refere o n.º 9 do artigo 27.º, cujo período normal de trabalho, legal e/ou convencional, não exceda 7 horas por dia nem 35 horas por semana são realizados nos seguintes termos: a) 12,5 % da remuneração na primeira hora; b) 18,75 % da remuneração nas horas ou frações subsequentes».

De acordo com o respetivo n.º 2, «[o] trabalho extraordinário prestado pelo pessoal a que se refere o número anterior, em dia de descanso semanal, obrigatório ou complementar, e em dia feriado confere às pessoas a que se refere o n.º 9 do artigo 27.º o direito a um acréscimo de 25% da remuneração por cada hora de trabalho efetuado».

O regime fixado nos n.ºs 1 e 2 do artigo 45.º da Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro, tem, segundo o estabelecido no respetivo n.º 3, natureza imperativa, prevalecendo sobre quaisquer outras normas, especiais ou excecionais, em contrário e sobre instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho e contratos de trabalho, não podendo ser afastado ou modificado pelos mesmos.

50. Embora em grau diferente, a medida excepcional de estabilidade orçamental destinada a vigorar durante a vigência do PAEF, consistente na redução de todos os acréscimos ao valor da retribuição horária referentes a pagamento de trabalho extraordinário prestado em dia normal de trabalho pelos trabalhadores do setor público constava já da Lei do Orçamento de Estado para 2012, encontrando-se prevista no artigo 32.º da Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro.

De acordo com o então estabelecido no respetivo n.º 1, o pagamento dos referidos acréscimos seria realizado através da aplicação do coeficiente de “25 % da remuneração na primeira hora” e de “37,5 % da remuneração nas horas ou frações subsequentes”, enquanto, por força do respetivo n.º 2, o “trabalho extraordinário prestado em dia de descanso semanal, obrigatório ou complementar, e em dia feriado” determinaria o direito a um acréscimo de 50% da remuneração por cada hora de trabalho efetuado. Tal como o agora previsto no artigo 47.º da Lei n.º 66-B/2012, também o regime consagrado para 2012 nos n.ºs 1 e 2 do artigo 32.º da Lei n.º 64-B/2011, tinha, segundo o estabelecido no respetivo n.º 3, “natureza imperativa, prevalecendo sobre quaisquer outras normas, especiais ou excecionais, em contrário e sobre instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho e contratos de trabalho, não podendo ser afastado ou modificado pelos mesmos”.

51. Nos termos previstos no artigo 67.º da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de fevereiro, a remuneração dos trabalhadores que exerçam funções ao abrigo de relações jurídicas de emprego público é composta por remuneração base, suplementos remuneratórios e prémios de desempenho, sendo devidos os suplementos remuneratórios, designadamente, quando os trabalhadores, em certos postos de trabalho, fiquem sujeitos, de forma anormal e transitória, a prestação de trabalho extraordinário noturno, em dias de descanso semanal, complementar e feriados (artigo 73.º, n.º 3, alínea *a*). Sendo que esses suplementos são apenas devidos enquanto perdurem as condições de trabalho que determinaram a sua atribuição (artigo 73.º, n.º 4).

Pela sua própria natureza, apesar de ser tido como um suplemento remuneratório e de corresponder à contrapartida do trabalho efetuado, o acréscimo pecuniário devido pela prestação de trabalho extraordinário não assume, contrariamente ao que sucede com os subsídios de férias e de Natal, o carácter de habitualidade ou regularidade que tipicamente caracteriza a prestação retributiva, em sentido técnico-jurídico. À semelhança do que sucede no âmbito da relação laboral privada, em que o conceito jus-laboral de retribuição (artigos 258.º e 260.º do Código de Trabalho), surge associado à “retribuição base” e às demais prestações pecuniárias pagas *regularmente* como contrapartida da atividade, assim entendidos como complementos salariais certos.

Não integrando o pagamento do trabalho extraordinário, pelo menos de forma direta e necessária, o conceito qualitativo de retribuição, é de afastar, desde logo, a invocada garantia constitucional da irredutibilidade do salário como parâmetro constitucional pertinente à aferição da validade da medida legislativa, ora questionada, que opera a redução dos coeficientes para o respetivo cálculo.

Por outro lado, sendo a remuneração proporcionada pelo trabalho suplementar de natureza variável e não prognosticável, porque dependente de decisões gestionárias da esfera exclusiva do empregador, também não merece acolhimento a invocação, nesta sede, de que uma tal medida violaria o princípio constitucional da confiança, aqui valendo, *a fortiori* todas as razões por que se considerou, em relação às medidas de redução e suspensão de pagamento que afetam componentes integrantes da retribuição (artigos 27.º e 29.º da Lei n.º 66-B/2012) — onde a expectativa de imutabilidade é mais consistente e duradouramente formada — um dano de confiança suscetível de merecer censura constitucional.

52. Finalmente, importa verificar se a redução dos coeficientes para o cálculo do suplemento remuneratório devido aos trabalhadores do setor público, pela realização de trabalho extraordinário, determinada pelo artigo 45.º da Lei do Orçamento do Estado para 2013, viola o princípio da igualdade, que também é invocado

como fundamento do respetivo pedido de declaração de inconstitucionalidade.

O ponto de comparação que, numa primeira aproximação, deve ser diretamente tido em conta é o pagamento suplementar devido, por esta causa, aos trabalhadores do setor privado. Esse regime foi também recentemente alterado, por via da Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, que deu nova redação aos artigos 268.º e 269.º do Código do Trabalho. Os valores a aplicar sofreram uma redução para metade, sendo agora de 25% pela primeira hora ou fração desta, 37,5% por hora ou fração subsequente e 50% por cada hora ou fração, em dia de descanso semanal, obrigatório ou complementar, ou em feriado. Esta redução visou dar cumprimento ao “Compromisso para o Crescimento, Competitividade e Emprego”, nos termos do qual (pág. 40) “é necessário aproximar os valores devidos em caso de prestação de trabalho suplementar daqueles que são aplicados em países concorrentes (...)”.

Os valores fixados no artigo 45.º da Lei n.º 66-B/2012 são precisamente metade destes. Quanto à possibilidade de alteração por instrumento de regulamentação coletiva, a situação é tendencialmente a mesma nos dois setores laborais, pois, se o n.º 3 do artigo 268.º do Código do Trabalho a admite e o n.º 3 do artigo 45.º dessa Lei a proíbe, a diferença é eliminada porque o artigo 7.º, n.º 4, da Lei n.º 23/2012 suspende a aplicação do n.º 3 do artigo 268.º durante dois anos e a norma do artigo 45.º só vigora “durante a vigência do PAEF”, ou seja, durante o mesmo período.

De todo o modo, a diferença de valores é de monta. Simplesmente, essa diferença não tem correspondência em valor significativa para identificar, sem margem para dúvidas, uma situação de desigualdade desrazoável. Isto porque outros elementos da situação laboral, *relevantes no mesmo campo de valoração* e, logo, a terem que ser considerados numa ponderação mais abrangente — temos em mente, em especial, o horário normal de trabalho — diferenciam notoriamente os dois setores, com favorecimento global do trabalho em funções públicas.

É quanto basta para que não seja possível asseverar, com o grau de evidência exigível, que há aqui um tratamento desigual sem fundamento razoável.

53. Os requerentes no Processo n.º 8/2013 estendem à referida norma do artigo 45.º a invocação da violação do caso julgado, da regra da anualidade do orçamento, do direito à contratação coletiva e do disposto no artigo 105.º, n.º 2, da Constituição, nos mesmos termos aplicáveis às disposições que determinaram a redução salarial (artigo 27.º) e a suspensão do subsídio de férias (artigo 29.º). Valem, no entanto aqui, todas as considerações que foram já anteriormente expendidas a esse propósito, pelo que nenhum desses parâmetros constitui também fundamento para um juízo de inconstitucionalidade.

G. Norma que suspende parcialmente o pagamento do subsídio de férias de aposentados e reformados (artigo 77.º)

54. O artigo 77.º da Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro, norma que suspende parcialmente o pagamento do subsídio de férias de aposentados e reformados, é objeto dos pedidos formulados nos Processos n.ºs 2/2013, 5/2013, 8/2013 e 11/2013.

Determina-se nesse preceito, durante a vigência do PAEF, e como medida excecional de estabilidade orçamental, a suspensão do pagamento de 90 % do subsídio de férias ou quaisquer prestações correspondentes ao 14.º mês, pagas pela Caixa Geral de Aposentações, pelo Centro Nacional de Pensões e, diretamente ou por intermédio de fundos de pensões, por quaisquer entidades públicas, aos aposentados, reformados, pré-aposentados ou equiparados cuja pensão mensal seja superior a €1100 (n.º 1).

E ainda, nos termos do n.º 4, uma redução no subsídio ou prestações equivalentes aos aposentados cuja pensão mensal seja igual ou superior a €600 e não exceda o valor de €1100, que é calculada segundo a fórmula: $\text{subsídio/prestações} = 1188 - 0,98 \times \text{pensão mensal}$.

O mesmo regime é aplicável correspondentemente ao valor mensal das subvenções mensais vitalícias, depois de atualizado por indexação às remunerações dos cargos políticos considerados no seu cálculo, na percentagem que deve ser aplicada às pensões de idêntico valor anual (n.º 5).

A suspensão parcial do subsídio de férias de aposentados e reformados é, por outro lado, aplicável cumulativamente com a contribuição extraordinária de solidariedade a que se refere o artigo 78.º (n.º 6).

No caso das pensões ou subvenções pagas, diretamente ou por intermédio de fundos de pensões, por quaisquer entidades públicas, independentemente da respetiva natureza e grau de independência ou autonomia, nomeadamente as suportadas por institutos públicos, entidades reguladoras, de supervisão ou controlo, e empresas públicas, de âmbito nacional, regional ou municipal, o montante relativo ao subsídio cujo pagamento é suspenso nos termos dos números anteriores deve ser entregue por aquelas entidades na CGA, não sendo objeto de qualquer desconto ou tributação (n.º 7).

Por outro lado, o disposto nesse artigo abrange todos os aposentados, reformados, pré-aposentados ou equiparados que recebam as pensões e/ou os subsídios de férias ou quaisquer prestações correspondentes ao 14.º mês, pagos pelas entidades referidas no n.º 1, independentemente da natureza pública ou privada da entidade patronal ao serviço da qual efetuaram os respetivos descontos ou contribuições ou de estes descontos ou contribuições resultarem de atividade por conta própria, com exceção dos reformados e pensionistas abrangidos pelo Decreto-Lei n.º 127/2011, de 31 de dezembro, alterado pela Lei n.º 20/2012, de 14 de maio, e das prestações indemnizatórias correspondentes atribuídas aos militares com deficiência abrangidos, respetivamente, pelo Decreto-Lei n.º 43/76, de 20 de janeiro, alterado pelos Decretos-Leis n.ºs 93/83, de 17 de fevereiro, 203/87, de 16 de maio, 224/90, de 10 de julho, 183/91, de 17 de maio, e 259/93, de 22 de julho, e pelas Leis n.ºs 46/99, de 16 de junho, e 26/2009, de 18 de junho, pelo Decreto-Lei n.º 314/90, de 13 de outubro, alterado pelos Decretos-Leis n.ºs 146/92, de 21 de julho, e 248/98, de 11 de agosto, e pelo Decreto-Lei n.º 250/99, de 7 de julho (n.º 8).

O regime assim fixado tem ainda natureza imperativa e excepcional, prevalecendo sobre quaisquer outras normas, especiais ou excecionais (n.º 9).

55. Entre os argumentos apresentados pelos requerentes para fundamentar as suas dúvidas quanto à constitucionalidade do artigo 77.º da Lei do Orçamento de Estado para 2013, contam-se os seguintes:

Em primeiro lugar, consideram-se extensivos à questão de suspensão do pagamento de 90% do subsídio de férias, ou de quaisquer prestações correspondentes ao 14.º mês, a reformados e pensionistas, os argumentos aduzidos a propósito da suspensão de parte ou da totalidade do subsídio de férias aos trabalhadores ativos do setor público, ainda que com adaptações, acrescentando ainda a essa dúvida de constitucionalidade, uma outra sobre a conformidade das mesmas normas com o princípio da proteção da confiança.

Se no caso dos trabalhadores do setor público a desigualdade de tratamento tributário em relação aos trabalhadores do setor privado pode ter, de acordo com a jurisprudência constitucional, uma justificação dentro de certos limites, centrada no critério do “recebimento por verbas públicas” por parte dos primeiros, no caso dos reformados, cuja situação específica o Tribunal Constitucional reconhece no acórdão n.º 353/2012, o referido critério justificante não vale exatamente da mesma forma, já que as pensões recebidas de instâncias públicas tiveram, como contrapartida, as contribuições que os mesmos e as entidades empregadoras efetuaram para a segurança social durante a sua vida de trabalho.

Resulta da jurisprudência constitucional, nomeadamente do acórdão n.º 72/2002, a existência de uma “substancial diferença entre a situação de trabalhador no ativo e a de aposentado”, não sendo legítimo, sem desvalor para o princípio da igualdade, confundir-se a situação do servidor público, no plano dos condicionamentos decorrentes do exercício de funções, com a situação do aposentado.

A desconsideração do princípio da capacidade contributiva pelos preceitos sindicados (articulados com outras disposições de agravamento fiscal constantes do diploma), na medida em que não toma em conta os rendimentos e necessidades do agregado familiar, é suscetível de gerar situações de tributação regressiva do rendimento de reformados, importando aferir se existe fundamento

para essa situação de desigualdade em que o reformado pensionista é sujeito a um esforço contributivo específico em razão da sua condição e se esse esforço viola, ou não, o princípio da proibição do excesso.

Também a frustração de expectativas legítimas que para o círculo dos aposentados e reformados decorre da aplicação das normas questionadas não se afigura constitucionalmente tolerável em vista dos parâmetros valorativos decorrentes do princípio da proteção da confiança, atendendo à “situação específica” das pessoas que integram o referido círculo e à proteção acrescida que lhes é devida, mesmo que em face de um interesse público de realização imperativa e do caráter transitório das medidas ablativas.

A excessiva onerosidade revelada pelos montantes pecuniários que os aposentados e reformados visados perdem não é despienda, estando em causa perdas significativas para os patrimónios dos cidadãos atingidos em termos que acarretam a frustração do «investimento na confiança», sobressaindo, outrossim, o desvalor das medidas questionadas à luz de uma aplicação articulada dos princípios da proibição do excesso e da proteção da confiança.

Assim sendo, estamos perante a afetação, com elevado grau de intensidade, de uma posição de confiança das pessoas especificamente visadas, constitucionalmente desconforme, afigurando-se a mesma desproporcionada pelo excessivo acréscimo de sacrifício e pela medida de esforço exigidos a este círculo determinado de cidadãos.

Pelo que as normas em causa são ainda inconstitucionais, por violação dos princípios da proteção da confiança e da proibição do excesso, ambos subprincípios densificadores do princípio do Estado de direito acolhido no artigo 2.º da Constituição.

56. Por confronto com a norma do artigo 29.º, que determina a suspensão do pagamento de subsídio de férias ou equivalente às pessoas a que se refere o n.º 9 do artigo 27.º, a norma do artigo 77.º, agora sob juízo, tem alcance não inteiramente coincidente. Por um lado, sendo a pensão mensal superior a €1100, o subsídio de férias ou quaisquer prestações correspondentes ao 14.º mês são suspensos apenas em 90% (n.º 1 do artigo 77.º), ao

passo que o subsídio das pessoas com remunerações base mensais superiores a esse montante são, como vimos, integralmente suspensas (n.º 1 do artigo 29.º). Por outro lado, as formas de cálculo da redução variável a que ficam sujeitas as pensões ou remunerações cujo montante se situa no intervalo entre €600 e €1100 não se sobrepõem (cfr. o n.º 2 do artigo 29.º e o n.º 4 do artigo 77.º), sendo ligeiramente menos penalizadora a aplicável às pensões.

Todavia, estas diferenças quanto ao objeto, pela sua diminuta expressão quantitativa, não são de molde a alterar a ponderação valorativa que anteriormente foi feita a propósito da suspensão do subsídio de férias dos trabalhadores em funções públicas no ativo, ainda que a apreciação se centre agora na distinção quanto à posição jurídica dos sujeitos atingidos, que, no caso dos reformados e aposentados, se reporta à titularidade do direito à pensão, e não já do direito à retribuição.

Adotando a mesma ordem de sequência que foi seguida nas questões anteriormente tratadas, importa, em primeiro lugar, caracterizar o estatuto jusfundamental do direito à pensão, para decidir se nele se pode fundar uma pretensão de tutela que o torne resistente a qualquer suspensão de pagamento. O foco primordial incidirá na questão de saber se, estando agora em causa o direito à pensão, e não o direito ao salário, essa circunstância introduz um fator de valoração capaz de justificar uma pronúncia em sentido divergente da anteriormente emitida. Se se concluir pela negativa, resta averiguar se, no âmbito da ponderação dos princípios pertinentes, e em particular o da tutela da confiança, são repetíveis, *mutatis mutandis*, os elementos argumentativos anteriormente utilizados, ou se o estatuto de aposentado ou reformado interpela diferentemente as valências protetivas desses princípios, por forma a fundamentar um juízo não coincidente.

1. O direito à pensão como manifestação do direito à segurança social (artigo 63.º da Constituição)

57. O direito a receber uma pensão de aposentação foi definido por este Tribunal, no acórdão n.º 72/2002, como uma manifestação do direito à segurança social reconhecido a *todos* no artigo 63.º

da Constituição, radicado no princípio da dignidade da pessoa humana, insito nos artigos 1.º e 2.º da Constituição, que visa assegurar, designadamente, àqueles que terminaram a sua vida laboral ativa, uma existência humanamente condigna. Considerou ainda o Tribunal que algumas dimensões do direito à pensão de aposentação — como é o caso da contagem do tempo de serviço para efeitos de aposentação — podem ter natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, aplicando-se-lhe o regime destes, constante do artigo 18.º da Constituição (veja-se o teor do acórdão n.º 411/99).

Mais recentemente, no acórdão n.º 3/2010, que versou sobre as alterações ao regime legal da aposentação dos trabalhadores da Administração Pública, quer no que se refere às condições de aposentação, quer no que concerne ao cálculo da pensão, o Tribunal entendeu (na linha de jurisprudência anterior, designadamente do acórdão n.º 188/2009) que o controlo da constitucionalidade das normas em causa deveria limitar-se ao confronto com os princípios fundamentais do Estado de direito democrático, entre os quais o da igualdade ou o da tutela da confiança legítima. Por estar em causa um direito económico, social e cultural (o direito à segurança social do qual decorre o direito dos pensionistas), em tudo o que vá para além de um conteúdo mínimo, ou nuclear, as concretizações legislativas específicas do direito à segurança social estão, no entender do Tribunal, sujeitas a uma larga margem de livre conformação por parte do legislador. Nestes termos, pode ler-se no acórdão citado:

“Deve, contudo, deixar-se claro que o direito à segurança social, previsto no artigo 63.º, n.º 1, da Constituição, “como um todo”, é um direito de natureza essencialmente económica e social, sendo portanto passível de uma maior margem de livre conformação, por parte do legislador, do que a generalidade dos direitos, liberdades e garantias, uma vez que a sua aplicabilidade direta (não estando excluída), é necessariamente mais limitada como se infere do artigo 18.º, n.º 1, da Constituição. Não há dúvida de que “os direitos sociais contêm também — ou podem conter — um conteúdo mínimo, nuclear ou, porventura essencial diretamente aplicável” (Rui Medeiros, *in Constituição da República Portuguesa Anotada*, org. Jorge Miranda/Rui Medeiros, Tomo I, Coimbra Editora, pág. 634). Mas é certo, também, que esse

conteúdo mínimo ou nuclear diretamente aplicável tem um âmbito relativamente mais restrito do que nos direitos, liberdades e garantias e que, portanto, o legislador sempre manterá, em matéria de direitos económicos e sociais, uma mais ampla margem de livre conformação.

[...] Sendo o direito à segurança social um direito de carácter essencialmente económico e social, a sua realização depende, sobretudo, de prestações positivas de terceiros, isto é, dos atuais contribuintes para o sistema de segurança social e, em última análise, do Estado. Isso explica que, por regra, o seu conteúdo não se possa definir de forma independente da legislação. É ao legislador que incumbe fazer as necessárias ponderações que garantam a sustentabilidade do sistema e a justiça na afetação de recursos.

Deste modo, a mera sucessão de leis no tempo em matéria de segurança social não é, em geral, passível de afetar o próprio direito à segurança social “como um todo”, salvo os casos em que esteja em causa o mínimo de existência condigna, o que não sucede na situação em análise, em que as alterações legislativas estão muito longe de traduzir uma supressão da proteção mínima àqueles que, por força da idade, perderam a capacidade de auferir rendimentos pelo trabalho.

O direito à segurança social não é, de modo algum, um direito imune à possibilidade de conformação legislativa. As condições de acesso ao direito à aposentação e a concreta forma de cálculo das respetivas pensões não são intocáveis pelo legislador, podendo este legislar de modo a definir tais condições e tal valor.”

58. Nestes termos, é lícito concluir que a jurisprudência constitucional portuguesa é cautelosa no que respeita à tutela, sustentada no direito à segurança social, de posições jurídicas concretas dos pensionistas. Ou seja, tem-se entendido que os requisitos exigidos para se adquirir o direito à pensão, bem como as regras de cálculo ou a quantia efetiva a receber, ainda que cobertos pelo princípio da proteção da confiança, poderão ceder, dentro de um limitado condicionalismo, perante o interesse público justificativo da revisibilidade das leis.

É certo que, no aresto acima mencionado (acórdão n.º 3/2010), estavam em causa as expectativas, eventualmente tuteladas do ponto de vista jurídico, dos futuros pensionistas. Ou seja, tratava-se, então, no fundo, de *direitos a constituir*. No que respeita à questão ora em análise, a situação não é exatamente idêntica, uma

vez que estão em causa *direitos já constituídos*, posições jurídicas de cidadãos que adquiriram definitivamente o estatuto de pensionistas, com um conteúdo já perfeitamente definido pelas regras legais em vigor, no momento relevante para o seu cálculo. Este facto não é, no entanto, suficiente, do ponto de vista do direito à segurança social, para fundamentar posição distinta da assumida anteriormente pelo Tribunal quanto às regras de cálculo da pensão.

Repare-se que as alterações ao regime da aposentação da função pública então em causa atingiam a generalidade dos funcionários e não apenas aqueles que se encontrassem em início de carreira, incluindo aqueles que se encontravam a pouco tempo de poder requerer o estatuto de aposentados. Em regra, os cidadãos nesta situação passaram a ter direito a uma pensão calculada com base em duas parcelas: uma de acordo com o estatuto anterior e outra, respeitante ao tempo de serviço posterior às alterações ao regime legal. Nestes termos, viram-se afetados pela alteração legislativa trabalhadores da Administração Pública com um longo período de tempo de serviço e que eram titulares de uma legítima e forte expectativa jurídica, tendo então o Tribunal entendido que esse facto não era bastante para fundamentar um juízo de inconstitucionalidade, face à gravidade do interesse público então em causa (a sustentabilidade do sistema de pensões), cuja salvaguarda fundamentava o reconhecimento de uma ampla liberdade de conformação por parte do legislador.

Ora, na presente situação, é igualmente indiscutível a existência de um interesse público relevante — a necessidade de garantir a sustentabilidade económico-financeira do Estado —, pelo que, do ponto de vista do princípio da igualdade, não existe uma diferença muito significativa entre aqueles que adquiriram já o estatuto de pensionistas e os trabalhadores que, contando já com uma longa carreira contributiva, se encontram prestes a preencher os requisitos legais para atingirem a mesma condição jurídica.

59. É, assim, de concluir que o reconhecimento do direito à pensão e a tutela específica de que ele goza não afastam, à partida, a possibilidade de redução do montante concreto da pensão. O que está constitucionalmente garantido é o direito à pensão, não o

direito a um certo montante, a título de pensão. Este resulta da aplicação de critérios legalmente estabelecidos, mas de valor infra-constitucional.

A única norma constitucional que tem incidência no montante da prestação é a do n.º 4 do artigo 63.º, que manda contabilizar “todo o tempo de trabalho” para o cálculo das pensões de velhice e de invalidez, independentemente do setor de atividade em que tiver sido prestado. O que se pretende, no entanto, aí salientar é o *princípio do aproveitamento total do tempo de trabalho*, permitindo a acumulação dos tempos de trabalho prestados em várias atividades e os respetivos descontos para os diversos organismos de segurança social (Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, pág. 819), o que não justifica, em si, a garantia de um determinado valor da pensão devida a um trabalhador em situação de aposentação.

2. O direito à pensão como manifestação do direito de propriedade (artigo 62.º da Constituição)

60. Como decorre da argumentação dos requerentes do Processo n.º 5/13, pode estar também em causa o direito à propriedade privada, na sua vertente de propriedade societário-pensionista, protegido pelo artigo 62.º da Constituição.

No âmbito jurídico germânico, é corrente e generalizadamente aceite, quer pela doutrina, quer pela jurisprudência constitucional, a extensão do âmbito de proteção da garantia da propriedade privada às posições jurídicas subjetivas de direito público com conteúdo patrimonial. Pode aí colher-se uma elaboração dogmática em torno da admissibilidade da fundamentação da tutela dos direitos dos pensionistas no direito de propriedade, bem como acerca da extensão e consequências, no plano jurídico-constitucional, dessa mesma tutela.

Assim, o Tribunal Constitucional federal alemão tem considerado que devem ser consideradas “propriedade” aquelas posições jurídicas relativas a prestações do sistema público de segurança social que (i) estiverem adscritas ao titular do direito e (ii) se basearem numa prestação própria. A mesma instância jurisdicional

teve já oportunidade de esclarecer que não é possível cindir a prestação de reforma em parte financiada pelo Estado e em parte resultante da contribuição própria, e que, portanto, se deve entender que a garantia constitucional da propriedade abrange a totalidade da posição jurídica. Do mesmo modo, da aplicação dos critérios elaborados pela dogmática geral da propriedade à matéria de prestações da segurança social resulta que a validade de normas legislativas que venham afetar posições jurídicas relativas a prestações sociais deverá ser aferida face aos critérios elaborados para a determinação do conteúdo e limites da propriedade, que são determinados pelo Tribunal Constitucional alemão em função do princípio da proporcionalidade.

61. Também a nível do direito internacional convencional, é comum o estabelecimento dessa conexão. Desde logo, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem tem repetidamente afirmado que os princípios relativos ao direito de propriedade, consagrado no artigo 1.º do Protocolo 1 da CEDH, se aplicam, em termos gerais, às situações em que estejam em causa pensões. Aquela disposição não garante, porém, o direito a adquirir propriedade ou a exigir uma quantia concreta a título de pensão. Todavia, quando um Estado tenha legislação que institua e regule o pagamento de pensões — independentemente de a sua natureza ser ou não contributiva — essa legislação gera um “interesse proprietário” que está abrangido pelo âmbito do mencionado Protocolo 1. Assim, a redução ou cancelamento de uma pensão pode ser considerada como uma interferência no gozo da propriedade que carece de fundamentação adequada. Nestes termos, é necessária uma intervenção por via legislativa, justificada pela necessidade de prossecução de um interesse público, e observando o princípio da proporcionalidade nas suas várias dimensões (cfr., por todos, o acórdão do TEDH *Grudic c. Serbia*, de 17 de abril de 2012).

62. No fundo, os elementos de direito comparado a que vem de fazer-se referência permitem-nos chegar a uma dupla conclusão. Por um lado, doutrina e jurisprudência têm procurado fundar a tutela dos pensionistas no direito de propriedade nas situações em

que os catálogos de direitos fundamentais que definem o parâmetro de validade das medidas legislativas e/ou administrativas passíveis de pôr em causa os direitos adquiridos dos pensionistas não contêm disposições relativas a direitos económicos, sociais e culturais, nomeadamente, ao direito à segurança social. Por outro lado, os critérios doutrinários e jurisprudenciais avançados para delimitar as consequências da tutela das prestações sociais — incluindo as pensões — em face do direito fundamental à propriedade privada acabam por reconduzir-se, de forma mais ou menos direta, à avaliação da conformidade das medidas passíveis de afetar as posições jurídicas em causa com os princípios da proteção da confiança e, acima de tudo, da proporcionalidade, nomeadamente na sua vertente de proibição do excesso.

63. No quadro constitucional português, e ainda que se admita a existência de uma dimensão proprietária no direito dos pensionistas, a sua proteção no específico âmbito de tutela do artigo 62.º é duvidosa, tendo em conta que existe uma norma dedicada ao direito à segurança social, aí se incluindo o direito à pensão — artigo 63.º (recusando essa possibilidade, Miguel Nogueira de Brito, *A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional*, Coimbra, 2007, pág. 963, com fundamento em que isso conduziria a uma alteração do conceito constitucional de propriedade). Acresce que não existe, no nosso sistema de segurança social, uma relação direta entre a pensão auferida pelo beneficiário e o montante das quotizações que tenha deduzido durante a sua vida ativa (embora haja uma relação sinalagmática entre a obrigação legal de contribuir e o direito às prestações — artigo 54.º da Lei n.º 4/2007, de 16 de janeiro). Isso porque o sistema previdencial não assenta num *sistema de capitalização individual*, mas num *sistema de repartição*, pelo qual os atuais pensionistas auferem pensões que são financiadas pelas quotizações dos trabalhadores no ativo e pelas contribuições das respetivas entidades empregadoras (artigo 56.º da mesma Lei), de tal modo que não pode considerar-se que as pensões de reforma atualmente em pagamento correspondam ao retorno das próprias contribuições que o beneficiário tenha efetuado no passado. Regime que se torna extensivo à prote-

ção social da função pública por via da convergência com o sistema de segurança social, que foi já implementado, na sequência do disposto no artigo 104.º da Lei n.º 4/2007, de 16 de janeiro, pelo Decreto-Lei n.º 117/2006, de 20 de junho.

A obtenção de mais forte tutela a partir do direito de propriedade, como direito ao montante da pensão fixado, encontraria fundamento se pudesse ser estabelecida a equiparação plena dos efeitos ablatórios da suspensão do pagamento de parte da pensão à expropriação por utilidade pública. Pois então estaríamos indiscutivelmente situados no núcleo essencial do que é reconhecida uma dimensão do direito de propriedade de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias.

Mas essa equiparação não tem fundamento. Reduções parciais do quantitativo de uma prestação social não podem ser consideradas uma expropriação parcial, por dois motivos essenciais. Não se trata, em primeiro lugar, da subtração, através de um ato jurídico, de uma posição jurídica concreta, mas da determinação, em termos gerais e abstratos, do conteúdo de toda uma categoria de direitos. Não pode esquecer-se, em segundo lugar, que estamos perante uma posição com uma forte *componente social*, tanto do ponto de vista genético como funcional, correspondente à participação num fundo comum de solidariedade, organizado pelo Estado, a partir de contribuições de todos os trabalhadores e das entidades empregadoras, e parcialmente financiado por transferências de verbas do orçamento geral do Estado. O que, inequivocamente afasta esta posição das que têm uma exclusiva fonte *pessoal*, da esfera própria do titular.

Como se impõe concluir, rejeitada que seja a inclusão desta medida no âmbito de proteção do n.º 2 do artigo 62.º da Constituição, uma pronúncia definitiva sobre a questão de constitucionalidade fica sempre dependente do resultado da aplicação dos parâmetros de aferição que resultam dos princípios constitucionais da igualdade e da proteção da confiança, em conjugação com o princípio da proporcionalidade.

3. A suspensão de 90% do subsídio de férias dos pensionistas à luz dos princípios da proteção da confiança, da igualdade e da proporcionalidade

64. No que respeita a este aspeto do problema, importa, antes de mais, reiterar que, do ponto de vista da tutela jurídico-constitucional, a proteção conferida ao direito à pensão não é substancial ou qualitativamente diferente da dispensada ao direito ao salário. De facto, trata-se, em ambos os casos, de direitos económicos, previstos, respetivamente, no artigo 63.º e no artigo 59.º da Constituição.

O que se pode dizer é que a Constituição é bastante mais explícita quanto ao elevado grau de proteção que lhe merece o salário: estabelece o direito a uma justa retribuição do trabalho, retribuição esta que deve ter em conta a duração e intensidade das tarefas desempenhadas, a sua penosidade ou perigosidade e as exigências por elas impostas em termos de conhecimentos, práticas e capacidades. Neste sentido, e sempre em condições de igualdade, o salário deve garantir uma existência condigna, a nível tanto individual como familiar, “compatíveis com o nível de vida exigido em cada etapa do desenvolvimento económico e social”.

Quanto às pensões de reforma, a Constituição não contém disposições tão impressivas, sendo mesmo omissa sobre o regime de prestações do sistema de segurança social. Contudo, e como acima se viu, o direito à pensão de reforma sempre resultará de uma interpretação sistemática e combinada do direito à segurança social e ainda do direito à segurança económica das pessoas idosas, consagrado no artigo 72.º, n.º 1, da Constituição (acórdão do Tribunal Constitucional n.º 576/96).

Não obstante, situando-se o direito ao salário e o direito à pensão de reforma ou de aposentação no mesmo plano, não se descortina uma razão para que, em relação a medidas passíveis de afetar, de forma inadmissível, qualquer desses direitos, se não deva basear um juízo de constitucionalidade em idênticos parâmetros, sem que isso impeça a consideração das características específicas de trabalhadores no ativo e de pensionistas, bem como das suas condições de vida gerais, quando seja necessário averiguar a conformidade

com os princípios da proporcionalidade e da proteção da confiança.

Nestes termos, valem para os pensionistas, com as necessárias adaptações, o que se equacionou em relação aos trabalhadores da função pública, quanto ao significado e impacto da redução de rendimentos determinada pela suspensão do subsídio de férias, conjugada com um significativo aumento da carga fiscal, em virtude da alteração de escalões e da sobretaxa de IRS.

Como elemento diferenciador, numa visão de conjunto, importa considerar a cumulação desta medida, no âmbito subjetivo em causa, com a contribuição extraordinária de solidariedade, medida de incidência exclusiva sobre as pensões, mas que, na prática, coloca os pensionistas com pensões de valor superior a €1350 em situação equivalente aos trabalhadores no ativo, no ponto em que essa contribuição acaba por corresponder à redução salarial que a estes tem vindo a ser aplicada desde 2011.

65. No entanto, parece razoável sustentar que os pensionistas serão titulares de uma posição jurídica especialmente tutelada, no que respeita, em particular, ao princípio da proteção da confiança, o que parece ter sido também reconhecido pelo Tribunal Constitucional, no acórdão n.º 353/12, quando aí se afirmou que a «situação específica dos reformados e aposentados se diferencia da dos trabalhadores da Administração Pública no ativo, sendo possível quanto aos primeiros convocar diferentes ordens de considerações no plano da constitucionalidade».

Estamos, na verdade, perante um direito já constituído, e constituído mediante “descontos” efetuados durante toda a carreira contributiva, que é reportado ao passado como um facto já consumado. Chegado o momento em que cessou a vida ativa e se tornou exigível o direito às prestações, o pensionista já não dispõe de mecanismos de autotutela e de adaptação da sua própria conduta às novas circunstâncias, o que gera uma situação de confiança reforçada na estabilidade da ordem jurídica e na manutenção das regras que, a seu tempo, serviram para definir o conteúdo do direito à pensão.

Por outro lado, é *legítima* a confiança gerada na manutenção do exato montante da pensão, tal como fixado por ocasião da pas-

sagem à reforma. Sobretudo porque o nosso sistema é um *sistema de benefício definido*, em que se garante a cada pensionista uma taxa fixa de substituição sobre os vencimentos de referência.

E isso reflete-se também na tutela do *investimento na confiança*, que, sem dúvida, é de presumir ter existido por parte do titular do direito, e que decorre, não propriamente do facto de o pensionista ter efetuado contribuições enquanto trabalhador ativo — já que o nosso sistema é financiado *por repartição* e não *por capitalização* — mas da circunstância de, contando com o carácter definido do benefício, poder não ter sentido, justificadamente, a necessidade de se precaver por outras formas quanto a uma possível perda de rendimentos.

Sendo certo que se verificam, de forma clara e em grau elevado, todos os pressupostos exigíveis do lado da tutela da confiança, a dúvida só pode residir na relevância do interesse público que determinou a alteração legislativa, questão que remete para um controlo de *proporcionalidade em sentido estrito*, e para uma ponderação entre a frustração da confiança, com a extensão de que esta se revestiu, e a intensidade das razões de interesse público que justificaram a alteração legislativa.

66. O proponente da norma abordou esta questão no Relatório do Orçamento de Estado para 2013, em que se faz a seguinte referência (pág. 41):

Por outro lado, e no que toca ao princípio da proteção da confiança, a circunstância de o nosso modelo de segurança social não ser configurado com base num sistema de capitalização, não pode deixar de pesar na ponderação das razões de interesse público, atrás invocadas, suscetíveis de justificar a medida. A esses razões acresce, de um modo especial, a própria sustentabilidade do sistema de segurança social, bem como a sua capacidade de continuar a assegurar o respetivo funcionamento em relação a gerações futuras.

As razões de interesse público a que aí se pretendia aludir radicam, por outro lado, nas conhecidas dificuldades de conjuntura económico-financeira e na necessidade de adoção de medidas de consolidação orçamental, de que — segundo se afirma —

depende a própria manutenção e sustentabilidade do Estado Social (pág. 39).

No plano de análise em que nos colocamos, tudo ponderado, face à excecionalidade do interesse público em causa e o caráter transitório da medida, pode ainda entender-se, no limite, que a supressão de 90% do subsídio de férias aos pensionistas não constitui uma ofensa desproporcionada à tutela da confiança, justificando-se uma pronúncia no sentido de não desconformidade constitucional por referência a esse parâmetro de aferição.

67. É, no entanto, também necessária uma ponderação da específica posição jurídica dos pensionistas, no que se refere ao *princípio da igualdade*, tomando-se aqui como termo de referência comparativo a situação dos trabalhadores da função pública (que sofrem redução de vencimentos acrescida da suspensão do subsídio de férias, mas não a sujeição à contribuição extraordinária de solidariedade), os titulares de rendimentos sobre que não incidem nenhuma dessas medidas, ou os pensionistas que estão sujeitos à contribuição extraordinária de solidariedade, mas não à suspensão do subsídio de férias, por não integrarem o sistema de previdência público.

Foi já com fundamento na violação do princípio da igualdade proporcional que o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 353/12 declarou a inconstitucionalidade da norma do artigo 25.º da Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro, que determinou, para o exercício orçamental de 2012, a suspensão dos subsídios de férias e de Natal ou equivalentes de aposentados e reformados, entendendo-se então que a argumentação aduzida para formular um juízo de inconstitucionalidade, nesse plano, quanto a idêntica medida aplicável aos trabalhadores da Administração Pública, era extensiva à situação dos reformados e pensionistas, sem necessidade de abordar aspetos específicos que em relação a estes a implementação da medida poderia autonomamente suscitar.

O Tribunal considerou, nessa decisão, que os efeitos cumulativos e continuados dos sacrifícios impostos às pessoas com remunerações ou pensões do setor público — resultante da redução salarial imposta aos trabalhadores da Administração Pública, implementada

em 2011 e mantida em 2012, acrescida da supressão dos subsídios de férias e de Natal, aplicada em 2012, e que se estendeu, nesse ano, aos reformados e pensionistas —, não tem equivalente para a generalidade dos outros cidadãos que auferem rendimentos provenientes de outras fontes, correspondendo a uma diferença de tratamento que não encontra justificação bastante no objetivo da redução do défice público. Concluindo que o diferente tratamento imposto a quem auferem remunerações e pensões por verbas públicas ultrapassa os limites da proibição do excesso em termos de igualdade proporcional, apesar de se reconhecer a grave situação económico-financeira e a necessidade do cumprimento das metas do défice público estabelecidas nos referidos memorandos de entendimento.

Ora, há boas razões para considerar que a situação de desigualdade perante os encargos públicos que justificou esse juízo de inconstitucionalidade é agora mais evidente no que se refere aos pensionistas.

O Relatório do Orçamento do Estado para 2013 menciona a situação específica em que se encontram os reformados e pensionistas e, como aí se refere, foi precisamente “o reconhecimento do carácter específico da sua situação que conduziu o legislador a decidir, não só pela reposição de um montante equivalente a um dos subsídios, à semelhança do sucedido com os trabalhadores do setor público, mas também pela manutenção do pagamento equivalente a 10% do outro subsídio, ao contrário do que ocorrerá com os trabalhadores no ativo, aos quais será aplicada uma redução de 100%”.

Parece daqui depreender-se que, do ponto de vista de política legislativa, a *medida da diferença* que a situação particular dos pensionistas e, em especial, a sua maior debilidade perante as alterações das condições gerais de vida, pode justificar se reconduz ao menor sacrifício que lhes é imposto, em virtude de a supressão do subsídio de férias não atingir a sua integralidade, mas apenas o montante equivalente a 90%, situando-se a *diferença* no valor residual de 10% por comparação com a medida homóloga aplicada aos trabalhadores da Administração Pública no ativo.

Deve, no entanto, notar-se que, pelo efeito cumulado do conjunto das medidas que foram aplicadas, os pensionistas sofreram

agora uma penalização superior à dos trabalhadores do setor público por referência ao ano de 2012.

De facto, o legislador determinou a reposição do pagamento de um dos subsídios, tal como se verificou com os trabalhadores do setor público, e manteve o pagamento de 10% do outro subsídio, ao contrário do que ocorreu com os trabalhadores no ativo, aos quais foi aplicada uma redução de 100%. Mas, em contrapartida, os pensionistas ficaram sujeitos a uma contribuição extraordinária de solidariedade (artigo 78.º), que equivale à redução salarial já sofrida pelos trabalhadores no ativo, no que respeita às pensões até €5030,64, e que excede em muito essa redução salarial, no que se refere às pensões que se situem entre esse valor e €7545,96, que suportam, a esse título, uma taxa adicional de 15%, e ainda mais quanto às pensões acima deste último montante, sobre as quais incide a taxa adicional de 40%.

Acresce que sobre os contribuintes em geral passou a incidir uma sobretaxa de 3,5% (artigo 187.º), que aplicada aos titulares de pensões de reforma ou aposentação absorve, na prática, o pagamento do subsídio de Natal que havia sido repostado, deixando os pensionistas, nesse plano, em situação idêntica à dos trabalhadores do setor público no ativo, que, por efeito da incidência dessa mesma sobretaxa, se viram privados do montante correspondente a esse mesmo subsídio. A que ainda acresce o forte agravamento fiscal que decorre, de entre outras medidas, da alteração da estrutura dos escalões de rendimento coletável em IRS e da diminuição ou exclusão de deduções à coleta.

De tudo resulta que os pensionistas, por via da aplicação da contribuição extraordinária de solidariedade, que pretendeu estabelecer uma equiparação com a redução salarial da remuneração mensal imposta aos trabalhadores do setor público (sem considerar já a situação mais gravosa daqueles que auferem pensões mais elevadas), passaram a sofrer uma diminuição do rendimento disponível em medida idêntica à que já se verificava em relação a esses trabalhadores. Agravando-se também por essa via a situação de desigualdade, não só em relação a pensionistas que não sofrem a suspensão do subsídio de férias, como também em relação aos titulares de outros rendimentos, que apenas foram confrontados com o

agravamento fiscal generalizado, que incide sobre todos os contribuintes.

É por isso de manter em relação à norma do artigo 77.º o julgamento de inconstitucionalidade que foi já formulado no que se refere à norma do artigo 29.º, n.º 1, aplicável aos funcionários e agentes administrativos, tanto que em relação aos pensionistas não se aplica, até por maioria de razão, qualquer dos argumentos já analisados a propósito desta última disposição, que, na perspetiva do proponente da norma, poderia justificar o tratamento diferenciado, o que se torna agora particularmente evidente por virtude da inexistência de uma vinculação ao interesse público, por parte dos pensionistas, e pela impossibilidade de se estabelecer, quanto a eles, qualquer padrão comparativo com os trabalhadores do setor privado no ativo.

68. Resta referir que as considerações já antes formuladas relativamente à disposição do artigo 29.º, n.º 2, se aplicam *mutatis mutandis* ao universo de pensionistas que não se encontra abrangido pela contribuição extraordinária de solidariedade, que só afeta, segundo uma taxa progressiva, as pensões de valor mensal superior a €1350.

Trata-se de pensões de valor de tal modo baixo, que a supressão, ainda que parcial, do pagamento do subsídio de férias, independentemente do efeito cumulado de outras medidas, é de si excessivamente gravoso e justificativo de um juízo de inconstitucionalidade por violação do princípio da igualdade proporcional.

H. Contribuição extraordinária de solidariedade (artigo 78.º)

69. Os requerentes nos Processos n.ºs 2/2013, 5/2013, 8/2013 e 11/2013 consideram que as normas nos números 1 e 2 do artigo 78.º, e a título consequente, as restantes normas do mesmo artigo, enfermam de inconstitucionalidade com base, em síntese, nos seguintes fundamentos:

— A contribuição extraordinária de solidariedade criada pelas mencionadas normas pode ser definida como um imposto diverso do IRS, pelo que ao refletir uma fragmentação da tributação do rendimento das pessoas singulares, com agravamentos fiscais ditados para certas categorias de cidadãos, viola o princípio da unidade do imposto sobre o rendimento pessoal, previsto no n.º 1 artigo 104.º da Constituição;

— A mesma contribuição, na medida em que tributa, em acumulação com os agravamentos parafiscais previstos no artigo 77.º e com os agravamentos orçamentais em sede de IRS, uma categoria específica de pessoas em razão de critérios ligados à sua condição ou estatuto de inatividade laboral e não do critério constitucional da capacidade contributiva, discrimina negativamente, de forma desproporcionada e sem justificação constitucional, os pensionistas, em relação aos trabalhadores no ativo, do que resulta a violação dos princípios da igualdade e da proporcionalidade, garantidos pela disposição do n.º 1 do artigo 104.º conjugada com as normas dos artigos 13.º e 18.º, n.º 2, da Constituição.

— Ao interpretar-se a CES como sacrificio adicional, redução de rendimento análoga à que é mantida para os funcionários públicos, colocam-se em causa os princípios da proteção da confiança e da igualdade perante os encargos públicos, na medida em que configura uma diferenciação discriminatória dos pensionistas na participação nos encargos com a diminuição do défice público.

— As normas violam ainda o núcleo essencial de direitos patrimoniais de propriedade, garantidos pelo n.º 1 do artigo 62.º da CRP e de acordo com o disposto no n.º 2 do artigo 18.º da Constituição.

70. A Lei n.º 66-B/2012 institui, no artigo 78.º, uma medida com a mesma designação daquela que fora já prevista nas leis que aprovaram os orçamentos do Estado para 2011 e 2012 (artigos 162.º, n.º 1, da Lei n.º 55-A/2010, de 31 de dezembro, e 20.º, n.º 1, da Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro), mas que se caracteriza, genericamente, não só pelo acréscimo da sua base de incidência, como também pelo alargamento do universo das pensões atingidas.

Passam a estar abrangidas pela contribuição extraordinária de solidariedade (CES) pensões de montante significativamente inferior (a partir de €1350) e a medida passa a afetar, para além das pensões pagas por entidades públicas, todas as prestações pecuniárias vitalícias devidas a qualquer título a aposentados, reformados, pré-aposentados ou equiparados que não estejam expressamente excluídas por disposição legal. São irrelevantes, para este efeito, e por força da lei, a designação das prestações (pensões, subvenções, subsídios, rendas, seguros, indemnizações por cessação de atividade, prestações atribuídas no âmbito de fundos coletivos de reforma ou outras), a forma que revistam (por exemplo, pensões de reforma de regimes profissionais complementares), bem como a natureza pública, privada, cooperativa ou outra, e o grau de independência ou autonomia da entidade processadora (incluindo-se as suportadas por institutos públicos, entidades reguladoras, de supervisão ou controlo, empresas públicas, de âmbito nacional, regional ou municipal, caixas de previdência de ordens profissionais e por pessoas coletivas de direito privado ou cooperativo).

Deste modo, as pensões pagas a um único titular passam agora a estar sujeitas a uma contribuição extraordinária de solidariedade, cuja taxa varia de forma progressiva, nos seguintes termos:

— 3,5% sobre a totalidade das pensões de valor mensal entre €1350 e €1800;

— 3,5% sobre o valor de €1800 e 16% sobre o remanescente das pensões de valor mensal entre €1800,01 e €3750, perfazendo uma taxa global que varia entre 3,5% e 10%;

— 10% sobre a totalidade das pensões de valor mensal superior a €3750.

Acresce que, neste último escalão, são aplicadas, em acumulação com a taxa de 10%, as seguintes percentagens:

— 15% sobre o montante que exceda 12 vezes o valor do IAS (€5030,64) mas que não ultrapasse 18 vezes aquele valor (€7545,96);

— 40% sobre o montante que ultrapasse 18 vezes o valor do IAS (€7545,96).

A CES passa assim a abranger, não apenas as pensões pagas por entidades públicas (Caixa Geral de Aposentações, Centro Nacional de Pensões ou quaisquer outras entidades públicas, diretamente ou por intermédio de fundos de pensões), mas ainda, por força do n.º 3 do artigo 78.º, «todas as prestações pecuniárias vitalícias devidas a qualquer título a aposentados, reformados, pré-aposentados ou equiparados que não estejam expressamente excluídas por disposição legal, incluindo as atribuídas no âmbito do sistema complementar, designadamente no regime público de capitalização e nos regimes complementares de iniciativa coletiva». Estão, assim, inequivocamente abrangidas pela medida as pensões a cargo dos comumente designados primeiro e segundo pilares do sistema de segurança social, ou seja, as dos regimes previdenciais geridos pelo Estado e as que correspondem aos rendimentos proporcionados por planos de pensões criados por regimes previdenciais de natureza complementar de iniciativa empresarial ou coletiva.

O n.º 3 do artigo 78.º, numa interpretação *a contrario*, afasta a possibilidade de sujeição à CES de planos de pensão de iniciativa individual (que constituem o terceiro pilar do sistema), na medida em que, no corpo da disposição, manda incluir neste regime apenas as pensões atribuídas “nos regimes complementares de iniciativa coletiva”. Sendo assim, parece que terão que corresponder a esta característica todos os regimes complementares a que é feita menção nas várias alíneas desse preceito, incluindo as prestações resultantes de descontos ou contribuições efetuados em “atividade por conta própria” (alínea *c*) do n.º 3 do artigo 78.º).

Um elemento que se mantém idêntico ao das medidas adotadas nos Orçamentos de Estado anteriores é a consignação do valor resultante da CES, que, nos termos do n.º 8 do artigo 78.º, «reverte a favor do Instituto de Gestão Financeira da Segurança Social, I.P., no caso das pensões atribuídas pelo sistema de segurança social e pela Caixa de Previdência dos Advogados e Solicitadores, e a favor da CGA, I.P., nas restantes situações», mantendo-se, assim, adstrito a uma finalidade específica.

71. No Relatório sobre o Orçamento de Estado para 2013, o Ministério das Finanças inclui a CES na lista de “medidas do lado

da redução de despesa”, explicando que, com ela, se “visa alcançar um efeito equivalente à medida de redução salarial aplicada aos trabalhadores do setor público em 2011 e 2012 e que será mantida em 2013, com a diferença de que os limites de rendimento a partir da qual a mesma é aplicada aos reformados e pensionistas são inferiores em 10% aos limites fixados para os ativos. (...) Esta diferença de limites explica-se pelo facto dos rendimentos de pensões já não estarem sujeitos a contribuições para sistemas de previdência (RGSS ou CGA), contribuições essas que para os rendimentos do trabalho ascendem a 11% sobre o rendimento bruto auferido. Procurou-se, deste modo, criar uma situação de tendencial proximidade de efeito líquido na aplicação das medidas, entre ativos e pensionistas, tendo por referência níveis de rendimento equivalentes (após contribuições obrigatórias para sistemas de previdência). Para pensões de elevado valor (superiores a €5.030), cumulativamente à redução de 10%, é exigida ainda uma contribuição extraordinária de solidariedade aos pensionistas, em linha com medida semelhante já aplicada em 2012”.

Todavia, esta qualificação poderá ser questionada no ponto em que, ao contrário dos anos anteriores, recaem no âmbito de incidência da CES quaisquer rendimentos de pensões ou equivalentes “independentemente da natureza pública, privada, cooperativa ou outra, e do grau de independência ou autonomia da entidade processadora” (artigo 78.º, n.º 3, alínea *b*)), aí se incluindo as pensões ou similares pagas por pessoas coletivas de direito privado ou cooperativo, como são os casos, por exemplo, das instituições de crédito, através dos respetivos fundos de pensões, das companhias de seguros e entidades gestoras de fundos de pensões e, até de direito público, como a Caixa de Previdência dos Advogados e Solicitadores (CPAS), relativamente às quais não existe qualquer relação com a despesa do Estado.

A dúvida quanto à qualificação como medida do lado da despesa, foi também levantada, do ponto de vista contabilístico, no Parecer Técnico n.º 6/2012 da Unidade Técnica de Apoio Orçamental da Assembleia da República, no qual se afirma, a propósito da CES que “o Ministério das Finanças considerou esta medida no lado da despesa mas, estando em causa a aplicação de uma contri-

buição sobre o valor das pensões (prevista no artigo 76.º da proposta de lei do OE/2013), esta situação estará na fronteira entre uma redução de despesa ou um aumento de receita”.

No sentido da qualificação como “receita do sistema previdencial” aponta ainda o *modus operandi* da efetivação da medida, conforme o previsto no n.º 8 do artigo 78.º, que determina, no caso de pensões não pagas por entidades públicas, que as entidades processadoras procedam à retenção na fonte do valor correspondente à contribuição e a entreguem, dentro de determinado prazo, à Caixa Geral de Aposentações, em correspondência com os procedimentos similares de arrecadação de receitas em sede fiscal.

72. Deste modo, no que se refere às pensões processadas e pagas pelo sistema público de segurança social, a CES assume o efeito prático de uma medida de redução de despesa. Até ao limite de efeito equivalente à redução salarial que tem vindo a ser aplicada aos trabalhadores do setor público desde 2011, o que surge evidenciado também pela correspectividade do valor percentual da dedução relativamente à redução remuneratória também prevista no artigo 27.º, n.º 1, da Lei do OE. E o efeito continua a ser, ainda neste mesmo âmbito, de redução da despesa pública quanto às pensões sobre que incide a percentagem adicional de 15%, quando o montante que exceda 12 vezes o valor do IAS (€5030,64), e de 40%, quando o montante que ultrapasse 18 vezes o valor do IAS (€7545,96). Ainda que, neste último caso, se sujeite os respetivos titulares a um contributo mais gravoso, por se tratar de prestações de valor elevado que se entendeu poderem suportar um sacrifício extraordinário em nome do princípio da solidariedade, face às dificuldades crescentes de sustentabilidade da segurança social e do sistema público de pensões, sujeito no ano de 2013 a um acréscimo de esforço financeiro que, em último termo, teria se ser coberto por transferências do Orçamento de Estado.

Neste âmbito de incidência, a norma do n.º 2 do artigo 78.º da Lei do OE, tendo o referido efeito de diminuição conjuntural das pensões, por força da aplicação de taxas fortemente progressivas, não deixa de constituir um instrumento financeiro de redução de despesa pública, visto que estamos ainda perante pensões do cha-

mado primeiro pilar de proteção social, e que são suportadas pelo orçamento da segurança social ou da Caixa Geral de Aposentações, apenas se diferenciando relativamente à norma do n.º 1, na apreciação da questão de constitucionalidade, por se tratar, nesse outro caso, da imposição de um sacrifício muito mais intenso.

Já o mesmo não pode afirmar-se quanto à sujeição das pensões dos regimes substitutivos e dos regimes complementares, de iniciativa pública ou de iniciativa coletiva privada, à contribuição extraordinária de solidariedade, nos termos genericamente previstos para as pensões atribuídas pelo sistema de segurança social ou pela CGA. Neste caso, as entidades processadoras devem efetuar a dedução da contribuição e entregá-la à CGA, até ao dia 15 do mês seguinte àquele em sejam devidas as prestações (artigo 78.º, n.º 8), pelo que a CES produz aqui o efeito exclusivo de um aumento de receita, por via da transferência de verbas para o sistema público de segurança social.

73. Embora financeiramente suscetível de ser perspectivada de modo ambivalente, privilegiando o efeito prático do lado da despesa ou da receita consoante o seu âmbito subjetivo de incidência, a CES é juridicamente configurada no preceito que institui a medida, de modo unitário, como uma *contribuição para a segurança social*, ainda que apresente a particularidade de ser exigida aos atuais beneficiários dos regimes previdenciais. Aliás, em conformidade com esta natureza de tributo para a segurança social e não de redução formal do montante da prestação, nos termos do artigo 53.º do CIRS, o valor da pensão, apurado sem ter em conta a incidência da CES, continua a fornecer a indicação do rendimento bruto tributável pela categoria H. O montante que resulta da aplicação da CES entra, porém, no passo seguinte, como dedução específica para apuramento da matéria coletável, nos termos da alínea *b*) do n.º 4 do referido preceito que manda deduzir “as contribuições obrigatórias para regimes de proteção social ...”.

Sem dúvida que a incidência, em geral, de uma obrigação contributiva sobre os próprios beneficiários ativos representa um desvio ao funcionamento do sistema, na medida em que introduz uma nova modalidade de financiamento da segurança social que

abarca os próprios beneficiários das prestações sociais, pondo em causa, de algum modo, o princípio da contributividade, que tem pressuposta a ideia de uma relação sinalagmática direta entre a obrigação legal de contribuir e o direito às prestações (artigo 54.º da Lei n.º 4/2007, de 16 de janeiro). O que se torna ainda mais evidente quando a obrigação incide sobre os beneficiários de modalidades privadas de proteção social, que são exteriores ao sistema público de segurança social.

No entanto, a circunstância de o sistema previdencial assentar fundamentalmente no autofinanciamento, através das quotizações dos trabalhadores e das contribuições das entidades empregadoras, não obsta a que possa recorrer a outras fontes de financiamento, incluindo outras receitas fiscais legalmente previstas, como decorre do artigo 92.º da Lei n.º 4/2007.

A receita obtida através de um tributo parafiscal que incide sobre os pensionistas dos regimes complementares e substitutivos não deixa de corresponder a uma forma de financiamento da segurança social, em termos que equivalem às quotizações dos trabalhadores no âmbito da obrigação contributiva. Num contexto de emergência económica e financeira, a contribuição visa, por outro lado, contrariar a tendência deficitária da segurança social e permitir satisfazer os compromissos assumidos com as prestações do regime geral de segurança social e de proteção social da função pública.

E importa reter que os regimes complementares se encontram especialmente regulados nos artigos 81.º e seguintes da Lei n.º 4/2007, e, ainda que de iniciativa privada, integram também o sistema de segurança social, que assenta num *princípio de complementaridade*, traduzido na articulação de várias formas de proteção social públicas, sociais, cooperativas, mutualistas e privadas com o objetivo de melhorar a cobertura das situações abrangidas e promover a partilha de responsabilidades — artigo 15.º (sobre o fundamento e legitimidade dos regimes complementares, Ilídio das Neves, *Os regimes complementares de segurança social*, in *Revista de Direito e Estudos Sociais*, Ano XXXVI, n.º 4, Outubro-Dezembro de 1994, págs. 286 e segs.).

A contribuição, mesmo quando exigida aos titulares de complementos de reforma, está, por isso, estreitamente associada aos fins da segurança social, além de que esses pensionistas beneficiam da solvabilidade do sistema e tiram vantagem do seu eficaz financiamento, na medida em que o reforço de proteção social que poderão obter por via da atribuição de prestações complementares só se torna efetivo se o Estado continuar a satisfazer pontualmente as prestações concedidas pelo sistema previdencial, de que eles são também destinatários.

As considerações que antecedem justificam, por maioria de razão, a sujeição à contribuição extraordinária de solidariedade dos pensionistas dos denominados regimes especiais, dada a natureza substitutiva das prestações que aí estão em causa (artigo 53.º da Lei n.º 4/2007).

74. Tratando-se de uma *contribuição para a segurança social*, como tudo indica, não obstante a sua atipicidade, ela não está sujeita aos princípios tributários gerais, e designadamente aos princípios da unidade e da universalidade do imposto, não sendo para o caso mobilizáveis as regras do artigo 104.º, n.º 1, da Constituição relativas ao imposto sobre o rendimento pessoal.

Isso porque a contribuição para a segurança social prevista no artigo 78.º da Lei do Orçamento do Estado apresenta diversos traços diferenciadores da conceção tributária estrita dos impostos, quer quanto aos objetivos, quer quanto à estrutura jurídica. É uma receita *consignada*, na medida em que se destina a satisfazer, de modo imediato, as necessidades específicas do subsistema contributivo da segurança social, distinguindo-se por isso dos impostos, que têm como finalidade imediata e genérica a obtenção de receitas para o Estado, em vista a uma afetação geral e indiscriminada à satisfação de encargos públicos. E não possui um caráter de *completa unilateralidade* uma vez que os regimes complementares têm o seu suporte jurídico-institucional no sistema de segurança social globalmente considerado, e não deixam de manter uma relação de proximidade com o regime contributivo (que é, por natureza, obrigatório), retirando um benefício indireto do seu eficaz funcionamento (quanto à caracterização jurídica da contribuição para a

segurança social, Ilídio das Neves, *Direito da Segurança Social*, Coimbra, 1996, pág. 360).

Trata-se, assim, de um encargo enquadrável no *tertium genus* das “demais contribuições financeiras a favor dos serviços públicos”, a que passou a fazer-se referência, a par dos impostos e das taxas, na alínea *i*) do n.º 1 do art.º 165.º da Constituição.

A situação não é, por isso, também, inteiramente equivalente à analisada no acórdão do Tribunal Constitucional n.º 186/93 (cuja orientação foi depois também seguida pelo acórdão n.º 1203/96), em que se considerou (ainda que apenas para verificar se a determinação da incidência e da taxa da contribuição está sujeita a reserva de lei) que as contribuições para a segurança social que têm como sujeito passivo a entidade patronal, «quer sejam havidas como verdadeiros impostos, quer sejam consideradas como uma figura contributiva de outra natureza, sempre deverão estar sujeitas aos mesmos requisitos a que aqueles se acham constitucionalmente obrigados». Esta sujeição às regras constitucionais, na lógica argumentativa do acórdão, decorre do facto de «as prestações pecuniárias em que estas contribuições se traduzem, talqualmente os impostos, revestirem carácter definitivo e unilateral», caracterização que não é inteiramente transponível para o tributo em causa, pelas considerações já precedentemente formuladas, nem sequer quando a contribuição incide sobre pensões dos regimes complementares e substitutivos.

E, deste modo, independentemente das variantes que a norma do artigo 78.º, ao prever a contribuição extraordinária de solidariedade, possa colocar — quer quando esta equivale a uma medida de redução de despesa, quer quando constitui uma estrita medida de obtenção de receita —, a questão de constitucionalidade que vem suscitada acaba por reconduzir-se à alegada violação do direito de propriedade e dos princípios da igualdade, da proporcionalidade e da proteção da confiança.

75. Um aspeto que se torna evidente, por tudo o que já anteriormente se expôs, é que os pensionistas afetados pela medida não se encontram na mesma situação de qualquer outro cidadão, justamente porque são beneficiários de pensões de reforma ou de apo-

sentação e de complementos de reforma, e é a sua distintiva situação estatutária que determina a incidência da CES, como medida conjuntural, com a finalidade específica de assegurar a sua participação no financiamento do sistema de segurança social, num contexto extraordinário de exigências de financiamento que, de outra forma, sobrecarregariam o Orçamento do Estado ou se transfeririam para as gerações futuras.

A Constituição não estabelece a proporção em que o financiamento da segurança social depende de qualquer uma das suas fontes, sendo essa matéria que está em grande medida à disposição do Estado no âmbito da sua liberdade de conformação política e legislativa (Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, pág. 817).

No caso concreto, a imposição de um tributo com a natureza de uma contribuição para a segurança social, traduz-se, em grande parte, na imediata redução de despesa por via da dedução de uma percentagem dos montantes devidos a título de pensão de reforma ou de aposentação pelas próprias entidades a que está consignada e, noutra parte, incidindo sobre titulares de complementos de reforma e de pensões com um regime especial, corresponde a uma forma de financiamento que é assegurada pelos beneficiários ativos de prestações. Podendo descortinar-se na sua própria condição de pensionistas o fundamento material bastante para, numa situação de exceção, serem chamados a contribuir para o financiamento do sistema, o que afasta, à partida, o carácter arbitrário da medida.

A sujeição dos pensionistas a uma contribuição para o financiamento do sistema de segurança social, de modo a diminuir a necessidade de afetação de verbas públicas, no quadro de distintas medidas articuladas de consolidação orçamental, que incluem também aumentos fiscais e outros cortes de despesas públicas, apoia-se numa racionalidade coerente com uma estratégia de atuação cuja definição cabe ainda dentro da margem de livre conformação política do legislador.

E os quantitativos das novas contribuições fixados pelo artigo 78.º, da Lei do Orçamento do Estado, não se revelam excessivamente diferenciadores, face às razões que se admitiram como justificativas da imposição desta medida penalizadora dos pensio-

nistas, sendo as percentagens relativas ao montante das pensões constantes do n.º 1, similares às das reduções das remunerações de quem auferir por verbas públicas, constantes do artigo 27.º do mesmo diploma, e que foi considerado situarem-se ainda dentro dos limites do sacrifício exigível, de que se excluíram todos aqueles que auferem pensões inferiores a €1350.

E se as percentagens das contribuições que incidem sobre as pensões abrangidas pelo n.º 2, do mesmo artigo 78.º, atingem valores bem mais elevados, elas também incidem sobre pensões cujo montante não deixa de justificar um maior grau de progressividade. A prossecução do fim de interesse público que preside a esta medida e a sua emergência, aliadas a um imperativo de solidariedade, tem uma valia suficiente para fundamentar a diferenciação estabelecida entre o n.º 1 e o n.º 2 do artigo 78.º.

76. Quanto à análise dos princípios da proporcionalidade e da proteção da confiança não pode deixar de se ter presente quer a recente evolução verificada no regime previdencial de segurança social quer, sobretudo, a natureza conjuntural da CES.

No que se refere ao regime previdencial de segurança social, o critério de determinação dos montantes das pensões, que provinha do Decreto-Lei n.º 329/93, de 25 de setembro, e em certa medida era ainda tributário do modelo concebido nos anos 60 (limitando-se a considerar como remuneração relevante para fixação do montante global da pensão a correspondente aos melhores 10 anos dos últimos 15 da carreira contributiva), foi profundamente alterado pela Lei de Bases da Segurança Social aprovada pela Lei n.º 17/2000, de 8 de agosto, que estipulou o princípio segundo o qual o cálculo de pensões de velhice devia ter por base os rendimentos de trabalho de toda a carreira contributiva (artigo 57.º, n.º 3).

O Governo e os parceiros sociais comprometeram-se entretanto a adotar medidas destinadas a assegurar o equilíbrio financeiro do sistema de segurança social, incluindo no que se refere à reformulação do cálculo das pensões, e nessa sequência foi publicado o Decreto-Lei n.º 35/2002, de 19 de fevereiro, que veio estabelecer como regra a consideração, para efeitos do cálculo da pensão, das remunerações anuais revalorizadas de toda a carreira

contributiva, medida que era justificada não só pela necessidade de assegurar sustentabilidade financeira do sistema de segurança social, mas também por razões de justiça social (*Acordo para a Modernização da Proteção Social*, de 20 de novembro de 2001).

E posteriormente foi celebrado um novo acordo de concertação social que teve em vista complementar a reforma de 2001/2002, e que pretendeu realizar dois objetivos essenciais: (i) acelerar o prazo de transição para a nova fórmula de cálculo das pensões; (ii) introduzir um limite superior para o cálculo das pensões baseado nos últimos anos da carreira contributiva (*Acordo sobre a Reforma da Segurança Social*, de 10 de outubro de 2006).

São esses objetivos que surgem plasmados no novo regime do Decreto-Lei n.º 187/2007, de 10 de maio, publicado em desenvolvimento da atual Lei de Bases da Segurança Social, que visou dar concretização prática ao princípio da *aceleração da transição para a nova fórmula de cálculo de pensões*, tornando-se aplicável aos contribuintes inscritos até 31 de dezembro de 2001 (e, portanto, àqueles cuja carreira contributiva decorreu em parte ainda na vigência do Decreto-Lei n.º 329/93) (artigos 33.º e 34.º) e estabeleceu uma *limitação do montante da pensão* destinada a impedir que, por razões de justiça social e equidade contributiva, venha a ser atribuída uma pensão que se mostre ser excessiva (artigo 101.º).

Por outro lado, foi introduzido um fator de sustentabilidade no cálculo do montante da pensão, que permite uma regressão do seu valor em função da alteração da esperança média de vida — artigo 35.º (sobre a evolução legislativa do sistema de segurança social, o acórdão n.º 188/2009, que se pronunciou pela não inconstitucionalidade da norma que fixou um teto máximo para o valor das pensões).

77. Também no domínio do sistema de proteção social da função pública, foram introduzidas importantes alterações.

A Lei n.º 60/2005, de 29 de dezembro, veio insinuir mecanismos de convergência do regime de proteção social da função pública com o regime geral da segurança social no que respeita às condições de aposentação e cálculo das pensões, e nesses termos, a Caixa Geral de Aposentações deixou, a partir de 1 de janeiro de

2006, de proceder à inscrição de subscritores (artigo 1.º), sendo que o pessoal que inicie funções a partir dessa data ao qual, nos termos da legislação vigente, fosse aplicável o regime de proteção social da função pública em matéria de aposentação (em razão da natureza da instituição a que venha a estar vinculado, do tipo de relação jurídica de emprego de que venha a ser titular ou de norma especial que lhe conferisse esse direito), é obrigatoriamente inscrito no regime geral da segurança social (artigo 2.º).

E o Decreto-Lei n.º 117/2006, de 20 de junho, veio também estabelecer a transição do regime de proteção social dos funcionários e agentes da Administração Pública, em contrato de trabalho, para o regime geral de segurança social dos trabalhadores por conta de outrem, passando a cobrir as eventualidades de proteção na doença, doenças profissionais, maternidade e desemprego através dos regimes jurídicos do subsistema previdencial, com as particularidades previstas nesse diploma.

78. Esta evolução de política legislativa aponta já para uma gradual adaptação do quadro legal das pensões aos novos condicionalismos sociais, de modo a garantir-se a maior equidade e justiça social na sua concretização, e que corresponde a um dos princípios legalmente assumidos do sistema previdencial (artigo 63.º da Lei n.º 4/2007).

Por outro lado, as normas ora impugnadas surgem impulsionadas por uma necessidade conjuntural e emergente de redução da afetação de verbas públicas à manutenção do sistema de segurança social.

A CES foi, na realidade, concebida exclusivamente para fazer face, juntamente com outras medidas, à situação de crise económico-financeira, que terá transitariamente também exigido, no quadro das opções de base feitas pelo poder político, um urgente reforço do financiamento do sistema de segurança social, à custa dos próprios beneficiários.

Perante a conjugação de uma diminuição das receitas do sistema de segurança social, face ao forte aumento do desemprego, redução dos salários e às novas tendências migratórias, com um aumento das despesas com o apoio ao desemprego e às situações

de pobreza, e à conseqüente necessidade do Estado subsidiar o sistema de segurança social, agravando desse modo o défice público, o legislador, a título excecional e numa situação de emergência, optou por estender aos pensionistas o pagamento de contribuições do sistema de segurança social do qual são direta ou indiretamente beneficiários, apenas durante o presente ano orçamental.

É, pois, atendendo à natureza excecional e temporária desta medida, tendo por finalidade a satisfação das metas do défice público exigidas pelo Programa de Assistência Económica e Financeira, que a sua conformidade com os princípios estruturantes do Estado de direito democrático deve ser avaliada.

79. São conhecidos, e foram já aqui recordados, os critérios a que o Tribunal Constitucional dá relevância para que haja lugar à tutela jurídico-constitucional da «confiança».

E não pode deixar de reconhecer-se que as pessoas na situação de reforma ou aposentação, tendo chegado ao termo da sua vida ativa e obtido o direito ao pagamento de uma pensão calculada de acordo com as quotizações que deduziram para o sistema de segurança social, têm expectativas legítimas na continuidade do quadro legislativo e na manutenção da posição jurídica de que são titulares, não lhes sendo sequer exigível que tivessem feito planos de vida alternativos em relação a um possível desenvolvimento da atuação dos poderes públicos suscetível de se repercutir na sua esfera jurídica.

Todavia, em face do condicionalismo que rodeou a implementação da contribuição extraordinária de solidariedade, não só as expectativas de estabilidade na ordem jurídica surgem mais atenuadas, como são sobretudo atendíveis relevantes razões de interesse público que justificam, em ponderação, uma excecional e transitória descontinuidade do comportamento estadual.

Como já resulta da ponderação efetuada noutro local, a propósito deste princípio, o interesse público a salvaguardar, não só se encontra aqui perfeitamente identificado, como reveste uma importância fulcral e um caráter de premência que lhe confere uma manifesta prevalência, ainda que não se ignore a intensidade do

sacrifício causado às esferas particulares atingidas pela nova contribuição.

No que se refere às pensões abrangidas pelo n.º 2 do artigo 78.º, cabe adicionalmente referir que essas prestações já haviam sido objeto de uma contribuição extraordinária de solidariedade de 10%, incidindo sobre o montante que excede aquele valor, por força do artigo 162.º da Lei n.º 55-A/2010, de 31 de dezembro (Lei do OE de 2011), e que veio a ser agravada, em termos idênticos aos agora previstos, através do n.º 15 do artigo 20.º da Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro (Lei do OE de 2012).

Não há, pois, nenhuma evidência, em todo este contexto, de uma infração ao princípio da proteção da confiança.

80. Nem parece que possa ter-se como violado o princípio da proporcionalidade, em qualquer das suas vertentes de adequação, necessidade ou justa medida.

Como observa Reis Novais, o princípio da *idoneidade* ou da *aptidão* significa que as medidas legislativas devem ser aptas a realizar o fim prosseguido, ou, mais rigorosamente, devem, de forma sensível, contribuir para o alcançar.

No entanto, o controlo da idoneidade ou adequação da medida, enquanto vertente do princípio da proporcionalidade, refere-se exclusivamente à aptidão objetiva e formal de um meio para realizar um fim e não a qualquer avaliação substancial da bondade intrínseca ou da oportunidade da medida. Ou seja, uma medida é idónea quando é útil para a consecução do um fim, quando permite a aproximação do resultado pretendido, quaisquer que sejam a medida e o fim e independentemente dos méritos correspondentes. E, assim, a medida só será suscetível de ser invalidada por inidoneidade ou inaptidão quando os seus efeitos sejam ou venham a revelar-se indiferentes, inócuos ou até negativos tomando como referência a aproximação do fim visado (*Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra, 2004, págs. 167-168).

No caso vertente, é patente que a incidência de um tributo parafiscal sobre o universo de pensionistas como meio de reduzir excecional e temporariamente a despesa no pagamento de pensões e obter um financiamento suplementar do sistema de segurança

social é uma medida adequada aos fins que o legislador se propôs realizar.

Quanto a saber se para atingir esse objetivo, o meio efetivamente escolhido é o *necessário* ou *exigível*, por não existirem outros meios, em princípio, tão idóneos ou eficazes, que pudessem obter o mesmo resultado de forma menos onerosa para as pessoas afetadas, não se vislumbra, num critério necessariamente de evidência, a existência de alternativas que, mantendo uma coerência com o sistema no qual estas medidas se situam, com igual intensidade de realização do fim de interesse público, lesassem em menor grau os titulares das posições jurídicas afetadas.

Nestes termos, a medida cumpre o princípio da necessidade.

Por fim, a norma suscitada não se afigura ser desproporcionada ou excessiva, tendo em consideração o seu carácter excecional e transitório e o patente esforço em graduar a medida do sacrifício que é exigido aos particulares em função do nível de rendimentos auferidos, mediante a aplicação de taxas progressivas, e com a exclusão daqueles cuja pensão é de valor inferior a €1350, relativamente aos quais a medida poderia implicar uma maior onerosidade.

Acresce que, em termos práticos, ela corresponde, em grande parte, a uma extensão da medida de redução salarial já aplicada aos trabalhadores do setor público em 2011 e 2012, e que foi mantida em 2013, a qual no acórdão n.º 396/2011 também se considerou não ser desproporcionada ou excessiva.

Relativamente à previsão do n.º 2 do artigo 78.º da Lei do Orçamento do Estado, a questão de constitucionalidade justifica, no entanto, outros desenvolvimentos, por estar aí em causa a aplicação de taxas fortemente progressivas que se alega revestirem uma natureza confiscatória.

81. Defende o Requerente do pedido formulado no processo n.º 2/2013 que a carga de esforço tributário que é potenciada pelo disposto no artigo 78.º da Lei do Orçamento do Estado pode, igualmente, pôr em causa direitos patrimoniais conexos com o direito de propriedade privada, que se reconduz à norma do n.º 1 do artigo 62.º da Constituição e que beneficia, com adaptações, do

regime garantístico dos direitos, liberdades e garantias contido no seu artigo 18.º.

O mesmo argumento foi já mobilizado relativamente à suspensão parcial do subsídio de férias dos reformados e pensionistas, mantendo-se válidas as considerações que, a esse propósito, foram formuladas.

De facto, essa perspetiva poderia arrancar da ideia de que o conceito de propriedade vertido no citado preceito constitucional não se circunscreve aos direitos reais tipificados no Código Civil, mas engloba outros direitos com relevância económica direta, tais como os salários ou as pensões de reforma, constituindo um equivalente de «património» (sobre estes aspetos, Maria Lúcia Amaral, *Responsabilidade do Estado e dever de indemnizar do legislador*, Coimbra, 1998, págs. 547 e segs.; Sousa Franco/Oliveira Martins, *A Constituição Económica Portuguesa*, Coimbra, 1993, pág. 174).

A posição foi também sufragada pelo Tribunal Constitucional no acórdão n.º 491/02, em que se entendeu que «o direito de propriedade a que se refere o artigo 62.º da Constituição não abrange apenas a *proprietas rerum*, os direitos reais menores, a propriedade intelectual e a propriedade industrial, mas também outros direitos que normalmente não são incluídos sob a designação de «propriedade», tais como, designadamente, os direitos de crédito e os «direitos sociais» — incluindo, portanto, partes sociais como as ações ou as quotas de sociedades» (no mesmo sentido ainda os acórdãos n.ºs 273/04 e 374/03).

No entanto, mesmo que situemos o direito à pensão neste plano de análise, a violação do direito à propriedade, por virtude da redução do montante das prestações que forem devidas a esse título, apenas poderia colocar-se se fosse possível afirmar um estrito princípio de corresponsabilidade no âmbito da relação jurídica de segurança social, de modo a que existisse efetiva equivalência entre o montante das contribuições e o valor das prestações.

Todavia o princípio que vigora é antes de uma *equivalência global* que poderá sempre ser corrigida em função do princípio da solidariedade, como um dos fatores estruturantes do sistema de segurança social (João Loureiro, *Adeus ao estado social? O insustentável peso do não-ter*, *BFD* 83 (2007), págs. 168-169).

Estes aspetos foram analisados no já citado acórdão n.º 188/2009, onde se afirmou:

A referência legal a uma *relação sinalagmática direta* entre a obrigação legal de contribuir e o direito às prestações parece pressupor um princípio contratualista de correspectividade entre os direitos e obrigações que integram a relação jurídica de segurança social. Mas diversos outros indicadores apontam no sentido de que o legislador pretendeu apenas referir-se à necessária interdependência entre o direito às prestações e a obrigação de contribuir, o que não significa que exista uma direta correlação entre a contribuição paga e o valor da pensão a atribuir (cfr. ILÍDIO DAS NEVES, *Direito da Segurança Social. Princípios Fundamentais numa Análise Prospetiva*, Coimbra, 1996, págs. 303 e segs.).

Em primeiro lugar, o âmbito material do sistema previdencial não se circunscreve às pensões de invalidez e velhice, mas abrange diversas outras eventualidades que determinam perda de rendimentos de trabalho, como a doença, maternidade, paternidade e adoção, desemprego, acidentes de trabalho e doenças profissionais, ou a morte, não estando excluído, sequer, que a proteção social que assim se pretende garantir seja alargada, no futuro, em função da necessidade de dar cobertura a novos riscos sociais (artigo 52.º da Lei n.º 4/2007).

E, pela natureza das coisas, não há, em relação a cada situação e categoria de beneficiários, uma plena correspondência pecuniária entre os valores comparticipados ao longo da carreira contributiva e os benefícios obtidos em consequência da verificação das eventualidades que se encontram cobertas pelo sistema previdencial.

Por outro lado, a *obrigação de contribuir* não impende apenas sobre os beneficiários, mas também, no caso de exercício de atividade profissional subordinada, sobre as respetivas entidades empregadoras (obrigação que para estas se constitui com o início do exercício da atividade profissional dos trabalhadores ao seu serviço — artigo 56.º, n.ºs 1 e 2), sendo o respetivo montante determinado por aplicação de taxa legalmente prevista às remunerações que constituam a base de incidência contributiva (artigo 57.º, n.º 1).

Além disso, a lei pode prever limites contributivos, quer através da aplicação de limites superiores aos valores das remunerações que servem de base de incidência, quer por via da redução da taxa contributiva, isto é, do valor em percentagem que deve incidir sobre a base salarial para a determinação do quantitativo exato da contribuição ou quotização (artigo 58.º).

Acresce que a falta do pagamento de contribuições relativas a períodos de exercício de atividade dos trabalhadores por conta de outrem, que lhes não seja imputável, não prejudica o direito às prestações (artigo 61.º, n.º 4), e na determinação dos montantes das prestações podem ser tidos em consideração, para além do valor das remunerações registadas, que constitui a base de cálculo, outros elementos adicionais, como a duração da carreira contributiva e a idade do beneficiário (artigo 62.º, n.ºs 1 e 2).

Todos os referidos aspetos do regime legal conduzem a concluir que o cálculo do montante da pensão não corresponde à aplicação de um princípio de corresponsabilidade que pudesse resultar da capitalização individual das contribuições, mas radica antes num critério de repartição que assenta num princípio de solidariedade, princípio este que aponta para a responsabilidade coletiva das pessoas entre si na realização das finalidades do sistema e se concretiza, num dos seus vetores, pela transferência de recursos entre cidadãos — cfr. artigo 8.º, n.º 1, e n.º 2, alínea *a*), da Lei n.º 4/2007 (neste sentido, João Loureiro, *ob. e loc. cit.*).

82. O argumento não tem idêntica validade quanto aos complementos de reforma, que funcionem segundo um regime de capitalização. No entanto, como se assinalou, os regimes complementares estão associados ao sistema de segurança social na sua integralidade, e estando em causa a incidência de uma contribuição similar às quotizações dos trabalhadores no ativo, não se vê em que termos é que esses rendimentos devam encontrar-se cobertos pelo âmbito de proteção do direito de propriedade, quando ainda estamos no domínio da parafiscalidade.

Na verdade, a responsabilidade do Estado na tomada de decisões político-legislativas, no domínio do financiamento dos regimes de segurança social, resulta da sua qualidade de *garante* superior do sistema, com a incumbência de organizar, coordenar e subsidiar um programa de proteção social dos cidadãos nas situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade de trabalho — artigo 63.º, n.º 2, da Constituição (Ilídio das Neves, *Direito da Segurança Social*, citado, pág. 334).

O legislador dispõe de liberdade de conformação para delimitar a fronteira entre o sistema básico de segurança social público e os sistemas privados complementares (Jorge Miranda/Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, págs. 646-647), o que também pressupõe, por efeito do englobamento dos diferentes regimes no sistema único de segurança social, o enquadramento normativo da obrigação contributiva.

83. Tenha-se, por último, em consideração que a redução das pensões, mesmo quando influenciadas pela aplicação de taxas contributivas percentuais muito elevadas — como sucede em relação às pensões abrangidas pelo n.º 2 do artigo 78.º —, não corresponde a uma ablação do direito à pensão, constituindo antes uma medida conjuntural de carácter transitório, justificada por situação de emergência económica e financeira, pelo que não pode ainda aqui atribuir-se a essa contribuição uma natureza confiscatória.

A questão das taxas confiscatórias tem sido matéria tratada, no domínio tributário, no âmbito do princípio da proporcionalidade ou proibição de excesso, considerando-se que, implicando o imposto uma restrição ao direito de propriedade, o tributo não pode assumir uma tal dimensão quantitativa que absorva «a totalidade ou a maior parte da matéria coletável», nem pode ter um efeito de estrangulamento, impedindo «o livre exercício das atividades humanas» (Diogo Leite de Campos/Mónica Leite de Campos, *Direito Tributário*, Coimbra, 1996, pág. 148, e Diogo Leite de Campos, *As três fases de princípios fundamentantes do Direito Tributário*, in *O Direito*, ano 139.º, 2007, pág. 29), ou pondo em causa que «a cada um seja assegurado um mínimo de meios ou recursos materiais indispensáveis (...) [à] dignidade [da pessoa humana]» (CASALTA NABAIS, *Direito Fiscal*, 7.ª Edição, pág. 162).

A variável quantitativa não é, contudo, contrariamente ao que possa parecer, única ou determinante. Para aferição do que seja ou não imposto confiscatório, apela-se a uma ideia de equidade ou «tributação equitativa»: «saber se um imposto tem efeitos confiscatórios não depende apenas dos montantes das respetivas taxas. Importa, isso sim, aferir desses efeitos confiscatórios em relação a determinado contribuinte em concreto. O fator

decisivo não é aquilo que o imposto retira ao contribuinte, mas o que lhe deixa ficar» (Luís Vasconcelos Abreu, *Algumas notas sobre o problema da confiscatoriedade tributária em sede de imposto sobre o rendimento pessoal*», in Fisco, n.º 31, maio 1991, págs. 26 e segs.).

Transpondo esta doutrina para o caso aqui em análise, considerando que as taxas adicionais de 15% e 40% são aplicadas só a partir de rendimentos especialmente elevados e deixam ainda uma margem considerável de rendimento disponível, e — como se referiu já — revestem carácter transitório e excepcional, não se afigura que se lhes possa atribuir carácter confiscatório.

O Tribunal pronuncia-se, nos termos expostos, pela não inconstitucionalidade da norma do artigo 78.º.

I. Contribuição sobre os subsídios de doença e de desemprego (artigo 117.º, n.º 1)

84. Os autores do pedido que deu origem ao Processo n.º 8/13 suscitam a questão de constitucionalidade da norma do artigo 117.º, n.º 1, alegando, no essencial, que a sujeição dos beneficiários de prestações do sistema previdencial a uma contribuição de 5% sobre o montante dos subsídios concedidos por doença e de 6% sobre o montante de subsídios concedidos em caso de desemprego, consubstancia, na prática, uma redução das correspondentes prestações sociais, e põe em causa a aplicação do princípio constitucional da igualdade, uma vez que os trabalhadores que deles beneficiam não se encontram em situação idêntica à dos demais trabalhadores devido à impossibilidade temporária de obtenção de meios de subsistência. Entendem ainda que viola os artigos 59.º, n.º 1, alíneas e) e f), e 63.º, n.º 3, da Constituição, que consagram o direito de todos os trabalhadores à assistência material, o direito a assistência e justa reparação quando vítimas de acidente de trabalho ou de doença profissional e ainda o direito à proteção dos cidadãos na doença, bem como no desemprego e em todas as outras situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho.

85. O citado artigo 117.º sujeita os montantes dos subsídios concedidos no âmbito das eventualidades de doença ou de desemprego a uma “contribuição”, respetivamente, de 5% e de 6%, com exceção das situações previstas nos seus n.ºs 2 e 3 (subsídios referentes a período de incapacidade temporária de duração inferior ou igual a 30 dias e situações de majoração do subsídio de desemprego previstas no artigo 118.º). A referida contribuição será deduzida pelas instituições de segurança social do montante das prestações por ela pagas e constituirá uma receita do sistema previdencial (n.º 4 do artigo 117.º).

O regime jurídico de proteção social em caso de doença encontra-se regulado no Decreto-Lei n.º 28/2004, de 4 de fevereiro, alterado pelos Decretos-Lei n.ºs 146/2005, de 26 de agosto, 302/2009, de 22 de outubro, pela Lei n.º 28/2011, de 16 de junho, e pelo Decreto-Lei n.º 133/2012, de 27 de junho. Trata-se de uma prestação cuja atribuição visa a compensação da perda de remuneração em consequência de incapacidade temporária para o trabalho por doença. Em termos gerais, têm direito ao subsídio por doença os beneficiários do subsistema previdencial no regime geral de segurança social dos trabalhadores por conta de outrem e dos trabalhadores independentes (artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 28/2004). Nos termos do artigo 16.º do referido diploma, o montante diário do subsídio de doença é calculado pela aplicação à remuneração de referência (artigo 18.º) de uma percentagem variável (entre 55% e 100%), em função da duração do período de incapacidade para o trabalho ou da natureza da doença, sendo que o montante diário não pode ser inferior a 30% do valor diário da retribuição mínima mensal (artigo 19.º, n.º 1).

Por seu turno, o subsídio de desemprego destina-se a compensar a perda das remunerações de trabalho de quem perdeu o emprego de forma involuntária. Em geral, tem direito ao subsídio de desemprego quem tenha estado vinculado por contrato de trabalho e esteja em situação de desemprego involuntário ou tenha suspenso o contrato de trabalho com fundamento em salários em atraso e, em qualquer caso, tenha capacidade e disponibilidade para o trabalho e esteja inscrito para procura de emprego no centro de emprego da área de residência (Decreto-Lei n.º 220/

/2006, de 3 de novembro, alterado, por último, pelo Decreto-Lei n.º 64/2012, de 15 de março).

Num caso como no outro, estamos perante prestações contributivas (incluídas no regime geral de segurança social contributivo e obrigatório) e substitutivas de rendimento de trabalho (sistema previdencial).

Cumpra, ainda, salientar que, tendo a norma do artigo 117.º natureza orçamental, aplica-se-lhe o correspondente regime de vigência anual (artigo 106.º, n.º 1, da Constituição).

86. Quer o regime do subsídio por doença, quer o regime do subsídio de desemprego sofreram recentes alterações, por via, respetivamente, dos citados Decretos-Leis n.ºs 133/2012 e 64/2012, que, pelo menos em parte, e como expressamente se refere nos respetivos preâmbulos, foram ditadas pela atual situação económica e financeira do País e pela necessidade de cumprimento das medidas constantes do Memorando de Entendimento.

Tais alterações, no âmbito da proteção na eventualidade de doença, traduziram-se essencialmente na adequação das percentagens de substituição do rendimento perdido em função de novos períodos de atribuição do subsídio de doença, protegendo-se diferentemente períodos de baixa até 30 dias e períodos mais longos, entre 30 e 90 dias; na introdução de uma majoração de 5% das percentagens para os beneficiários cuja remuneração de referência seja igual ou inferior a €500, que tenham três ou mais descendentes a cargo, em determinadas condições; na alteração da forma de apuramento da remuneração de referência nas situações de totalização de períodos contributivos, passando a considerar-se o total das remunerações desde o início do período de referência até ao dia que antecede a incapacidade para o trabalho.

No caso do subsídio de desemprego, procedeu-se à majoração temporária de 10% do respetivo montante nas situações em que ambos os membros do casal sejam titulares de subsídio de desemprego e tenham filhos a cargo, abrangendo esta medida igualmente as famílias monoparentais; foi reduzido de 450 para 360 dias o prazo de garantia para o subsídio de desemprego; foi introduzida uma redução de 10% sobre o valor do subsídio a aplicar após

6 meses de concessão, como forma de incentivar a procura ativa de emprego; reduziu-se o limite máximo do montante mensal, mantendo-se os valores mínimos; reduziu-se o período de concessão do subsídio, possibilitando-se a ultrapassagem desse limite para trabalhadores com carreira contributiva mais longa; criou-se a possibilidade do pagamento parcial do montante único das prestações de desemprego.

87. O Relatório sobre o Orçamento de Estado para 2013 não se refere especificamente à “contribuição” a que as prestações por doença e desemprego passaram a estar sujeitas, nos termos do artigo 117.º aqui questionado. No entanto, infere-se do “Relatório sobre a Sustentabilidade Financeira da Segurança Social”, anexo àquele Relatório (pág. 261) que o sistema previdencial tem vindo a revelar uma tendência deficitária de 2006 para 2012 (com exceção de 2008) e que «o momento atual, com a diminuição das receitas contributivas e o aumento da despesa com prestações sociais, conduz a uma revisão dos cenários e ao reforço da necessidade de se virem a tomar medidas estruturais que contrariem esta tendência». Ao longo do citado Relatório sobre o Orçamento de Estado há várias referências ao aumento da despesa com prestações sociais, em particular, com o subsídio de desemprego (págs. 29, 30, 42 e 264) e salienta-se a necessidade de operar «um esforço financeiro suplementar do Orçamento de Estado que assegure o equilíbrio da situação orçamental do sistema de segurança social com uma transferência extraordinária» (pág. 121).

88. A “contribuição” agora prevista tanto pode ser vista como uma redução do montante das prestações de subsídio por doença e de subsídio de desemprego, tendo em conta que diminui as despesas com as referidas prestações no âmbito do orçamento da segurança social (qualificação que lhe é atribuída pelos requerentes), como uma contribuição (tal como é designada pela própria lei), na medida em que constitui obrigatoriamente uma receita do sistema previdencial (artigo 117.º, n.º 4), traduzindo uma receita para o orçamento da segurança social a suportar pelos próprios beneficiários ativos, apresentando, neste ponto, alguma similitude

com a Contribuição Extraordinária de Solidariedade a que se refere o artigo 78.º da Lei do Orçamento do Estado, aplicável aos aposentados e reformados, e já antes analisada.

Em relação à contribuição incidente sobre os subsídios por doença e desemprego, afigura-se ser, em todo o caso, mais evidente a sua caracterização como medida de redução de despesa, tendo em conta que, contrariamente ao que sucede com a CES, é exclusivamente no interior do sistema público, que se processa e paga o subsídio, que se obtém o resultado orçamental pretendido, por minoração do conteúdo da posição creditória dos beneficiários de uma prestação previdencial. O valor da contribuição é, na verdade, descontado na importância a receber pelo beneficiário, por compensação parcial entre crédito e débito, tudo se passando como se a prestação a que o beneficiário tem direito fosse reduzida no seu montante.

E é este, em último termo, o efeito prático produzido na esfera dos obrigados à “contribuição” e que tem correspondência direta no *modus operandi* legalmente previsto para a sua efetivação, por força do n.º 4 do artigo 117.º, quando aí se dispõe que a contribuição é «deduzida pelas instituições de segurança social do montante das prestações por elas pagas».

A circunstância de se tratar de uma “contribuição” que obedece a uma taxa fixa, de montante reduzido, invariável e não progressiva, sem qualquer isenção na base, incidente sobre uma prestação decorrente de situações eventuais e não certas, como a pensão por reforma ou aposentação, reforça o entendimento de que estamos perante uma situação que se não enquadra no universo tributário, tratando-se antes de uma redução do montante dos subsídios a que têm direito.

89. Porém, mesmo que entenda tratar-se de uma medida de natureza tributária destinada a obter uma receita suplementar para o sistema previdencial da segurança social, não pode deixar de qualificar-se essa medida como um tributo parafiscal equivalente às contribuições para a segurança social, ainda que incidindo sobre os sujeitos ativos da relação prestacional, e que, pela sua própria natureza, e à semelhança do que também sucede com a CES, não

se encontra subordinada aos princípios da constituição fiscal, e, designadamente, aos princípios da unicidade e da universalidade do imposto.

A incidência de uma obrigação contributiva sobre os próprios beneficiários ativos, isto é, sobre aqueles que, em determinado momento, se encontram na situação de risco social que é coberto pelo pagamento de prestações substitutivas dos rendimentos de trabalho, poderá pôr em causa, num sentido estrito, o princípio da contributividade e a correlação entre a quotização e o direito no futuro a uma prestação social, mas não descaracteriza, em si, a relação jurídica contributiva, ou seja, a existência de uma relação jurídica do tipo tributário.

A *sobrecarga contributiva* fixada nestes termos, que vai onerar precisamente as categorias de sujeitos que se encontram numa posição de vulnerabilidade — em razão da qual foi organizado o sistema de proteção —, não suscita em si um problema de invalidez constitucional por referência ao direito à segurança social (artigo 63.º, n.º 3, da Constituição), constituindo antes um desvio ao funcionamento do sistema, na medida em que introduz uma nova modalidade de financiamento da segurança social que abarca os próprios beneficiários das prestações sociais. Podendo apenas discutir-se, em tese geral, a razoabilidade ou a proporcionalidade da medida.

Assim sendo, mesmo na perspetiva de que estamos perante uma receita do sistema previdencial, a questão que é colocada pelos requerentes reconduz-se a saber se é constitucionalmente legítimo, por referência aos princípios decorrentes dos artigos 59.º, n.º 1, alíneas e) e f), e 63.º da Lei Fundamental, operar a diminuição do montante pecuniário que é devido nas situações de doença ou desemprego. E a resposta a essa questão não será diversa daquela que puder ser formulada quando se entenda, diferentemente, que o artigo 117.º da Lei do Orçamento não pretendeu mais do que instituir uma medida de redução de despesa.

90. O n.º 3 do artigo 63.º da Constituição, inserido no capítulo dedicado aos “Direitos e deveres sociais”, estabelece que «[o] sistema de segurança social protege os cidadãos na doença,

velhice, invalidez, viuvez e orfandade, bem como no desemprego e em todas as outras situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho». Especificamente quanto aos trabalhadores que “involuntariamente se encontrem em situação de desemprego”, o artigo 59.º, n.º 1, alínea e), inserido no capítulo dedicado aos “Direitos e deveres económicos”, confere expressamente a esses trabalhadores o direito a “assistência material”. Assim, o subsídio de desemprego, que tem uma «função sucedânea da remuneração salarial de que o trabalhador se viu privado», constitui um «direito fundamental dos trabalhadores», embora a sua concretização esteja dependente das «disponibilidades financeiras e materiais do Estado» (Jorge Miranda/Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, pág. 1160, e acórdão n.º 275/2007).

A inserção sistemática do artigo 59.º revela que os direitos consagrados neste preceito são configurados como direitos económicos, sociais e culturais, ainda que algumas das dimensões dos direitos aí enunciados possam ter uma estrutura análoga à dos direitos, liberdades e garantias, aplicando-se-lhes, quando assim seja, o regime dos direitos liberdades e garantias, nos termos do artigo 17.º (*idem*, pág. 1148).

Diversamente do que acontece com o subsídio de desemprego, não há, na Constituição, uma referência expressa à assistência material por doença não profissional. O âmbito de tutela da alínea f) do n.º 1 do artigo 59.º da Constituição abrange apenas os acidentes de trabalho e as doenças profissionais, pelo que esse preceito, contrariamente ao invocado, não fornece um parâmetro adequado de fiscalização da norma aqui questionada. No ordenamento infraconstitucional, esse direito está concretizado nas prestações por riscos profissionais, designadamente prestações por incapacidade e por morte. Diversamente, a “doença” que permite acionar o subsídio aqui em causa é necessariamente uma doença não profissional e não decorrente de acidente de trabalho.

No entanto, como referem os autores há pouco citados (*ob. cit.*, pág. 1161), «da conjugação do artigo 59.º, n.º 1, alínea e), com o artigo 63.º, n.º 3, resulta que a lei deve prever formas de assistência material aos trabalhadores que, não estando desempregados, se

encontram, por outro fundamento (v. g. doença), impedidos temporariamente da prestação de trabalho, sem prejuízo da liberdade de conformação do legislador (v. g. excluindo o subsídio de doença nos primeiros dias de faltas ao trabalho)». Pode até sustentar-se que o disposto no n.º 3 do artigo 63.º basta para fundar tal conclusão, pois, sendo a doença aí encarada como causa de incapacidade para o trabalho e da consequente perda de remuneração, a proteção que, por imperativo constitucional, o sistema de segurança social deve assegurar, contra essa eventualidade, não pode deixar de abarcar, sob pena de um défice de tutela, formas de assistência material.

91. Em suma, a Constituição assegura diretamente um direito dos trabalhadores a assistência material quando involuntariamente se encontrem em situação de desemprego e dirige um comando ao legislador no sentido de este prever, no sistema de segurança social, formas de assistência material aos trabalhadores em situação de doença. Foi este o imperativo a que o legislador deu execução, no âmbito do subsistema previdencial, através dos regimes jurídicos de proteção social nas eventualidades de desemprego e doença.

No entanto, a Constituição não assegura o direito a um concreto montante de assistência material, mesmo em caso de desemprego, pelo que a irredutibilidade dos montantes prestacionais não se inclui no âmbito de proteção do direito dos trabalhadores à assistência material em situação de desemprego e, por maioria de razão, no âmbito do direito à assistência em situação de doença.

Só assim não seria se a redução em causa fosse de tal ordem que descaracterizasse estas prestações, inviabilizando a função previdencial por elas desempenhada (substituição das remunerações) e dando-lhes um cunho que pouco as diferenciaria das prestações assistencialistas. Mas não será esse o caso de uma redução na ordem dos 5% ou 6%, como a que aqui está em causa.

Por outro lado, quer no caso do subsídio de desemprego quer no caso do subsídio por doença, a contribuição agora imposta é acompanhada por outras medidas de sentido inverso, que aumentam as prestações a que têm direito, em determinados casos específicos, os trabalhadores em situação de desemprego involuntário ou

os trabalhadores doentes. Será este o efeito da majoração do montante do subsídio de desemprego quando ambos os cônjuges estejam desempregados e tenham filhos (artigo 118.º da Lei do Orçamento de Estado para 2013), ou da alteração da forma de apuramento da remuneração de referência relevante para o subsídio de doença, a qual passa a considerar o total das remunerações desde o início do período de referência até ao dia que antecede a incapacidade para o trabalho — artigo 18.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 28/2004, de 4 de fevereiro, na redação dada pelo Decreto-Lei n.º 133/2012.

Ora, o cumprimento do programa constitucional de proteção dos cidadãos na doença e no desemprego, depende, em cada momento histórico, de fatores financeiros e materiais, sendo tarefa do legislador definir o elenco das situações que carecem de proteção e o conteúdo do correspondente direito social.

O que tem aplicação no caso vertente. E é tanto mais assim quanto é certo, pelo menos em face dos dados normativos atualmente vigentes, estarmos perante uma medida excepcional, de caráter transitório, uma vez que as reduções das prestações devidas aos beneficiários de subsídio de doença e de desemprego apenas se encontram previstas para o corrente ano orçamental.

Nestes termos, tudo induz a concluir que a norma não é constitucionalmente desconforme por referência aos parâmetros invocados pelo requerente.

92. Uma dificuldade séria é, no entanto, suscitada pela ausência de uma qualquer cláusula de salvaguarda que impeça que os montantes pecuniários correspondentes aos subsídios de doença e de desemprego, por força da dedução agora prevista, possam ficar abaixo do limite mínimo que o legislador fixou, em geral, para o conteúdo da prestação devida para qualquer dessas situações.

Sendo o montante diário do subsídio de doença calculado pela aplicação à remuneração de referência de uma percentagem variável em função da duração do período de incapacidade para o trabalho ou da natureza da doença (artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 28/2004, de 4 de fevereiro, na redação por último introduzida pelo Decreto-Lei n.º 133/12, de 27 de junho), determina o artigo 19.º

desse diploma que esse montante diário não pode ser inferior a 30% do valor diário da retribuição mínima mensal estabelecida para o setor de atividade do beneficiário, ainda que não possa ser superior ao valor líquido da remuneração de referência que lhe serviu de base de cálculo (n.ºs 1 e 3).

Por outro lado, o montante diário do subsídio de desemprego, fixado em 65% da remuneração de referência e já reduzido em 10% a partir de 180 dias de concessão (artigo 28.º do Decreto-Lei n.º 220/2006, de 3 de novembro, na redação do Decreto-Lei n.º 64/2012, de 15 de março), não pode ser inferior, em regra, ao valor do indexante dos apoios sociais (artigo 29.º, n.º 1), que se encontra fixado atualmente em €419,22 (artigo 79.º da Lei n.º 64-B/2011, de 20 de dezembro).

Não está, por conseguinte, excluído que a contribuição sobre subsídios de doença e desemprego, implicando, na prática, uma redução dos montantes pecuniários a que os beneficiários têm direito, venha a determinar que a prestação a auferir fique, em certos casos, aquém do nível mínimo que foi já objeto de concretização legislativa e que se encontra sedimentado por referência a uma certa percentagem da retribuição mínima mensal, no caso do subsídio por doença, ou ao indexante dos apoios sociais, no caso do subsídio de desemprego.

93. Uma tal solução pode confrontar-se, desde logo, com o princípio da proporcionalidade, que impõe que a solução normativa se revele como *idónea* para a prossecução dos fins visados pela lei, se mostre *necessária* por não ser viável ou exigível que esses fins sejam obtidos por meios menos onerosos para os direitos dos cidadãos, e se apresente ainda como uma medida *razoável*, e, por isso mesmo, não excessiva ou desproporcionada (Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, ppág. 392-393).

Pretendendo o legislador reforçar o financiamento da segurança social e contrariar o défice resultante da diminuição de receitas contributivas e do aumento de despesa com as prestações sociais, dificilmente se poderá conceber como adequada uma medida que, sem qualquer ponderação valorativa, atinja aqueles

beneficiários cujas prestações estão já reduzidas a um montante que o próprio legislador, nos termos do regime legal aplicável, considerou corresponder a um mínimo de sobrevivência para aquelas específicas situações de risco social.

Por outro lado, uma tal opção legislativa é de todo desrazoável, quando é certo que ela atinge os beneficiários que se encontram em situação de maior vulnerabilidade por não disporem de condições para obterem rendimentos do trabalho para fazer face às necessidades vitais do seu agregado familiar, e abrange as prestações sociais que precisamente revestem uma função sucedânea da remuneração salarial de que o trabalhador se viu privado, e que era suposto corresponderem, no limite, ao mínimo de assistência material que se encontrava já legalmente garantido.

94. Além disso, justifica-se questionar se não poderá estar aí em causa a garantia da existência condigna.

O Tribunal Constitucional, como já foi referido a seu tempo a propósito da norma do artigo 29.º, n.º 2, sem pôr em causa a liberdade de conformação do legislador na definição do conteúdo dos direitos sociais a prestações, a quem são dirigidas, em primeira linha, as diretrizes constitucionais, tem vindo a reconhecer, ainda que indiretamente, a garantia do direito a uma *sobrevivência minimamente condigna* ou a um *mínimo de sobrevivência*, seja a propósito da atualização das pensões por acidentes de trabalho (acórdão n.º 232/91), seja a propósito da impenhorabilidade de certas prestações sociais (acórdãos n.ºs 62/02, 349/91, 411/93, 318/99, 177/02), fundando um tal direito na conjugação do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à segurança social em situações de carência, e estabelecendo como padrão o salário mínimo nacional ou o salário mínimo garantido. O direito às condições mínimas de existência condigna foi evidenciado, por outro lado, mais recentemente, através do acórdão n.º 509/02, não apenas na sua dimensão negativa, mas como um direito a prestações positivas do Estado, num caso em que se pronunciou pela inconstitucionalidade de um diploma que limitava o âmbito subjetivo dos beneficiários de uma determinada prestação, dela excluindo os jovens entre os 18 e os 25 anos sem encargos familiares.

Sabe-se que através da atribuição de prestações sociais por doença ou desemprego, o que se tem em vista não é assegurar os mínimos vitais de cidadãos em situação de carência económica e contribuir para a satisfação das suas necessidades essenciais, mas antes garantir, no âmbito do sistema previdencial, assente num princípio de solidariedade de base profissional, o pagamento de prestações pecuniárias destinadas a compensar a perda da remuneração por incapacidade temporária para o trabalho ou impossibilidade de obtenção de emprego.

Os limites mínimos que o legislador fixa para essas prestações compensatórias, ainda que não tenham por referência os critérios de fixação do salário mínimo nacional, não deixam de constituir a expressão de um mínimo de existência socialmente adequado.

No caso, a norma sindicada, ao instituir a contribuição sobre os subsídios de doença e de desemprego, não salvaguardou a possibilidade de a redução do montante que resulta da sua aplicação vir a determinar o pagamento de prestações inferiores àquele limite mínimo, não garantindo o grau de concretização do direito que deveria entender-se como correspondendo, na própria perspectiva do legislador, ao mínimo de sobrevivência de que o beneficiário não pode ser privado.

Embora não possa pôr-se em dúvida a reversibilidade dos direitos concretos e das expectativas subjetivamente alicerçadas, não pode deixar de reconhecer-se que haverá sempre de ressaltar, ainda que em situação de emergência económica, o núcleo essencial da existência mínima já efetivado pela legislação geral que regula o direito às prestações nas eventualidades de doença ou desemprego, pelo que poderá estar, também, aqui em causa o parâmetro constitucional da existência condigna.

O Tribunal pronuncia-se, nestes termos, no sentido da inconstitucionalidade da sobredita norma do artigo 117.º, n.º 1.

J. Alteração ao Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares (artigo 186.º, na parte em que altera os artigos 68.º, 68.º-A, 78.º e 85.º)

1. Alteração dos escalões de rendimento coletável do IRS (artigos 68.º e 68.º-A)

95. Os mesmos requerentes questionam ainda a constitucionalidade do artigo 186.º da Lei do Orçamento de Estado para 2013, na parte em que altera os artigos 68.º, 78.º e 85.º e adita o artigo 68.º-A ao Código do IRS.

A Lei veio reduzir o número de escalões de rendimento coletável de oito para cinco e, em geral, aumentar as taxas normais e médias aplicáveis a cada escalão. A comparação mais detalhada entre o regime anterior e o atual revela o seguinte:

— Foram fundidos os anteriores dois primeiros escalões (o escalão inicial até €4 898 e o 2.º escalão balizado entre €4 898 e €7 410, aos quais se aplicavam taxas normais de 11% e 14%, respetivamente), passando o 1.º escalão a abranger o rendimento coletável até €7 000, com uma taxa normal de 14,5%. Manteve-se inalterada a regra do “mínimo de existência”, no âmbito da qual não são tributados os sujeitos titulares de rendimentos predominantemente originados em trabalho dependente ou em pensões, com «um rendimento líquido de imposto inferior ao valor anual da retribuição mínima mensal acrescida em 20%» [em 2011 e 2012, € 8148 (485x14=6790x20%)] ou «cuja matéria coletável, após aplicação do quociente conjugal, seja igual ou inferior a €1911» (artigo 70.º do CIRS, na redação dada pela citada LOE2012);

— O atual 2.º escalão (rendimento coletável entre €7000 e €20 000 ao qual se aplicam taxas normal e média de 28,5% e 23,6%, respetivamente) corresponde ao anterior 3.º escalão (que se situava entre €7410 e €18375, com taxas normal e média de 24,5% e 19,599%);

— O atual 3.º escalão (rendimento coletável entre €20 000 e €40 000, ao qual se aplicam taxas normal e média de 37% e 30,3%, respetivamente) corresponde ao anterior 4.º escalão (que se situava

entre €18375 e €42 259, com taxas normal e média de 35,5% e 28,586%);

— O atual 4.º escalão (rendimento coletável entre €40 000 e €80 000, ao qual se aplicam taxas normal e média de 45% e 37,65%, respetivamente) corresponde ao anteriores 5.º, 6.º e, em parte, 7.º escalões (que se situavam: o 5.º escalão, entre €42 259 e €61 244, com taxas normal e média de 38% e 31,5040%; o 6.º escalão, entre €61 244 e €66 045, com taxas de 41,5% e 32,2310%; e o 7.º escalão, entre €66 045 e €153 300, com taxas de 43,5% e 38,6450%);

— O 5.º e último escalão (rendimento coletável superior a €80 000, ao qual se aplica a taxa de 48%) corresponde aos anteriores 7.º (em parte) e 8.º escalões (o 7.º escalão abrangia rendimentos coletáveis entre €66 045 e €153 300, com taxas de 43,5% e 38,6450%; e o 8.º escalão incluía os superiores a €153 300, com uma taxa de 46,5%);

— A taxa adicional de solidariedade aplica-se ao rendimento coletável incluído no último escalão e é de 2,5% nos rendimentos entre €80 000 e €250 000 e de 5% nos rendimentos superiores a €250 000 (enquanto que a anterior “taxa de solidariedade” era de 2,5% e aplicava-se a rendimentos superiores a €153 300, limite inferior do anterior 8.º escalão).

Do exposto, forçoso é concluir que as alterações aos artigos 68.º e 68.º-A do CIRS, operadas pela Lei n.º 66-B/2012, conduzem a um agravamento da carga fiscal, resultante, quer da redução do número de escalões, quer do aumento das taxas normais e médias aplicáveis a cada escalão. Como se lê no Relatório sobre o Orçamento do Estado para 2013 (pág. 67), «tendo em conta as alterações propostas estima-se, para o total da economia, que a taxa média de IRS aumente dos atuais 9.8% para 11.8%, quando se considera apenas as alterações à estrutura de escalões e taxas de IRS.» Aí se refere, também, que as «alterações introduzidas na estrutura de taxas de IRS, embora contribuam para aumentar a receita cobrada em sede de IRS, procuraram combinar, por um lado, a salvaguarda das famílias de mais baixos rendimentos através da

manutenção do mínimo de existência, e por outro, aumentar a progressividade do imposto» e que «[e]mbora as alterações propostas em sede de IRS tenham sido desenhadas de modo a distribuir o esforço por uma parte significativa da população [...] uma parte muito significativa da carga fiscal está concentrada nos agregados de maior rendimento, deste modo, os contribuintes situados dois últimos decis contribuem com cerca de 86% do total de receita cobrada neste imposto» (págs. 65-66).

96. Os requerentes do pedido que deu origem ao Processo n.º 8/2013 consideram que estas alterações aos escalões e taxas do IRS violam o *princípio da progressividade*, em síntese, porque o respeito deste princípio não se satisfaz com a mera existência de mais do que um escalão, e porque tal alteração reduz a progressividade de forma incompatível com a Constituição.

A questão da progressividade dos escalões do imposto sobre o rendimento pessoal não foi, até à data, diretamente analisada pelo Tribunal Constitucional. No acórdão n.º 399/2010, o Tribunal debruçou-se sobre duas alterações ao artigo 68.º, n.º 1, do CIRS (efetuadas pelas Leis n.ºs 11/2010 e 12-A/2010) que introduziram um novo escalão e novas taxas no imposto sobre o rendimento pessoal. No entanto, as questões de constitucionalidade aí tratadas em nada se assemelham à que agora é colocada, pois naquele aresto esteve essencialmente em causa a (ir)retroatividade de tais medidas.

No caso em apreço, a única questão que é colocada pelos requerentes é a da compatibilidade destas normas com o princípio da progressividade fiscal, pelo que é esta a questão que será agora objeto de análise.

97. O sistema fiscal, ou seja, o conjunto (articulado e integrado) dos impostos, tem dois objetivos essenciais constitucionalmente definidos: a satisfação das necessidades financeiras do Estado e de outras entidades públicas e a repartição justa dos rendimentos e da riqueza (artigo 103.º, n.º 1, da Constituição).

Ora, como salientam Gomes Canotilho/Vital Moreira (*Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, pág. 1089), esta vinculação do sistema fiscal à ideia de justiça social e à diminuição

da desigualdade na distribuição social dos rendimentos e da riqueza exige que o mesmo seja progressivo.

Essa exigência está expressamente consagrada no âmbito da tributação do rendimento pessoal. De acordo com o n.º 1 do artigo 104.º, o imposto sobre o rendimento pessoal visa «a diminuição das desigualdades e será único e progressivo, tendo em conta as necessidades e os rendimentos do agregado familiar».

A progressividade fiscal requer que a relação entre o imposto pago e o nível de rendimentos seja mais do que proporcional, o que só pode alcançar-se aplicando aos contribuintes com maiores rendimentos uma taxa de imposto superior. Por outras palavras, há progressividade quando o valor do imposto aumenta em proporção superior ao incremento da matéria coletável.

A progressividade é passível de mais do que uma justificação teórica. Numa certa perspetiva, ela surge associada ao princípio da capacidade contributiva, à luz da teoria marginalista, segundo a qual «o rendimento *vale* tanto menos para o contribuinte quanto maior ele é» (cfr. autores citados em Sérgio Vasques, *Capacidade Contributiva, Rendimento e Património*, Fiscalidade, Revista de Direito e Gestão Fiscal, 23, julho-setembro 2005, Separata, págs. 15-45). Para os defensores desta perspetiva, «o princípio da capacidade contributiva exige que os contribuintes sejam tratados com igualdade e que os seus pagamentos impliquem um sacrifício igual para cada um deles, resultando daí que a tributação progressiva será mais justa que a proporcional, pois que o sacrifício objetivo que é imposto pela tributação é tanto menor quanto maior for o rendimento» (Sousa Franco, *Finanças Públicas e Direito Financeiro*, vol. II, 4.ª edição, Coimbra, pág. 195).

Ao controlo de constitucionalidade interessa apenas um conceito normativo de progressividade, ajustado às opções de valor que informam toda a Constituição.

98. *Progressividade* é um conceito indeterminado, suscetível de graus muito diversificados de concretização. E não é possível inferir do imperativo constitucional o grau de amplitude que, em concreto, permita satisfazer o requisito de progressividade exigível. Ainda que mais detalhada, em domínio fiscal, do que muitas

outras leis fundamentais, a Constituição portuguesa não se pronuncia sobre o número de escalões nem sobre a grandeza das taxas respetivas, questões que são deixadas à margem de apreciação político-legislativa. Na verdade, o grau de progressividade, assim como o nível de tributação, a carga fiscal ou a relação entre os diferentes impostos são questões de “política fiscal” que é, ela própria, um instrumento de política governamental (neste sentido, Gomes Canotilho/Vital Moreira, *ob. cit.*, pág. 1102).

Mas isso não significa que a Constituição não tenha estabelecido, nesta matéria, um conjunto de vinculações objetivas, que condicionam intensamente a ordem infraconstitucional e a liberdade do legislador ordinário, sobretudo quanto ao imposto sobre o rendimento pessoal.

Como contexto mais amplo (e também mais difuso) de referências valorativas, há a reter que a ordem constitucional comete ao Estado, especificamente através da política fiscal, a incumbência de operar as necessárias correções das desigualdades na distribuição da riqueza e do rendimento (artigo 81.º, alínea b)).

No âmbito específico da “constituição fiscal”, estabelece-se a funcionalização do sistema fiscal a uma justa repartição dos rendimentos e da riqueza, a par da satisfação das necessidades financeiras do Estado e outras entidades públicas (artigo 103.º, n.º 1).

Como corolário, prescreve-se, no artigo 104.º, n.º 1, visando a “diminuição das desigualdades”, a progressividade do imposto sobre o rendimento pessoal, tendo em conta as necessidades e os rendimentos do agregado familiar.

Numa interpretação articulada do conjunto dos segmentos do disposto no artigo 104.º, n.º 1, e integrada no contexto das opções constitucionais que enquadram esse regime, impõe-se a conclusão de que a progressividade aí expressamente consagrada é “um elemento intrínseco do Estado social configurado na Constituição” (assim, Gomes Canotilho/Vital Moreira, *ob. cit.*, pág. 1089; Estabelecendo também uma ligação da progressividade ao princípio do estado social, Casalta Nabais, *ob. cit.*, págs. 555-577).

99. Tendo isso presente, é seguro que nem todos os modos e graus de concretização de progressividade do imposto sobre o ren-

dimento pessoal satisfazem a exigência constitucional. Esse elemento conformador dessa espécie de imposto é estabelecido como forma de cumprimento, constitucionalmente vinculada, da tarefa que cabe ao sistema fiscal, no seu conjunto, de promover uma justa repartição dos rendimentos e da riqueza. Consequentemente, a Constituição exige mais do que uma qualquer progressividade, exige uma progressividade com a virtualidade intrínseca de contribuir para uma diminuição da desigualdade de rendimentos.

Assim, à luz da Constituição, não é possível validar um sistema de “progressividade mínima”, traduzido na existência de uma taxa única, proporcional (*flat tax*), associada à garantia da não tributação do rendimento correspondente ao mínimo de existência. Como salienta Saldanha Sanches (*Manual de Direito Fiscal*, pág. 237), o objetivo constitucional da “repartição justa dos rendimentos” não é compatível com uma progressividade mínima, pois a existência de um imposto de rendimento pessoal que vise a “diminuição das desigualdades” implica «um grau mais elevado de progressividade do que aquele que existe num sistema que, sem conter preocupações redistributivas, se limita a não tributar os rendimentos mínimos».

No caso em apreço, as alterações operadas pela Lei do Orçamento não são reconduzíveis a uma situação de mera proporcionalidade ou sequer de progressão mínima. O sistema continua a revelar suficiente sensibilidade à diferença de níveis de rendimento para se poder concluir que a fração livre de imposto é proporcionalmente mais elevada para os rendimentos mais baixos, com um assinalável grau de progressão.

Na verdade, o rendimento coletável continua a ser distinguido através da sua distribuição por um número considerável de escalões (cinco), suficientemente diferenciador de vários níveis de rendimento, aos quais são aplicáveis taxas progressivas, ou seja, crescentemente mais elevadas à medida que aumenta a matéria coletável (efeito que é acentuado pela existência de taxas normais e taxas médias dentro de cada escalão, com exceção do último).

A redução do número de escalões, ainda que associada a um aumento generalizado das taxas correspondentemente aplicáveis, deixa ainda de pé uma taxação progressiva, da qual não pode ser afirmado que se revela manifestamente inadequada a uma justa

repartição de rendimentos. É certo que a diminuição do número de escalões coloca dentro do mesmo escalão rendimentos muito diferentes (há escalões em que o limite mínimo do rendimento coletável é metade do seu limite máximo) e essa diferença não será totalmente esbatida pela regra do n.º 2, do artigo 68.º que determina a divisão do quantitativo do rendimento coletável em duas partes e a correspondente aplicação de taxas diferenciadas: a taxa média (tendencialmente mais baixa) a uma parte do rendimento e a taxa normal ao excedente.

No entanto, ainda que as alterações aos escalões possam corresponder a uma certa diminuição do grau de progressividade, ela não é, em si mesma, inconstitucional. Concretamente, o número de escalões agora fixado (cinco), a existência de taxas diferenciadas e progressivas para os diversos escalões e a existência de duas taxas dentro de cada escalão (com exceção do primeiro), não permitem concluir pela violação do princípio constitucionalmente estabelecido, pois, ainda que o grau de progressividade tenha sido reduzido, essa redução situa-se na margem de livre conformação da política fiscal. Só não o seria se da nova configuração se pudesse afirmar — o que não é o caso — que ela ostensivamente não contribui para a repartição justa dos rendimentos.

100. O mesmo se diga relativamente à “*taxa adicional de solidariedade*” consagrada no artigo 68.º-A do CIRS. Esta corresponde a uma verdadeira “taxa adicional”, na medida em que “apenas” eleva a taxa aplicável ao último escalão, sendo certo que, com a alteração operada pela Lei do Orçamento, tal aumento é agora dotado de maior progressividade, nos termos acima referidos. Acresce que, contrariamente à alteração operada ao artigo 68.º, a manutenção de uma “taxa adicional de solidariedade” não pode deixar de se entender como limitada ao ano orçamental em curso, atenta a natureza extraordinária da medida em causa.

Por isso e também pelas razões já aduzidas a propósito da alteração da estrutura dos escalões e das taxas gerais previstas no artigo 68.º, não se afigura que a referida taxa adicional de solidariedade se apresente desconforme à Constituição.

Pelo exposto, o Tribunal pronuncia-se pela não inconstitucionalidade da norma do artigo 186.º da Lei do Orçamento de Estado para 2012, na parte em que alterou os artigos 68.º e 68.º-A do CIRS.

2. Redução das deduções à coleta (artigos 78.º e 85.º CIRS)

101. As alterações operadas pela Lei do Orçamento do Estado para 2013 aos artigos 78.º e 85.º do CIRS, que os requerentes questionam, consubstanciam uma redução dos limites estabelecidos para as deduções à coleta relativas a despesas de saúde, de educação e formação, respeitantes a pensões de alimentos, encargos com lares e com imóveis e equipamentos novos de energias renováveis (78.º, n.ºs 7 e 8), bem como na redução do montante dos encargos com imóveis que são suscetíveis de dedução à coleta (85.º, n.º 1, alíneas *a*) a *d*)).

A revisão dos limites globais progressivos para as deduções à coleta (e para os benefícios fiscais) é apresentada, no Relatório do OE 2013 (pág. 60), como uma medida fiscal do lado do aumento da receita, assim sumariada: «[s]ão, também, ajustados os limites globais progressivos para as deduções à coleta e para os benefícios fiscais, tendo em conta a nova tabela dos escalões do IRS, salvaguardando-se, contudo, os contribuintes do primeiro escalão (isentos da aplicação de qualquer limite ou teto máximo), o caso das pessoas com deficiência, bem como o princípio da proteção fiscal da família através da atribuição de uma majoração da dedução fiscal personalizante em função do número de filhos.»

Invocam os requerentes do pedido que deu origem ao Processo n.º 8/2013, que as alterações no regime das deduções à coleta — na medida em que eliminam deduções ou que as colocam em patamares efetivamente simbólicos — não têm em conta as necessidades dos agregados familiares nem a real capacidade contributiva das famílias. Mais alegam, citando o acórdão n.º 84/2003, que o princípio da capacidade contributiva, não sendo irrelevante como parâmetro de aferição da constitucionalidade das normas de natureza fiscal, exprime e concretiza o princípio da igualdade fiscal na

sua vertente de uniformidade — o dever de todos pagarem impostos segundo o mesmo critério — critério esse em que a incidência e a repartição dos impostos se deverá fazer segundo a capacidade económica de cada um.

102. A questão que o Tribunal é chamado a resolver é a de saber se a redução ou eliminação da possibilidade de se efetuar deduções à coleta em sede de imposto sobre o rendimento das pessoas singulares é compatível com o princípio da capacidade contributiva (enquanto decorrência do princípio da igualdade fiscal) e com o princípio da consideração fiscal da família.

O problema não pode ser resolvido sem antes se esclarecerem devidamente os elementos que têm que ser postos em confronto: por um lado, determinar o alcance das normas questionadas, o que implica perceber qual o papel das “deduções à coleta”, no âmbito do IRS; por outro lado, esclarecer o posicionamento dos invocados princípios no plano constitucional, a fim de determinar o respetivo alcance paramétrico.

Para melhor compreender a função fiscal das “deduções à coleta”, importa lembrar como se apura o imposto em sede de IRS: ao rendimento bruto de cada categoria de rendimentos começam por ser feitos abatimentos automáticos, consoante a origem dos rendimentos, que são as denominadas “deduções específicas” (no caso dos rendimentos da categoria A, estão previstas nos artigos 25.º a 27.º do CIRS), obtendo-se o rendimento líquido de cada categoria que, depois de somado (englobamento), conduz ao “rendimento global líquido” que, após “dedução de perdas”, corresponde ao “rendimento coletável” (matéria coletável). Ao rendimento coletável apurado aplica-se a taxa do imposto (e o quociente conjugal, quando aplicável), assim se chegando (desde que salvaguardado o “mínimo de existência”, nos termos do artigo 70.º do CIRS) ao montante da coleta. É sobre esta que são feitas as deduções à coleta que, uma vez subtraídas, determinam o montante do imposto a pagar ou a receber.

Esta esquematização evidencia que, contrariamente às entretanto eliminadas “deduções à matéria coletável”, as atuais “deduções à coleta” não têm qualquer influência na determinação da taxa

de imposto aplicável, pois não contribuem para diminuir o *quantum* sujeito a tributação, que vai determinar o escalão contributivo e a respetiva taxa. Como vimos, as deduções à coleta são efetuadas sobre o montante de imposto já apurado através da aplicação da taxa ao rendimento coletável.

A alteração (ocorrida em 1999) de considerar determinadas despesas como “deduções à coleta” (abatimentos ao próprio imposto) em vez de permitir que influenciassem a determinação do rendimento coletável através da anterior técnica das “deduções à matéria coletável” visou favorecer os sujeitos passivos com rendimento mais baixos em relação aos que têm rendimentos mais elevados. Na verdade, a conjugação do regime dos abatimentos (à matéria coletável) com as taxas progressivas, tende a resultar num maior benefício para os sujeitos com rendimentos mais elevados e a ser mais penalizador para os sujeitos passivos de baixos rendimentos, pois as deduções no cálculo da matéria coletável irão determinar o escalão em que se insere o sujeito passivo e a correspondente taxa, sendo que a redução do escalão corresponde a uma maior poupança para aqueles do que para estes (Saldanha Sanches, *ob. cit.*, pág. 334).

No regime atual, as deduções à coleta abrangem, nomeadamente: *a*) as chamadas “deduções pessoais” (previstas no artigo 79.º CIRS), que correspondem a percentagens do valor do IAS, por cada sujeito passivo e por cada dependente, afilhado civil ou ascendente; *b*) as despesas, até determinado limite, designadamente, com a saúde, educação e habitação (artigos 78.º e 85.º, aqui questionados); *c*) determinados benefícios fiscais, tais como os relacionados com aplicações com planos poupança-reforma, prémios de seguro que cubram exclusivamente riscos de saúde e donativos (artigos 21.º, n.º 2, 74.º e 63.º do Estatuto dos Benefícios Fiscais).

A soma das deduções à coleta previstas nos artigos 82.º, 83.º, 83.º-A, 84.º e 85.º (despesas com saúde, educação, pensões alimentares, lares e imóveis) não pode exceder os limites constantes da tabela do n.º 7 do artigo 78.º. Por seu turno, a soma dos benefícios fiscais dedutíveis à coleta não pode exceder os limites constantes da tabela do n.º 2 do artigo 88.º do CIRS.

No caso em apreço, relembre-se, apenas estão em causa os limites das deduções à coleta aplicáveis à soma das deduções motivadas por despesas relacionadas com saúde, educação, pensões de alimentos, lares e imóveis (artigo 78.º, n.º 7, do CIRS) e, quando a estes últimos, também os limites dos montantes dedutíveis com encargos com imóveis (artigo 85.º, n.º 1).

Note-se que o atual conjunto das deduções à coleta não obedece a um critério orientador uniforme, antes corresponde ao acolhimento, pelo legislador ordinário, de situações muito diversas, cujo elemento comum é apenas o facto de constituírem despesas do sujeito passivo. Assim, as diferentes deduções à coleta têm um fundamento substantivo variável, dependente do tipo de despesas que são eleitas como dedutíveis.

No que aqui mais interessa, a consideração, como deduções à coleta, de certos encargos com a saúde, educação, lares ou habitação, reflete a perda da capacidade contributiva ligada a estas despesas. Isto é, estamos perante deduções pessoais ligadas à redução da capacidade contributiva que são usadas para determinar o rendimento líquido subjetivo. E que por isso têm de ser qualificadas como deduções pessoais ou abatimentos em sentido próprio — como formas de quantificação do imposto — e que conduzem à sua efetiva *personalização* (*idem*, pág. 335).

103. O princípio da capacidade contributiva representa uma certa conceção do sistema fiscal segundo a qual “cada contribuinte deve pagar na medida da sua capacidade”, opondo-se, assim, a uma conceção em função do princípio do benefício, que determinaria o dever de “cada um pagar na medida dos benefícios que recebe do Estado”.

Sendo certo que a Constituição não se refere expressamente ao princípio da capacidade contributiva, existe uma consistente construção doutrinária e jurisprudencial em torno desse conceito.

Sousa Franco (*Finanças Públicas e Direito Financeiro*, vol. II, citado, págs. 186-187), é perentório na afirmação de que a capacidade contributiva está subjacente à Constituição fiscal, extraindo-se da «forte personalização do imposto sobre o rendimento, com a consideração da situação do agregado familiar, fator

que parece ser essencial — mas não único — para que se possa considerar que um sistema leva efetivamente em conta as faculdades contributivas». Saldanha Sanches (*ob. cit.*, pág. 227), analisando a estrutura do sistema fiscal português que resulta dos artigos 103.º e 104.º da Constituição, conclui haver uma «definição indireta da capacidade contributiva como princípio estruturante do sistema através da tributação do rendimento». Casalta Nabais (*ob. cit.*, págs. 445 e segs.) afirma que o princípio da capacidade contributiva extrai-se do princípio da igualdade, estabelecido no artigo 13.º da Constituição. Também Sérgio Vasques (*Manual de Direito Fiscal*, Coimbra, 2011, pág. 251), considera que o princípio da capacidade contributiva representa «o critério material de igualdade adequado aos impostos».

O Tribunal Constitucional, debruçando-se sobre um conjunto de normas da Lei Geral Tributária respeitante à avaliação indireta da matéria coletável, através de “métodos indiciários” ou de “presunções”, começou por afirmar que o princípio da capacidade contributiva não tem expressa consagração constitucional, sublinhando a dificuldade em «retirar consequências jurídicas muito líquidas e seguras do princípio da capacidade contributiva, traduzidas num juízo de inadmissibilidade constitucional de certa ou certas soluções adotadas pelo legislador fiscal», concluindo-se que, no caso aí em apreço, o princípio da capacidade contributiva não era sequer “parâmetro constitucional relevante” (acórdão n.º 84/2003).

Mas foi mais afirmativo em jurisprudência posterior. Reportando-se à admissibilidade constitucional de normas que estabelecem presunções em matéria tributária, veio a acolher o entendimento de que a capacidade contributiva, apesar da sua não consagração expressa na Constituição, mais não será do que «a expressão (qualificada) do princípio da igualdade, entendido em sentido material, no domínio dos impostos, ou seja, a igualdade no imposto» (cfr. acórdãos n.ºs 211/2003, 452/2003 e 601/2004).

É, assim, de reafirmar que o princípio da capacidade contributiva está implicitamente consagrado na Constituição, enquanto corolário tributário dos princípios da igualdade e da justiça fiscal e do qual decorre um comando para o legislador ordinário no sentido

de arquitetar o sistema fiscal tendo em vista as capacidades contributivas de cada um.

A proposição mais elementar que flui do princípio da capacidade contributiva respeita ao modo de organizar a tributação, que, deverá necessariamente ser orientada para a seleção de fatos tributários que revelem a maior ou menor capacidade contributiva do sujeito, apontando-se, desde logo, o imposto sobre o rendimento, como o mais apto a espelhar a força económica dos contribuintes. Mas, como nota Saldanha Sanches (*ob. cit.*, pág. 228), o princípio da capacidade contributiva padece de uma relativa “indeterminabilidade estrutural”, que coloca problemas na sua aplicação, quando confrontado com uma concreta solução legislativa. Essa indeterminação resulta do fato de, por um lado, o conceito de capacidade contributiva não caber numa definição exata e precisa, mas corresponder a um princípio ordenador do ordenamento jurídico tributário.

104. Das várias implicações inerentes à consideração da capacidade contributiva como critério estruturante do sistema fiscal, interessam agora, apenas, as que se relacionam com a necessidade de o imposto sobre o rendimento pessoal dever ter em conta «as necessidades e os rendimentos do agregado familiar» — como expressamente se lê no n.º 1 do artigo 104.º da Constituição. Neste ponto, em particular, o conceito de capacidade contributiva associa-se à ideia de “personalização” do imposto, bem como à necessidade de considerar fiscalmente o agregado familiar.

A especificação constitucional que manda atender às necessidades e rendimentos do agregado familiar deve ser entendida como um comando para o legislador ordinário, que este está obrigado a respeitar na estruturação do imposto sobre o rendimento das pessoas singulares, mas cujas implicações concretas, nos vários aspetos do respetivo regime, cabe ao legislador definir, desde que não ponha em causa o conteúdo essencial daquele comando constitucional (Casalta Nabais, *ob. cit.*, pág. 530).

Concretamente, em matéria de deduções (objetivas e subjetivas) em sede de IRS, o legislador não pode deixar de ter uma ampla margem de apreciação, como tem sido reconhecido pela

jurisprudência constitucional. Como se salientou no acórdão n.º 173/2005, a respeito de “deduções específicas” (deduções objetivas, que correspondem a despesas indispensáveis à formação do rendimento), «matérias como a dos limites a deduções, sobretudo para rendimentos relativamente elevados, não podem considerar-se, à partida, como tipicamente merecedoras de uma estabilidade tal que as torne imunes a alterações, ou, mesmo, que possam fundar uma confiança digna de proteção na manutenção do respetivo regime».

105. O alcance das alterações questionadas, no caso vertente, é mais perceptível se atentarmos na tabela constante do n.º 7 do artigo 78.º e confrontarmos a atual redação com que lhe tinha sido conferida pela Lei do Orçamento de Estado para 2012. Resulta dessa comparação que os limites para as reduções à coleta foram modificados nos seguintes termos:

— No escalão de rendimento coletável até €7000 (correspondente aos anteriores dois primeiros escalões, cujo limite superior era €7410), continuam a admitir-se deduções “sem limite”;

— No escalão de mais de €7000 até €20000, o limite é de €1250 (idêntico ao que vigorava para o anterior escalão de mais de €7410 até €18 375);

— No escalão de mais de €20 000 até €40 000, o limite foi reduzido para € 1000 (no anterior escalão de mais de €18 375 até €42 259, o limite era de €1 200);

— No escalão de mais de €40 000 até €80 000, o limite foi estabelecido em €500 (quando anteriormente o escalão entre €42 259 até €61 244 tinha um limite de €1 150; e o escalão entre €61 244 até €66 045 tinha um limite de €1 100);

— No último escalão, superior a €80 000, não há lugar a deduções (no regime anterior a inexistência de deduções começava no escalão de mais de €66 045).

Nos termos do n.º 8 do artigo 78.º, estes limites continuam a ser majorados em 10% por cada dependente ou afilhado civil que

não seja sujeito passivo de IRS nos escalões com rendimento coletável entre €7 000 e €80 000 (anteriormente, esta majoração abrangia rendimentos coletáveis entre €7 410 e €66 045).

No que respeita às deduções dos encargos com imóveis (artigo 85.º) — que, lembre-se, devem ser somadas às demais deduções e, em qualquer caso, não podem exceder os limites globais constantes da citada tabela do n.º 7 do artigo 78.º — os limites baixaram de €591 para €296, quanto a importâncias relativas a juros de dívidas, prestações e rendas por contrato de locação financeira (alíneas *a*), *b*) e *c*) do n.º 1 do artigo 85.º) e de €591 para €502, quanto a importâncias suportadas a título de renda, (alínea *d*) do n.º 1 do artigo 85.º).

Os escalões de rendimento coletável para efeito dos limites de deduções à coleta correspondem àqueles que se encontram definidos no artigo 68.º para determinação da taxa aplicável ao imposto. E, assim, a redefinição dos limites às deduções resulta, em certa medida, da necessidade de adaptação à nova estrutura de escalões, que foi reduzida de sete para cinco níveis por efeito da alteração introduzida àquele preceito. Nos escalões intermédios, que situam logo acima do limiar em que não há restrição para as deduções, a alteração não é significativa. A redução dos limites das deduções é mais expressiva no atual 4.º escalão (rendimento coletável de mais de €40 000 até €80 000), pois o limite baixou para menos de metade (de €1 150 e € 1 100 passou para €500), embora a faixa superior deste escalão tenha passado a beneficiar da possibilidade de efetuar deduções (e da citada majoração por existência de dependentes ou afilhados civis), que anteriormente lhe estava vedada (rendimentos coletáveis entre €66 045 e €80 000). A exclusão de qualquer dedução, que operava, no regime precedente, a partir de rendimentos superiores a €66 045 (abrangendo os antigos 7.º e 8.º escalões), verifica-se agora a partir de rendimentos superiores a €80 000, a que corresponde atualmente o último escalão.

Em geral, estas alterações correspondem a uma diminuição dos descontos que cada sujeito passivo está autorizado a fazer ao imposto, embora tenha subido — como se referiu —, o limite do rendimento coletável a partir do qual não há lugar a deduções à coleta.

106. O maior grau de problematidade quanto à conformidade constitucional do novo regime situa-se precisamente na redução substancial do limite das deduções à coleta nas situações em que o rendimento coletável oscila entre €40 000 até €80 000 e na total eliminação da possibilidade de dedução nos casos em que esse rendimento vai além deste último valor.

Há aqui objetivamente uma desconsideração da capacidade contributiva e do critério de tributação segundo as necessidades do agregado familiar, que tem como necessária consequência um agravamento do imposto a pagar por parte dos titulares de rendimentos mais elevados, contribuindo para diminuir o grau de personalização do imposto.

Não pode ignorar-se, em todo o caso, que as limitações às deduções à coleta operadas pela Lei do Orçamento do Estado de 2013 ocorrem num contexto de aumento generalizado da carga fiscal, em que um maior esforço de participação na satisfação os encargos públicos é exigido a todas as categorias de contribuintes a partir de um rendimento mínimo tributável.

Neste condicionalismo, pode entender-se que a adoção de soluções legislativas mais exigentes em relação a titulares de rendimentos mais elevados, no que se refere à dedução de despesas com a satisfação de necessidades básicas, como as de saúde, educação ou habitação — que esses contribuintes, em princípio, sempre estarão em condições de suportar —, pode ainda manter-se dentro dos critérios da constituição fiscal.

Um juízo de inadmissibilidade constitucional poderá colocar-se se entender que o princípio da capacidade contributiva impõe ao legislador infraconstitucional a previsão de deduções subjetivas, de forma a que o rendimento para a satisfação de necessidades básicas seja encarado como rendimento *vinculado* que o contribuinte não tem liberdade para o empregar de outro modo.

No entanto, e uma vez que — como se concluiu — o princípio da capacidade contributiva surge como um critério ordenador do sistema fiscal, que não fornece uma resposta precisa sobre *quantum* das deduções e os seus limites, não parece possível seguir essa outra via, e não pode deixar de enquadrar-se a opção consubstan-

ciada nas alterações aos artigos 78.º e 85.º do CIRS dentro da margem de liberdade de conformação do legislador.

L. Sobretaxa em sede de IRS (artigo 187.º)

107. Os requerentes no Processo n.º 8/2013 invocam a inconstitucionalidade da norma do artigo 187.º da Lei do Orçamento do Estado para 2013, que cria uma sobretaxa em sede de IRS, alegando, em síntese — para além da violação do caso julgado, que se já analisou anteriormente —, que essa norma institui um novo imposto sobre o rendimento, sujeito a regras de retenção na fonte diversas das previstas para o IRS, e que, incidindo na proporção de 3,5% sobre todos os rendimentos, não respeita o princípio da unidade e da progressividade do imposto sobre o rendimento.

O citado artigo 187.º estabelece uma “sobretaxa em sede do IRS” de 3,5% que, na parte que exceda, por sujeito passivo, o valor anual da retribuição mínima mensal garantida ($€485 \times 14 = €6790$), incide sobre o rendimento coletável, englobado nos termos do artigo 22.º do CIRS (ou seja, sobre o rendimento que resulta do englobamento dos rendimentos das várias categorias auferidos em cada ano, depois de feitas as deduções específicas), acrescido dos rendimentos sujeitos às taxas especiais constantes do artigo 72.º, n.ºs 3, 6, 11 e 12 (rendimentos provenientes de gratificações, auferidos em atividades de “elevado valor acrescentado”, acréscimos patrimoniais não justificados e rendimentos de capitais devidos por entidades sedeadas fora de Portugal, em território sujeito a regime fiscal claramente mais favorável).

Ao montante do imposto devido a título de “sobretaxa” serão deduzidos os montantes referidos no n.º 2 do artigo 187.º: 2,5% do valor da retribuição mínima mensal garantida ($€485 \times 2,5\% = €12,125$) por cada dependente ou afilhado civil que não seja sujeito passivo de IRS e as importâncias retidas a título de retenção na fonte que, quando superiores à sobretaxa devida, conferem direito ao reembolso da diferença.

Do exposto resulta que a “sobretaxa em sede do IRS” está associada a este imposto, na medida em que incide sobre rendimentos apurados segundo regras do IRS (rendimento líquido englobado acrescido de determinados rendimentos sujeitos a taxas especiais), aplicando-se-lhe também as regras de liquidação e pagamento do IRS. No entanto, a referida “sobretaxa” apresenta elementos dissonantes das regras gerais do IRS:

— Tem uma taxa fixa (em vez de se lhe aplicarem as taxas gerais progressivas previstas no artigo 68.º do CIRS);

— É sujeita a um regime próprio de retenção na fonte (n.º 5 do artigo 187.º);

— Tem deduções à coleta próprias, quer quanto ao tipo de despesas atendíveis quer quanto aos seus limites (n.º 2 do artigo 187.º), distintas das previstas nos artigos 78.º e segs. do CIRS.

108. A obtenção de receita fiscal adicional, através do lançamento de uma sobretaxa extraordinária sobre os rendimentos sujeitos a IRS, já ocorreu em 2011, em plena execução orçamental, tendo sido politicamente fundamentada nas exigências de cumprimento do défice estabelecido para esse ano, no âmbito do PAEF, acordado com as instituições europeias e com FMI. Para esse efeito, a Lei n.º 49/2011, de 7 de setembro, veio estabelecer uma sobretaxa extraordinária de 3,5% para vigorar apenas no ano fiscal de 2011 (n.º 3 do artigo 2.º da citada Lei). Não obstante a transitoriedade da medida, ela foi consagrada através de um aditamento de duas normas ao CIRS (artigos 72.º-A e 99.º-A), cuja vigência entretanto caducou.

Na Lei do Orçamento do Estado para 2013, agora questionada, optou-se por técnica legislativa diversa: a sobretaxa em sede do IRS é agora consagrada, não em aditamento ao CIRS, mas em norma da própria lei do orçamento (artigo 187.º), sem que se faça qualquer referência à sua vigência temporal.

Não pode, no entanto, haver dúvida quanto ao carácter não permanente desta sobretaxa. É certo que o artigo 187.º não constitui uma mera discriminação de receitas e despesas do Estado, como é típico das normas com natureza especificamente orçamental. No

entanto, como se salientou no acórdão n.º 396/2011, sobre norma diversa que colocava problema idêntico, estas são normas que «não podem ser consideradas *cavaliers budgétaires*, pois apresentam uma imediata incidência financeira, já que visam diretamente reduzir o valor das despesas [neste caso, aumentar as receitas] inscritas no orçamento para o ano a que respeita. Não pode, assim, sustentar-se que elas regulam matéria alheia à função específica e mais estrita do orçamento, enquanto instrumento de programação anual económico-financeira da atividade do Estado. Pelo contrário. Dando suporte normativo a uma dada previsão de despesas, e sendo a sua aplicação indispensável à sua correta execução, elas repercutem-se diretamente no próprio quadro contabilístico do orçamento, integrando-se substancialmente neste diploma, como sua componente essencial. E nisso parece esgotar-se a sua eficácia, pois não se projetam, com independência, para fora da aprovação e execução do Orçamento do Estado.»

Forçoso é, por isso, concluir que a sobretaxa em sede do IRS vertida no sobredito artigo 187.º constitui uma medida de carácter orçamental que, por força da regra do n.º 1 do artigo 106.º da Constituição, não pode gozar de vigência que não seja anual.

109. As questões de constitucionalidade que vêm entretanto suscitadas respeitam a saber se a sobretaxa é suscetível de violar os princípios da unidade e da progressividade do imposto sobre o rendimento, como tal consagrados no artigo 104.º, n.º 1, da Constituição.

Para uma resposta afirmativa, quanto ao primeiro desses princípios, poderia concorrer a circunstância de a sobretaxa poder ser caracterizada como um *imposto extraordinário* ou um *adicional extraordinário a um imposto*, qualificação que foi, aliás, seguida no acórdão n.º 412/2012, a respeito da sobretaxa extraordinária de 2011 (ainda que se apreciasse aí apenas a validade constitucional da norma do artigo 2.º, n.º 4, da Lei n.º 49/2011, na parte em que fazia reverter integralmente a receita da sobretaxa para o Orçamento de Estado).

No entanto, e apesar de poder aceitar-se essa qualificação, não é evidente que implique uma violação ao princípio da unidade do imposto.

Deve começar por dizer-se, a este propósito, que o princípio acolhido no citado artigo 104.º, n.º 1, da Constituição, levaria, no seu alcance máximo, à consagração de um “imposto único” que, englobando todos os rendimentos pessoais, submetesse essa base tributária a um regime unitário, a taxas iguais e progressivas, sem quaisquer distinções entre os diferentes tipos de rendimentos.

A unidade do imposto sobre o rendimento pessoal foi inscrita logo na versão originária da Constituição de 1976 (no então artigo 107.º), num contexto em que o sistema de impostos pré-constitucional assentava numa tributação parcelar (cedular) dos rendimentos, consoante a respetiva natureza (v.g. contribuição predial, industrial, imposto profissional) a que, mais tarde, foi adicionado um imposto complementar. Apesar do comando constitucional, o sistema cedular de tributação e a sua substituição pelo atual imposto sobre o rendimento das pessoas singulares só ocorreu com a reforma do sistema fiscal de 1984-1988, cujos objetivos foram assumidamente os da equidade, eficiência e simplicidade do sistema fiscal. E, ainda assim, essa reforma não atingiu plenamente a ideia da unidade do imposto sobre o rendimento das pessoas singulares: em sede de IRS mantêm-se, ainda hoje, diversos elementos de sentido contrário, designadamente, a utilização de várias categorias de rendimentos e, mais intensamente, a existência de taxas liberatórias para certas categorias de rendimentos.

Tendo isso presente, e a realidade pré-constitucional que a regra visou, em primeira linha, contrariar, ganha consistência a ideia de que é sobretudo a fragmentação de rendimentos pessoais, de acordo com as suas distintas fontes, e não tanto, como resulta da sobretaxa, a sobreposição de uma taxa suplementar às taxas já incidentes sobre um valor global de todo o rendimento pessoal, compreensivamente calculado, que põe em causa a observância da unidade.

Considerando a concentração de todos os rendimentos pessoais numa única base de incidência tributária como a dimensão essencial da regra constitucional da unidade, esta não é afetada, no fundamental, pelo regime da sobretaxa, não obstante as especificidades que ele apresenta, em relação ao do IRS. Os elementos dissonantes, incidindo aliás, em parte, sobre aspetos secundários, de

pura “execução, como é a forma de liquidação, mais não representam do que uma acomodação (transitória) do sistema de imposto sobre o rendimento pessoal a interesses públicos relevantes. Essa iniciativa está incluída na margem de conformação que não pode deixar de caber ao legislador infraconstitucional, na medida em que a resposta normativa adequada a situações de grave dificuldade financeira do Estado exige juízos e ponderações que são próprios da função político-legislativa. E a resposta mantém-se dentro dos limites do constitucionalmente admissível, desde que não comprometa os valores, constitucionalmente tutelados, de igualdade e justiça fiscal, que incumbe à forma de tributação do rendimento pessoal contribuir para realizar, também através da regra da unidade.

110. Uma outra questão que se coloca é a de saber se a sobretaxa preenche o requisito da progressividade do imposto sobre o rendimento.

É sabido que a sobretaxa tem uma taxa fixa de 3,5%, que incide sobre os rendimentos que excedam, por sujeito passivo, o valor anual da retribuição mínima mensal garantida. Estamos assim perante um tributo que se afasta da lógica de progressividade que inspira o artigo 68.º do Código do IRS, na medida em que pressupõe a aplicação de uma mesma taxa aos rendimentos cobertos pelo respetivo âmbito de incidência, independentemente dos montantes que, em cada caso, possam estar em causa. Não é possível, no entanto, afirmar que essa é uma taxa meramente proporcional. Estabelecendo a lei uma isenção até ao limite do valor anual da retribuição mínima mensal garantida, a subtração desse valor ao rendimento coletável, para efeito do cálculo da receita a cobrar, confere à sobretaxa um mínimo de progressividade, no ponto em que a coleta aumenta, não apenas em função da grandeza dos rendimentos tributados, mas também em razão da maior diferença do valor do rendimento por referência à remuneração mínima garantida.

Contudo, o ponto que parece ser decisivo, e que resulta da conclusão a que já antes se chegou quanto à regra da unidade, é que a consideração conjunta da sobretaxa e do IRS e ao seu efeito

agregado sobre a esfera patrimonial dos contribuintes, mantém, na globalidade do sistema, um suficiente índice de progressividade. Ou seja, uma sobretaxa de taxa única conduz, sem dúvida, a uma progressividade em menor grau do imposto sobre o rendimento pessoal do que a que resultaria se a sobretaxa estivesse submetida a taxas marginais progressivas. Mas ela está ainda dentro da margem de liberdade do legislador fiscal, pois não se mostra manifestamente ofensiva da progressividade constitucionalmente exigida.

Foi essa também a solução a que se chegou no acórdão n.º 11/83, que se pronunciou, ainda que num contexto normativo diverso, sobre a constitucionalidade de um imposto extraordinário sobre os rendimentos, em que se tomou em linha de conta que, ainda que as taxas previstas não respeitem o princípio da progressividade, a tributação do rendimento pessoal não deixa de continuar a ser sujeita a uma taxa progressiva, por efeito das taxas fixadas na lei fiscal para outros impostos sobre o rendimento.

É de concluir que a criação de “sobretaxa em sede de IRS”, com natureza excecional e transitória, destinada a dar resposta a necessidades de finanças públicas extraordinárias, não contende com as regras da progressividade e da unidade na tributação do rendimento pessoal, estabelecidas no artigo 104.º, n.º 1, da Constituição da República.

M. Apreciação conjunta dos efeitos dos artigos 186.º e 187.º

111. Os requerentes do pedido que deu origem ao Processo n.º 8/2013 pedem, por último, a fiscalização da constitucionalidade da norma do artigo 186.º da Lei do Orçamento do Estado para 2013 (na parte em que altera os artigos 68.º, 71.º, 72.º, 78.º, 85.º e adita o artigo 68.º-A ao Código do IRS), bem como do seu artigo 187.º, reputando como inconstitucional a diferença de tratamento fiscal dispensada, por um lado aos rendimentos provenientes do trabalho e das pensões e, por outro, à tributação dos rendimentos do capital e, concretamente, na parte em que aqueles são sujeitos a taxas que

podem ser superiores a 50% e estes ficam sujeitos à taxa liberatória única de 28% (quanto aos rendimentos obtidos em território português).

Entendem os requerentes que esta diferença de tratamento viola os artigos 13.º e 104.º da Constituição, enquanto contraria os princípios da igualdade na repartição dos encargos públicos, e o princípio da justiça fiscal, e que, além disso, é violadora do caso julgado formado pelo acórdão n.º 353/2012, visto que é manifesta a falta de equidade na repartição dos sacrifícios entre os rendimentos do trabalho e os rendimentos provenientes de outras fontes.

A dúvida que se suscita prende-se com o exato sentido da alusão ao regime das taxas liberatórias e à integração sistemática que melhor lhe cabe, se na fundamentação, se no objeto do pedido.

Na lógica de todo o discurso argumentativo e da posição dos requerentes quanto ao agravamento da carga fiscal, parece seguro que não se pretende contestar, contrariamente ao teor literal do pedido, o artigo 186.º na parte em que altera os artigos 71.º e 72.º, ou seja, a subida de taxas a que generalizadamente os rendimentos tributáveis a essas taxas ficam sujeitos. Mas já é muito duvidoso se faz parte do objeto do pedido a impugnação desse regime, em si mesmo.

A verdade é que os requerentes não formulam nenhum pedido no sentido de ser apreciada a inconstitucionalidade dos citados artigos 71.º e 72.º, *enquanto normas que acolhem taxas liberatórias* para a tributação dos rendimentos aí discriminados. Apenas aludem a esse regime para estabelecerem o confronto entre os “níveis confiscatórios”, que atinge a taxa máxima de IRS, e a taxa liberatória. Ou seja, em sede do princípio da igualdade e da justiça fiscal, utilizam o tratamento que é dispensado aos rendimentos do capital tributáveis por aquelas taxas como ponto de comparação, para evidenciarem a inequidade das taxas a que ficam sujeitos os rendimentos do trabalho e das pensões.

Parece, deste modo, ser mais consistente com o sentido do pedido considerar que à referência ao regime das taxas liberatórias é atribuído um papel apenas fundamentador da conclusão que se quer tirar quanto à injustiça da taxação dos rendimentos do trabalho. É no plano argumentativo, para enfatizar a “manifesta falta de equidade na repartição dos sacrifícios entre os rendimentos do tra-

balho e os rendimentos provenientes de outras fontes”, que se situa a referência aos rendimentos sujeitos a taxa liberatória.

Assim, em obediência ao princípio do pedido, o Tribunal considera, no âmbito do presente processo, que não constitui objeto do processo a matéria da constitucionalidade dos artigos 71.º e 72.º do CIRS, na medida em que neles se estabelecem taxas liberatórias para a tributação de determinados rendimentos.

112. A questão de constitucionalidade que cumpre decidir, nesta parte, é a de saber se é compatível com a Constituição, concretamente, com o princípio da igualdade na repartição dos encargos públicos e com o princípio da justiça fiscal, que o legislador estabeleça taxas aplicáveis à tributação do rendimento proveniente do trabalho e de pensões que podem ser superiores a 50%, enquanto que, no que respeita à tributação dos rendimentos de capital, lhes aplica uma taxa única de 28%.

Ou seja, o problema é o de saber se é constitucionalmente admissível a *medida da diferença* da carga fiscal que subjaz ao tratamento diferenciado (quanto às taxas aplicáveis) dos rendimentos abrangidos pela incidência normal do IRS, por um lado, e dos rendimentos sujeitos a taxas liberatórias ou especiais, por outro.

Para poder dar resposta cabal à questão colocada, o Tribunal teria primeiro que estabelecer os pontos de comparação entre as diferenças de tributação dos vários rendimentos sujeitos a IRS, para depois encontrar a medida dessa diferença e finalmente, confrontá-la com o princípio da igualdade na repartição dos encargos públicos e com o princípio da justiça fiscal.

Ora, o universo de rendimentos abrangidos pelas taxas liberatórias e especiais dos artigos 71.º e 72.º do CIRS é tão variado, na natureza e origem desses rendimentos e nas razões eventualmente subjacentes à sua inclusão nessa sede, que não permite agrupar tais realidades num único conjunto para depois o pôr em confronto com os rendimentos, nomeadamente do trabalho e das pensões, que estão sujeitos a englobamento obrigatório e às taxas gerais do artigo 68.º do CIRS.

Desde logo, não é possível incluir nesta comparação os rendimentos auferidos por não residentes em território português, a

que se reportam vários números dos artigos 71.º e 72.º, nem os rendimentos devidos por entidades que não tenham aqui domicílio (artigo 72.º, n.º 2), pois a tributação destas realidades não é fiscalmente comparável com a tributação dos rendimentos de trabalho e pensões obtidos em território nacional, por sujeitos aqui residentes.

Da mesma forma, não se afigura que os requerentes pretendam aqui questionar o tratamento diferenciado dado, por exemplo, às gratificações auferidas em razão da prestação de trabalho (artigo 72.º, n.º 3), nem pode concluir-se, sem mais, que o pretendam fazer quanto à tributação autónoma dos rendimentos prediais (artigo 72.º, n.º 7), pois omitem totalmente essa realidade.

Do quadro excessivamente impreciso que os requerentes traçam, resulta apenas a ideia de que o elemento reputado inconstitucional é o tratamento mais favorável da tributação dos rendimentos de capital (juros, dividendos), que ficam sujeitos à taxa liberatória de 28% (que concretiza o pagamento integral e definitivo do IRS através do mecanismo da retenção na fonte) e podem, ou não, ser objeto de englobamento se for essa a opção dos titulares (n.ºs 1 e 6 do artigo 71.º), bem como da tributação das mais-valias à taxa autónoma de 28% (n.ºs 1 e 4 do artigo 72.º), por confronto com o tratamento fiscalmente mais agravado dos rendimentos provenientes de salários e pensões.

Assim, o que aparentemente é pedido ao Tribunal é que compare a diferença de tratamento traduzida na consagração de uma taxa fixa (liberatória ou autónoma) para a tributação dos rendimentos de capitais e de mais-valias, por um lado, e no estabelecimento de taxas progressivas cujo intervalo se situa entre os 14,5% para um rendimento coletável até €7000 e 48% (a que acresce a taxa adicional de solidariedade entre 2,5% e 5%) para rendimentos coletáveis acima dos €80 000.

113. Esta é uma comparação inviável. Primeiro, porque tais taxas não incidem sobre rendimentos apurados da mesma forma; depois, porque sendo diferente a natureza das referidas taxas e o modo como operam, não é possível estabelecer uma comparação baseada no seu valor nominal; e ainda porque as

taxas em causa correspondem a mecanismos com uma lógica de funcionamento diversa (progressiva vs proporcional) e que, por isso, concretizam de modo diferente a distribuição da carga fiscal: as taxas gerais assentam numa lógica de tributação *pessoal*, enquanto que as taxas liberatórias ou autónomas correspondem a uma tributação *real*.

Ainda que, em termos empíricos e genéricos, se possa concluir pela benevolência das taxas fixas de 28% relativamente às taxas gerais do IRS (situadas entre os 14,5% e os 48%), não é, em rigor, possível formular um juízo comparativo fiscal entre estas duas realidades tão distintas, para efeitos de retirar dessa comparação uma medida de diferença, sindicável em termos de igualdade e justiça fiscal.

Note-se, que as taxas proporcionais, que variam entre 14,5% e 48%, aplicam-se a rendimentos coletáveis divididos por escalões, enquanto que a taxa fixa, proporcional, de 28% se aplica a todos os rendimentos (de capital e de mais-valias) independentemente do seu montante. Se simplesmente se baixasse a taxa proporcional máxima de 48% (que incide, necessariamente, sobre o mais alto escalão de rendimento coletável) e se aumentasse a taxa proporcional fixa (liberatória ou autónoma) de 28% (que abrange indistintamente todos os montantes de rendimento), não se obteria necessariamente uma melhor solução, em termos de maior justiça e igualdade fiscal.

Em suma, não tendo os requerentes, como vimos, questionado a (in)admissibilidade constitucional de exceções à tributação geral (tendencialmente única, progressiva e personalizada) dos rendimentos, e mostrando-se inviáveis os termos da pretendida comparação, por estarem em causa taxas inscritas em mecanismos de diferente natureza e operatividade, mostra-se impossível encontrar a “medida da diferença” e, conseqüentemente, decai a invocada inconstitucionalidade.

III — Decisão

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal Constitucional decide:

- a) Declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, por violação do princípio da igualdade, consagrado no artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa, da norma do artigo 29.º da Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro;
- b) Declarar a inconstitucionalidade consequencial da norma do artigo 31.º da Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro, na medida em que manda aplicar o disposto no artigo 29.º dessa Lei aos contratos de docência e de investigação;
- c) Declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, por violação do princípio da igualdade, consagrado no artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa, da norma do artigo 77.º da Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro;
- d) Declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, por violação do princípio da proporcionalidade, insito no artigo 2.º da CRP, da norma do artigo 117.º, n.º 1, da Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro;
- e) Não declarar a inconstitucionalidade das normas dos artigos 27.º, 45.º, 78.º, 186.º, na parte em que altera os artigos 68.º, 78.º e 85.º e adita o artigo 68.º-A do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares) e 187.º da Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro.

Lisboa, 5 de abril de 2013. — *Carlos Fernandes Cadilha* — *Ana Maria Guerra Martins* — *João Cura Mariano* (com declaração de voto quanto à decisão da alínea *d*), que anexo) — *Pedro Machete* (vencido quanto às alíneas *a*), *b*) e *c*) da decisão, nos termos da declaração conjunta; vencido quanto à alínea *d*) e quanto aos juízos de não inconstitucionalidade contidos na alínea *c*) da decisão, relativamente à contribuição extraordinária de solidariedade e à redução das deduções à colecta previstas no Código do

IRS, nos termos da declaração individual) — *Maria João Antunes* (vencida quanto às alíneas *a*), *b*) e *c*) da Decisão, pelas razões constantes da declaração conjunta anexada) — *Maria de Fátima Mata-Mouros* (vencida parcialmente nos termos da declaração junta) — *José Cunha Barbosa* (vencido parcialmente nos termos da declaração conjunta que subscrevi e da declaração individual que junto) — *Catarina Sarmiento e Castro* (acompanhei a decisão na parte em que declara a inconstitucionalidade das normas do art. 29.º, 77.º e 117.º, n.º 1; Fiquei parcialmente vencida quanto à norma do art.º 31.º e quanto à norma do art. 186.º (na alteração ao art. 78.º e 85.º do CIRS); fiquei vencida relativamente às normas do art. 27.º e 78.º, nos termos da declaração de voto junta.) — *Maria José Rangel de Mesquita* (vencida parcialmente nos termos da declaração de voto anexa) — *Fernando Vaz Ventura* (vencido quanto ao juízo constante da alínea *e*) da decisão, na parte em que se decidiu não declarar a inconstitucionalidade das normas constantes dos artigos 27.º e 78.º de Lei do Orçamento de Estado para 2013, nos termos da declaração de voto junta) — *Maria Lúcia Amaral* (vencida quanto às alíneas *a*), *b*) e *c*) da decisão, nos termos da declaração conjunta) — *Vitor Gomes* (Vencido quanto às als. *a*), *b*), *c*) e *d*) da decisão. Quanto à alínea *d*), aderindo, na parte correspondente ao essencial da declaração de voto do Senhor Cons. Pedro Machete) — *Joaquim de Sousa Ribeiro*.

DECLARAÇÃO DE VOTO

Votei a declaração de inconstitucionalidade da norma constante do artigo 117.º, da Lei n.º 66-B/2012, de 31 de Dezembro, por entender que o legislador ao não estabelecer, ao contrário do que fez relativamente aos pensionistas e aos “funcionários públicos”, um patamar quantitativo a partir do qual seriam devidas as contribuições para a segurança social, não salvaguardando assim aqueles que recebem subsídios de baixo valor, impôs sacrifícios manifestamente desproporcionados, face aos interesses orçamentais visados,

a quem a exiguidade dos rendimentos auferidos já impõe substanciais provações.

É, pois, a ausência do estabelecimento desse patamar, fixado segundo critérios de razoabilidade e de paridade com as outras categorias de cidadãos atingidos por cortes nos seus rendimentos, que determina a inconstitucionalidade da referida norma, por violação do princípio da proporcionalidade, enquanto princípio estruturante do Estado de direito democrático consagrado no artigo 2.º, da Constituição.

JOÃO CURA MARIANO

DECLARAÇÃO DE VOTO

Vencido quanto à alínea d) da decisão e quanto aos juízos de não inconstitucionalidade contidos na alínea e) da decisão, relativamente à contribuição extraordinária de solidariedade e à redução das deduções à coleta previstas no Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares.

§ 1.º — Consideração prévia e de ordem geral

1. A Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro — Lei do Orçamento do Estado para 2013 — concretiza os compromissos de Portugal assumidos no quadro da assistência financeira acordada internacionalmente e no âmbito da União Europeia em 2011 e pretende retirar consequências da declaração de inconstitucionalidade do Acórdão deste Tribunal n.º 353/2012 relativo à lei do Orçamento do Estado para 2012. Além disso, a Lei do Orçamento do Estado para 2013 toma em consideração a modificação das condições macroeconómicas, para pior, ocorrida em 2012, condições essas que continuaram a sofrer uma evolução negativa no período posterior à apresentação da proposta do Orçamento para 2013 e durante o primeiro trimestre da respetiva execução.

O presente acórdão não ignora estes desenvolvimentos. Contudo, faz relevar principalmente o interesse público premente na consecução das metas quantitativas no que respeita ao défice orçamental, sem retirar, depois, as inelutáveis *consequências para a limitação da liberdade conformadora do legislador* que decorrem do objetivo da consolidação orçamental a prosseguir naquele quadro normativo e nas condições impostas pela nova conjuntura económica. Isto é, o acórdão não discute — e bem — a “estratégia escolhida [e] os índices de correção orçamental a que o Estado se vinculou internacionalmente”, afirmando mesmo que “outras opções de base, quanto à política de consolidação orçamental, são teoricamente admissíveis, [m]as, justamente, esse é o domínio da definição das linhas de atuação política, sujeito a controvérsia e debate nas instâncias próprias, e reservado ao legislador democraticamente legitimado”. Aceita, portanto, que o fim político escolhido é consentâneo com a Constituição. Contudo, depois, não problematiza a realidade que justifica a Lei do Orçamento do Estado para 2013 e a que a mesma Lei se destina; limita-se a descrever os seus traços essenciais. Refere, é certo, a novidade da situação; mas não explicita as reapreciações e novas ponderações que tal novidade impõe, face às avaliações e ponderações subjacentes aos Acórdãos n.ºs 396/2011 e 353/2012.

Julgo ainda que o acórdão não faz uma *leitura integrada* do programa orçamental para 2013 nem o compreende como um todo dotado de coerência interna em que cada medida, para além da sua identidade própria, tem um significado e impacte direto e imediato quanto às possibilidades de alcançar a meta quantitativa definida para o défice.

A necessidade de *compatibilização prática* dos imperativos, entre si conflitantes nas presentes condições, de «garantir a independência nacional e criar as condições económicas e sociais que a promovam» e de «promover o bem-estar e a qualidade de vida do povo e a igualdade real entre os portugueses, bem como a efetivação dos direitos económicos e sociais» (cfr. as alíneas *a*) e *d*) do artigo 9.º da Constituição) reduz muito significativamente o leque de opções do legislador. Em meu entender, e pelas razões adiante referidas, sob pena de uma menor fundamentação dos seus juízos

de inconstitucionalidade e uma menor consistência dos mesmos face à realidade material apreciada, impunha-se que o Tribunal explicitasse claramente e com referência à presente realidade constitucional os pressupostos em que assentam as suas próprias ponderações e avaliações nos casos em que as mesmas se afastam das opções feitas pelo legislador. Não tinha — nem obviamente podia fazê-lo — de se lhe substituir; mas, tratando-se de uma lei orçamental vinculada à consecução de um determinado resultado quantitativo em matéria de défice, o afastamento das escolhas feitas pelo legislador exigiria a demonstração da *evidência da sua inadmissibilidade constitucional* no mencionado contexto normativo e económico. Não foi, todavia, e como referido, esse o caminho trilhado pelo acórdão, que se bastou com um enunciado meramente descritivo das diferentes condicionantes sem as ponderar suficientemente nos seus juízos de inconstitucionalidade.

2. Em 2011, confrontado com uma pressão crescente nos mercados financeiros que conduziu a uma forte subida dos *spreads* da sua dívida soberana, Portugal tornou-se incapaz de se refinar a taxas compatíveis com a sustentabilidade orçamental a longo prazo. Paralelamente, o setor bancário nacional, fortemente dependente do financiamento externo, especialmente da área do euro, viu-se cada vez mais afastado do financiamento pelo mercado. Perante tal grave perturbação económica e financeira, Portugal solicitou formalmente assistência financeira à União Europeia, aos Estados-Membros cuja divisa é o euro e ao Fundo Monetário Internacional (FMI), tendo em vista apoiar um programa de políticas para restaurar a confiança e permitir o regresso da economia a um crescimento sustentável e, desse modo, salvaguardar a estabilidade financeira. Em 3 de maio de 2011, o Governo e uma missão conjunta da Comissão, do FMI e do Banco Central Europeu (BCE) chegaram a acordo relativamente a um vasto programa de políticas para três anos (até meados de 2014), a estabelecer num *Memorando sobre as Políticas Económicas e Financeiras* (MEFP) e num *Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades da Política Económica* (o «Memorando de Entendimento»). Tal programa de políticas económicas e financeiras — o *Programa de*

Ajustamento Económico e Financeiro (PAEF) — é avaliado trimestralmente e exige um esforço continuado e progressivo de consolidação orçamental tendo em vista determinadas metas quantitativas. As várias parcelas do apoio financeiro acordado são entregues somente no caso de o juízo conclusivo de cada avaliação ser positivo.

Depois de uma primeira revisão em alta dos valores iniciais operada em setembro de 2012, na sequência da quinta avaliação regular realizada pela missão conjunta da Comissão, do FMI e do BCE (e posteriormente aprovados pelo Eurogrupo e pelo ECOFIN), os valores daquelas metas fixados para os anos de 2013 e 2014 foram, respetivamente, e com referência ao valor do produto interno bruto (PIB), de 4,5% e 2,5% (por contraposição aos iniciais de 3% e de 2,3%). Já este ano, em março, e na sequência da sétima avaliação regular, foram fixados novos limites para o défice orçamental dos anos 2013, 2014 e 2015: respetivamente, 5,5%, 4,0% e 2,5%. Como se pode ler na *Declaração da CE, do BCE e do FMI Sobre a Sétima Missão de Avaliação em Portugal*:

«O crescimento real do PIB diminuiu acentuadamente no último trimestre de 2012, tendo o PIB real decaído 3,2 % em 2012. As projeções apontam agora para que a atividade económica decresça 2,3 % em 2013 [...], vindo a crescer 0,6 % em 2014. Refletindo a redução da atividade, o desemprego poderá atingir um máximo superior a 18 %.

As perspetivas de crescimento mais fracas exigem um ajustamento da trajetória do défice orçamental. O défice orçamental atingiu 4,9 % do PIB em 2012. O tratamento estatístico de determinadas transações, tal como a concessão dos aeroportos (ANA), resultará porém num défice nominal mais elevado [o valor reportado ao Eurostat foi de 6,4% do PIB — e este é, portanto, o ponto real de partida para o ajustamento orçamental em 2013]. Embora o Governo esteja empenhado em respeitar uma trajetória em matéria de despesas amplamente coerente com o ajustamento orçamental estrutural, conforme previsto anteriormente, um crescimento inferior e níveis de desemprego mais elevados reduzirão as receitas e aumentarão as prestações sociais. A fim de permitir o funcionamento de estabilizadores orçamentais automáticos, o Governo soli-

citou — e as equipas da CE, do BCE e do FMI concordaram — a revisão dos objetivos em matéria de défice de 4,5 % para 5,5 % do PIB em 2013, e de 2,5 % para 4 % do PIB em 2014. O objetivo em matéria de défice para 2015 (2,5 % do PIB) ficará abaixo do limite de 3 % do Pacto de Estabilidade e Crescimento.

Os novos objetivos em matéria de défice serão apoiados por um esforço de consolidação permanente, bem orientado e baseado na despesa. O Governo está a proceder a uma revisão completa e transparente das despesas públicas a fim de identificar possíveis poupanças capazes de permitir o cumprimento os objetivos em matéria de défice para 2013-2014. Estas medidas visam a racionalização e modernização da administração pública, a melhoria da sustentabilidade do sistema de pensões e maiores reduções de custos em todos os ministérios. Para consolidar a credibilidade da trajetória revista do défice orçamental, o Governo está empenhado em adotar e publicar nas próximas semanas uma versão detalhada do quadro orçamental de médio prazo, permitindo assim a conclusão formal da presente avaliação».

A consolidação orçamental é, por outro lado, instrumental relativamente à *contenção e diminuição da dívida pública*. Recorde-se que o défice orçamental de um dado ano tem de ser financiado por uma de duas vias: alienação de património ou dívida pública. Esta última, segundo a *1.ª Notificação de 2013* realizada pelo Instituto Nacional de Estatística no âmbito do «Procedimento por Défices Excessivos», divulgada em 28 de março de 2013 (e disponível em <<http://www.ine.pt/xportal/xmain>>), estima-se que tenha ascendido em 31 de dezembro de 2012 a 204 485 milhões de euros (o equivalente a 123,6% do PIB; mais 19 245 milhões de euros do que no final de 2011; a estimativa para aquele ano de 2012 consignada no Quadro II.2.3. do *Relatório do Orçamento do Estado para 2013*, p. 44, era de 119,1% do PIB...). Correspondentemente, o défice orçamental relevante em termos de procedimento por défice excessivo, não obstante todo o esforço já realizado, evoluiu, como referido, de 4,4% em 2011, para 6,4% em 2012 (v. a mencionada *Notificação*). E o custo daquela dívida — traduzido no valor dos juros pagos aos credores — não é negligenciável:

7,29 mil milhões de euros em 2012 (mais cerca de 300 milhões de euros do que no ano anterior).

Isto não significa que o aludido esforço de consolidação não tenha produzido até à data os seus frutos. Aliás, o *Relatório do Orçamento do Estado para 2013*, p. 43, dá conta disso mesmo: “em termos de consolidação orçamental, o ajustamento tem sido substancial, tendo-se vindo a obter progressos na direção do equilíbrio de médio prazo. Com efeito, o *défice estrutural* deverá diminuir cerca de 4,5 p.p. em apenas dois anos (2011 e 2012), reduzindo-se cerca de metade. A *redução da despesa pública*, em particular da *despesa corrente primária*, tem tido um papel importante no prosseguimento deste objetivo (Gráfico II.2.2.)” (itálicos aditados). Com efeito, o *saldo primário* em 2010 era de -7% do PIB e, para 2012, o citado *Relatório* faz uma estimativa do mesmo saldo de apenas $-0,8\%$. Só que, para a contabilização da dívida pública, relevam também a componente cíclica e os juros que se vão vencendo.

No que se refere à estratégia de consolidação orçamental para 2013, o acórdão dá conta dos pressupostos em que assentou a preparação do Orçamento para 2013 — e que não consideram os ajustamentos feitos na sequência da mencionada sétima avaliação regular: o intencionado efeito agregado da consolidação de valor correspondente a $3,2\%$ do PIB é devido, em larga medida, ao aumento da receita: 4,3124 mil milhões de euros ($2,6\%$ do PIB), contra 1,0256 mil milhões de euros ($0,6\%$ do PIB) do lado da despesa (cfr. também o Quadro II.3.1. do *Relatório do Orçamento do Estado para 2013*, p. 47). De salientar ainda a necessidade de encontrar medidas substitutivas daquelas que o Tribunal Constitucional declarou inconstitucionais no seu Acórdão n.º 353/2012. A esse respeito, o Governo diz o seguinte (cfr. o *Relatório do Orçamento do Estado para 2013*, p. 46):

«A solução do Governo nesta matéria assenta numa abordagem abrangente que tem em conta as implicações do princípio da igualdade na repartição dos encargos públicos. Neste contexto, será reposto 1 subsídio aos funcionários públicos e 1,1 subsídios aos aposentados e reformados. *O aumento de despesa para o Estado que resulta destas reposições será compensado por medidas de*

carácter fiscal. Estas medidas visam deliberadamente uma distribuição mais equitativa no esforço de consolidação orçamental entre *i)* sector público e sector privado, por um lado; e entre *ii)* rendimentos do trabalho e rendimentos de capital, por outro. A repartição do esforço entre o sector público e o sector privado será alcançada por via dos impostos diretos, com particular incidência no IRS, enquanto a repartição do esforço entre rendimentos do trabalho e do capital será garantida pela introdução de elementos adicionais de tributação sobre o capital e o património» (itálicos aditados).

Importa a este respeito ter presente que, segundo os dados constantes do Quadro III.1.1. do mesmo *Relatório*, p. 90, a *despesa pública* prevista para 2013 corresponde a 46,8% do PIB (dos quais mais de 70% correspondem a despesas com pessoal e prestações sociais — isto é, cerca de 33% do PIB é afetado a estas duas rubricas).

Do lado da receita, prevê-se no citado Quadro, para 2013, um aumento das receitas fiscais e das contribuições sociais. Mas a verdade é que, não obstante o aumento de impostos verificado em 2011, em 2012 as receitas fiscais decresceram. E o mesmo deverá suceder com as contribuições sociais, em virtude do expectável aumento do desemprego. Tal diminuição das receitas fiscais já foi, de resto, confirmada pelo Instituto Nacional de Estatística (a quebra indicada é de 3,669 mil milhões de euros — cfr. o relatório intitulado *Principais Agregados das Administrações Públicas*, divulgado também em 28 de março de 2013 e igualmente disponível em <<http://www.ine.pt/xportal/xmain>>). Esta situação é ainda agravada pela revisão em baixa do cenário macroeconómico feita na sequência da já citada 7.^a avaliação: a contração do PIB é agora estimada em 2,3% (e não 1%); e a taxa de desemprego em 18,2% (contra os anteriores 16,4%). No tocante à meta para o défice orçamental de 2013, estas últimas alterações são acomodadas, como referido, pelo novo valor permitido de 5,5% do PIB.

3. É perante estes dados da realidade que, do ponto de vista jurídico-constitucional, interessa relevar como fatores delimitadores da liberdade de conformação do legislador, tendo em conta o princípio da construção e aprofundamento da União Europeia e a

própria relevância interna do direito internacional, incluindo o da citada União (respetivamente, artigos 7.º, n.º 5, e 8.º, ambos da Constituição): (i) o *princípio da cooperação leal* com a União Europeia e os demais Estados-membros (artigo 4.º, n.º 3, do Tratado da União Europeia), em especial no tocante ao objetivo da estabilidade da «Zona Euro»; e (ii) o reconhecimento normativo expresso no próprio quadro da União de *situações em que um Estado membro se encontre em dificuldades devidas a ocorrências excecionais que o mesmo Estado-membro não possa controlar* justificativo de medidas excecionais (cfr. os artigos 122.º, n.º 2, 123.º e 125.º, todos do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia).

Na verdade, e como resulta dos Considerandos 3, 4 e 5 do Regulamento (UE) n.º 407/2010 do Conselho, de 11 de maio de 2010 — o instrumento criador do Mecanismo Europeu de Estabilização Financeira, a ativar no âmbito de um apoio conjunto União Europeia/FMI, e ao abrigo do qual foi aprovada a assistência financeira a Portugal pelas Instituições da União Europeia (cfr. a Decisão de Execução n.º 2011/344/UE, do Conselho, de 30 de maio de 2011) — a crise financeira mundial e a recessão económica que atingiram o mundo a partir de 2008 afetaram gravemente o crescimento económico e a estabilidade financeira e originaram uma acentuada deterioração das situações de défice e de dívida dos Estados-membros da área do euro, conduzindo a uma grave deterioração das condições de empréstimo em vários desses Estados-Membros; tal situação — caracterizada como *excecional* e como *escapando ao controlo dos Estados-membros* — poderia constituir uma séria ameaça para a estabilidade, unidade e integridade de toda a área do euro se não se lhe pusesse termo urgentemente.

O PAEF constitui, precisamente, e com referência a Portugal, o meio destinado a tal fim. O mesmo concretiza as medidas especificadas nos n.ºs 5 a 8 do artigo 3.º da mencionada Decisão n.º 2011/344/UE, do Conselho. A existência daquele Programa justifica-se, por conseguinte, em virtude de uma *situação ou estado de emergência financeira*, expressamente reconhecido como tal, e que ameaça simultaneamente a economia e finanças portuguesas e a estabilidade, unidade e integridade da própria «Zona Euro» globalmente considerada. Permanece válido, assim, para as diferentes

medidas de estabilização orçamental que integram o mencionado Programa o que este Tribunal afirmou em relação às medidas do PEC (2010-2013) no seu Acórdão n.º 396/2011 (cfr. o n.º 5):

«[Constituem a] resposta normativa a uma conjuntura excepcional, que se pretende corrigir com urgência e em prazo o mais breve possível, para padrões de normalidade.»

É, aliás, esse o quadro expressamente assumido no *Relatório do Orçamento do Estado para 2013*, em ordem a justificar as diferentes medidas de consolidação orçamental constantes da Lei do Orçamento do Estado para 2013 (cfr. pp. 39 e 40):

«[N]o momento em que entramos no segundo ano da execução do PAEF, e quando já decorreu mais de metade do período em que o Estado Português se viu dependente do financiamento dele resultante, a alternativa que neste momento se coloca ao País é simples: continuar a percorrer, até ao termo de vigência do PAEF, a via difícil da consolidação orçamental, a qual inevitavelmente envolve sacrifícios para todos os Portugueses, mas com a certeza, porém, de que o País deixará, a breve trecho, de carecer de ajuda externa e recuperará, assim, a sua plena autonomia na condução da sua política, que naturalmente assenta na sua sustentabilidade económico-financeira; ou, pelo contrário, descurar as medidas de consolidação orçamental e regressar ao ponto de partida, da insolvência iminente do Estado Português. Esta última hipótese, que não pode ser configurada como opção viável, esvaziaria de conteúdo e de sentido todos os esforços e os enormes sacrifícios até ao momento assumidos pelos Portugueses, os quais teriam assim sido em vão, ao mesmo tempo que conduziria, seguramente, a sacrifícios bem superiores.

Acresce ainda que, conforme foi salientado nos relatórios dos Orçamentos do Estado para 2011 e 2012, da possibilidade de levar a bom termo o PAEF e, conseqüentemente, da adoção das medidas propugnadas pelo Governo, depende também, em primeira linha, a própria manutenção e sustentabilidade do Estado social.

Torna-se assim evidente que, subjacente às medidas de consolidação orçamental propostas para 2013, numa conjuntura económico-financeira de contornos cuja excecionalidade é claramente demonstrada pela necessidade de ajuda internacional a que o País

se viu, e continua a ver, forçado a recorrer, está a salvaguarda de valores e princípios estruturantes da ordem constitucional portuguesa.

[...A]s medidas agora propostas assumem-se como a *única opção* que garante a prossecução do objetivo traçado, tendo em vista o cumprimento do limite de 4,5% do PIB para o défice orçamental, satisfazendo, ao mesmo tempo, as exigências dos princípios da igualdade, da proporcionalidade e da proteção da confiança.» (itálico aditado).

Decerto que o *quadro de emergência* descrito não tem, por si, força normativa: num Estado de Direito não vale a máxima *salus populi suprema lex esto* nem são os fins que legitimam os meios. Contudo, é igualmente uma exigência da própria normatividade — da força normativa das normas jurídicas — que a sua interpretação e aplicação tomem em linha de conta a realidade a que as normas se dirigem. E, em especial, no que se refere à Constituição e à fiscalização do seu cumprimento por parte dos órgãos do poder político, a cargo do Tribunal Constitucional, muito particularmente quando está em causa uma Lei do Orçamento do Estado, importa ter bem presentes as diferentes responsabilidades e possibilidades de cada instância quanto à *avaliação e prognose* de dinâmicas próprias da realidade constitucional.

Nessa perspetiva, e com referência ao caso vertente, mantém-se inteiramente atual, mas agora como posição de princípio, aquela que o Tribunal Constitucional assumiu no seu Acórdão n.º 396/2011 (cfr. o n.º 8):

«[À] situação de desequilíbrio orçamental e à apreciação que ela suscitou nas instâncias e nos mercados financeiros internacionais são imputados generalizadamente riscos sérios de abalo dos alicerces (senão, mesmo, colapso) do sistema económico-financeiro nacional, o que teria também, a concretizar-se, consequências ainda mais gravosas para o nível de vida dos cidadãos. As reduções remuneratórias [— mas o mesmo vale para as demais medidas de consolidação orçamental —] integram-se num conjunto de medidas que o poder político, atuando em entendimento com organismos internacionais de que Portugal faz parte, resolveu tomar, para reequilíbrio das contas públicas, tido por absolutamente necessário

à prevenção e sanção de consequências desastrosas, na esfera económica e social. São medidas de política financeira basicamente conjuntural, de combate a uma situação de emergência, por que optou o órgão legislativo devidamente legitimado pelo princípio democrático de representação popular.

Não se lhe pode contestar esse poder-dever. Como se escreveu no Acórdão n.º 304/2001:

“Haverá, assim, que proceder a um justo balanceamento entre a proteção das expectativas dos cidadãos [e — acrescentar-se-á — as demais exigências] decorrentes do princípio do Estado de direito democrático e a liberdade constitutiva e conformadora do legislador, também ele democraticamente legitimado, legislador ao qual, inequivocamente, há que reconhecer a legitimidade (senão mesmo o dever) de tentar adequar as soluções jurídicas às realidades existentes, consagrando as mais acertadas e razoáveis, ainda que elas impliquem que sejam ‘tocadas’ relações ou situações que, até então, eram regidas de outra sorte”.»

Tal posição não pode deixar de implicar para o Tribunal Constitucional uma atitude de prudência na apreciação das medidas que lhe foram submetidas, a consciencialização dos limites funcionais da jurisdição constitucional e a ponderação das consequências da eventual rejeição daquelas medidas, incluindo a consideração das alternativas disponíveis. Decidindo no sentido da inconstitucionalidade de alguma das medidas em causa, impõe-se ao Tribunal um *acrescido ónus de fundamentação* em que os parâmetros da avaliação e a ponderação dos pressupostos e das consequências da sua decisão sejam devidamente explicitados. O mesmo ónus é ainda agravado pela posição assumida pelos órgãos do poder político — Governo e Assembleia da República — no quadro de compromissos relevantes do ponto de vista do direito internacional e do direito da União Europeia no sentido de o «pacote de medidas» de natureza económico-financeiras objeto do programa orçamental para 2013 corresponder ao *meio indispensável* à consecução dos objetivos de consolidação orçamental para este ano — o dito «pacote» é, na expressão *Relatório do Orçamento do Estado para 2013*, “a única opção que garante” tal desiderato.

4. Decorre do exposto *supra* no número 2, e muito em particular do cenário macroeconómico aí referido — e que é aquele que sustenta do ponto de vista material as opções do legislador —, não ser indiferente proceder à consolidação orçamental pelo lado da receita, aumentando-a, ou pelo lado da despesa, diminuindo-a. A diferença não é nem apenas contabilística nem meramente formal. E este é um dado a ter em conta na avaliação jurídico-constitucional das diferentes medidas de estabilização orçamental previstas na Lei do Orçamento do Estado para 2013, uma vez que, sem pôr em causa o objetivo da consolidação, frequentemente a rejeição de uma medida do lado da despesa só poderá ser compensada pelo acréscimo de medidas do lado da receita — sendo, portanto, a liberdade de escolha do legislador muito reduzida. De resto, esta preocupação torna-se ainda mais premente, tendo em conta a estratégia de consolidação orçamental subjacente à Lei do Orçamento do Estado para 2013: como referido, o intencionado efeito agregado da consolidação de valor correspondente a 3,2% do PIB é feito predominantemente do lado da receita. Isto significa que a rejeição de medidas de consolidação do lado da despesa, compensáveis apenas por medidas do lado da receita tem necessariamente um acrescido impacte negativo na consistência da mencionada estratégia e, por isso, na coerência interna daquela Lei.

De resto, a eficácia orçamental e a própria eficiência económica de cada uma daquelas duas vias é significativamente diferente. E juridicamente também é diferente o enquadramento constitucional da posição do Estado enquanto *empregador*, *prestador* ou *titular do poder tributário* (a que, de resto, o acórdão não foi insensível, pelo menos no plano conceptual).

O Estado controla a incidência e a taxa dos tributos, mas já não a sua coleta, uma vez que esta depende, em grande medida, da intensidade da atividade económica (*argumento da eficácia*). Como se acentua no acórdão, a propósito da redução remuneratória dos trabalhadores da Administração Pública, “o que distingue as verbas despendidas com as remunerações dessa categoria de trabalhadores [— tal como sucede com outras rubricas da despesa pública corrente, poderá acrescentar-se —] é o seu impacto certo, imediato e quantitativamente relevante nas despesas correntes do

Estado”. Em segundo lugar, a receita fiscal traduz-se numa diminuição do rendimento disponível dos particulares e, mesmo que tal receita venha a ser afetada a despesas com pessoal e com prestações sociais, aumentando desse modo a procura interna (e, assim, contribuindo para a dinamização da economia por via do aumento do consumo), a verdade é que, por isso mesmo, e numa medida muito significativa, a poupança indispensável ao investimento não deixará de ser prejudicada (*argumento da afetação da poupança*). Finalmente — e esse é o aspeto mais crítico e específico da crise em que nos encontramos — está em causa na presente situação também a sustentabilidade da própria *dívida externa* portuguesa, de que a *dívida pública* é uma componente não negligenciável (aquela dívida inclui, além da componente imputável ao Estado, a dívida dos bancos, das empresas e de todos os particulares).

Segundo a *Nota de Informação Estatística do Banco de Portugal*, de 21 de fevereiro de 2013 (disponível em <<http://www.bportugal.pt/EstatisticasWEB/>>), sem prejuízo da evolução positiva ao nível da capacidade de financiamento (o saldo da balança corrente e de capital foi em 2012, e pela primeira vez em muitos anos, positivo: 0,8% do PIB), no final de 2012 a *dívida externa líquida* portuguesa situou-se em 164,6 mil milhões de euros, o equivalente a 99,1 % do PIB (12,8 pontos percentuais acima do observado no final de 2011).

Este valor, em si mesmo, é significativo a vários títulos.

Em primeiro lugar, ocorreu durante demasiado tempo um excesso do consumo sobre a produção, um excesso de despesa que teve de ser financiado por dívida (*argumento do excesso de consumo* ou *do sobreendividamento*). Em segundo lugar, o nível de endividamento líquido face ao exterior comprova a dependência de Portugal relativamente ao financiamento externo: o País, antes de concluir o ajustamento a que se comprometeu internacionalmente, e de recuperar parte significativa da sua capacidade líquida de financiamento, só pode continuar a funcionar cumprindo todas as suas tarefas constitucionais, mesmo que com sacrifícios acrescidos, desde que continue a obter financiamentos provenientes do exterior. Depois, a evolução negativa ao longo dos últimos anos só foi possível devido a um crescimento económico muito débil,

quase anémico. Em quarto lugar, a conjugação dos três aspetos anteriores justifica as dúvidas dos credores internacionais quanto à real capacidade da «economia portuguesa» de «pagar aquilo que deve» (*argumento da insustentabilidade da dívida externa*) — circunstância que, por sua vez, explica o aumento dos *spreads* e as dificuldades em obter financiamento nos mercados sem apoio institucional externo (o que vale sobretudo para o Estado, mas, como se viu, em 2011 quando foi necessário pedir ajuda financeira externa, também diz respeito aos bancos). Finalmente, a inversão da trajetória de crescimento da dívida externa exige que a economia cresça e que a balança corrente e de capital apresente saldos positivos (segundo estimativas do FMI publicitadas na imprensa portuguesa, um crescimento do PIB da ordem dos 2% combinado com um saldo externo de cerca de 5% do PIB).

A consequência que se impõe retirar desta análise é a de que na atual crise financeira que Portugal atravessa há aspetos conjunturais e aspetos estruturais. *Conjuntural* foi — e continua a ser — a incapacidade do País se financiar autonomamente nos mercados. Porém, a necessidade de inverter a trajetória de endividamento — e, portanto, de reduzir drasticamente o consumo público e privado, ajustando-o à real capacidade produtiva — é *estrutural*, no sentido de que não é sustentável continuar ou retomar o caminho seguido até 2011. Daí ser pertinente apreciar muitas das medidas que na justificação da Lei do Orçamento do Estado para 2013 — o já aludido *Relatório do Orçamento do Estado para 2013* — são apresentadas como «medidas excepcionais de estabilidade orçamental» ou como «medidas conjunturais», não apenas como tal, mas, prospectivamente, enquanto medidas de caráter mais duradouro ou, porventura, mesmo estrutural. E, pelo menos *prima facie*, a passagem pelo crivo da admissibilidade estrutural imporá, até por maioria de razão, a sua aceitação temporária durante o período do exercício orçamental.

5. Assim, por exemplo, no que se refere à manutenção da redução remuneratória referente aos trabalhadores da Administração Pública (artigo 27.º da Lei do Orçamento do Estado para 2013), concordando embora com o juízo de não inconstitucionalidade do

acórdão, não me parece que o mesmo, em sede de avaliação do princípio da igualdade, na vertente da igualdade proporcional, se mostre fundamentado de modo consequente.

Desde logo, porque o «argumento da eficácia imediata das medidas de redução salarial» conserva — se é que não vê reforçada — a sua pertinência, pelas razões indicadas *supra* no número 4, e que não se reconduzem a uma urgência, por assim dizer, «pontual»; a urgência em causa é a que decorre da necessidade de regressar a uma certa «normalidade financeira» caracterizada pela desnecessidade de uma quase-tutela em que a «libertação» periódica de parcelas de um apoio financeiro pré-definido está condicionada a avaliações positivas.

Depois porque, sob pena de remeter o legislador exclusivamente para a via fiscal e de inviabilizar, pelo menos no curto e médio prazo, a redução da rubrica «despesas com pessoal» no total da despesa pública, é inevitável que o legislador nas atuais circunstâncias se socorra, em alguma medida, da diminuição das remunerações dos trabalhadores da Administração Pública. Com efeito, não só as mesmas remunerações representam encargos públicos, como não é possível a curto ou médio prazo — e provavelmente nem sequer é desejável — utilizar, em relação àqueles trabalhadores, um mecanismo com lógica idêntica à do despedimento coletivo, aplicável no âmbito das relações de trabalho de direito privado. A Administração do Estado tem responsabilidades e tarefas que a diferenciam qualitativamente de organizações com escopo lucrativo como as empresas, que podem e devem ajustar permanentemente a sua dimensão e âmbito de atividades, de modo a maximizarem o seu lucro. Por isso, o Estado e os seus serviços não podem ser geridos como empresas. Daqui decorre, como consequência lógica, que a situação de um trabalhador da Administração Pública e a de um trabalhador com vínculo laboral privado, em pleno emprego, e com a mesma capacidade de ganho, não é comparável, contrariamente ao que é assumido no acórdão. Do exposto decorre também que a imposição de sacrifícios mais intensos aos trabalhadores que exercem funções públicas *pode ser justificada* por fatores macroeconómicos relacionados com a necessidade imperiosa de reduzir ou financiar a despesa pública, prevenindo

desse modo o recurso à via fiscal, tida como inconveniente por agravar a recessão económica e o aumento do desemprego — como sucedeu precisamente nas leis orçamentais referentes a 2011, 2012 e 2013.

Finalmente, também não compreendo por que se considera que o Governo não «executou» o Acórdão n.º 353/2012 — que expressamente admitiu a possibilidade de alguma diferenciação entre trabalhadores do setor público administrativo e do setor privado — em virtude de ter conjugado a diminuição de remunerações dos trabalhadores da Administração Pública com um aumento da carga fiscal aplicável a todos os cidadãos. Pode decerto discutir-se a medida do sacrifício imposto aos primeiros, mas o tipo de solução em si mesma considerada parece-me uma resposta ou reação legítima em face do mencionado Acórdão; não representa necessariamente (ou objetivamente) um “entorse ao princípio da igualdade de contribuição para os encargos públicos”. Tudo dependerá da medida do sacrifício adicional imposto (e, sobre esta, v. a declaração de voto conjunta relativa ao artigo 29.º da Lei do Orçamento do Estado para 2013).

§ 2.º — Declaração referente à alínea d) da decisão: a não inconstitucionalidade do artigo 117.º, n.º 1, da Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro (contribuição sobre prestações de doença e desemprego)

Vencido quanto ao juízo de inconstitucionalidade relativamente ao artigo 117.º, n.º 1, da Lei do Orçamento do Estado para 2013 que consagra uma «contribuição sobre prestações de doença e de desemprego».

1. O acórdão declarou inconstitucional o citado artigo 117.º, n.º 1, em virtude de o mesmo não conter “uma qualquer cláusula de salvaguarda que impeça que os montantes pecuniários correspondentes aos subsídios de doença e de desemprego, por força da dedução agora prevista, possam ficar abaixo do limite mínimo que o legislador fixou, em geral [entenda-se na legislação específica sobre estas duas prestações], para o conteúdo da prestação devida para qualquer dessas situações”. Porém, o acórdão reconhece

igualmente não só que aquela redução corresponde a uma “medida excecional, de caráter transitório”, como “o cumprimento do programa constitucional de proteção na doença e no desemprego, depende, em cada momento histórico, de fatores financeiros e materiais, sendo tarefa do legislador definir o elenco das situações que carecem de proteção e o conteúdo do correspondente direito social”. E, se assim é, não pode considerar-se, à partida, constitucionalmente ilegítimo um retrocesso em relação a anteriores decisões político-legislativas.

Desde logo, pelas razões enunciadas *supra* no § 1.º, não posso concordar com o juízo de inconstitucionalidade formulado, porquanto o que está em causa no preceito em apreço é precisamente a definição legislativa, com caráter temporário e excecional, de novos valores — incluindo novos valores mínimos — mais reduzidos para aquelas duas prestações do sistema previdencial geral.

Será que, se em vez de consagrada num artigo autónomo da Lei do Orçamento do Estado para 2013 — como acontece com o artigo 117.º — tal opção legislativa tivesse sido objeto de uma alteração aprovada pela mesma Lei orçamental ao regime legal específico de cada uma daquelas duas prestações, a questão de constitucionalidade seria diferente? Ou ainda: deverá entender-se que os valores das mesmas prestações não podem ser fixados por um determinado período de tempo?

Creio que a resposta a qualquer uma destas interrogações é negativa, tendo em conta que está em causa a determinação legal do conteúdo de direitos sociais, que “depende, em cada momento histórico, de fatores financeiros e materiais”, e, como referido, por ser assim, não pode considerar-se, à partida, constitucionalmente ilegítimo um retrocesso em relação a anteriores decisões político-legislativas.

2. Por outro lado, as duas prestações em análise correspondem a aspetos parcelares de um regime de proteção social correspondente ao sistema previdencial geral, que não está vocacionado para satisfazer o direito a uma existência condigna, mas antes substituir parcialmente e mitigar a perda de remuneração nas eventualidades de doença e desemprego. Aquele direito — que corresponde

a um corolário da dignidade da pessoa humana — é assegurado, na sua vertente positiva, fundamentalmente pelos diversos componentes do sistema de proteção social de cidadania previsto no artigo 26.º e seguintes da Lei n.º 4/2007, de 16 de janeiro — Lei de Bases da Segurança Social.

3. Finalmente, no que se refere à apreciação do artigo 117.º, n.º 1, da Lei do Orçamento do Estado para 2013 à luz do princípio da proporcionalidade, é, desde logo, manifesto verificar-se o requisito da adequação: a redução do valor das prestações em causa é idónea a contribuir para o esforço de diminuição da despesa pública. Já quanto à razoabilidade, e uma vez que estão em causa reduções percentuais dos valores de prestações que podem, eles próprios, ser fixados a um nível mais baixo, não creio que exista evidência de que aquelas reduções sejam excessivas. Acresce que a poupança que se estima associada à diminuição do valor de tais prestações de que dá conta a *Nota* enviada pela Presidência do Conselho de Ministros a este Tribunal, a título de resposta aos diversos pedidos de fiscalização da Lei do Orçamento do Estado para 2013 — 153 milhões de euros (cfr. p. 3) — aponta no sentido de o interesse orçamental prosseguido ser suficientemente importante para justificar a medida.

§ 3.º — *Declaração referente à alínea e) da decisão: a inconstitucionalidade do artigo 78.º da Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro (contribuição extraordinária de solidariedade)*

Vencido quanto ao juízo de não inconstitucionalidade relativamente ao artigo 78.º da Lei do Orçamento do Estado para 2013 que consagra uma «contribuição extraordinária de solidariedade» (CES) a cargo dos pensionistas.

1. A contribuição extraordinária em causa é, como o acórdão evidencia, uma *figura híbrida*, mas que, mercê do seu regime unitário, deve ser perspectivada como uma única figura. Acresce que, pelas referências que contém a uma pluralidade de institutos relevantes no domínio da segurança social, deve ser descodificada de acordo com a pertinente legislação, com particular destaque

para a Lei n.º 4/2007, de 16 de janeiro — Lei de Bases da Segurança Social.

No *Relatório do Orçamento do Estado para 2013* a dita contribuição é apresentada como uma «Medida do Lado da Redução de Despesa» que “visa um efeito equivalente à medida de redução salarial aplicada aos trabalhadores do setor público” (cf. p. 51). E se o alcance da CES fosse apenas esse, até poderiam valer em relação a ela os argumentos que justificam o juízo de não inconstitucionalidade relativamente ao artigo 77.º — suspensão do pagamento do subsídio de férias ou equivalentes de aposentados e reformados (cf. a declaração de voto conjunta e *supra* o § 1.º). Todavia, o paralelismo não existe, seja na medida em que se pretende alcançar um «efeito corretivo» das pensões de valor mensal superior a 5,64 € (cf. o n.º 2), seja no que se refere ao universo das pensões atribuídas no âmbito de *regimes especiais* (v.g. o regime dos advogados e solicitadores) ou de *regimes complementares* — o público e os privados — da segurança social. Daí ser compreensível que na já mencionada *Nota* da Presidência do Conselho de Ministros, ainda que sem um comprometimento definitivo, se admita poder tratar-se de um *imposto* — não um novo imposto sobre o rendimento dos reformados e pensionistas, mas um *adicional* ao imposto sobre o seu rendimento, instituído em benefício da segurança social e que, portanto, se reconduziria ainda ao mesmo imposto (cf. p. 50).

No acórdão a medida é perspectivada simultaneamente como *redução da despesa* (pensões processadas no âmbito dos sistemas previdenciais públicos de segurança social — o sistema previdencial do artigo 50.º e seguintes da Lei de Bases da Segurança Social e o sistema correspondente ao regime de proteção social convergente objeto da Lei n.º 4/2009, de 29 de janeiro) e como *tributo parafiscal* (pensões dos regimes complementares de iniciativa pública ou de iniciativa coletiva privada). Todavia, também se reconhece a sujeição da CES a uma disciplina unitária — a diferenciação de taxas em razão do valor das pensões distribuído por diversos escalões, o englobamento de todas as pensões, o *modus operandi* e a consignação prevista no artigo 78.º, n.º 8 — que convida a ideia de um tributo.

E é esse o seu traço unificador mais marcante: atinge, diminuindo-os, os rendimentos de uma certa categoria de pessoas — as que se encontram em situação de reforma ou similar — que, tendo cumprido as suas obrigações contributivas, contavam agora com as prestações correspondentes. E, ao fazê-lo, para além de contrariar direitos definidos de acordo com a lei anterior, a CES quebra a relação de *conexão entre a contribuição e o benefício*. Com efeito, ainda que num sistema assente na *repartição* possa não existir uma rigorosa ou proporcional correlação entre o montante da contribuição e a percepção de uma futura pensão, a contribuição é sempre a contraprestação, o pressuposto causal e a medida do benefício.

No quadro da CES não é isso que se verifica: o valor da pensão auferida é um dado que indicia a capacidade de contribuir para os sistemas previdenciais públicos. A obrigação de contribuir — ou seja, de pagar a CES — é, nesta perspetiva, imposta unilateralmente para acorrer a despesas que, atento o subfinanciamento do sistema previdencial, também são gerais, funcionando a pensão como *manifestação de capacidade contributiva e fonte de financiamento suplementar*. Deste modo, a CES incide sobre um rendimento pessoal específico — a pensão — sobrecarregando o seu titular, já sujeito, nos termos gerais, ao Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares. E a única especificidade de tal rendimento radica na qualidade de pensionista do seu titular — característica inadequada para justificar a dupla incidência da tributação do rendimento.

Recaindo aquele imposto e a CES sobre o mesmo rendimento — a pensão — compreende-se que o valor da primeira possa ser abatido ao rendimento global, para efeito de apuramento da matéria coletável em sede de Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares (cf. o artigo 53.º do respetivo Código), evitando-se, por essa via, a dupla tributação. Contudo, isso não impede que os contribuintes pensionistas — apenas por serem pensionistas — independentemente da sua capacidade contributiva, possam vir a ter de suportar uma taxa média de impostos sobre o rendimento pessoal superior à de outros contribuintes com rendimentos de outras categorias, incluindo os rendimentos do trabalho, e isto sem uma justificação objetiva fundada na própria natureza do rendimento (como

pode acontecer com as taxas liberatórias, relativamente aos rendimentos de capital). Com efeito, tal sucede apenas porque se trata de pensionistas e porque se considera necessário reduzir o peso dos encargos com a segurança social no orçamento geral do Estado. Nessa medida, existe, desde logo, uma violação do princípio da igualdade.

Acresce que a mesma contribuição não toma em consideração, a qualquer título, as necessidades do agregado familiar — sendo certo que, por força da alínea f) do n.º 2 do artigo 67.º da Constituição, incumbe ao Estado, para proteção da família, “regular os impostos e os benefícios sociais, de harmonia com os encargos familiares”. Enquanto tributação autónoma em relação ao Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares, não são tomadas em consideração na CES quaisquer mecanismos ou técnicas que permitam acomodar os encargos familiares, como é o caso do método do quociente conjugal, acompanhado no ordenamento fiscal português de um sistema de deduções à coleta. Ora, como se decidiu no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 57/95, “o princípio da igualdade é desrespeitado quando pessoas em condições iguais pagam impostos desiguais”.

Assim, os rendimentos dos pensionistas são afetados mais penosamente em sede de tributação incidente sobre o rendimento pessoal do que os rendimentos de várias outras categorias de contribuintes. E não se vislumbra a justificação para tal penalização, independentemente da proveniência pública ou privada das pensões e da concreta capacidade contributiva dos pensionistas. O artigo 78.º da Lei do Orçamento do Estado para 2013 viola, pelo exposto, o artigo 104.º, n.º 1, da Constituição.

2. Mas o mesmo preceito suscita preocupações adicionais.

Com efeito, a CES é não apenas híbrida, mas, na parte em que se reporta aos regimes especiais e complementares, *antissistémica*. Como o próprio acórdão deixa transparecer, o sistema de segurança social não é monolítico: ao lado do sistema previdencial, de natureza obrigatória e assente no princípio da contributividade, há que considerar outras realidades, como os sistemas complementares, que são facultativos e de base não necessariamente contributiva.

O tratamento uniforme de realidades tão díspares conduz inevitavelmente a injustiças. Por outro lado, mesmo as necessidades de reforma dos sistemas previdenciais públicos (o geral e o específico da função pública) também não podem deixar de considerar diversas especificidades e de atender à proteção da confiança legítima.

3. Em primeiro lugar, no que se refere ao *sistema previdencial* e ao *regime de proteção social convergente* (v., respetivamente, a Lei n.º 4/2007, de 16 de janeiro, artigos 50.º a 66.º, e a Lei n.º 4/2009, de 29 de janeiro), não pode excluir-se em absoluto a admissibilidade de uma medida extraordinária de redução de despesa — como, por exemplo, a redução das pensões — paralela àquela que foi adotada em relação aos trabalhadores da Administração Pública. Se é certo que ambos os regimes previdenciais em causa funcionam com base num sistema de repartição, os mesmos, devido ao seu *subfinanciamento estrutural*, exigem em cada ano um contributo do Orçamento do Estado. E, numa situação de exceção como aquela que se vive, não deve ser afastada a possibilidade de os respetivos beneficiários serem chamados a dar o seu contributo para o esforço de consolidação global. Tal solução justifica-se tanto mais quanto a alternativa a tal contributo passaria por exigir um esforço acrescido aos atuais contribuintes para o sistema — os trabalhadores presentemente no ativo — sendo certo que os mesmos, por força das indispensáveis reformas no sistema da segurança social já realizadas e a realizar, e da evolução menos positiva da demografia, (já) estão neste momento a contribuir para o pagamento de pensões de valor muito superior àquele de que alguma vez irão poder beneficiar ao abrigo do mesmo regime previdencial.

Porém, uma coisa são as medidas pontuais de caráter excecional em vista de estabilização orçamental, outra, bem diversa, é a introdução de medidas corretivas e a aplicação do princípio da justiça ou solidariedade intergeracional com vista a assegurar a autosustentabilidade do próprio sistema. Não se pretende negar a necessidade ou conveniência de tais medidas reformadoras. As mesmas, todavia, carecem de ser pensadas e concebidas dentro do próprio sistema como uma sua reforma estrutural. Tal não se compece nem com um limiar mínimo de aplicação tão elevado como

o referido no artigo 78.º, n.º 1 (pensões acima de 1 350 €) nem com o tratamento indiferenciado de situações tão diversas (ao longo do tempo a base de cálculo da pensão variou muito — há quem tenha pensões calculadas com base em cinco, dez ou trinta anos de contribuições). Numa eventual reforma promotora da autossustentabilidade do sistema haverá que respeitar, ao lado da justiça *intergeracional*, também a justiça *intrageneracional*. Do mesmo modo, haverá que atender à situação daqueles que, por terem confiado na suficiência da pensão atribuída no quadro do sistema previdencial, não sentiram necessidade de investir em esquemas complementares de reforma.

Em suma, um dos riscos associados à CES é justamente o de a mesma poder ser tomada como um «*embrião de reforma*» do sistema previdencial da segurança social, quando tal medida é, devido à indiferenciação que a caracteriza, totalmente inadequada para o efeito.

4. As disfunções da CES são ainda maiores na sua aplicação aos regimes especiais e ao sistema complementar.

Os primeiros, pelo seu carácter obrigatório e devido à base contributiva, substituem relativamente aos trabalhadores abrangidos o sistema previdencial geral. A legitimidade e autonomia legais dos mesmos decorrem, hoje, dos artigos 53.º e 103.º da Lei de Bases da Segurança Social e não se afigura que a sua existência contrarie o disposto no artigo 63.º da Constituição. Por outro lado, trata-se de sistemas autossuficientes e autossustentáveis, em relação aos quais o Estado não tem qualquer interferência, para além de os reconhecer enquanto modo idóneo de efetivação do direito à segurança social. Sem poder excluir a possibilidade do Estado exercer uma função regulatória em relação aos mesmos, enquanto garantidor último do sistema de efetivação de tal direito (cfr., por exemplo, os princípios do primado da responsabilidade pública e da unidade previstos, respetivamente, nos artigos 14.º e 16.º da Lei de Bases da Segurança Social), a verdade é que, à data, tal função não se encontra prevista, pelo que também nada justifica o desvio de verbas dos regimes especiais em benefício exclusivo do regime geral.

5. Quanto aos segundos, cumpre começar por recordar que revestem natureza *complementar* o *regime público de capitalização* e os regimes complementares privados de *iniciativa coletiva* (em que se integram os regimes profissionais complementares — artigo 83.º, n.º 2, da Lei de Bases da Segurança Social) e de *iniciativa individual* (cf. o artigo 81.º, n.º 1, da Lei de Bases da Segurança Social). Trata-se, nos termos da lei, de “instrumentos significativos de proteção e de solidariedade social, concretizada na partilha das responsabilidades sociais, devendo o seu desenvolvimento ser estimulado pelo Estado através de incentivos considerados adequados” (cf. o artigo 81.º, n.º 2, da Lei de Bases da Segurança Social). A adesão aos mesmos é voluntária e a sua «complementaridade» decorre da circunstância de as pertinentes prestações serem atribuídas em acumulação com aquelas que são concedidas pelos sistemas previdenciais (cf. quanto ao regime público de capitalização, o artigo 82.º, n.º 1, da Lei de Bases da Segurança Social). Por outro lado, e diferentemente do que sucede com os regimes previdenciais gerais de carácter obrigatório — e que correspondem ao chamado «primeiro pilar» — os sistemas complementares assentam o respetivo financiamento em *sistemas de capitalização individual*: o benefício a receber por cada pensionista é função do capital investido que lhe seja imputável. Portanto, cada regime complementar deve ser autossustentável e suportar os seus riscos próprios e o beneficiário dos regimes complementares é, à partida, titular de um direito de crédito quantificável segundo regras pré-definidas. Tal benefício corresponde à remuneração da poupança realizada ou investida em vista da reforma.

Esta última circunstância, conjugada com a base contratual (ou para-contratual) dos regimes em análise, obriga, desde logo, a equacionar a tutela do direito à prestação complementar em termos distintos do direito estatutário à pensão definida na base de um sistema de repartição. Com efeito, e sem prejuízo da necessidade de apreciação de cada regime complementar em concreto, não pode afastar-se nesta sede, sem mais e tal como se faz no acórdão a propósito do direito à pensão *qua tale*, a pertinência da tutela do direito de propriedade, com todas as consequências em matéria de igualdade perante os encargos públicos.

Por outro lado, também não pode esquecer-se que todo o beneficiário de um regime complementar é, em princípio, igualmente beneficiário de um regime previdencial. Significa isto que o contributo para o financiamento dos sistemas previdenciais obrigatórios exigido aos beneficiários de regimes complementares é, por comparação com o que é exigido àqueles que são apenas beneficiários dos regimes previdenciais, não só *duplicado*, como *agravado*, em virtude do englobamento e da progressividade das taxas (cf. os n.ºs 1, 2 e 5 do artigo 78.º da Lei do Orçamento do Estado para 2013) — circunstância que inculca uma violação da igualdade proporcional.

Acresce que, aceitando como exata a interpretação do âmbito de aplicação da CES feita no acórdão, nomeadamente no que se refere à não inclusão no n.º 3 do artigo 78.º da Lei do Orçamento do Estado para 2013 dos regimes complementares de iniciativa individual a que se refere o artigo 84.º da Lei de Bases da Segurança Social (as pensões e benefícios do chamado «terceiro pilar»), não é inteligível a razão da diferença de tratamento face aos demais regimes complementares (as pensões e benefícios do chamado «segundo pilar»), e, de modo especial, no que se refere ao regime público de capitalização, expressamente definido pela lei como “de adesão voluntária individual” (cf. o artigo 82.º, n.º 1, da Lei de Bases da Segurança Social). Com efeito, fica por explicar por que é que quem confiou as suas poupanças ao Estado em vista da obtenção de um complemento de reforma é chamado a «participar» na CES e quem confiou as poupanças a uma instituição de crédito privada ou a uma seguradora já não tem de contribuir...

Finalmente, coloca-se aqui com toda a acuidade o problema da tutela da confiança.

A subtração de benefícios devidos no âmbito de sistema complementar da segurança social para financiar os sistemas previdenciais de caráter geral e obrigatório — e é esse inequivocamente o alcance da consignação de receitas estatuída no n.º 8 do artigo 78.º da Lei do Orçamento do Estado para 2013 — contraria não apenas pontualmente a confiança daqueles que agora são também beneficiários de regimes complementares, como, sobretudo,

cria objetivamente insegurança quanto ao próprio sistema de segurança social e às bases em que assentará a sua indispensável reforma. Com efeito, já há muito, e seguramente desde a reforma da segurança social realizada em 2007, que são conhecidas as limitações estruturais dos sistemas previdenciais gerais existentes. Por isso mesmo, foi apontada como via alternativa a quem se encontra ainda no ativo o «investimento» em regimes complementares. É precisamente a essa luz que se entende o favorecimento de tais regimes previsto no já citado artigo 81.º, n.º 2, da Lei de Bases da Segurança Social: o Estado *deve estimular* o seu desenvolvimento através de incentivos. Por isso, recorrer agora aos mesmos regimes — aliás, não a todos, mas apenas àqueles em que a partilha de responsabilidades sociais é mais intensa, como acontece nos regimes de iniciativa coletiva; ou àqueles que, embora de iniciativa individual, se baseiam na confiança depositada no Estado, como acontece com o regime público de capitalização — para obter recursos necessários ao financiamento dos sistemas previdenciais gerais, não pode deixar de suscitar sérias dúvidas quanto à consistência e eficácia protetiva das soluções apontadas pelo próprio legislador como alternativas desejadas para assegurar uma evolução virtuosa do sistema de segurança social no seu todo.

É conhecida a jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre o princípio da segurança jurídica na vertente material da confiança. De acordo com essa jurisprudência (cfr., entre muitas, a síntese feita no Acórdão n.º 154/2010),

«[P]ara que esta última seja merecedora de tutela é necessário que se reúnam dois pressupostos essenciais:

- a) A afectação de expectativas, em sentido desfavorável, será inadmissível, quando constitua uma mutação da ordem jurídica com que, razoavelmente, os destinatários das normas dela constantes não possam contar; e ainda
- b) Quando não for ditada pela necessidade de salvaguardar direitos ou interesses constitucionalmente protegidos que devam considerar-se prevalecentes (deve recorrer-se, aqui, ao princípio da proporcionalidade, explicitamente

consagrado, a propósito dos direitos, liberdades e garantias, no n.º 2 do artigo 18.º da Constituição).

Como se disse no Acórdão n.º 188/2009, os dois critérios enunciados são finalmente reconduzíveis a quatro diferentes requisitos ou «testes». Para que haja lugar à tutela jurídico-constitucional da «confiança» é necessário, em primeiro lugar, que o Estado (mormente o legislador) tenha encetado comportamentos capazes de gerar nos privados «expectativas» de continuidade; depois, devem tais expectativas ser legítimas, justificadas e fundadas em boas razões; em terceiro lugar, devem os privados ter feito planos de vida tendo em conta a perspectiva de continuidade do «comportamento» estadual; por último, é ainda necessário que não ocorram razões de interesse público que justifiquem, em ponderação, a não continuidade do comportamento que gerou a situação de expectativa.

Este princípio postula, pois, uma ideia de proteção da confiança dos cidadãos e da comunidade na *estabilidade* da ordem jurídica e na *constância* da atuação do Estado. Todavia, a confiança, aqui, não é uma confiança qualquer: se ela não reunir os quatro requisitos que acima ficaram formulados a Constituição não lhe atribui proteção».

In casu, no que se refere aos beneficiários dos regimes complementares, é inequívoca a verificação dos primeiros três requisitos. Por outro lado, e quanto ao último «teste», não me parece que os benefícios financeiros imediatos para os sistemas previdenciais gerais possam suplantar os danos de confiança causados, já que o descrédito de alternativas consistentes àqueles regimes previdenciais tem a grande probabilidade de redundar, a prazo, num maior prejuízo para o sistema de segurança social globalmente considerado e numa menor garantia do direito fundamental à segurança social (artigo 63.º, n.º 1, da Constituição).

§ 4.º — *Declaração referente à alínea e) da decisão: a inconstitucionalidade do artigo 186.º da Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro, na parte na parte em que altera o artigo 78.º do Código do IRS (eliminação e redução das deduções à coleta)*

Vencido em parte, porquanto julgo inconstitucional a inadmissibilidade legal de deduções à coleta a partir de determinado valor do rendimento coletável.

Acompanho a fundamentação do acórdão, quer no tocante à teleologia das deduções à coleta, quer no que se refere à existência de um amplo espaço de conformação do legislador na fixação dos seus montantes. Considero, todavia, que, se o quadro de emergência económica e financeira em que o Orçamento do Estado para 2013 foi aprovado ainda pode justificar circunstancialmente uma redução drástica e a valores quase simbólicos do montante de algumas dessas deduções; o mesmo quadro já não explica a pura e simples irrelevância fiscal de despesas normalmente associadas às necessidades próprias do agregado familiar (em especial, as despesas de saúde, de educação e formação, as importâncias respeitantes a pensões de alimentos e os encargos com lares e com imóveis). Na exata medida de tal irrelevância, o legislador ordinário ultrapassou o espaço de livre conformação que lhe deve ser — e é — reconhecido neste domínio.

Com efeito, a impossibilidade absoluta de deduzir à coleta parte do valor daquele tipo de despesas no escalão de rendimento coletável superior a 80 000 euros redundante, desde logo, numa *desconsideração do agregado familiar* contrária à diretriz do artigo 67.º, n.º 2, alínea f), e ao estatuído no artigo 104.º, n.º 1, ambos da Constituição. Além disso, a mesma impossibilidade cria uma *desigualdade de tratamento* incompatível com o artigo 13.º, n.º 1, da Constituição entre sujeitos passivos posicionados no mesmo escalão de rendimento coletável — uma desigualdade, por assim dizer, horizontal —, já que, ao impedir em absoluto tais deduções, a lei abstrai por completo da circunstância dos sujeitos passivos em causa viverem sozinhos ou antes integrados num agregado familiar, suportando as inerentes e acrescidas necessidades financeiras: por causa destas últimas, o rendimento disponível — ou seja, aquele que deve relevar para a determinação da capacidade contributiva no âmbito dos impostos sobre o rendimento (cf. o

artigo 6.º, n.º 1, da Lei Geral Tributária) — de quem vive sozinho é sempre superior ao de quem tem outros a seu cargo e com eles convive. Ora, se, como se decidiu no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 57/95, “o princípio da igualdade é desrespeitado quando pessoas em condições iguais pagam impostos desiguais”, o mesmo princípio também não é respeitado na situação simétrica: quando pessoas em *condições desiguais* pagam *impostos iguais*.

PEDRO MACHETE

DECLARAÇÃO DE VOTO

1. Vencida quanto à decisão de não inconstitucionalidade das normas do Orçamento de Estado para 2013 que estabelecem, para o ano de 2013, a redução salarial dos trabalhadores do setor público e o efeito equivalente a essa redução em certos contratos que visem a docência ou a investigação e nas pensões, ou seja as normas contidas no artigo 27.º, no artigo 31.º, quanto à aplicação do artigo 27.º aos contratos em causa, e no n.º 1 do artigo 78.º da Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro, que aprova o Orçamento de Estado para 2013 (LOE).

2. É nas situações de emergência ou crise financeira que mais importa tomar em consideração o bem comum tutelado constitucionalmente, de tal modo que a repartição dos sacrifícios seja feita sem afetação dos princípios da solidariedade, da igualdade e da proteção das famílias.

O programa político de redução do défice não pode ser feito sem o respeito pela Constituição da República Portuguesa (CRP) e os seus princípios, desde logo o princípio da igualdade dos cidadãos perante a lei.

3. As normas em referência, tendo em conta o seu âmbito de aplicação, conduzem à identificação de grupos distintos de pes-

soas, sujeitos a regimes legais diferenciados. Na qualificação de situações como iguais ou desiguais, para efeitos da posterior aplicação do teste do princípio da igualdade, é determinante a razão de ser do tratamento jurídico que se lhes pretende dar. Ora, a aprovação das normas em causa tem como objetivo a redução do défice orçamental do Estado. Na medida em que visam solucionar um problema do Estado, enquanto coletividade, o interesse público por elas prosseguido diz respeito à generalidade dos cidadãos e não, unicamente, aos trabalhadores do setor público e/ou pensionistas.

4. Acresce que através das referidas normas são afetados direitos fundamentais, designadamente o direito à retribuição do trabalho consagrado no artigo 59.º, n.º 1, alínea *a*), da CRP e o direito à pensão como manifestação do direito à segurança social consagrado no artigo 63.º, n.º 1, da CRP. De facto, o valor ou o montante das remunerações dos trabalhadores ou das pensões não pode deixar de estar abrangido pela esfera de proteção dos direitos fundamentais referidos pois representa um elemento essencial desses direitos. Se assim não fosse, a esfera de proteção ficaria comprimida a um conteúdo mínimo, de forma incompreensível e injustificável. A redução das remunerações ou das pensões representa uma restrição àqueles direitos que é constitucionalmente admissível mas que deve obedecer a parâmetros constitucionais, como o da proporcionalidade e o da igualdade.

5. Estando em causa o tratamento diferenciado de grupos de pessoas, o controlo do respeito pelo princípio da igualdade por parte do Tribunal Constitucional não deve cingir-se a um controlo de evidência ou de mera ausência de arbítrio, antes se impondo uma análise mais densa e exigente. Tanto mais quando, como nos casos em presença, como referi, são afetados direitos fundamentais.

E não se diga que, por a situação presente não se encontrar expressamente contemplado pela proibição do n.º 2 do artigo 13.º da CRP, a diferenciação de tratamento de grupos de pessoas deverá ficar reduzida a um controlo de mera proibição de arbítrio. É precisamente quando se identificam situações de diferença de tratamento de grupos de pessoas não previamente assinaladas como

intoleráveis que se impõe densificar o teste de controlo das opções do legislador para evitar discriminações inaceitáveis por violação do princípio da igualdade previsto no n.º 1 do artigo 13.º da CRP.

6. A este respeito e na linha da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, ultrapassando o *teste do arbítrio*, incidente sobre a razão do tratamento diferenciado, importa lançar mão de um teste mais exigente de controlo do princípio da igualdade (designado por aquele Tribunal como *nova fórmula*) que, prosseguindo uma *igualdade proporcional* ou *ponderada*, se preocupa com as diferenças existentes entre os grupos e a sua correspondência com as diferenças dos regimes aplicáveis. No caso da proibição do arbítrio inquire-se pela justificação constitucional de um tratamento diferenciado partindo de *fora*, na medida em que se pergunta por razões externas que o justifiquem, sem entrar em consideração com as características específicas de cada grupo; diferentemente, a *nova fórmula* visa determinar se nos atributos de cada grupo visado existe justificação para o tratamento diferenciado. Em primeiro lugar, identificando as diferenças entre os grupos e, estabelecidas estas, indagando da correspondência entre elas e a diferença de tratamento adotada pelo legislador.

Decisivo é, portanto, que cada diferença de tratamento tenha uma razão justificativa assente em diferenças objetivas entre os grupos, sendo que as diferenças devem ser tanto de maior natureza e de maior relevância quanto mais grave for a diferença de tratamento.

A maior densidade de controlo assim obtida, apelando embora a uma ideia de ponderação (*igualdade ponderada*), não deve ser confundida com o teste clássico da proporcionalidade dos direitos de liberdade. Este assenta no juízo de um fim que deve ser perseguido por um determinado meio, verificando, de seguida, a relação meio-fim, enquanto o teste da igualdade configura uma comparação entre grupos de destinatários de normas e regimes aplicáveis.

7. O Tribunal Constitucional tem vindo a justificar, em ares-
tos anteriores, a diferença entre os grupos de trabalhadores em presença pelo facto de uns vencerem por *verbas públicas* (ou *recursos públicos*) e os outros não. Este argumento é relacionado com a *efi-*

cácia da medida — que assim terá um impacto certo, imediato e quantitativamente relevante nas despesas do Estado.

Não posso acompanhar este argumento como fundamento da não inconstitucionalidade do artigo 27.º da LOE. A fórmula mais exigente de controlo do princípio da igualdade (*igualdade ponderada*), a que acima aludi, ao exigir a verificação de uma relação interna entre as diferenças detetáveis nos grupos de pessoas em causa e a diferença de tratamento dada pelo legislador, evidencia que as razões de *eficácia* não podem servir de justificação face ao princípio da igualdade, neste caso. A *eficácia*, não é uma característica de qualquer dos grupos destinatários da norma. Antes uma valoração externa da justificação da medida, em razão do resultado e não em razão das diferenças detetadas nos grupos de pessoas em confronto.

Por outro lado, a diferença anotada — da perceção por um grupo de remuneração através de *verbas públicas* — não revela natureza e relevância suficientes para justificar o grau de tratamento mais oneroso a que os trabalhadores do setor público estão sujeitos por via do artigo 27.º da LOE. A circunstância de a entidade empregadora ser um ente público ou privado — a diferença existente, de facto — não justifica a discriminação na redução dos vencimentos. A solução legal proposta assenta numa ideia de poder dispositivo unilateral do Estado sobre as remunerações de todos os trabalhadores do setor público e pressupõe que a garantia do direito fundamental à retribuição não tem igual expressão para todos os trabalhadores, o que não pode ser aceite. A Constituição não distingue o grau de garantia que merece a remuneração dos trabalhadores do setor público, privado ou do terceiro setor (artigo 59.º, n.º 3, da CRP).

Estas considerações são relevantes especialmente tendo em conta que, como acima se começou por salientar, todos devem contribuir para um objetivo que a todos aproveita: a diminuição do défice do Estado.

Não existe, pois, correspondência entre a característica identificadora do grupo de pessoas formado pelos trabalhadores do setor público e o tratamento diferenciado que lhes é proporcionado relativamente aos demais cidadãos portugueses.

8. Os motivos que me levam a considerar o artigo 27.º da LOE inconstitucional, à luz do princípio da igualdade, implicam a mesma conclusão quanto ao artigo 31.º da LOE, quando faz aplicar o artigo 27.º aos contratos por si abrangidos.

9. O raciocínio desenvolvido quanto ao princípio da igualdade também tem consequências relativamente ao meu juízo sobre a inconstitucionalidade parcial do artigo 78.º da LOE.

Visando as medidas contidas no n.º 1 do artigo 78.º da LOE equivaler à redução remuneratória imposta aos trabalhadores do setor público, que considero inconstitucional nos termos do ponto anterior, inevitável será concluir que também a suspensão e a redução das pensões ali previstas enfermam de inconstitucionalidade por violação do princípio da igualdade.

Também neste caso não se descortina diferença relativa ao grupo de pessoas em causa que justifique a diferença de tratamento. O estatuto de beneficiários ativos das prestações de que gozam os destinatários da contribuição extraordinária, não justifica a imposição aos pensionistas de um sacrifício adicional, relativamente aos outros cidadãos no equilíbrio das contas do Estado. Aceitá-lo, tendo em vista compensar a transferência extraordinária que houve necessidade de fazer do OE para o orçamento da segurança social (v. Relatório do OE 2013, p. 121), seria onerar especificamente um grupo de pessoas no financiamento das contas públicas.

10. Diferente se afigura a análise da medida prevista no n.º 2 do artigo 78.º, medida distinta da prevista no n.º 1, não só no que respeita aos objetivos visados, como pelo âmbito de incidência definido.

Dirigida que é apenas a uma parte do montante da pensão auferida, concretamente a parte que excede o montante máximo permitido para as novas pensões (v. artigo 101.º do Decreto-Lei n.º 187/2007, de 10 de maio), a análise da medida orçamental contida no n.º 2 do artigo 78.º convoca a ponderação de razões de justiça proporcional e solidariedade intrageracional não neutralizadas pelo teste da igualdade empreendido no ponto anterior. Se este

teste conduziu à inconstitucionalidade da redução, por via orçamental, de qualquer pensão (mesmo as mais elevadas), tendo em vista os fins prosseguidos de atenuação do défice do Estado, nada impede, porém, que apesar de invalidadas as reduções das pensões que visavam equivaler às reduções salariais dos trabalhadores do setor público, se introduza uma medida que, numa situação extraordinária de dificuldades financeiras do próprio sistema de segurança social, imponha um sacrifício mais intenso àqueles que vêm beneficiando (e hão de continuar a beneficiar) de condições privilegiadas que justificaram a atribuição daqueles valores de pensões. Condições de que os atuais contribuintes e futuros pensionistas não poderão beneficiar em razão das novas regras adotadas na reforma do sistema, tendo em vista dotá-lo de sustentabilidade financeira (v. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 188/2009, disponível em <www.tribconstitucional.pt>).

E sendo assim, a medida prevista no n.º 2 do artigo 78.º, vista de forma autónoma face à redução prevista no n.º 1, além de não se apresentar como desigualitária, não se revela desproporcionada, num contexto de crise a convocar medidas excecionais no prosseguimento do interesse público de sustentabilidade da Segurança Social e consequente atenuação das necessidades de financiamento através do OE.

11. Tendo em conta o que foi dito, por maioria de razão, acompanho o acórdão no que diz respeito à inconstitucionalidade dos artigos 29.º, 31.º, quanto à aplicação do artigo 29.º aos contratos aí referidos, e 77.º da LOE.

MARIA DE FÁTIMA MATA-MOUROS

DECLARAÇÃO DE VOTO

Vencido, para além do juízo de constitucionalidade formulado quanto às normas constantes da declaração de voto conjunto, também quanto ao juízo de não constitucionalidade relativamente à norma do artigo 78.º, pelas razões que, sucintamente, se passam a expor.

Haver-se-á, desde logo, de reconhecer que, relativamente ao previsto em anteriores leis, a medida prevista na mencionada norma introduz, agora, uma profunda reestruturação quanto ao seu âmbito quantitativo como qualificativo. Efetivamente, passam a estar abrangidas pela CES pensões de montante significativamente inferior ao que vinha acontecendo (a partir de € 1.350), sendo agora visadas, paralelamente às pensões pagas por entidades públicas, todas as prestações pecuniárias vitalícias devidas a qualquer título a aposentados, reformados, pré-aposentados ou equiparados que não estejam expressamente excluídos pela lei.

Apesar de, no relatório do Orçamento de Estado para 2013, o Ministério das Finanças voltar a incluir a CES na lista de “*Medidas do Lado da Redução da Despesa*”, visando com ela alcançar “*um efeito equivalente à medida de redução salarial aplicada aos trabalhadores do setor público em 2011 e 2012*”, certo é que tal qualificação é desmentida pela configuração assumida pela figura. Com efeito, não é pelo facto de a medida em causa incidir sobre todas as prestações pecuniárias vitalícias pagas a título de pensões — sejam elas devidas por entidades públicas ou não — que há que atribuir à CES uma “*natureza híbrida*”. Trata-se, pois, indiscutivelmente, de um instrumento que opera pelo lado da *receita* e que, não constituindo uma *receita patrimonial*, só pode reconduzir-se à família das *receitas tributárias, rectius, das prestações pecuniárias coativas*.

Ora, independentemente de saber se este tributo é um verdadeiro imposto ou uma contribuição financeira, *maxime*, um tributo *parafiscal*, sempre haverá que reconhecer que o mesmo viola um dos mais elementares princípios do Estado de Direito, a saber, o princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança dos cidadãos (artigo 2.º da CRP).

Cumpre explicar porquê.

Não há dúvidas que a norma em crise não consubstancia uma situação de retroatividade expressamente proibida pela Constituição. No entanto, estando em causa um *tributo*, o princípio da proteção da confiança não deixa aí de assumir particular relevo, se e na medida em que se achem verificados os seus pressupostos operativos. Assim, à semelhança do que vem a jurisprudência constitucional reconhecendo em numerosos e relevantes arestos (cfr., entre outros, os Acórdãos n.ºs 556/2003, 128/2009 e 399/2010, disponíveis em <www.tribunalconstitucional.pt>), a conclusão pela inadmissibilidade de uma medida à luz do princípio da proteção da confiança depende, em primeiro lugar, de um juízo sobre a *consistência* e *legitimidade* das expectativas dos cidadãos visados, e, em segundo lugar, de um juízo quanto à *prevalência do interesse público* subjacente à medida sobre o *interesse individual* sacrificado pela mesma, a efetuar nos termos do *princípio da proporcionalidade* em sentido amplo ou da proibição do excesso.

Ao contrário do que me parece decorrer do Acórdão, estes requisitos cumulativos encontram-se preenchidos na hipótese vertente. De facto, sendo certo que a CES não representa uma *inovação* do Orçamento de Estado para 2013, integrando já os orçamentos de 2011 e 2012, julgo que, escrutinadas as suas finalidades (v.g., garantir a sustentabilidade financeira dos sistemas de proteção social, adaptar o montante de algumas pensões ao esforço contributivo efetivamente verificado), a configuração que veio a assumir não era *previsível* nem *expectável* por parte dos contribuintes *outrora não abrangidos*.

Não se ignora, como aliás alertou o Acórdão n.º 399/2010 (disponível em <www.tribunalconstitucional.pt>), que o contexto de crise económico-financeira coloca, de *per se*, os cidadãos de sobreaviso, mitigando nessa medida a possível *imprevisibilidade* da atuação estadual nos domínios orçamental e tributário. Afigura-se-nos, ainda assim, que aqueles contribuintes detinham expectativas *consistentes* quanto à conservação do regime jurídico da CES, porquanto esta teria como desiderato, paralelamente à obtenção de receita, a correção de *anomalias* verificadas em algumas pensões *a cargo do Estado* (para além de que, como se afirma no Acórdão, se

está perante pessoas «...na situação de reforma ou aposentação, portanto, chegadas ao termo da sua vida activa e obtido o direito ao pagamento de uma pensão calculada de acordo com as quotizações que deduziram para o sistema de segurança social, têm expectativas legítimas na continuidade do quadro legislativo e na manutenção da posição jurídica de que são titulares, não lhes sendo sequer exigível que tivessem feito planos de vida alternativos em relação a um possível desenvolvimento da actuação dos poderes públicos susceptível de se repercutir na sua esfera jurídica.»).

Depois, tais expectativas devem ter-se por *legítimas*. Ou seja, não obstante existirem pensões cujos montantes se afiguram manifestamente excessivos face às contribuições efetuadas, tal *excesso* é produto de uma intervenção do legislador democraticamente legitimado, não sendo reconduzível a uma situação de fraude, ilegalidade ou omissão (Jorge Reis Novais, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra Editora, 2011, p. 267).

Finalmente, conclui-se que, atenta a configuração concretamente assumida pela CES — isto é, tendo em consideração as taxas praticadas e o seu âmbito de incidência objetivo e subjetivo — esta não respeita os ditames do princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso, revelando-se *desnecessária* e certamente *desproporcionada* em face dos fins públicos visados. Por um lado, a figura em crise sofre de um *deficit* claro de *racionalidade*: o seu âmbito subjetivo de aplicação é mais amplo do que aquilo que seria consonante com o escopo que lhe é inerente, circunstância, aliás, igualmente reveladora da sua *inexigibilidade*. Por outro, a ablação infligida a certos sujeitos passivos é *muitíssimo severa*, sobretudo se se tiver em conta não só a *progressividade* das taxas aplicadas, como a circunstância de ao esforço implicado pela CES acrescerem ainda as demais medidas do OE 2013 *também* incidentes sobre os rendimentos provenientes de pensões (concretamente, o agravamento das taxas gerais de IRS, a taxa adicional de solidariedade e a sobretaxa em sede de IRS).

Da *imprevisibilidade e irracionalidade* da alteração introduzida, conjugadas com a *gravidade* da penalização em que a mesma se traduz, decorre, em meu entender, a *não prevalência* do inte-

resse público sobre os interesses particulares em presença, havendo que concluir, atento o *iter* percorrido, pela violação do princípio da proteção da confiança, dedutível do artigo 2.º da CRP, e, conseqüentemente, pela inconstitucionalidade da norma visada.

JOSÉ CUNHA BARBOSA

DECLARAÇÃO DE VOTO

I

Acompanhei a presente decisão na parte em que declarou a inconstitucionalidade:

- da norma do artigo 29.º da Lei n.º 66-B/2012 (alínea *a*) da decisão);
- da norma do artigo 77.º da Lei n.º 66-B/2012 (alínea *c*) da decisão);
- da norma do artigo 117.º, n.º 1, da Lei n.º 66-B/2012 (alínea *d*) da decisão).

II

Fiquei parcialmente vencida:

- quanto à norma do artigo 31.º, da Lei n.º 66-B/2012 (alínea *b*) da decisão), que manda aplicar o disposto nos artigos 27.º e 29.º aos contratos de docência e de investigação (ver **VI**);
- quanto à norma do artigo 186.º, da Lei n.º 66-B/2012, na parte em que altera os artigos 78.º e 85.º do CIRS, abolindo por completo as deduções à coleta relativas à satisfa-

ção de necessidades básicas como as de saúde, de educação ou habitação (alínea *e*) da decisão) (ver **VII**).

III

Relativamente às restantes normas impugnadas, a meu ver, o Tribunal deveria, ainda, ter formulado um juízo de inconstitucionalidade:

- quanto à norma do artigo 27.º, da Lei n.º 66-B/2012, que mantém, pelo terceiro ano consecutivo, a redução salarial da função pública (ver **IV**);
- bem como quanto à norma do artigo 78.º, da Lei n.º 66-B/2012, que prevê a Contribuição Extraordinária de Solidariedade (CES) (ver **V**).

Fiquei, conseqüentemente, parcialmente vencida relativamente à alínea *e*) da decisão.

As razões pelas quais, nestes pontos, dissenti da maioria são, no essencial, as seguintes:

IV

Quanto à norma do artigo 27.º, da Lei n.º 66-B/2012, que prevê a redução das remunerações totais íliquidas mensais das pessoas a que se refere o n.º 9, de valor superior a € 1500:

Revisitando a decisão deste Tribunal respeitante às reduções remuneratórias impostas a quem recebe por verbas públicas (Acórdão n.º 396/2011), verifica-se que o fundamento essencial que, então, conduziu a que se salvasse tal medida de um juízo de inconstitucionalidade não pode, atualmente, merecer acolhimento. Na verdade, em 2011, o Tribunal, ao admitir tal redução remuneratória como não violadora da Lei Fundamental, fundou o seu entendimento na, à época, indiscutível urgência e imperatividade da solução: em face da invocada absoluta necessidade da obtenção, de

forma rápida e certa, de um elevado valor precisamente quantificado, para, reduzindo o peso da despesa, coadjuvar a realização de objetivos orçamentais essenciais ao reequilíbrio das contas públicas, a solução passaria necessariamente pela diminuição, excecional, das remunerações dos trabalhadores do ativo que auferem por verbas públicas, solução apresentada como indispensável em razão da sua eficácia imediata e certeza. E, nessa medida, aceitando não haver razões que, de modo evidente, demonstrassem a existência de outras soluções de igual eficácia, certeza e celeridade, o Tribunal, não afastando a indispensabilidade de tal medida, admitiu que a diferenciação então estabelecida se encontrava ainda dentro do limite do sacrifício, em virtude da sua transitoriedade e montantes, não decidiu pela sua desconformidade constitucional.

Volvidos três sucessivos exercícios orçamentais, o corte de remunerações, três vezes reiterado, não encontra já respaldo na Constituição: o argumento, fundamental, do resultado imediato perdeu-se, e torna-se incompreensível a invocação da imperatividade ou natureza insubstituível da solução para a preservação da capacidade financeira do Estado, por não haver soluções alternativas, de outra natureza, através das quais se chegasse a igual valor certo. Aliás, esta razão, utilizada no acórdão para fundamentar a inconstitucionalidade do artigo 29.º, a que aderi, não pode deixar de estender-se, a meu ver, ao artigo 27.º.

Acresce que o caráter cego da desigualdade mantida pelas reduções remuneratórias só pôde ser constitucionalmente suportável num contexto de efetiva provisoriedade, enquanto solução meramente conjuntural e imediata, justificada pela sua infungibilidade quando se procura atingir um objetivo legítimo e premente.

Refira-se que o facto de a medida, reconhecidamente anual, ter surgido inserida num plano plurianual, logo no primeiro exercício orçamental, não pode ser determinante para a sua aceitação automática por todo o período que a tal plano corresponda. E será ainda mais inaceitável que se possa assumir, por antecipação, a conformidade constitucional da medida por todo esse período, adotando-se a solução como justificada, à partida, independentemente da posterior evolução das condições em futuros exercícios orçamentais a exigirem, ou não.

Significativamente, o legislador, contrariamente à solução legal estabelecida para a suspensão dos subsídios, não consagrou expressamente, no caso das reduções remuneratórias, uma vigência plurianual.

Note-se que já anteriormente, pretendendo o Tribunal, no Acórdão n.º 396/2011, de modo veemente, vincar a transitoriedade da redução remuneratória, não deixou de sublinhar que a norma revestia cariz orçamental/anual. O Acórdão de 2011 referiu que mesmo uma vocação plurianual não dispensaria a renovação da solução nas leis orçamentais subsequentes, durante a vigência do (então) PEC, já que a norma caducaria no termo do ano a que se refere o orçamento.

Razões mais do que suficientes para reafirmar que, quando requerido, o Tribunal Constitucional pudesse reavaliar a solução reiterada, para apurar se o sacrifício adicional que é exigido a uma especial categoria de pessoas é, ainda, de modo evidente, a única forma de, atuando pelo lado da despesa, e com eficácia certa e imediata, atingir os objetivos pretendidos, sendo, tal solução, nessa medida, absolutamente indispensável.

A meu ver não o é. E a decisão agora prolatada parece corroborar isto mesmo (ponto 41 do Acórdão). Todavia, limitou-se a extrair consequências relativamente à suspensão dos subsídios, avaliando o agravamento relativamente ao ano de 2012, não estendendo tal juízo, a meu ver incompreensivelmente, às reduções remuneratórias. E também não deixa de sustentar que não serve hoje de justificação para a supressão de um dos subsídios que integram a retribuição dos trabalhadores da Administração Pública, a par da diminuição da remuneração mensal, que essa seja ainda a medida que apresenta efeitos seguros e imediatos na redução do défice e a única opção. Ora, valendo tal raciocínio relativamente à suspensão de subsídios, deveria valer também para as reduções salariais, considerando-se que a redução da remuneração dos trabalhadores que recebem por verbas públicas, globalmente considerada, não pode hoje ter-se como a única opção cujos efeitos seriam seguros e imediatos na redução do défice. Assim, mesmo não se considerando ultrapassada a difícil situação económica, e aceitando-se que se mantém o mesmo interesse público legítimo ligado

a objetivos orçamentais essenciais ao reequilíbrio das contas públicas, com o decurso do tempo, não pode já justificar-se a imposição de uma redução remuneratória desigualitária com a sua imprescindibilidade (no sentido de opção única) para arrecadar um valor determinado de forma imediata.

Não tendo o Tribunal formulado um juízo de inconstitucionalidade relativamente à norma que procedeu à redução remuneratória prevista no artigo 27.º, mantendo a redução, são ainda mais fortes as razões para concordar com a decisão de inconstitucionalidade no que respeita à suspensão do subsídio de férias prevista no artigo 29.º, aceitando, no essencial, os fundamentos avançados na decisão, já que esta outra forma de redução remuneratória, em conjunto com outras medidas de alcance geral, aprofundou o agravamento dos sacrifícios acumulados e continuados que levaram a que se considerasse violado o princípio da igualdade na repartição dos encargos públicos e o princípio da igualdade proporcional.

Mas, ainda que este acrescido sacrifício houvesse sido afastado por inconstitucionalidade, sempre, a meu ver, se deveria manter idêntica solução.

Por um lado, ainda em razão dos sacrifícios acumulados: os trabalhadores que recebem por verbas públicas, a par de medidas mais gerais que a todos afetam (como o aumento da carga fiscal, a diminuição dos escalões, o aumento das taxas e diminuição das deduções, a sobretaxa de 3,5% do IRS; mas também, de outras medidas que podem refletir-se no orçamento das famílias, como o aumento do IVA e do IMI), sofreram já sacrifícios acumulados e reiterados que os tocaram especialmente, entre os quais: a redução de remunerações iniciada em 2011 e mantida em 2012 (e, por força desta decisão, ainda em 2013), o congelamento de salários (com desvalorização agravada com a inflação), a proibição de valorizações remuneratórias decorrentes de progressões ou promoções, a alteração das regras das ajudas de custo nas deslocações em serviço, a redução adicional na compensação sobre o valor do trabalho extraordinário e, na prática, a suspensão dos subsídios de férias e de Natal de 2012, situações que agravaram o seu dia a dia, obrigaram à utilização de poupanças, diminuíram a sua capacidade de endividamento.

O que conduz à iniquidade da redução remuneratória não é já a ausência de esforço dos titulares de outros rendimentos, agora igualmente visados, ou do esforço de titulares de rendimento de trabalhadores do setor privado, também penalizados por medidas universais de agravamento fiscal, mas sim a inexistência de justificação suficiente para manter a assimetria, com tal efeito continuado de sacrifícios. E a assimetria é tanto mais pronunciada quanto menor é o rendimento disponível, já que o rendimento vale tanto mais quanto menor ele é.

Por outro lado, como salientei, fundamental é notar que, repetida em três exercícios orçamentais consecutivos, à redução salarial — seja ela resultante da redução remuneratória imposta pelo artigo 27.º, ou relativa aos subsídios (artigo 29.º) — não pode continuar a servir de justificação a invocação de que esta seria, ainda, a única opção que apresenta efeitos seguros e imediatos na redução do défice, em detrimento de outras soluções alternativas de redução da despesa pública.

Por todo o exposto, teria declarado a inconstitucionalidade do artigo 27.º, da Lei n.º 66-B/2012, que prevê a redução das remunerações totais ilíquidas mensais das pessoas que recebem por verbas públicas, de valor superior a € 1500.

V

Relativamente à norma do artigo 78.º, da Lei n.º 66-B/2012, que prevê a Contribuição Extraordinária de Solidariedade (CES):

Contrariamente à maioria, considero que a CES é um tributo sujeito à Constituição fiscal, convocando o disposto no artigo 104.º, n.º 1, da CRP. Assim sendo, a CES viola, a meu ver, princípios basilares como o da universalidade do imposto, da igualdade perante os encargos públicos, da capacidade contributiva, e da proibição do excesso.

A CES foi concebida como uma medida puramente conjuntural, de obtenção de receita, que de forma unilateral e coativa incide sobre pensões do sistema público de segurança social (sistema previdencial da segurança social e sistema de proteção social da fun-

ção pública, correspondentes ao 1.º pilar do sistema de segurança social) e sobre as prestações geradas pelos regimes complementares de segurança social (2.º pilar do sistema de segurança social), destinada a reforçar o financiamento da segurança social. Apesar de no relatório sobre o OE para 2013 a CES estar incluída na lista das medidas do lado da redução da despesa (qualificação que, aliás, não mereceu a concordância do Parecer Técnico da Unidade Técnica de Apoio Orçamental da Assembleia da República), a verdade é que tal qualificação não pode aceitar-se, já que a CES não abrange apenas pensões que oneram o sistema público de segurança social, aplicando-se também às prestações do sistema complementar (e substitutivo) que nada pesam sobre aquele. E, por isso, também não pode colher a ideia de que com esta medida se busca a introdução de reduções da despesa com efeito equivalente à redução salarial dos trabalhadores do setor público.

A CES reveste, essencialmente, características de imposto de natureza parafiscal, sobre o rendimento de pensionistas e reformados, distinto do IRS, com escalões e progressividade diferentes deste, com distinta base de incidência (veja-se, nomeadamente, que é sobre o rendimento bruto, ao contrário do IRS, que incide sobre o rendimento após as deduções específicas).

Dirirjo da maioria já que vejo na CES um caráter absolutamente unilateral, não sinalagmático, nem associado a um benefício individualizado ou a uma contraprestação específica a quem a ela fica sujeito. Isto assume particular evidência no caso das pensões pagas por pessoas coletivas de direito privado ou cooperativo, como as instituições de crédito, através dos fundos de pensões, das companhias de seguros e entidades gestoras de fundos de pensões, ou de pessoas coletivas de direito público como a Caixa de Previdência da Ordem dos Advogados ou dos Solicitadores, já que estas, em si mesmas, em nada oneram o orçamento da Segurança Social. Mas também resulta claro do facto de, em geral, as contribuições para a segurança social virem sendo consideradas como prestação do trabalhador no ativo e do empregador para o pagamento de pensões, numa lógica de repartição, e não numa lógica de contraprestação a cargo do interessado (sistema PAYG) (ver p. 192-193).

Ao contrário da maioria, não tenho como suficiente para afastar a unilateralidade de tal prestação um qualquer difuso benefício que do sistema de segurança social retirem, de modo longínquo, os beneficiários das pensões dos regimes substitutivos ou, mesmo, os dos regimes complementares, no que ao complemento de pensão respeita.

O procedimento de arrecadação de receita (artigo 78.º, n.º 8), que se assemelha ao modo de arrecadação de receitas fiscais, também contribui para a qualificação da medida como imposto de natureza para fiscal.

Não se argumente, para furtar a CES à qualificação como imposto, que a CES é uma receita consignada a satisfazer as necessidades do subsistema contributivo da segurança social, o que afastaria a sua qualificação como imposto: na verdade, este tipo de contribuições destinadas à segurança social estão afetas ao financiamento de uma ampla categoria de despesas do sistema previdencial, mas também de outras, como as políticas ativas de emprego e de formação profissional (ver, v.g. Nazaré Costa Cabral, «Contribuições para a segurança social: um imposto que não ousa dizer o seu nome?», *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Vol. IV, FDUL, 2010, p. 295).

Mas, mesmo que, em face da sua bizarria, admitisse que a CES é um *tertium genus*, não inteiramente enquadrável na categoria de imposto, sempre andaria próximo de jurisprudência do Tribunal Constitucional que sustentou a aplicação dos princípios constitucionais recortados para os impostos aos tributos intermédios (Acórdãos n.ºs 183/96 e 1203/96), salvo no que diz respeito ao princípio da reserva de lei formal. (Na doutrina, entre nós, Casalta Nabais também considera que a sua sede é a Constituição fiscal, *Direito fiscal*, 7.ª Edição, Coimbra, 2013, p. 586-587).

Em minha opinião, a indispensabilidade da aplicação do regime da Constituição fiscal a tributos *sui generis* como este, pretende obstar à criação deliberada, pelo legislador, de medidas de obtenção de receita intencionalmente equívocas que, por revestirem características de ambos os mundos, se furtariam à aplicação dos princípios e regras em matéria de impostos.

E, no caso em apreço, é particularmente visível que se justificam as razões de tutela.

Assim encarada a CES, defendo, por razões que aqui exponho sumariamente, que esta, recaindo apenas sobre uma só categoria de contribuintes, que corresponde a um universo específico de pessoas, delimitado em função da sua condição de inatividade laboral, se configura como um imposto de classe, uma medida seletiva, que não encontra fundamento racional bastante, sendo, conseqüentemente, violadora do princípio da universalidade e da igualdade tributária.

A CES também desrespeita a capacidade contributiva, pondo em causa a pessoalidade do imposto, ao não atentar nas necessidades e rendimentos reais do agregado familiar, isto é, não ponderando o real rendimento disponível, já que, contrariamente ao IRS, não leva em linha de conta deduções à coleta em matéria de saúde, educação, pessoas a cargo, por exemplo.

Saliente-se, igualmente, que considerar-se a CES como uma medida conjuntural de correção de pensões de elevado montante que não encontram correspondência nos descontos realizados, destinada a recuperar receitas, seria desrazoável: a adoção de tal mecanismo corretivo, onerando indistintamente todos os que recebem prestações sociais vitalícias, mesmo aqueles que tiveram uma efetiva carreira contributiva, havendo procedido a descontos suficientemente elevados ao longo da vida, assim tendo por base uma adequada sustentação contributiva constituída na vida ativa por si e pelas entidades empregadoras, violaria o princípio da proibição do excesso. Por outro lado, tal correção nunca poderia ter lugar através de uma medida episódica e, como acabamos de ver, cega.

Por fim, mas não menos importante, é de sublinhar que não acolho o argumento de que a CES se justificaria também por um dever de solidariedade intergeracional: um tal objetivo jamais pode ser prosseguido por uma medida meramente conjuntural e avulsa. Ora a CES, como foi concebida, enquanto receita extraordinária, não é uma medida estrutural, pensada para a solvabilidade do sistema, não podendo, por isso, ser encarada como uma medida com o propósito de reduzir encargos lançados sobre as gerações futuras.

Razões pelas quais, em meu entender, o Tribunal deveria ter declarado a inconstitucionalidade da Contribuição Extraordinária de Solidariedade.

Não havendo o Tribunal considerado a CES violadora da Constituição — o que a conservará — não posso, por maioria de razão, deixar de aderir, no essencial, aos argumentos utilizados no acórdão para fundamentar a inconstitucionalidade da suspensão do subsídio de férias dos aposentados, reformados e pensionistas, na medida em que a CES, juntamente com outras medidas de incidência geral, contribuiu para o agravamento dos sacrifícios acumulados que justificam a violação do princípio da igualdade proporcional.

No entanto, sempre se dirá que mesmo que a CES houvesse sido afastada por um juízo de inconstitucionalidade, ficando menos pesados os sacrifícios, a meu ver, seria sempre de manter idêntico juízo relativamente à suspensão dos subsídios de férias dos aposentados, reformados e pensionistas, por violação do princípio da proteção da confiança. A posição deste segmento da população, relativamente à dos trabalhadores do ativo, por exemplo, é digna de especial ponderação no que à proteção da confiança diz respeito (para tal muito contribuindo o direito à segurança económica das pessoas idosas, previsto no artigo 72.º, n.º 1, da CRP), já que é um grupo de pessoas muito mais sensível ao impacto das medidas de contração das prestações a que tem direito. Referimo-nos, afinal, a um segmento da população que, na sua maioria, se encontra em especial situação de vulnerabilidade e dependência e que, por naturais razões atinentes à sua idade (e, muitas vezes, à saúde) se mostra incapaz de reorientar a sua vida em caso de alteração inesperada das circunstâncias. Entendo, por estas razões, que não podem ser afetadas neste grau, as suas expectativas relativamente às prestações fixadas — e refiro-me, sobretudo, a certas faixas de pensões que realizaram efetivos descontos durante uma carreira contributiva — nem neste grau prejudicada a tutela do investimento na confiança que o acórdão também refere. Reconhecendo que o interesse público prosseguido com esta medida é, igualmente, digno de tutela, não pode, no entanto, em minha opinião, deixar de se considerar que é excessiva a medida da afetação da confiança infligida a uma faixa da população que depende desta prestação social para garantir a sua independência económica e a sua autonomia pessoal (tanto mais que foram já afetados por outras medidas gerais de aus-

teridade, e que, nalguns casos, deles voltou, de novo, até, a depender a família).

Por último, faço notar que entendo que a CES partilha com a contribuição incidente sobre os subsídios de doença e desemprego a característica de medida de obtenção de receita, o que, não sendo consensual, não impede ter eu aderido ao fundamento do acórdão para declarar a inconstitucionalidade do artigo 117.º, independentemente da sua caracterização.

VI

Estou parcialmente vencida quanto à norma do artigo 31.º, da Lei n.º 66-B/2012 (alínea *b*) da decisão), que manda aplicar o disposto nos artigos 27.º e 29.º aos contratos de docência e de investigação, já que o efeito da inconstitucionalidade do regime destes artigos se projeta sobre a validade constitucional do artigo 31.º. Atendendo ao sentido do meu voto, o artigo 31.º seria consequencialmente inconstitucional, não apenas na medida em que torna aplicável a docentes e investigadores o regime do artigo 29.º (suspensão de subsídios), mas também pela remissão que opera para o artigo 27.º da Lei n.º 66-B/2012 (redução remuneratória).

VII

Fiquei, ainda, parcialmente vencida quanto à decisão relativa à norma do artigo 186.º, da Lei n.º 66-B/2012, na parte em que alterou os artigos 78.º e 85.º do CIRS, abolindo completamente as deduções à coleta relativas à satisfação de necessidades básicas como as de saúde, de educação ou habitação (pontos 102 a 107 do acórdão).

A maioria decidiu que não apenas a redução, mas também a total exclusão das deduções à coleta era, ainda, constitucionalmente tolerável. Ora, mesmo que seja possível sustentar-se que a Constituição não fixa um limite mínimo de deduções subjetivas, o que dificultaria um juízo de inconstitucionalidade ainda que estas

assumam valores meramente simbólicos, dúvidas não pode haver quanto à necessidade, constitucionalmente firmada, de consideração das despesas relativas à satisfação de necessidades básicas, que sempre resulta contrariada quando a solução legislativa consista numa eliminação total das deduções que lhe respeitem.

Sublinhe-se que este tipo de deduções subjetivas pretende atender à diminuição da capacidade contributiva resultante de despesas imprescindíveis à existência, não se referindo a situações de benefícios fiscais encorajadores de comportamentos (de poupança, de aquisição de equipamentos, de cobertura de riscos, *etc*), que ficam numa zona de muito maior disponibilidade por parte do legislador.

Muito embora se aceite que o princípio da capacidade contributiva confere ao legislador fiscal margem de liberdade de conformação, não definindo com exatidão o *quantum* do limite mínimo admissível das deduções à coleta, sempre se dirá que a observância desse mesmo princípio não pode conviver com a total ablação destas em qualquer dos escalões. Se pode haver dúvida de concretização quanto ao grau da consideração dos descontos ao imposto derivados de necessidades básicas, dúvidas não pode haver de que o «grau 0» de deduções é incompatível com a exigência constitucional.

As deduções subjetivas relativas à satisfação de necessidades básicas, sendo essenciais para que se recorte o rendimento líquido disponível, permitem que cada contribuinte pague na medida da sua capacidade, desta forma se assegurando a igualdade através da personalização do imposto.

A exigência de um sistema de tributação que atenda à capacidade contributiva, considerando não apenas os rendimentos, mas também as necessidades do agregado familiar, tem suporte constitucional no artigo 104.º, que determina que o imposto sobre o rendimento pessoal visa a diminuição das desigualdades, devendo ter em conta as necessidades e os rendimentos do agregado familiar. Ao impor ao legislador que assim molde o sistema fiscal, a Constituição procura garantir uma repartição justa dos rendimentos e da riqueza, e a diminuição das desigualdades (artigo 103.º da Constituição).

Não aceito como válido o argumento de que a total exclusão das deduções à coleta seria admissível por penalizar titulares de rendimentos mais elevados que estariam em condições de suportar as suas necessidades básicas: independentemente das potenciais condições indiciadas pelo rendimento bruto (subjeto) destes contribuintes, ao banir as deduções pessoais, o legislador infraconstitucional desconsiderou a real capacidade de cada contribuinte para pagar impostos, já que, sem elas, se perde um elemento diferenciador essencial na determinação de um rendimento disponível personalizado, o que conduz a um tratamento horizontalmente desigual.

A total insensibilidade às despesas básicas que reduzem a capacidade contributiva, mesmo que num só escalão, e ainda que seja o mais alto, sempre contrariaria a exigência de justiça horizontal, dentro do escalão, a que também deve obedecer a tributação.

E não se esqueça que a enorme redução nas deduções operada a partir do escalão de mais de €40 000, e a sua total abolição acima dos €80 000, foram instituídas em simultâneo com a redução do número de escalões e com a criação de uma sobretaxa extraordinária que, em conjunto, contribuíram fortemente para a diminuição da progressividade do imposto, o que agrava o impacto da desigualdade horizontal resultante da desconsideração das reais faculdades contributivas de cada um. Relembre-se, também, que o atual 5.º e último escalão (rendimento coletável superior a €80 000) corresponde, hoje, a parte do anterior 7.º escalão (que abrangia rendimentos coletáveis entre €66 045 e €153 300) e ao 8.º escalão (acima de €153 300), nele se contendo realidades muitíssimo diversas (o limite mínimo do rendimento coletável é praticamente metade do seu limite máximo).

Por outro lado, se o sistema agora gizado mantém a majoração das deduções à coleta por cada dependente ou afilhado civil, quando a elas haja lugar (em respeito pela obrigação de considerar fiscalmente o agregado familiar), passou a desconsiderar outras obrigações para com a família, abolindo totalmente, no escalão mais elevado, os abatimentos relativos a pensões de alimentos, bem como, no que respeita às obrigações para com a família mais alargada, excluindo os encargos com os lares de ascendentes (com a insensibilidade em que isso se traduz numa faixa etária especial-

mente vulnerável e particularmente carregada de despesas de saúde).

Sendo a capacidade contributiva o critério que o legislador deve eleger para medida do imposto de cada um — e independentemente das dificuldades de encontrar uma suficiente densificação do limite mínimo ainda constitucionalmente admissível (problema que logo se identifica no simbólico limite do 4.º escalão) — sempre se deveria concluir, sem dúvidas, que a total desconsideração das deduções à coleta desprezita uma regra essencial da Constituição fiscal.

Assim sendo, considereei que a norma do artigo 186.º, da Lei n.º 66-B/2012, na parte em que alterou os artigos 78.º e 85.º do CIRS, abolindo completamente as deduções à coleta, não está em conformidade com a Lei Fundamental, por violação do princípio da capacidade contributiva enquanto critério da tributação.

VIII

Acompanhei a declaração de inconstitucionalidade da norma prevista no artigo 117.º, da Lei n.º 66-B/2012, subscrevendo os argumentos do acórdão. Contudo, entendo que o limite mínimo sustentado na decisão (e legalmente fixado, com o que isso tem de volatilidade) pode ainda tornar a medida demasiado penosa para alguns destinatários, sobretudo se pensarmos que, relativamente aos pensionistas e trabalhadores no ativo que recebem por verbas públicas, o legislador teve o cuidado de definir um patamar mais elevado, abaixo do qual as remunerações e pensões não seriam atingidas pelos cortes.

No caso destas contribuições sobre o subsídio de desemprego e de doença, não o tendo feito, o legislador deixou desprotegida uma categoria de cidadãos que recebem prestações de muito baixo valor, solução que está em desconformidade com o princípio da proporcionalidade (artigo 2.º da CRP). A solução adotada pelo Tribunal garante já alguma proteção que, a meu ver seria garantida de forma mais justa se o legislador tivesse fixado, ele mesmo, um

patamar mínimo, segundo critérios de razoabilidade e paridade com outras categorias de cidadãos.

IX

Se é verdade que, à partida, todas as normas gozam de presunção de constitucionalidade, não sendo exceção as normas orçamentais ou fiscais, a confiança creditada ao legislador não aumenta nos ciclos de crise. As leis orçamentais e fiscais, potencialmente ameaçadoras de direitos fundamentais, vivem sempre, como as demais, num tempo que é sempre o da Constituição. O prolongamento, ou mesmo o agravamento, dos momentos difíceis não deve trazer consigo um inelutável aligeirar do controlo da constitucionalidade das normas. Pelo contrário, bem se compreende que, nos momentos de tensão e de dificuldades várias, a Lei fundamental assuma papel destacado, enquanto bitola delimitadora da margem de liberdade de que dispõe o legislador. E se a energia vinculativa de uma norma constitucional pode, em certos aspetos e com apertados critérios, esmorecer no confronto com um interesse público de relevância absolutamente indiscutível, ainda e sempre a criatividade do legislador terá de funcionar no quadro da Constituição.

Com base nos fundamentos sumariamente enunciados, afastei-me do juízo maioritário quanto às normas acima mencionadas em **IV** (redução remuneratória dos trabalhadores que recebem por verbas públicas), **V** (CES), **VI** (extensão do artigo 27.º aos contratos de docência e investigação) e **VII** (no que respeita à total ablação de deduções à coleta), considerando que também estas padecem de inconstitucionalidade.

CATARINA SARMENTO E CASTRO

DECLARAÇÃO DE VOTO

A) Divergi das decisões expressas na alínea *a*) e na alínea *c*) da Decisão do presente Acórdão no que respeita às normas do artigo 29.º e do artigo 77.º da Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro, exceto no que respeita à norma do n.º 2 do artigo 29.º e à norma do n.º 4 do artigo 77.º, pelas razões essenciais que de seguida se explicitam.

Os artigos 29.º e 77.º da Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro, consagram medidas de suspensão do subsídio de férias ou equivalente dos trabalhadores do setor público e dos aposentados e reformados pagos por verbas públicas.

O presente Acórdão parte, na apreciação da questão de constitucionalidade, do critério de apreciação que enunciou e aplicou nos Acórdãos n.º 396/2011 e n.º 353/2012, reconhecendo que o mesmo conserva plena validade. Tal critério, respeita, por um lado, à existência de um fundamento para a diferenciação — daqueles que recebem remunerações e pensões pagas por verbas públicas — e, por outro lado, à medida dessa diferença.

Para tal convoca o princípio da igualdade proporcional que «implica a consideração do grau de diferenciação imposto, quer na sua relação com as finalidades prosseguidas — o que pressupõe que as medidas diferenciadoras sejam impostas em grau necessário, adequado e não excessivo do ponto de vista do interesse que se pretende acautelar (...) —, quer no âmbito da comparação entre os sujeitos afetados pela medida e os sujeitos que o não são e, do ponto de vista daquela finalidade, entre uns e outros e o Estado (...)», estando em causa os limites do sacrifício adicional imposto aos primeiros.

Entende-se que, no contexto de aprovação do Orçamento de Estado para 2013, de excecionalidade económico-financeira, subsistem as razões de interesse público, inerentes à «Estratégia de consolidação orçamental» determinada pelas obrigações específicas assumidas pelo Estado português ao nível internacional (Fundo Monetário Internacional) e da União Europeia, na sequência do pedido de ajuda financeira externa, que podem ainda justificar a diferença de tratamento daqueles que auferem rendimentos pagos

por verbas públicas que, por essa razão, podem ser chamados a suportar um esforço adicional face ao imperativo de adoção de medidas de redução de despesa que concorram para o cumprimento daquelas obrigações.

O controlo constitucional agora convocado para as normas constantes dos artigos 29.º e 77.º da Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro, que aprova o orçamento de Estado para o ano de 2013, não pode contudo deixar de ponderar a atenuação da medida da diferença entre os encargos impostos aos que auferem remunerações por verbas públicas e os que auferem remunerações por verbas privadas, cujos limites se tiveram por ultrapassados no Acórdão n.º 353/2012 pela Lei do Orçamento de Estado para 2012 na ablação, relativamente apenas aos primeiros, dos subsídios de férias e de Natal, por violação do princípio da igualdade proporcional. Com efeito, diversamente do então apreciado, o Orçamento de Estado para 2013, mantendo embora medidas de suspensão do pagamento subsídio em causa que oneram especialmente os trabalhadores e os pensionistas pagos por verbas públicas, atribui-lhes alcance mais reduzido (por apenas incidirem, no todo ou em parte, sobre o subsídio de férias ou equivalente) e previu igualmente, entre outras, medidas de natureza fiscal com alcance universal repartindo de modo diverso os encargos públicos. Por isso se entende que não se verifica de forma evidente a desigualdade de tratamento na repartição dos encargos públicos que justificou o juízo de inconstitucionalidade formulado no Acórdão n.º 353/2012 por se encontrarem ultrapassados os limites do sacrifício. Assim, e sendo certo que, mesmo com a suspensão de apenas um dos subsídios devidos, no todo ou em parte, e não já dos dois, os trabalhadores e pensionistas do setor público se mostram, com o atual Orçamento, mais onerados na distribuição dos encargos públicos, por comparação com os trabalhadores e pensionistas do setor privado, a diferença de tratamento, fundamentada na diferença de posições dos abrangidos e dos excluídos da medida em causa, não se afigura excessiva e desproporcionada, enquanto expressão de uma medida excepcional e transitória, não definitiva, justificada em face do interesse público de contenção da despesa pública e de redução do défice para tanto invocado.

Não obstante subsiste, em nosso entender, uma questão que deve ser apreciada não na perspectiva da medida da diferença entre os destinatários das medidas em causa e os demais cidadãos, mas na perspectiva dos efeitos da medida dentro do universo dos seus destinatários.

Com efeito, na sua formulação — e como se revela evidente por aplicação do n.º 2 do artigo 29.º da Lei n.º 66-B/2012, e do n.º 4 do artigo 77.º da mesma Lei — a medida de «suspensão do pagamento do subsídio de férias ou equivalente» prevista naqueles artigos abrange trabalhadores do setor público e pensionistas pagos por verbas públicas que auferem menores rendimentos, abrangendo a faixa entre os 600 e os 1100 euros mensais, estando o primeiro destes limites próximo do mínimo de existência em termos de rendimento líquido de imposto previsto no n.º 1 do artigo 70.º do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares.

Secundando-se a fundamentação do acórdão na parte que respeita à não atribuição de estatuto jusfundamental ao direito à irredutibilidade do montante da retribuição (cf. n.º 26), extensivo, por identidade de razão, à prestação pecuniária correspondente ao subsídio de férias ou a quaisquer prestações correspondentes ao 14.º mês, merecerá especial tutela a situação daqueles que, auferindo retribuições ou pensões mais baixas, ainda são abrangidos pelas medidas em análise. Estas medidas devem ser apreciadas tendo em conta a remuneração anual no seu todo considerada e o impacto sobre a capacidade de fazer face à subsistência, a práticas vivenciais em razão do agregado familiar compatíveis com uma existência condigna e autónoma e a encargos e compromissos assumidos. Não se afigura desrazoável supor que no segmento de rendimentos em causa o rendimento disponível para fazer face a onerações de rendimento justificadas por motivos de interesse público, seja muito diminuto ou mesmo inexistente, por todo o rendimento ser alocado à satisfação de necessidades essenciais inerentes à existência e a compromissos básicos que concorram para essa existência, como o custo da habitação, da alimentação, da saúde e dos transportes — e outros custos, designadamente os derivados de outros direitos fundamentais como o direito à educação ou o acesso à cultura.

Por essa razão, as medidas de suspensão do subsídio de férias ou equivalente, ainda que em parte, no que respeita ao segmento em causa, de rendimentos menos elevados representam face aos fins de interesse público por elas visados, um sacrifício que ultrapassará os limites de exigibilidade requeridos pelo princípio da proporcionalidade. Neste sentido mostrar-se-á desrespeitada uma das dimensões do princípio da igualdade proporcional, decorrente dos artigos 2.º e 13.º da Constituição da República Portuguesa, na comparação entre os fins de interesse público e os meios em causa para os prosseguir por o sacrifício exigido ao segmento em causa assumir uma intensidade acrescida face aos demais abrangidos pela medida.

Pelo exposto nos pronunciámos no sentido da inconstitucionalidade das normas do n.º 2 do artigo 29.º e do n.º 4 do artigo 77.º da Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro.

B) Divergi quanto à decisão expressa na alínea *e)* da Decisão do presente Acórdão no que respeita às normas do artigo 78.º da Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro, pelas razões essenciais que de seguida se explicitam.

1. O artigo 78.º da Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro, institui uma medida denominada «Contribuição extraordinária de solidariedade» que, no essencial — independentemente da sua perspetivação, na prática, como medida de redução de despesa ou de aumento de receita — se traduz numa ablação, com caráter progressivo, das prestações devidas em razão da qualidade de aposentado, reformado, pré-aposentado e equiparado.

O juízo de não inconstitucionalidade formulado pela maioria parece residir, no essencial, na inexistência de qualquer ofensa ao princípio da proteção da confiança e ao princípio da proporcionalidade. Divergimos todavia da conclusão alcançada.

2. No percurso que nos leva a diferente conclusão, afiguram-se relevantes os seguintes aspetos.

Em primeiro lugar, a configuração abrangente e unitária da medida. Configurada de modo abrangente — quer quanto ao âmbito

objetivo de incidência no que respeita às prestações abrangidas, quer quanto ao âmbito subjetivo no que respeita aos beneficiários e entidades processadoras das prestações abrangidas (cf. n.º 3 do artigo 78.º) — a medida em causa incide sobre as prestações devidas no quadro de diferentes sistemas (e dos correspondentes regimes) que, nos termos da lei, integram o Sistema de Segurança Social previsto no artigo 63.º da Constituição da República Portuguesa e cuja organização, coordenação e subsídio aquele preceito comete ao Estado: o sistema de proteção social dos trabalhadores que exercem funções públicas (cf. art. 6.º do Decreto-Lei n.º 4/2009, de 29 de janeiro), o sistema previdencial e o sistema complementar (cf. art.ºs 23.º, 50.º e ss. e 81.º e ss. da Lei n.º 4/2007, de 16 de janeiro, que aprova as bases gerais do sistema de segurança social). A medida em causa, configurada de modo unitário, afeta de igual modo as prestações devidas no quadro de cada um dos regimes que integram aqueles sistemas, a saber, em especial, respetivamente: o regime de proteção social convergente; o regime geral de segurança social dos trabalhadores por conta de outrem e dos trabalhadores independentes e os regimes especiais; o regime público de capitalização e os regimes complementares de iniciativa coletiva — não sendo evidente, face à formulação da parte final do n.º 3 do artigo 77.º, a exclusão das prestações devidas no quadro dos regimes complementares de iniciativa individual.

Em segundo lugar, tendo em conta o caráter abrangente e unitário da medida, o objetivo, mencionado no Relatório sobre o Orçamento de Estado para 2013, de «alcançar um efeito equivalente à medida de redução salarial aplicada aos trabalhadores do setor público» (cf. II, 3.1.1., p. 51) é em muito ultrapassado. Isto, tendo em conta quer o referido âmbito de aplicação (não se confinando aos pensionistas pagos por verbas públicas, seja no sistema previdencial, seja no sistema de proteção dos trabalhadores que exercem funções públicas), quer o caráter fortemente progressivo das percentagens aplicáveis, quer ainda o estabelecimento de uma percentagem máxima de redução das pensões muito superior à percentagem máxima de redução da retribuição dos trabalhadores do setor público no ativo. Assim, o pretendido paralelismo cessa na medida em que o âmbito da aplicação da contribuição em causa

(ou âmbito de incidência) e respetivas taxas respeitam, unitariamente, a um universo muito mais abrangente e as percentagens e limites da dita contribuição excedem as aplicáveis à redução das remunerações dos trabalhadores do setor público.

Em terceiro lugar, o esforço imposto por via da medida em causa é exigido em razão da qualidade, particular e distinta face à generalidade dos cidadãos, de beneficiário de prestações de aposentação ou reforma ou equiparadas, devidas ao abrigo de diferentes regimes dos vários sistemas integrados no sistema de segurança social — mas sem atender todavia à diversa configuração das várias situações abrangidas por esses regimes, em especial a situação daqueles que, qualquer que seja o regime em que se integram, registam carreiras contributivas longas ou mesmo completas nos termos da lei aplicável no momento da aquisição do direito à prestação e, ainda, a origem no aforro privado das contribuições pagas para alguns dos regimes abrangidos, como sucederá em relação a componentes do denominado regime complementar. Assim configurada, a medida em causa afigura-se revestir a natureza de tributo por onerar, objetivamente, o rendimento percebido mediante prestações devidas em razão da qualidade particular de aposentado ou reformado (ou equiparado), independentemente de a entidade devedora assumir natureza pública ou privada e, assim, de as verbas envolvidas no pagamento das prestações devidas terem origem pública ou privada. O tributo em causa, admite-se, apresenta, pela sua configuração e traços de regime, uma natureza híbrida que a aproxima, por um lado, de um tributo fiscal — designadamente por se afigurar como uma prestação pecuniária sem carácter de sanção exigida unilateralmente pelo Estado com vista à realização de fins públicos, por se prever em termos de *modus operandi* um mecanismo de dedução e entrega e por se preverem taxas progressivas — e, por outro, de um tributo parafiscal, sob a forma de contribuição financeira a favor de entidades públicas — designadamente pela previsão de que o valor da contribuição reverte apenas a favor do IGFSS, IP ou da CGA, IP, ou pela possibilidade, *prima facie*, de enquadrar os valores pagos nas «contribuições obrigatórias para regimes de proteção social» que podem, nos termos do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares, ser objeto de

dedução ao rendimento da categoria H (cf. art.º 53.º, n.º 4, b) para efeitos de cálculo daquele imposto. Tal natureza não se revela contudo determinante para a sua apreciação à luz do princípio da proteção da confiança.

Em quarto lugar, do ponto de vista da conformidade das normas que preveem a medida com a Constituição da República Portuguesa, cumpre apreciá-la à luz da proteção constitucional conferida, em abstrato, à posição jurídico-subjetiva dos que têm a referida qualidade de pensionista (ou equiparado) e, assim, de beneficiário do sistema, numa ou em várias das suas vertentes e que por força do seu enquadramento na previsão legal, veem tal posição afetada — sendo a dimensão do universo em concreto abrangido irrelevante para a apreciação da referida conformidade — e à luz do interesse público que a instituição da medida, conjuntural e não definitiva, visa prosseguir num contexto de excepcionalidade.

Dessa apreciação resulta que, mesmo admitindo-se que a proteção dos cidadãos pelo sistema de segurança social, incluindo na eventualidade de velhice ou invalidez, que a Constituição consagra no seu artigo 63.º, n.º 2, não implica a existência de um direito fundamental à irredutibilidade das prestações devidas, ou seja, que a Lei Fundamental não garante aos pensionistas o direito fundamental a um *quantum* prestacional imutável, fixado no momento da passagem à situação de aposentação ou reforma de acordo com a lei vigente nesse momento, deve sublinhar-se que à proteção conferida pela Constituição a todas as pessoas por via do enunciado do direito à segurança social, acompanhada pela incumbência cometida ao Estado de organizar, coordenar e subsidiar um sistema de segurança social e pelo enunciado das eventualidades que determinam a proteção pelo sistema (cf. n.ºs 1 a 3 do artigo 63.º da CRP), acresce a particular relevância constitucional conferida pelo artigo 72.º aos idosos que, na eventualidade de velhice, adquirem o direito prestacional à pensão, nos termos fixados por lei, e ao seu direito à segurança económica — relevância hoje igualmente expressa no artigo 25.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia na parte em prevê o direito das pessoas idosas a uma existência condigna e independente. Não pode perder-se de

vista a especial necessidade de proteção dos que têm a qualidade de idoso que, em situações regra, coincidirá com a qualidade de aposentado, reformado ou equiparado que determinou o direito ao recebimento das prestações sociais sujeitas ao pagamento de uma «contribuição extraordinária de solidariedade», na medida em que a perda de rendimento por parte dos beneficiários das prestações em causa, por força dessa mesma qualidade, mais dificilmente pode ser compensada pelo exercício de uma atividade profissional, podendo implicar a afetação das práticas vivenciais e dos compromissos assumidos que assegurem a sua segurança económica e a sua existência condigna e independente em razão das suas necessidades específicas.

Por último, a medida em causa e as normas que a instituem inserem-se num contexto de excecionalidade económico-financeira e, em especial, na «Estratégia de consolidação orçamental» determinada pelas obrigações específicas assumidas pelo Estado português ao nível internacional (Fundo Monetário Internacional) e da União Europeia, na sequência do pedido de ajuda financeira externa.

Subjacentes à medida em causa invocam-se, por isso, interesses públicos a salvaguardar: em termos imediatos, um interesse público inerente ao imperativo de consolidação orçamental e ao cumprimento das obrigações a que o Estado português se encontra vinculado ao nível transnacional, internacional e europeu, que encontram fundamento nos artigos 7.º, n.º 6, e 8.º da CRP, incluindo a obrigação de cumprimento dos limites quantitativos estabelecidos, no Programa de Ajustamento Económico e Financeiro, para o défice orçamental nos anos de 2013 e 2014, com vista, em última análise, à sua contenção dentro dos valores de referência, a observar pelos Estados membros, a que se refere o n.º 2 do artigo 126.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia e fixados no Protocolo (N.º 12) sobre o procedimento relativo aos défices excessivos; em termos mais mediatos, um interesse público inerente à própria garantia de realização das tarefas cometidas ao Estado pela Lei Fundamental e à sustentabilidade do Estado social — tal como se afirma no Relatório que acompanha o Orçamento de Estado para 2013 (cf. II, II.1, p. 40).

3. Ora, na falta de parâmetro constitucional expresso que proteja o *quantum* devido a título de pensão aos já aposentados, reformados e a estes equiparados para o efeito — quer se entenda a contribuição extraordinária de solidariedade como redução ou como oneração de rendimentos, como se parece propor no artigo 78.º da Lei do Orçamento de Estado para 2013, e ainda que de modo não definitivo — entende-se, na linha argumentativa do presente Acórdão, que a ponderação entre a proteção do direito à pensão ou prestação a esta equiparada, por um lado, e a prossecução do interesse público subjacente à medida em causa, por outro — ou, como se afirma no Acórdão n.º 396/2011, entre «os interesses particulares desfavoravelmente afetados pela alteração do quadro normativo que o regula e o interesse público que justifica essa alteração» (cf. II, n.º 8) —, se insere no quadro de análise do princípio da confiança, configurado como corolário e exigência do princípio do Estado de Direito democrático (artigo 2.º da Constituição da República Portuguesa), e do princípio da proporcionalidade (*idem*). Na análise e aplicação destes princípios na situação vertente chegamos, todavia, a uma conclusão inversa à do presente acórdão pois, segundo cremos, ambos se mostram ofendidos pelas normas legais em presença.

3.1 Quanto aos requisitos da tutela jurídico-constitucional da confiança segundo os quais é necessário que o Estado (mormente o legislador) tenha encetado comportamentos capazes de gerar nos privados «expectativas» de continuidade, que tais expectativas sejam legítimas, justificadas e fundadas em boas razões, terem os privados feito planos de vida tendo em conta a perspectiva de continuidade do «comportamento estadual» e, por último, que não ocorram razões de interesse público que justifiquem, em ponderação, a não continuidade do comportamento que gerou a situação de expectativa (cf. Acórdãos n.º 128/2009 e, posteriormente, n.º 188/2009 e n.º 3/2010), deve desde logo considerar-se que a previsão pelo legislador de uma contribuição extraordinária que abrange, de modo universal, o conjunto das pessoas que já adquiriram a qualidade de beneficiários de um direito social a uma prestação a título de pensão de aposentação ou reforma ou equiparada,

qualquer que seja o regime ou regimes por que se encontram abrangidos e independentemente da natureza, pública ou privada, das verbas devidas e da consideração da duração das carreiras contributivas, não cai na zona de previsibilidade de comportamento dos poderes públicos.

Por um lado, não obstante a evolução legislativa verificada mencionada no presente Acórdão, em especial desde a década de noventa, no sentido, designadamente, da alteração da fórmula de cálculo das pensões e do estabelecimento de uma limitação do montante da pensão no regime geral da segurança social e da convergência entre o sistema de proteção social dos trabalhadores da função pública e aquele regime geral, certo é que o financiamento do sistema, na sua vertente previdencial, caracterizado como um sistema de repartição, tem assentado, no essencial, em prestações obrigatórias devidas pelos empregadores, públicos ou privados, e pelos que exercem uma atividade laboral (denominadas pela lei «contribuições» e «quotizações») — sem prejuízo de contribuições facultativas, resultantes de uma opção individual, para o regime complementar. Por outro lado, a expectativa de continuidade no que toca à não contribuição de todos os que já são beneficiários (tendo já contribuído) para o financiamento do sistema de segurança social também não se pode ter por invertida pela previsão de uma medida com idêntico nome na Lei n.º 55-A/2010, de 31 de dezembro (art.º 162.º, n.º 1) e na Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro (art.º 20.º, n.º 1 e n.º 15) — tendo em conta, em especial, o âmbito confinado de incidência desta medida e o limiar quantitativo da sua aplicação, sem paralelo na medida em análise.

Entende-se que a medida controvertida também frustra expectativas legítimas, justificadas e fundadas em boas razões dos respectivos destinatários, por a qualidade de beneficiário de um direito a uma prestação social com fundamento constitucional e legal já ter sido adquirida por força do preenchimento dos pressupostos de que depende a sua atribuição e que o legislador, no âmbito da sua livre margem de apreciação, fixou; expectativas fundadas, em especial, no caso de as pessoas afetadas pela medida registarem carreiras contributivas longas e, ainda, no caso de pensões na eventualidade de velhice (ou invalidez na medida em que sejam abrangidas),

determinadas pela dificuldade ou mesmo impossibilidade de exercício de uma atividade profissional remunerada que possa compensar a ablação decorrente da medida em causa.

Quanto ao requisito da tutela jurídico-constitucional da confiança que impõe que os privados tenham feito planos de vida tendo em conta a perspectiva de continuidade do «comportamento estadual» entende-se que o mesmo também se verifica por a prestação percebida a título de pensão ou reforma ou situação equiparada ser aquela que permitirá, em regra, custear a subsistência, manter práticas vivenciais, garantir a autonomia e fazer face a compromissos assumidos e, inclusive, a gastos inerentes à qualidade de idoso — qualidade que terá a generalidade dos pensionistas com carreiras contributivas longas ou completas — ou de inválido.

Por fim, quanto à ocorrência de razões de interesses público que justifiquem, em ponderação, a não continuidade do comportamento que gerou a situação de expectativa — e, assim, a prevalência das mesmas sobre a tutela da posição jurídico-subjetiva dos pensionistas abrangidos pela medida — e dada a sua invocação, nos termos atrás indicados, consideramos ocorrer uma afetação desproporcionada da posição de confiança que o grupo de beneficiários afetado nos parece merecer. O que melhor se verifica à luz do princípio da proporcionalidade.

3.2 Pode dar-se por adquirido que a medida em causa, por implicar, consoante a perspectiva em que se encare e a natureza da entidade processadora, uma redução de despesa ou um aumento de receita e cujo impacto financeiro foi estimado pelo Relatório do Orçamento de Estado para 2013 (cf. II, 3.1.1, p. 51), contribui para fazer face à situação de défice orçamental (para o qual tem pesado o crescimento das prestações em caso de desemprego e o decréscimo das contribuições para a segurança social), pelo que, em termos orçamentais, pode consubstanciar uma medida adequada ou idónea para tal fim imediato. O mesmo não se revela evidente quanto à invocada sustentabilidade do Estado social, designadamente para as gerações futuras, dado tratar-se de uma solução conjuntural (para um problema também entendido como conjuntural).

Depois, ainda que se admita que a medida possa estar nos limites da necessidade, sendo porventura necessária em face da maior amplitude do universo de destinatários de eventuais medidas de financiamento alternativas relativamente aos atuais beneficiários da segurança social, entende-se que a mesma se afigura excessiva e desproporcionada — valoração justificada em razão da abrangência da medida em termos de âmbito de incidência, da desconsideração da diversidade de situações subjacentes à qualidade de beneficiário das prestações afetadas e, ainda, dos elevados limites das taxas aplicáveis.

Quanto ao âmbito de incidência, a medida em causa, configurada de modo unitário, abrange prestações que se integram no sistema complementar e nos regimes, nele integrados, de capitalização pública ou de iniciativa coletiva, incidindo por isso a taxa aplicável, consoante a entidade pagadora, sobre contribuições, facultativas, efetuadas a partir de aforro privado e/ou, inclusive, sobre o respetivo rendimento — pondo em causa, por alteração de pressupostos, os efeitos esperados de decisões individuais passadas de afetação de rendimento disponível tomadas face às regras jurídicas aplicáveis (a solvabilidade global do sistema, a beneficiar aqueles que se enquadram no sistema complementar, não parece corresponder sequer à justificação da própria medida, com fins imediatos muito determinados).

Quanto à não tomada em consideração da diversidade de situações subjacentes à qualidade de beneficiário das prestações afetadas pela medida assume particular relevo a desconsideração das situações de carreiras contributivas longas e mesmo completas relativamente às quais um argumento de redução conjuntural de pensões, ainda que mais elevadas, por insuficiência de contribuições em termos temporais, não se revelará procedente. De facto, o sacrifício imposto é tanto mais desmedido quanto o montante da prestação tenha maior correspondência com as contribuições efetivamente pagas ao longo da carreira contributiva.

Por último, as taxas aplicáveis apresentam-se como gravosas quer em termos de valor da taxa máxima, quer em termos da sua aplicação que se efetua a partir de um patamar de rendimento que — contrariamente às medidas com idêntica denominação previstas

em leis do Orçamento de Estados anteriores — não funcionam apenas por aplicação em excesso de um patamar de rendimento elevado, mas a partir de um patamar de rendimento muito inferior.

Atendendo ao que ficou exposto a nossa pronúncia foi no sentido da inconstitucionalidade das normas do artigo 78.º da Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro.

C) Divergi quanto à decisão expressa na alínea e) da Decisão do presente Acórdão no que respeita à norma do artigo 186.º da Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro, na parte em que altera o n.º 7 do artigo 78.º do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares, pelas razões essenciais que de seguida se explicitam.

A norma do n.º 7 do artigo 78.º do CIRS consagra os limites globais, progressivos em razão do escalão de rendimento coletável, para as deduções à coleta relativas a um conjunto de despesas suportadas pelos sujeitos passivos do imposto, entre as quais as despesas de saúde e as despesas de educação e formação.

Acompanha-se a fundamentação do acórdão e o juízo de não inconstitucionalidade formulado salvo no que respeita à impossibilidade de dedução de qualquer despesa no último escalão de rendimento coletável (escalão de rendimento coletável superior a 80 000).

Tal impossibilidade, segundo cremos, não respeita o comando contido no n.º 1 do artigo 104.º da Constituição, ainda que de modo amplo e como critério ordenador, segundo o qual as necessidades dos agregados familiares devem ser levadas em conta no quadro do imposto único sobre o rendimento pessoal. Tal corresponde a uma concretização do princípio da igualdade no domínio da tributação do rendimento pelo que a medida em causa, na parte em análise, desconsidera por completo a aplicação deste princípio dentro do segmento de contribuintes abrangido.

A exigência constitucional de diferenciação da situação dos contribuintes, por força do princípio da igualdade, afigura-se clara na obrigação imposta ao legislador fiscal de considerar quer os rendimentos, quer as necessidades do agregado familiar dos cidadãos, constituindo este último fator um elemento determinante para a diferenciação da situação dos contribuintes.

Deste modo, a norma, na parte em que não prevê deduções, desrespeita a vinculação derivada do princípio da igualdade, por tratar de forma igual o que é, ou pode ser, diferente. Isto, tendo em conta as diferentes necessidades dos agregados familiares dentro de cada escalão de rendimento coletável — a igualdade (e as diferenciações que a mesma imponha) deve ser aferida não apenas verticalmente mas também na sua dimensão horizontal. Com efeito, a exigência de previsão de deduções subjetivas à coleta, como forma de personalização do imposto sobre o rendimento pessoal decorrerá da situação concreta dos agregados familiares e das respetivas necessidades em matéria de, em especial, saúde, educação e formação, o que deve ser levado em consideração independentemente do nível de rendimento coletável.

MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA

DECLARAÇÃO DE VOTO

1. Divirjo do entendimento que fez vencimento quanto ao juízo constante da alínea *e*) da decisão, na vertente em que se decidiu não declarar a inconstitucionalidade das normas dos artigos 27.º (corte nos vencimentos de quem recebe com verbas públicas) e 78.º (contribuição extraordinária de solidariedade sobre pensões pagas a aposentados, reformados, pré-aposentados e equiparadas), ambos da Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro de 2013 (Lei do Orçamento do Estado para 2013), pelas razões que passo, sumariamente, a indicar.

2. Sem postergar a margem ampla de conformação do legislador democrático no domínio das políticas públicas e na escolha das orientações estratégicas que melhor permitam atingir o objetivo de consolidação orçamental, com reflexos na densidade do controlo da legitimidade constitucional da intervenção restritiva operada pela redução salarial estabelecida no artigo 27.º da Lei do

Orçamento do Estado para 2013, importa ter em atenção que a estabilidade e continuidade da retribuição integram o núcleo essencial da construção de um projeto de vida pessoal e familiar economicamente sustentável.

Ora, atingido o terceiro ano de ablação de parcela significativa do rendimento salarial de servidores públicos — e apenas deles — soma-se-lhe o forte agravamento da tributação, dissipando de forma acrescida o rendimento disponível, em muitas situações para níveis aquém do indispensável à satisfação de possíveis e naturais obrigações confiadamente assumidas em função do quantitativo remuneratório anterior, é bom sublinhar, estimuladas por políticas públicas e de supervisão no acesso ao crédito.

A valoração que fez vencimento quanto à apreciação da conformidade constitucional do artigo 27.º da Lei do Orçamento de Estado de 2013 louva-se, neste ponto, e com reafirmação do decidido no Acórdão n.º 396/2011, na excecionalidade da redução salarial de servidores públicos, sublinhando o seu caráter temporário e a instrumentalidade na satisfação — certa e segura — das obrigações internacionalmente assumidas pelo Estado Português, indispensáveis para assegurar — e manter — o fluxo de crédito soberano em termos financeiramente suportáveis.

É certo que a Lei do Orçamento de Estado de 2013 sofre as limitações e constrangimentos decorrentes das fortíssimas dificuldades financeiras por todos reconhecidas e obedece à vinculação assumida no Plano de Assistência Económica e Financeira (PAEF) celebrado com o Fundo Monetário Internacional, o Banco Central Europeu e a Comissão Europeia, no âmbito do qual são acordadas metas orçamentais bastante exigentes e com calendarização até 2014.

Mas não é menos certo que as vinculações e a incidência de limites sobre o défice orçamental e a dívida pública no plano europeu não se esgotam nesse plano de assistência económica e financeira balizado temporalmente. Essas condicionantes vinculativas decorrentes de fontes normativas a que Portugal se encontra adstrito, nos termos do artigo 8.º da Constituição, encontravam-se presentes há largos anos (artigo 104.º do TCE e 126.º do TFUE), antes do momento de assunção do quadro normativo decorrente do

PAEF em que se esteia a reiteração da medida de corte de vencimentos. E, permanecendo os fatores que determinam as necessidades de financiamento, mostra-se fundado antecipar que irão exigir esforços e sacrifícios para além do horizonte temporal do PAEF, com intensidade não inferior ao que nele se estipula.

Como, igualmente, no plano prospetivo, a partir do elevado montante atingido pela dívida pública, encontra cabimento ter em consideração a possibilidade de recurso a mecanismos de assistência recentemente erigidos no âmbito europeu, em especial, ao Mecanismo Europeu de Estabilidade (MEE). Nesse quadro, eventual, mantém-se a exigência de celebração de memorando de entendimento e formulação de plano de ajustamento (cf. artigos 13.º a 16.º do Tratado que instituiu o MEE, assinado em 2 de fevereiro de 2012).

Perante tal panorama, esperava-se que o legislador integrasse a medida numa estratégia de consolidação orçamental que conduzisse à sua reversão, finalizado o PAEF, com o mesmo grau de segurança e certeza em que se apoia a sua instituição. De acordo, aliás, com a natureza excecional e temporária (mesmo que plurianual) com que fora considerada no Acórdão n.º 396/2011, ou seja, como medida de consolidação orçamental *one-off*.

Porém, o relatório do Orçamento de Estado de 2013, não sinaliza qualquer programação de reversão do corte salarial, concretizadora da sua temporalidade (assim também aconteceu com o documento de estratégia orçamental 2012-2016, apresentado em Abril de 2012). Na verdade, e em formulação que se aproxima da estipulação unilateral de cláusula *cum potuerit*, condiciona a duração da medida (entenda-se, a sua reiteração em sucessivos orçamentos) à “verificação de um equilíbrio efetivo das contas públicas”, ao mesmo tempo que remete a sua abordagem para o domínio da “política de rendimentos” e de “racionalização dos custos com pessoal”. Ou seja, remete para o plano duradouro, como patamar remuneratório, perspectiva que não se altera com a possibilidade, até pelo efeito da erosão monetária, de se virem no futuro a atingir os níveis salariais nominais anteriores à ablação operada em 2011 e mantida no orçamento de 2012.

Assim sendo, mostra-se legítimo questionar a legitimidade constitucional de medida restritiva, que onera especialmente em

tempo de crise económica quem desempenha funções que implicam a percepção de remuneração através de verbas públicas — sem esquecer que no universo de afetados encontram-se sujeitos que desempenham atividade no sector empresarial do Estado em concorrência direta com empresas privadas — e se cumula já por três anos consecutivos, apoiado primacialmente na praticabilidade derivada da suscetibilidade direta e imediata da retenção da prestação pecuniária por parte do ente Estado, optando pela veste de Estado-empregador.

Independentemente do juízo formulado no Acórdão n.º 396/2011, nos parâmetros valorativos em que se moveu a Lei do Orçamento de Estado de 2011, quanto à introdução da medida do corte salarial dirigida apenas aos servidores públicos — categoria de pessoas cuja vinculação especial à prossecução do interesse público não pode significar a limitação da vida privada e familiar e habilitação a posição de desfavor na percepção de direitos de natureza patrimonial por referência a outros credores de prestações públicas —, não creio que se possa mais configurar esse sacrifício discriminatório, no terceiro ano de aplicação, e com funcionalização genérica e ambígua ao “equilíbrio efetivo das contas públicas”, como materialmente justificado. Não basta a sua apresentação como medida de política financeira basicamente conjuntural, de combate a uma situação de emergência, por definição passageira e de curto prazo. Como criteriosamente apontou o Conselheiro Vítor Gomes em declaração de voto aposta no Acórdão n.º 353/2012 “o decurso do tempo implica um acréscimo de exigência para o legislador no sentido de encontrar alternativas que evitem, com o prolongamento, que o tratamento diferenciado se torne claramente excessivo para quem o suporta”.

Não significa o que se vem de referir a defesa da desconformidade constitucional de qualquer redução salarial dos servidores públicos. Significa que a intervenção racionalizadora da despesa pública, enquanto tarefa dirigida à correção duradoura de desequilíbrios fortemente penalizadores da prossecução das finalidades do Estado, e que se afirma como plenamente fundada no quadro económico e financeiro em curso, não credencia constitucionalmente a medida restritiva em apreço, de repetida e cumulativa intervenção

discriminatória na chamada à participação (acrescida) de um conjunto de sujeitos no esforço de financiamento dos encargos públicos, contraídos para a satisfação de interesses que a todos pertencem, diferenciando-os negativamente face a outros com a mesma capacidade contributiva.

Por tais razões, entendo que o juízo de inconstitucionalidade, por violação do princípio da igualdade na repartição dos encargos públicos (artigo 13.º da Constituição), deveria incidir também sobre a norma do artigo 27.º da Lei do Orçamento do Estado para 2013.

3. Entendo que o mesmo juízo de inconstitucionalidade, por violação do princípio da igualdade na repartição dos encargos públicos, deve ser formulado quanto à norma constante do artigo 78.º da Lei do Orçamento de Estado para 2013, em que se institui medida designada como “contribuição extraordinária de solidariedade” (CES), incidente sobre pensões de reforma e de aposentação.

Em primeiro lugar, não oferece dúvida que a CES opera sacrifício acrescido sobre pensionistas e reformados, também onerados, como os demais contribuintes, com o aumento generalizado de impostos. Ora, não se vê que essa condição, em si mesma, justifique uma obrigação especial na satisfação dos encargos públicos e participação suplementar na correção de desequilíbrios orçamentais, tanto mais quando incidente sobre quem se encontra numa fase de vida que não permite procurar outras fontes de rendimento.

Não colhe, a meu ver, a justificação de que se trata de sacrifício equivalente às reduções salariais por parte de quem se encontra a beneficiar de verbas públicas e destinado a compensar o maior esforço orçamental com o sistema de segurança social na atual situação económica e financeira, desde logo porque a CES estende o seu âmbito de incidência a contribuintes cujas pensões não representam qualquer encargo para o orçamento da segurança social, como acontece com rendimentos proporcionados por planos de pensões criados por regimes previdenciais de iniciativa empresarial ou coletiva, geridos por entidades de direito privado ou cooperativo e até por entidades de direito público (caso da Caixa de Previdência dos Advogados e Solicitadores — CPAS). A medida abarca, assim, as pensões enquadráveis no primeiro e segundo

pilares do sistema da segurança social, o que a diferencia profundamente da medida com a mesma designação consagrada nos orçamentos de estado de 2011 e 2012.

Também não colhe outra fonte de legitimação, avançada no relatório do OGE, no sentido de que se procura atingir a correção de disfunções na percepção de pensões formadas sem a devida correspondência contributiva, vistas como indispensáveis para assegurar a sustentabilidade do sistema de segurança social, de acordo com princípios de auto-sustentabilidade, justiça e solidariedade intergeracional. Não se vê como poderá a CES, enquanto medida anual e de emergência, atingir esse objetivo duradouro, desde logo porque não diferencia, como esperado, entre quem auferiu pensão consolidada na sequência de mais de 30 ou 40 anos de contribuições e com ponderação da integralidade da carreira contributiva e outros beneficiários, cujas pensões não encontram apropriado lastro contributivo e sofrem de questionável justiça social, ao menos numa perspetiva diacrónica.

Igualmente, não se encontra fundamento comutativo bastante na intervenção ablativa em apreço, por efeito do princípio da equivalência na segurança jurídica ou do princípio de solidariedade de grupo. O aproveitamento da vantagem advinda da solidez do balanço da segurança social derivada do maior influxo de rendimentos durante o ano de 2013 não incide sobre os titulares de pensões em pagamento com intensidade significativamente acrescida relativamente aos demais sujeitos, beneficiários futuros, em particular se tivermos como referência aqueles que se encontram prestes a adquirir o direito a prestações do sistema previdencial.

A isto não se opõe a contribuição para a realização global de fim público de proteção social, pois trata-se de assegurar um direito de cidadania — direito à segurança social — que abrange inclusivamente quem para ela não pode contribuir e a todos pertence. Mesmo que o sistema assente numa lógica de repartição, e não de capitalização, a configuração atual da Lei de Bases da Segurança Social (lei n.º 4/2007, de 16 de janeiro) procura assegurar que o esforço solidário incida de forma diversa sobre as várias categorias de pessoas através do princípio da adequação seletiva das fontes de financiamento (artigo 90.º da Lei n.º 4/2007, de 16 de

janeiro, e Decreto-Lei n.º 367/2007, de 2 de novembro), de acordo com a natureza e objetivos a que obedece cada um dos sistemas e subsistemas instituídos, conjugado com a regra da contributividade. Ora, e como sublinha Sérgio Vasques, “[o] que o princípio da adequação seletiva das fontes de financiamento e a regra da contributividade significam, em suma, é que *constituindo embora a segurança social um direito que é de todos, não são as contribuições a cargo dos trabalhadores que financiam as prestações a que todos têm direito*” (*Princípio da Equivalência como Critério da Igualdade Tributária*, 2008, p. 185). Afastada que está a alteração da pensão — já formada — por parte quem efetue a prestação suplementar solidária representada pela CES — sem prejuízo da reconfiguração financeira global do sistema previdencial, garantindo a sua sustentabilidade — afigura-se-me claro que estamos perante financiamento que se afasta decisivamente do pressuposto e da finalidade do sistema de segurança social e que radica tão somente no alívio — anual — de parte de sistema que deverá ser suportada pelos impostos, ou seja, suportada por todos. Note-se que a consignação estipulada pela CES significa que haverá pensionistas chamados a participar no financiamento de subsistema ao qual nunca pertenceram nem podiam pertencer (CGA).

Neste quadro, falece a evidência de relação comutativa que permita considerar a CES, unitariamente considerada, como contribuição especial para-fiscal incidente sobre pensionistas e reformados, em especial sobre pensionistas e reformados pertencentes tanto ao sistema previdencial como ao sistema complementar, incluindo os regimes complementares administrados por entidades não públicas. Mesmo que se possa descortinar relação sinalagmática indireta — o que tenho como muito duvidoso relativamente ao âmbito subjetivo do n.º 3 do artigo 78.º da Lei do Orçamento de Estado para 2013 — afigura-se-me que esse nexos difuso aproxima a CES das contribuições para a segurança social por parte das entidades patronais, pelo seu acentuado carácter unilateral, relativamente às quais é reconhecida a sua equiparação aos impostos (cfr. Casalta Nabais, *Direito Fiscal*, 7.ª edição, 2012, pp. 586 e 587 e Nazaré da Costa Cabral, *Contribuições para a Segurança Social: Um imposto que não ousa dizer o seu nome*, Estudos em Homena-

gem ao Prof. Doutor Sérvulo Correria, IV, 2010, p. 291 a 297, estendendo essa equiparação às várias espécies de contribuições para a segurança social).

Ficamos, assim, perante intervenção situada no plano da receita, encarando o valor da pensão (ou da sua soma, em caso de pluralidade de prestações, nos termos do n.º 5 do artigo 78.º Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro de 2013) como índice da capacidade contributiva e sujeita às exigências jurídico-constitucionais incidentes sobre os impostos. Aliás, na nota enviada ao Tribunal Constitucional, o proponente da medida admite raciocinar nesses termos, pugnando pela sua consideração como “adicional ao imposto sobre o seu rendimento, instituído em benefício da Segurança Social” (cf. p. 50).

Ora, enquanto intervenção tributária com natureza equivalente de imposto, a CES não respeita a igualdade horizontal, fazendo sujeitos com iguais recursos participar de forma bem diferente no reequilíbrio do sistema de segurança social, consoante se encontrem a beneficiar de pensões ou auferirem rendimentos de outras categorias. Não se vê o que legitima materialmente tributar os rendimentos de aposentados e reformados em termos largamente majorados relativamente a outros rendimentos, como por exemplo os acréscimos patrimoniais injustificados inferiores a €100.00, sujeitos às taxas normais de IRS (artigo 72.º, n.º 11, do CIRS).

Em suma, considero que a norma do artigo 78.º da Lei do Orçamento de Estado para 2013, na medida em que configura oneração discriminatória dos pensionistas, reformados, pré-aposentados e equiparados na satisfação dos encargos com a diminuição do défice público sem fundamento legitimador, viola o princípio da igualdade, na vertente da igualdade tributária (artigo 104.º, n.º 1, em conjugação com o artigo 13.º, ambos da Constituição), pelo que me pronunciei pela declaração da sua inconstitucionalidade, com esse fundamento.

FERNANDO VAZ VENTURA

DECLARAÇÃO DE VOTO

Vencidos quanto às alíneas *a)*, *b)* e *c)* da decisão pelas seguintes razões essenciais:

1. A questão que o Tribunal tem agora que resolver não é a *mesma questão* que se lhe colocou em 2012. Por um lado, o contexto externo que condicionou a elaboração do orçamento no ano de 2013 apresenta, face a anos anteriores, especificidades que não podem ser negligenciadas na construção de juízos de conformidade ou de desconformidade constitucional; por outro, a solução que o legislador encontrou para fazer face a essas especificidades — e para assim prosseguir, de acordo com a sua própria representação do interesse público, o imperativo da consolidação orçamental — é também substancialmente diversa da dos anos anteriores. Isto mesmo o reconhece o Acórdão de que dissentimos. Ao enquadrar previamente o caminho argumentativo que seguiu, o Tribunal não deixou de salientar as novas exigências (nomeadamente quando ao *deficit*) que se deparavam ao legislador orçamental em 2013, e de referir a diversidade de medidas do lado da receita (que incluem receitas outras que as não provenientes apenas dos rendimentos do trabalho) que o mesmo legislador estabeleceu em ordem a satisfazer aquelas exigências. A maioria, ao formular o juízo de inconstitucionalidade, por violação do princípio da igualdade, das normas constantes dos artigos 29.º e 77.º da Lei nº 66/B/2012, não deixou portanto de reconhecer a *diferença específica* que caracteriza a questão agora colocada ao Tribunal; no entanto, não retirou desse reconhecimento as consequências que, em nosso entender, seriam devidas. Por isso — e não obstante termos partido de premissas semelhantes à que foram adotadas pela argumentação maioritariamente seguida — não pudemos subscrever a conclusão final a que, com tal argumentação, se chegou.

2. Duas ideias essenciais parecem sustentar o juízo de inconstitucionalidade que, quanto a estas normas (e por violação do princípio da *igualdade*) o Tribunal formula.

A primeira é a de que, não obstante o acréscimo, no Orçamento do Estado para 2013, das medidas do lado da receita (que, aumentando a intensidade da carga fiscal incidente sobre todos e cada um dos contribuintes, aumentou também o grau de *universalidade* dos sacrifícios exigidos), sobre os funcionários e pensionistas que percebem por verbas públicas continua a impender um encargo especial, na medida em que, somando o encargo geral que também sobre eles recai (nomeadamente o decorrente do aumento da carga fiscal), com o sacrifício total ou parcial do pagamento do subsídio referente ao 14.º mês, esta categoria de cidadãos *continua a ser chamada a contribuir* para o esforço coletivo de consolidação orçamental em *grau comparativamente maior* ao de todos os outros.

A segunda ideia essencial é a de que *esse grau maior de esforço*, que o legislador persiste em exigir desta precisa categoria de cidadãos, comporta ainda (como se entendeu que comportava em 2012) uma violação do *princípio da igualdade proporcional*, princípio esse que terá a sua *sedes materiae* no artigo 13.º da CRP.

3. Não discutimos a premissa segundo a qual o Tribunal, ao efetuar o juízo de igualdade que lhe pede o artigo 13.º, está habilitado tanto a escrutinar a *racionalidade do fundamento*, invocado pelo legislador, para conferir a diferentes grupos de cidadãos tratamentos jurídicos diversos, quanto a, mais intensamente, escrutinar ainda a *medida da diferença* que é imposta, e a sua adequação ou razoabilidade face ao fundamento invocado. Concordamos que a Constituição, ao dispor que *todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei*, pede ao Tribunal este duplo escrutínio, e que tal exige que a jurisdição constitucional efetue um controlo mais intenso das escolhas do legislador do que aquele que seria efetuado, caso o “objeto de exame” se restringisse à *racionalidade ou inteligibilidade do fundamento invocado para justificar a diferença*. Além disso, concordamos ainda que o “acréscimo de intensidade de controlo” que, por esta via, é exigido à jurisdição constitucional, deve fazer-se (e só pode fazer-se) por intermédio da aplicação do princípio da proporcionalidade. O juízo quanto à *razoabilidade da medida da diferença — a crescer quanto ao juízo relativo à racionalidade ou inteligibilidade da sua própria*

razão de ser — é um juízo que só pode fazer-se utilizando os instrumentos que os “testes” da proporcionalidade conferem ao Tribunal. Nisto consiste, segundo entendemos, o princípio da *igualdade proporcional*.

No entanto, a intensidade do escrutínio que a aplicação deste princípio confere ao Tribunal não é fixa, antes variando de acordo com as matérias legisladas. Matérias há em que a intensidade do escrutínio é, e não pode deixar de ser, de grau particularmente elevado. E tal ocorrerá sempre que o legislador estabelecer diferenças entre as pessoas *com base em razões, ou critérios*, que, à partida, a Constituição exclui que possam servir para fundamentar tratamentos diversos, quaisquer que eles sejam. Nestas circunstâncias, o escrutínio do tribunal será seguramente severo, cabendo ao legislador a demonstração da “bondade” da sua escolha. Fora destas *matérias*, porém, o juízo de igualdade proporcional manter-se-á (como sempre o tem dito o Tribunal) como um *juízo de controlo externo das ações do legislador, que pode conduzir à invalidação de escolhas legislativa que sejam à evidências desrazoáveis — quer no seu fundamento quer na sua medida —, mas que não leva, nem pode levar, a que o Tribunal se coloque na situação do legislador, escolhendo em vez dele a melhor solução*.

4. A Constituição não veda, à partida, que se estabeleçam diferenças entre os cidadãos que percebem por verbas públicas e os outros, sempre que estão em causa (como o estão agora) *razões de diferenciação* dotadas do peso constitucional que detêm aquelas que se relacionam com os imperativos de consolidação orçamental. Isso mesmo o reconheceu o Tribunal no Acórdão n.º 396/2011. Assim sendo, a *matéria* sobre a qual, no caso, incide o juízo do Tribunal não pertence seguramente ao grupo daquelas que requerem a adoção do mais severo ou intenso escrutínio jurisdicional. Dizendo de outro modo: a *matéria* sobre a qual, no caso, incide o juízo do Tribunal não pertence ao grupo daquelas em que, por exigência da Constituição, *se devolve ao legislador o ónus da demonstração da “bondade” das suas escolhas*.

É tendo em conta este dado, para nós impostergável, que se deve recordar o modo pelo qual o Tribunal — nas circunstâncias

anteriores em que foi chamado a sindicat a constitucionalidade de normas do orçamento do Estado — aferiu o critério de aplicação do princípio da *igualdade proporcional*.

5. Tanto no Acórdão n.º 396/2011 quanto no Acórdão n.º 353/2012 foi o princípio densificado através de um duplo teste, que incidu em especial sobre o modo de aferição da “medida da diferença”. Com coerência argumentativa, o Tribunal começou por averiguar da razão ou do fundamento da diferença estabelecida pelo legislador entre os cidadãos que eram alvo das medidas de redução remuneratória e os outros, que do âmbito de aplicação dessas medidas estavam excluídos. Depois, averiguou da *medida da diferença*, e da sua *proporcionalidade*. Para tanto, usou um duplo teste: (i) o de saber se, à *evidência*, podiam as medidas escolhidas pelo legislador (as reduções remuneratórias) ser tidas como *dispensáveis*; (ii) o de saber se elas se continham ainda dentro dos *limites do sacrifício* (imposto a quem era chamado a contribuir para os encargos públicos). Poderemos designar este *standard* de julgamento como contendo o *teste negativo da não evidência da dispensabilidade e o teste positivo da contenção dentro dos limites do sacrifício*. Na verdade, através dele o Tribunal fixou o seu próprio *standard*: os encargos especiais impostos pelo legislador seriam ainda conformes à Constituição conquanto, cumulativamente, não fosse evidente a sua dispensabilidade (teste negativo); e se contivessem ainda tais encargos no âmbito da “justa medida da diferença” ou dos “limites do sacrifício” (teste positivo).

Foi por, em 2011, se terem confirmado ambos os testes — na medida em que a primeira questão recebeu resposta negativa e a segunda resposta positiva — que se chegou a um juízo de não inconstitucionalidade. Mas já em 2012 o Tribunal respondeu afirmativamente à segunda questão. Tendo em conta a natureza logicamente cumulativa que os estalões dos dois testes apresentam, tal conduziu, inevitavelmente, ao juízo de inconstitucionalidade.

É este juízo que agora se repete, e é dele que dissentimos.

6. Na verdade, e ao contrário da maioria, não cremos, nem que possa dar-se resposta positiva à questão de saber se as medidas

legislativas são, à evidência, dispensáveis, nem que possa dar-se resposta negativa à questão de saber se os encargos se incluem ainda nos “limites do sacrifício”. Face às circunstâncias específicas que rodeiam o problema colocado ao Tribunal em 2013, estamos convictos de que tais respostas não podem assertivamente ser dadas.

Dois argumentos essenciais parecem fundar a posição contrária assumida pela maioria. De acordo com o primeiro, ao aumentar a carga fiscal, e logo, a *universabilidade* dos encargos (que passam assim a ser repartidos de forma mais generalizada por todos os contribuintes) mas ao persistir em sobrecarregar *adicionalmente* os que recebem por verbas públicas, o legislador estará a *desconsiderar* a igualdade “*externa*” que une tanto uns como outros cidadãos, excedendo com isso a *justa medida* em que se deveria comportar o sacrifício sofrido pelos trabalhadores públicos e pensionistas. De acordo com o segundo argumento, a persistência da medida no tempo, por mais do que um só exercício orçamental, teria retirado força persuasora à ideia segundo a qual *só* essa medida seria eficaz para responder às urgências da consolidação.

A nosso ver, nenhum destes argumentos pode ser demonstrado.

Através do primeiro — que serve para que se responda negativamente à questão de saber se a medida legislativa se inclui ainda nos “limites do sacrifício” — o Tribunal atribuiu-se uma competência (de aferir a “justa medida” da diferença a partir de uma situação de igualdade *a priori* que considera como um dado vinculante) que, segundo cremos, deveria caber ao legislador. É que, como já vimos, não é este um domínio em que a Constituição proíba *a priori* o estabelecimento de diferenças entre as pessoas, seja tendo em linha de conta o seu *critério* (pagos ou não pagos por verbas públicas), seja tendo em linha de conta o seu *fim* (redução da despesa pública por razões de equilíbrio orçamental). Por seu turno, através do segundo argumento — que serve para responder positivamente à questão da *evidência da dispensabilidade da medida* — o Tribunal, a nosso ver, fundou-se num dado que é *jurisdicionalmente* indemonstrável.

Ainda que, em tese, se pudesse sustentar que a perdurabilidade, no tempo, das medidas de suspensão do pagamento de subsí-

dios a quem recebe por verbas públicas faria acrescer as responsabilidades do legislador no encontrar de soluções alternativas (menos gravosas para aquela categoria de cidadãos) nem por isso se pode concluir, no *presente contexto orçamental*, que o legislador incumriu à *evidência* aquela responsabilidade.

VÍTOR GOMES, PEDRO MACHETE, MARIA JOÃO ANTUNES,
JOSÉ CUNHA BARBOSA, MARIA LÚCIA AMARAL

ANOTAÇÃO

Pelo Prof. Doutor Luís Manuel Teles de Menezes Leitão

1. Desde a vigência da crise financeira que os orçamentos de Estado vivem numa permanente tensão constitucional, demonstrando que um Estado falido não hesita em recorrer a todos os meios para obter receita ou cortar despesa, mesmo que esses meios afrontem claramente a Constituição. Lamentavelmente, no entanto, essa atitude tem contado com a complacência do Tribunal Constitucional, que legitimou sucessivamente os cortes de salários. Primeiro no Acórdão 396/2011 declarou perfeitamente constitucional o corte de salários que tinha sido realizado no Orçamento para 2011. No ano seguinte, perante a insistência e brutal agravamento da medida, no Acórdão 353/2012 decidiu pela primeira vez declarar a sua inconstitucionalidade, mas fê-lo de forma tímida, recusando-se, de forma claramente inconstitucional, a aplicar as consequências da inconstitucionalidade que tinha decretado. Para espanto de toda a comunidade jurídica, o Acórdão 353/2012 acabou assim por ser apenas um pedido ao Governo para que não repetisse a medida de corte de subsídios no ano seguinte, uma vez que estaria a discriminar demais os funcionários, para além do que o Tribunal acharia razoável. O Governo respondeu devolvendo um subsídio em duodécimos no ano seguinte, mas aumentando de tal forma a tributação, que os funcionários públicos e pensionistas ainda ficavam em pior situação. Como o Governo não seguiu o seu pedido, o Tribunal Constitucional decretou essa medida inconstitucional. No

entanto, perante uma inconstitucionalidade bastante mais grave, como é a da contribuição extraordinária de solidariedade (CES), o Tribunal Constitucional considera-a constitucional, mais uma vez claramente ao arpejo da esmagadora maioria da doutrina.

2. Numa obra célebre, GÜNTHER TEUBNER escreveu que “o Direito determina-se a ele mesmo por auto-referência, baseando-se na sua própria positividade”(1). A seu ver, “o Direito constitui um sistema autopoietico de segundo grau, autonomizando-se da sociedade enquanto sistema autopoietico de primeiro grau graças à constituição auto-referencial dos seus próprios componentes sistémicos e à articulação destes num hiperciclo”(2). No nosso sistema jurídico está, porém, a criar-se um sistema autopoietico de terceiro grau, uma vez que a jurisprudência do Tribunal Constitucional ameaça autonomizar-se do Direito Constitucional vigente, assumindo as dimensões da auto-referência referidas na obra de TEUBNER, como sejam a auto-observação, a auto-constituição e a auto-reprodução. Conforme refere este autor, o grau de autonomia de um sistema “é determinado, em primeira linha, pela definição auto-referencial dos seus componentes (**auto-observação**), adicionalmente pela incorporação e utilização operativa no sistema dessa auto-observação (**auto-constituição**) e, finalmente, pela articulação hipercíclica dos componentes sistémicos auto-gerados, enquanto elementos que se produzem entre si numa circularidade recíproca (**autopoiesis**)”(3).

Ora, e conforme se vê claramente por este acórdão as referências ao texto constitucional e às posições da doutrina são sistematicamente elididas, sendo o acórdão uma reiteração sucessiva de posições anteriormente assumidas pelo próprio Tribunal Constitucional. Verifica-se assim a denominada *auto-observação*, uma vez que o Tribunal Constitucional utiliza uma definição auto-referen-

(1) Cfr. GÜNTHER TEUBNER, *O Direito como Sistema Autopoietico* (trad.de J. Engrácia Antunes da obra alemã *Recht als autopoietisches System*, 1989), Lisboa, F.C.G., 1993, p. 2.

(2) Cfr. TEUBNER, *op. cit.*, p. 53.

(3) Cfr. TEUBNER, *op. cit.*, p. 68.

cial para chegar à sua decisão, construindo-a partir das decisões que foi sucessivamente tomando.

Para além disso, ocorre a *auto-constituição*, uma vez que a jurisprudência do Tribunal Constitucional torna-se insensível aos *inputs* do exterior, uma vez que a sua constituição se dá internamente. O Tribunal Constitucional reproduz continuamente as suas anteriores decisões, colocando em *copy-paste* como fundamentação da decisão dos seus acórdãos o que decidiu em acórdãos anteriores, numa espécie de precedente interno que nem no sistema da *common law* vigora, e que se sobrepõe às intervenções do poder constituinte e à interpretação da doutrina sobre o texto constitucional vigente. Verificou-se, por exemplo, que nem a alteração da Constituição a proibir expressamente a retroactividade das leis fiscais teve o efeito de alterar a jurisprudência permissiva do Tribunal Constitucional nesta matéria.

E finalmente atingimos a *autopoiesis*, quando o sistema articula os seus próprios elementos entre si construindo um hiper-ciclo fechado a interferências externas, como seja o próprio Direito Constitucional vigente. Na verdade, o que os sucessivos acórdãos do Tribunal Constitucional têm produzido é um novo enquadramento constitucional altamente vago e permissivo, totalmente contrário à rigidez do texto constitucional que os constituintes deixaram e que deveria ser aplicado pelo Tribunal Constitucional.

O país vive assim neste momento com duas Constituições: a Constituição vigente de acordo com o Direito Português, que foi aprovada pela Assembleia Constituinte e revista pelo Parlamento (e à qual se deveria submeter o Estado) e a jurisprudência vaga e complacente do Tribunal Constitucional, um subsistema autónomo dentro deste Direito, mas que, no entanto, tem permitido aos órgãos de soberania libertarem-se dos contrangimentos constitucionais existentes. Depois de o Tribunal Constitucional permitir os impostos retroactivos, o Estado não parou de os lançar. Depois de o Tribunal Constitucional permitir os cortes de salários, os mesmos foram ainda mais aumentados no ano seguinte. E agora, com esta decisão de permitir uma contribuição extraordinária de cariz confiscatório sobre as pensões, multiplicam-se os anúncios de a transformar em permanente ou de proceder por outra via a profundos

cortes nas pensões. Não admira assim que no debate sobre a constitucionalidade de qualquer medida, cada vez se refira menos o que diz o texto da Constituição e cada vez se fale mais do que foi ou vai ser decidido pelo Tribunal Constitucional.

3. O Acórdão em análise é um exemplo típico desta realidade. A nossa Constituição tem normas sobre a protecção da propriedade (art. 62.º, n.º 1, da Constituição), o direito à retribuição do trabalho (art. 59.º, n.º 1, *a*)), o direito à segurança social (art. 63.º), e o sistema fiscal (arts. 103.º e ss.). Ora, verifica-se que um orçamento que corta salários e pensões e viola as regras relativas ao sistema fiscal é parcialmente declarado inconstitucional, mas para o Tribunal Constitucional está em perfeita conformidade com todas estas normas da Constituição. O único pecado que o Orçamento tem é violar os princípios da igualdade e da proporcionalidade, consoante o juízo do que o próprio Tribunal faz sobre a medida em que estes princípios podem ser violados, e mais importante ainda, de acordo com o que o Tribunal declarou em anteriores decisões.

4. Assim, relativamente às normas da Lei 66-B/2012, de 31 de Dezembro (Lei do Orçamento de Estado para 2012) que estabelecem a manutenção da redução remuneratória e suspendem total ou parcialmente o pagamento do subsídio de férias ou equivalente (artigos 27.º e 29.º), o Tribunal Constitucional insiste, transcrevendo o seu acórdão 396/2011, numa questão absolutamente irrelevante que é a de discutir se as suspensões são temporárias ou definitivas, como se a inconstitucionalidade do confisco de salários e pensões estivesse dependente de o mesmo não se repetir em anos seguintes. O Tribunal Constitucional considera, porém, mesmo passados três anos que *“persistem as razões que, no contexto normativo subjacente ao 19.º, n.º 1, da Lei n.º 55-A/2010, de 31 de dezembro, conduziram o Tribunal a não pôr em causa o seu carácter transitório e temporário”*. As inúmeras insolvências das pessoas singulares que ocorreram durante estes três anos em consequência desta decisão também devem ser vistas como transitórias e temporárias.

5. Já relativamente à norma do art. 105.º, n.º2, da Constituição que manda elaborar o Orçamento tendo em conta as obrigações decorrentes de lei e contrato, o Tribunal Constitucional, embora reconhecendo que os encargos com os funcionários públicos e pensionistas integram as normas decorrentes de lei ou de contrato chega à conclusão que *“essa norma não é aqui autonomamente convocável”*. Quando se questiona porquê afirma-se que *“[a] resposta às questões de constitucionalidade suscitadas quando à redução de remunerações e à suspensão do subsídio de férias não depende, em absoluto, do disposto no n.º 2 do artigo 105.º da Constituição, pelo que a alegação de violação dessa norma não tem pertinência de fundamentação do pedido de declaração de constitucionalidade”*. Ou seja, o Tribunal Constitucional recusa que uma norma constitucional de onde resulta claramente que o Estado não pode usar a lei orçamental para elidir as obrigações que previamente assumiu seja vector de decisão para a redução de remunerações, substituindo assim o texto da Constituição pela sua própria jurisprudência.

6. Da mesma forma que para o Tribunal Constitucional não é aplicável o art. 105.º, n.º 2, da Constituição ao Orçamento de Estado também não lhe é aplicável a Constituição fiscal quando se trata obter financiamento para o Estado por via dos cortes salariais. O Tribunal Constitucional afirma que para se aplicar a Constituição Fiscal teríamos que estar perante um imposto ou perante um tributo parafiscal, reconhecendo que existe doutrina que o sustenta. Resolve, no entanto, a questão dizendo que *“essa não foi, todavia, a orientação seguida por este Tribunal nos acórdãos n.os 396/2011 e 353/2012, respetivamente”*. Ou seja, basta que o Tribunal Constitucional não tenha seguido essa orientação em acórdãos anteriores para que a Constituição fiscal não se possa mais aplicar a uma medida que preenche todas as características de um imposto. Mesmo que formalmente se pudesse sustentar que o não fosse, a verdade é que por analogia teria que estar sujeitas às mesmas normas da Constituição. E assim, mais uma vez o que o Tribunal Constitucional faz é desaplicar normas da Constituição sustentando que *“[a] norma constante do artigo 104.º, n.º 1, da Consti-*

tuição [...] não serve, por isso, como parâmetro autónomo de constitucionalidade". Resta saber se haverá presentemente uma única norma da Constituição que para o Tribunal Constitucional possa servir como parâmetro autónomo de constitucionalidade.

7. Em relação à violação do direito à retribuição, violação óbvia em virtude de o art. 59.º, n.º 1, *a*) da Constituição garantir o nexó sinalagmático entre a retribuição e o trabalho, o Tribunal Constitucional volta mais uma vez a negar a evidência. Nem se dá ao trabalho de refutar as afirmações incorrectas que fez no Acórdão 396/2011, ao considerar que a irredutibilidade das retribuições só está prevista na lei ordinária e mesmo assim não em termos absolutos, já que nalguns casos se admite a redução da retribuição. Conforme tivemos ocasião de salientar em anotação a esse acórdão, não há nenhuma disposição da lei ordinária que permita reduzir a retribuição sem reduzir concomitantemente o trabalho. O Tribunal Constitucional resolve, no entanto, efectuar um longo *copy-paste* do seu Acórdão 396/2011, extremamente infeliz nesta matéria, limitando-se a dizer que “[n]ão há razões para afastar este entendimento, expresso no acórdão n.º 396/2011, quanto à não atribuição de estatuto *jusfundamental* ao direito à irredutibilidade de prestação, nem como direito autónomo, materialmente constitucional, nem como uma dimensão primária do direito fundamental à justa retribuição consagrado na alínea *a*) do n.º 1 do artigo 59.º, da Constituição”. A retribuição pode ser assim livremente reduzida, provavelmente até atingir o salário zero, sem que nenhuma norma da Constituição laboral o impeça. Ora, sabendo-se que a garantia do direito à retribuição constitui o núcleo essencial dos direitos fundamentais do trabalhador, resta saber para quê os nossos constituintes se teriam dado ao trabalho de inserir no texto constitucional uma Constituição laboral se nem sequer se incomodaram a tutelar esse direito.

8. O Tribunal Constitucional acaba, porém, por declarar a inconstitucionalidade do corte de subsídios com fundamento numa curiosa formulação do princípio da igualdade. Insiste na sua tese peregrina, expressa no Acórdão 396/2011, de que quem recebe por

verbas públicas não está em posição de igualdade com os demais cidadãos, pelo que pode, ao contrário destes, ver os seus salários cortados. No entanto, numa inversão do *Animal Farm*, de George Orwell, onde todos eram iguais mas havia alguns mais iguais que outros, acha que os funcionários públicos podem ser tratados de forma desigual, mas não tão desigual. Assim, por considerar que se ultrapassou o limite das desigualdades que está disposto a admitir — sem nunca esclarecer qual é esse limite — o Tribunal Constitucional acaba por declarar a inconstitucionalidade da medida. Com tantas normas da Constituição a vedar claramente esta medida, só o recurso ao princípio da igualdade, aplicado de forma vaga, é que permitiu decretar essa inconstitucionalidade.

9. Mas, em relação aos pensionistas nem o princípio da igualdade os conseguiu salvar. O Tribunal Constitucional nega, totalmente ao arrepio das posições do Tribunal Constitucional alemão e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, que as pensões estejam incluídas na garantia constitucional do direito de propriedade, admitindo que podem ser livremente reduzidas, à semelhança do que entende ocorrer com o salário, considerando, no entanto, que a suspensão em 90% do seu subsídio de férias viola igualmente o princípio da igualdade. Mas já em relação à contribuição extraordinária de solidariedade, um verdadeiro imposto de classe e que atinge níveis confiscatórios, o Tribunal Constitucional chega à extraordinária conclusão que, por se tratar de uma *contribuição para a Segurança Social*, a mesma “*não está sujeita aos princípios tributários gerais, e designadamente aos princípios da unidade e da universalidade do imposto, não sendo para o caso mobilizáveis as regras do artigo 104.º, n.º 1, da Constituição relativas ao imposto sobre o rendimento pessoal*”. A Constituição Fiscal é assim sucessivamente comprimida pelo Tribunal Constitucional, que legitima o Estado a lançar sucessivos novos tributos em relação aos quais a mesma é declarada inaplicável.

E quanto ao princípio da igualdade, este também não é aplicável aos reformados, porque “*os pensionistas afetados pela medida não se encontram na mesma situação de qualquer outro cidadão, justamente porque são beneficiários de pensões de reforma ou de*

aposentação e de complementos de reforma, e é a sua distintiva situação estatutária que determina a incidência da CES, como medida conjuntural". Por este critério, todos os impostos de classe são admissíveis para o Tribunal Constitucional pelo facto óbvio que quem pertence à classe não está na mesma situação dos cidadãos que a ela não pertençam.

E o Tribunal Constitucional não hesita sequer em declarar a admissibilidade desta verdadeira tributação confiscatória que incide sobre as pensões, considerando que *"as taxas adicionais de 15% e 40% são aplicadas só a partir de rendimentos especialmente elevados e deixam ainda uma margem considerável de rendimento disponível, e — como se referiu já — revestem carácter transitório e excepcional, não se afigura que se lhes possa atribuir carácter confiscatório"*.

10. Dispõe o art. 204.º da Constituição que "nos feitos submetidos a julgamento não podem os tribunais aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados". Perante o surgimento de uma jurisprudência do Tribunal Constitucional, que constitui um sistema autopoiético próprio dentro do nosso Direito Constitucional, resta saber se os restantes Tribunais aplicarão o texto constitucional vigente ou esta jurisprudência vaga e complacente do Tribunal Constitucional.

Jurisprudência
dos Conselhos

VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 83.º, 85.º, N.º 2,
A), 86.º, A), 92.º, N.º 2, 93.º, N.º 2, 95.º, N.º 1, B),
TODOS DO ESTATUTO DA ORDEM DOS
ADVOGADOS APROVADO PELA
LEI N.º 15/2005, DE 26 DE JANEIRO

Processo n.º 90/2008-CS/D
de 14 de Dezembro de 2012

Relator: Leopoldo Carvalhaes

Sumário:

Violou, de modo grave, os artigos 83.º, 85.º, n.º 2, a), 86.º, a), 92.º, n.º 2, 93.º, n.º 2, 95.º, n.º 1, b), todos do Estatuto da Ordem dos Advogados aprovado pela Lei n.º 15/2005, de 26 de Janeiro, o advogado que (i) praticou atos judiciais e iniciativas administrativas inúteis, (ii) deu conselho enganador e objectivamente errado quanto a custas judiciais, (iii) instaurou ação em tribunal incompetente em razão de matéria, o que fez contra lei expressa e incontroversa, (iv) tratou o assunto que lhe foi confiado com negligência, retardando a propositura da ação sem justificação válida, instaurando-a de forma deficiente e no limite da prescrição e (v) quando confrontado com a declaração de incompetência absoluta, não adoptou qualquer medida para obviar à prescrição eminente, permitindo assim que o direito da sua cliente se extinguisse por facto apenas a ele imputável. (vi) Enganou a cliente, omitindo durante cerca de um ano que os factos estavam já prescritos e (vii) após a

prescrição, continuou a prestar serviços, inúteis, e a cobrar os correspondentes honorários, causando com a sua descrita conduta prejuízos elevados à participante.

Relatório Final

1. Relatório

Em 31/07/2008, pela entrada n.º, M. participou do Senhor Dr. A., imputando-lhe actuação negligente, má prática profissional, prestação de informação errada quanto a custas que a fez incorrer em prejuízos e omissão de informação na questão que lhe confiou e que se prendia com acção judicial a instaurar em caso de negligência médica ocorrido em 1993 no Hospital.... .

Por despacho de 31/08/2008, do Presidente do Conselho Superior, foi a participação autuada como Processo disciplinar e distribuído em 05.09.2008.

Notificado o senhor advogado arguido da instauração do processo em 17-10-2008, veio o mesmo arguir a falta dos 54 documentos integrados a fls. 15 a 425 e que não haviam acompanhado a participação. Mais requerendo nova notificação para se pronunciar. Pedido que foi satisfeito pela notificação de 19-02-2009, a fls. 434.

O Senhor Advogado arguido pronunciou-se em 24-03-2009, como consta de fls. 435 a 450, pugnando pela inexistência de ilícito disciplinar e conclui pedindo o arquivamento dos autos.

A fls. 453 a 459 foi deduzida acusação, de que o arguido foi notificado em 13/10/2010, por violação dos artigos 83.º, 85.º n.º 1, 92.º, n.º 1 e 2, 93.º n.º 2 e 95 n.º 1, *b*) e *e*), todos do E.O.A. Acusação que se dá por integralmente reproduzida.

O Senhor Advogado arguido apresentou defesa em 2/11/2010, cujo teor aqui se dá por reproduzido (fls. 483 a 497), *(i)* suscitando a nulidade da própria acusação, por não ser possível, diz, discernir os comportamentos ditos infringidos; *(ii)* subsidiariamente, relatando a sua versão dos factos e concluindo pela inexistência de infração.

Em consequência do termo do mandato foi o processo redistribuído ao Exm.º Senhor Vice-Presidente Dr. Rodolfo Lavrador que se declarou impedido, por ter participado na deliberação que negou laudo no processo em que se discutiam os honorários que o senhor advogado arguido fixara precisamente no processo que está na origem deste processo disciplinar. Razão que determinou nova redistribuição. Foi então o processo concluso ao actual ao subscritor deste Relatório final em 09-06-2011.

Por despachos de 19-09-2012, notificado ao senhor advogado arguido em 07-11-2011, foi (i) deferida a arguição e declarada a nulidade da acusação de fls. 453, da notificação de fls. 460 e da defesa de fls. 483 a 497, por violação do art. 148.º do EOA e 46.º do Regulamento disciplinar de 2002, em vigor à data da arguição. (ii) Foi também ordenada a notificação ao senhor advogado arguido do documento de fls. 461 a 482.

Foi ainda ordenada a renumeração do Vol. II em contínuo.

Por despacho de 05-12-2011, foi deduzida nova **acusação** — fls. 513 a 519 — com o seguinte teor:

- 1. Em Julho de 2004, a participante M.... consultou o arguido a fim de se aconselhar quanto à viabilidade de demandar judicialmente os responsáveis por ato cirúrgico praticado com negligência no Hospital em 29.II.1993.*
- 2. Como diligência prévia à ação cível de indemnização, o arguido sugeriu a consulta do processo no Hospital para instruir o processo.*
- 3. Ato contínuo a participante apresentou o pedido ao Hospital...., por requerimento de 12 de Agosto de 2004.*
- 4. Em face da resposta do Hospital que estribando-se no disposto no art. 8.º, n.º 3 da Lei n.º 65/93, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 94/99, apenas admitia a consulta do processo clínico se efectuada por médico a indicar pela participante, a consulta à intermediação de médico a indicar pela participante, o arguido apresentou*

queixa junto da Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos (CADA) em 15.09.1994.

5. *Notificado 23.09.2004 do parecer da CADA que sufragava o mesmo entendimento do Hospital.... com a mesma fundamentação, o arguido intentou processo de intimação do Hospital.... junto do TAF de, que por sentença de 29.11.2004, indeferiu as pretensão com o mesmo fundamento.*
6. *Por sugestão do arguido a participante consultou então a Senhora Dr^a. R..... que consultou o processo clínico e produziu o relatório em Novembro de 2005 para suporte da ação.*
7. *Em 17 de Maio de 2006, no exercício do mandato que lhe fora confiado, o arguido redigiu e apresentou à participante uma explicação sobre o funcionamento das taxas de justiça devidas pelo impulso processual e as custas.*
8. *Em tal exposição, escreveu que “de acordo com o artigo 73.º-B do Código das Custas Judiciais, se o valor da ação for para além dos 250.000 Euros, o excesso não é considerado para efeito do cálculo do montante da taxa de justiça do processo.” e que a taxa máxima devida pela propositura da ação estava limitada a 1.068,00 Euros.*
9. *No que se refere às custas, o arguido apresentou um esquema da regra de decaimento, partindo da hipótese do valor da ação ser 250.000.00€.*
10. *O arguido não referiu à participante que tal regra era privativa da jurisdição administrativa e que se a ação corresse nos tribunais civis, as custas eram proporcionais ao valor do pedido de indemnização, por escalões e sem limite.*
11. *Principalmente, o arguido não informou a participante que até 250.000.00€ a taxa de justiça, era de 12 Unidades de conta (UC's), mas para cada parte, sendo no total de 24UC's.*

12. *O arguido não informou a participante que na jurisdição civil, em ações de valor superior a 250.000,00€, acrescentam 5UC's por cada 25.000,00€.*
13. *O arguido não informou a participante que para uma ação com o valor de 1.209.225,00€, a instaurar nos tribunais civis, a taxa de justiça a calcular a final era de 219,5 UC's x 89€ = 19.535,50€.*
14. *O arguido não informou a participante que se perdesse a ação, teria de suportar esse valor integralmente.*
15. *Em 1 de Junho de 2006, o arguido instaurou ação de condenação com pedido de citação prévia urgente.*
16. *A ação foi instaurada nas Varas Cíveis de contra o Hospital....., os médicos cirurgiões Drs. e contra a [sociedade] S.A., ex-entidade empregadora da participante, embora quanto a esta o pedido fosse secundário.*
17. *O arguido atribuiu à ação o valor da indemnização que liquidou em 1.209.225,00€.*
18. *Na ação configurada pelo arguido, (i) a [sociedade]... S.A. e os médicos foram demandados com fundamento em alegada responsabilidade por facto ilícitos e (ii) o Hospital... responsabilizado solidariamente com os médicos com fundamento em alegada relação de comissão.*
19. *Na ação configurada pelo arguido a causa de pedir contra os médicos e o Hospital....., foi a intervenção cirúrgica realizada pelos primeiros no estabelecimento hospitalar da segunda, no dia 29.11.1993.*
20. *Nessa mesma ação, a responsabilidade da [sociedade]... S.A. é exercida, por ter optado por reformar a participante por invalidez, sem procurar outras soluções possíveis, por tal ser economicamente mais vantajoso e de, após a reforma não mais ter cuidado da ex-trabalhadora.*
21. *Decorre da petição inicial, em especial do pedido de citação prévia apresentado que, na perspectiva do arguido, a*

tempestividade da propositura da ação decorria do conhecimento do facto ilícito (primeira cirurgia mal executada), ter ocorrido apenas em 05.06.2003 (data da segunda cirurgia).

22. *Por despacho datado de 22.12.2006, notificado ao arguido, a ...ª Vara Cível de declarou-se incompetente em razão de matéria para julgar o Hospital e os médicos, por ser competente o Tribunal Administrativo do Círculo de, absolvendo-os da instância, em face do disposto no art. 4.º n.º 1, al. g) e h) do ETAF, aprovado pela Lei n.º 13/2002 de 19-02 e em vigor à data da propositura da ação.*
23. *Notificado o arguido de tal despacho, do mesmo não recorreu.*
24. *O arguido tampouco diligenciou no sentido de obter acordo dos Réus para que os autos fossem remetidos ao tribunal competente.*
25. *Pelo que quanto a estes Réus, os principais, a decisão transitou em julgado.*
26. *O arguido, também não instaurou nova ação no TAF de dentro do prazo de 30 dias a contar do trânsito em julgado, aproveitando o efeito interruptivo da prescrição decorrente da propositura da primeira ação.*
27. *Pelo que, em meados do mês de Fevereiro de 2007, os factos que poderiam justificar a responsabilização do Hospital e dos médicos estavam já irremediavelmente prescritos.*
28. *O que o arguido sabia, pois sustentara na réplica que o prazo de prescrição se iniciara em 16.06.2003 ou, na melhor das hipóteses (sic), em 05.12.2003.*
29. *Por saneador sentença de 12.04.2007, foi a [sociedade]S.A. absolvida do pedido, com fundamento na manifesta improcedência da ação, por falta de preenchimento dos pressupostos da responsabilidade civil extra-*

contratual, concluindo a sentença que os factos em relação à [sociedade]....S.A., ainda que provados, não são ilícitos, nem existe nexo de causalidade entre os factos e os danos invocados.

30. *O arguido interpôs recurso para o Tribunal da Relação de que por acórdão de 24.01.2008, confirmou a sentença de 1ª instância.*
31. *O arguido só apresentou a queixa na Ordem dos Médicos, no dia 06.09.2006.*
32. *Pese embora conhecer que os factos estavam prescritos por facto apenas a ele imputável, o arguido manteve a participante em engano quanto à viabilidade da ação.*
33. *Assim, em 16 de Abril de 2007, apresentou à participante minuta da nova petição a dar entrada no Tribunal Administrativo, idêntica à anterior.*
34. *Em 15.05.07, o arguido escreveu também à médica que produzira anterior relatório, solicitando-lhe relatório complementar e questionário para prova pericial, para instruir nova ação, sabendo que o parecer e questionário solicitados eram inúteis.*
35. *No dia 12.12.2007 o arguido, em consulta, mantinha a participante em logro apesar de saber que os factos estavam prescritos.*
36. *Nessa reunião, perante os inúmeros pedidos de explicação em face do sucedido, o arguido informou a participante que procurasse outro advogado que a patrocinasse e invocando quebra da relação de confiança, renunciou ao mandato que lhe fora conferido em todas as questões.*
37. *Em 01 de Setembro de 2008, a participante foi notificada da conta de custas, onde se incluem as do recurso, de onde resulta ter de pagar 19,354,80 €, além dos 1.404,00 € já pagos, no total de 20.758,80.*
38. *O arguido nas notas de honorários que apresentou à participante, cobrou honorários por todos os serviços pres-*

tados e anteriormente descritos sob os n.º 4, 5, 33, 34 e 35 desta acusação.

39. *Com a sua conduta, o senhor advogado arguido violou os deveres de:*
- (i) honestidade, probidade, rectidão, lealdade e sinceridade.*
 - (ii) não promover diligências reconhecidamente inúteis.*
 - (iii) não prejudicar o prestígio da Ordem dos Advogados.*
 - (iv) agir de forma a defender os interesses legítimos da cliente.*
 - (v) não aceitar o patrocínio de questão se souber ou dever saber, que não tem competência para dela se ocupar.*
 - (vi) estudar com cuidado e tratar com zelo a questão de que seja incumbido.*
40. *Deveres que se encontram contidos nos artigos 83.º, 85.º, n.º 2, a), 86.º, a), 92.º, n.º 2, 93.º, n.º 2, 95.º, n.º 1, b), todos do Estatuto da Ordem dos Advogados aprovado pela Lei n.º 15/2005, de 26 de Janeiro e que deste modo resultaram gravemente violados.*
41. *Fazendo-o de forma deliberada, livre e consciente, bem sabendo que tal conduta não lhe era permitida e que estava, como está, obrigado a respeitar o Estatuto da Ordem dos Advogados, mesmo assim, não se absteve de (i) praticar atos judiciais e iniciativas administrativas inúteis, (ii) dar conselho enganador e objectivamente errado quanto a custas judiciais, (iii) instaurar ação em tribunal incompetente em razão de matéria, o que fez contra lei expressa e incontroversa, (iv) tratou o assunto que lhe foi confiado com negligência, retardando a propositura da ação sem justificação válida, instaurando-a de forma deficiente e no limite da prescrição e (v) quando confrontado com a declaração de incompetência absoluta, não adoptou qualquer medida para obviar à prescrição eminente, permitindo assim que o direito da sua cliente se extinguisse por facto apenas a ele imputável.*

- (vi) *Enganou a cliente, omitindo durante cerca de um ano que os factos estavam já prescritos e (vii) após a prescrição, continuou a prestar serviços, inúteis, e a cobrar os correspondentes honorários, causando com a sua descrita conduta prejuízos muito elevados à sua cliente*
42. *Colocou-se em infracção disciplinar. (cf. art. 110.º do citado diploma).*
43. *Podendo vir a ser-lhe aplicada, em abstracto, uma das penas previstas nas alíneas a), b), c) e d), do n.º 1 e nos n.º 2, 3 e 4, todos do art. 125.º da Lei n.º 15/2005, a graduar nos termos do art. 126.º do mesmo diploma.*

Em 17-01-2012, o senhor advogado arguido apresentou a sua **defesa**, que assim se sintetiza:

Sob a epígrafe “**I — Enquadramento da acusação**”, faz o resumo da acusação.

Sob a epígrafe “**a) A questão do procedimento destinado a obter a consulta do processo clínico**” diz (i) ter recebido e aceite mandato da participante em 30.07.2004. (ii) pediu ao Hospital de o acesso aos elementos clínicos para iniciar o estudo da questão, sendo confrontado com a exigência do Hospital para que indicasse um médico que pudesse receber a informação. (iii) Informada do facto, a participante recusou indicar médico, alegando não conhecer quem indicar. (iv) Foi elaborada queixa à Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos (CADA). (v) A insistência para a obtenção de documentação clínica, não traduz comportamento negligente uma vez que não estava em causa o acesso a dados de saúde, incluindo dados genéticos, pelo que a informação poderia ser prestada à pessoa a quem diziam respeito, embora a CADA tenha recusado a pretensão formulada de acesso directo à informação clínica. (vi) A directiva comunitária viria a ser transposta para a ordem interna pela Lei n.º 46/2007, revogando a Lei

n.º 94/99. (vii) Acabou por ser o próprio arguido a pedir a médica de sua confiança a obtenção da informação.

Conclui dizendo que não existe relevo disciplinar nos factos 1 a 6 da acusação.

Sob a Epígrafe: “**b) A questão dos encargos judiciais a suportar pela participante**”, (i) afirma ter explicado com suficiência o regime dos encargos judiciais, de taxas de justiça devidas e pagas e regras de decaimento. O que fez por si e através das duas colegas de escritório, Dr.^{as} (ii) A participante, pessoa desconfiada, questionou esta matéria à exaustão e só após elaborou as suas notas discriminativas sobre os montantes a peticionar na acção a instaurar e que lhe entregou no escritório.

(iii) Foi a participante que pediu um memorando detalhado e privativo dos encargos judiciais aplicáveis ao processo administrativo. (iv) A preparação da acção atrasou-se porque a cliente, paralelamente andava em negociações com a [sociedade]S.A., através do sindicato e pela dificuldade na obtenção de trabalho pericial de médica que a participante contratou por sugestão do arguido. (v) Nesse período surgiram dúvidas acerca da jurisdição competente para decidir o litígio, sendo conhecida neste domínio a flutuação da jurisprudência e estava colocada em causa a possibilidade de ser intentada acção penal contra os médicos. (vi) Só após o estudo de toda a legislação aplicável e dezenas de acórdãos dos tribunais superiores é que se decidiu pela jurisdição civil. Sendo nesse contexto que se discutiram os encargos judiciais a fixar em sede cível ou administrativa.

Conclui dizendo que também não existe relevo disciplinar nos factos 7 a 14 da acusação.

Sob a Epígrafe: “**c) O procedimento cível e sua tramitação**”, diz, (i) A escolha do tribunal cível ocorreu pela relação jurídica e pelo acto praticado pelos dois médicos a título particular, como prestadores de serviços independente da entidade hospitalar. (ii) A extrema tecnicidade do assunto que os médicos, nos articulados fizeram evoluir para um plano absolutamente inacessível, e as explicações “hermeticamente fechadas” que os médicos habitual-

mente utilizam quando acusados de ilícito, foram os únicos motivos para não interpor recurso contra os médicos e o hospital “nem fazer prosseguir aquela acção noutra jurisdição num prazo imediato”. (iii) Em face do argumentos das contestações dos médicos, optou por deixar cair os seus argumentos iniciais e obter um segundo parecer da médica da sua confiança, Dr.^a que pudesse afastar os argumentos dos réus. (iv) A manutenção da acção cível apenas contra a [sociedade].... S.A., em recurso e intentar mais tarde acção contra os médicos e o hospital nos tribunais administrativos, inseriu-se na estratégia do patrocínio. Foram profusamente explicados à participante que deu o devido assentimento. (v) Contudo, a Dra. não se mostrou disponível para colaborar com a participante e esta não encontrou outro médico e continuava a insistir em manter negociações pessoais com a [sociedade]....S.A., através do sindicato. (vi) Tudo isto recordou à participante nas comunicações que lhe dirigiu em 07-12-2007 e 14.01.2008. Mas nessa data, o litígio já estalara entre ambos, dizemos nós.

Sob a Epígrafe: “**d) A continuação do patrocínio após a prescrição do direito da participante**”, (i) o senhor advogado arguido acusa o relator subscritor deste Relatório, de “deturpar os factos com as regras jurídicas aplicáveis em matéria de prescrição”, o que considera indesculpável pela “dupla qualidade revestida nestes autos: a de advogado e a de relator em processo disciplinar contra um colega de profissão.” (ii) Os factos que estão na origem do processo judicial instaurado, remontam a 05-06-2003, o que determinou o pedido de citação prévia urgente na petição inicial entrada em 01-06-2006, sendo o prazo prescricional de 3 anos. (iii) sendo o prazo de 10 anos se se considerar a concomitante responsabilidade criminal imputável aos médicos (arts. 498.º, n.º 3 C. Civil e 144.º e 118, n.º 1, b) C. Penal). (iv) A citação ocorrida em Junho de 2006, fez interromper o prazo prescricional de 3 anos — art. 323.º, n.º 1 do CC — prolongando-o por igual período de tempo, até 2009 — art. 326.º, n.º 1 do CC. (v) sendo por isso “totalmente abusivo, despropositado e pouco respeitoso, qualificar o comportamento de um advogado de profissão como o fez o Senhor advogado relator deste processo que ousou poder pensar ser ao sig-

natário admissível continuar a patrocinar um caso e uma cliente na pressuposição de que o direito deste estaria há muito prescrito. Isso seria próprio de um bandalho, de um bandido, de um mercenário, de uma pessoa sem o mais pequeno escrúpulo, mas isso não cabe na dimensão do aqui signatário enquanto profissional honrado do direito.”

Conclui que também neste segmento, inexistente a responsabilidade disciplinar referida nos itens 32 a 36 da acusação.

Sob a Epígrafe: “*e*) **As questões da participação à Ordem dos Médicos e da cobrança de honorários.**”, (*i*) afirma que o momento de apresentação das queixas à Ordem dos Médicos e à Inspeção Geral de Saúde foi acordado com a participante, para evitar contradições. (*ii*) A cobrança de honorários ocorreu no âmbito de um mandato oneroso, em termos negociados e aceites pela participante, não entendendo porque deveriam ser remunerados alguns serviços e outros não.

Conclui que a matéria de 31 e 38 da acusação não lhe pode ser censurada.

Sob a Epígrafe: “*f*) **O percurso académico e profissional do signatário**”, (*i*) Neste segmento o senhor advogado arguido alega ser pós-graduado em, Mestre em direito, pós-graduado e doutorado em pela Universidade, onde é professor auxiliar em tempo integral e permanente. Está inscrito na Ordem dos Advogados Portugueses e do Brasil. (*ii*) Integrou o Conselho, no mandato do Bastonário, colaborou na formação da Ordem e na avaliação dos júris de exame, bem como nos do C.E.J. (*iii*) Foi formador do, sendo autor de livros publicados e de artigos regulares em revistas mensais da especialidade, incluindo a revista Termina alegando ser um dos advogados que mais luta pela justiça e por causas, procurando dignificar a classe ao aliar a juridicidade e a ética, há mais de anos, com elevado sentido de responsabilidade.

Com a defesa juntou 10 documentos. Estes, com excepção dos números 2 e 10, constituem duplicação dos que a participante juntara e de que o participante foi notificado.

Merece referência o documento junto como n.º 5 com a defesa, pelo facto de estar truncado, mostrando-se o da participante completo.

Quanto aos docs. N.º 2 e 10 as seguintes notas:

O doc. N.º 2, constitui a primeira comunicação do Hospital ... à participante e surge referido na segunda comunicação com o mesmo exacto sentido – condicionar a disponibilização de informação à prévia indicação de médico, por imposição legal.

Quanto ao Doc. N.º 10 — um memorando supostamente recebido pelo senhor advogado arguido e remetido pela senhora D.^{ra} ... — nada neste documento permite concluir que haja sido produzido na data que dele consta — 23-09-2005 — uma vez que não se encontra sequer assinado, não vem acompanhado de qualquer recibo ou sequer contém qualquer outra menção.

O Senhor advogado arguido arrolou duas testemunhas: as senhoras advogadas

Admitida a sua inquirição a ter lugar na sede do Conselho Superior em 01-06-2012, sendo as testemunhas a apresentar, veio o senhor advogado arguido **declarar** que as mesmas prestariam depoimento por escrito nos termos do Regulamento disciplinar até à data designada para a inquirição. O que foi deferido nos exactos termos declarados.

Em 30-05-2012, a senhora advogada veio invocar segredo profissional necessitado de dispensa que afirmou ir requerer de imediato.

Em 31-05-2012, também a senhora advogada invocou segredo profissional, declarando ter pedido, na mesma data, dispensa junto do Conselho distrital.

Em 04-06-2012, por requerimento conjunto, as indicadas testemunhas, vieram comunicar terem sido informadas de que “a obrigação de guardar segredo não vincula as relações entre os advogados e a sua ordem profissional”, pelo que requerem agendamento de nova data para a inquirição.

Por despacho de 12-06-2012, notificado em 14-06-2012, foi admitido, sem possibilidade de prorrogação o depoimento das tes-

temunhas, a serem prestados por escrito, no prazo de 10 dias, sob pena de indeferimento.

Em 14-06-2012, a testemunha Dr.^a, veio requerer que o seu depoimento fosse prestado pessoalmente, em razão da acidente de viação do seu marido que se encontrava hospitalizado. O que foi indeferido em 17-07-2012, por ser contraditório o fundamento e mantida a data da prestação do depoimento escrito.

Os depoimentos foram finalmente prestados e mostram-se integrados a fls. 572 a 577.

Mostra-se junto o registo disciplinar do senhor advogado arguido.

2. Factos provados

Da acusação

1. Em Julho de 2004, a participante M..... consultou o arguido a fim de se aconselhar quanto à viabilidade de demandar judicialmente os responsáveis por ato cirúrgico praticado com negligência no Hospital, em 29.11.1993.
2. Como diligência prévia à ação cível de indemnização, o arguido sugeriu a consulta do processo no Hospital para instruir o processo.
3. Acto contínuo a participante apresentou o pedido ao Hospital....., por requerimento de 12 de Agosto de 2004.
4. Em face da resposta do Hospital..... que estribando-se no disposto no art. 8.º, n.º 3 da Lei n.º 65/93, com a redação que lhe foi dadas pela Lei n.º 94/99, apenas admitia a consulta do processo clínico se efectuada por médico a indicar pela participante, a consulta à intermediação de médico a indicar pela participante, o arguido apresentou

queixa junto da Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos (CADA) em 15.09.1994.

5. Notificado 23.09.2004 do parecer da CADA que sufragava o mesmo entendimento do Hospital..... e com a mesma fundamentação, o arguido intentou processo de intimação do Hospital..... junto do TAF de, que por sentença de 29.11.2004, indeferiu as pretensão com o mesmo fundamento.
6. Por sugestão do arguido a participante consultou então a Senhora D.^{ra} que consultou o processo clínico e produziu o relatório em Novembro de 2005 para suporte da ação.
7. Em 17 de Maio de 2006, no exercício do mandato que lhe fora confiado, o arguido redigiu e apresentou à participante uma explicação sobre o funcionamento das taxas de justiça devidas pelo impulso processual e as custas.
8. Em tal exposição, escreveu que *“de acordo com o artigo 73.º-B do Código das Custas Judiciais, se o valor da ação for para além dos 250.000 Euros, o excesso não é considerado para efeito do cálculo do montante da taxa de justiça do processo.”* e que a taxa máxima devida pela propositura da ação estava limitada a 1.068,00 Euros.
9. No que se refere às custas, o arguido apresentou um esquema da regra de decaimento, partindo da hipótese do valor da ação ser 250.000.00€.
10. O arguido não referiu à participante que tal regra era privativa da jurisdição administrativa e que se a ação corresse nos tribunais civis, as custas eram proporcionais ao valor do pedido de indemnização, por escalões e sem limite.
11. Principalmente, o arguido não informou a participante que até 250.000.00€ a taxa de justiça, era de 12 Unidades de conta (UC's), mas para cada parte, sendo no total de 24UC's.

12. O arguido não informou a participante que na jurisdição civil, em ações de valor superior a 250.000,00€, acrescentam 5UC's por cada 25.000,00€.
13. O arguido não informou a participante que para uma ação com o valor de 1.209.225,00€, a instaurar nos tribunais civis, a taxa de justiça a calcular a final era de 219,5 UC's x 89€ = 19.535,50€.
14. O arguido não informou a participante que se perdesse a ação, teria de suportar esse valor integralmente.
15. Em 1 de Junho de 2006, o arguido instaurou ação de condenação com pedido de citação prévia urgente.
16. A ação foi instaurada nas Varas Cíveis de contra o Hospital, os médicos cirurgiões Drs. e contra a [sociedade]...S.A., ex-entidade empregadora da participante, embora quanto a esta o pedido fosse secundário.
17. O arguido atribuiu à ação o valor da indemnização que liquidou em 1.209.225,00€.
18. Na ação configurada pelo arguido, (i) a [sociedade]... S.A. e os médicos foram demandados com fundamento em alegada responsabilidade por facto ilícitos e (ii) o Hospital..... responsabilizado solidariamente com os médicos com fundamento em alegada relação de comissão.
19. Na ação configurada pelo arguido a causa de pedir contra os médicos e o Hospital....., foi a intervenção cirúrgica realizada pelos primeiros no estabelecimento hospitalar da segunda, no dia 29.11.1993.
20. Nessa mesma ação, a responsabilidade da [sociedade]... S.A. é exercida, por ter optado por reformar a participante por invalidez, sem procurar outras soluções possíveis, por tal ser economicamente mais vantajoso e de, após a reforma não mais ter cuidado da ex-trabalhadora.

21. Decorre da petição inicial, em especial do pedido de citação prévia apresentado que, na perspectiva do arguido, a tempestividade da propositura da ação decorria do conhecimento do facto ilícito (primeira cirurgia mal executada), ter ocorrido apenas em 05.06.2003 (data da segunda cirurgia).
22. Por despacho datado de 22.12.2006, notificado ao arguido, a ..ª Vara Cível de ... declarou-se incompetente em razão de matéria para julgar o Hospital..... e os médicos, por ser competente o Tribunal Administrativo do Círculo de, absolvendo-os da instância, em face do disposto no art. 4.º n.º 1, al. g) e h) do ETAF, aprovado pela Lei n.º 13/2002 de 19-02 e em vigor à data da propositura da ação.
23. Notificado o arguido de tal despacho, do mesmo não recorreu.
24. O arguido tampouco diligenciou no sentido de obter acordo dos Réus para que os autos fossem remetidos ao tribunal competente.
25. Pelos que quanto a estes Réus, os principais, a decisão transitou em julgado.
26. O arguido, também não instaurou nova ação no TAF de dentro do prazo de 30 dias a contar do trânsito em julgado, aproveitando o efeito interruptivo da prescrição decorrente da propositura da primeira ação.
27. Pelo que, em meados do mês de Fevereiro de 2007, os factos que poderiam justificar a responsabilização do Hospital..... e dos médicos estavam já irremediavelmente prescritos.
28. O que o arguido sabia, pois sustentara na réplica que o prazo de prescrição se iniciara em 16.06.2003 ou, na melhor das hipóteses (sic), em 05.12.2003.
29. Por saneador sentença de 12.04.2007, foi a [sociedade]... S.A. absolvida do pedido, com fundamento na manifesta

improcedência da ação, por falta de preenchimento dos pressupostos da responsabilidade civil extracontratual, concluindo a sentença que os factos em relação à [*sociedade*]S.A., ainda que provados, não são ilícitos, nem existe nexó de causalidade entre os factos e os danos invocados.

30. O arguido interpôs recurso para o Tribunal da Relação de que por acórdão de 24.01.2008, confirmou a sentença de 1.^a instância.
31. O arguido só apresentou a queixa na Ordem dos Médicos, no dia 06.09.2006.
32. Pese embora conhecer que os factos estavam prescritos por facto apenas a ele imputável, o arguido manteve a participante em engano quanto à viabilidade da ação.
33. Assim, em 16 de Abril de 2007, apresentou à participante minuta da nova petição a dar entrada no Tribunal Administrativo, idêntica à anterior.
34. Em 15.05.07, o arguido escreveu também à médica que produzira anterior relatório, solicitando-lhe relatório complementar e questionário para prova pericial, para instruir nova ação, sabendo que o parecer e questionário solicitados eram inúteis.
35. No dia 12.12.2007 o arguido, em consulta, mantinha a participante em logro apesar de saber que os factos estavam prescritos.
36. Nessa reunião, perante os inúmeros pedidos de explicação em face do sucedido, o arguido informou a participante que procurasse outro advogado que a patrocinasse e invocando quebra da relação de confiança, renunciou ao mandato que lhe fora conferido em todas as questões.
37. Em 01 de Setembro de 2008, a participante foi notificada da conta de custas, onde se incluem as do recurso, de onde resulta ter de pagar 19,354,80 €, além dos 1.404,00 € já pagos, no total de 20.758,80.

38. O arguido nas notas de honorários que apresentou à participante, cobrou honorários por todos os serviços prestados e anteriormente descritos sob os n.º 4, 5, 33, 34 e 35 desta acusação.

Da defesa

1. Que o senhor advogado arguido recebeu e aceitou mandato da participante em 30.07.2004.
2. que foi a D.^{ra}, sua colaboradora de escritório, remunerada, que redigiu e assinou a queixa para a CADA e o requerimento para intimação judicial enviado ao TAF de
3. que foi da D.^{ra} a autoria do documento junto como n.º 4 e que corresponde ao documento 6 da participação — carta a remeter sentença do TAF de que indeferiu a intimação do Hospital..... para prestar a informação directamente.
4. que surgiram dúvidas ao senhor advogado arguido sobre o tribunal competente e que tal matéria foi estudada antes da tomada de opção.

3. Factos não provados

Não provado que:

1. O regime de taxas de justiça, custas e regras de decaimento tenham sido explicado à participante, para a hipótese de acção a instaurar na jurisdição cível.
2. A opção de não recorrer da declaração de incompetência em relação aos Hospital..... e Médicos tenha sido devidamente explicada à participante e que esta tenha dado a sua anuência.
3. A nova acção em preparação tivesse por base um fundamento diferente da primeira acção.

4. O processo não estivesse prescrito e que o senhor advogado arguido não tivesse disso consciência.
5. Que exista querela jurisprudencial sobre a competência material para conhecer de acções instauradas contra organismos públicos e por maioria de razão quanto a ilícitos ocorridos em hospitais públicos.
6. Que a extrema tecnicidade do assunto, elevado pelos réus a um plano absolutamente inacessível tenha sido o único fundamento para não interpor recurso e não instaurar de imediato nova acção com base noutra fundamento.

Nada mais se provou **com relevo** para estes autos.

Na ficha individual do arguido, consta que é Advogado desde, e lhe foi aplicada pena de multa, no montante de 250,00 € no proc., aplicada em 2004.

Os factos provados resultam essencialmente dos documentos que de modo inequívoco demonstram a cronologia dos factos, a informação prestada à participante e serem verdadeiros os factos participados por O que de resto e no essencial não foi infirmado pelas testemunhas. Com excepção da matéria referente à explicação à cliente quando ao regime de custas e que entendo não dever atribuir credibilidade, por estar em contradição com o documento produzido pelo senhor advogado arguido e por não ser, segundo as regras da experiência, verosímil que um advogado prepare documento escrito com explicação detalhada sobre o regime das custas em processo administrativo e forneça oralmente à cliente a explicação da mesma matéria, mas já quanto ao mesmo regime nos tribunais civis. Acresce ter sido este documento produzido duas semanas antes da entrada da acção na Vara Cível de que veio aliás a declarar-se incompetente.

De resto, a participante instruiu as suas queixas com uma significativa quantidade de peças processuais de todas as partes, respectivas sentenças, e vários outros documentos que permitem sem margem para dúvida concluir como concluímos.

A título de exemplo, o documento junto pelo senhor advogado arguido sob o n.º 5, é claramente um documento de trabalho produzido pela participante quanto a valores e destinado a auxiliar o advogado na articulação e formulação do pedido e que deveria ter sido trabalhada e não junta tal qual com a petição inicial, como foi.

Os factos não provados resultam essencialmente de falta de suporte probatório para os factos alegados pela defesa, pela incoerência de algumas das explicações prestadas pela testemunha Dr.ª, nomeadamente quanto à explicação à cliente sobre regime das custas, que está em contradição com o documento que o senhor advogado arguido elaborou para a hipótese de uma acção administrativa.

4. Qualificação e gravidade da conduta

Na acusação formulada era imputada ao arguido a prática de infracção disciplinar pelo facto de a sua conduta violar os deveres deontológicos previstos no disposto nos artigos Deveres contidos nos arts. 83.º, 85.º, n.º 2, *a*), 92.º, n.º 2, 93, n.º 2, 95.º, n.º 1, *b*) todos do EOA.

Essa conduta é punível disciplinarmente cf. art. 110.º do EOA.

Os factos provados permitem concluir que de facto o senhor advogado arguido, violou os deveres de:

- honestidade, probidade, rectidão, lealdade e sinceridade.
- não promover diligências reconhecidamente inúteis.
- não prejudicar o prestígio da Ordem do Advogados.
- agir de forma a defender os interesses legítimos da cliente.
- não aceitar o patrocínio de questão se souber ou dever saber, que não tem competência para dela se ocupar.
- estudar com cuidado e tratar com zelo a questão de que seja incumbido.

Analisemos por partes, porque é assim:

Quanto à questão da prescrição

Nesta matéria, por mais que o senhor advogado arguido (i) acuse o relator de “*deturpar factos com as regras jurídicas aplicáveis*” e de considerar “*indesculpável*” tal conduta que imputa ao relator “*pela dupla qualidade de advogado e de relator de processo disciplinar movido a colega de profissão*”; (ii) por mais que sustente, aliás *contra legem*, que os factos que articulou na acção instaurada nas Varas Cíveis de ...ainda não se encontravam prescritos, por força da interrupção ocorrida com a citação prévia urgente, o certo é que por facto próprio do senhor advogado arguido, prescreveram como mais uma vez se explica:

- a) Os factos ditos ilícitos (praticados na primeira cirurgia) remontam a 1993. Na tese da petição inicial, o conhecimento da ilicitude dos mesmos ocorreu em 2003, em consequência da segunda intervenção cirúrgica.
- b) Embora o mandato haja sido aceite em Julho de 2004, a acção foi instaurada em Junho de 2006, no limite do prazo e por isso, com recurso a citação prévia urgente.
- c) Nessa data, interrompeu-se a prescrição. O que significa que de novo voltou a correr o prazo de 3 anos previsto no art. 498.º C.C..
- d) Declarada a incompetência material e terminada a fase dos articulados, dispunha o senhor advogado arguido do prazo de 30 dias para instaurar nova acção no tribunal administrativo do círculo de
- e) Tampouco recorreu da declaração de incompetência.
- f) Decorridos 30 dias, sensivelmente em Fevereiro de 2007, os factos estavam prescritos, porque por inércia do senhor advogado arguido, perdeu-se a vantagem do efeito interruptivo operado pela citação de tribunal que veio, e bem diga-se, a declarar-se incompetente.

O que vale por dizer que só o recurso ou a instauração de nova acção no prazo de 30 dias, permitiria ao senhor advogado arguido, sustentar não terem prescritos os factos.

Este é o regime das disposições combinadas dos artigos 323.º, 326, 327.º, n.º 2 todos do C. Civil e 289.º, n.º 2 do C.P.C..

Esta é uma matéria básica de processo civil, que qualquer advogado em início de carreira tem de saber e por isso, sendo conhecido dos autos que o senhor advogado arguido tem inscrição em vigor há 20 anos, impõe-se concluir que conhece, *rectius*, tem de conhecer este regime, sob pena de termos de questionar da sua capacidade técnica para o exercício de profissão, o que o relator, nem “*ousa pensar*”.

Resulta assim violado o dever de tratar o processo com zelo e diligência. O que o senhor advogado arguido não fez.

Quanto à questão da **competência dos tribunais**, a referida divergência ou querela jurisprudencial inexistente, sendo a regra muito clara.

À data dos factos ditos ilícitos — 1993 — o Hospital era pessoa colectiva de direito público, integrada no sector público administrativo, situação que apenas se alterou em 2002, com o DL 291/2002. Assim, o regime aplicável era o da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais pessoas colectivas de direito público previsto no Decreto-Lei n.º 48.051, de 21 de Novembro de 1967.

Nos termos do art. 1.º do ETAF (Lei n.º 13/2002, de 19-02) os tribunais administrativos têm a competência para apreciação de todos os litígios emergentes de relações jurídico-administrativas, nomeadamente as que tenham por objecto a responsabilidade civil extracontratual de pessoas colectivas de direito público e dos funcionários agentes e demais servidores públicos e ainda, dos sujeitos privados aos quais seja aplicável o regime jurídico da responsabilidade do Estado e demais pessoas colectivas de direito público. Art. 4.º do ETAF.

A lei é assim expressa quanto à competência exclusiva dos tribunais administrativos relativamente a factos ilícitos ocorridos em estabelecimento ou organização pública.

O senhor advogado arguido, não cita um único acórdão que fundamente a afirmação quanto à divergência de soluções.

Diz o senhor advogado arguido que escolha do tribunal cível ocorreu pela relação jurídica e pelo acto praticado pelos dois médicos a título particular, como prestadores de serviços independentes da entidade hospitalar. A ser verdade, a acção não deveria ter sido instaurada também contra o Hospital..... Tendo-o sido, a declaração de incompetência era de esperar.

A este propósito, resulta incoerente a afirmação de não ter recorrido, pelo facto dos réus médicos terem elevado a tecnicidade da acção a patamares inalcançáveis, uma vez que o recurso a interpor, apenas poderia ter por fundamento a sustentação da tese de serem os tribunais civis os competentes para conhecer aquela acção. O que nada tem a ver com a linguagem ou explicação técnicas próprias da medicina.

Diga-se que neste segmento da defesa — da questão da dificuldade técnica — apenas se poderá compreender o raciocínio do senhor advogado arguido quanto à excessiva tecnicidade, dita elevada pelos réus médicos a patamares inalcançáveis, como admissão de que, de facto, não deteria a competência necessária para este tipo de acções.

Aliás, é com perplexidade que se surpreende neste desafortunado processo a aceitação de mandato, prévio à existência de parecer técnico que sustentasse a tese de acto ilícito, com indicação do procedimento médico que naquele doente concreto, foi omitido ou mal executado. Tudo a partir de procedimentos standard ou “guide lines”, no jargão clínico. Demais que os factos ditos ilícitos haviam decorrido há dez anos e nesse período a paciente voltara a (...) [exercer a sua actividade profissional], durante dez anos, sem problema. O que — a qualquer advogado minimamente experiente — por si só faria soar todos os sinos quanto ao provável naufrágio de uma acção deste tipo e à necessidade de cautelas redobradas a tomar. Desde logo, pela dificuldade em tipificar como ilícito, um procedimento cirúrgico realizado há mais de dez anos no da participante. Depois, como estabelecer nexos de causal entre a primeira cirurgia e a necessidade da segunda intervenção cirúrgica, em órgão com tão grande capacidade de regeneração e alteração celular?!

Quanto à dificuldade técnica, pode recorrer-se a prova pericial e a técnicos que nos auxiliem a estudar, articular, explicar, alegar e concluir, bem como está legalmente prevista a possibilidade do advogado se socorrer de técnico que o assessor em audiência de julgamento. Claro que tal possibilidade não isenta o advogado do dever de se embrenhar nessas matérias. E, se sente que não dispõe de tempo ou capacidade para tal, deve recusar o mandato. Não o fazendo, incorre em infração disciplinar.

Quanto à questão da explicação da **regras de custas e de decaimento**, como se acima se explicou, o senhor advogado arguido não prestou a devida informação à participante quanto ao regime das custas judiciais em processos civis, induzindo-a, porventura involuntariamente, em erro quanto à real consequência de decaimento, ao fornecer-lhe informação, aliás parcial, sobre o processo administrativo, mas acabando por instaurar acção nos tribunais civis. O efeito combinado da prestação de informação apenas quando a custas para o tribunal administrativo, a instauração de acção no tribunal civil, por valor aliás muito elevado — 1.209.000,00€ em acção, como se viu, temerária, produziu o efeito desastroso da participante ser obrigada a pagar mais de 20.000,00€ de custas.

E, nem vale a pena argumentar que a indicação do valor é da responsabilidade da participante, pois como antes se referiu, o documento de trabalho por ela redigido, foi integrado tal qual como documento na petição inicial, sem qualquer tratamento, filtro ou ponderação quanto à sua adequação. Conduta negligente que provocou significativo prejuízo à participante e que deve ser disciplinarmente censurada. Já quanto ao eventual ressarcimento dos prejuízos, é matéria da competência dos tribunais, para o que a participante dispõe de 20 anos.

Da manutenção da participante em erro quanto ao seu direito e da prática de serviços inúteis:

Resulta provado que o direito que o senhor advogado pretendia exercer prescreveu, quer por falta de diligência na propositura da acção, quer pela errada opção de instaurar a acção em tribunal

incompetente, quer por não ter recorrido, nem ter instaurado nova acção no tribunal competente no prazo de 30 dias. Após esta terrível sucessão de factos que o senhor advogado arguido não podia ignorar, está documentado por troca de correspondência com a participante que o senhor advogado arguido a manteve no convencimento de que estava a preparar nova acção, dita com novo argumento, embora a suposta nova petição fosse em tudo idêntica à primeira. Engano em que manteve a participante por mais de um ano, bem sabendo que o direito estava extinto. Não se coibiu no entanto de cobrar honorários por tão inútil como inexistente trabalho.

Aliás, como também demonstrado, o senhor advogado arguido, apresentou queixa na CADA e intimação no Tribunal Administrativo do Círculo de, sabendo que a lei em vigor à data, era clara quanto à obrigatoriedade de indicação de médico. Com tal conduta, praticou actos inúteis e fez a participante incorrer em despesas, não se coibindo de cobrar honorários por tais “serviços”.

Não subsiste a menor dúvida de que o Senhor Advogado arguido (*i*) praticou atos judiciais e iniciativas administrativas inúteis, (*ii*) deu conselho enganador e objectivamente errado quanto a custas judiciais, (*iii*) instaurou ação em tribunal incompetente em razão de matéria, o que fez contra lei expressa e incontroversa, (*iv*) tratou o assunto que lhe foi confiado com negligência, retardando a propositura da ação sem justificação válida, instaurando-a de forma deficiente e no limite da prescrição e (*v*) quando confrontado com a declaração de incompetência absoluta, não adoptou qualquer medida para obviar à prescrição eminente, permitindo assim que o direito da sua cliente se extinguisse por facto apenas a ele imputável. (*vi*) Enganou a cliente, omitindo durante cerca de um ano que os factos estavam já prescritos e (*vii*) após a prescrição, continuou a prestar serviços, inúteis, e a cobrar os correspondentes honorários, causando com a sua descrita conduta prejuízos elevados à participante M.....

Finalmente, o Senhor Advogado arguido encontra-se inscrito há 20 anos na Ordem dos Advogados. É por isso suficientemente experimentado para perceber a gravidade da sua conduta.

Mostram-se assim violados e de modo grave os artigos 83.º, 85.º, n.º 2, *a*), 86.º, *a*), 92.º, n.º 2, 93.º, n.º 2, 95.º, n.º 1, *b*), todos do Estatuto da Ordem dos Advogados aprovado pela Lei n.º 15/2005, de 26 de Janeiro.

É dever do advogado cumprir escrupulosamente os deveres consignados no Estatuto (cfr. art. 83.º, n.º1 do EOA).

5. Proposta da pena

Nos termos do artigo 126.º, n.º 1 do EOA, na aplicação da pena deve atender-se aos antecedentes profissionais e disciplinares do Senhor Advogado arguido, ao grau de culpabilidade, às consequências da infracção e todas as demais circunstâncias agravantes e atenuantes.

Verifica-se pela conduta do arguido, que este actuou com negligência quanto ao tratamento da questão que lhe foi confiada e dolo, ao manter a cliente na convicção de que o seu direito ainda podia ser exercitado e escondendo que por omissão sua, deixara prescrever o direito e simulando estar a preparar nova acção.

Por outro lado, é indubitável que o Sr. Advogado arguido agiu com dolo directo, e com premeditação, que constituem circunstâncias agravantes — artigo 128.º, alínea *a*), *b*) e *d*), do EOA.

O prejuízo, além do valor significativo das custas suportadas (cerca de 20.000,00€) é de difícil concretização, uma vez que não resulta dos articulados que a pretensão da participante tivesse alguma viabilidade. Antes, a matéria em causa e o tempo fixado como causa da alegada recidiva, que obrigou a participante a nova intervenção cirúrgica — 1993, permitem concluir sem grande esforço que acção dificilmente seria bem sucedida. E, no que se refere à *[sociedade]S.A.*, é evidente que à participante não assistia razão, como bem referiu a sentença de primeira instância e o acórdão do Tribunal da Relação.

Pelo que a circunstância agravante do prejuízo não se verifica quanto ao malogro da acção. Mas já resulta evidente se atentarmos

no montante das custas que a participante foi obrigada a pagar em consequência do modo como a acção foi instaurada. i.e, sem nexos de causalidade, sem prova, sem meios periciais, em tribunal errado e deixada cair sem uma explicação, deixando prescrever o processo e fingindo que o direito ainda existia.

— o que também constitui circunstância agravante nos termos do consignado no artigo 128.º, g) do EOA;

Finalmente, a conduta do Sr. Advogado arguido afectou e afecta a dignidade e o prestígio do senhor advogado arguido e da Advocacia.

Tudo ponderado, afigura-se como mais adequada à conduta do senhor advogado arguido a aplicação da pena disciplinar da **Multa** prevista no artigo 125.º, n.º 1, alínea *d*), do EOA. que atendendo à gravidade e aos antecedentes disciplinares entendo dever ser graduada em 6.000,00€

Cumulativamente com aquela pena principal, deverá ainda ser imposto ao senhor advogado arguido a **sanção acessória** de perda de honorários pelos serviços prestados, tudo nos termos do preceituado no artigo 125.º, n.º 3 e 4, do EOA.

O que se propõe

À 1.ª Secção

Porto, 11 de Dezembro de 2012

O Relator
LEOPOLDO CARVALHAES

Acórdão

Acordam os membros da 1.^a Secção em perfilhar o parecer que antecede, nos termos e com os fundamentos dele constantes, que aqui se dão por integralmente reproduzidos, pelo que deliberam condenar o Senhor Dr. ..., na pena disciplinar da Multa prevista no artigo 125.º, n.º 1, alínea *d*) do E.O.A., que atendendo à gravidade da conduta se fixa em 6.000€. Cumulativamente deliberam ainda impor ao Senhor Advogado arguido a sanção acessória de perda de honorários, tudo nos termos no preceituado no artigo 125.º, n.º 3 e 4, do E.O.A.. Notifique, registre e D.N.

Lisboa, 14 de Dezembro de 2012
(...)

INCOMPATIBILIDADE DO EXERCÍCIO DA ADVOCACIA COM O EXERCÍCIO DE OUTRA ACTIVIDADE PÚBLICA

Proc. n.º 4/PP/2012-G

Relator: Dr. Marcelino Pires

Parecer

O Requerente vem pedir parecer sobre a eventual incompatibilidade entre o cargo exercido pelo Dr. nos Serviços Municipalizados e o exercício da advocacia.

Relatório

O Dr. ... encontra-se vinculado ao quadro dos ... mediante contrato de trabalho em funções públicas por tempo indeterminado desde ...;

Em ..., o Dr. ... foi autorizado a acumular funções públicas nos Serviços Municipalizados ...e privadas (exercício da advocacia);

Foi instaurado processo disciplinar ao Dr. ... por deliberação do Conselho de Administração dos ... em data desconhecida;

O Requerente foi nomeado instrutor do referido processo disciplinar por deliberação tomada pelo Conselho de Administração do ... no dia ...;

O Requerente pretende agora saber se o Dr. ... se encontra numa situação de incompatibilidade entre o cargo que exerce no ... e o exercício da advocacia.

É esta a cronologia daquele pedido de Parecer. Cumpre agora verificar se, *in casu*, se verifica alguma situação de incompatibilidade.

Do Direito

O Dr. ... foi admitido ao serviço no ... em 1988. Dois anos mais tarde foi autorizado a acumular funções públicas aí exercidas com o exercício da advocacia. Nesta medida, a questão terá de ser apreciada com base do Estatuto da Ordem dos Advogados (EOA) de 1984, isto porque, o artigo 81.º do actual Estatuto (aprovado pela Lei 15/2005, de 26 de Janeiro) dispõe que *“as incompatibilidades e impedimentos criados pelo presente Estatuto não prejudicam os direitos legalmente adquiridos ao abrigo de legislação anterior”*.

Neste sentido, apesar de a situação do Dr.configurar uma situação de incompatibilidade, se analisada à luz do actual Estatuto, a verdade é que temos que averiguar se se verifica algum caso de excepção previsto pelo anterior Estatuto.

Com efeito, dispunha o artigo 69.º daquele diploma legal que:

“1 — O exercício da advocacia é incompatível com as funções e actividades seguintes:

- a) Titular ou membro de órgãos de soberania, à excepção da Assembleia da República e respectivos assessores, membros e funcionários ou agentes contratados dos respectivos gabinetes;*

- b) *Titular ou membro de governo regional e respectivos assessores, membros e funcionários ou agentes contratados dos respectivos gabinetes;*
- c) *Provedor de Justiça, adjuntos e assessores, membros e funcionários ou agentes contratados do serviço;*
- d) *Membro do Tribunal Constitucional e respectivos funcionários ou agentes;*
- e) *Magistrado judicial ou do ministério público, efectivo ou substituto, e funcionário ou agente de qualquer tribunal;*
- f) *Presidente, excepto nas comarcas de 3.ª ordem, secretário, funcionário ou agente das câmaras municipais;*
- g) *Notário e conservador dos registos e funcionário ou agente dos serviços do notariado e registo;*
- h) *Governador civil, vice-governador civil, funcionário ou agente dos governos civis;*
- i) *Funcionário ou agente de quaisquer serviços públicos de natureza central, regional ou local, ainda que personalizados, com excepção dos docentes de disciplinas de Direito;*
- j) *Membro das forças armadas ou militarizadas no activo;*
- l) *Mediador e leiloeiro;*
- m) *Gestor público, nos termos do respectivo estatuto;*
- n) *Presidente, vogal e funcionário ou agente das comissões de conciliação do trabalho;*
- o) *Funcionário ou agente da segurança social, casas do povo e de pescadores;*
- p) *Quaisquer outras que por lei especial sejam consideradas incompatíveis com o exercício da advocacia.*

2 — *As incompatibilidades atrás referidas verificam-se qualquer que seja o título de designação, natureza e espécie de provimento e modo de remuneração e, em geral, qualquer que seja o regime jurídico das respectivas funções, e só não compreendem os funcionários e agentes administrativos providos em cargos com funções exclusivas de mera consulta jurídica, previstos expressamente nos quadros orgânicos do correspondente serviço, e os contratados para o mesmo efeito.*

3 — *As incompatibilidades não se aplicam a quantos estejam na situação de aposentados, de inatividade, de licença ilimitada ou de reserva*”.

Com base na alínea *i*) do n.º 1, verifica-se uma situação de incompatibilidade. No entanto, a 2.ª parte do n.º 2 daquele artigo contém, nas palavras de FERNANDO SOUSA MAGALHÃES, uma “*restrição à exceção*”⁽¹⁾. Assim, por força deste n.º 2, não se verifica qualquer incompatibilidade se o visado exercer **funções exclusivas de mera consulta jurídica**, previstos expressamente nos quadros orgânicos do correspondente serviço, e os contratados para o mesmo efeito.

Porque não constava do pedido de parecer qualquer contrato celebrado entre o Dr. ... e o SMAS ..., foi o Requerente convidado para juntar aos autos cópia daquele, tendo vindo agora fazê-lo, juntando, para além dos vários contratos, termos de posse, avisos publicados no Diário da República, termos de aceitação de nomeação, entre outros elementos.

Após análise de toda esta informação, prestada pelo Sr. Instrutor do processo disciplinar, verifica-se que o Dr. ... sempre exerceu funções de técnico superior, assessor e assessor principal sem nunca, porém, se fazer referência às tarefas em concreto que lhe estavam adstritas no exercício das suas funções. **Ou seja, se as funções exercidas pelo ... se circunscrevem exclusivamente à consulta jurídica temos que, ao abrigo do preceituado na 2.ª parte do n.º 2 do artigo 69.º do EOA de 1984, não existe incompatibilidade entre o exercício dessas funções no SMAS ... e a prática da advocacia. Já se as funções que o mesmo exerce (e que desconhecemos em absoluto por nada constar nos elementos que foram carreados para este processo) extravasam a mera consulta jurídica somos de parecer que, mesmo ao abrigo do disposto no EOA de 1984, existe manifesta incompatibilidade entre a manutenção das funções no SMAS de ... e o exercício da advocacia.**

⁽¹⁾ *Estatuto da Ordem dos Advogados Anotado e Comentado*, 6.ª Edição, 2010, Almedina, anotação 14 ao artigo 77.º, p. 108.

Por outro lado, alega o Requerente que “face às limitações do n.º 4 alíneas *a*) a *d*) [do artigo 28.º] da Lei n.º 12-A/2008 (...) o visado não pode exercer advocacia, uma vez que está vinculado a um horário rígido (9:00H às 12:30H e das 14:00H às 17:30H e o círculo de destinatários ... dificilmente não será o mesmo do conselho de ...”.

Quanto a esta questão cumpre referir que este Conselho não tem competência para se pronunciar sobre a mesma, uma vez que se trata de uma matéria de direito administrativo e não de verificação de incompatibilidades. Ou seja, no artigo 10º do pedido de parecer o que está em causa não é a incompatibilidade entre o exercício de advocacia e outra actividade pública, mas sim uma eventual incompatibilidade entre o exercício de funções públicas e outra qualquer actividade.

De todo o modo, o parecer do Conselho Geral deverá relevar apenas para efeito de compatibilizar, ou não, o exercício das funções de advogado para com a Ordem dos Advogados e nunca para fundamentar uma eventual sanção disciplinar no âmbito do processo que foi instaurado pelos SMAS de

É este, s. m. o., o nosso Parecer,

À próxima reunião do Conselho Geral para deliberação.

Braga, 25 de Outubro de 2012

Aprovado na sessão do Conselho Geral de 31-10-2012

DELIBERAÇÃO N.º 1400/2012

O Conselho Geral da Ordem dos Advogados, reunido em sessão plenária de 4 de setembro de 2012, ao abrigo do disposto na alínea *m*), do n.º 1, do artigo 45.º, do Estatuto da Ordem dos Advogados, aprovado pela Lei n.º 15/2005, de 26 de janeiro, Considerando o disposto nas alíneas *a*), *b*) e *c*), da Deliberação do Conselho Geral da Ordem dos Advogados, aprovada em sessão plenária de 11 de maio de 2012 — Deliberação n.º 992/2012, de 16 de julho de 2012, delibera:

1 — Fixar o preço a pagar pelos advogados que requeiram a emissão de certificado digital não renovado ou revogado, no montante de 15,13 € (quinze euros e treze cêntimos);

2 — Aditar o n.º 6.4 sob a epígrafe 6 — Informática, da Tabela de Emolumentos e Preços devidos pela emissão de documentos e prática de atos no âmbito dos serviços da Ordem dos Advogados, publicada em anexo à Deliberação n.º 2089/2011, de 2 de novembro de 2011, com as alterações constantes da Deliberação n.º 992/2012, de 16 de julho, nos seguintes termos:

«6 — Informática:

[...]

6.4 — Emissão de certificado digital não renovado ou revogado para advogado — 15,13€»

2 de outubro de 2012. — O Presidente do Conselho Geral,

ANTÓNIO MARINHO E PINTO