

REVISTA

da Ordem dos Advogados

Editorial

Meios Alternativos de Resolução de Litígios

ISABEL RESTIER POÇAS

Direito do Património Cultural e Mecanismos de Resolução/Agilização de Litígios

MANUEL PEREIRA BARROCAS

Crise na Arbitragem de Investimento. A Resolução de Litígios no Âmbito do CETA

MARGARIDA LIMA REGO

A Suspensão dos Prazos de Caducidade e Prescrição por Efeito da Mediação

MARIANA FRANÇA GOUVEIA e JOANA CAMPOS CARVALHO

O Regulamento de Mediação do Centro de Arbitragem Comercial da CCIP

MARIANA SOARES DAVID

A Mediação Privada em Portugal: Que Futuro?

PAULO DE TARSO DOMINGUES

A Designação dos Árbitros: Em Defesa do Árbitro Natural

Doutrina

DIEGO BRITO

A Inexistência do Furto de Água

MARGARIDA SARAIVA SEPÚLVEDA TEIXEIRA

A Inversão do Contencioso e o Caso Julgado

PAULO LINHARES DIAS

Notas Civilísticas no Reequilíbrio Financeiro dos Contratos Públicos

Jurisprudência Crítica

- FRANCISCO RODRIGUES ROCHA
Pluralidade de Credores do Salário de Salvação — STJ 5-Jun.-2003
- MANUEL PEREIRA BARROCAS
Acórdão UNAMAR do Tribunal de Justiça da União Europeia

Jurisprudência dos Conselhos

- Processo n.º 61/2017-CS/R — Recurso da Deliberação do Conselho de Deontologia do Porto — Segredo Profissional
- Parecer n.º 32/PP/2017-G — Parecer do Conselho Geral — Impedimento do Exercício de Mandato

Vida Interna

- Deliberação n.º 750/2017, de 19 de Julho — *Regimento do Conselho Fiscal da Ordem dos Advogados*
- Deliberação n.º 887-A/2017, de 27 de Setembro — *Processo de Inscrição no Sistema de Acesso ao Direito e aos Tribunais*
- Deliberação n.º 1096-A/2017, de 6 de Dezembro — *Alterações ao Regulamento Nacional de Estágio*
- Informação — *Textos para publicação na ROA*

REVISTA

da Ordem dos Advogados

ANO 77
2 0 1 7



L I S B O A

REVISTA

da Ordem dos Advogados

Bastonário da Ordem dos Advogados

Guilherme Figueiredo

Director

Rui Pinto Duarte

Sub-Director

Rui Patrício

Conselho Consultivo

António Menezes Cordeiro / Dário Moura Vicente / Diogo Leite de Campos / Germano Marques da Silva / José Osvaldo Gomes / José Sérvulo Correia / Miguel Teixeira de Sousa / Paulo de Pitta e Cunha / Rui Chancelle de Machete

Conselho de Redacção

Alexandra Vilela / Alexandre Mota Pinto / Alexandre Soveral Martins / André Lamas Leite / António Alexandre Salazar / António Andrade de Matos / Eva Dias Costa / Guilherme Machado Dray / Manuel Carneiro da Frada / Pedro Costa Gonçalves / Rui Assis / Sofia Martins / Rogério Fernandes Ferreira / Vânia Costa Ramos / Vera Eiró

Coordenação e Revisão

Departamento Editorial e Comunicação da Ordem dos Advogados

Secretariado

Sandra Coelho

Propriedade da Ordem dos Advogados

Redacção e Administração

Largo de S. Domingos, 14-1.º — 1169-06 Lisboa — Portugal

E: dept.editorial@cg.ao.pt

Composição

AGuerra — Viseu

Impressão e acabamentos

SIG — *Sociedade Industrial Gráfica, L.da*

Depósito Legal: 124011/98

ISSN 0870-8118

Tiragem: 9750 exemplares

RUI PINTO DUARTE
Editorial p. 615

Meios Alternativos de Resolução de Litígios

ISABEL RESTIER POÇAS

*Direito do Património Cultural e Mecanismos de Resolução/
/Agilização de Litígios* p. 617

Análise e reflexão sobre a aplicação de mecanismos de resolução e/ou agilização de litígios previstos no nosso ordenamento jurídico, ao Direito do Património Cultural.

MANUEL PEREIRA BARROCAS

*Crise na Arbitragem de Investimento. A Resolução de Litígios no
Âmbito do CETA* p. 669

O artigo trata de decisões que podem perigar a arbitragem de investimentos internacionais: o CETA e a sentença do TJUE no caso (reenvio prejudicial) Achmea/Eslováquia.

MARGARIDA LIMA REGO

*A Suspensão dos Prazos de Caducidade e Prescrição por Efeito
da Mediação* p. 681

Análise da mediação de conflitos como via para a suspensão dos prazos durante a negociação de uma transação extrajudicial.

MARIANA FRANÇA GOUVEIA e JOANA CAMPOS CARVALHO

O Regulamento de Mediação do Centro de Arbitragem Comercial da CCIP p. 711

O presente texto apresenta o Regulamento de Mediação do CAC/CCIP, analisando, criticamente, as suas principais normas e as questões jurídicas que suscita.

MARIANA SOARES DAVID

A Mediação Privada em Portugal: Que Futuro? p. 741

Um novo olhar sobre o futuro da mediação privada, à luz do seu inspirador sucesso nos vários países à escala mundial em que a mediação é já hoje uma realidade.

PAULO DE TARSO DOMINGUES

A Designação dos Árbitros: Em Defesa do Árbitro Natural p. 785

1. A importância da designação dos árbitros. 2. Princípios axiais a observar: igualdade de armas e processo equitativo. 3. A igualdade de armas: o regime da designação dos árbitros nas arbitragens multilaterais (o caso Dutco e o artigo 11.º da LAV). 4. A designação dos árbitros por terceiro. 5. O árbitro natural como pressuposto de um processo equitativo. 6. Proposta de regime para a designação do árbitro natural.

Doutrina

DIEGO BRITO

A Inexistência do Furto de Água p. 803

Uma perspectiva sobre a problemática das instalações de ligação directa aos sistemas públicos de abastecimento de água passando pela análise dos elementos típicos do crime de furto e pela delimitação conceitual de coisa móvel e de coisa alheia, tendo sempre como fio condutor o princípio da tipicidade.

MARGARIDA SARAIVA SEPÚLVEDA TEIXEIRA

A Inversão do Contencioso e o Caso Julgado p. 833

Estudo em que se conclui que a substituição da decisão cautelar proferida com inversão do contencioso pela decisão da ação principal viola o instituto do caso julgado.

PAULO LINHARES DIAS

Notas Civilísticas no Reequilíbrio Financeiro dos Contratos Públicos p. 883

O presente estudo versa a análise da influência civilística no instituto da reposição do equilíbrio financeiro dos contratos públicos.

RICARDO ALEXANDRE CARDOSO RODRIGUES e JOÃO LUZ SOARES

BJR: Brevíssimas Considerações sobre a sua Operacionalidade Técnica p. 919

Preliminares. Cap. I: Do passado para um (novo) futuro? Cap. II: Dos deveres de administração. Cap. III: A *Business Judgment Rule*. Cap. IV: Conclusões: entre pistas e reflexões.

Jurisprudência Crítica

- FRANCISCO RODRIGUES ROCHA — *Pluralidade de Credores do Salário de Salvação* — STJ 5-Jun.-2003 p. 965

Analisam-se neste artigo alguns aspectos sobre a salvação marítima, designadamente a pluralidade de credores, de devedores e a celebração do contrato de reboque.

- MANUEL PEREIRA BARROCAS — *Acórdão UNAMAR do Tribunal de Justiça da União Europeia* p. 999
Conceito restritivo de norma de aplicação imediata (*loi de police*) — Redução dos direitos do Agente Comercial?

Jurisprudência dos Conselhos

- Processo n.º 61/2017-CS/R — *Recurso da Deliberação do Conselho de Deontologia do Porto — Segredo Profissional* p. 1039
- Parecer n.º 32/PP/2017-G — *Parecer do Conselho Geral — Impedimento do Exercício de Mandato* p. 1047

Vida Interna

- Deliberação n.º 750/2017, de 19 de Julho — *Regimento do Conselho Fiscal da Ordem dos Advogados* p. 1057
- Deliberação n.º 887-A/2017, de 27 de Setembro — *Processo de Inscrição no Sistema de Acesso ao Direito e aos Tribunais* p. 1065
- Deliberação n.º 1096-A/2017, de 6 de Dezembro — *Alterações ao Regulamento Nacional de Estágio* p. 1069
- Informação — *Textos para publicação na ROA*

EDITORIAL

Por Rui Pinto Duarte

Uma parte significativa deste número é preenchida com textos sobre os chamados meios alternativos de resolução de litígios. O facto não resultou de um desígnio de quem dirigiu ou dirige a Revista, sendo (quase) mero efeito de iniciativas não concertadas dos Autores dos textos. A convergência de tais iniciativas, porém, não é um acaso, mas sim produto do relevo atual de tais realidades e da atenção crescente que a comunidade jurídica lhes presta.

Os advogados não podem ficar indiferentes à importância dos «meios alternativos», que, para usar lugares comuns, lhes colocam desafios e abrem oportunidades — seja no desempenho tradicional da sua profissão no quadro das mesmas, seja no desempenho de funções que alguns acharão que extravasam a advocacia, mas que ninguém negará que lhe estão intimamente ligadas e para as quais ela serve de preparação, ainda que talvez não suficiente.

Se a essência da realização do direito tende a perdurar, os modos de ela acontecer evoluem e seria pouco avisado não refletir sobre isso.

Meios alternativos de resolução de litígios

DIREITO DO PATRIMÓNIO CULTURAL E MECANISMOS DE RESOLUÇÃO/AGILIZAÇÃO DE LITÍGIOS(*)

Por Isabel Restier Poças(**)

SUMÁRIO:

I. Introdução. 1. O direito do património cultural. 1.1. Noção de património cultural e noção de bem cultural. 1.2. Noção de direito do património cultural. 1.3. Enquadramento jurídico do direito do património cultural. 1.3.1. Ao nível do direito internacional. 1.3.2. Ao nível do direito interno. 1.4. Princípios do direito do património cultural. 2. Os mecanismos legais para a resolução e/ou agilização de litígios. 2.1. Os meios de resolução alternativa de litígios. 2.1.1. Negociação. 2.1.2. Mediação. 2.1.3. Conciliação. 2.1.4. Arbitragem. 2.1.5. Julgados de Paz. 2.2. Os meios administrativos procedimentais. 2.2.1. Acordo endoprocedimental. 2.2.2. Conferência procedimental. 2.2.2.1. Conferência deliberativa. 2.2.2.2. Conferência de coordenação. 2.2.3. O auxílio administrativo. 2.3. O Provedor de Justiça. **II. Conclusões.**

I. Introdução

O tema do presente trabalho decorre da importância que reveste a utilização de mecanismos para a resolução e/ou agiliza-

(*) Trabalho efetuado no âmbito do I Curso Pós-Graduado em Direito do Património Cultural na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, no ano letivo 2015/2016.

(**) Advogada e Formadora.

ção de litígios previstos no ordenamento jurídico, como forma célere, simplificada e económica de resolver e/ou agilizar situações, que de outro modo, com a morosidade processual e procedimental existente, levariam muito tempo a serem dirimidas.

Utilizamos a designação de mecanismos legais para a resolução e/ou agilização de litígios, para abranger as soluções que entendemos estarem disponíveis na nossa legislação, para atingir tal finalidade.

O Direito do Património Cultural como ramo do Direito, que acreditamos estar em crescente autonomia, relativamente ao Direito Administrativo, ao Direito Constitucional e ao Direito Fiscal, constitui, a nosso ver, um ramo privilegiado para a aplicação dos mecanismos legais para a resolução e/ou agilização de litígios devido à ocorrência frequente de conflitos entre a Administração e os particulares, assim como, entre Estados, nos quais a ponderação dos interesses em causa e a respetiva solução, requerem a utilização de meios simplificados e expeditos.

Tentaremos de uma forma abrangente, apontar as respostas legais disponíveis no nosso ordenamento jurídico, para a obtenção desse objetivo.

Esperemos conseguir esse intento, pelo menos, a intenção vai nesse sentido, conscientes, no entanto, da vastidão de conhecimento, que o tema exerce sobre esse trabalho e na necessidade de o sintetizar.

1. O direito do património cultural

1.1. Noção de património cultural e relação com a noção de bem cultural

A expressão de património cultural por nós adotada, vai de encontro com a subscrita pela doutrina⁽¹⁾ cujo objetivo consiste em *abarcara todo o património cultural que um entendimento aberto e*

(¹) Cf. NABAIS, JOSÉ CASALTA, *Introdução ao Direito do Património Cultural*, Coimbra: Almedina, 2004, p. 17.

em permanente expansão comporte, no seguimento do que o legislador na Constituição da República Portuguesa⁽²⁾, utilizou nos arts. 9.º, al. e), 52.º, n.º 3, al. a), 78.º, 165.º, n.º 1, al. g) e 228.º, al. b), assim como na Lei do Património Cultural⁽³⁾ e na Lei de Bases da Política e do Regime da Proteção e Valorização do Património Cultural⁽⁴⁾, doravante LBPC⁽⁵⁾.

Normalmente tida como equivalente à noção de bem cultural⁽⁶⁾ — esta última foi introduzida, pela primeira vez, na Convenção de Haia de 14 de Maio de 1954, para a proteção dos bens culturais em caso de conflito armado e, mais tarde, na Convenção da UNESCO de 1970, quanto às medidas a adotar para obstar à importação, exportação e tráfico ilícito de bens culturais e na Convenção de 1972 sobre a proteção do património mundial cultural e natural⁽⁷⁾ — ambas são duas formas de encarar a mesma realidade, património cultural na sua globalidade e bem cultural, nos elementos que o compõem.

(2) Aprovada pelo Decreto de Aprovação da Constituição publicado no Diário da República n.º 86, I Série, de 10 de abril de 1976, com as alterações introduzidas pela Lei Constitucional n.º 1/2005 de 12 de agosto de 2005, que aprovou a Sétima Revisão Constitucional.

(3) Lei n.º 13/85, de 6 de julho, revogada pela Lei n.º 107/2001, de 8 de setembro.

(4) Lei n.º 107/2001, de 8 de setembro.

(5) Sempre que fizermos referência a artigo ou artigos, sem menção ao diploma legal, será referente à LBPC.

(6) Para uma noção de bem cultural que se manifesta sob três modalidades: em que o conceito de bens culturais em sentido estrito é aquele que decorre da aplicação do art. 14.º, n.º 1, da Lei de Bases, conceito de bens culturais em sentido amplo abrange ainda: os bens imateriais que constituam parcelas da identidade e da memória coletiva portuguesa (arts. 2.º, n.º 4, e 91.º da Lei de Bases), os contextos dos bens materiais ou imateriais que com eles possuam uma relação interpretativa e informativa (art. 2.º, n.º 6, da Lei de Bases) e outros bens imateriais ou valores culturais não tutelados pela Lei de Bases ou que sejam objeto de legislação própria e ainda de bens culturais em sentido impróprio que serão aquelas hipóteses em que uma norma se refira a bens culturais sem que essas realidades integrem sequer o património cultural (caso da referência presente no art. 78.º, n.º 2, da Constituição de 1976). Cf. ALEXANDRINO, JOSÉ DE MELO, *Conceito de bem cultural*, versão provisória do texto da lição proferida em 3 de dezembro de 2009, no Curso de Pós-Graduação em Direito da Cultura e do Património Cultural da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, pp. 8-9 e “O conceito de bem cultural”, in *Direito da Cultura e do Património Cultural*, org. GOMES, CARLA AMADO e RAMOS, JOSÉ LUÍS BONIFÁCIO, Lisboa, 2011, pp. 227 e ss.

(7) Cf. NABAIS, JOSÉ CASALTA, *ob. cit.*

Património cultural será *um conjunto de bens culturais, um conjunto de bens imateriais (criações jurídicas), que nuns casos estão ancorados em suportes materiais (infungíveis ou fungíveis) e, noutros casos, não têm qualquer suporte material*⁽⁸⁾.

A LBPC perfilha no art. 2.º uma noção ampla de património cultural que integra os bens culturais materiais, os bens culturais imateriais⁽⁹⁾ (art. 8.º), os quaisquer outros bens considerados como fazendo parte do património cultural por força de convenções internacionais que vinculem o Estado Português e pelo contexto dos bens culturais e no art. 14.º, n.º 1, uma noção restrita de bens culturais que se traduz nos bens culturais materiais.

O art. 15.º, n.º 1, enuncia as categorias de bens culturais — imóveis e móveis e a respetiva graduação de interesse cultural, ou seja, os primeiros podem pertencer às categorias de monumento, conjunto ou sítio, nos termos em que se encontram definidas no direito internacional pela Convenção para a salvaguarda do património arquitetónico da Europa, ou Convenção de Granada de 1985 (que será analisada mais à frente em sede de enquadramento internacional do direito do património cultural) e os segundos, às categorias indicadas no título VII — art. 72.º e ss.

De acordo com o n.º 2, os bens móveis e imóveis podem ser classificados como de interesse nacional, de interesse público ou de interesse municipal, sendo cada um desses níveis de graduação do interesse cultural desenvolvido nos n.ºs 4, 5 e 6⁽¹⁰⁾.

Os bens culturais possuem como características essenciais a sua imaterialidade, no sentido de que “têm uma função imaterial,

(8) Cf. NABAIS, JOSÉ CASALTA, pp. 19 e também BENTO, INÊS PISCO, “Património Comum da Humanidade: uma resposta à insuficiência de incentivos à conservação do património cultural”, in *Revista CEDOUA*, n.º 26, Ano XIII, 2.10, Coimbra, 2010, p. 48.

(9) Quanto à noção de bem cultural imaterial em termos de influência doutrinária, cf. GOMES, CARLA AMADO, “Direito do Património Cultural, Direito do Urbanismo, Direito do Ambiente, o que os une e o que os separa”, in *Textos Dispersos de Direito do Património Cultural e Direito do Urbanismo*, Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2000, p. 354.

(10) Cf. LEITÃO, LUÍS TELES DE MENEZES, “A fruição de bens culturais”, in *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Vol. IV — Direito Administrativo e Justiça Administrativa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 610.

que se traduz no contributo que a sua fruição traz para o desenvolvimento da personalidade individual das sucessivas gerações, a sociabilidade pois são expressão de valores de interesse comunitário, de um determinado contexto social e cultural e a publicidade pois assumem as características gerais de bens públicos”(11).

Ainda com referência ao art. 2.º, o seu n.º 1 traduz a definição de património cultural, para efeitos da LBPC, consiste no “conjunto de todos os bens que, sendo testemunhos com valor de civilização ou de cultura portadores de interesse cultural relevante, devam ser objeto de especial proteção e valorização”, enquanto o n.º 2 indica-nos que o interesse cultural pode variar — por meio de uma enumeração exemplificativa que a lei utiliza ser um interesse histórico, artístico e técnico — e refletir algum ou vários dos “valores de memória, antiguidade, autenticidade, raridade, singularidade ou exemplaridade”(12).

1.2. Noção de direito do património cultural

É um “conjunto de normas de direito público — isto é, de normas de direito constitucional, de direito comunitário, de direito internacional e de direito administrativo (no qual se inclui, como ramo especial, o direito fiscal) — que estabelecem, portanto um regime de direito público, direito que tem como objectivo tutelar os bens culturais, tutela que passa pela conservação, pela preservação e pela valorização económica e cultural destes bens”, como define a doutrina e com a qual nos identificamos(13).

(11) Cf. BENTO, INÊS PISCO, *ob. cit.*, p. 49 e no mesmo sentido, GOMES, CARLA AMADO, “O Património Cultural na Constituição: anotação ao artigo 78.º”, in *Textos Dispersos de Direito do Património Cultural*, GOMES, CARLA AMADO (org.), Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2008, pp. 18 e 19 e NABAIS, JOSÉ CASALTA, “Noção e Âmbito do Direito do Património Cultural”, in *Revista CEDOUA*, Ano III, 2/3, Coimbra, 2000, p. 21.

(12) Cf. ALEXANDRINO, JOSÉ DE MELO, *ob. cit.*, p. 7.

(13) Cf. NABAIS, JOSÉ CASALTA, *Introdução ao Direito do Património Cultural*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2010.

E como ramo de direito público, o direito do património cultural é constituído, como vimos, pelo direito constitucional e pelo direito administrativo e neste último, possui estreitas afinidades com o direito do ambiente, o direito do urbanismo, o direito cultural⁽¹⁴⁾, o direito do património público, o direito do turismo e o direito fiscal, sendo manifestação do princípio da coordenação contido no art. 6.º, al. c) da LBPC, “articulando e compatibilizando o património cultural com as restantes políticas que se dirigem a idênticos ou conexos interesses públicos e privados, em especial as políticas de ordenamento do território, de ambiente, de educação, formação, de apoio à criação cultural e de turismo”⁽¹⁵⁾.

1.3. Enquadramento jurídico do direito do património cultural

1.3.1. Ao nível do direito internacional

O direito do património cultural pode ser enquadrado juridicamente, a nível de direito internacional — geral ou europeu.

Deste modo, estamos perante o regime de direito internacional relativo ao património cultural, constituído pelas normas internacionais relativas ao “património cultural da humanidade” uma das mais importantes componentes do “património comum da humanidade”, o qual é considerado como uma espécie de *res communis*, de domínio público internacional ou de gestão de bens em benefício da comunidade e que integra:

- 1) o espaço atmosférico e os corpos celestes;
- 2) o espectro faz frequências radioelétricas;

⁽¹⁴⁾ Para uma noção de direito cultural, cf. MIRANDA, JORGE, “Notas sobre cultura, Constituição e direitos culturais”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. 47, n.º 1-2, Lisboa, 2006, p. 45 e para uma perspetiva ampla do direito administrativo da cultura português, cf. RAMOS, JOSÉ LUÍS BONIFÁCIO, “Direito administrativo da cultura”, in *Tratado de direito administrativo especial*, coord. OTERO, PAULO e GONÇALVES, PEDRO, Vol. II, Coimbra: Almedina, 2009.

⁽¹⁵⁾ Cf. NABAIS, JOSÉ CASALTA, *ob. cit.*, p. 51.

- 3) o património relativo à biosfera que integra o património natural (espaços naturais e espécies selvagens), a camada do ozono, o clima em geral e o património genético da espécie;
- 4) os fundos marinhos;
- 5) o património cultural⁽¹⁶⁾.

Segundo o entendimento dominante entre nós, o direito internacional tem na hierarquia das normas integrantes do nosso ordenamento jurídico, uma posição infraconstitucional e supralegal (independentemente de poder ser sempre possível o acionamento do seu controlo, em sede de fiscalização da constitucionalidade, ao abrigo do art. 277.º e seguintes da CRP), não esquecendo também a posição do direito da União Europeia, que é supranacional e que irá ser abordada, mais à frente.

Portugal é parte de diversas convenções⁽¹⁷⁾ relativas ao direito do património cultural e começando pela mais antiga — a Concordata com a Santa Sé de 1940 — é uma convenção bilateral, que tem por objeto bens culturais, independentemente de os mesmos terem ou não carácter internacional e abarca também outras matérias. Relativamente ao património cultural, relevam os arts. VI, VII e VIII da Concordata. Pelo primeiro, reconheceu-se à Igreja Católica a propriedade dos bens que anteriormente lhe pertenciam, com exceção dos classificados ou que viessem a ser classificados nos cinco anos posteriores ao da troca de ratificações, como “monumentos nacionais” ou “imóveis de interesse público”. Estes bens ficaram “em propriedade do Estado com afectação permanente ao serviço da Igreja” cabendo àquele a sua conservação, reparação e restauração,

⁽¹⁶⁾ Cf. NABAIS, JOSÉ CASALTA, *ob. cit.*, pp. 111 e 112.

⁽¹⁷⁾ Cf. NABAIS, JOSÉ CASALTA, *Instrumentos Jurídicos e Financeiros de Protecção do Património Cultural*, Coimbra: Centro de Estudos e Formação Autárquica, 1998, pp. 37-40, TEIXEIRA, GLÓRIA e SILVA, SÉRGIO, “Direito do Património Cultural”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano V, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 30-33 e SERRANO, MÁRIO MENDES, “A protecção dos direitos culturais: cultura e património na experiência jurídica e judiciária portuguesa”, in *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, 2.º Semestre 2013, n.º 2, Coimbra: Almedina, 2013, pp. 389-391.

nos termos dos planos acordados com as autoridades eclesiásticas e à Igreja, a sua guarda e regime interno (horários de visitas). Em relação aos objetos destinados ao culto, que estivessem em museus do Estado, das autarquias locais ou institucionais, estabeleceu-se a obrigação de estes os cederem para as cerimónias religiosas.

O art. VII veio determinar que nenhum templo, edifício ou objeto de culto pode ser demolido ou destruído sem o acordo prévio da respetiva autoridade eclesiástica, salvo motivo de urgente necessidade pública, como guerra, incêndio ou inundação e no caso de expropriação será sempre ouvida a respetiva autoridade eclesiástica, mesmo no que diz respeito à indemnização e que nenhum ato de apropriação será praticado sem que os bens expropriados sejam antes privados do seu caráter sagrado.

O art. VIII isenta de qualquer imposto ou contribuição geral ou local, os templos e objetos neles contidos, os seminários ou quaisquer estabelecimentos destinados à formação do clero, assim como, esses bens não serão onerados com impostos ou contribuições especiais.

Em 2004, foi assinada uma nova Concordata entre Portugal e a Santa Sé⁽¹⁸⁾ onde a matéria de património cultural encontra-se contemplada nos arts. 22.º a 24.º.

O art. 22.º, n.º 1, refere que relativamente aos imóveis na situação do art. VI da Concordata de 1940, continuam com afetação permanente ao serviço da Igreja, cabendo ao Estado a sua conservação, reparação e restauro de harmonia com plano estabelecido de acordo com a autoridade eclesiástica, de modo a evitar perturbações no serviço religioso e à Igreja incumbe a sua guarda e regime interno, no que respeita ao horário de visitas, na direção das quais poderá intervir um funcionário nomeado pelo Estado. Os objetos destinados ao culto serão sempre cedidos nas condições do n.º 2⁽¹⁹⁾ e a cedência temporária de objetos religiosos no n.º 3.

(18) Cf. NABAIS, JOSÉ CASALTA, “Considerações sobre o quadro jurídico do património cultural”, in *Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no centenário do seu nascimento*, Vol. I, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra: Coimbra Editora, Lda., 2006, p. 738.

(19) <<http://www.gddc.pt/siii/ib.asp?id=1764>>.

O art. 23.º expressa a declaração de empenhamento conjunto de ambas as Partes na salvaguarda, valorização e fruição dos bens, móveis ou imóveis, de propriedade da Igreja Católica ou de pessoas jurídicas canónicas reconhecidas, que integram o património cultural português e a República Portuguesa reconhece que a finalidade própria dos bens eclesiásticos deve ser salvaguardada pelo direito português, sem prejuízo de, a conciliar com outras finalidades decorrentes da sua natureza cultural, com respeito pelo princípio da cooperação. Nesse sentido, as autoridades competentes de ambas as partes acordam na criação de uma Comissão bilateral para o desenvolvimento daquele, quanto aos bens da Igreja que integrem o património cultural português. A missão desta consiste na promoção da salvaguarda, valorização e fruição dos bens da Igreja, nas condições descritas no n.º 2.

Por fim, o art. 24.º sendo de redação similar ao art. VII da Concordata de 1940, estipula no n.º 3 que a autoridade eclesiástica competente tem direito de audiência prévia, quando forem necessárias obras ou quando se inicie o procedimento de inventariação ou classificação como bem cultural.

Também é parte de diversas Convenções da UNESCO, organismo especializado da Organização das Nações Unidas, dedicado aos temas da educação, ciência e cultura e que surgiu com a Convenção de 4 de novembro de 1946, sendo um dos seus fins principais a proteção do património cultural dos povos “velando pela conservação e protecção do património universal de livros, obras de arte e outros monumentos de interesse histórico e científico e recomendando aos povos interessados convenções internacionais para esse efeito”, tal como o art. 1.º, n.º 1, al. c), o enuncia⁽²⁰⁾.

Desse modo, surgiram ao longo do tempo diversas convenções que gostaríamos de enumerar, tais como a Convenção da Haia de 1954⁽²¹⁾ para a proteção dos bens culturais em caso de conflito armado, a qual por meio do seu Regulamento de Execução, criou um registo internacional de bens culturais sob proteção especial

⁽²⁰⁾ Cf. NABAIS, JOSÉ CASALTA, *ob. cit.*, p. 115.

⁽²¹⁾ Ratificada por Portugal em 2000 — Resolução da Assembleia da República n.º 26/2000 e o Decreto do Presidente da República n.º 13/2000, de 16 de fevereiro.

que está na posse do Diretor-Geral da UNESCO. A Convenção de Paris de 1970⁽²²⁾, relativa às medidas a adotar para proibir a importação, exportação e transferência ilícita de bens culturais e que para tal fim, criou um certificado para justificar a autorização de saída/exportação do bem, proibindo a saída sem aquele e a obrigação de publicitar a existência dessa proibição, quando exista. Também disponibilizou aos Estados-Parte o recurso à assistência técnica da ONU — para a Educação, Ciência e Cultura — nas modalidades de informação, educação, consulta e parecer de peritos. A Convenção de 1972⁽²³⁾ para a proteção do património mundial, cultural e natural que contém o regime de registo e proteção internacional dos bens culturais património da humanidade. Esta Convenção possui na sua base um conceito amplo de património cultural, uma vez que abrange os bens culturais e também os bens naturais. É ela que contém também a classificação internacional dos bens arquitetónicos culturais em monumentos, conjuntos e locais de interesse, como património cultural: os primeiros, são as obras arquitetónicas, de escultura de carácter arqueológico, inscrições, grutas e grupos de elementos com valor universal excecional do ponto de vista da história, da arte ou da ciência, os segundos, são os grupos de construções isolados ou reunidos, que, em virtude da sua arquitetura, unidade ou integração na paisagem, têm valor universal excecional do ponto de vista da história, da arte ou da ciência e os terceiros, são as obras do homem, ou obras conjugadas do homem e da natureza, e as zonas, incluindo os locais de interesse arqueológico, com um valor universal excecional do ponto de vista histórico, estético, etnológico ou antropológico. Devem também os Estados Signatários inventariar ou proceder ao levantamento do património situado nos seus territórios e assegurar a sua salvaguarda e proteção, de modo a assegurarem a sua transmissão às gerações futuras, afetando os recursos financeiros para tal fim e

(22) Aprovada para ratificação pelo Decreto do Governo n.º 26/85, de 26 de julho, mas, só através do Aviso n.º 78/2002, de 2 de agosto, foi tornado público que Portugal depositou em 9 de Dezembro de 1985, junto do Diretor-Geral da UNESCO, o instrumento de ratificação.

(23) Aprovada para adesão pelo Decreto n.º 49/79, de 6 de junho.

tomando as respetivas medidas legislativas, independentemente, da criação de um Fundo do Património Mundial com esse objetivo, ao qual podem pedir assistência financeira. A Convenção criou também um Comité do Património Mundial, que além da competência para avaliar esses pedidos de assistência e pedidos de assistência técnica ou científica, tem também a competência de avaliar os requerimentos de classificação de bens com valor mundial e de elaborar os critérios de inscrição dos bens na “lista do património mundial”, de acordo com o regulado no texto da Convenção.

A Convenção de 2001 relativa ao património cultural subaquático^(24/25) e, a qual visa garantir e reforçar a proteção do património cultural subaquático (e que não pode ser explorado comercialmente), estabelecer a cooperação entre Estados, a preservação *in situ* deste tipo de património, sempre que possível, a preservação a longo prazo que deve ser assegurada em relação aos bens culturais subaquáticos descobertos por meio do seu depósito, conservação e manipulação, a sensibilização do público para o mesmo, a promoção de uma formação específica em arqueologia subaquática e contempla também a resolução pacífica de diferendos pela intervenção da UNESCO, pelo recurso à mediação e no caso, de esta não ser possível, à conciliação e a arbitragem. Esta Convenção entrou em vigor em 2 de janeiro de 2009 e foi republicada em 2012, com tradução para a língua portuguesa.

A Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar⁽²⁶⁾, assinada em *Montego Bay* no dia 10 de dezembro de 1982, veio a converter-se no Código Internacional do Direito do Mar e é relevante, pois possui disposições que se relacionam com o direito do património cultural, ao colocar debaixo da jurisdição da Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos, os achados no leito e subsolo do alto mar, constituindo, desse modo, património suba-

(24) Aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 51/2006 e ratificada pelo Decreto n.º 65/2006 do Presidente da República, ambos publicados no Diário da República, 1.ª Série, n.º 37, de 18 de julho de 2006.

(25) <<http://www.patrimoniocultural.pt/pt/patrimonio/cartas-e-convencoes-internacionais-sobre-patrimonio/>>.

(26) Ratificada por Portugal, pelo Decreto n.º 67-A/97, de 14 de outubro.

quático internacional, conquanto não existam sobre esses bens culturais, direitos preferenciais do Estado de origem, do Estado ou país de origem cultural, ou país de origem arqueológica ou histórica — arts. 303.º, n.º 1, e 149.º⁽²⁷⁾.

A Convenção UNIDROIT⁽²⁸⁾ concluída em Roma em 1995, sob a orientação do Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado, refere-se ao retorno de bens roubados ou ilícitamente exportados, tendo sido adotada devido à pouca eficácia da Convenção da UNESCO de 1970, devido ao seu âmbito de aplicação ilimitado, assim como, à inexistência de uma obrigação efetiva de restituição de bens ilícitamente exportados dependendo da regulamentação nacional, a ação de reivindicação ou de restituição, que varia de Estado para Estado. A Convenção UNIDROIT é composta por duas partes: a primeira, relativa ao regime dos bens culturais objeto de furto e roubo, o qual é o da restituição do bem ao seu legítimo proprietário, fazendo prevalecer os interesses deste sobre os do adquirente, que possui o direito a uma indemnização equitativa, se atuou com diligência no momento da aquisição — arts. 3.º e 4.º — e a segunda, relativa às exportações feitas em violação da lei nacional de proteção do património cultural, que impõe o retorno dos bens, tendo como pressuposto o reconhecimento, após a verificação de determinados requisitos, do que se regula nas normas de direito público, estrangeiro, em particular, as que interditam a saída do território nacional de objetos com significado artístico, histórico, espiritual ou ritual, de acordo com o art. 5.º. Não existirá retorno do bem, se a autoridade do Estado requerido competente para apreciar o pedido, indeferir a pretensão do requerente, por considerar que o bem tem uma ligação tão ou mais estreita com a cultura de um outro Estado, incluindo o seu, o mesmo acontecendo na situação em que a exportação do bem reclamado houver sido feita pelo seu próprio autor ou nos 50 anos subsequentes à sua morte (art. 7.º)⁽²⁹⁾.

⁽²⁷⁾ Cf. NABAIS, JOSÉ CASALTA, *ob. cit.*, p. 119.

⁽²⁸⁾ Ratificada por Portugal pelo Decreto n.º 67-A/97, de 14 de outubro.

⁽²⁹⁾ Cf. NABAIS, JOSÉ CASALTA, *ob. cit.*, pp. 120 e 121.

A Convenção para a Salvaguarda do Património Cultural Imaterial de 2003⁽³⁰⁾ tem como finalidades a salvaguarda do património cultural imaterial, o respeito pelo património cultural imaterial das comunidades, dos grupos e dos indivíduos, a sensibilização, ao nível local, nacional e internacional, para a importância do património cultural imaterial e do seu reconhecimento mútuo e a cooperação e o auxílio internacional, no quadro de um mundo cada vez mais globalizado, que ameaça uniformizar as culturas aumentando, simultaneamente, as desigualdades sociais. Pretendendo ser o promotor do património cultural imaterial, principal gerador da diversidade cultural e garante do desenvolvimento sustentável, a Convenção veio preencher uma lacuna no sistema legal de proteção internacional do património cultural e no art. 2.º define-o como “(...) as práticas, representações, expressões, conhecimentos e aptidões — bem como os instrumentos, objectos, artefactos e espaços culturais que lhe são associados — que as comunidades, os grupos e, sendo o caso, os indivíduos reconheçam como fazendo parte integrante do seu património cultural. Esse património cultural imaterial, transmitido de geração em geração, é constantemente recriado pelas comunidades e grupos em função do seu meio, da sua interação com a natureza e da sua história, inculcando-lhes um sentimento de identidade e de continuidade, contribuindo, desse modo, para a promoção do respeito pela diversidade cultural e pela criatividade humana”. A Convenção prevê, entre outras medidas, que cada Estado-Parte elabore inventários deste tipo de património como medida da sua salvaguarda.

A Convenção sobre a Proteção e a Promoção da Diversidade das Expressões Culturais e respetivo anexo, assinada a 20 de outubro de 2005 em Paris⁽³¹⁾, tendo sido o primeiro instrumento inter-

⁽³⁰⁾ Aprovada no dia 17 de outubro na 32.ª Conferência Geral das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), entrou em vigor no dia 20 de abril de 2006, três meses, depois da data de depósito junto do Diretor-Geral da UNESCO do 30.º instrumento de ratificação, aprovação ou adesão.

⁽³¹⁾ Aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 10-A/2007 e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 27-B/2007 e publicada no Diário da República, I Série, n.º 54 de 16 de março de 2007, cuja data de depósito do instrumento de ratificação foi o dia 16 de março de 2007 e a entrada em vigor em Portugal, em 16 de junho de 2007.

nacional a reconhecer a dupla natureza, económica e cultural dos bens e dos serviços culturais, que se encontram nas economias criativas mundiais. O art. 1.º estabelece os seus objetivos, dos quais destacamos a promoção e proteção da diversidade das expressões culturais, a promoção do respeito por aquela e a consciencialização do seu valor a nível local, nacional e internacional e o reforço da cooperação internacional dos Estados em termos de proteção e promoção da diversidade de expressões culturais e o art. 2.º enumera os princípios orientadores da sua atuação tais como, o princípio do respeito dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, o princípio da soberania, o princípio da igual dignidade e do respeito de todas as culturas, o princípio da solidariedade e da cooperação internacionais, o princípio da complementaridade dos aspetos económicos e culturais do desenvolvimento, o princípio do desenvolvimento sustentável, o princípio do acesso equitativo e o princípio da abertura e do equilíbrio. O art. 4.º procede à definição de vários conceitos, entre eles, o da diversidade cultural — “refere-se à multiplicidade de formas em que se expressam as culturas dos grupos e das sociedades. Essas formas de expressão transmitem-se no interior e entre os grupos e as sociedades. A diversidade cultural manifesta-se não só nas diferentes formas em que o património cultural da Humanidade se expressa, se enriquece e se transmite graças à variedade das expressões culturais, mas também através de diversos modos de criação artística, produção, divulgação, distribuição e fruição das expressões culturais, independentemente dos meios e das tecnologias empregues”⁽³²⁾.

Portugal também é parte de diversas Convenções do Conselho da Europa, tais como a Convenção Cultural Europeia assinada em Paris em 1954, a Convenção de Londres de 1969 (revista em *La Valette*, em 1992) para a proteção do património arqueológico da Europa, a Convenção de Granada de 1985, para a salvaguarda do património arquitetónico da Europa, Convenção de Delfos de 1985, relativa às infrações sobre bens culturais e a Convenção

(32) <www.gddc.pt/siii/im.asp?id=1927>.

de Faro de 2005, sobre o valor do património cultural para o desenvolvimento da sociedade.

A Convenção Cultural Europeia de 1955 (entrou em vigor no dia 5 de maio)^(33/34), relativa à salvaguarda e promoção dos ideais e princípios que constituem o património comum, assim como, a adoção de uma política comum, visando igualmente salvaguardar e fomentar o desenvolvimento, pela contribuição de cada uma das Partes Contratantes, para o património comum da Europa.

A Convenção de Londres visa a salvaguarda do património arqueológico, tendo como finalidade a sua conservação e valorização, comprometendo-se os Estados a desenvolver um regime legal de proteção do património cultural, que contemple a elaboração de um inventário do património e classificação de monumentos e de zonas de proteção, a criação de zonas de proteção especial, reservas arqueológicas — à superfície ou subaquáticas — destinadas à conservação dos bens e a constituição de uma obrigação para o descobridor, de notificar as autoridades competentes do local e da natureza dos achados arqueológicos (art. 2.º). Os arts. 2.º e 3.º obrigam os Estados a tomar medidas que interditem a pilhagem ou deslocação ilícita de parte ou totalidade do referido património e instituir métodos de investigação não destrutivos que assegurem o seu melhor estado de conservação e os arts. 4.º e 5.º quanto à permanência/remoção do património arqueológico, o sentido é o de que os bens arqueológicos devem permanecer preferencialmente, *in situ*. É de destacar também, o conjunto de medidas em termos de cooperação internacional, tais como a cooperação entre arqueólogos, pelo estabelecimento de diretivas quanto ao trabalho de pesquisa, escavação e publicitação dos achados arqueológicos e a promoção da publicitação do trabalho científico em sítios de arqueologia e sítios educacionais, com a finalidade de promover o valor do património arqueológico. O Comité responsável pela sua aplicação,

⁽³³⁾ Aprovada para adesão pelo Decreto n.º 717/75, de 29 de dezembro, publicado no Diário da República, I Série, n.º 293. Em 16 de fevereiro de 1976 foi efetuado o depósito de ratificação junto de Secretário-Geral do Conselho da Europa, tendo a Convenção entrado em vigor em 16 de fevereiro de 1976.

⁽³⁴⁾ <www.gddc.pt/siii/docs/dec717-1975.pdf>.

assume a responsabilidade de fortalecer e coordenar as políticas do património arqueológico na Europa.

A Convenção de Granada de 1985⁽³⁵⁾ visa a salvaguarda do património arquitetónico da Europa e define este tipo de património e os tipos de bens que protege. Assim, património arquitetónico compreende:

- 1) os monumentos — todas as construções particularmente notáveis pelo seu interesse histórico, arqueológico, artístico, científico, social ou técnico, incluindo os elementos decorativos que fazem parte integrante dessas construções;
- 2) os conjuntos arquitetónicos — agrupamentos homogéneos de construções urbanas ou rurais, notáveis pelo seu interesse histórico, arqueológico, artístico, científico, social ou técnico e suficientemente coerentes para serem objeto de uma delimitação topográfica; e
- 3) os sítios — obras combinadas do homem e da natureza, parcialmente construídas e constituindo espaços suficientemente característicos e homogéneos para serem objeto de uma delimitação topográfica, notáveis pelo seu interesse histórico, arqueológico, artístico, científico, social ou técnico.

De modo, a identificar os monumentos, conjuntos arquitetónicos e sítios para poderem ser alvo de proteção, devem os Estados proceder à sua inventariação e a consagrar um regime legal que cumpra tal desiderato e, desse modo, impeça a sua desfiguração, degradação e demolição, assim como adotar políticas de conservação, a observação do princípio de participação e da associação das autoridades centrais e locais na aplicação de políticas de conservação e restauro dos monumentos e o princípio de colaboração com privado (mecenato), promovendo a informação e formação dos respetivos profissionais. A Convenção institui também um Comité de Peritos para o seu cumprimento, por meio da elaboração periódica de um relatório sobre a situação das políticas de conservação

⁽³⁵⁾ Aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 5/91 e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 74/91, de 23 de janeiro.

do património arquitetónico, levado a cabo pelos Estados signatários e a proposição de medidas, se tal for necessário⁽³⁶⁾.

A Convenção de Delfos de 1985, relativa às infrações aos bens culturais (não entrou ainda em vigor na ordem internacional, nem foi alvo de ratificação por Portugal), diz respeito à prevenção e repressão dos comportamentos que constituam infração ao património cultural e para tal, os Estados signatários comprometem-se a adotar as medidas apropriadas a atingir tal finalidade e a cooperar na sua prevenção, na descoberta dos bens culturais removidos do local em que se encontravam, em consequência da infração cometida e na devolução dos bens que saíram ilicitamente do território de outro Estado signatário.

A Convenção de Faro⁽³⁷⁾ de 2005, também designada como Convenção-Quadro do Conselho da Europa sobre o valor do património cultural para o desenvolvimento da sociedade, reconhece o direito ao património cultural como um direito inerente ao direito de participação na vida cultural como está previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) e que existe uma responsabilidade individual e coletiva perante o património cultural, a sua preservação e utilização sustentável, a qual tem por finalidade o desenvolvimento humano e a qualidade de vida. Desse modo, devem os Estados signatários tomarem as medidas necessárias e estabelecidas na Convenção, em ordem à edificação de uma sociedade pacífica e democrática, num processo de desenvolvimento sustentável de promoção da diversidade cultural, promovendo para tal, uma sinergia de competências entre todos os agentes públicos institucionais e privados interessados.

Relativamente à União Europeia, existem também disposições relevantes em matéria de proteção do património cultural. Quanto ao direito originário, o Tratado da União Europeia⁽³⁸⁾, no

⁽³⁶⁾ Cf. NABAIS, JOSÉ CASALTA, *ob. cit.*, pp. 123 a 125 e Relatório Intercalar, *ob. cit.*, pp. 85 e ss.

⁽³⁷⁾ Aprovação da Assembleia da República em 18 de julho de 2008 e publicada no Diário da República, 1.ª Série, n.º 177, de 12 de agosto de 2008.

⁽³⁸⁾ Versão consolidada publicada no Jornal Oficial da União Europeia, C 326 de 26.10.2012, p. 1, em vigor desde 1 de dezembro de 2009.

seu Preâmbulo, refere “Inspirando-se no seu património cultural, religioso e humanista da Europa, de que emanaram os valores universais que são os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana, bem como a liberdade, a democracia, a igualdade e o Estado de direito” e mais frente, ainda no Preâmbulo, “Desejando aprofundar a solidariedade entre os seus povos, respeitando a sua cultura, história e tradições”, assim como, no art. 3.º, 4.º parágrafo — “A União respeita a riqueza da sua diversidade cultural e linguística e vela pela salvaguarda e pelo desenvolvimento do património cultural europeu”.

Também o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia⁽³⁹⁾, no art. 6.º, al. c), afirma que a União Europeia tem competências para desenvolver ações destinadas a apoiar, coordenar ou completar a ação dos Estados-Membros no domínio da cultura, no art. 36.º impõe mecanismos de proteção do património nacional de valor artístico histórico ou arqueológico e no art. 167.º, n.º 2, aponta a área da cultura como tarefa da UE, sendo que, especificamente no n.º 2, refere a conservação e salvaguarda do património cultural de importância europeia, como um dos domínios da sua ação, na promoção da cooperação entre os Estados-Membros, incentivando-a e se necessário, apoiando-a ou completando a ação destes.

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia⁽⁴⁰⁾ menciona, no seu Preâmbulo, o respeito pela diversidade das culturas e tradições dos povos da Europa. O art. 13.º determina que as “artes e a investigação científica são livres” e o art. 22.º estabelece o requisito de a “União respeitar a diversidade cultural, religiosa e linguística”.

Quanto ao direito derivado e especificamente relacionado com a saída ilícita de bens culturais de um país, existe a Diretiva 2014/60/EU do Parlamento e do Conselho, de 15 de maio de 2014⁽⁴¹⁾, que revogou a Diretiva 93/7/CEE do Conselho, a qual constituiu um primeiro

⁽³⁹⁾ *Ibidem.*

⁽⁴⁰⁾ Versão consolidada publicada no Jornal Oficial da União Europeia, C 326 de 26.10.2012, p. 389, em vigor desde 1 de dezembro de 2009.

⁽⁴¹⁾ Publicada no Jornal Oficial da União Europeia L151/1, de 28 de maio de 2014.

passo quanto à cooperação entre Estados Membros no domínio da circulação ilícita de bens culturais, mas que consagrou prazos demasiado curtos para a resolução de certas situações, pelo que agora, foram alargados, bem como se adotou uma nova definição, menos abrangente, do que são bens culturais, para efeito de aplicabilidade do novo regime.

Entretanto, a Diretiva 2014/60/EU do Parlamento e do Conselho foi transposta para a ordem jurídica portuguesa pela Lei n.º 30/2016, de 23 de agosto, que veio impor mecanismos de salvaguarda e de proteção do património nacional de valor artístico, histórico ou arqueológico⁽⁴²⁾, os quais se traduzem na existência de um limite temporal e territorial a considerar, para determinar a aplicabilidade do regime e que se expressa, por um lado, na relevância para efeitos da aplicação da lei, aos bens culturais que tenham saído ilicitamente de território nacional, após 31 de dezembro de 1992 (tal como a Diretiva 93/7/CEE do Conselho previa) mas, em situações de reciprocidade, pode o regime da Lei n.º 30/2016 ser aplicável a situações anteriores a 1 de Janeiro de 1993 e por outro lado, a circulação no território nacional ou de outro Estado-Membro da União Europeia. Outro mecanismo é o da definição a relevar para bem cultural, o qual deve ser considerado como tal, à luz da legislação nacional do Estado privado do bem e ter saído do mesmo em violação do regime de proteção e valorização em vigor. Quanto a Portugal, são visados os bens culturais, independentemente de estarem ou não inscritos no registo patrimonial de classificação e inventariação, ou em vias de o ser. A noção de bem cultural móvel é a que consta do art. 55.º da LBPC.

O terceiro mecanismo de salvaguarda consiste na cooperação em Estados e Autoridades Centrais, tendo estas últimas o dever de localizar bens culturais em circulação ilícita e identificar os seus possuidores e preveem-se também deveres de colaboração e de troca entre as Autoridades centrais de outros Estados Membros. O quarto mecanismo prevê a adoção pelas Autoridades Centrais,

(42) Como o art. 36.º do TFUE prevê e já foi abordado neste trabalho.

das medidas necessárias à conservação material de bens culturais ilicitamente em circulação e que se encontrem em território nacional, devendo assegurar a cooperação com as Autoridades Centrais do Estado privado⁽⁴³⁾ do bem cultural, com vista à sua recuperação. O quinto mecanismo prevê o recurso à arbitragem, que poderá ser proposta pelas Autoridades Centrais, caso o possuidor do bem e o Estado privado do mesmo, manifestem formalmente acordo nesse sentido, mas não estão previstas as regras de funcionamento daquela. O Estado privado do bem, pode também intentar uma ação judicial destinada a obter a restituição daquele, a qual será interposta no Estado-Membro onde foi localizado e se encontra o bem cultural. Por último, nos casos em que venha a ser judicialmente ordenada a restituição do bem cultural, está previsto o ressarcimento dos terceiros possuidores que tenham agido de boa-fé (com a diligência devida), referindo-se a lei a uma indemnização justa.

1.3.2. Ao nível do direito interno

A Constituição da República Portuguesa refere o património cultural nos arts. 9.º, al. e) — quanto à sua proteção e valorização, 52.º, n.º 3, al. a) — o direito de participação política na preservação do património cultural, 78.º — a fruição e criação cultural, 165.º, n.º 1, al. g) — as bases do património cultural constituem reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República, e 227.º, al. b) — poder de legislar das regiões autónomas em relação ao património cultural.

A Lei de Bases da Política e do Regime da Proteção e Valorização do Património Cultural (surgiu de um estudo para a apresentação de um projeto de proposta de lei de bases do património cultural, a cargo de uma comissão que veio a produzir o Relatório

⁽⁴³⁾ O qual tem o prazo de 6 meses para definir, ao abrigo do respetivo ordenamento jurídico, se esse bem deve ou não ser abrangido por este regime de restituição, findo o qual, ficam afastadas as obrigações de adoção das medidas de salvaguarda, se tal obrigação de definição não for cumprida.

Intercalar, a que temos vindo a fazer referência ao longo do trabalho) fornece um conjunto de princípios basilares que abrangem os arts. 1.º a 6.º, os arts. 7.º a 11.º referem os direitos, garantias e deveres dos cidadãos e as arts. 12.º e 13.º as finalidades da proteção e valorização do património cultural e as componentes específicas da política do património cultural. Os bens culturais e as formas de proteção vêm enumeradas nos arts. 14.º a 19.º, cujo desenvolvimento prossegue nos arts. 20.º a 63.º. O regime de exportação, expedição, importação, admissão e comércio dos bens que integrem o património cultural está estabelecido nos arts. 64.º a 69.º, o regime geral da valorização dos bens culturais encontra-se plasmado nos arts. 70.º e 71.º e os regimes especiais de proteção e valorização dos bens culturais nos arts. 72.º e 73.º. O património arqueológico está previsto e regulado nos arts. 74.º a 79.º, o património arquivístico nos arts. 80.º a 83.º, o património audiovisual no art. 84.º, o património bibliográfico nos arts. 85.º a 88.º, o património fonográfico no art. 89.º e o património fotográfico no art. 90.º. Quanto aos bens imateriais, estão previstos nos arts. 91.º e 92.º. As atribuições do Estado estão contidas nos arts. 93.º a 96.º e os arts. 97.º a 99.º referem os benefícios e incentivos fiscais. A tutela penal e contraordenacional está regulada nos arts. 100.º a 110.º e as disposições finais e transitórias, nos arts. 111.º a 115.º.

A LBPC remete em diversas disposições acima enumeradas para legislação especial, a disciplina de diversos regimes especiais e também para decretos-lei de desenvolvimento a sua aplicação, como constituem exemplos as seguintes disposições: arts. 25.º, n.º 4, 26.º, n.º 3, 31.º, n.º 4, 55.º, n.º 3, 69.º, n.º 7 e 97.º.

Existem outros diplomas legais que por não terem sido revogados pela LBPC, continuam em vigor, tais como o Decreto n.º 20:985, de 7 de março de 1932⁽⁴⁴⁾ e o Decreto-Lei n.º 27:633, de 6 de abril de 1937⁽⁴⁵⁾.

Quanto à legislação de desenvolvimento para a qual a LBPC remete, ela é composta pelo Decreto-Lei n.º 309/2009, de 23 de

(44) Institui o Conselho Superior de Belas Artes, normas sobre belas-artes, arqueologia e proteção e conservação de monumentos.

(45) Relativo a transações de objetos com valor no território português.

outubro (alterado pelos Decretos-Leis n.ºs 115/2011, de 5 de dezembro, e 265/2012, de 28 de dezembro) que estabelece o procedimento de classificação dos bens imóveis de interesse cultural, bem como o regime de zonas de proteção e do plano de pormenor de salvaguarda, o Decreto-Lei n.º 148/2015 de 4 de agosto que estabelece o regime da classificação e inventariação dos bens culturais móveis, a Lei n.º 47/2004, de 19 de agosto, em relação ao inventário museológico, o Decreto-Lei n.º 139/2009, de 15 de junho (alterado pelo Decreto-Lei n.º 149/2015, de 4 de agosto) para a inventariação do património cultural imaterial abrangendo as medidas de salvaguarda, o procedimento de inventariação e a criação da Comissão para o Património Imaterial Cultural.

Quanto às leis orgânicas, o Decreto-Lei n.º 251-A/2015, de 16 de dezembro, prevê no art. 2.º, al. *h*), o Ministro da Cultura, como Ministro que integra o XXI Governo Constitucional e no art. 19.º a missão do Ministério da Cultura, as entidades sob direção, superintendência e tutela do Ministro da Cultura. Temos também as leis orgânicas da Direção Geral do Património Cultural que sucedeu ao Instituto de Gestão do Património Arquitetónico e Arqueológico, I.P., ao abrigo do Decreto-Lei n.º 115/2012, de 25 de março⁽⁴⁶⁾ (o Decreto-Lei n.º 114/2012, de 25 de maio, veio estabelecer a orgânica das Direções Regionais de Cultura)⁽⁴⁷⁾, a Direção Geral do Livro, dos Arquivos e das Bibliotecas que consta do Decreto-Lei n.º 103/2012, de 16 de maio⁽⁴⁸⁾, e a Lei n.º 47/2004 que aprova a Lei-Quadro dos Museus Portugueses.

A Lei do Património Cultural Subaquático — Decreto-Lei n.º 164/97, de 27 de junho — e a Convenção sobre o Património Cultural Subaquático aprovada na XXXI Assembleia Geral da UNESCO, de 2 de Novembro de 2001, em Paris⁽⁴⁹⁾.

⁽⁴⁶⁾ A Portaria n.º 223/2012, de 24 de julho — estrutura nuclear da DGPC, e Despacho n.º 1142/2012, de 7 de agosto de 2012 — unidades flexíveis da DGPC.

⁽⁴⁷⁾ A Portaria n.º 227/2012 — respetiva orgânica.

⁽⁴⁸⁾ Regulamentado pela Portaria n.º 192/2012, de 19 de junho de 2012.

⁽⁴⁹⁾ Aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 51/2006, de 18 de julho, e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 65/2006, ambos publicados no Diário da República, I Série, n.º 137, de 18 de julho de 2006.

Com o Decreto-Lei n.º 138/2009, de 15 de junho, foi criado o Fundo de Salvaguarda do Património Cultural, cujo Regulamento foi aprovado pela Portaria n.º 1387/2009, de 11 de novembro.

Por sua vez, o Decreto-Lei n.º 140/2009, de 15 de junho, veio estabelecer o regime jurídico dos estudos, projetos, relatórios, obras ou intervenções sobre bens culturais classificado, ou em vias de classificação, de interesse nacional, de interesse público ou de interesse municipal.

O Decreto-Lei n.º 104/2004, de 7 de maio, relativo à criação de um regime jurídico excecional da reabilitação urbana de zonas históricas, posteriormente alterado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 32/2012, de 14 de agosto (alterado pelo Decreto-Lei n.º 266-B/2012, de 31 de dezembro).

A Lei de Bases do Ambiente (Lei n.º 19/2014, de 14 de abril), a Lei de Bases Gerais da Política Pública de Solos, de Ordenamento do Território e do Urbanismo (Lei n.º 31/2014, de 30 de maio) e o regime jurídico da avaliação do impacto ambiental (AIA) — Decreto-Lei n.º 151-B/2013, de 31 de outubro, também são de relevante aplicação, no domínio do direito do património cultural.

A criação e gestão de parques arqueológicos — Decreto-lei n.º 131/2002, de 11 de maio, — o Regulamento de trabalhos arqueológicos — Decreto-Lei n.º 164/2014, de 4 de novembro, e quanto à utilização de detetores de metais — Lei n.º 121/99, de 20 de agosto.

A Lei n.º 16/93, de 23 de janeiro (alterada pela Lei n.º 14/94, de 11 de maio e pela Lei n.º 26/2016, de 22 de agosto) regula o acesso aos arquivos e aos documentos históricos, a qual é citada na LBPC, tendo em atenção as restrições legais no seu acesso, contempladas na Lei de Proteção de Dados Pessoais — Lei n.º 26/2016, de 22 de agosto. Relacionadas com elas, está o regime jurídico dos Arquivos Distritais (Decreto-Lei n.º 149/83, de 5 de abril), o regime de pré-arquivo de documentação (Decreto-Lei n.º 447/88, de 10 de dezembro) o regime jurídico que estabelece os princípios de gestão de documentos relativos aos recursos humanos, financeiros e patrimoniais dos serviços de administração direta e indireta do Estado (Decreto-Lei n.º 121/92, de 2 de julho) e o regime geral das incorporações da documentação de valor per-

manente nos arquivos públicos (Decreto-Lei n.º 47/2004, de 3 de março).

O Código Penal — Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de março (na versão atual dada pela Lei n.º 8/2017, de 3 de março), o Código de Processo Penal — Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de fevereiro (na versão dada pela Lei n.º 1/2016, de 25 de fevereiro) e o Regime Geral das Contraordenações ou Ilícito de Mera Ordenação Social — Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro (atualizado pela Lei n.º 109/2001, de 24 de dezembro), que se aplicam ao regime penal e contraordenacional estabelecido na LBPC.

O Código de Procedimento Administrativo — Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro, o qual se aplica à atividade administrativa, em sede de direito do património cultural.

O Provedor de Justiça⁽⁵⁰⁾ constitui a nosso ver, também uma referência legislativa em termos de enquadramento do direito do património cultural, uma vez que aprecia as queixas dos cidadãos (portugueses ou estrangeiros) relativamente à Administração Pública e, especificamente, na área dos interesses difusos, entre os quais, se encontra o património cultural, uma vez, que lhe compete um papel qualificado na sua defesa e promoção ao abrigo do art. 20.º, n.º 1, al. e)⁽⁵¹⁾, independentemente de poder também iniciar a instrução oficiosa de processos.

O Código Civil⁽⁵²⁾, na ausência de referência expressa na LBPC, para a identificação e reparação do dano do património cultural — art. 556.º — que atua como lei geral⁽⁵³⁾.

A Lei n.º 83/95, de 31 de agosto — Lei do Direito de Participação Procedimental e de Ação Popular, que regula o direito de

(50) Estatuto do Provedor de Justiça — Lei n.º 9/91, de 9 de abril, republicada com as alterações introduzidas pela Lei n.º 17/2013, de 18 de fevereiro.

(51) Cf. FOLQUE, ANDRÉ, “Provedor de Justiça: património e direitos culturais”, coord. de FOLQUE, ANDRÉ, Lisboa, 2013, p. 10 (disponível em <<http://www.gepac.gov.pt/gepac-dsepac/estudos-e-estatisticas/estudos/01o-provedor-de-justica-patrimonio-e-direitos-culturais.aspx>>).

(52) Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47.344, de 25 de novembro de 1966.

(53) Para compreender os termos da sua aplicação, cf. GOMES, CARLA AMADO, “O dano cultural — Pistas para a decifração de um enigma?”, in *Scientia Iuridica*, Tomo LIX, n.º 321, 2010, p. 53.

participação popular, por pessoas individuais ou associações de defesa de interesses difusos — património cultural⁽⁵⁴⁾. Este direito aplica-se a planos de desenvolvimento das atividades da Administração Pública, a planos de urbanismo, à decisão sobre localização e realização de obras públicas e a outros empreendimentos com efeitos no ambiente, incluindo a cultura⁽⁵⁵⁾.

Em sede de direito do património cultural, releva também o Estatuto dos Benefícios Fiscais — Decreto-Lei n.º 215/89, de 1 de julho (na versão atual dada pela Lei n.º 22/2017, de 22 de fevereiro), em particular, os arts. 44.º, 62.º e 62.º-B, cuja aplicação resulta da remissão do art. 97.º da LBPC.

1.4. Princípios gerais do direito do património cultural

Ancorado no diploma fundamental da nossa ordem jurídica — a Constituição da República Portuguesa — o direito do património cultural orienta-se por um conjunto de princípios gerais que não prejudicam a aplicação de outros princípios gerais do Direito Constitucional e do Direito Administrativo, quando tal se justificar⁽⁵⁶⁾.

O princípio da fruição universal dos bens culturais, que está expresso nos arts. 73.º, n.º 3, e 78.º, n.º 1, da CRP e art. 7.º da LBPC, possui uma vertente objetiva — a fruição — que consiste na suscetibilidade de o bem cultural ser gozado/usado como meio de con-

⁽⁵⁴⁾ Juridicamente, os bens e valores como a saúde pública, o ambiente, o urbanismo, o ordenamento do território, a qualidade de vida e o património cultural que são protegidos pela CRP, classificam-se como de duas formas: como interesses difusos, se referidos a um interesse público em geral ou de categorias ou classes com um grande número de pessoas como o património cultural, ou como direito subjetivo, o direito do património cultural, cf. PIRES, ANA MARGARIDA MARTINS PINTO, “Direito do Património Cultural: as suas ferramentas de aplicabilidade, com especial incidência em Coimbra. O caso da inscrição da Universidade de Coimbra — Alta e Sofia na lista do Património Mundial”, in *Revista CEDOUA*, n.º 53, Ano XVIII, 1.15, Coimbra, 2015, p. 90.

⁽⁵⁵⁾ Cf. FOLQUE, ANDRÉ, *ob. cit.*, p. 17.

⁽⁵⁶⁾ Relatório Intercalar — Proposta de Lei de Bases do Património Cultural — Ministério da Cultura, 1998, p. 135 e ALEXANDRINO, JOSÉ DE MELO, *Uma nova lei de bases para o Património*, Legislação, n.º 24, Janeiro-Março 99, Lisboa, 1999, pp. 16 e 17.

servação/valorização e ao mesmo tempo/subsequente criação de condições para tal e uma vertente subjetiva — que envolve a abertura do aproveitamento/fruição dos bens culturais a um número indeterminado de pessoas, muito superior ao dos proprietários ou detentores dos respetivos suportes matérias ou físicos”⁽⁵⁷⁾.

Temos ainda o princípio da tutela pública dos bens culturais e do desdobramento desta em ações de proteção e de valorização — arts. 78.º da CRP e 1.º, 3.º, 11.º, 12.º, n.º 2, 70.º e 71.º da LBPC — e reporta-se (ao contrário do anterior) ao titular passivo da tutela do património cultural — ou seja, às entidades, pessoas coletivas públicas ou de direito privado que exerçam tais funções por meio de uma atividade pública as quais são destinatárias de conjunto de obrigações que se traduzem no conhecimento, estudo, proteção, valorização e divulgação do património cultural, plasmadas no art. 3.º, n.º 3, da LBPC⁽⁵⁸⁾.

Por outro lado, a tutela pública tem duas finalidades, como orientada que está para a conservação e defesa do património cultural, mas também para a sua valorização, estando, desse modo, ao serviço de uma visão estática ou conservadora dos bens culturais e concomitantemente de uma visão dinâmica, que envolve o enriquecimento do património cultural, de modo a que cada geração transmita à seguinte, um património cultural maior, do que o que recebeu da anterior⁽⁵⁹⁾.

O princípio da unidade do regime de proteção dos bens culturais encontra-se expresso no art. 165.º, n.º1, al. g), da CRP e é dirigido ao legislador, no sentido de este estabelecer um regime jurídico para o património cultural que, tendencialmente se pautar pela unidade.

Unidade, que deve partir da lei de bases do sistema de proteção e de valorização do património cultural, o qual deve ser comum a

⁽⁵⁷⁾ Cf. NABAIS, JOSÉ CASALTA, *ob. cit.*, p. 99 e NABAIS, JOSÉ CASALTA, “Reflexões sobre os princípios gerais do direito do património cultural”, in *Revista CEDOUA*, n.º 32, Ano XVI, 2.13, Coimbra, 2013, p. 19.

⁽⁵⁸⁾ Cf. NABAIS, JOSÉ CASALTA, *ob. cit.*, 2004, p. 99. e NABAIS, JOSÉ CASALTA, *ob. cit.*, 2013, p. 20.

⁽⁵⁹⁾ Cf. NABAIS, JOSÉ CASALTA, *ob. cit.*, 2004, p. 100.

todo o património cultural português, não devendo comportar regimes diferenciados baseados na titularidade pública ou privada dos bens culturais, como ocorreu no passado⁽⁶⁰⁾. O que não impede a existência de regimes especializados relativamente a certos bens culturais, como veremos adiante.

E ainda o princípio da ponderação dos bens jurídicos, uma vez que os bens jurídico-constitucionais, sejam ou não suportes de direitos fundamentais, constituem valores relativos, muitas vezes, em conflito com outros valores igualmente constitucionais, pelo que terá que ser efetuada uma ponderação e serem colocados em equilíbrio. Cabe a este super princípio, que se concretiza nos sub-princípios da graduabilidade, da concordância prática e da proporcionalidade, essa tarefa⁽⁶¹⁾.

O princípio da graduabilidade diz-nos que o interesse público presente nos bens culturais não tem todo o mesmo valor, operando no momento decisório e implica “selectividade, a nível estático, do tipo de bens a serem subsumidos aos conceitos e formas de proteção legal e, a nível dinâmico a modulação do tipo de medidas a adoptar, da natureza e a importância dos meios a afetar e da oportunidade da intervenção”⁽⁶²⁾. Assim:

- 1) a existência de formas de proteção dos bens culturais — a inventariação e a classificação;
- 2) os três níveis de bens classificados, com base numa escala gradativa que vai dos bens de interesse nacional, os monumentos ou tesouros nacionais, passa pelos bens de interesse público e acaba nos bens de interesse municipal;
- 3) a correspondência com essa escala quer da entidade competente para a sua classificação, a qual, consoante o tipo de bem classificado, será o Estado, a respetiva região autónoma ou município, quer a forma que devem assumir os correspondentes atos — decreto, portaria ou outra — quer da gravidade dos comportamentos atentatórios dos

⁽⁶⁰⁾ Cf. Relatório Intercalar, *ob. cit.*, p. 138.

⁽⁶¹⁾ Cf. NABAIS, JOSÉ CASALTA, *ob. cit.*, 2004, p. 101.

⁽⁶²⁾ Cf. NABAIS, JOSÉ CASALTA, *ob. cit.*, 2004, p. 102.

bens culturais e das correspondentes sanções, que serão crimes ou contraordenações e dentro destas ainda contraordenações especialmente graves, contraordenações graves ou contraordenações simples;

- 4) a previsão de níveis em matéria de limites aos direitos dos proprietários e detentores de bens culturais, concretizados em restrições de utilidade pública, em servidões administrativas ou em expropriação, etc. — arts. 15.º, n.ºs 2 a 7, 16.º, 21.º, 28.º, 43.º, 50.º, 60.º, n.ºs 2 e 3, 65.º e 66.º, e 104.º a 106.º.

O princípio da concordância prática impõe-se na solução dos conflitos entre os valores consubstanciados na proteção e valorização dos bens culturais e no direito fundamental à sua fruição universal com outros valores constitucionais, nomeadamente, nos direitos dos proprietários ou detentores daqueles, bem como os direitos à intimidade da vida privada, à habitação, à saúde, à inviolabilidade do domicílio, de propriedade e nos direitos de terceiros como a liberdade de expressão e a liberdade religiosa⁽⁶³⁾.

Relativamente às antiguidades e objetos de arte, como coisas móveis corpóreas são consideradas mercadorias e como tal objetos de comércio, sujeitas ao princípio da livre circulação, o que implica a concordância prática entre essa liberdade inerente àquela qualidade e a necessidade de os mesmos integrarem o património cultural do Estado, com o qual têm uma conexão mais estreita⁽⁶⁴⁾. A solução desse tipo de conflitos de valores ou direitos não envolve, portanto, uma solução em que algum dos bens jurídicos em presença possa ser totalmente postergado — arts. 7.º, n.º 4, 41.º e 94.º, n.º 5⁽⁶⁵⁾.

O princípio da proporcionalidade fornece a medida em que cada um dos bens jurídicos cede para a solução do conflito. Uma das suas expressões está prevista para a situação do estabeleci-

⁽⁶³⁾ Cf. NABAIS, JOSÉ CASALTA, *ob. cit.*, 2004, p. 102.

⁽⁶⁴⁾ Cf. CORREIA, FERRER A., *A Venda Internacional de Objectos de Arte e a Protecção do Património Cultural*, Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 8.

⁽⁶⁵⁾ Cf. NABAIS, JOSÉ CASALTA, *ob. cit.*, 2004, p. 102

mento de vinculações espaciais indiretas, como a que se traduz na zona de proteção provisórias (geral ou especial) ou definitivas (especiais) dos imóveis classificados ou em vias de classificação — art. 43.º — as quais podem incluir ou não zonas *non edificandi*⁽⁶⁶⁾. Este tipo de vinculação especial implica que a medida a ser tomada seja adequada, “no sentido de aptidão do tipo e âmbito espacial das medidas utilizadas para servir o fim que é propugnado pela sua implantação, necessária no sentido de inexistência (ou impossibilidade de utilização) de outros meios menos gravosos (em termos de sacrifício dos direitos dos particulares) de consecução do mesmo objectivo e proporcional (*strictu sensu*), no sentido de que, da ponderação feita dos valores em presença, não resulte (numa perspectiva negativa) uma manifesta desrazoabilidade da opção feita pela implementação dessas medidas”⁽⁶⁷⁾.

Temos também o princípio da cooperação (em sentido amplo), que se desdobra em três subprincípios: o princípio da colaboração da administração do património cultural com os particulares proprietários ou detentores dos bens culturais como se extrai do art. 8.º, o princípio da cooperação (em sentido estrito) ou princípio da cooperação institucional, através de contratualização da administração do património cultural, seja essa cooperação intrainstitucional, ou seja, entre a administração do património cultural e outras administrações públicas (como a administração do urbanismo polarizada nos municípios), seja interinstitucional, isto é, da administração pública com os parceiros institucionais (regiões autónomas, municípios, Igreja Católica, misericórdias, etc.), nos termos dos arts. 4.º, 13.º, al. *e*) e 93.º e o princípio da cooperação internacional expresso nos arts. 6.º, al. *i*) e 4.º, n.º 4⁽⁶⁸⁾.

No que respeita à colaboração, esta visa conjugar os interesses e as iniciativas dos particulares detentores dos bens culturais com a atuação das entidades públicas, de acordo com os objetivos de proteção e valorização do património cultural. O art. 8.º refere

⁽⁶⁶⁾ Cf. NABAIS, JOSÉ CASALTA, *ob. cit.*, 2004, p. 102 e NABAIS, JOSÉ CASALTA, *ob. cit.*, 2013, p. 22.

⁽⁶⁷⁾ Cf. Relatório Intercalar, *ob. cit.*, p. 140.

⁽⁶⁸⁾ Cf. NABAIS, JOSÉ CASALTA, *ob. cit.*, 2013, p. 23.

que a colaboração passa pela atribuição de contrapartidas de apoio técnico e financeiro e de incentivos fiscais, assim como o art. 13.º, al. g), ao prever a adoção de medidas de fomento à criação cultural, integrando-as nas componentes específicas da política do património cultural, estabelece uma colaboração com os particulares na sua tutela.

Quanto à cooperação, que pode ser uma cooperação pactuada baseada no princípio da contratualização ou o auxílio e apoio mútuo entre entidades públicas. O princípio da contratualização entre a Administração Pública e os parceiros institucionais — municípios, Igreja Católica e outras confissões religiosas, Misericórdias, e outras pessoas coletivas de direito público ou de direito privado detentoras de acervos de bens culturais, a LBPC contempla no art. 4.º a contratualização em termos *latos*⁽⁶⁹⁾ e no art. 93.º a cooperação envolve também o auxílio administrativo e o apoio mútuo entre o Estado, as regiões autónomas e os municípios, no cumprimento das atribuições na área do património cultural, sem prejuízo, das matérias de atuação próprias destas duas últimas entidades, decorrentes do princípio da subsidiariedade.

A cooperação internacional releva, aquela que se dirige à proteção e valorização do património cultural português que é partilhado com outros povos e neste, o que é comum aos povos lusófonos que partilham a língua portuguesa e história que os une a Portugal, o que vem na esteira do que a Constituição exige no art. 7.º, n.º 3, a manutenção de laços de amizade e cooperação e no art. 9.º, al. f), que atribui ao Estado a defesa e promoção da língua portuguesa, como tarefa fundamental. Também a LBPC contempla, nos arts. 2.º, n.º 7, e 5.º, a missão do Estado à preservação e valorização daquele património cultural que, sito fora do território nacional, testemunha capítulos da nossa história comum, assim como ao abrigo dos n.ºs 2 e 3 do art. 5.º deve o mesmo contribuir “para a preservação e salvaguarda do património cultural sito fora do espaço lusófono que constitua testemunho de especial importância de civilização e de cultura portuguesas” e também para a

(69) Cf. NABAIS, JOSÉ CASALTA, *ob. cit.*, 2004, pp. 103 e 104 e Relatório Intercalar, *ob. cit.*, p. 140.

“conservação e salvaguarda do património cultural de valor universal excepcional, em particular quando se trate de bens culturais que integrem o património cultural português ou que com este apresentem conexões significativas”.

O princípio da participação também constitui um dos princípios do património cultural, na vertente da participação interessada e cívica, individual e associativa, procedimental e extraprocedimental, ou seja, formas de participação que constituem concretizações do princípio constitucional da participação, plasmado, em particular, nos arts. 2.º, 48.º e 109.º do nosso diploma fundamental. A LBPC também o contempla, por exemplo, no art. 9.º, n.º 2, em que reconhece o direito de participação procedimental, nos termos da lei geral, ou seja, ao abrigo da Lei de participação procedimental e de ação popular — Lei n.º 83/95, de 31 de agosto, no art. 10.º quanto à participação dos cidadãos, através de estruturas associativas, designadamente institutos culturais, associações de defesa do património cultural e outras organizações de direito associativo, art. 25.º, n.º 2, que determina que a abertura do procedimento de classificação e inventariação seja notificado ao município da área da situação do bem, art. 27.º no qual se prevê a audiência dos interessados antes da tomada de decisão final nos termos do Código de Procedimento Administrativo — Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro — arts. 12.º e 121.º a 125.º. Para além, da participação individual e institucional nos procedimentos, o princípio da participação no direito do património cultural implica ainda uma ideia de cidadania solidária como a LBPC, no art. 71.º, als. *i*) e *j*), a admite, ao integrar nos instrumentos de concretização do regime de valorização dos bens culturais, os programas de voluntariado e de apoio à ação educativa⁽⁷⁰⁾.

Também relevam os princípios da inventariação e da informação contemplados nas als. *a*) e *f*) do art. 6.º e quanto ao primeiro, visa assegurar o levantamento sistemático, atualizado e tendencialmente exaustivo dos bens culturais existentes com o objetivo da sua identificação, abarcando desse modo, as atividades de inventariação

⁽⁷⁰⁾ Cf. NABAIS, JOSÉ CASALTA, *ob. cit.*, 2004, p. 106 e NABAIS, JOSÉ CASALTA, *ob. cit.*, 2013, p. 25.

e classificação daqueles e devendo presidir a ambas, que constituem as suas formas de proteção, nos termos do art. 16.º e ss. da LBPC, juntamente com o registo patrimonial de classificação e o registo patrimonial de inventariação. Está subordinado ao princípio da inventariação, quer a classificação, nos termos do art. 18.º é o ato final do procedimento administrativo mediante o qual se determina que certo bem possui um inestimável valor cultural, quer a inventariação, que de acordo com o art. 19.º consiste no levantamento sistemático, atualizado e tendencialmente exaustivo dos bens culturais existentes a nível nacional, com vista à respetiva identificação. Levantamento que inclui os bens classificados e em vias de classificação e também outros que mereçam a qualificação como tal, por representarem testemunho de civilização ou de cultura.

O princípio da informação visa promover a recolha sistemática de dados possibilitando o acesso a cidadãos e a organismos interessados e também às competentes organizações internacionais.

Quanto à gestão do património cultural, como suporte da política de património cultural, são os princípios do planeamento e da eficiência previstos nas als. *b)* e *d)* do art. 6.º e desenvolvidos nas als. *a)*, *b)*, *c)* e *f)* do art. 13.º e o princípio da sustentabilidade contemplado nos arts. 7.º, n.ºs 2 e 4, 70.º, al. *i)*, e 71.º, als. *e)*, *i)*, *j)* e *l)* que devemos indicar e explicar. Assim, o princípio do planeamento exige que os instrumentos e recursos a mobilizar e as medidas a adotar, sejam resultantes de uma prévia qualificação e programação e comporta duas dimensões — uma estratégica relacionada com a preservação e a valorização do património cultural e uma mais ampla de proteção, com incidência no urbanismo, em particular, no ordenamento do território, vigiando e incentivando o destino dos bens culturais imóveis, o que a LBPC, no art. 53.º consagra com uma categoria específica de planos, os planos de pormenor de salvaguarda e os planos integrados.

O princípio da suficiência visa assegurar padrões adequados de cumprimento das imposições vigentes e dos objetivos previstos e estabelecidos e que pode levar à adoção de modelos baseados numa privatização das tarefas públicas no domínio do direito do património cultural, na esteira de uma preocupação de susten-

tabilidade económica e da eficiência da gestão dos bens culturais⁽⁷¹⁾.

Também o princípio da sustentabilidade comporta o entendimento do património cultural e as formas de utilização dos bens culturais que permitam o seu suporte financeiro, sem ser a cargo dos contribuintes, mas por meio da utilização de instrumentos e mecanismos de rendibilização daqueles, que proporcionem a sua autossustentação financeira. O princípio da sustentabilidade comporta dois subprincípios: o princípio da sustentação económica e o princípio do património sustentável ou da rendibilização dos bens culturais. Relativamente ao primeiro, dele decorre a necessidade imposta por lei, de o Estado auxiliar os proprietários e demais titulares de direitos reais de gozo sobre os bens culturais classificados ou inventariados (art. 99.º), enquanto do segundo deriva a necessidade de operar com um conceito dinâmico de património cultural que dê resposta às necessidades financeiras e também desenvolva aproveitamentos alternativos dos bens culturais que cumpram a função de valorização ou enriquecimento cultural dos mesmos⁽⁷²⁾.

Em sede de repartição dos *commoda/incommoda*, ou seja, dos benefícios/encargos e ónus, derivados da proteção e valorização do património cultural, aplica-se o princípio da equidade ou princípio da justa repartição de encargos e benefícios previsto na al. g) do art. 6.º. Este princípio traduz a uma expressão do princípio constitucional da igualdade perante os encargos públicos e releva quando nos encontramos perante fatos ou situações que originam ao mesmo tempo encargos e benefícios, como acontece, com as medidas de ordenamento de território e de urbanismo, o que levará à consideração global do fato ou situação, tendo em conta quer os encargos, como os benefícios para que a igualdade de concretize⁽⁷³⁾.

(71) Cf. NABAIS, JOSÉ CASALTA, *ob. cit.*, 2004, p. 108.

(72) Cf. NABAIS, JOSÉ CASALTA, *ob. cit.*, 2004, pp. 108 e 109, e SILVA, SUSANA TAVARES DA, “Da ‘Contemplação da ruína’ ao Património Sustentável. Contributo para uma Compreensão Adequada dos Bens Culturais”, in *Revista CEDOUA*, Ano V, n.º 10, Coimbra, 2002, pp. 69 e ss.

(73) Cf. NABAIS, JOSÉ CASALTA, *ob. cit.*, 2004, p. 109.

Isto, por via de regra, conduz à adoção de técnicas de perequação — que levam à compensação entre os onerados com encargos e os contemplados com os benefícios — seja essa compensação levada a cabo através de uma maior ou menor intervenção das autoridades públicas ou deixada à ação concertada dos interessados, embora com vigilância pública, a qual visa a distribuição equilibrada por todos os afetados, dos encargos e benefícios derivados da situação em causa.

No âmbito da política do património cultural, invocamos o princípio da coordenação de políticas, articulando e compatibilizando a política do património cultural com as políticas de ambiente, de ordenamento do território, de educação e formação, de criação cultural e de turismo, como o impõem os arts. 6.º, al. c), e 13.º, al. e).

A política do património cultural deve ainda obedecer ao princípio da inspeção e prevenção e ao princípio da responsabilidade como prescrevem as als. e) e h) do art. 6.º, de modo a evitar que os bens culturais sejam objeto de degradação ou de perda. Assim, o princípio da inspeção e prevenção visa impedir, por intermédio da instituição de organismos, processos e controlos adequados a desfiguração, de gradação ou perda de elementos integrantes do património cultural e o princípio da responsabilidade visa garantir a prévia e sistemática ponderação das intervenções e dos atos suscetíveis de afetar a integridade ou circulação lícita de elementos integrantes do património cultural, ou melhor designado, como princípio da ponderação prévia das intervenções nos bens culturais⁽⁷⁴⁾.

Por fim, são de destacar os princípios da tutela penal e contraordenacional do património cultural previstos nos arts. 100.º a 110.º, nos quais, certos comportamentos apresentam-se qualificados como crimes — sejam crimes próprios do património cultural, como são os crimes de deslocamento, de exportação ilícita e de destruição de vestígios, sejam crimes comuns agravados em virtude do desvalor que os correspondentes comportamentos implica para o património cultural, como são os crimes de furto, roubo e dano, ou

(74) *Ibidem*, p. 111.

como contraordenações, sejam contraordenações especialmente graves, contraordenações graves ou contraordenações simples. Esta tutela reflete a ideia do Direito penal como *ultima ratio*, ou seja, uma tutela que intervém, quando os outros instrumentos de tutela falharem, daí que a prevenção é fundamental relativamente aos bens culturais⁽⁷⁵⁾. Tutela essa que deve ter em conta não tanto a um desvalor referente ao efeito danoso patrimonial ou anti económico de conduta, ou até à violação (numa perspetiva estática) do bem cultural, mas que se baseia na defesa do valor cultural, numa visão aberta e dinâmica, enquanto elemento de fruição e de valorização de desenvolvimento da pessoa humana na vertente cultural e de consequente aprofundamento democrático, funções que legitimam a sua intervenção. Em relação à tutela contraordenacional sendo distinta da anterior, pelo tipo de intervenção menos ablativa e também pela sua base de legitimação se referir só mediatamente à tutela do bem jurídico-penal — valor do bem cultural — e imediatamente à violação de imposições ou obrigações de carácter administrativo que condicionem em concreto atuações sobre bens culturais⁽⁷⁶⁾.

2. Os mecanismos legais para a resolução/agilização de litígios

2.1. Os meios de resolução alternativa de litígios

Constituem o conjunto de procedimentos de conflitos alternativos aos meios judiciais⁽⁷⁷⁾.

Os meios mais conhecidos são a negociação, a mediação, a conciliação, a arbitragem e os Julgados de Paz.

⁽⁷⁵⁾ *Ibidem*, pp. 111 e 112.

⁽⁷⁶⁾ Cf. Relatório Intercalar, *ob. cit.*, pp. 143 e 144.

⁽⁷⁷⁾ Cf. GOUVEIA, MARIANA FRANÇA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2.^a ed., Coimbra: Almedina, 2012, p. 15, e GOUVEIA, MARIANA FRANÇA, “Meios de Resolução Alternativas de Litígios: Negociação, Mediação e Julgados de Paz”, in *Estudos Comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, Vol. II, Coimbra: Almedina, 2008, p. 727.

2.1.1. Negociação

É o processo de resolução de conflitos através do qual uma ou ambas as partes modificam as suas exigências até alcançarem um compromisso aceitável para ambas⁽⁷⁸⁾.

Há dois modelos ou teorias de negociação — a competitiva e a cooperativa — que variam em função do resultado; na primeira, o negociador assume uma atitude de querer vencer a discussão, na segunda, o objetivo está na resolução do problema. Este último método foi denominado de negociação de princípios e centra-se em quatro grupos de ideias: pessoas, interesses, opções e critérios.

Quanto às pessoas, o método consiste na separação destas em relação ao problema, cuja discussão é diferente da pessoa que o discute. Em relação aos interesses, o método busca-os em desfavorecimento das posições. Os interesses encontram-se subjacentes às posições, os quais devem ser identificados. Quanto às opções, o método defende uma atividade criadora, de inventar opções, dando mais possibilidade às partes para conseguir um acordo, que satisfaça ambas. Por fim, o método aponta a utilização de critérios objetivos para a obtenção de um acordo.

O modelo competitivo baseia-se em posições de negociação fortes, o que gera situações hostis, acabando por se focar na manipulação, o que tem levado ao seu abandono. Existem ainda outros modelos, que tentam conciliar os dois anteriores, chegando-se à conclusão que ambos os momentos, quer de cooperação, quer de competição, existem num processo negocial, que variam consoante o aspeto em discussão⁽⁷⁹⁾.

A negociação existe em qualquer processo negocial e no caso do direito do património cultural, também pode e deve ser aplicada, pois o objetivo é a chegada a um acordo e aquela pode ser um dos meios para o obter.

⁽⁷⁸⁾ Cf. GOUVEIA, MARIANA FRANÇA, *ob. cit.*, 2012, p. 35 e GOUVEIA, MARIANA FRANÇA, *ob. cit.*, 2008, p. 733.

⁽⁷⁹⁾ Cf. GOUVEIA, MARIANA FRANÇA, *ob. cit.*, 2008, pp. 732-736.

2.1.2. Mediação

A mediação é uma forma de resolução de conflitos informal e flexível, de carácter voluntário e confidencial, conduzida por um terceiro imparcial e neutro — o mediador — que promove a aproximação entre as partes e os apoia na tentativa de encontrar um acordo, com base na comunicação e responsabilidade^(80/81). A mediação caracteriza-se por ser: confidencial, voluntária, flexível, criativa, concertada, rápida e acessível⁽⁸²⁾.

Está prevista na Lei n.º 29/2013, de 19 de abril⁽⁸³⁾, a qual, estabelece os princípios gerais aplicáveis à mediação realizada em Portugal, bem como, os regimes jurídicos da mediação civil e comercial, dos mediadores de conflitos e da mediação pública e decorreu da transposição da Diretiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de maio de 2008 — relativa a certos aspetos da mediação em matéria civil e comercial. Com este diploma, o legislador pretendeu unificar regimes legais que se encontravam até aí dispersos, contribuindo, desse modo, para um enquadramento jurídico deste meio de resolução alternativa de litígios⁽⁸⁴⁾.

Na mediação, ao contrário da negociação, existe um mediador, que a lei define no art. 2.º, como “um terceiro imparcial e independente, desprovido de poderes de imposição aos mediados, que os auxilia na tentativa de construção de um acordo final sobre o

⁽⁸⁰⁾ Cf. PINHEIRO, DÁVILA TERESA DE GALIZA FERNANDES, *Mediação Familiar: uma Alternativa viável à Resolução pacífica dos Conflitos Familiares*, Instituto Brasileiro de Direito da Família, Brasil, 2008, p. 11 <<http://www.ibdfam.or.br>>.

⁽⁸¹⁾ Cf. BETTENCOURT, BIANCA DA ROSA, “Mediação: uma Alternativa para a Resolução de Conflitos no Direito da Família”, in *Revista Jurídica da UniFil*, Ano V, n.º 5.

⁽⁸²⁾ Cf. WILDE, D. ZULEMA e GABROIS, LUIS, *O que é a mediação*, DGAE — Direção Geral da Administração Extrajudicial, Agora Publicações L.ª, Lisboa, 2003, pp. 64 e 65 e SILVA, PAULA COSTA E, *A Nova Face da Justiça — Os Meios Extrajudiciais de Resolução de Controvérsias*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 74 e ss.

⁽⁸³⁾ Publicada no Diário da República, 1.ª Série, n.º 77, de 19 de abril.

⁽⁸⁴⁾ Para uma análise detalhada desta Lei, cf. POÇAS, ISABEL, “A Participação das Crianças na Mediação Familiar”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 73, Vol. II/III, Abr/Set, Lisboa, 2013, pp. 814-834 <<http://portal.oa.pt/upl/%7Bd647291c-4a3f-4930-8b3d-8d494e9a995f%7D.pdf>>.

objecto do litígio”. Os arts. 4.º a 9.º enumeram os princípios da mediação que se aplicam a todas as mediações realizadas em Portugal, independentemente da natureza do litígio, objeto da mediação (art. 3.º): princípio da voluntariedade, da confidencialidade, igualdade e imparcialidade, independência, responsabilidade do mediador de conflitos (contratual e extracontratual — consagradas, nomeadamente nos arts. 483.º e ss. e 798.º e ss. do Código Civil)⁽⁸⁵⁾. Relativamente à aplicação universal destes princípios as mediações abrangidas são — a mediação civil e comercial privada, os sistemas públicos de mediação especializada (mediação familiar, laboral e penal) e a mediação pública nos Julgados de Paz, podendo defender-se também quanto ao Capítulo II — Princípios — onde está inserido o art. 3.º, que o exercício da mediação, noutras áreas não disciplinadas por esta lei, está também vinculado àqueles, como sucede com a mediação administrativa⁽⁸⁶⁾, como veremos à frente.

A lei consagra força executiva (princípio da executoriedade) ao acordo de mediação — art. 9.º — uma vez que obedeça aos requisitos do n.º 1 — diga respeito a litígio que possa ser objeto de mediação e para o qual a lei não exija homologação judicial, em que as partes tenham capacidade para a sua celebração, seja obtido por via de mediação realizada nos termos legalmente previstos, cujo conteúdo não viole a ordem pública e no qual tenha participado um mediador de conflitos inscrito na lista de mediadores de conflitos organizada pelo Ministério da Justiça. O art. 11.º determina que o objeto dos litígios em matéria civil e comercial deve respeitar interesses de natureza patrimonial, mas, mesmo que não os envolvam, podem ser também objeto de mediação, desde que sobre o direito controvertido, as partes possam celebrar um acordo, ou transação, como a lei refere. Pode existir também uma convenção de mediação, na qual as partes preveem, no âmbito de um contrato, a sujeição à mediação, caso surjam litígios emergentes dessa relação jurídica, devendo obedecer a forma escrita (art. 12.º).

(85) Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47.344, de 25 de novembro de 1966.

(86) Cf. LOPES, DULCE e PATRÃO, AFONSO, *Lei da Mediação Comentada*, Coimbra: Almedina, 2016, 2.ª ed., p. 29.

Assim, surgindo um conflito em sede de direito do património cultural, entre a Administração, na sua veste privada e os particulares, por exemplo, não vemos inconveniente, em utilizar a mediação como meio de resolução do mesmo.

Relativamente a conflitos de natureza administrativa, a mediação, ao envolver a capacidade de dispor do conflito e das suas soluções, tem sido invocada como impedimento para a sua aplicação, uma vez que a Administração Pública não poderia dispor dessa competência⁽⁸⁷⁾, o que tem vindo a ser contestado, uma vez que esta permite a contraposição entre atuação administrativa vinculada e discricionária⁽⁸⁸⁾, na medida em que o legislador atribua zonas de livre margem de apreciação e decisão. Uma vez reconhecida, a existência de discricionariedade administrativa decorre também que existe uma medida de discricionariedade na composição dos conflitos, que surjam no âmbito do seu exercício, seja discricionariedade procedimental ou substantiva. Pode também resultar para a Administração, num caso concreto, uma dúvida sobre o próprio enquadramento jurídico, ainda que vinculado, pelo que pode ser vantajoso aceitar o entendimento acordado com o particular⁽⁸⁹⁾. O direito do património cultural (no qual, os conhecimentos técnicos específicos imperam), poderá ser um campo de eleição para a aplicação da mediação, uma vez que, a auto composição e a especialização de um terceiro imparcial, constituem características-base de atuação deste meio de resolução de conflitos administrativos. A Administração também poderá beneficiar com a utilização da mediação, no sentido em que terá um poder no âmbito

(87) Cf. FARINHO, DOMINGOS SOARES, “As vantagens da arbitragem no contexto dos meios de resolução de conflitos administrativos”, in *Arbitragem e Direito Público*, coord. GOMES, CARLA AMADO, FARINHO, DOMINGOS SOARES e PEDRO, RICARDO, Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2015, p. 493.

(88) Independentemente de ser ou não uma situação que envolve a utilização de um dos meios de resolução alternativa de litígios, no caso, a mediação, os tribunais judiciais, em obediência ao princípio da separação de poderes e nas situações em que o legislador atribuiu um poder discricionário à Administração, efetuam um controlo da legalidade e não da oportunidade — Ac. STA de 03/03/2016, P-0768/15, Relatora Maria do Céu Neves. O mesmo sucede em Itália e pela mesma razão, ROTA, ALESSANDRO, *La Tutela dei beni culturali tra tecnica e discrezionalità*, CEDAM, Itália, 2002, pp. 461 e 462.

(89) Cf. FARINHO, DOMINGOS SOARES, *ob. cit.*, p. 493.

desta, que não tem num processo judicial intentado pelo particular e, deste modo, a prossecução do interesse público só beneficiará.

2.1.3. Conciliação

As partes, com a intervenção de um terceiro, tentam encontrar uma solução para o conflito que as une⁽⁹⁰⁾. Este terceiro é independente, sem qualquer poder decisório⁽⁹¹⁾, mas que é parte ativa na procura e tratamento de uma solução.

A conciliação é desenvolvida por profissionais com conhecimentos técnicos (normalmente jurídicos) sobre o assunto em discussão e como terceiros, conduzem o processo juntamente com as partes, propondo soluções para o conflito⁽⁹²⁾.

Nada obsta, a nosso ver, à aplicação deste meio de resolução alternativa de litígios ao direito do património cultural, pela vantagem acrescida do conciliador possuir conhecimentos técnicos principalmente, se forem de natureza jurídica.

2.1.4. Arbitragem

A arbitragem é o acordo de vontades, traduzido numa convenção de arbitragem, no qual as partes submetem a árbitros por elas

⁽⁹⁰⁾ Cf. VARGAS, LUCÍLIA DIAS, *Julgados de Paz e Mediação — Uma nova face da Justiça*, Coimbra: Almedina, 2006.

⁽⁹¹⁾ Diferente da conciliação judicial prevista nos arts. 591.º, n.º 1, al. a) — tentativa de conciliação, 594.º — no âmbito dos poderes de disposição das partes em qualquer estado do processo, e 604.º — audiência final, do Código do Processo Civil (Lei n.º 41/2013, de 26 de junho), ou no art. 20.º, n.º 1 — juiz concilia as partes — da Lei dos Julgados de Paz (Lei n.º 78/2001, de 13 de julho, na redação da Lei n.º 54/2013, de 31 de julho), nas quais quem a realiza tem o poder de decidir.

⁽⁹²⁾ Cf. GOUVEIA, MARIANA FRANÇA, “Meios de Resolução Alternativas de Litígios: Negociação, Mediação e Julgados de Paz”, in *Estudos Comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, Vol. II, Coimbra: Almedina, 2008, p. 738.

escolhidos, a decisão do litígio, nos termos da lei ou por equidade, mediante a autorização daquelas.

Tem natureza adjudicatória e a voluntariedade só se manifesta na celebração da convenção arbitral⁽⁹³⁾, que pode surgir sob duas formas: por meio de um compromisso arbitral cujo objeto referente a um litígio atual, ainda que afeto a um tribunal judicial ou sob a forma de uma cláusula compromissória referente a litígios futuros emergentes de uma relação jurídica contratual ou extracontratual. A arbitragem tem consagração constitucional, no art. 209.º, n.º 2, e está também prevista no art. 150.º da Lei da Organização do Sistema Judiciário (Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto) e pode revestir duas modalidades: a arbitragem *ad hoc* (quando o tribunal arbitral é constituído por árbitros escolhidos pelas partes e segundo as regras também por elas decididas) e a arbitragem institucionalizada⁽⁹⁴⁾, estando ambas previstas na Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro, e previstas as duas também nos arts. 180.º e 187.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (Lei n.º 15/2002, de 22 de fevereiro, na redação dada pelo Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de outubro). Este diploma legal permite no art. 187.º que certos litígios que estariam sujeitos à justiça administrativa estadual sejam sujeitos a arbitragem institucionalizada, enquanto justiça administrativa privada, sendo o Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD) um deles e com quem o Ministério da Cultura, pela Portaria n.º 1149/2010, de 4 de novembro⁽⁹⁵⁾, vinculou vários serviços e competências⁽⁹⁶⁾ (as quais poderão ser, no futuro, alargadas

⁽⁹³⁾ Cf. GOUVEIA, MARIANA FRANÇA, *ob. cit.*, pp. 727 e 728.

⁽⁹⁴⁾ Sobre os tribunais arbitrais, cf. PEDRO, RICARDO, *Responsabilidade civil do Estado pelo mau funcionamento da justiça-fundamento, conceito e âmbito*, Coimbra: Almedina, 2016, pp. 539-558.

⁽⁹⁵⁾ Publicada no Diário da República n.º 214, I Série, de 4 de novembro de 2010.

⁽⁹⁶⁾ Art. 1.º, n.º 2 — “Os serviços e organismos referidos no número anterior vinculam-se à jurisdição do CAAD — Centro de Arbitragem para a composição de litígios de valor igual ou inferior a 150 milhões de euros e que tenham por objecto: a) Questões emergentes de relações jurídicas de emprego público, quando não estejam em causa direitos indisponíveis e quando não resultem de acidente de trabalho ou de doença profissional; b) Questões relativas a apoios financeiros formalizados através de contratos a entidades ou pessoas singulares que exerçam actividades de carácter profissional de criação ou de programação nas áreas do cinema e do áudiovisual, da arquitectura e do design, das artes digi-

a novas áreas) à jurisdição daquele, com todas as vantagens que conhecemos em termos de celeridade, custos baixos e especialização dos árbitros. Em Portugal, a evolução da arbitragem em direito administrativo tem seguido um processo evolutivo, no qual se tem abordado principalmente a arbitrabilidade em direito administrativo⁽⁹⁷⁾ e a colisão entre o acesso ao direito e o princípio da tutela jurisdicional efetiva — ambos consagrados no art. 20.º da CRP⁽⁹⁸⁾, no qual a tendência do legislador tem sido no sentido do seu alargamento a novas áreas do direito administrativo.

2.1.5. Julgados de paz

São um órgão de soberania previsto no art. 110.º, n.º 1, da CRP e uma categoria de tribunal — art. 209.º, n.º 2, da CRP e art. 29.º, n.º 4, da Lei da Organização do Sistema Judiciário (Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto) e possuem competência para administrar a justiça em nome do povo ao abrigo do art. 202.º, n.º 1, da CRP. São órgãos independentes (art. 203.º, CRP), cujas decisões são obrigatórias para todas as entidades públicas e privadas, prevalecendo sobre as de quaisquer outras entidades (art. 205.º, n.º 2, CRP).

O regime jurídico dos Julgados de Paz está previsto na Lei n.º 78/2001, de 13 de julho, na redação da Lei n.º 54/2013, de 31 de julho, e a sua atuação está direcionada para permitir a participação ativa dos interessados e estimular a justa composição dos litígios por acordo das partes (art. 2.º, n.º 1), pelo que a comparência pes-

tais, das artes plásticas, da dança, da fotografia, da música, do teatro e das áreas transdisciplinares; c) Questões relativas a contratos por si celebrados”.

⁽⁹⁷⁾ Cf. CORREIA, JOSÉ MANUEL SÉRVULO, “A arbitragem dos litígios entre particulares e a Administração Pública sobre situações regidas pelo Direito Administrativo”, in *Estudo em memória do Conselheiro Artur Maurício*, Coimbra: Coimbra Editora, 2015, pp. 690 e ss. e ALMEIDA, MÁRIO AROSO DE, *Manual de Processo Administrativo*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2016, pp. 503 e ss.

⁽⁹⁸⁾ Cf. BASTOS, FILIPE BRITO, “A arbitragem em direito administrativo e o direito fundamental de acesso ao direito nos tribunais portugueses”, in *Arbitragem e Direito Público*, coord. GOMES, CARLA AMADO, et al., Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2015, pp. 75-98.

soal das partes é exigida ao abrigo do art. 38.º e está prevista a existência de um serviço de mediação de conflitos (art. 16.º, n.º 2). A Lei n.º 54/2013 alterou o n.º 3 do art. 16.º, alargando as competências do serviço de mediação, pelo que passam a poderem ser objeto de mediação quaisquer litígios, ainda que excluídos da competência dos Julgados de Paz.

Os procedimentos que ali correm são concebidos e orientados obedecendo aos princípios da simplicidade, adequação, informalidade, oralidade e economia processual (art. 2.º, n.º 2)⁽⁹⁹⁾.

Em termos de competência em razão do objeto, a competência dos Julgados de Paz é exclusiva a ações declarativas (art. 6.º), em razão do valor, envolve questões cujo valor não exceda € 15.000 (art. 8.º), em razão da matéria são competentes para apreciar e decidir as ações referidas no n.ºs 1⁽¹⁰⁰⁾ e 2 (apreciação e decisão de pedido de indemnização cível em relação a certo tipo de crimes) do art. 9.º, a competência em razão do território que o art. 10.º refere que é determinada pelos fatores fixados nos arts. 11.º e ss., tendo ainda competência para apreciar incidentes processuais (art. 41.º) e procedimentos cautelares (art. 41.º-A).

⁽⁹⁹⁾ Para um desenvolvimento de cada um dos princípios cf. FERREIRA, J.O. CARDONA, *Julgados de Paz*, Coimbra: Coimbra Editora, 2014, pp. 47-49 e COELHO, JOÃO MIGUEL GALHARDO, *Julgados de Paz e Mediação de Conflitos*, Âncora, 2003, pp. 290-292.

⁽¹⁰⁰⁾ “Os julgados de paz são competentes para apreciar e decidir: a) Ações que se destinem a efetivar o cumprimento de obrigações, com exceção das que tenham por objeto o cumprimento de obrigação pecuniária e digam respeito a um contrato de adesão; b) Ações de entrega de coisas móveis; c) Ações resultantes de direitos e deveres de condóminos, sempre que a respetiva assembleia não tenha deliberado sobre a obrigatoriedade de compromisso arbitral para a resolução de litígios entre condóminos ou entre condóminos e o administrador; d) Ações de resolução de litígios entre proprietários de prédios relativos a passagem forçada momentânea, escoamento natural de águas, obras defensivas das águas, comunhão de valas, regueiras e valados, sebes vivas; abertura de janelas, portas, varandas e obras semelhantes; estílicídio, plantação de árvores e arbustos, paredes e muros divisórios; e) Ações de reivindicação, possessórias, usucapião, acesso e divisão de coisa comum; f) Ações que respeitem ao direito de uso e administração da compropriedade, da superfície, do usufruto, de uso e habitação e ao direito real de habitação periódica; g) Ações que digam respeito ao arrendamento urbano, exceto as ações de despejo; h) Ações que respeitem à responsabilidade civil contratual e extracontratual; i) Ações que respeitem a incumprimento contratual, exceto contrato de trabalho e arrendamento rural; j) Ações que respeitem a garantia geral das obrigações”.

Os Julgados de Paz poderiam ser uma solução de aplicação para a resolução de litígios que envolvam questões de direito do património cultural em termos do recurso ao seu serviço de mediação que, como vimos, no art. 16.º, n.º 3, abrange como objeto quaisquer litígios, mesmo que excluídos da competência dos Julgados de Paz, mas colocamos reticências quanto ao regime jurídico a aplicar.

2.2. Os meios administrativos procedimentais⁽¹⁰¹⁾

São as possibilidades permitidas para que pelo menos uma das partes ou ambas consoante a situação possam agilizar ou resolver por acordo, o procedimento administrativo onde estão inseridas, ao abrigo do Código do Procedimento Administrativo (Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro).

2.2.1. Acordo endoprocedimental

O acordo procedimental está previsto no art. 57.º que, no âmbito da discricionariedade procedimental, permite ao órgão competente para a decisão final e os interessados acordar, por

⁽¹⁰¹⁾ No âmbito da Reforma Administrativa de 2002, foram elaborados os anteprojetos de Código de Processo nos Tribunais Administrativos e Estatuto dos Tribunais Administrativos e Tributários e um Projeto de Comissão de Conciliação Administrativa, organismo que seria de intervenção facultativa aos tribunais de primeira instância e ao Tribunal Central Administrativo e limitado às matérias do funcionalismo público, mas que acabou por não se concretizar — cf. CLARO, JOÃO MARTINS, “A arbitragem no anteprojecto de Código de Processo nos Tribunais Administrativos”, in *Caderno de Justiça Administrativa*, n.º 22, Julho/Agosto, 2000, pp. 83-87 e Intervenção na *IV Conferência — Meios Alternativos de Resolução de Litígios*, Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, Direcção-Geral da Administração Extrajudicial, Ministério da Justiça, Lisboa, 2004, pp. 33-49 e SILVEIRA, JOÃO TIAGO, “A Reforma do Contencioso Administrativo”, in *Revista Jurídica*, n.º 25, Abril 2002, p. 442 e *Reforma do Contencioso Administrativo — Trabalhos Preparatórios — o Debate Universitário*, Vol. I, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Ministério da Justiça, Lisboa, 2000, pp. 23, 39, 40, 65 e 66.

escrito, termos do procedimento. Estes acordos têm efeito vinculativo e o seu objeto pode consistir na organização de audiências orais para o exercício de contraditório, entre os interessados que pretendam uma certa decisão e aqueles que se lhe oponham. Pode ainda suceder que, durante o procedimento, o órgão competente para a decisão final e os interessados celebrem um contrato para determinar, no todo ou em parte, o conteúdo discricionário do ato administrativo a praticar no termo do procedimento. O acordo procedimental pode ser sobre a tramitação do procedimento — n.º 1 — ou sobre o conteúdo do ato final — n.ºs 2 e 3 — do art. 57.º.

Estas soluções legais permitem a participação dos interessados, flexibilizando o procedimento administrativo, e também a aplicação da melhor solução ao caso concreto, sendo a natureza jurídica dos acordos endoprocedimentais a de contratos celebrados entre a Administração e os particulares⁽¹⁰²⁾.

2.2.2. Conferência procedimental

Prevista nos arts. 77.º a 81.º, a conferência procedimental destina-se ao exercício em comum ou conjugado das competências de diversos órgãos da Administração Pública, no sentido de promover a eficiência, a economicidade e a celeridade da atividade administrativa e podem dizer respeito a um único ou a vários procedimentos conexos e dirigir-se à tomada de uma única decisão ou a várias decisões conjugadas.

A instituição da conferência procedimental está prevista no art. 78.º, a sua realização no art. 79.º, o inerente direito de audiên-

⁽¹⁰²⁾ Para maiores desenvolvimentos sobre a figura em causa, cf. LOUREIRO, JOANA DE SOUSA, “Os acordos endoprocedimentais no novo CPA”, in *Comentários ao Novo Código de Procedimento Administrativo*, coord. GOMES, CARLA AMADO, et al., Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2015, pp. 249 e ss e PORTOCARRERO, MARTA, “Acordos sobre o conteúdo do acto administrativo a praticar — o artigo 57/3 do novo CPA (NCPA)”, in *Estudos em Homenagem a Rui Machete*, coord. OTERO, PAULO, et al., Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento, Coimbra: Almedina, 2015, pp. 711-737.

cia dos interessados e no caso de ser obrigatória, a audiência pública, no art. 80.º e a sua conclusão no art. 81.º⁽¹⁰³⁾.

Ao abrigo do art. 77.º, n.º 3, a conferência procedimental relativa a vários procedimentos conexos ou a um único procedimento complexo, em que há lugar à tomada de diferentes decisões por diferentes órgãos, podem assumir a modalidade de conferência deliberativa ou a modalidade de conferência de coordenação.

2.2.2.1. Conferência deliberativa

Destina-se ao exercício conjunto das competências decisórias dos órgãos participantes, através de um único ato de conteúdo complexo, o qual substitui a prática, por cada um deles, de atos administrativos autónomos.

2.2.2.2. Conferência de coordenação

Esta modalidade destina-se ao exercício individualizado, mas, em simultâneo, das competências dos órgãos participantes, através da prática, por cada um deles, de atos administrativos autónomos.

2.2.3. O auxílio administrativo

O auxílio administrativo está contemplado no art. 66.º e impõe o dever, por iniciativa própria ao órgão competente para a

⁽¹⁰³⁾ Para maiores desenvolvimentos, cf. MAURÍCIO, MARIANA FARIA, “Algumas notas sobre a conferência procedimental no Projeto do Novo Código de Procedimento Administrativo”, in *Estudos em Memória do Conselheiro Artur Maurício*, Coimbra: Coimbra Editora, 2015, pp. 1041 a 1066 e SERRÃO, TIAGO, *et al.*, *Questões Fundamentais para a Aplicação do CPA*, Coimbra: Almedina, 2016, pp. 152 a 164 e SERRÃO, TIAGO, “A conferência procedimental no novo Código de Procedimento Administrativo: primeira aproximação”, in *Comentários ao Novo Código de Procedimento Administrativo*, coord. GOMES, CARLA AMADO, *et al.*, Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2015, pp. 343 e ss.

decisão final, por proposta do responsável pela direção do procedimento ou a requerimento de um sujeito privado da relação jurídica procedimental, de solicitar o auxílio de quaisquer órgãos da Administração Pública, indicando um prazo útil, em três situações: o melhor conhecimento da matéria relevante exija uma investigação para a qual o órgão a quem é dirigida a solicitação disponha de competência exclusiva ou de conhecimentos aprofundados aos quais o órgão solicitante não tinha acesso, só o órgão a quem é dirigida a solicitação tenha em seu poder documentos ou dados cujo conhecimento seja necessário à preparação da decisão ou a instrução requiera a intervenção de pessoal ou o emprego de meios técnicos de que o órgão competente para a decisão final não disponha. O artigo salienta que à comunicação de documentos ou de dados solicitados, aplicam-se as restrições fixadas na legislação sobre o acesso aos documentos administrativos, ou seja, a Lei n.º 26/2016, de 22 de agosto.

Em caso de recusa ou de dilação na sua prestação, a questão é resolvida, consoante o caso, pela autoridade competente para a resolução de conflitos de atribuições ou de competência entre os órgãos solicitante e solicitado ou, não a havendo por órgão que exerça poderes de direção, superintendência ou tutela sobre o órgão solicitado.

O auxílio administrativo pode ser considerado, deste modo, como um propulsor à concertação e acordo entre as partes de uma relação procedimental e podemos deste modo, realçá-lo como manifestação do princípio do auxílio administrativo, em sede de direito do património cultural, na prossecução mais célere do interesse público.

2.3. O Provedor de Justiça

O Provedor de Justiça, como vimos antes, quando abordamos o tema, em sede de enquadramento jurídico do direito do património cultural, atua quer no seguimento de queixas de particulares (art. 4.º do Estatuto do Provedor de Justiça), quer por iniciativa

própria (art. 3.º), o que lhe é conferido pela autonomia e imparcialidade que constitucionalmente lhe são atribuídas e na área dos interesses difusos, como o património cultural, o art. 20.º, n.º 1, al. e), confere-lhe uma tarefa qualificada em termos de defesa e proteção⁽¹⁰⁴⁾.

Pelas estatísticas recentes, os cidadãos reclamam a adoção de medidas, quer da administração central, quer local, destinadas a remover eventuais perigos ou a proteger os valores culturais e como as suas pretensões não são satisfeitas, procedem a queixas ao Provedor de Justiça.

Com base em situações concretas, descritas no Relatório sobre Património e Direitos Culturais a que temos vindo a fazer referência, por meio da atuação do Provedor de Justiça como “mediador informal e discreto” visando o aperfeiçoamento da atividade administrativa, ao abrigo do art. 21.º, n.º 1, al. c), contribuiu para a promoção de reuniões, favorecendo o consenso e resolução para aquelas.

Neste sentido, o Provedor de Justiça pode ser um mecanismo legal para a resolução ou agilização de litígios.

II. Conclusões

Aqui chegados, depois de termos feito uma resenha em termos de direito do património cultural, desde a sua noção e respetivos componentes, passando pelo seu enquadramento jurídico internacional e interno e os princípios que o enformam, abordamos os meios de resolução alternativa de litígios e os meios administrativos procedimentais existentes no nosso ordenamento jurídico, procurando possíveis soluções em ordem a agilizar e/ou solucionar os conflitos que possam vir a surgir no seu seio.

(104) Cf. FOLQUE, ANDRÉ, *ob. cit.*, p. 10.

A tendência que vem de fora, vai nesse sentido, tentando utilizar sempre que possível, os meios de resolução de litígios, em particular, a mediação, a conciliação e a arbitragem, na área da arte e do património cultural, com os benefícios de serem procedimentos individualizados, internacionais e neutrais, com peritos mediadores, árbitros e peritos especializados numa área jurídica específica, assim como, em arte e património cultural, inclusivamente com conhecimento da cultura e línguas das partes. A adoção de soluções que possam ser aplicadas ao longo do tempo, quando estamos perante relações a longo prazo, entre as partes, são mais facilmente encontradas, também por esta via e a confidencialidade também desempenha um papel muito importante.

Gostaríamos de terminar com três exemplos: o Comité para a promoção da restituição dos bens culturais ao seu país de origem em caso de apropriação ilícita — ICPRCP⁽¹⁰⁵⁾ — que é um organismo intergovernamental criado em 1978 e é composto por 22 Estados-Membros da UNESCO e tem uma função consultiva e a missão de facilitar as negociações bilaterais com o objetivo da restituição ou devolução de bens culturais aos seus países de origem. Desde 2007, que efetua a mediação e a conciliação, as quais podem ser utilizadas pelos Estado-Membros e Membros Associados da UNESCO, a Organização Internacional de Propriedade Intelectual — WIPO⁽¹⁰⁶⁾ — que é uma organização especializada da ONU, criada em 1970, com a missão de desenvolver um sistema internacional de propriedade intelectual acessível e que possui atualmente 184 Estados-Membros, utiliza os meios de resolução alternativa de litígios em determinadas situações de conflitos relacionados com a arte e o património cultural, possuindo um centro de Mediação e Arbitragem (*WIPO Center*), e o Instituto Internacional de Museus (ICOM)⁽¹⁰⁷⁾, que é uma organização não governamental e não lucrativa criada em 1946 e que representa a comunidade de museus e dos seus profissionais, reconhecida pela utilização dos meios de resolução

⁽¹⁰⁵⁾ <<http://www.unesco.org/new/en/culture/themes/restitution-of-cultural-property/intergovernmental-committee/>>.

⁽¹⁰⁶⁾ <www.wipo.int>.

⁽¹⁰⁷⁾ <<http://icom.museum>>.

alternativa de litígios, em particular, por possuir um programa de mediação que aplica, para solucionar certo tipo de conflitos no setor dos museus e que está presente em Portugal⁽¹⁰⁸⁾.

Sessões ministradas no *I Curso de Pós-Graduado em Direito do Património Cultural* de 3 de março a 16 de junho de 2016, CIDP — FDUL

MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *Propriedade de bens culturais e restrições de utilidade pública*.

JOÃO MARTINS CLARO, *Enquadramento do Regime Jurídico da Proteção do Património Cultural*.

ANDRÉ FOLQUE, *O Provedor de Justiça e o património cultural*.

GUILHERME OLIVEIRA MARTINS, *A UNESCO e o Conselho da Europa na proteção do património cultural*.

JORGE MIRANDA, *O Património Cultural e a Constituição*.

JOSÉ CASALTA NABAIS, *Bens culturais arqueológicos*.

MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *O contencioso do património cultural*.

JOSÉ LUÍS BONIFÁCIO RAMOS, *O direito de preferência sobre bens culturais*.

PEDRO ROSETA, *O Conselho da Europa e a preparação das sucessivas convenções de proteção do património cultural*.

VASCO PEREIRA DA SILVA, *Património cultural religioso*.

MIGUEL TEIXEIRA SOUSA, *Ação popular para a defesa do património cultural*.

DÁRIO MOURA VICENTE, *A circulação de bens culturais através das fronteiras*.

⁽¹⁰⁸⁾ <www.icom-portugal.org>.

Agradecimentos

Centro de Documentação do Centro de Estudos Judiciários —
Mestre Paula Tomás, D.^{ra} Isabel Ferreira, Carla Seixas e Isabel
Fortunato

Biblioteca da Procuradoria Geral da República — D.^{ra} Isabel Louro
e D.^{ra} Maria José Maneiras

Prof. Dr. Alessandro Rota

Porto, maio de 2017

CRISE NA ARBITRAGEM DE INVESTIMENTO. A RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS NO ÂMBITO DO CETA

Por Manuel Pereira Barrocas()*

A arbitragem tem sido, ao longo das últimas décadas, o sistema preferido de resolução de litígios de caráter internacional no domínio quer do investimento estrangeiro, quer do contencioso comercial.

Embora não isenta de algumas críticas, ocupa hoje uma posição de grande importância na resolução de litígios internacionais mercê do seu progressivo aperfeiçoamento e também por constituir o meio mais eficaz, se não único em muitas situações.

O contencioso comercial internacional não é o tema principal destas linhas, mas sim, com maior saliência, o contencioso do investimento internacional, que é mais recente do que aquele na resolução de litígios mediante a utilização da arbitragem internacional.

Na verdade, por iniciativa das Nações Unidas, através do Banco Mundial e no decurso da década de sessenta do século XX, decorreram trabalhos de preparação do texto de uma convenção internacional relativa a esta matéria, que veio a culminar, em 1965, com a assinatura da Convenção de Washington, como é usual-

(*) O autor tem intervindo em arbitragens domésticas e internacionais e proferido aulas em universidades em Portugal e Brasil sobre arbitragem. Tem obras publicadas.

mente conhecida, sobre a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados, datada de 18 de Março daquele ano.

Viviam-se, na altura, os efeitos de retração de investimentos internacionais resultantes, ainda, da 2.^a Guerra Mundial, tal como demonstra a celebração dos acordos de *Bretton Woods*. É, igualmente, importante destacar, no final da década de 1950 e durante grande parte da década de 1960, o acesso à independência da maioria dos novos Estados africanos.

Importava, pois, fomentar o investimento internacional e com ele o movimento transnacional de capitais e de tecnologia aplicados em Estados carenciados.

Com o intuito de proteger e de incentivar, na medida do possível, o interesse dos investidores, a Convenção instituiu um centro internacional de resolução de litígios de investimentos internacionais, que se denomina ICSID (*International Centre for Settlement of International Disputes*). Portugal assinou a Convenção em 4 de Agosto de 1983, que entrou em vigor, relativamente ao nosso país, em 1 de Agosto de 1984.

A Convenção de Washington passou a ser, durante todo o tempo decorrido desde então até ao presente, a principal norma internacional reguladora da protecção do investimento internacional entre os mais de 160 Estados que a assinaram e, por sua vez, o ICSID (*International Centre for Settlement of International Disputes*) constitui, ainda hoje, o principal centro de resolução de litígios daquela natureza⁽¹⁾.

Com o decurso do tempo, outras instituições de arbitragem passaram também a acolher arbitragens relativas a litígios de investimento internacional, por força de tratados bilaterais denominados na cena internacional por BIT (*Bilateral Investment Treaty*). Igualmente, têm sido celebrados, ao longo daquele tempo, outros tratados multilaterais sobre a mesma matéria, como é o caso do NAFTA (*North America Free Trade Agreement*) e outros.

(1) Sobre a matéria, ver DÁRIO MOURA VICENTE, na coletânea das intervenções proferidas no V Congresso do Centro de Arbitragem Comercial, realizado em Julho de 2011, e bibliografia aí citada.

Pode dizer-se que a Convenção de Washington teve por primeiro vetor motivador e diretor a reconstrução no pós-guerra das economias afetadas e o desenvolvimento no período posterior à descolonização da economia de inúmeros outros países.

A principal preocupação da Convenção de Washington e dos cerca de 3.000 tratados bilaterais até hoje celebrados tem consistido na proteção a conceder aos investidores contra certas arbitriedades dos Estados recetores de investimentos. Sem essa preocupação difícil seria, decerto, motivar a generalidade dos investidores. Não porque ela signifique uma proteção ao capital, em si, como alguns setores políticos criticamente afirmam, mas sim para evitar a sujeição dos investidores a atos arbitrários de certos governos, muitos deles decerto não democráticos e quando não pouco confiáveis, mediante a concretização, usuais em muitas paragens, quer de práticas de nacionalização ou expropriação sem indemnização, quer de revogação de garantias dadas de repatriamento dos capitais investidos após a execução do contrato de investimento, de recusa de autorização de exportação dos lucros do investimento, de tratamento discriminatório relativamente a outros investimentos semelhantes efetuados no mesmo país, de interpretação defeituosa ou mesmo de má-fé das disposições legais internas aplicáveis ao contrato de investimento ou de revogação de leis de aprovação dos contratos celebrados e, com eles, o desaparecimento das garantias concedidas ao investimento, a que se junta a sujeição dos litígios a tribunais judiciais sem garantias de imparcialidade.

A solução da arbitragem internacional foi, por isso, praticamente sem exceção, o sistema preferido de resolução de litígios de investimento no vasto conjunto de tratados internacionais sob o patrocínio da ONU materializado na Convenção de Washington.

Todavia, ao longo destes anos, têm aparecido doutrinas anti-sistema e não particularmente devotadas à proteção do investimento, mas em defesa de um certo conceito de interesse público que frequentemente é pouco claro qual seja e que, conseqüentemente, pode determinar a criação de condições desfavoráveis ao investimento internacional e à transferência de tecnologia, em prejuízo de Estados carenciados de investimento internacional.

É este o estado em que nos encontramos neste momento.

Neste contexto, não surpreendeu totalmente o facto de a Comissão Europeia ter alterado a sua posição inicial caracterizada pela manutenção de regimes protetores do investimento que vinha sustentando e a que procedeu no decurso da negociação do acordo alargado de comércio livre com o Canadá, denominado CETA (*EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement*), mediante a substituição do mecanismo de resolução de litígios emergentes da execução deste tratado (de aqui em diante denominado apenas por CETA), preterindo a arbitragem internacional em favor da instituição de um tribunal permanente denominado ICS (*International Court System*), adiante simplesmente denominado por tribunal permanente.

Esta mudança de atitude da Comissão parece ter resultado da pressão de certos setores políticos do Parlamento Europeu, a nosso ver, seguramente mais dominados por preconceitos ideológicos do que pela racionalidade das suas decisões.

Neste artigo procederemos a um exame crítico sobre as muitas desvantagens e as muito poucas vantagens que a solução encontrada acarreta.

Importa evidenciar, antes de prosseguirmos a análise mais geral da matéria que aqui nos ocupa, uma importante inovação que o CETA introduziu, que consiste no reforço do direito dos Estados-Membros da União Europeia e do Canadá de regular (*right to regulate*), em qualquer momento, as matérias objeto do contrato de investimento ou subjacentes a ele e, assim, designadamente, o direito dos Estados de alterar o quadro legislativo próprio em vigor no momento da assinatura do contrato, que constituía uma prática generalizada, através de *standstill clauses*, mesmo que a alteração legislativa tenha por efeito afetar o direito ao recebimento pelo investidor das vantagens económicas esperadas com a celebração e execução do contrato de investimento [section 8.9 (2)], a que pode acrescer, em qualquer circunstância, a cessação unilateral da atribuição de benefícios fiscais, de incentivos económicos, a alteração da carga fiscal, etc.

Em contrapartida, diz o tratado no artigo 8, que fica estabelecido um conjunto de medidas, no capítulo 8, com o propósito de proteger o investidor, tais como (1) a garantia da transferência do

capital investido para o país de origem do investidor e, ainda, (2) a publicação de normas transparentes, estáveis e previsíveis reguladoras do investimento, tudo, porém, dentro de um conceito vago do que seja em concreto um tratamento *fair and equitable* e uma *total proteção e segurança* do investimento (sic), conceitos a que o CETA faz apelo.

Prevê ainda o tratado, no artigo 8.10 (2), que constituem violação, pelos Estados-Parte em contratos de investimento, do princípio de tratamento *fair and equitable* os seguintes atos (a) denegação da justiça em processos criminais, civis ou administrativos, (b) violação fundamental das normas de procedimento devido (*due process*), incluindo a violação fundamental do dever de transparência em processos judiciais e administrativos, (c) a manifesta arbitrariedade, (d) a discriminação ou manifesta fundamentação errada, tais como as baseadas no sexo, raça ou crença religiosa, (e) o tratamento abusivo do investidor, tal como a utilização contra ele de coação, criação de perturbação psicológica ao investidor (*duress*) destinada a servir um objetivo ilegítimo, e (f) qualquer outro ato violador da obrigação de tratamento *fair and equitable*, de acordo com o parágrafo 3 do artigo 8.10.

O artigo 8.12, por sua vez, regula a nacionalização e a expropriação, definindo as condições em que podem ser efetuadas mediante compensação.

A totalidade destas garantias provêm, porém, do regime usual constante da maioria dos BITs, da Convenção de Washington e de outros tratados internacionais, agora adequadamente tornadas menos claras ou reduzidas no seu âmbito.

Em qualquer caso, as principais diferenças relativamente ao regime comumente seguido até agora residem, como se disse, (1) no *right to regulate*, ou seja, no reforço do direito dos Estados recetores do investimento de alterar a legislação que se encontrava em vigor no momento da celebração do contrato, permitindo-se-lhe aplicar nova legislação ab-rogatória de disposições legais que os Estados se obrigaram a manter em vigor ou a aplicar e (2) a substituição de árbitros por juizes não togados em nome de um interesse público de que não há prova de alguma vez ter estado em causa por efeito da prolação de decisões arbitrais, designadamente

no ICSID, destinadas a prejudicar sem fundamento o interesse público em favor de investidores, designadamente de grandes empresas internacionais.

Sobre a primeira alteração do regime de resolução de litígios introduzida pelo CETA, os críticos da arbitragem têm sustentado, em resumo, que os juízes são mais capazes do que os árbitros de compreender, avaliar e decidir sobre o interesse público e de efetuar uma correta interpretação e execução do regime criado pelo CETA.

Na verdade, isso até pode, em abstrato, ser verdade, mas como fica a outra face da moeda, ou seja, a avaliação e decisão sobre o interesse privado no investimento e o justo equilíbrio entre ambas as esferas de interesses?

É esta, pois, a questão central e nuclear das alterações que o CETA introduziu.

Acrescentam os críticos da arbitragem, que os árbitros, em geral, não oferecem garantias de independência e de imparcialidade na sua função. Os críticos mais radicais sustentam mesmo que frequentemente visam favorecer o grande capital. Enfim, um discurso mais bolivariano típico de alguns Estados da América do Sul (*vide* os casos do Equador e da Bolívia que denunciaram a Convenção de Washington) do que sensato e equilibrado, sujeitando os investidores a incertezas do regime jurídico aplicável após a celebração dos contratos de investimento e a sujeição a um tribunal formado por juízes não togados, no caso do CETA, e designados pelos próprios Estados-Parte desse tratado.

Em nossa opinião, em resumo, a mudança de posição em favor de juízes não togados e em desfavor de árbitros reside muito mais profundamente no *right to regulate* do que propriamente em questões de retórica sobre a falta de transparência dos processos arbitrais e sobre a falta de independência e de imparcialidade dos árbitros.

No fundo, o que interessa principalmente discutir é a questão de saber se existe uma válida justificação para alterar as regras do jogo no decurso da execução do contrato e afetar o curso dos investimentos, designadamente em Estados carecidos deles, paralelamente à preterição da arbitragem em favor de um tribunal permanente, apenas porque uma doutrina política motivada por preconceitos ideoló-

gicos e pouco ou nulo conhecimento do assunto, desconsiderando todos os aspetos da questão e motivada por um preconceito contra a arbitragem, contra o sistema, contra o capital, contra a globalização e outras questões essenciais ou importantes na vida das pessoas, postergando uma análise cuidada, profunda e equilibrada de todas as variáveis relevantes, se revela incapaz de ver vantagens no sistema arbitral internacional.

Estatísticas publicadas por uma agência da ONU — a UNCTAD (*United Nations Conference on Trade and Development*) — revelam porém que, entre 1987 e 2013, o número total de arbitragens de investimento, a maioria sob a égide do ICSID, foi de 568, tendo estado envolvidos, em 53% daquele número, países europeus. Do mesmo total, 43% dos casos foram resolvidos por árbitros em favor dos Estados litigantes, 31% em favor de investidores e 26% terminaram por acordo⁽²⁾.

O tribunal permanente a instituir segundo o CETA será composto por quinze juízes não togados, recrutados seguramente no meio de juízes jubilados, académicos, ex-políticos, ex-diplomatas e altos funcionários públicos aposentados, decerto com um peculiar sentido de entendimento ou de sublimação sub-consciente já formada do que é o interesse público e, assim, uma natural inclinação para a sua salvaguarda, reduzindo as garantias do investidor.

Ao invés, na arbitragem, os árbitros são escolhidos pelas partes. O Estado litigante recetor do investimento tem a faculdade de escolher o árbitro que julga poder melhor entender o interesse público. Mas, também a contraparte — o investidor — tem igual direito de escolha.

O Estado litigante e o investidor podem escolher por acordo o terceiro-árbitro, detendo ainda o Estado litigante, tal como o investidor, do direito de recusa do árbitro designado pela contra-parte.

A arbitragem revela-se, assim, à partida, muito mais democraticamente inspirada e respeitadora da conciliação de interesses das partes na condução do melhor modo de resolver os litígios do que um tribunal permanente internacional.

⁽²⁾ Ver *World Investment Report 2014*, 124, disponível em <<http://bit.ly/INC3ouQ>>.

A arbitragem conta, desde data recente, com novos instrumentos internacionais destinados a aumentar os níveis de transparência do processo, tentando obviar, assim, a uma característica típica geral do processo arbitral que é a sua confidencialidade, que pode não se conciliar devidamente com os legítimos interesses dos cidadãos dos Estados-Parte em litígios de conhecer o teor das decisões arbitrais.

Na verdade, as *Rules on Transparency* da UNCITRAL (*United Nations Commission on International Trade Law*) e a *UN Mauritius Transparency Convention*, publicadas em data não distante, visam a melhoria da transparência nos processos arbitrais que opõem Estados a investidores.

Como se observou antes, as alegadas faltas de independência e de imparcialidade dos árbitros é outra crítica que é feita à arbitragem de investimento pelos seus detratores.

Compete, por isso, perguntar muito legitimamente se, em resultado da substituição de árbitros por juízes não togados, podemos estar seguros de que eles demonstrarão, nas suas decisões, maiores dotes de independência e imparcialidade do que os árbitros?

Na verdade, os árbitros tal como os juízes togados, atuando nos seus tribunais estaduais estão sujeitos a deveres de conduta de natureza ético-jurídica e, no caso dos árbitros, a um regime de responsabilidade civil perante as partes a que os juízes não togados do tribunal permanente não estão sujeitos.

Acresce, que decisões arbitrais proferidas com violação dos deveres essenciais de independência e imparcialidade, para além de outros fundamentos possíveis, estão sob o escrutínio dos tribunais judiciais, podendo ser anulados. Também aqui não parece, pois, que o sistema de recurso concebido pelo CETA para a revisão das decisões do tribunal permanente por um tribunal de recurso ofereça as mesmas garantias.

Face ao clausulado do CETA, cabe ainda perguntar como vai ser possível executar decisões do tribunal permanente contra a União Europeia, uma vez que a Convenção de Nova Iorque de 1958 só é aplicável a Estados e não a organizações que não são Estados, como é o caso da União Europeia?

Sobretudo, se tivermos em consideração que, segundo o Regulamento n.º 912/2014, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de julho de 2014, a União Europeia, além de ter assumido a competência exclusiva para celebrar com terceiros tratados bilaterais ou multilaterais sobre investimento, substituindo-se, assim, aos estados membros, também passou a suportar a responsabilidade financeira relativa ao modo como ela ou os Estados-Membros, sempre que for o caso, se mostrarem responsabilizados por terem violado o CETA ou contratos de investimento celebrados pela União Europeia, em virtude do cumprimento de disposições legislativas comunitárias ou por qualquer outra decisão de órgãos da Comunidade Europeia vinculativa para os Estados-Membros, de onde resulte a violação de tratado de proteção de investimento estrangeiro ou a violação dos próprios contratos de investimento.

Também deve ser tido em conta que a União Europeia beneficia de isenção relativamente a qualquer tribunal. Por isso, importa perguntar como será exequível uma sentença do tribunal permanente proferida contra a União?

O tribunal permanente não é um tribunal arbitral para o efeito da aplicação da Convenção de Nova Iorque. O recurso à Convenção de 1 de Fevereiro de 1971 sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Judiciais em Matéria Civil e Comercial (disponível em <<http://bit.ly/zjeRpbi>>) não terá relevância, porque, no caso específico do CETA, o Canadá não é parte nesta Convenção e somente um número pouco significativo de Estados, apenas quatro, incluindo Portugal, são membros.

Também uma nova convenção da Haia em preparação sobre a mesma matéria está longe de estar concluída.

Outra questão consiste em saber como serão distribuídos internamente os custos de uma eventual condenação da União Europeia por violação do CETA?

Também o esperável aumento da burocracia e da lentidão na resolução dos litígios pelo tribunal permanente poderá dar que pensar quanto à incerteza do sistema, questão esta, sublinhe-se, que tem sido muito razoavelmente resolvida mediante a utilização da arbitragem.

Finalmente, não sabemos como se irá processar a relação entre o tribunal permanente e o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE). Não se pode esquecer que no quadro legislativo comunitário este tribunal constitui o único órgão jurisdicional no espaço comunitário que pode criar jurisprudência sobre direito comunitário.

Por fim e não menos importante do que tudo o que foi dito antes neste artigo, uma sentença recentíssima do TJUE, datada de 6 de março de 2018, em resposta a um reenvio prejudicial solicitado pelo Supremo Tribunal Federal alemão entendeu, num caso que opunha a companhia de seguros holandesa *Achmea* ao Estado da Eslováquia ao abrigo de um tratado de investimento celebrado em 1991 e que instituiu a arbitragem como órgão jurisdicional competente para resolver os litígios emergentes daquele tratado, que o tribunal arbitral carece de competência para interpretar e aplicar normas do Direito da União, dado que os tribunais arbitrais não fazem parte do sistema jurisdicional da União.

Nesta conformidade e detendo a União, ao abrigo do Regulamento n.º 912/2004, atrás citado, o poder exclusivo de celebrar, no futuro, tratados bilaterais ou multilaterais de investimento parece seguro afirmar-se que dificilmente a arbitragem continuará a merecer a primazia dos órgãos comunitários europeus, sobretudo do Conselho e da Comissão, para a sua inclusão em tratados relativos à resolução de litígios sobre investimentos internacionais ou intra-comunitários.

Igualmente, os tratados bilaterais relativos a investimentos que tenham sido celebrados pelos Estados-Membros no passado, que se contam por algumas centenas, deverão ter em conta esta jurisprudência do TJUE.

Aquela decisão do TJUE afigura-se-nos objeto de muitas críticas. Todavia, a nosso ver devemos distinguir entre a fixação de jurisprudência pelo TJUE relativa à interpretação do Direito Comunitário, designadamente, mas não apenas, em processos de reenvio prejudicial, e a mera atividade dos tribunais arbitrais instituídos pelos interessados para resolver litígios. Sempre que, neste segundo caso, os árbitros tenham necessidade de aplicar normas de Direito Comunitário deverão fazê-lo.

Na verdade, nesses casos os árbitros não estarão naturalmente a interpretar as normas comunitárias em termos de fixar jurisprudência comunitária, mas apenas a resolver um litígio.

O TJUE carece de competência para retirar aos tribunais arbitrais a competência que lhes resulta, quer da autonomia da arbitragem relativamente aos tribunais públicos, quer do facto de o TJUE, por não deter poder legislativo, carecer de competência para revogar ou derrogar as leis arbitrais dos vários Estados-membros da UE que atribuem aos tribunais arbitrais competência para resolver litígios. Deste modo, tornando-se necessário aos árbitros, para resolver um litígio, aplicar legislação comunitária deverão fazê-lo.

Lisboa, 14 de março de 2018

MANUEL PEREIRA BARROCAS

A SUSPENSÃO DOS PRAZOS DE CADUCIDADE E PRESCRIÇÃO POR EFEITO DA MEDIAÇÃO

Por Margarida Lima Rego()*

SUMÁRIO:

1. Introdução. 2. O tempo e a sua repercussão nas relações jurídicas. 3. O recurso à mediação e o seu efeito suspensivo dos prazos de caducidade e prescrição. 4. Conclusões.

1. Introdução

No presente artigo analiso um aspeto do regime da mediação de conflitos. O regime consta atualmente da Lei n.º 29/2013, de 19 de abril (“Lei da Mediação”). Muito embora não lhe faça referência, o diploma constitui o repositório atual da transposição, para o nosso ordenamento jurídico, da Diretiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de maio de 2008 relativa a certos aspetos da mediação em matéria civil e comercial (“Diretiva da

(*) Professora da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Advogada. Mediadora certificada pelo Instituto de Certificação e Formação de Mediadores Lusófonos. Agradecimentos académicos à Joana Campos Carvalho, a cujo espírito crítico este artigo muito deve (sendo quaisquer falhas de que padeça da minha exclusiva responsabilidade).

Mediação”⁽¹⁾). A referência não lhe é feita porque o regime em causa foi transposto pela Lei n.º 29/2009, de 29 de junho, que aditou novos artigos ao anterior Código de Processo Civil⁽²⁾.

A mediação, para este efeito, é “um processo estruturado, independentemente da sua designação ou do modo como lhe é feita referência, através do qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo sobre a resolução do seu litígio com a assistência de um mediador”. O processo “pode ser iniciado pelas partes, sugerido ou ordenado por um tribunal, ou imposto pelo direito de um Estado-Membro”⁽³⁾. Na senda desta definição, determina a nossa lei que a mediação corresponde a uma “forma de resolução alternativa de litígios realizada por entidades públicas ou privadas, através d[a] qual duas ou mais partes em litígios procuram voluntariamente alcançar um acordo com assistência de um mediador de conflitos”⁽⁴⁾. Em regra, o acordo que as partes procuram alcançar corresponderá, juridicamente, a uma transação⁽⁵⁾.

O ordenamento jurídico português não era estranho à mediação como forma de resolução alternativa de conflitos antes da entrada em vigor da Lei da Mediação⁽⁶⁾. Designadamente, a já referida Lei n.º 29/2009, de 29 de junho, consagrara definitivamente entre nós “a mediação pré-judicial enquanto via alternativa

(1) Cf. FRANÇA GOUVEIA, M., *Curso de resolução alternativa de litígios*, 3.ª ed., Almedina, 2014, pp. 47-48. Cf. ainda MOURA VICENTE, D., “A diretiva sobre a mediação em matéria civil e comercial e a sua transposição para a ordem jurídica portuguesa”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, n.º 2 (2009), pp. 125-148.

(2) Cf. os arts. 249.º-A a 249.º-C e 279.º-A do anterior Código de Processo Civil, e ainda a Portaria n.º 203/2011, de 20 de maio, aprovada em execução do disposto no n.º 2 do art. 249.º-A do anterior Código de Processo Civil. Cf. MOURA VICENTE, D., *cit. supra*, n. 1, p. 143.

(3) Alínea a) do art. 3.º da Diretiva da Mediação.

(4) Alínea a) do art. 2.º da Lei da Mediação.

(5) “Transação é o contrato pelo qual as partes previnem ou terminam um litígio mediante recíprocas concessões.” (art. 1248.º, n.º 1, do Código Civil).

(6) Cf. MORAIS CARVALHO, J., “A consagração legal da mediação em Portugal”, in *Julgar*, n.º 15 (2011), pp. 271-290; e RIBEIRO MENDES, A., “A evolução da regulamentação legal em matéria de mediação — a Lei n.º 29/2013, de 19 de abril”, in CAUPERS, J., FERREIRA DE ALMEIDA, C., e SERRA, T. (coord.), *O livro dos amigos de Luis Lignau da Silveira*, Almedina, 2016, pp. 27-66.

para os cidadãos dirimirem os seus litígios, assegurando que o decurso do tempo necessário à realização do processo de mediação não inviabiliza o acesso à via judicial, caso as partes não resolvam o seu litígio na mediação”(7). No entanto, a Lei da Mediação representou um importante passo em frente no estabelecimento, entre nós, desta modalidade de resolução alternativa de litígios, que, em matéria civil e comercial, ainda está numa fase relativamente incipiente de desenvolvimento. Os litígios que podem ser objeto de mediação em matéria civil e comercial são, nos termos dessa lei, “os litígios que, enquadrando-se nessas matérias, respeitem a interesses de natureza patrimonial”(8) e ainda os que respeitem a interesses de natureza não patrimonial, “desde que as partes possam celebrar transação sobre o direito controvertido”(9). Na verdade, embora esta ressalva se aplique, literalmente, apenas aos segundo, deverá entender-se que a restrição se aplica também aos primeiros, pois em caso algum o acordo a que se chegue por via da mediação poderia exceder o objeto que é próprio de um contrato de transação(10).

Para salvaguardar que o recurso à mediação de conflitos não inviabiliza um subsequente acesso das partes à via judicial, estabeleceu-se um regime de suspensão dos prazos de caducidade e prescrição. Dispõe atualmente o art. 13.º, n.º 2, da Lei da Mediação, que “[o] recurso à mediação suspende os prazos de caducidade e prescrição”(11). O preceito dá sequência ao disposto no art. 8.º, n.º 1, da Diretiva da Mediação, segundo o qual “[o]s Estados-Membros devem assegurar que as partes que optarem pela media-

(7) Preâmbulo da Portaria n.º 203/2011, de 20 de maio. Mesmo anteriormente, a mediação já transparecia em diversos diplomas. Sobre estes, cf. MORAIS CARVALHO, J., *cit. supra* n. 6, a pp. 272-277.

(8) Art. 11.º, n.º 1 da Lei da Mediação.

(9) Art. 11.º, n.º 2 da Lei da Mediação. As partes não podem transigir sobre direitos indisponíveis, nem sobre questões respeitantes a negócios jurídicos ilícitos: art. 1249.º do Código Civil.

(10) Neste sentido, FERREIRA DE ALMEIDA, C., *Contratos IV*, Almedina, 2014, pp. 24-25, sublinhando que é esse o sentido do disposto no art. 1.º da Diretiva da Mediação. Sobre o tema, cf. ainda MOURA VICENTE, D., *cit. supra*, n. 1, pp. 133-135.

(11) Cf. ainda o art. 7.º do Regulamento de Mediação do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara do Comércio e Indústria Portuguesa.

ção numa tentativa de resolver um litígio não fiquem impedidas de, posteriormente, instaurarem um processo judicial ou iniciarem um processo de arbitragem relativo a esse litígio por terem expirado os prazos de prescrição ou de caducidade durante o processo de mediação”.

O propósito deste artigo é analisar em que medida esta inovação legislativa nos permite concluir que, não obstante a indisponibilidade, no nosso ordenamento, de um mecanismo que permita às partes em litígio determinar livremente, por acordo, a suspensão de um prazo de caducidade ou de prescrição para tentarem resolver o seu litígio fora dos bancos do tribunal⁽¹²⁾, passou a existir uma via para se chegar a um resultado muito próximo desse: muito embora as partes ainda não sejam completamente livres de suspender por acordo os prazos de caducidade ou de prescrição, basta que recorram à mediação de conflitos em lugar de tentarem negociar por si sós, sem o auxílio de um mediador de conflitos⁽¹³⁾.

2. O tempo e a sua repercussão nas relações jurídicas

a. Prazos de caducidade e prescrição

Os direitos e outras situações jurídicas não são eternos. Alguns apenas cessam com a morte do seu titular. Outros extinguem-se, ou transmutam-se, com a verificação de uma multiplicidade de outros possíveis fatores, entre os quais é de realçar a simples passagem do tempo. É este o contexto em que serão brevemente analisados os

(12) Cf. o art. 300.º do Código Civil. Não existe a mesma inflexibilidade legal no que respeita aos prazos de caducidade. Cf. o art. 330.º do Código Civil.

(13) FRIEL, S., “The European Mediation Directive”, in QUIROGA, M. GONZALO, e GÓMEZ, F. J. GORJÓN (eds.), *Métodos alternos de solución de conflictos: herramientas de paz y modernización de la justicia*, Dykinson, 2011, pp. 107-118, a pp. 113-114, afirma que o art. 8.º da Diretiva da Mediação parece ter introduzido uma versão legal dos acordos de *standstill*.

institutos gerais da caducidade e da prescrição, cujo regime geral consta dos arts. 298.º a 333.º do Código Civil⁽¹⁴⁾.

A lei não define, nem caducidade, nem prescrição, limitando-se a dispor que os direitos — todos os direitos subjetivos, e não apenas os direitos de crédito — que não sejam indisponíveis ou que a lei não declare isentos de prescrição estão sujeitos ao regime da prescrição, pelo seu não exercício durante um certo lapso de tempo⁽¹⁵⁾. A prescrição impõe-se, assim, como o regime-regra, a que estão sujeitos todos os direitos subjetivos, salvo os indisponíveis e os que a lei isenta de prescrição⁽¹⁶⁾. São imprescritíveis, em razão da sua indisponibilidade, designadamente, os direitos de personalidade e de estado, ou o direito a alimentos. A generalidade dos direitos reais de gozo também se encontra subtraída a este regime, extinguindo-se antes pelo não uso⁽¹⁷⁾.

É de vinte anos o prazo ordinário da prescrição, cujo âmbito de aplicação abrange, em abstrato, a generalidade dos direitos prescritíveis⁽¹⁸⁾. A lei estabelece ainda um conjunto de prazos mais curtos de prescrição, aplicáveis a determinadas categorias de direitos subjetivos. Além do prazo de cinco anos a que estão sujeitos os direitos a prestações periódicas a que se refere, exemplificativamente, o art. 310.º do Código Civil, existem vários outros prazos prescricionais, quer nesta, quer noutras sedes legais. Em jeito de ilustração, refira-se o prazo de três anos a que estão sujeitos, quer o direito de indemnização fundado em responsabilidade civil delitual, quer o direito à restituição fundada em enriquecimento sem causa⁽¹⁹⁾. Uma vez que, frequentemente, tais prazos têm início em momento posterior ao prazo ordinário, a sua aplicação não afasta a

⁽¹⁴⁾ Neste domínio, houve uma evolução bastante significativa, conceptual e de regimes, na transição entre o Código de Seabra e o atual Código Civil. É um aspeto a ter em conta na análise de doutrina anterior a 1966.

⁽¹⁵⁾ Art. 298.º, n.º 1, do Código Civil. Cf. VAZ SERRA, A., “Prescrição e caducidade”, in *BMJ*, n.º 105 (1961), pp. 5-248; *BMJ*, n.º 106 (1961), pp. 45-278; e *BMJ*, n.º 107 (1961), pp. 159-302, no n.º 105, a p. 46.

⁽¹⁶⁾ Inovou, neste ponto, o atual Código Civil, na senda do defendido por VAZ SERRA, A., *cit. supra*, n. 5, no n.º 105, p. 46.

⁽¹⁷⁾ Art. 298.º, n.º 3, do Código Civil.

⁽¹⁸⁾ Art. 309.º do Código Civil.

⁽¹⁹⁾ Cf., respetivamente, os arts. 498.º e 482.º do Código Civil.

aplicação daquele, podendo os prazos correr em simultâneo ou desfasadamente e prescrevendo o direito assim que cesse o primeiro de tais prazos⁽²⁰⁾. Nada se dizendo, aplica-se a regra geral de que o prazo de prescrição começa a correr no momento em que o correspondente direito pode ser exercido⁽²¹⁾.

A prescrição funda-se no princípio da não vinculação perpétua, em que “confluem razões várias e se debatem interesses contraditórios, cuja conciliação não é sempre fácil”⁽²²⁾. Na prescrição os direitos não são intrinsecamente a prazo, e até podem tender para a infinitude, mas a nossa ordem jurídica atribui à generalidade dos titulares passivos um meio de defesa contra a inércia prolongada dos titulares ativos. A certa altura, no jogo de forças entre a proteção dos titulares ativos e a salvaguarda da posição dos titulares passivos, o equilíbrio começa a pender para o lado de cá, assumindo a primazia a tutela da segurança e da certeza jurídicas de quem se vê há demasiado tempo sem saber se os respetivos titulares ativos farão ou não valer os seus direitos⁽²³⁾. Além da salvaguarda da posição dos titulares passivos, há razões de ordem pública que subjazem a este regime e justificam a sua inderrogabilidade, já que também se protege, com este regime, a segurança no tráfico jurídico⁽²⁴⁾.

⁽²⁰⁾ Por exemplo, o prazo de prescrição de três anos, aplicável ao direito de indemnização fundado em responsabilidade civil delitual, conta-se a partir da data em que o lesado tem conhecimento do direito que lhe compete, embora com desconhecimento da pessoa do responsável e da extensão dos danos (art. 498.º, n.º 1 do Código Civil); e o aplicável ao direito à restituição fundada em enriquecimento sem causa conta-se a partir da data em que o lesado tem conhecimento do direito que lhe compete e da pessoa do responsável (art. 482.º do Código Civil). Uma vez que o conhecimento das questões relevantes pode nunca ter lugar, sempre que assim seja o direito prescreve com o decurso do prazo ordinário, de vinte anos a contar, respetivamente, do facto danoso e do enriquecimento sem causa (mesmos artigos).

⁽²¹⁾ Art. 306.º, n.º 1, do Código Civil.

⁽²²⁾ VAZ SERRA, A., *cit. supra*, n. 15, no n.º 105, p. 33.

⁽²³⁾ Cf. o Ac. STJ de 12.05.2016, ECLI:PT:STJ:2016:6147.12.3TBVFR.A.P1.S1 (Fernanda Isabel Pereira): “A prescrição tem como fundamento a negligência do credor no exercício do direito durante um período de tempo no qual seria expectável que ele o exercesse se nisso estivesse interessado. Por razões de certeza e de segurança nas relações jurídicas, atribui-se presuntivamente à inércia do credor o significado de que quis renunciar ao direito ou considera-se que este já não merece tutela, assim libertando-se o devedor do cumprimento e de possíveis dificuldades probatórias que o decurso do tempo pode acarretar”.

⁽²⁴⁾ PAIS DE VASCONCELOS, P., *Teoria geral do direito civil*, 5.ª ed., Almedina, 2008, p. 380.

Já a caducidade corresponde a um modo de extinção de direitos temporários, ou a prazo. Nestes, o prazo é intrínseco, integra a sua delimitação jurídica, por força da lei ou da autonomia privada⁽²⁵⁾. Na dúvida sobre a sua qualificação, sempre que a lei ou o negócio jurídico estabeleçam um prazo especial para o exercício de um direito, deverá ser-lhe aplicado o regime da caducidade⁽²⁶⁾. Se o for, não se lhes aplicará o regime da prescrição. O mesmo é dizer que os regimes não são de aplicação cumulativa, estando os direitos temporários, por natureza, subtraídos ao regime da prescrição⁽²⁷⁾.

A prescrição é um meio de defesa e apenas um meio de defesa. Não opera *ope legis*, limitando-se a permitir que o seu beneficiário ou um terceiro interessado recusem o cumprimento ou se oponham ao exercício de um direito de outrem, invocando-a⁽²⁸⁾. Essa invocação, que é livre, embora o respetivo beneficiário nem sempre possa obviar ao seu exercício por terceiro interessado⁽²⁹⁾, deverá qualificar-se, na maioria dos casos, como uma defesa por exceção perentória⁽³⁰⁾ de direito material, de natureza extintiva, embora nada impeça quem tencione invocá-la de se antecipar ao titular ativo do direito em causa, fazendo-o antes sequer de este tentar exercê-lo⁽³¹⁾.

⁽²⁵⁾ Art. 298.º, n.º 2, do Código Civil.

⁽²⁶⁾ Art. 298.º, n.º 2, do Código Civil. Sobre este ponto, cf. MORAIS ANTUNES, A. F., *Prescrição e caducidade. Anotação aos artigos 296.º a 333.º do Código Civil*, 2.ª ed., Coimbra, 2014, pp. 42-43.

⁽²⁷⁾ Neste sentido, PAIS DE VASCONCELOS, P., *cit. supra*, p. 392; e CUNHA DE SÁ, F., “Modos de extinção das obrigações”, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Vol. I, Almedina, 2002, pp. 171-262, a p. 244.

⁽²⁸⁾ Arts. 303.º, 304.º, n.º 1, e 305.º do Código Civil.

⁽²⁹⁾ Ainda que o beneficiário renuncie à prescrição, podem os credores invocá-la, se se encontrarem reunidos os requisitos da impugnação pauliana (art. 305.º, n.º 2, do Código Civil), podendo ainda os credores, se reunidos os respetivos requisitos, invocar a prescrição por via sub-rogatória (art. 606.º do Código Civil). Quanto ao conceito de terceiros interessado, cf. o Ac. STJ de 12.05.2016, *cit. supra*, n. 23: “O conceito de terceiros com interesse legítimo na arguição da prescrição contempla aqueles que são titulares de um direito próprio que o obrigado não pode eliminar ou diminuir, de que é exemplo o terceiro que garante a obrigação constituindo hipoteca, o fiador, o vendedor obrigado a garantia pela evicção e o subadquirente”.

⁽³⁰⁾ Sobre estas, cf. os arts. 571.º e 576.º, n.os 1 e 3 do Código de Processo Civil.

⁽³¹⁾ Neste sentido, PAIS DE VASCONCELOS, P., *cit. supra*, n. 24, pp. 380 e 384; e MORAIS ANTUNES, A. F., *cit. supra*, n. 26, p. 32.

A caducidade é intrínseca às situações a que se aplica, podendo e devendo ser conhecida *ex officio*⁽³²⁾, embora, quando invocada em resposta a uma tentativa de exercício de um direito, não deixe por isso de qualificar-se, desta feita em sentido impróprio, como uma defesa por exceção perentória de direito material, também ela de natureza extintiva. Sê-lo-á apenas em sentido impróprio porque a sua eficácia é independente da invocação pelo respetivo beneficiário⁽³³⁾. Não corresponde, assim, apenas a um meio de defesa. Ambas ocasionam, quando invocadas em juízo por quem de direito, uma absolvição do pedido, embora funcionem indistintamente em contexto, quer judicial, quer extrajudicial.

A doutrina divide-se quanto à questão de saber se a prescrição extingue as situações jurídicas sobre as quais opera ou, distintamente, se se limita a modificá-las, designadamente, transformando as obrigações civis em obrigações naturais⁽³⁴⁾. A divergência não parece, no entanto, ter consequências práticas, de regime. Para quem entenda que as obrigações não têm a natureza de verdadeiras obrigações, a prescrição conta-se entre as causas de extinção das obrigações. Mas podemos antes falar na modificação das obrigações por efeito da prescrição, já que, até porque a prescrição precisa de ser invocada, nada sucede se e enquanto não o for, estando vedado a quem poderia invocá-la e não o fez na altura própria socorrer-se, por exemplo, do instituto do enriquecimento sem causa

(32) Art. 333.º, n.º 1 do Código Civil. Só assim não será se estiver em causa matéria não excluída da disponibilidade das partes, caso em que se aplicará à caducidade o disposto no art. 303.º do Código Civil, *ex vi* art. 333.º, n.º 2, também do Código Civil.

(33) MORAIS ANTUNES, A. F., *cit. supra*, n. 26, p. 37.

(34) Defendem o efeito extintivo da prescrição MOTA PINTO, C., *et al.*, *Teoria geral do direito civil*, 4.ª ed., Coimbra Editora, 2005, pp. 373-374; ALMEIDA COSTA, M. J., *Direito das obrigações*, 12.ª ed., Almedina, 2009, p. 1121; CARVALHO FERNANDES, L., *Teoria geral do direito civil*, Vol. II, 4.ª ed., Universidade Católica, 2007, pp. 687-689; MENEZES LEITÃO, L., *Direito das obrigações*, Vol. II, 6.ª ed., Almedina, 2008, p. 109; e MORAIS ANTUNES, A. F., *cit. supra*, n. 26, p. 36. Contra, cf. MENEZES CORDEIRO, A., “Da caducidade no direito português”, in *Estudos em memória do Professor Doutor José Dias Marques*, Almedina, 2007, pp. 7-30, a p. 29; e *idem*, *Tratado de direito civil português*, Vol. I, Tomo IV, Almedina, 2007, p. 172; CUNHA DE SÁ, F., *cit. supra*, n. 27, pp. 174 e 246; e ainda PAIS DE VASCONCELOS, P., *cit. supra*, n. 24, p. 381. Este último autor opõe-se, no entanto, à tese de que a prescrição transformaria as obrigações civis em obrigações naturais, defendendo que são distintas, na essência e no fundamento, as obrigações naturais e as obrigações prescritas.

para contrariar, *a posteriori*, eventuais atos de cumprimento de obrigações prescritas⁽³⁵⁾.

O que se disse aplica-se à prescrição comum, não às prescrições presuntivas. Estas últimas fundam-se na presunção de cumprimento⁽³⁶⁾. É uma presunção que pode ser ilidida⁽³⁷⁾. É uma regra de ónus da prova, que determina a sua inversão. Apenas dispensa a prova, mas não a alegação do cumprimento. Não se relaciona com o tema em apreço.

b. Causas de suspensão e interrupção dos prazos

A suspensão de um prazo faz com que este não comece a correr, ou que deixe de correr, para em seguida, no momento em que cessa a causa de suspensão, se iniciar ou retomar a sua contagem no exato ponto em que estava quando se deu a suspensão. Já a interrupção, quando opera, inutiliza todo o prazo já decorrido, devendo reiniciar-se a sua contagem quando cessa a sua causa. Bem se vê que a interrupção é um efeito mais drástico do que a suspensão, sendo esta, em regra, de maior interesse para as partes que pretendam resolver um litígio fora dos tribunais. E, no entanto, o nosso ordenamento é, em regra, avesso a tais pretensões.

As causas de suspensão dos prazos de prescrição constam dos arts. 318.º e seguintes do Código Civil. Na sua maioria, trata-se de causas suspensivas do curso da prescrição: de causas que determinam que os prazos de prescrição não comecem nem corram⁽³⁸⁾. Mas também há causas suspensivas do termo da prescrição: causas que apenas impedem que se completem os prazos de prescrição⁽³⁹⁾. Nenhuma delas confere qualquer apoio a quem pretenda «comprar» algum tempo para negociar um acordo extrajudicial.

⁽³⁵⁾ Art. 304.º, n.º 2, do Código Civil.

⁽³⁶⁾ Art. 312.º do Código Civil.

⁽³⁷⁾ Art. 313.º do Código Civil.

⁽³⁸⁾ Arts. 318.º a 320.º do Código Civil.

⁽³⁹⁾ Arts. 321.º e 322.º do Código Civil. Sobre a distinção, cf. ANDRADE, M. DE, *Teoria geral da relação jurídica*, Vol. II, Almedina, 1960, pp. 455-456.

O mesmo se diga quanto às causas de interrupção dos prazos de prescrição, que constam dos arts. 323.º e seguintes do Código Civil. Em abstrato, a figura da interrupção apresenta-se menos atrativa, neste contexto, já que o que se quer, tipicamente, quando se entra em negociações conducentes a uma transação extrajudicial, é paralisar o tempo, no exato ponto em que se está, não conferindo nem retirando quaisquer direitos às partes em litígio.

Os prazos de caducidade não se suspendem nem se interrompem a não ser nos casos em que a lei o determine. Esta conclusão resulta do disposto no art. 328.º do Código Civil⁽⁴⁰⁾. A proibição é mitigada pela permissão legal de estabelecimento de casos especiais de caducidade convencional, bem como de modificação do regime legal da caducidade ou de renúncia à caducidade⁽⁴¹⁾. Essa faculdade “não pode, no entanto, ser invocada como suporte normativo de uma pretensa autorização para introduzir, por acordo, causas de suspensão do prazo legal de caducidade”⁽⁴²⁾.

O regime da prescrição é de ordem pública, sendo, nessa medida, absolutamente inderrogável, e sendo nulos, por conseguinte, os negócios que se arroguem modificá-lo⁽⁴³⁾. Ainda que se invoque a permissão legal das chamadas caducidades convencionais, importa que estas não prejudiquem o funcionamento do regime da prescrição: “se a lei não permitir que convencionalmente se reduza o prazo da prescrição, não pode também permitir que convencionalmente se estabeleçam prazos de caducidade, com o que o direito poderia vir a extinguir-se antes de prescrito”⁽⁴⁴⁾. É a esta luz que deverá ser interpretado o disposto no art. 330.º do Código Civil.

(40) Cf. MORAIS ANTUNES, A. F., “Algumas questões sobre prescrição e caducidade”, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Vol. III, Coimbra Editora, 2011, pp. 35-72, a pp. 61-69.

(41) Art. 330.º, n.º 1, do Código Civil.

(42) MORAIS ANTUNES, A. F., *cit. supra*, n. 26, p. 63.

(43) Art. 300.º do Código Civil.

(44) VAZ SERRA, A., *cit. supra*, n. 15, no n.º 105, p. 128.

c. A invalidade dos acordos de *standstill*

Em vista do exposto, necessário será concluir que são nulos, por contrariarem disposições legais injuntivas, os acordos em que as partes se arroguem estipular a suspensão dos prazos, quer de caducidade, quer de prescrição. Semelhantes acordos, mais conhecidos pela designação inglesa de *standstill agreements*, atualmente muito em voga noutros ordenamentos jurídicos, e que poderíamos transpor para a língua portuguesa com a expressão “acordos de paralisação”, são — ou eram — entre nós completamente inacessíveis às partes que pretendessem enveredar pela via negocial de resolução de litígios⁽⁴⁵⁾.

Se o prazo for de prescrição, a nulidade é consequência expressamente consagrada no art. 300.º do Código Civil. Estando em causa prazos de caducidade, operar-se-ia uma violação do disposto no art. 328.º do Código Civil. Embora este não comine de forma expressa a sua violação com a nulidade, essa é a consequência que se retira de uma interpretação conjugada do disposto neste preceito com a regra geral do art. 280.º, n.º 1, do Código Civil.

⁽⁴⁵⁾ Cf. a recente decisão do *Court of Appeal* inglês em *Mortgage Express v. Countrywide Surveyors Limited* [2015] EWCA Civ 1110. Até então, não obstante a crescente popularidade dos acordos de *standstill*, pareciam subsistir algumas dúvidas sobre a sua eficácia. Cf. HIRST, T., “Standstill agreements: can the limitation act really be suspended?”, in *Personal Injury Law Journal: June 2014*. Sobre os acordos de *standstill* em contexto de mediação de conflitos, cf. QUECEDO AVILÉS, A., “Los remedios para evitar el pleito: la mediación en Inglaterra y Gales”, in *Revista del Club Espanol del Arbitraje*, n.º 16 (2013), pp. 67-77, a p. 71; e FRIEL, S., e TOMS, C., “The European Mediation Directive — legal and political support for alternative dispute resolution in Europe”, in *Bloomberg Law Reports — Alternative Dispute Resolution*, n.º 2 (2011), p. 4.

3. O recurso à mediação e o seu efeito suspensivo dos prazos de caducidade e prescrição

a. A convenção de mediação: seus efeitos jurídicos

A Lei da Mediação admite, no n.º 1 do art. 12.º, a celebração de convenções de mediação, ou seja, a vinculação de dois ou mais sujeitos a submeterem os litígios emergentes de uma relação contratual, atuais ou eventuais, a um procedimento de mediação⁽⁴⁶⁾. Estas podem ser simples ou vir associadas a uma convenção de arbitragem, como seu antecedente. A lei estabelece uma exigência de forma *ad substantiam*: a convenção deve adotar a forma escrita, sob pena de nulidade⁽⁴⁷⁾.

Existindo convenção de mediação, se uma das partes intentar contra a outra uma ação relativa a questão por ela abrangida num tribunal, seja ele judicial ou arbitral, deve o tribunal, não oficiosamente mas a requerimento do réu, suspender a instância e remeter o processo para mediação: n.º 4 do art. 12.º da Lei da Mediação. Anteriormente, salvo nos casos de acordo das partes, a suspensão da instância era referida como uma possibilidade, e não um dever do tribunal, no n.º 1 do art. 279.º-A do anterior Código de Processo Civil. Em qualquer dos casos, a consequência é processualmente distinta da que se aplica à violação de uma convenção de arbitragem, que, quando invocada, configura uma exceção dilatória que determina a absolvição da instância⁽⁴⁸⁾.

Muito embora a lei reconheça a vinculatividade da convenção de mediação, há que concatená-la com o princípio da voluntariedade: não obstante a sua vinculação à mediação, as partes mantêm o direito de, a todo o momento, conjunta ou unilateralmente, revo-

⁽⁴⁶⁾ Embora o preceito apenas se refira aos eventuais, a convenção também é necessária quando estes sejam já atuais (art. 4.º, n.º 1, da Lei da Mediação). Nesse sentido, FERREIRA DE ALMEIDA, C., *cit. supra*, n. 10, p. 24.

⁽⁴⁷⁾ Art. 12.º, n.ºs 2 e 3, da Lei da Mediação. Sobre os efeitos de uma convenção de mediação, cf. FRANÇA GOUVEIA, M., *cit. supra*, n. 1, pp. 78-83.

⁽⁴⁸⁾ Art. 5.º, n.º 1, da Lei da Arbitragem Voluntária aprovada pelo Decreto-Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro.

garem o seu consentimento à participação no referido procedimento, conforme dispõe o art. 4.º, n.º 2, da Lei da Mediação.

O princípio funda-se na essencialidade da contribuição das partes para o sucesso da mediação⁽⁴⁹⁾, pressupondo que, ainda que a isso se hajam obrigado, de pouco ou nada serviria forçá-las a participarem de má vontade num processo de mediação, sendo preferível que, em cada momento, se sintam livres para nem sequer o iniciarem ou fazerem-no cessar. Associada a essa liberdade virá, espera-se, o seu comprometimento, se não com a resolução do litígio, pelo menos com o procedimento para a alcançarem, na certeza de que, se e enquanto este durar, será porque as partes — todas elas — nele participam de boa e livre vontade.

Sem prejuízo das enormes diferenças que separam os institutos, a eficácia — assumidamente fraca — desta vinculação aproxima-se, até certo ponto, da que a lei atribui a uma promessa de casamento⁽⁵⁰⁾. Esse será um caso ainda mais extremo. Compreende-se que assim seja, em virtude da absoluta necessidade, no contexto de uma promessa de casamento, e da razoabilidade, no contexto da mediação, de dar a primazia, neste domínio, ao princípio da voluntariedade. Ao fazê-lo, simultaneamente, dá-se também a primazia à substância sobre a forma, rejeitando-se uma ideia de subordinação imperativa de quem não crê, honestamente, na viabilidade de um acordo à prática de toda uma sucessão de atos vazios de significado. A *ratio* é aqui similar à da proibição da prática de atos inúteis em contexto judicial⁽⁵¹⁾.

Significa isto que, não obstante a sua vinculação a uma convenção de mediação, será lícita a conduta de uma parte que, quando a isso instada, se recuse a dar início ao respetivo procedimento. É um ato cuja licitude a lei expressamente ressalva: “as partes podem, em qualquer momento, conjunta ou unilateralmente, revogar o seu consentimento”⁽⁵²⁾. A recusa em participar tão-pouco consubstancia uma violação do dever das partes de cooperarem

(49) Cf. FRANÇA GOUVEIA, M., *cit. supra*, n. 1, p. 70.

(50) Cf. o art. 1591.º do Código Civil.

(51) Art. 130.º do Código de Processo Civil.

(52) Art. 4.º, n.º 2, da Lei da Mediação.

entre si, e com o tribunal, para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio⁽⁵³⁾. Não obstante, essa recusa pode gerar uma “obrigação de indemnizar os prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte”. O princípio da boa-fé, na vertente de tutela da confiança, parece impor a aplicação, a este caso, por identidade de razões, do estatuído no n.º 2 do art. 81.º do Código Civil⁽⁵⁴⁾.

Interessa ainda analisar o impacto de semelhante recusa num subsequente procedimento judicial ou, mais frequentemente, arbitral, quando as partes hajam feito depender o recurso aos tribunais da sua prévia sujeição a um procedimento de mediação⁽⁵⁵⁾.

A parte contrária à que pretende dar início ao procedimento arbitral nunca poderia pôr em causa o direito desta última de dar início a um procedimento arbitral simplesmente por se recusar a participar no procedimento de mediação. Está em causa, diferentemente, saber se estas ou outras cláusulas a que as partes previamente se vinculem poderão ser interpretadas e aplicadas com o sentido de impedirem por completo a parte que pretenda tomar a iniciativa de desencadear o procedimento arbitral de o fazer sem antes trilhar, pelo menos até certo ponto, a via sacra da mediação.

A doutrina e a jurisprudência internacionais tendem a admitir que as cláusulas vinculam as partes, não devendo ser completamente desconsideradas, mas sem exageros. Há quem sublinhe a futilidade de se impor a mediação apenas para cumprir uma formalidade nos casos em que a inviabilidade da via negocial seja evidente, pelo menos para as próprias partes⁽⁵⁶⁾, e quem entenda que não serão estas as melhores avaliadoras das perspectivas de sucesso

(53) Art. 4.º, n.º 3, da Lei da Mediação. A remissão é para o art. 7.º do Código de Processo Civil.

(54) Compare-se com o disposto no art. 1594.º do Código Civil (indenização em caso de incumprimento de uma promessa de casamento).

(55) Atente-se, por exemplo, nas cláusulas recomendadas pelo Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa (disponíveis em <www.centrodearbitragem.pt>). Será esse o seu sentido? A sua interpretação não é isenta de dúvidas.

(56) Cf., por exemplo, a seguinte decisão do Tribunal do Comércio inglês: *Cable & Wireless Plc (C&W) v. IBM United Kingdom Ltd* [2002] 2 All E.R. (Comm.) 1041, a p. 1054.

de um procedimento de mediação, sendo cada vez mais comuns os casos de quem neles entre com ceticismo e só a meio a eles se converte⁽⁵⁷⁾.

Defende-se uma interpretação benevolente de tais exigências, em atenção não apenas ao princípio da voluntariedade, como também, e desde logo, naturalmente, ao princípio do acesso a uma tutela jurisdicional efetiva⁽⁵⁸⁾. Entende-se, pois, que, para se concluir pela existência de um procedimento de mediação, embora malogrado, afigura-se suficiente que, em resposta à comunicação de uma parte manifestando a intenção de dar início a um procedimento de mediação, a outra parte responda enunciando os motivos pelos quais, credivelmente, entende que a mediação não deve prosseguir.

Partindo de alguma das partes em litígio a iniciativa de dar início ao procedimento judicial ou arbitral, e sendo invocada pela outra parte a exceção de violação de uma convenção de mediação, pelo menos entre nós, como se viu, o tribunal, seja ele arbitral ou judicial, deverá suspender a instância e remeter o processo para mediação, assim se reconhecendo e fazendo valer a força vinculativa desta convenção de mediação⁽⁵⁹⁾. No entanto, a parte que deu início à mediação deve poder recusar-se a colaborar no procedimento de mediação, pondo-lhe termo imediato na sua primeira e única intervenção, bem como à suspensão do procedimento arbitral ou judicial, limitando-se nesta intervenção a manifestar a sua recusa — fundamentada — de se sujeitar a um procedimento de mediação⁽⁶⁰⁾.

Note-se que, quando as partes se sujeitam a tais procedimentos sem neles se empenharem, serão muitas vezes acusadas, porventura

⁽⁵⁷⁾ Cf., nesse sentido, BERGER, K. P., “Law and practice in escalation clauses”, in *Arbitration International*, n.º 22 (2006), pp. 3-26, a p. 15.

⁽⁵⁸⁾ Art. 20.º CRP. Cf. ainda, como lugar paralelo, o disposto no art. 5.º, n.º 2, da Diretiva da Mediação (que admite a imposição, pelas legislações nacionais, de um dever de recurso a mediação, ou a sua sujeição a incentivos ou sanções, quer antes, quer depois do início do processo judicial, desde que a obrigatoriedade da mediação “não impeça as partes de exercerem o seu direito de acesso ao sistema judicial”).

⁽⁵⁹⁾ Art. 12.º, n.º 4, da Lei da Mediação.

⁽⁶⁰⁾ Impõe-no o disposto no art. 4.º, n.º 2, da Lei da Mediação. Cf., em sentido não dissimilar, BERGER, K. P., *cit. supra*, n. 57, pp. 10-15.

com razão, de o terem feito apenas formalmente, com reserva mental e enquanto tal, naturalmente, em violação do princípio da boa-fé. E esta é, ademais, uma acusação de verificabilidade muito delicada, atendendo ao princípio da confidencialidade, de que decorre a regra segundo a qual, salvo em determinadas situações, muito limitadas, “o conteúdo das sessões de mediação não pode ser valorado em tribunal ou em sede de arbitragem”⁽⁶¹⁾. É igualmente o princípio da boa-fé que, ao pugnar pela primazia da materialidade subjacente, impede o intérprete de chegar à conclusão de que o sistema empurraria as partes para um procedimento de mediação mesmo quando alguma delas não acredite na sua viabilidade.

A recusa de observância de uma convenção de mediação também tem reflexos processuais, designadamente, em matéria de suportação de custas de parte: “[o] autor que, podendo recorrer a estruturas de resolução alternativa de litígios, opte pelo recurso ao processo judicial, suporta as suas custas de parte independentemente do resultado da ação, salvo quando a parte contrária tenha inviabilizado a utilização desse meio de resolução alternativa do litígio”⁽⁶²⁾.

b. O regime jurídico do art. 13.º da Lei da Mediação

Dando cumprimento ao disposto no art. 8.º, n.º 1, da Diretiva da Mediação, segundo o qual “[o]s Estados-Membros devem assegurar que as partes que optarem pela mediação numa tentativa de resolver um litígio não fiquem impedidas de, posteriormente, instaurarem um processo judicial ou iniciarem um processo de arbitragem relativo a esse litígio por terem expirado os prazos de pres-

⁽⁶¹⁾ Art. 5.º, n.º 4, da Lei da Mediação. Cf., neste sentido, FLANNERY, L., e MERKIN, R., “Emirates Trading, good faith, and pre-arbitral ADR clauses: a jurisdictional precondition?”, in *Arbitration International*, n.º 31 (2015), pp. 63-106, <doi:10.1093/arbint/aiv005>, a pp. 103-104.

⁽⁶²⁾ Art. 533.º, n.º 4, do Código de Processo Civil. Esta norma ainda não entrou materialmente em vigor, porquanto a sua vigência depende da aprovação, e entrada em vigor, da portaria que identificará as referidas estruturas de resolução alternativa de litígios, que até à data ainda não existe (n.º 5).

crição ou de caducidade durante o processo de mediação”, o art. 13.º, n.º 2, da Lei da Mediação determina que “[o] recurso à mediação suspende os prazos de caducidade e prescrição”⁽⁶³⁾. Está em causa o recurso à mediação de litígios em matéria civil e comercial realizada em Portugal, ao abrigo da Lei da Mediação, ou noutro Estado-Membro da União Europeia, “desde que os mesmos respeitem os princípios e as normas do ordenamento jurídico desse Estado”⁽⁶⁴⁾.

Determina a lei que os prazos se suspendem a partir da data de assinatura do protocolo de mediação, quando as partes recorrem a mediação privada, ou a partir da data em que as partes tenham manifestado o acordo à realização da mediação, nos sistemas públicos de mediação⁽⁶⁵⁾.

O protocolo de mediação celebra-se em regra no final da sessão de pré-mediação, reunião preliminar entre as partes e o mediador de conflitos, correspondendo a algo de próximo de “uma ata de instalação de um tribunal arbitral, tendo como função essencial marcar o início do processo e o compromisso das partes com a sua realização e termos”⁽⁶⁶⁾. Nos sistemas públicos de mediação a referência é, mais genericamente, à última manifestação de acordo das partes⁽⁶⁷⁾.

Em bom rigor, seria de esperar o estabelecimento, como referência, da data de produção de efeitos, respetivamente, do protocolo ou da última manifestação de acordo, sendo menos relevante o conhecimento da data de assinatura, se diversa daquela. Deverá entender-se que, ainda que as respetivas partes subordinem o protocolo de mediação a uma data de produção de efeitos distinta da data de assinatura, em virtude da estipulação de uma condição suspensiva ou de qualquer outro motivo legalmente admissível, os prazos

⁽⁶³⁾ Cf. ainda o art. 7.º do Regulamento de Mediação do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara do Comércio e Indústria Portuguesa.

⁽⁶⁴⁾ Arts. 10.º, n.º 1, e 15.º da Lei da Mediação.

⁽⁶⁵⁾ Art. 13.º, n.º 2, da Lei da Mediação.

⁽⁶⁶⁾ FRANÇA GOUVEIA, M., *cit. supra*, n. 1, p. 73. Cf. o art. 16.º da Lei da Mediação.

⁽⁶⁷⁾ O n.º 2 do art. 249.º-A do Código de Processo Civil determinava a suspensão “a partir da data em que for solicitada a intervenção de um mediador”. Cf. ainda o art. 3.º da Portaria n.º 203/2011, de 20 de maio.

de caducidade e de prescrição se consideram desde logo suspensos, em razão da necessidade de tutelar a confiança das partes.

A data de assinatura poderia não relevar no caso de as partes subordinarem a eficácia do seu protocolo de mediação à prática de algum outro ato, por qualquer delas ou por terceiro, caso em que, literalmente, o intérprete poderia ser levado a apontar esse como o ato relevante para aferir o momento da suspensão dos prazos, atento o disposto no n.º 4 do art. 13.º da Lei da Mediação. Mas não parece ser essa a interpretação mais correta do preceito, devendo antes entender-se que, em todos os casos, releva como data de início da suspensão a data de assinatura do protocolo de mediação, nas situações de mediação privada, e a data da última manifestação de acordo das partes, nos sistemas públicos de mediação.

Note-se que estamos perante uma causa suspensiva do curso da prescrição, e não uma causa suspensiva do termo da prescrição⁽⁶⁸⁾. Embora a lei não o refira de forma muito clara e direta, deve entender-se que assim é, na medida em que, se a lei não restringe o efeito suspensivo à parte final dos prazos de caducidade ou de prescrição, será porque a suspensão pode ter lugar em qualquer momento do seu curso, impedindo os prazos de começarem ou de correrem. Para essa conclusão aponta também o uso do verbo “retomar” nos n.ºs 3 e 5 do art. 13.º da Lei da Mediação.

Esta será ainda uma causa bilateral de suspensão, porquanto assenta na relação entre as respetivas partes, que assentiram em dar início a um procedimento de mediação de conflitos para resolverem o seu diferendo. É uma característica que a aproxima das causas tipificadas no art. 318.º do Código Civil.

A contagem dos prazos retoma com a conclusão do procedimento de mediação, quer em virtude de decisão de qualquer das partes ou do mediador de lhe pôr fim, quando o seu propósito se fruste, entenda-se, quer pelo esgotamento do seu prazo máximo de duração⁽⁶⁹⁾. A estes casos de retoma da contagem dos prazos deverá somar-se o caso de o protocolo não chegar a produzir efeitos, por não verificação da condição suspensiva ou por qualquer

(68) Sobre a distinção, cf. *supra* o texto junto à n. 38.

(69) Art. 13.º, n.º 3, da Lei da Mediação.

outro motivo legalmente admissível. O momento da suspensão dos prazos e o da sua retoma deverão reportar-se ao da prática, respetivamente, dos atos que iniciam ou concluem o procedimento de mediação, salvo nos casos em que este se conclui em virtude do esgotamento do prazo máximo de duração do procedimento de mediação pela simples passagem do tempo⁽⁷⁰⁾. Cabe ao mediador, se privado, ou à entidade gestora do sistema público de mediação, emitir comprovativo de suspensão dos prazos, incluindo as datas de início e de fim da suspensão⁽⁷¹⁾.

A eventual suspensão do procedimento de mediação não prejudica a suspensão dos prazos de caducidade ou de prescrição, que deverá perdurar até à conclusão do procedimento de mediação⁽⁷²⁾.

- c. O disposto no art. 7.º do Regulamento de Mediação do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara do Comércio e Indústria Portuguesa

O Centro de Arbitragem Comercial da Câmara do Comércio e Indústria Portuguesa dispõe do seu próprio Regulamento de Mediação⁽⁷³⁾. Este, no art. 7.º, esclarece que a suspensão dos prazos de caducidade e prescrição ocorre na data “da apresentação do requerimento de mediação, havendo convenção de mediação”; e “da assinatura do protocolo de mediação, não havendo convenção de mediação”.

Surge a dúvida sobre se, dispondo a lei que o que conta é a data de assinatura do protocolo de mediação, e ocorrendo esta em momento posterior ao da apresentação do requerimento de mediação⁽⁷⁴⁾, poderia este Centro derrogar a regra legal, antecipando a

⁽⁷⁰⁾ Art. 13.º, n.º 4, da Lei da Mediação.

⁽⁷¹⁾ Art. 13.º, n.ºs 5 e 6, da Lei da Mediação.

⁽⁷²⁾ Art. 22.º, n.º 2, da Lei da Mediação.

⁽⁷³⁾ Disponível em <www.centrodearbitragem.pt>. Não há, no documento consultado, qualquer referência à data de aprovação ou de entrada em vigor deste Regulamento, embora se saiba que a versão consultada pela última vez em junho de 2017 terá sido elaborada já durante a vigência da Lei da Mediação.

⁽⁷⁴⁾ Arts. 8.º e 17.º do Regulamento.

suspensão dos prazos para a data de apresentação do requerimento de mediação.

Em abstrato, pareceria justificar-se o não fazer depender a suspensão dos prazos da prática de um outro ato que, esse sim, já exige a cooperação de todas as partes: a celebração do protocolo de mediação, que é algo que apenas tem lugar depois de um primeiro contacto do mediador com as partes e o agendamento de uma primeira sessão, meramente informativa, devendo então as partes celebrar o protocolo se estiverem de acordo quanto ao prosseguimento da mediação⁽⁷⁵⁾. Isto porque, se as partes estiverem já muito em cima do final dos prazos de caducidade ou de prescrição, a parte mais renitente poderia agir de modo a protelar a celebração do protocolo pelo tempo suficiente para deixar esgotar os prazos, violando os ditames do princípio da boa-fé, e assim inviabilizando as negociações amigáveis.

Entendo que também deverá interpretar-se o disposto quanto à suspensão dos prazos de caducidade e de prescrição à luz do princípio da voluntariedade da mediação, concluindo-se que a *ratio* do regime, ao fazer depender o início da suspensão, na mediação privada, da celebração do protocolo de mediação, terá sido a de exigir uma renovação da manifestação de acordo de todas as partes, mesmo nos casos em que exista convenção de mediação, renovação sem a qual o efeito suspensivo não chega a verificar-se.

Concluo, por conseguinte, pela inadmissibilidade do disposto na alínea *a*) do art. 7.º do Regulamento de Mediação do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara do Comércio e Indústria Portuguesa (que pretendia antecipar a data a partir da qual os prazos se suspendem para a de apresentação do requerimento de mediação, nos casos em que já exista convenção de mediação).

Será de aplicar, também aos procedimentos de mediação que decorram ao abrigo deste Regulamento, apenas o disposto no art. 13.º da Lei da Mediação. Resulta deste preceito que, independentemente da prévia vinculação das partes a uma convenção de mediação, a data de suspensão dos prazos de caducidade ou de

(75) Art. 16.º da Lei da Mediação. Cf. FRANÇA GOUVEIA, M., *cit. supra*, n. 1, p. 73.

prescrição será a de assinatura do protocolo de mediação (que é posterior à data da apresentação do requerimento de mediação).

d. Vantagem: uma aproximação aos acordos de standstill

Como se disse acima, em abstrato, a figura da interrupção dos prazos de caducidade e de prescrição apresenta-se menos atrativa para as partes em situação de litígio ou de pré-litígio, ao determinar a inutilização dos prazos decorridos até ao momento em que opera, já que o que se quer, tipicamente, quando se entra em negociações conducentes a uma transação extrajudicial, é paralisar o tempo, no ponto em que se está, não criando nem retirando às partes quaisquer direitos. Quer-se uma espécie de *timeout* jurídico, um tempo fora do tempo, em que sejam livres de conversar e, porventura, resolver os seus problemas a bem, assim evitando um litígio judicial. Ora isso obtém-se com a suspensão dos prazos de caducidade e de prescrição, e não com a sua interrupção, que é o efeito que se produz quando uma das partes, preocupada com o correr do tempo, decide intentar uma ação judicial ou arbitral, ou, ainda que não o faça, quando promove uma notificação judicial avulsa⁽⁷⁶⁾. A possibilidade de obviar ao decurso dos prazos por via da produção de um documento que sirva de título executivo também não costuma estar ao dispor das partes quando estas já se encontrem em situação de litígio ou de pré-litígio, porquanto esse passo iria desequilibrar os pratos da balança a favor de uma das partes e em detrimento da outra⁽⁷⁷⁾.

Objetivo central a um acordo de paralisação ou de suspensão dos prazos, que o nosso ordenamento jurídico não permite, é o efeito de congelamento do *status quo*: com a sua vinculação a um acordo de

⁽⁷⁶⁾ Cf. os arts. 323.º e 324.º do Código Civil.

⁽⁷⁷⁾ As espécies de títulos executivos constam atualmente do art. 703.º do Código de Processo Civil. Quando sujeitos a prazos prescricionais mais curtos, os direitos e outras situações passam a beneficiar do prazo ordinário de 20 anos se sobrevier sentença transitada em julgado ou outro título executivo que os reconheça (art. 311.º, n.º 1, do Código Civil). Ainda que o documento em causa não configure título executivo, o simples reconhecimento do direito é também, por si só, causa de interrupção da prescrição (art. 325.º do Código Civil).

standstill, não renasce nenhum direito ou outra situação que já tenha prescrito ou caducado na data de produção de efeitos desse acordo, tão-pouco se modificando os que ainda subsistem, a não ser no que concerne aos respetivos prazos de caducidade ou de prescrição. Muitas vezes pode existir desacordo entre as partes, inclusivamente, quanto à duração e/ou contagem dos prazos em causa, sustentando uma das partes, por exemplo, que a pretensão da outra já prescreveu, e negando-o esta. Ora a celebração de um acordo de *standstill* não implica, sequer, que as partes estejam de acordo quanto à duração e/ou contagem dos prazos de caducidade ou prescrição, pois, tipicamente, as partes limitam-se a estipular o efeito congelante do seu acordo, produzindo-se este em relação aos direitos e outras situações ainda não afetados, à data relevante, pela caducidade ou prescrição, quaisquer que sejam, remetendo-se para mais tarde a discussão sobre quais eram, efetivamente, tais situações, se necessário, na eventualidade de as partes não resolverem a bem o seu conflito⁽⁷⁸⁾.

Muito menos se exige às partes que reconheçam as pretensões uma da outra. De resto, o reconhecimento de um direito daria azo à interrupção do respetivo prazo de prescrição, e não à sua suspensão⁽⁷⁹⁾.

Da análise do regime de suspensão dos prazos de caducidade e de prescrição constante do art. 13.º da Lei da Mediação resulta que, atualmente, este representa uma boa opção, quiçá a única, ao dispor das partes que queiram paralisar tais prazos com vista à negociação de uma transação extrajudicial que ponha fim ao seu diferendo. O mesmo é dizer que se conclui que, neste momento, o nosso ordenamento já admite a celebração de acordos de *standstill*, ainda que o efeito de *standstill* decorra, não diretamente das estipulações das partes, mas apenas, indiretamente, da sua sujeição a um procedimento de mediação.

⁽⁷⁸⁾ Embora não haja acordo na doutrina quanto à eficácia de semelhante acordo. Para HIRST, T., *cit. supra*, n. 45, a eficácia de um acordo de *standstill* pressupõe uma clara admissão de responsabilidade pelo titular passivo da relação, sem a qual o autor duvida que os tribunais ingleses aceitassem o efeito suspensivo dos prazos de prescrição, reduzindo-se os efeitos de tais acordos a uma promessa de não invocação da prescrição.

⁽⁷⁹⁾ Art. 325.º do Código Civil.

e. O consentimento esclarecido das partes

O efeito suspensivo dos prazos de caducidade e de prescrição produz-se automaticamente, por efeito da lei, não cabendo às partes pronunciar-se sobre o assunto, visto a lei não lhes reconhecer qualquer possibilidade de introduzirem alterações ao regime em vigor, individualmente ou por acordo, na eventualidade de pretenderem recorrer à mediação sem com isso darem azo a uma suspensão dos prazos de caducidade ou de prescrição relevantes.

Uma vez que assim é, há que levantar a hipótese de as partes se sujeitarem a um procedimento de mediação ignorando o respetivo efeito suspensivo, sendo mais tarde uma delas surpreendida com o sucesso de uma posterior investida judicial da sua contraparte, em momento em que já contava poder invocar a exceção de caducidade ou de prescrição do direito em causa. Quando assim seja, valerá entre as partes a regra geral segundo a qual a ignorância da lei não serve de argumento para contrariar a sua aplicação, consagrada no art. 6.º do Código Civil.

Esta solução encontra algum apoio na lei, embora indireto, na parte em que veda a possibilidade de repetição de prestação feita em cumprimento de obrigação prescrita com ignorância da prescrição, que será a situação inversa à que ora nos ocupa⁽⁸⁰⁾.

Não se exige, por conseguinte, o “consentimento esclarecido” das partes, sendo suficiente, para a produção do efeito suspensivo, a obtenção do seu acordo quanto à participação num procedimento de mediação.

Todavia, muito embora o efeito suspensivo se produza com ou sem a consciência das partes, a ignorância destas não será desprovida de consequências. Entre os deveres do mediador de conflitos há o de “obter o consentimento esclarecido dos mediados para intervir neste procedimento”⁽⁸¹⁾, após o esclarecimento das partes “sobre a natureza, finalidade, princípios fundamentais e fases do procedimento de mediação, bem como sobre as regras a obser-

⁽⁸⁰⁾ Art. 304.º, n.º 2, do Código Civil.

⁽⁸¹⁾ Art. 26.º, al. c), da Lei da Mediação.

var”⁽⁸²⁾. A necessidade de obtenção do “consentimento esclarecido e informado” dos mediados é uma emanção direta do princípio da voluntariedade, encontrando consagração expressa no n.º 1 do art. 4.º da Lei da Mediação.

A violação destes deveres é suscetível de gerar na esfera do mediador uma obrigação de indemnizar a parte prejudicada com o efeito suspensivo, nos termos gerais de direito⁽⁸³⁾. Atendendo ao contexto em que ocorre a violação do dever de esclarecimento, dir-se-á que o regime a aplicar será o da responsabilidade civil por *culpa in contrahendo*⁽⁸⁴⁾.

f. Efeitos perante terceiros

Quando nem todas as partes em litígios participem num procedimento de mediação, ou quando participam as partes diretamente interessadas mas o litígio se projeta na esfera de terceiros, surge a questão de saber em que medida a suspensão dos prazos de caducidade e de prescrição é oponível a, ou invocável por terceiros — por exemplo, um credor ou devedor solidário ou um terceiro garante de uma das partes em litígio.

Em regra, a eficácia da suspensão é limitada “às pessoas em quem se produz a causa suspensiva”⁽⁸⁵⁾. Tanto assim é que, na solidariedade passiva, por efeito de uma suspensão, ou mesmo de uma interrupção, pode uma obrigação prescrever em momentos diferentes para cada um dos condevedores⁽⁸⁶⁾. No entanto, não obstante a eficácia da prescrição na relação entre o credor e cada um dos condevedores, enquanto decorrer o prazo de prescrição relativamente a algum deles, a exceção de prescrição só pode ser invocada pelos restantes contra o credor, mas já não, em ação de regresso, contra o

(82) Art. 26.º, al. a), da Lei da Mediação.

(83) Art. 8.º, n.º 2, da Lei da Mediação.

(84) Art. 227.º do Código Civil. Será ainda de ter em conta o disposto no art. 485.º, n.º 2, do Código Civil.

(85) VAZ SERRA, A., *cit. supra*, n. 15, no n.º 106, p. 183. Sobre o tema, cf. pp. 183-185.

(86) Art. 521.º, n.º 1, do Código Civil.

devedor que haja satisfeito o direito do credor além da parte que lhe competia. A exceção de prescrição só é invocável entre condevedores quando um deles houver cumprido uma obrigação já prescrita sem invocar a prescrição⁽⁸⁷⁾.

Na solidariedade ativa, embora o devedor possa opor a cada um dos credores a prescrição do crédito na parte relativa aos restantes credores, a renúncia que um devedor faça à prescrição em benefício de um dos credores não produz efeitos relativamente aos restantes⁽⁸⁸⁾.

Encontramos uma separabilidade equivalente entre os diversos feixes relacionais existentes no regime da fiança: nem a suspensão ou interrupção da prescrição relativamente ao devedor produz efeitos contra o fiador, nem a suspensão ou interrupção da prescrição relativamente ao fiador produz efeitos contra o devedor⁽⁸⁹⁾. O mesmo se diga quanto à renúncia à prescrição⁽⁹⁰⁾.

Em vista do exposto, conclui-se que o efeito suspensivo dos prazos de prescrição decorrente da participação num procedimento de mediação apenas se dá na esfera dos mediados, não sendo oponível a, ou invocável por terceiros. E não se vê motivo para não estender esta conclusão aos prazos de caducidade. A lei civil não os regula diretamente, até porque estabelece que os prazos de caducidade não se suspendem nem interrompem salvo nos casos em que a lei o determine⁽⁹¹⁾. Quando a lei assim o determine, como sucede no caso em apreço, justificar-se-á uma aplicação analógica do regime da suspensão dos prazos de prescrição.

⁽⁸⁷⁾ Art. 521.º, n.º 2, do Código Civil.

⁽⁸⁸⁾ Art. 530.º, n.ºs 1 e 2, do Código Civil.

⁽⁸⁹⁾ Art. 636.º, n.ºs 1 e 2, do Código Civil.

⁽⁹⁰⁾ Art. 636.º, n.º 3, do Código Civil.

⁽⁹¹⁾ Art. 328.º do Código Civil.

4. Conclusões

- i. São nulos, por contrariarem disposições legais injuntivas, os acordos em que as partes se arroguem estipular a suspensão dos prazos, quer de caducidade, quer de prescrição (acordos de *standstill*).
- ii. Se o prazo for de prescrição, a nulidade é consequência expressamente consagrada no art. 300.º do Código Civil. Estando em causa prazos de caducidade, operar-se-ia uma violação do disposto no art. 328.º do Código Civil. Embora este não comine de forma expressa a sua violação com a nulidade, essa é a consequência que se retira de uma interpretação conjugada do disposto neste preceito com a regra geral do art. 280.º, n.º 1, do Código Civil.
- iii. Dando cumprimento ao disposto no art. 8.º, n.º 1, da Diretiva da Mediação, segundo o qual “[o]s Estados-Membros devem assegurar que as partes que optarem pela mediação numa tentativa de resolver um litígio não fiquem impedidas de, posteriormente, instaurarem um processo judicial ou iniciarem um processo de arbitragem relativo a esse litígio por terem expirado os prazos de prescrição ou de caducidade durante o processo de mediação”, o art. 13.º, n.º 2, da Lei da Mediação determina que “[o] recurso à mediação suspende os prazos de caducidade e prescrição”.
- iv. Os prazos suspendem-se a partir da data de assinatura do protocolo de mediação, quando as partes recorrem a mediação privada, ou a partir da data em que as partes tenham manifestado o acordo à realização da mediação, nos sistemas públicos de mediação.
- v. A contagem dos prazos retoma com a conclusão do procedimento de mediação, quer em virtude de decisão de qualquer das partes ou do mediador de lhe pôr fim, quer pelo esgotamento do seu prazo máximo de duração.

- vi. Muito embora a lei reconheça a vinculatividade da convenção de mediação, há que concatená-la com o princípio da voluntariedade da mediação: não obstante a sua vinculação à mediação, as partes mantêm o direito de, a todo o momento, conjunta ou unilateralmente, revogarem o seu consentimento à participação no referido procedimento.
- vii. Não obstante a sua vinculação a uma convenção de mediação, será lícita a conduta de uma parte que, quando a isso instada, se recuse a dar início a um procedimento de mediação. É um ato lícito que, no entanto, pode gerar uma obrigação de indemnizar, e também tem reflexos processuais, podendo determinar a suportação integral das respetivas custas de parte pelo autor independentemente do resultado da ação.
- viii. Defende-se uma interpretação benevolente das cláusulas que fazem depender o acesso à via judicial ou arbitral do prévio esgotamento da via da mediação: para se concluir pela existência de um procedimento de mediação, embora malogrado, afigura-se suficiente que, em resposta à comunicação de uma parte manifestando a intenção de dar início a um procedimento de mediação, a outra parte responda enunciando os motivos pelos quais, credivelmente, entende que a mediação não deve prosseguir.
- ix. Também deverá interpretar-se o disposto quanto à suspensão dos prazos de caducidade e de prescrição à luz do princípio da voluntariedade da mediação, concluindo-se que a *ratio* do regime, ao fazer depender o início da suspensão, na mediação privada, da celebração do protocolo de mediação, terá sido a de exigir uma renovação da manifestação de acordo de todas as partes, sem a qual o efeito suspensivo não se verifica.
- x. Por conseguinte, é inadmissível o disposto na alínea *a*) do art. 7.º do Regulamento de Mediação do Centro de

Arbitragem Comercial da Câmara do Comércio e Indústria Portuguesa (que pretendia antecipar a data a partir da qual os prazos se suspendem para a de apresentação do requerimento de mediação, nos casos em que já existe convenção de arbitragem).

- xi.* Será de aplicar, também aos procedimentos de mediação que decorram ao abrigo deste Regulamento, apenas o disposto no art. 13.º da Lei da Mediação. Resulta deste preceito que, independentemente da prévia vinculação das partes a uma convenção de mediação, a data de suspensão dos prazos de caducidade ou de prescrição será a de assinatura do protocolo de mediação (que é posterior à data da apresentação do requerimento de mediação).
- xii.* Da análise do regime de suspensão dos prazos de caducidade e de prescrição constante do art. 13.º da Lei da Mediação resulta que, atualmente, este representa uma boa opção, quiçá a única, ao dispor das partes que queiram paralisar tais prazos com vista à negociação de uma transação extrajudicial que ponha fim ao seu diferendo. O mesmo é dizer que se conclui que, neste momento, o nosso ordenamento já admite a celebração de acordos de *standstill*, ainda que o efeito de *standstill* decorra, não diretamente das estipulações das partes, mas apenas, indiretamente, da sua sujeição a um procedimento de mediação.
- xiii.* O efeito suspensivo dos prazos de caducidade e de prescrição produz-se automaticamente, por efeito da lei, não cabendo às partes pronunciar-se sobre o assunto. Não se exige, por conseguinte, o “consentimento esclarecido” das partes, sendo suficiente, para a produção do efeito suspensivo, a obtenção do seu acordo quanto à participação num procedimento de mediação.
- xiv.* Não se exige, por conseguinte, o “consentimento esclarecido” das partes, sendo suficiente, para a produção

do efeito suspensivo, a obtenção do seu acordo quanto à participação num procedimento de mediação.

- xv. Entre os deveres do mediador de conflitos há o de “obter o consentimento esclarecido dos mediados para intervir neste procedimento”. A necessidade de obtenção do “consentimento esclarecido e informado” dos mediados é uma emanção direta do princípio da voluntariedade, encontrando consagração expressa no n.º 1 do art. 4.º da Lei da Mediação.
- xvi. A violação deste dever é suscetível de gerar na esfera do mediador uma obrigação de indemnizar a parte prejudicada com o efeito suspensivo, nos termos gerais de direito. Atendendo ao contexto em que ocorre a violação do dever de esclarecimento, dir-se-á que o regime a aplicar será o da responsabilidade civil por *culpa in contrahendo*.
- xvii. O efeito suspensivo dos prazos de prescrição decorrente da participação num procedimento de mediação apenas se dá na esfera dos mediados, não sendo oponível a, ou invocável por terceiros.
- xviii. Justifica-se uma aplicação analógica do mesmo regime à suspensão dos prazos de caducidade decorrente da participação num procedimento de mediação.

O REGULAMENTO DE MEDIAÇÃO DO CENTRO DE ARBITRAGEM COMERCIAL DA CCIP

Por Mariana França Gouveia()
e Joana Campos Carvalho(**)*

SUMÁRIO:

1. Introdução. 2. Convenção de mediação. 3. Articulação entre a Mediação e a Arbitragem. 4. Procedimento de Mediação. 5. Acordo. 6. Encerramento sem acordo. 7. Conclusões.

1. Introdução

O presente texto tem como objetivo analisar o Regulamento de Mediação do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa (RMed), que entrou em vigor em 1 de março de 2016.

As razões do interesse neste Regulamento são, parece-nos, evidentes. Por um lado, é o novo Regulamento de Mediação da mais importante instituição de resolução extrajudicial de conflitos

(*) Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Sócia da PLMJ Arbitragem.

(**) Doutoranda e Professora Convidada da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Bolseira da FCT e investigadora do CEDIS.

comerciais a operar em Portugal, por outro, a sua novidade e recente entrada e vigor suscitam natural curiosidade.

Vale a pena, portanto, olhar com atenção para este novo conjunto de regras, procurando, por um lado, apresentá-las e, por outro, verificar a sua conformidade legal e razoabilidade prática.

a) *O que é a mediação*

A mediação está, hoje, definida na Lei que a regula, a Lei 29/2013, de 19 de abril (LM), como a forma de resolução alternativa de litígios, realizada por entidades públicas ou privadas, através da qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo, com a assistência de um mediador de conflitos.

Esta mesma definição é reproduzida no art. 1.º do RMed, numa clara aproximação ao conceito neutro da lei.

Nem sempre é fácil transmitir o que é a mediação ou distingui-la de uma pura negociação assistida. Tentaremos fazê-lo, não só por razões de clareza técnico-jurídica, mas sobretudo porque só a absoluta percepção da diferença permite um real aproveitamento da mediação. A mediação tem, enquanto meio de resolução alternativa de litígios, um enorme potencial, o que está já demonstrado por diversos estudos que a analisaram⁽¹⁾.

A mediação é, antes de mais, um meio de resolução de litígios não adjudicatório, isto é, o resultado final nunca será uma decisão do mediador sobre o litígio, mas, caso haja sucesso, um acordo das partes que ponha termo ao conflito.

O mediador não tem, assim, quaisquer poderes, ao contrário do juiz ou do árbitro, para impor soluções para o caso. A sua fun-

(1) Centre for Effective Dispute Resolution — *The Sixth Mediation Audit*, London, disponível em <<https://www.cedr.com/docslib/TheMediatorAudit2014.pdf>>; MACFADDEN, DANNY — “Developments in International Commercial Mediation: USA, UK, Asia, India and European Union”, in *Contemporary Asia Arbitration Journal*, Vol. 8, n.º 2 (novembro 2015), disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2699444>.

ção não é decidir, apenas conduzir as partes no caminho do acordo.

A mediação é, também, um meio de resolução de conflitos confidencial, em que se assegura que o que ali for discutido não será tornado público nem valorado posteriormente em tribunal.

Mais do que isto — muito mais do que isto — a mediação assenta numa ideia de *empowerment* das partes⁽²⁾, numa ideia de que estas têm o pleno domínio do caso e do processo⁽³⁾, podendo abandonar a mediação em qualquer momento, tendo total disponibilidade quanto ao modo de funcionamento do processo e do seu resultado. Independentemente da posição que se tome sobre a possibilidade ou não de o mediador formular ele próprio propostas de compromisso, o melhor acordo será sempre aquele que surgiu de um trabalho com as partes, que surgiu da sua própria iniciativa, da consciencialização dos seus verdadeiros e reais interesses.

Ao afirmar-se isto, muitas vezes fica a dúvida sobre o papel a desempenhar pelo mediador neste modo de resolução de litígios. Ao tanto se assegurar o papel principal das partes, parece, ainda que inconscientemente, que se diminui a posição do mediador, reduzido a pouco mais fazer que impedir alguma eventual escalada nas atitudes das partes.

O mediador tem, porém, um papel fulcral na mediação. É precisamente pelo seu desempenho que a mediação se torna um meio de resolução de conflitos efetivo e eficaz. O mediador traz à negociação das partes, que pode até já ter acontecido anteriormente, com ou sem assistência de advogados, um *plus*, um valor acrescentado. É esse valor que aumenta exponencialmente a possibilidade de acordo, ao trazer para a discussão uma dinâmica totalmente nova para as partes e para o seu conflito⁽⁴⁾.

É usual dizer que o mediador é um facilitador, mas não é fácil perceber qual o verdadeiro significado prático dessa caracterização.

(2) FRANÇA GOUVEIA, MARIANA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3.^a ed., Coimbra: Almedina, 2014, p. 50 e ss.

(3) BROW, HENRY e MARRIOT, ARTHUR, *ADR Principles and Practice*, 2.^a ed., London: Thompson/Sweet & Maxwell, 1999, p. 129.

(4) *Ibidem*, p. 128.

O que se pretende dizer com esta afirmação é, no fundo, que o mediador procura, primeiro, reestabelecer a comunicação das partes e, segundo, conduzi-las aos seus interesses. Feito este trabalho, só então é possível falar de acordo e, muitas vezes, será fácil alcançá-lo quando se consegue este duplo resultado — comunicação ou, melhor, compreensão mútua e reconhecimento dos interesses.

Em traços gerais, a mediação assenta sobre a circunstância de que, por trás de qualquer posição assumida há sempre interesses que a parte visa acautelar. As posições das partes, as suas pretensões no âmbito de um litígio, são habitualmente incompatíveis. Contudo, os interesses que elas visam satisfazer com a sua pretensão revelam-se muitas vezes passíveis de compatibilização com os da outra parte. Assim, no âmbito da mediação discute-se os interesses de cada parte e não as suas posições iniciais, procurando-se soluções que (embora diferentes das posições iniciais das partes) consigam satisfazer todos os interesses em jogo, num acordo benéfico para ambas as partes (acordo *win-win*)⁽⁵⁾.

Imaginemos um caso em que ambas as partes alegam ser proprietárias de um terreno no Alentejo (uma com base num contrato de compra e venda, a outra com base na usucapião). Na mediação, o mediador pergunta às partes porque querem aquele terreno e percebe-se que uma quer ficar com a casa porque, desde a infância, sempre passou aí os verões com a família e a outra pretende explorar o olival que ocupa parte do terreno. A partir destes interesses será provavelmente possível alcançar uma solução que agrade a ambas as partes.

A mediação é, pois, muito mais do que uma forma de alcançar um acordo com a assistência de uma terceira pessoa. É um verdadeiro método de resolução de problemas entre as pessoas, com uma filosofia, uma metodologia⁽⁶⁾ e uma finalidade; com pressupostos, etapas e resultados.

Merece, portanto, uma atenção especial no momento da sua regulação e da sua prática. Procuraremos, na análise do Regula-

⁽⁵⁾ *Ibidem*, p. 130.

⁽⁶⁾ Ver, por todos, MOORE, CHRISTOPHER, *O Processo de Mediação*, 2.^a ed., Porto Alegre, Artmed, 1998.

mento de Mediação do Centro de Arbitragem Comercial, encontrar estas características ou interpretar os seus preceitos à luz desta filosofia.

b) As razões para a adoção de um Regulamento de Mediação

Antes de avançar para a análise do Regulamento, é importante perceber a razão da adoção pelo Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa (CAC) de um Regulamento de Mediação. Desde logo, estranha-se a compatibilidade da designação do Centro (“de Arbitragem”) com um Regulamento de Mediação. Se é uma instituição arbitral, qual a razão de consagrar a opção da mediação?

A razão é muito simples e decorre do que anteriormente já se disse: a mediação é um bom método de resolução de litígios, é algo que as empresas, na sua litigância comercial, procuram, na medida em que lhes permite uma resolução rápida e económica dos seus conflitos. Mais, permite, ao contrário da litigância normal, por regra mais agressiva, a manutenção da relação comercial⁽⁷⁾. É que, reestabelecida a comunicação entre as partes, é muito frequente que os interesses de ambos sejam facilmente conciliáveis, porque ambos querem maximizar os seus ganhos comerciais. Essa maximização passa, muitas vezes, por celebrar novos negócios, que trazem muito mais benefício económico presente e futuro do que uma indemnização.

Na mediação, com efeito, não se verifica a tradicional solução de “partir a meio”, antes se conseguindo soluções criativas⁽⁸⁾, muitas vezes muito longe do que foram as ideias iniciais das partes e dos advogados que as representam. Soluções criativas que se baseiam na lógica empresarial mais simples e verdadeira de todas — a vontade de lucrar.

⁽⁷⁾ KOVACH, KIMBERLY K., “Mediation”, in *The Handbook of Dispute Resolution*, San Francisco, Jossey-Bass, 2005, p. 305.

⁽⁸⁾ *Ibidem*, p. 305.

Tendo em conta, assim, a adequação da mediação à litigância comercial, fazia todo o sentido que o Centro de Arbitragem Comercial criasse condições para que os seus utilizadores pudessem, aí, optar por mais esta alternativa, mais este serviço.

Acresce, ainda, que a mediação administrada por uma entidade de prestação de serviços de resolução de conflitos é uma segurança face à mediação *ad hoc*, isto é, à mediação sem instituição de acolhimento. Como se sabe do paralelo com a arbitragem, a grande força dos meios de resolução alternativa de litígios a nível mundial decorre diretamente (ou quase) da existência de instituições respeitadas e há muito estabelecidas. A resolução de litígios em instituições, privadas ou públicas, que asseguram a regularidade do processo e o cumprimento das regras, é essencial para a credibilidade dos próprios mecanismos de resolução alternativa de litígios e, em consequência, para o seu desenvolvimento.

Sob todos os pontos de vista, em conclusão, havia vantagem em o Centro de Arbitragem Comercial oferecer, aos seus utilizadores, o serviço de mediação.

As condições de oferta do serviço de mediação tinham, necessariamente, de passar por um Regulamento de Mediação, como o que agora se analisa. Para além do Regulamento, é importante o Centro dispor de uma lista de mediadores devidamente certificados, com formação específica em mediação, e uma proposta de cláusulas modelo que possam ser adotadas pelas partes.

É precisamente por este ponto — a cláusula de mediação — que vamos começar a nossa exposição do Regulamento.

2. Convenção de mediação

A convenção de mediação pode definir-se como o acordo das partes em resolver os seus litígios, atuais ou futuros, através da mediação. Tal como a convenção de arbitragem, é um contrato entre as partes que as vincula a um determinado meio de resolução do seu litígio, afastando, pelo menos numa primeira fase, a solução judicial tradicional.

A convenção de mediação está regulada na Lei da Mediação, no art. 12.º LM, onde se estabelecem requisitos formais e substanciais, assim como os efeitos jurídicos da sua alegação.

Para além das questões puramente jurídicas relativas à cláusula de mediação⁽⁹⁾, interessa agora salientar a importância da sua celebração para que o Centro de Arbitragem Comercial possa efetivamente iniciar o procedimento de mediação.

Mais uma vez como na arbitragem⁽¹⁰⁾, as partes não podem ser obrigadas a iniciar ou procurar resolver um litígio através de um meio alternativo, caso não se tenham a ele vinculado. Essa vinculação pode ser anterior à própria existência do litígio ou contemporânea do seu aparecimento, em qualquer caso tendo os mesmos efeitos.

A importância de cláusulas de mediação que remetam para o Centro de Arbitragem Comercial está, assim, na circunstância de depender do acordo das partes a competência do Centro para administrar o procedimento. Não há quaisquer dúvidas de que, havendo tal convenção, o Centro pode administrar o procedimento. Mais, caso seja iniciado processo arbitral ou judicial sem que, antes, tenha havido mediação, o tribunal onde a ação foi proposta deve, a requerimento do demandado, suspender a ação e reencaminhar as partes para a mediação⁽¹¹⁾. Assim o estipula o art. 12.º, n.º 4, LM⁽¹²⁾ e também o art. 6.º, n.º 3, RMed.

Para além da hipótese da cláusula de mediação, que, com toda a probabilidade, será a que mais casos de mediação trará ao Centro de Arbitragem, também é possível que haja procedimento de mediação sem existir convenção prévia. Para tanto basta que uma

(9) FRANÇA GOUVEIA, MARIANA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2014, pp. 78-79. Ver também FERREIRA DE ALMEIDA, CARLOS, *Contratos IV*, Coimbra: Almedina, 2014, pp. 23-25, e LOPES, DULCE e PATRÃO, AFONSO, *Lei da Mediação Comentada*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2016, p. 87 e ss.

(10) Referimo-nos, naturalmente, à arbitragem voluntária, já que a necessária é excepcional.

(11) Sobre esta consequência do incumprimento da convenção de mediação, LOPES, DULCE e PATRÃO, AFONSO, *Lei da Mediação Comentada*, 2016, pp. 99-101.

(12) O art. 12.º, n.º 4, refere-se ao tribunal, incluindo assim o judicial e o arbitral. FRANÇA GOUVEIA, MARIANA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2014, p. 82.

das partes inicie o procedimento de mediação no CAC, juntando proposta dirigida à parte contrária para a celebração de convenção de mediação — art. 8.º, n.º 1, RMed. Se a parte contrária aceitar a proposta, considera-se celebrada a convenção de mediação e o procedimento pode prosseguir. A aceitação da proposta tem de revestir forma escrita (art. 12.º, n.º 2, da LM), mas pode ser expressa ou tácita. Será tácita nos casos em que, não se pronunciando sobre a convenção de mediação, a parte intervém no procedimento, apresentando, por exemplo, a sua posição sumária sobre o litígio.

a) *Cláusulas de mediação disponibilizadas pelo Centro*

O Centro, como se disse, oferece também às partes propostas de cláusulas de mediação, com ou sem arbitragem. Essas cláusulas estão disponíveis *online*⁽¹³⁾ nas suas diversas variações.

A adoção de uma cláusula de mediação preparada pela entidade de acolhimento tem a vantagem de garantir às partes a completude da convenção de mediação e a sua validade face à lei portuguesa⁽¹⁴⁾.

A cláusula de mediação simples, em que as partes apenas escolhem este meio de resolução de litígios, tem a seguinte formulação:

- “1. As partes submeterão obrigatoriamente todos os litígios emergentes deste contrato ou com ele relacionados a mediação de acordo com o Regulamento de Mediação do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa (Centro de Arbitragem Comercial).
2. A mediação terá lugar em [cidade e/ou país].
3. A língua da mediação será [...].”

⁽¹³⁾ Disponível em <www.centrodearbitragem.pt>.

⁽¹⁴⁾ SCANLON, KATHLEEN M. e BRYAN, KATHY A., “Will the Next Generation of Dispute Resolution Clause Drafting Include Model Arb-Med Clauses?”, in *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation*, Leiden, Fordham Law School, 2010, p. 429, assinalam que muitas cláusulas de resolução de litígios são redigidas em condições que se encontram longe das condições ideais, o que pode implicar algumas fragilidades.

Já a cláusula que combina mediação e arbitragem permite às partes adotar o que, usualmente, se denomina por *multi-step clause* ou *cláusula med-arb*⁽¹⁵⁾, um acordo das partes em que estas procuram a resolução do seu litígio em várias fases.

A formulação proposta pelo Centro para uma cláusula de mediação e arbitragem é a seguinte:

- “1. As partes submeterão obrigatoriamente todos os litígios emergentes deste contrato ou com ele relacionados a mediação de acordo com o Regulamento de Mediação do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa (Centro de Arbitragem Comercial).
2. Caso o litígio não seja resolvido em mediação, será definitivamente resolvido por arbitragem de acordo com o Regulamento de Arbitragem do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa (Centro de Arbitragem Comercial), por um ou mais árbitro(s) nomeados nos termos do Regulamento.
2. A mediação e a arbitragem terão lugar em [cidade e/ou].
3. A língua da mediação e da arbitragem será [...].
4. Enquanto decorrer o processo de mediação, qualquer uma das partes pode requerer um procedimento de Árbitro de Emergência, nos termos do respetivo Regulamento.”

b) *Med-Arb*

Não nos vamos alongar na explicação da cláusula, mas é importante chamar a atenção para dois aspetos nesta solução “*med-arb*”.

Primeiro, é possível combinar também a mediação com o Regulamento de Arbitragem Rápida, um processo arbitral mais

⁽¹⁵⁾ ROBERTS, SIMON e PALMER, MICHAEL, *Dispute Processes*, 2.^a ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 289.

simples que o Centro de Arbitragem disponibiliza aos seus utilizadores de arbitragem⁽¹⁶⁾.

Segundo, é possível, nos termos do n.º 3 do art. 6.º RMed, que a mediação e a arbitragem se desenrolem em simultâneo. Para que tal suceda é necessário, naturalmente, acordo das partes, na convenção ou posteriormente. As vantagens desta solução são, por um lado, permitir poupar tempo e, por outro lado, colocar alguma pressão sobre as partes, o que pode ajudar a alcançar o acordo.

A solução permite poupar tempo na medida em que a mediação não impede a arbitragem de se iniciar, podendo realizar-se as sessões de mediação enquanto as partes estão a preparar as suas peças processuais iniciais. Nesses dois, três meses, é possível marcar diversas sessões de mediação para trabalhar o acordo, não se gerando qualquer atraso ou suspensão do processo arbitral, caso não haja acordo.

A mediação em simultâneo com a arbitragem permite, ainda, adicionar um elemento de pressão para se chegar ao acordo, visto que o processo contencioso está já a decorrer, o que coloca as partes ainda mais visivelmente perante as opções e as possíveis consequências de uma decisão desfavorável.

Esta hipótese — mediação e arbitragem em simultâneo — não é muito frequente⁽¹⁷⁾ e não é aquela que as partes estão habituadas

(16) Disponível em <http://www.centrodearbitragem.pt/images/pdfs/Legislacao_e_Regulamentos/Regulamento%20Arbitragem%20Rpida.pdf>.

(17) O Regulamento de Mediação da Câmara de Comércio Internacional (<<https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/mediation/mediation-rules/>>) não prevê a possibilidade de mediação e arbitragem em simultâneo, embora reconheça, no art. 4.º do Anexo, a possibilidade de ser iniciado um processo de arbitragem antes do recurso à mediação. Também o Regulamento de Mediação do *Hong Kong International Arbitration Centre* (<<http://www.hkiac.org/mediation/rules/hkiac-mediation-rules>>) é omissivo quanto a esta matéria, não prevendo a possibilidade do decurso em simultâneo dos dois procedimentos. As regras modelo do *Centre for Effective Dispute Resolution* (<https://www.cedr.com/about_us/modeldocs/?id=21>) e o Regulamento de Mediação do *Singapore Mediation Centre* (<<http://www.mediation.com.sg/assets/business-services/6-Mediation-Procedure-with-Annexes-A-to-D-6Nov15.pdf>>) reconhecem a possibilidade de os procedimentos ocorrerem em simultâneo, embora não regulem essa possibilidade (ponto 1 e 10.1, respetivamente). Já o Regulamento de Arbitragem Comercial da *American Arbitration Association* (<<https://www.adr.org/sites/default/files/Commercial%20Rules.pdf>>) prevê a mediação para casos com valor superior a \$ 75,000 e a simultaneidade de procedimentos nestes

a considerar. Não deixa, porém, de ser uma boa opção enquanto mecanismo *multi-step* de resolução de litígios, na medida em que promove o acordo e não gera qualquer perda de tempo.

3. Articulação entre a Mediação e a Arbitragem

Num Regulamento de Mediação de um Centro de Arbitragem, as relações entre ambos os procedimentos são matéria relevante a considerar. Desde logo, era importante partir de um pressuposto abstrato de relação entre os dois mecanismos, que passasse por uma clara distinção entre ambos. Tendo em conta que mediação e arbitragem são dois métodos totalmente diversos de resolver conflitos, é essencial que a gestão dos procedimentos seja feita de maneira a que não haja qualquer confusão entre ambos.

Assim, ainda que possa haver comunicação entre os dois procedimentos, essa interação deve sempre deixar intocada a autonomia e especificidade própria de cada um dos métodos. Este é um aspeto muito importante, dado que a mediação não é, ainda, inteiramente compreendida pelos utilizadores, podendo gerar equívocos quanto ao papel do mediador e do resultado da mediação.

Esta é uma cautela que, antes de mais, cabe ao Centro de Arbitragem, aos seus órgãos e funcionários, que devem, na administração do procedimento, ser muito claros na informação que prestam às partes e seus advogados.

a) *Mediação depois do início da arbitragem*

Já vimos que é possível que a mediação e a arbitragem se desenrolem ao mesmo tempo, por regra realizando-se as sessões de mediação na fase inicial da troca das peças processuais, mas sem prejuízo de a mediação ocorrer mais tarde no processo arbitral.

casos, estabelecendo que, salvo convenção em contrário, a mediação deve decorrer em simultâneo com o processo de arbitragem e não deve servir para atrasar este processo (R-9).

Para além desta possibilidade, pode, ainda, o Presidente do Centro, nos termos do art. 6.º, n.º 4, RMed, sugerir às partes que iniciaram a arbitragem, o recurso à mediação, se entender adequado à melhor solução do caso.

O requisito de adequação deve, aqui, ser preenchido através dos critérios conhecidos de acerto da mediação a um caso concreto⁽¹⁸⁾. O primeiro desses critérios é a longevidade da relação entre as partes que dá origem ao conflito. No caso de relações comerciais, o mais relevante será uma relação comercial de média ou longa duração, como um contrato de fornecimento, arrendamento, distribuição, agência, produção contínua, etc.. São situações em que a importância da manutenção da relação comercial joga um papel importante no conflito e pode despoletar um acordo com ganhos para ambas as partes.

Numa outra perspetiva, também fará sentido propor a mediação nos casos em que a complexidade do litígio é muito inferior ao seu valor, pelo que a sua resolução por arbitragem seria sempre, ao nível dos custos, desproporcionada. Por vezes diz-se que a mediação apenas se justifica para litígios de valor baixo. Não concordamos com esta afirmação, pois entendemos que são outras as características decisivas de um litígio que determinam a adequação da mediação. O que parece, antes, é que é a questão dos custos das várias opções (neste caso mediação ou arbitragem) que deve ser tomada em consideração e não tanto o valor do litígio.

b) Atuação do mediador como árbitro

Um outro ponto muito importante na relação entre mediação e arbitragem é a possibilidade de o mediador atuar, caso não haja acordo ou caso a mediação se desenrole em simultâneo com a arbitragem, como árbitro⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁸⁾ Sobre a escolha do melhor meio de resolução para cada caso SANDER, FRANK E. A. e ROZDEICZER, LUKASZ, "Matching Cases and Dispute Resolution Procedures: Detailed Analysis Leading to a Mediation-Centered Approach", in *Harvard Negotiation Law Review*, Spring 2006.

⁽¹⁹⁾ Quando surgiu a *Med-Arb* um dos seus traços essenciais era a circunstância de

Esta possibilidade está expressamente vedada pelo Regulamento de Mediação do Centro de Arbitragem Comercial. O Regulamento considerou-a tão séria que a proíbe em quatro locais diferentes — nos arts. 4.º, n.º 2, 6.º, n.º 1, e 15.º do Regulamento de Mediação e no art. 3.º, n.º 2, do Código Deontológico do Mediador (anexo ao Regulamento). Parece-nos que tal proibição decorreria já do princípio da confidencialidade na mediação (art. 5.º da LM) e do princípio da independência do árbitro (art. 9.º, n.º 2, da Lei da Arbitragem Voluntária)⁽²⁰⁾. Contudo, sendo um ponto tão importante é útil o seu reforço no âmbito do Regulamento da Mediação.

A razão de ser do impedimento é facilmente explicável: por um lado, a necessidade imperiosa, que já referimos, de separar mediação e arbitragem enquanto procedimentos de resolução de litígios autónomos; por outro lado, o respeito pelo princípio da confidencialidade, princípio fundamental da mediação.

Como já anteriormente abordámos o primeiro ponto, centrar-nos-emos agora, ainda que brevemente, no segundo: a confidencialidade.

A regra da confidencialidade da mediação está prevista, desde logo, na Lei da Mediação e, aliás, vinha já da Diretiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2008⁽²¹⁾. O art. 5.º da Lei da Mediação estabelece a confidencialidade do procedimento de mediação, estando o mediador obrigado a manter sob

a mesma pessoa acumular as funções de mediador e árbitro. Assim se poupava tempo, na medida em que não era necessário voltar a apresentar todos os factos ao árbitro, que já os conhecia da mediação. Esta característica rapidamente começou a suscitar dúvidas na doutrina. A cumulação de funções parecia colocar em causa a eficácia da mediação, na medida em que as partes não estavam tão à vontade para expor as suas posições e interesses, e a seriedade da arbitragem, uma vez que, no momento da decisão, o árbitro teria de “fingir” que não conhecia os factos confidenciais de que havia tomado conhecimento no âmbito da mediação. Na sequência destas críticas a figura da *Med-Arb* evoluiu, sendo hoje em dia mais aceite a vertente que impõe que mediador e árbitro sejam pessoas diferentes. Neste sentido, BROWN, HENRY e MARRIOTT, ARTHUR, *ADR Principles and Practice*, 1999, pp. 147-149, e ROBERTS, SIMON e PALMER, MICHAEL, *Dispute Processes*, 2005, pp. 289 e ss.

⁽²⁰⁾ Lei 63/2011, de 14 de dezembro.

⁽²¹⁾ Diretiva que foi, inicialmente, transposta para o Código Civil pela Lei 29/2009, de 20 de junho, mas que, com a aprovação da Lei da Mediação, passou a estar transposta, quanto ao essencial, neste diploma.

sigilo todas as informações de que tenha conhecimento no âmbito da mediação. Também o art. 4.º do RMed estabelece a mesma norma, acrescentando, ainda, que, exceto no que diz respeito ao acordo obtido, o conteúdo das sessões de mediação não pode ser revelado nem valorado em tribunal judicial ou arbitral, nem pode o mediador ser testemunha, perito, mandatário ou árbitro em qualquer causa relacionada, direta ou indiretamente, com o objeto do litígio.

Importa acrescentar que, nos termos da Lei da Mediação, não apenas o mediador, mas também as partes estão sujeitas ao dever de confidencialidade, estando impedidas de revelar os factos de que tenham tido conhecimento no âmbito da mediação (art. 18.º, n.º 3, da LM).

A confidencialidade é central à mediação, permitindo às partes que falem à vontade, em plena tranquilidade e com a certeza de que nada do que ali for dito poderá ser usado na futura resolução de litígio (caso não haja acordo)⁽²²⁾ ou por empresas concorrentes, por exemplo no caso de segredos de negócio. A sua essencialidade na mediação determina, aliás, que não seja possível o seu afastamento por acordo das partes⁽²³⁾.

Só este princípio assegura, portanto, uma plena comunicação das partes na mediação e, logo, não é possível que haja identidade de interlocutores num e noutra processo. Se as informações trocadas na mediação não podem ser posteriormente utilizadas em processo contencioso, seja judicial, seja arbitral, parece evidente que o mediador não pode ser, depois, o árbitro. A posição contrária⁽²⁴⁾ implicaria, para garantir o respeito pelo princípio da confidencialidade, atribuir poderes supra-humanos ao mediador: mesmo que

(22) LOPES, DULCE e PATRÃO, AFONSO, *Lei da Mediação Comentada*, Coimbra, Almedina, 2016, p. 47.

(23) FRANÇA GOUVEIA, MARIANA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2014, p. 100; LOPES, DULCE e PATRÃO, AFONSO, *Lei da Mediação Comentada*, 2016, p. 51.

(24) Defendida por LOPES, DULCE e PATRÃO, AFONSO, *Lei da Mediação Comentada*, 2016, p. 188, que entendem que o mediador pode posteriormente ser árbitro e que, se as partes escolhem o mediador como árbitro, é porque lhe reconhecem condições de imparcialidade e independência. Entendem, contudo, que se mantém o dever de confidencialidade do mediador que não pode, enquanto árbitro, valorar os factos de que teve conhecimento no decurso da mediação.

conscientemente saiba que não pode ter em conta o que foi discutido na mediação, o mediador não consegue impedir que, inconscientemente, aquilo que ouviu contribua para os seus juízos acerca do litígio. Diversos estudos demonstram precisamente isso⁽²⁵⁾. Num caso, foi apresentado a metade dos juízes da experiência um documento incriminatório para o réu, mas inadmissível como prova. Foi possível concluir que os juízes que viram o documento, embora o tivessem excluído do processo por configurar prova inadmissível, tiveram maior tendência para dar razão ao autor do que os juízes que não viram o documento⁽²⁶⁾.

4. Procedimento de Mediação

Feito o enquadramento geral do Regulamento, é agora o momento de analisar o procedimento de mediação propriamente dito, de acordo com o estabelecido nas regras do Centro de Arbitragem Comercial.

O procedimento de mediação, ainda mais do que o processo arbitral, é marcado pela informalidade e pela flexibilidade, o que

⁽²⁵⁾ SUSSMAN, EDNA, “Arbitrator Decision-Making: Unconscious Psychological Influences and What You Can Do About Them”, in *American Review of International Arbitration*, Vol. 24, 2013, pp. 491-492. Sobre este assunto ver também HARBST, RAGNAR, *A Counsel’s Guide to Examining and Preparing Witnesses in International Arbitration*, Wolters Kluwer, 2015, p. 51.

⁽²⁶⁾ SUSSMAN, EDNA, “Arbitrator Decision-Making: Unconscious Psychological Influences and What You Can Do About Them”, 2013, p. 492. Além deste enviesamento, é interessante referir também o chamado enviesamento de confirmação, segundo o qual o nosso cérebro tem tendência para procurar argumentos para confirmar a hipótese ou história que formámos anteriormente, ignorando os argumentos que demonstram o contrário. KAHNEMAN, DANIEL, *Pensar Depressa e Devagar*, Círculo de Leitores, 2012, pp. 111-112; NICKERSON, RAYMOND S., “Confirmation Bias: A Ubiquitous Phenomenon in Many Guises”, in *Review of General Psychology*, Vol. 2, n.º 2, 1998, p. 175 e ss. No caso da arbitragem, quando o árbitro já formou uma certa imagem do caso no seu cérebro (designadamente durante a mediação), este vai procurar, durante a arbitragem, informação que encaixa nessa imagem e a confirma, não prestando atenção à informação que a contraria. HARBST, RAGNAR, *A Counsel’s Guide to Examining and Preparing Witnesses in International Arbitration*, 2015, p. 21.

determina que a regulamentação seja escassa no que diz respeito ao desenrolar da mediação⁽²⁷⁾. Interessa, apenas, regular o início do processo, a interação entre o Centro e as partes e o mediador e alguns aspetos formais, necessários para a estabilização do processo, como o protocolo de mediação.

a) *Requerimentos iniciais*

A mediação inicia-se com um Requerimento de Mediação apresentado, pelo Demandante, no Secretariado do Centro. Este requerimento segue um modelo anexo ao Regulamento, não podendo exceder as cinco páginas. O modelo é muito simples, apenas tendo sido feito como forma de facilitar o trabalho das partes no início de um procedimento, que é novo na nossa prática profissional.

O requerimento tem como conteúdo obrigatório os elementos constantes do n.º 2 do art. 8.º: identificação das partes, descrição sumária do litígio, indicação de uma estimativa do valor em causa, indicação da língua e lugar da mediação e quaisquer outras circunstâncias relevantes.

A limitação das cinco páginas obriga à sumarização das pretensões, mas sobretudo dá uma indicação clara de que este requerimento não é uma peça processual, mas apenas uma curta informação que permita ao requerido identificar o litígio e ao Centro de Arbitragem, caso necessário, designar o mediador.

O requerimento deve, portanto, ser encarado como o início de uma negociação, com as cautelas necessárias, mas também com

(27) É importante assinalar que esta ausência de normas jurídicas que regulem o decurso da mediação não significa que a mediação não siga regras concretas. Enquanto metodologia, estudada cientificamente, a mediação inclui diversas fases e obedece a regras, implementadas pelo mediador, que garantem o seu sucesso. Sobre as fases e regras do processo de mediação ver MOORE, CHRISTOPHER, *O Processo de Mediação*, 1998, COOLEY, JOHN, *The Mediator's Handbook: Advanced Practice Guide for Civil Litigation*, 2.ª ed., NITA, 2006, BOULLE, LAURENCE e ALEXANDER, NADJA, *Mediation: Skills and Techniques*, 2.ª ed., Lexisnexis, 2012, BROWN, HENRY e MARRIOTT, ARTHUR, *ADR Principles and Practice*, 1999, Capítulo 10.

abertura para um eventual acordo. Não é necessário, mas também não é proibido, juntar qualquer elemento probatório. Fazê-lo deve depender da estratégia da parte, dos seus objetivos para a mediação e da sua postura negocial no procedimento.

Recebido o requerimento, o Secretariado notifica o demandado, remetendo-lhe um exemplar. O demandado pode, então, responder, no prazo de quinze dias, indicando, nos termos do art. 9.º, n.º 2, RMed, a sua posição sobre o litígio e quaisquer outras indicações que considere relevantes.

Esta resposta deve, também, seguir a lógica do requerimento de mediação — deve ser vista como o início de uma negociação, não prescindindo, portanto, da sua “razão”, mas deixando abertas as possibilidades de diálogo.

Nos termos do art. 10.º, n.º 1, RMed, nos casos em que há convenção de mediação e o demandado não responde, o procedimento prossegue, a não ser que o demandante pretenda desistir ou iniciar arbitragem. Esta norma determina que se conduza as fases seguintes, designadamente a intervenção liminar do Centro e a nomeação do mediador, mesmo que o demandado entenda não responder ao requerimento de mediação. Contudo, tendo em conta a importância central do princípio da voluntariedade na mediação, o procedimento não seguirá além da fase de nomeação do mediador caso uma das partes não queira participar.

A mediação assenta na ideia de que, querendo, duas partes podem resolver o seu litígio através de um acordo. Se uma das partes não está disponível para participar, o processo torna-se, naturalmente, inviável. Apesar de obstar ao prosseguimento do processo, esta indisponibilidade para participar não é inconsequente. A convenção de mediação é um contrato, pelo que o seu incumprimento, designadamente a recusa de procurar resolver o litígio através da mediação, pode gerar responsabilidade contratual, nos termos gerais⁽²⁸⁾. Além disso, o art. 26.º, n.º 3, alínea b), RMed determina

(28) Em termos práticos, contudo, a prova da existência de danos é praticamente impossível. Em sentido contrário, LIMA REGO, MARGARIDA, “A suspensão dos prazos de caducidade e prescrição por efeito da mediação”, também publicado neste número, defende que, tendo em conta o princípio da voluntariedade, a recusa em participar no procedimento

que os encargos da mediação são da responsabilidade exclusiva da parte que, apesar da existência de convenção de mediação, não participa no processo.

b) Intervenção liminar do Centro

Apresentados os dois requerimentos iniciais, há lugar a uma intervenção do Presidente do Centro, que pode recusar o prosseguimento do procedimento de mediação em duas situações: quando o litígio não se insira no âmbito da competência do Centro ou não seja mediável; quando não haja convenção de mediação prévia, nem aceitação da proposta para a sua celebração.

No fundo, ambas as objeções dizem respeito à competência do Centro: competência material, relativamente ao objeto do litígio; competência convencional, relativamente ao acordo das partes quanto à submissão ao Centro.

A competência material do Centro de Arbitragem está definida no art. 2.º do Regulamento e abrange os litígios de natureza civil ou comercial que respeitem a interesses de natureza patrimonial ou sobre os quais as partes possam celebrar transação. O Regulamento importou, aqui, uma definição da Lei de Mediação (art. 11.º da LM), que, por sua vez, a foi buscar à Lei de Arbitragem (art. 1.º da Lei da Arbitragem Voluntária)⁽²⁹⁾.

O conceito de arbitrabilidade⁽³⁰⁾, adotado agora para a mediabilidade⁽³¹⁾, foi objeto de muita discussão e, para o que nos inte-

de mediação, apesar da vinculação à convenção de arbitragem, é um ato lícito que, portanto, não gera obrigação de indemnizar.

⁽²⁹⁾ FRANÇA GOUVEIA, MARIANA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2014, p. 84 e ss.; LOPES, DULCE e PATRÃO, AFONSO, *Lei da Mediação Comentada*, 2016, p. 83.

⁽³⁰⁾ Acerca dos critérios de arbitrabilidade ver FERREIRA DE ALMEIDA, CARLOS, “Convenção de arbitragem: Conteúdos e Efeitos”, in *I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Coimbra: Almedina, pp. 85-88, que defende o critério da disponibilidade, e CAMELO, ANTÓNIO SAMPAIO, “A disponibilidade do direito como critério de arbitrabilidade”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 66, Vol. III, 2006, ponto 13, que defende o critério da patrimonialidade.

⁽³¹⁾ A propósito da mediabilidade na Lei 29/2013, FRANÇA GOUVEIA, MARIANA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2014, pp. 83-87.

ressa, diverge do da Diretiva 2008/52/CE, que a restringia aos litígios que respeitassem a direitos disponíveis (art. 1.º, n.º 2). No que diz respeito especialmente à mediação, pode até questionar-se se são necessários, à partida, critérios de mediabilidade. O nosso ordenamento jurídico permite que as partes negociem sobre qualquer assunto. O eventual acordo que resultar dessa negociação é que obedece a limites como o respeito pelas normas imperativas e pela ordem pública. Igual solução poderia ser equacionada para os casos em que as partes negociam com a ajuda de um terceiro, que é o mediador, adiando-se o controlo, do momento inicial, para o final da mediação. Independentemente da discussão em torno destes conceitos e regimes, o certo é que, no que diz respeito ao Centro de Arbitragem Comercial, o tipo de conflitos aí normalmente julgados são precisamente litígios de natureza civil e comercial que respeitam a interesses patrimoniais. Será, pois, difícil, na realidade, que litígios de outros géneros sejam submetidos a mediação ao abrigo do Regulamento de Mediação do Centro de Arbitragem.

No que diz respeito à convenção de mediação, remetemos para ponto anterior, em que tratámos do assunto.

É possível, ainda, que, apesar de o litígio ser mediável nos termos do art. 2.º do Regulamento e de haver convenção de arbitragem, o Centro não seja competente. Se a convenção de mediação não determinar que o processo decorrerá junto do Centro de Arbitragem Comercial e o requerido se opuser a que tal aconteça, o Centro não tem competência no que respeita àquele litígio. Também neste caso, o Presidente do Centro deve recusar prosseguir com o procedimento, com base no art. 11.º, alínea *a*), do RMed.

c) Designação do mediador

Apresentados os requerimentos iniciais e verificada a competência do Centro, é necessário, para avançar com a mediação, escolher o mediador.

A escolha cabe, naturalmente, em primeira mão, às partes, que devem procurar consenso em relação ao mediador. Se esse consenso não for alcançado, então qualquer uma delas pode pedir a

nomeação ao Presidente do Centro, que escolherá de entre a lista de mediadores, aprovada pelo Conselho do Centro de Arbitragem. Esta referência esclarece, *a contrario*, que a escolha das partes pode recair sobre pessoa que não esteja na lista.

Caso entenda conveniente, tendo em conta designadamente o valor do litígio ou a diferente nacionalidade das partes, o Presidente pode consultar as partes previamente à nomeação, propondo-lhes uma lista de mediadores para designação conjunta.

Não nos alongaremos aqui sobre o mediador, o seu papel e importância, dado não ser o objeto do presente texto. Não podemos, porém, deixar de referir quão importantes são as normas relativas ao seu estatuto, muito em especial o Código Deontológico do Mediador aprovado em Anexo ao Regulamento de Mediação. Aí são referidos e substanciados os deveres de imparcialidade e independência, o intimamente ligado dever de revelação, o dever de informação sobre o procedimento, regras sobre condução do processo, comunicação com as partes, deveres quanto ao acordo e regras relativas a honorários, entre outros.

Pode colocar-se a questão de saber quais as consequências do incumprimento pelo mediador dos deveres incluídos no RMed e, em particular, no Código Deontológico. As partes e o mediador celebram um contrato, nos termos do qual o mediador se compromete a mediar aquele litígio no Centro de Arbitragem Comercial e nos termos do Regulamento de Mediação. Esse contrato, que não carece de forma escrita, considera-se celebrado no momento em que o mediador, na sequência da sua designação, aceita mediar aquele processo (art. 14.º do RMed), não se confundindo com o protocolo de mediação assinado posteriormente, que visa esclarecer o modo como a mediação vai ser conduzida. Havendo um contrato entre as partes e o mediador, qualquer incumprimento desse mesmo contrato, incluindo um comportamento do mediador que viole o RMed ou o Código Deontológico, pode gerar responsabilidade contratual, nos termos gerais⁽³²⁾. Além disso, se o incumpri-

(32) A LM esclarece, quanto aos deveres nela previstos, que o seu incumprimento pelo mediador pode gerar responsabilidade civil. Embora não esclareça se essa responsabilidade é contratual ou delitual (art. 8.º, n.º 2, LM).

mento implicar violação de deveres que também estão previstos na LM, o mediador pode ser excluído da lista prevista pelo art. 9.º da LM, nos termos do art. 7.º da Portaria 344/2013, de 27 de novembro⁽³³⁾.

d) Protocolo de Mediação

Escolhido o mediador, a sua primeira tarefa é a celebração do protocolo de mediação. O protocolo de mediação é uma exigência da Lei de Mediação (art. 16.º, n.º 3, LM) e é semelhante a uma ata de instalação de um tribunal arbitral, tendo como função essencial marcar o início do processo e o compromisso das partes com a sua realização e termos⁽³⁴⁾.

Para além da sua função procedimental, tem também efeitos jurídicos intraprocessuais, designadamente na determinação das regras de condução do procedimento que serão seguidas pelas partes e pelo mediador⁽³⁵⁾, e extraprocessuais, como a suspensão dos prazos de caducidade ou prescrição dos direitos em discussão⁽³⁶⁾.

O protocolo de mediação encontra-se regulado no art. 17.º do RMed e inclui indicações formais como a identificação das partes e do mediador, o lugar e a língua da mediação e a data e assinatura das partes e do mediador. Inclui também uma declaração de consentimento das partes e uma declaração de todos, partes e mediadores, de respeito pelo princípio da confidencialidade. A referência ao princípio da confidencialidade e, em simultâneo, a omissão de referência aos outros princípios causa alguma estranheza, que nos parece ser explicada pela circunstância de este ser o único princípio da mediação que implica um dever, não apenas para o mediador, mas também para as partes. Quanto ao mediador, conforme

⁽³³⁾ FRANÇA GOUVEIA, MARIANA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2014, p. 62.

⁽³⁴⁾ *Ibidem*, p. 73.

⁽³⁵⁾ LOPES, DULCE e PATRÃO, AFONSO, *Lei da Mediação Comentada*, 2016, p. 128.

⁽³⁶⁾ Nos termos do art. 13.º, n.º 2, da LM “o recurso à mediação suspende os prazos de caducidade e prescrição a partir da data em que for celebrado o protocolo de mediação”.

referido no ponto anterior, ainda que não sejam expressamente referidos no protocolo de mediação, este encontra-se contratualmente vinculado também aos restantes princípios. O protocolo de mediação inclui, finalmente, elementos relativos à organização do procedimento, como a indicação sumária do litígio, as regras de procedimento, incluindo o modo de apresentação do caso, o tipo e a data das sessões, a calendarização do procedimento e o prazo máximo, ainda que alterável, da mediação.

Subscrito o Protocolo, pode então começar-se a mediação propriamente dita.

e) Sessões de mediação, em especial as sessões privadas

Já se disse que o Regulamento não entra no pormenor do que deve ser o procedimento de mediação, deixando às partes e ao mediador quase total liberdade sobre o modo como pretendem que o seu procedimento se desenrole.

O normal será que haja algumas sessões presenciais de discussão do caso, na maior parte dos casos com a presença de todas as partes — as chamadas sessões plenárias. O número de sessões não tem um mínimo, nem um máximo, mas em termos de remuneração do mediador, não pode ir além das 10 sessões (art. 27.º, n.º 1, RMed).

Também é possível, porém, que se realizem, por um lado, sessões não presenciais e, por outro, sessões privadas. Nenhuma delas compromete qualquer princípio fundamental da mediação.

As sessões não presenciais poderão ser feitas por qualquer meio de comunicação à distância, seja telefone, videoconferência ou qualquer outro meio que permita uma comunicação efetiva entre todos os intervenientes.

As sessões privadas, que se costuma designar por *caucus*, são reuniões separadas com cada uma das partes e o mediador. Estas sessões permitem, muitas vezes, desbloquear impasses, pois a parte está, naturalmente, mais à vontade sem a outra parte⁽³⁷⁾.

⁽³⁷⁾ MOORE, CHRISTOPHER, *O Processo de Mediação*, 1998, p. 277.

O mediador tem, aqui, deveres acrescidos de confidencialidade, na medida em que a informação que lhe é transmitida nas sessões privadas não pode, exceto com autorização da parte, ser comunicada à outra (art. 5.º, n.º 2, LM).

O facto de haver informação não partilhada no procedimento de mediação leva a especiais cautelas, já que pode pôr em causa a confiança no processo e no mediador. Por essa razão se exige o consentimento de ambas as partes para a possibilidade de comunicações privadas — art. 7.º do Código Deontológico. Além disso, conforme decorre do princípio da igualdade (art. 6.º, n.º 1, LM) e é reforçado pelo art. 7.º do Código Deontológico, o mediador tem sempre o dever de assegurar igual oportunidade aos mediados de exporem os seus pontos de vista sobre o litígio.

Para além das sessões orais, que são o típico da mediação, pode, ainda, haver apresentações escritas sobre o caso, assim como troca de documento ou outros elementos (probatórios ou não) úteis à obtenção do acordo.

O Regulamento nada diz sobre o conteúdo das sessões de mediação, devendo o mediador seguir aqui o processo de mediação que melhor se adegue à sua formação e experiência, tomando, naturalmente, em conta o caso e as expectativas das partes⁽³⁸⁾.

f) Representação das pessoas coletivas e papel dos advogados na mediação

O art. 5.º, n.º 2, RMed, determina que as pessoas coletivas são preferencialmente representadas por quem esteja familiarizado com o litígio e tenha poderes para transigir.

Conforme referido atrás, a mediação é uma forma de resolução de litígios em que se busca os interesses que cada parte tem naquele litígio para, com base nisso, se construir uma solução que

⁽³⁸⁾ Em traços gerais, os estilos de mediação mais estudados são a mediação facilitadora, a mediação interventiva e a mediação transformadora. Sobre este assunto ver LOPES, DULCE e PATRÃO, AFONSO, *Lei da Mediação Comentada*, 2016, pp. 150-151, e FOSTER, KATINA, “A Study in Mediation Styles: A Comparative Analysis of Evaluative and Transformative Styles”, disponível em <<http://www.mediate.com/articles/fosterk1.cfm>>.

agrade a ambas. Esta ideia torna clara a necessidade de garantir que está presente na mediação alguém que conhece bem o litígio. Alguém que conhece a relação que existe entre as duas empresas, que sabe o que gerou e o que fez escalar o conflito, que conhece eventuais falhas de comunicação ou mal-entendidos que possam ter existido. Essa pessoa conhece os interesses da pessoa coletiva, incluindo o conhecimento sobre se a empresa tem ou não interesse em manter aquela relação no futuro, e pode negociar para satisfazer esses interesses. Uma mediação entre duas pessoas que apenas conhecem as posições iniciais das partes — aquilo que cada uma afirma pretender — dificilmente terá resultados satisfatórios.

No que diz respeito aos poderes para transigir, apesar de se revelarem imprescindíveis para a conclusão do acordo que põe fim ao litígio, não é necessário que o representante da pessoa coletiva os tenha quando a mediação se inicia. Desde que tenha poderes para representar a pessoa coletiva, o poder para transigir pode ser-lhe conferido já durante a mediação e, eventualmente, apenas para conclusão de um acordo específico (entretanto negociado).

Não sendo necessário, há vantagens em que o representante da pessoa coletiva tenha poderes para transigir desde o início do processo. Por um lado, torna o processo mais célere, na medida em que não é necessário interrompê-lo para que o representante obtenha permissão para concluir o acordo. Mais importante do que isso, contudo, é o facto de a outra parte não se sentir menosprezada (pelo facto de a contraparte ter enviado alguém com um estatuto na empresa inferior ao seu)⁽³⁹⁾ e se mostrar mais disposta para negociar e fazer eventuais cedências se souber que, do outro lado, está alguém que também tem a liberdade para fazer cedências.

O art. 5.º do RMed refere também, no n.º 3, a possibilidade de as partes serem assistidas por advogados⁽⁴⁰⁾. Na mediação comercial, o papel do advogado, apesar de ser diferente do seu papel no tri-

⁽³⁹⁾ MOORE, CHRISTOPHER, *O Processo de Mediação*, 1998, p. 132.

⁽⁴⁰⁾ Sobre a função do advogado na mediação ver FRANÇA GOUVEIA, MARIANA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2014, pp. 52-56, e SIMAC, SRDAN, “Attorneys and Mediation”, in *A Mediação em Ação — Mediation in Action*, Coimbra, Mediarcom/Minerva Coimbra, 2008, pp. 15-69.

bunal ou na arbitragem, é muitas vezes fundamental para a obtenção de um acordo satisfatório para as partes. Cabe-lhe assistir o seu cliente, garantindo que este conhece o enquadramento jurídico da questão e sabe exatamente aquilo que está a negociar. A sua presença pode ser importante, também, para controlar a atividade do mediador, quer do ponto de vista da competência quer da deontologia⁽⁴¹⁾.

5. Acordo

Se a mediação for bem-sucedida, as partes encontrarão, por acordo, uma solução para o seu diferendo. Esse acordo tem, naturalmente, de revestir algum formalismo, mas nada de muito exigente.

O Regulamento do Centro de Arbitragem Comercial adota nesta matéria (art. 21.º, RMed) a regra prevista no art. 20.º da Lei da Mediação, de acordo com o qual “O conteúdo do acordo é livremente fixado pelas partes e deve ser reduzido a escrito, sendo assinado pelas partes e pelo mediador”.

Exige-se, portanto, forma escrita e assinatura das partes e do mediador, sendo o conteúdo inteiramente redigido conforme a vontade das partes.

No que diz respeito ao conteúdo, este é livremente fixado pelas partes, dentro dos limites da liberdade contratual. Parece-nos que a correta interpretação deste artigo não pode conduzir à conclusão de que as partes podem celebrar em mediação um contrato que fora da mediação não é admitido pelo ordenamento jurídico. Tal levaria a que a mediação pudesse ser utilizada pelas partes para contornar os limites impostos pelo sistema jurídico. Assim, o acordo resultante da mediação, como contrato que é, deve respeitar os arts. 280.º e 294.º do Código Civil⁽⁴²⁾.

⁽⁴¹⁾ FRANÇA GOUVEIA, MARIANA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2014, p. 55.

⁽⁴²⁾ LOPES, DULCE e PATRÃO, AFONSO, *Lei da Mediação Comentada*, 2016, p. 159. Acerca dos limites à liberdade contratual, MORAIS CARVALHO, JORGE, *Os Limites à Liberdade Contratual*, Coimbra: Almedina, 2016.

O acordo obtido em mediação é título executivo caso preencha os requisitos do art. 9.º da LM: mediabilidade, capacidade das partes; respeito pela Lei de Mediação; conformidade com a ordem pública; participação de mediador de conflitos inscrito na lista de mediadores de conflitos organizada pelo Ministério da Justiça.

Para além desta possibilidade, o Regulamento de Mediação permite, ainda, que haja homologação do acordo por árbitro, nomeado, por ambas as partes, para esse efeito. Tal possibilidade está prevista no art. 22.º, n.º 2, RMed e tem como fim permitir uma maior facilidade no momento da execução, já que essa execução seguirá, independentemente do valor, processo sumário (art. 550.º, n.º 3, alínea *a*), do Código de Processo Civil) e terá fundamentos reduzidos de oposição à execução (art. 730.º do Código de Processo Civil). Além disso, a homologação pode facilitar a execução do acordo no estrangeiro⁽⁴³⁾, uma vez que, tratando-se de uma sentença arbitral, é possível recorrer à Convenção de Nova Iorque⁽⁴⁴⁾.

O árbitro, assim nomeado, deverá verificar se o acordo respeita a litígio mediável de acordo com o Regulamento de Mediação, se as partes têm capacidade para a sua celebração e se o seu conteúdo não viola a ordem pública.

Apesar da diferente letra do art. 22.º, n.º 3, do RMed e do art. 14.º, n.º 3, da LM (que prevê os critérios de homologação pelo tribunal judicial), a interpretação das duas normas conduz-nos à conclusão de que o seu conteúdo é idêntico, na medida em que os princípios gerais de direito, a boa-fé e o abuso de direito, referidos pelo art. 14.º, n.º 3, LM, se inserem no que a doutrina tem entendido ser a ordem pública⁽⁴⁵⁾.

(43) LOPES, DULCE e PATRÃO, AFONSO *Lei da Mediação Comentada*, 2016, p. 111.

(44) Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, celebrada em Nova Iorque, a 10 de junho de 1958, e aprovada para ratificação, em Portugal, pela Resolução da Assembleia da República n.º 37/94.

(45) FRANÇA GOUVEIA, MARIANA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2014, p. 91. Em sentido contrário, CEBOLA, CÁTIA, “Regulamentar a Mediação: um olhar sobre a nova Lei de Mediação em Portugal/Regulating mediation: yes or no? The mediation law in Portugal”, in *Revista Brasileira de Direito*, Vol. 11, n.º 2, 2015 pp. 60-61, considera que os critérios do art. 14.º, n.º 3, da LM são mais abrangentes do que o critério da ordem pública.

O papel do árbitro no que diz respeito ao controlo do conteúdo é o de um guardião do ordenamento jurídico. Não deve preocupar-se em saber se o acordo das partes corresponde à solução que o Direito teria para aquele litígio, nem sequer se lhe parece um acordo justo. Deve apenas garantir que o acordo não viola nenhum dos princípios fundamentais do nosso ordenamento jurídico.

Preenchidos os requisitos, o árbitro homologa o acordo que passa a valer como sentença arbitral de homologação.

6. Encerramento sem acordo

A mediação pode, também, terminar por razões diferentes do acordo, que são aquelas que estão estipuladas no art. 24.º do Regulamento de Mediação. Pode haver desistência de qualquer das partes, pois, sendo o procedimento de mediação inteiramente voluntário (art. 4.º, LM), as partes podem abandoná-lo em qualquer momento.

Para além desta situação, o mediador pode entender que não há condições para continuar com o procedimento de mediação, por, por exemplo, a postura de uma ou de ambas as partes não ser correta ou por haver uma clara desigualdade entre ambas, que impeça o normal desenrolar do procedimento.

Uma outra hipótese de termo do procedimento verifica-se caso se alcance o prazo fixado no protocolo de mediação sem que tenha sido alcançado qualquer acordo. O prazo de mediação é fixado no protocolo de mediação, nunca podendo ser superior a três meses contados da sua assinatura — art. 23.º, n.º 1, RMed. Este prazo pode ser prorrogado por uma vez e pelo mesmo período máximo, mas apenas havendo acordo das partes e do mediador e autorização do Presidente do Centro. O objetivo claro desta regra é procurar limitar as hipóteses de prorrogação e manter a mediação em prazos curtos. Trata-se, contudo, de uma norma que não afeta a possibilidade de acordo. Ao contrário da arbitragem em que, passado o prazo máximo, o árbitro deixa de ter poderes jurisdicionais

que lhe permitam decidir o caso⁽⁴⁶⁾, na mediação o mediador nunca decide. O poder está sempre nas mãos das partes, que decidem através da celebração de um contrato e que não perdem esse poder — a sua autonomia privada — pelo decurso do prazo do art. 23.º. Assim, se o acordo for alcançado depois do decurso do prazo máximo, há consequências jurídicas, como a circunstância de deixarem de estar suspensos eventuais prazos (de prescrição ou caducidade) que estivessem dependentes do encerramento da mediação, mas o acordo não perde a sua validade.

Por fim, uma última situação de encerramento do procedimento é o não pagamento das provisões previstas no Regulamento. Os encargos da mediação são regulados nos arts. 26.º e seguintes do Regulamento e, naturalmente, o não cumprimento desses pagamentos impede o prosseguimento do caso.

Em qualquer um destes casos, há uma comunicação formal do Centro de Arbitragem às partes e ao mediador, importante para clarificar qualquer prazo (de caducidade ou prescrição, substantivo ou adjetivo) que, nos termos do art. 13.º, n.º 3, da LM, possa estar dependente do encerramento da mediação⁽⁴⁷⁾.

7. Conclusões

Apresentado o Regulamento de Mediação do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria, nos seus traços gerais, não temos dúvidas de que é um bom e, mais do que isso, necessário contributo para o desenvolvimento da mediação em Portugal.

⁽⁴⁶⁾ Art. 43.º, n.º 3, da Lei da Arbitragem Voluntária. Sobre este assunto ver MENEZES CORDEIRO, ANTÓNIO, *Tratado da Arbitragem*, Coimbra: Almedina, 2015, pp. 411-412, AA.VV., *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2015, p. 114, e FRANÇA GOUVEIA, MARIANA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2014, pp. 291-293.

⁽⁴⁷⁾ Sobre a questão ver LIMA REGO, MARGARIDA, “A suspensão dos prazos de caducidade e prescrição por efeito da mediação”, também publicado neste número.

A mediação ganha um enquadramento institucional credível, com provas dadas na área da resolução alternativa de litígios e assim reconhecido pela comunidade jurídica portuguesa. Com esta estrutura, ao nível das normas e da instituição, é decerto mais segura a opção pela mediação. Os advogados confiarão, recomendarão aos seus clientes, participarão ativamente nas soluções.

Há, claro, diversos aspetos ainda a assegurar para garantir o sucesso da mediação. O primeiro deles é, sem qualquer dúvida, um conjunto de mediadores competentes e experientes em mediação e na área comercial. A mediação comercial tem especificidades que exigem um perfil especial, diferente da mediação familiar ou penal, uma perceção do que motiva os empresários e uma atenção particular às suas necessidades.

Para além desta questão, há também ainda muito a fazer na divulgação e promoção desta nova ferramenta. Bem sabemos que não há tradição em Portugal e, para além disso, que há muita desconfiança.

É preciso, pois, ganhar essa confiança, o que se consegue apenas com experiência, casos e resultados. Demorará, mas a médio prazo é uma causa vencedora.

A MEDIAÇÃO PRIVADA EM PORTUGAL: QUE FUTURO?

Por Mariana Soares David()*

SUMÁRIO:

1. Introdução. **2.** A Mediação como meio alternativo (ou mais adequado) de resolução de litígios. *2.1.* As vantagens da Mediação. *2.2.* Avaliação casuística, consoante os casos, o momento e o estado do conflito. *2.3.* A experiência no direito comparado. **3.** Os principais obstáculos/dificuldades à penetração da mediação em Portugal. *3.1.* Desconhecimento geral (dentro e fora do mundo jurídico) *3.2.* Confusão com outros MARL e com outras experiências de mediação (mediação pública e nos julgados de paz). *3.3.* Resistência dos advogados. *3.4.* Necessidade de Homologação judicial. **4.** Possíveis caminhos ou soluções. *4.1.* Obrigatoriedade do recurso à mediação? *4.2.* Difusão e promoção da mediação, especialmente, junto da comunidade jurídica. *4.3.* A introdução crescente de convenções de mediação nos contratos celebrados. *4.4.* A aposta na mediação institucional. **5.** Conclusões.

1. Introdução

A mediação é usualmente descrita como um meio de resolução de litígios, alternativo ao recurso ao sistema judicial, tal como

(*) Advogada na Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva e Assoc/Mediadora certificada pelo ICFML e pelo *International Mediation Institute*.

a arbitragem e a conciliação — também ditos, meios alternativos de resolução de litígios (“MARL”)(¹).

Nos últimos anos, o ordenamento jurídico português registou vários avanços legislativos no sentido do reconhecimento e regulamentação da mediação como MARL, em particular, através da introdução da previsão da mediação como causa de suspensão da instância no Código de Processo Civil(²) e, mais ainda, através da aprovação da Lei n.º 29/2013, de 19 de Abril, que estabelece os princípios gerais aplicáveis à mediação realizada em Portugal, bem como os regimes jurídicos da mediação civil e comercial, dos mediadores e da mediação pública (“Lei de Mediação”).

Todavia, a verdade é que a mediação privada — e é apenas sobre esta que nos debruçaremos neste artigo — é, ainda hoje, um procedimento pouco conhecido e divulgado em Portugal, mesmo entre a comunidade jurídica; sendo muitas vezes percepcionada como um *minus* da arbitragem e, por conseguinte, tendo ainda diminuta utilização entre nós. Esta realidade é particularmente intrigante quando confrontada quer com as inúmeras vantagens que a mediação apresenta face ao sistema judicial e mesmo face aos demais meios extrajudiciais de resolução de litígios (*rectius*, de resolução de litígios ou de meros dissensos, ainda em fase pré-litigiosa), quer com o reconhecimento, utilização e sucesso da mediação em inúmeros países à escala mundial. Foi este confronto de ideias, experiências e realidades que motivou a redacção deste artigo.

Por isso mesmo, nas linhas que se seguem, começaremos precisamente por analisar e procurar aventar razões que justifiquem o facto de a mediação privada, civil e comercial, não ter ainda maior

(¹) Na expressão inglesa, muitas vezes utilizada mesmo entre nós: *ADR (Alternative Dispute Resolution Method)*.

(²) Cf. art. 273.º do CPC, introduzido pela Lei n.º 29/2009, de 29 de Junho, que *en passant* transpôs para o ordenamento jurídico nacional a Directiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Maio de 2008, relativa a certos aspectos da mediação em matéria civil e comercial. Aquele diploma foi posteriormente revogado pela Lei n.º 13/2013, de 5 de Março, em cujo art. 6.º se exceptua o referido preceito, que, assim, permaneceu (e permanece) em vigor, até à reforma do Código de Processo Civil de 2013 como art. 279.º-A.

aceitação e utilização em Portugal, apesar de todas aquelas vantagens e da tão favorável experiência no direito comparado. Neste ponto, o que se pretende é evidenciar os principais obstáculos que a mediação parece enfrentar entre nós, pensar sobre os mesmos e, pelo menos, levantar a dúvida sobre a sua razão de ser e efectiva justificação.

Em seguida, porque não nos podemos bastar com a simples enunciação da patologia — um exercício útil mas, por si só, algo infrutífero e frustrante —, tentaremos apontar possíveis caminhos para que a mediação se possa tornar uma realidade em Portugal, hoje, e não daqui a uns anos, como tantas vezes se diz que sucede em Portugal (*i.e.*, *10 anos depois do que acontece nos países mais desenvolvidos*).

Em suma, no final deste artigo, as ideias que gostaríamos de conseguir transmitir são as seguintes: (i) a mediação é um processo estruturado de resolução de conflitos muito eficaz, com vantagens que não encontram espelho nos demais MARL; (ii) a mediação não deve ser vista como uma ameaça à actividade dos advogados, que devem estar muito presentes no processo e que só têm a ganhar com a fidelização de clientes verdadeiramente satisfeitos; (iii) a intervenção activa dos advogados e de centros de mediação organizados junto de instituições reputadas é imprescindível para ganhar a confiança do mundo jurídico mais tradicional; e, por fim, (iv) se a mediação é tão eficaz em tantos países à escala mundial, porque não cá e porque não já.

De facto, como é consabido, a existência de mecanismos de resolução que sejam simultaneamente eficientes e rápidos é um importante factor de atracção de negócios internacionais para qualquer país. Este ponto foi, durante muito tempo, salientado a propósito da arbitragem e aplica-se, por maioria de razão, no que diz respeito à mediação, que, a nosso ver, será inevitavelmente, a breve trecho, uma realidade na resolução de (certos) litígios em Portugal, de modo ainda mais rápido, eficaz e eficiente.

2. A Mediação como meio alternativo (ou mais adequado) de resolução de litígios

2.1. As vantagens da mediação

Na definição da Directiva 2008/52/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, relativo a certos aspectos da mediação em matéria civil e comercial (“Directiva da Mediação”), a mediação é “um processo estruturado, independentemente da sua designação ou do modo como lhe é feita referência, através do qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo sobre a resolução do seu litígio com a assistência de um mediador”⁽³⁾.

A mediação distingue-se da arbitragem por não se tratar de um processo de decisão do litígio por um ou mais árbitros, mas de um processo flexível de negociação assistida por um terceiro neutro, em que são as próprias partes que desenham o melhor modo de resolução do litígio; e por se tratar de um processo absolutamente voluntário, no sentido em que as partes o podem abandonar a qualquer momento. Por outro lado, por comparação com a conciliação, apesar das suas acrescidas similitudes, o mediador tem uma função fundamentalmente facilitativa⁽⁴⁾ do diálogo entre as partes, procu-

⁽³⁾ Esta definição encontra, de certo modo, espelho no art. 2.º, alínea *a*), da nossa Lei de Mediação, onde esta é definida como “forma de resolução alternativa de litígios, realizada por entidades públicas ou privadas, através do qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo com assistência de um mediador de conflitos”, infelizmente sem referência ao carácter estruturado do processo.

⁽⁴⁾ A expressão corresponde a um anglicismo frequentemente utilizado para distinguir duas abordagens possíveis para a forma de condução da mediação: *(i)* facilitativa (*facilitative*) quando o mediador se limita a veicular o diálogo entre as partes sem nunca sugerir ou impor soluções, como sugere o modelo linear da escola de Harvard, e *(ii)* avaliativa (*evaluative*) quando o mediador, num modelo mais próximo do que é próprio do conciliador, intervém de modo mais activo no processo de resolução de litígios, podendo sugerir soluções e sendo até expectável que o faça. Para uma melhor explicação desta distinção entre estes modelos *vide*, entre outros, LACK, JEREMY e BOGACZ, FRANÇOIS, *The neurophysiology of ADR and process design: a new approach to conflict prevention and resolution?*, 2012, disponível em <<http://www.neuroawareness.com/wp-content/uploads/2016/02/Lack-Bogacz-2012-The-Neurophysiology-of-ADR-and-Process-Design-A-New-Approach-to-Conflict-Prevention-and-Resolution.pdf>> (acesso em 04.07.2018), pp. 50-64. Não obstante,

rando afastá-las de uma negociação posicional (*i.e.*, baseada naquilo a que acreditam ter direito e na interpretação que fazem do comportamento do outro) e direccionar o seu discurso para uma discussão focada nos seus verdadeiros interesses, designadamente através de uma combinação de técnicas que o mediador deve dominar, como o questionamento, a reformulação, e a promoção da escuta recíproca das partes. Porém, ao contrário do que se espera na conciliação, o mediador não deve sequer sugerir uma solução para o problema que afasta as partes, mesmo que tal solução lhe pareça óbvia face ao enunciado pelas mesmas. Ao invés, o papel do mediador é, neste domínio, porventura mais difícil, porquanto lhe é pedido que, através das técnicas aprendidas durante a sua formação, faça com que as partes se apercebam dos seus verdadeiros interesses e das possíveis falácias ou fraquezas do seu discurso (sem nunca as expor negativamente diante da outra parte) e com que sejam as próprias partes a formular opções e a chegar a soluções. O caminho é, de facto, mais árduo, mas a experiência — sobretudo em termos de direito comparado — revela que esta estratégia é, a longo prazo, mais eficaz, na medida em que apenas deste modo as partes se conseguem rever realmente na solução alcançada e, por isso mesmo, tendem a cumprir com o acordado.

De facto, não se pense que, atento o seu papel de “mero facilitador”, a função de mediador é mais fácil do que a de juiz, árbitro ou conciliador, sobretudo quando essa tarefa é desempenhada por um jurista. De um lado, porque enquanto, no decurso do julgamento o juiz ou o árbitro se podem, na prática, limitar a ouvir as partes, os seus advogados e testemunhas, estudando a final a(s) questão(ões) jurídica(s) suscitada(s) pelas partes (e apenas essas) e tomando uma posição sobre a(s) mesma(s) — passo o simplismo —, o mediador tem de ter um papel muito activo desde o início do procedimento. Sem essa intervenção activa do mediador, o diálogo entre as partes persistirá no plano da agressão mútua e da ameaça, da negociação com base nos seus direitos (ou daquilo a que estão

porque o modelo facilitativo nos parece ser aquele que mais respeita a própria natureza da mediação, é esse aquele que perfilhamos e que, por isso mesmo, tomaremos por referência ao longo deste artigo.

convencidos ter direito), e, em certos casos, não será sequer possível. De outro lado, apesar de não ter um papel tão activo como o conciliador no plano da formulação e da escolha das possíveis soluções do caso, o mediador intervém activamente, seja na definição das regras do processo e de veiculação do diálogo (e no controlo sistemático do seu cumprimento); seja na condução do próprio processo, e na sua adequação em função da postura e disponibilidade das partes e de eventuais impasses que podem aconselhar a realização de sessões privadas (“caucus”) a qualquer altura do processo; seja na exploração dos verdadeiros interesses das partes, no confronto das mesmas com a sua *BATNA/WATNA*⁽⁵⁾ e na realização de testes de realidade prévios à assinatura de um eventual acordo⁽⁶⁾.

Tudo isto incumbe ao mediador, apesar da sua presença mais neutra. Sem esta intervenção activa do mediador, o processo de mediação dificilmente chegará a *bom porto* e poderá inclusive não cumprir qualquer função. Para além disso, a função de mediador acarreta dois importantes desafios para qualquer jurista: em primeiro lugar, a necessidade de nos desligarmos de um raciocínio puramente jurídico para nos podermos empenhar na procura dos verdadeiros interesses e necessidades das partes, por detrás do seu discurso, muitas vezes demasiado emotivo e posicional, e na pro-

(5) Os acrónimos correspondem, respectivamente, a *Best Alternative to a Negotiated Agreement (BATNA)* e *Worst Alternative to a Negotiated Agreement (WATNA)*, i.e., cenários que devem ser equacionados pelas partes para melhor avaliação da sua probabilidade de sucesso numa acção judicial/arbitral e para melhor compreensão do que poderia ser um bom acordo, em sede de mediação, capaz de evitar a incerteza sobre a verificação da sua *BATNA* e a concretização da sua *WATNA*. Este exercício de reflexão sobre a *BATNA* e a *WATNA* de cada parte é usualmente realizado em sessões privadas, para maior sinceridade e espontaneidade de cada parte e, se possível, antes das fases de formulação de opções e de negociação. Se assim for, diz a experiência que estas últimas fases serão muito mais profícuas, uma vez que as partes estarão mais disponíveis para equacionar outras opções e para negociar após terem sido confrontadas com o seu melhor e pior cenário fora da mediação.

(6) Este ponto é muito importante e nem sempre é suficientemente frisado. A realização do teste de realidade, seja em relação à argumentação que vai sendo esgrimida por cada parte, seja em relação às opções formuladas, seja em relação ao acordo alcançado, é essencial para que não suceda depois que, depois de uma noite de sono sobre o assunto, uma das partes se arrependa do acordo ou se aperceba destas falhas e acabe por não o cumprir ou por tentar até invalidá-lo.

cura de soluções não contempladas pelo direito estrito mas que podem satisfazer melhor os interesses das partes; em segundo lugar, a necessidade de moderarmos o nosso ímpeto argumentativo e a nossa vontade de acelerar o processo e de sugerir soluções jurídicas que nos parecem evidentes, mas que podem não ser as mais adequadas para as partes e que, acima de tudo, não serão sentidas como “suas”.

Dito isto, a nosso ver, as principais características e vantagens da mediação face ao recurso aos tribunais judiciais ou mesmo face aos demais MARL são as que em seguida, sumariamente, se enunciam:

a) Carácter voluntário

Ao contrário do que sucede noutros países, em Portugal, a mediação privada é absolutamente voluntária, no sentido em que as partes podem ou não decidir recorrer à mediação, mesmo no decurso de qualquer processo judicial ou arbitral, e podem igualmente decidir pôr-lhe termo a qualquer momento, em princípio, sem qualquer sanção ou penalização⁽⁷⁾.

Aliás, mesmo perante um despacho judicial que determine a remessa do processo para mediação, suspendendo a instância — hipótese que apenas passou a ser possível a partir de 2009, por força da introdução do art. 273.º no Código de Processo Civil — a própria lei ressalva que as partes se podem opor a essa remessa, desde que se manifestem expressamente contra a mesma.

(7) Não se exclui, em todo o caso, que alguns Regulamentos de Mediação ou o próprio Protocolo de Mediação, que deverá ser assinado pelas partes e pelo mediador antes de dar início ao processo propriamente dito (cf. Lei de Mediação, art. 16.º) possam estabelecer sanções ou, pelo menos, cominações em matéria de pagamento dos custos da mediação aplicáveis à parte que decide pôr-lhe termo. A este propósito, *vide* o art. 26.º, n.º 3, alíneas *b*) e *c*), do Regulamento de Mediação do Centro de Arbitragem Comercial do Centro de Comércio e Indústria Português (“CAC-CCIP”) e o art. 21.º, n.º 4, do Regulamento de Conciliação e Mediação de Conflitos da Concórdia — Centro de Mediação, Conciliação de Conflitos e Arbitragem (“Concórdia”).

b) Flexibilidade e informalidade

Há um certo preconceito, no mundo jurídico, relativamente a estes dois termos, que, de certo modo, penaliza a mediação. Por isso mesmo, importa começar por desmistificar o referido preconceito e a ideia frequente de que apenas um procedimento formal, com um conjunto de ritos históricos associados (como, por exemplo, o uso de togas e becas e o emprego de certos chavões clássicos em tribunal judicial, designadamente antes dos advogados fazerem uso da palavra para inquirições ou alegações), se assegura um procedimento sério e uma boa decisão.

Basta atentar na forma como a maior parte dos não-juristas se referem aos nossos tribunais e no descrédito em que estes parecem ter caído. Para os clientes individuais, todo este ritualismo que ainda circunda os nossos tribunais judiciais representa um elemento de intimidação, que dificulta a sua participação no processo e, por conseguinte, impede que se revejam numa decisão proferida por um juiz que não revelou qualquer empatia pelo seu caso e que as mais das vezes nem sequer os ouviu. Tudo isto agravado pela usual demora na condução dos processos e pelos elevados custos associados ao acesso aos tribunais judiciais⁽⁸⁾. Para os clientes empresariais, ainda que aquele temor reverencial possa não ser tão relevante⁽⁹⁾, o recurso aos tribunais judiciais representa sempre um acréscimo de custos e de tempo, que é difícil de explicar do ponto de vista da racionalidade económica da empresa.

Dito isto, importa igualmente desmitificar uma outra ideia (errada) muitas vezes associada a estes dois epítetos: nenhum destes termos deve ser entendido como sinónimo de ausência de regras, de desorganização ou de arbitrariedade. De resto, a flexibilidade tem sido paulatinamente incorporada também no sistema judicial, de modo crescendo, através de cada reforma do Código de Processo

⁽⁸⁾ Actualmente agravado com os termos absolutamente inconstitucionais de aplicação do remanescente da taxa de justiça, prevista no art. 6.º, n.º 7, do Regulamento das Custas Processuais, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 34/2008, de 26 de Fevereiro.

⁽⁹⁾ Ainda que muitas vezes tenha bastante impacto, mesmo perante os mais altos órgãos sociais, que se revelam absolutamente perturbados quando sentados num banco de tribunal.

Civil, culminando no actual *dever de gestão processual*, plasmado no art. 6.º do Código de Processo Civil por efeito da reforma de 2013 (um sucedâneo do princípio da adequação formal, actualmente mais densificado e vincado). Esta flexibilidade é uma exigência da adequação do processo ao caso, por oposição à anterior adequação do caso ao processo e, pela nossa experiência, tem sido empregue de modo cada vez mais frequente pelos nossos tribunais, a contento das partes. Para além disso, outra das vantagens associadas a estes dois conceitos é a possibilidade de as partes poderem exprimir livremente as suas opiniões, vontades e emoções.

Acrescente-se ainda que nem a flexibilidade nem a informalidade são absolutas no processo de mediação. De facto, pese embora o processo de mediação seja tendencialmente flexível e informal, isso não significa que não haja um conjunto de regras e de procedimentos a seguir até ao resultado final. É frequente ouvir-se, mesmo entre advogados, juízes e árbitros, quem afirme o inverso, imaginando que a mediação não é mais do que uma negociação e que, por isso mesmo, não há qualquer razão para que não sejam os próprios advogados ou o próprio tribunal a conduzi-la. Porém, este comentário ignora, de um lado, que a mediação é um processo de negociação assistido por um neutro e que nem os advogados das partes nem o juiz da causa têm essa qualidade de imparcialidade; e, de outro lado, que a mediação segue um processo estruturado estabelecido pelas partes e pelo mediador ou pelo Regulamento de Mediação para o qual remetam⁽¹⁰⁾ e

⁽¹⁰⁾ Em concreto, na generalidade dos casos, o procedimento deve começar por uma sessão de preparação da mediação com cada uma das partes, para explicação do processo e de algumas regras basilares, sobretudo quando as partes ou os seus advogados não têm experiência em mediação. Em seguida, o procedimento segue com uma sessão conjunta, em que cada parte apresenta a sua versão dos factos e das questões que a distanciam da outra parte, após a qual o mediador deve fazer um resumo e formular uma agenda com os principais tópicos a abordar (e a negociar) nas restantes fases do processo. Se necessário, o mediador pode então — e a nosso ver deve, em quase todos os casos — realizar uma ou mais sessões privadas com cada parte, sempre em condições de igualdade, para que, num clima de estrita confidencialidade, estas possam partilhar com o mesmo questões que não queiram partilhar com a outra parte mas que o mediador possa ajudar a enquadrar, levando as partes a equacionar os seus *BATNA* e *WATNA* e as suas probabilidades. Por fim, o mediador retoma a sessão conjunta para formulação de opções quanto a cada um dos

assenta sobre um conjunto de princípios fundamentais definidos pela Lei⁽¹¹⁾ e pelo Regulamento de Mediação eventualmente aplicável⁽¹²⁾.

Finalmente, ainda quanto à informalidade, uma palavra sobre a mediação *online*. Ao contrário do que sucede em ambiente judicial, onde mesmo o recurso a videoconferências e a projecção de documentos ou apresentações informáticas esbarra com inúmeros problemas de ordem técnica e consuetudinária, na arbitragem, a utilização de meios informáticos é cada vez mais frequente, sendo normalmente bem aceite pelo tribunal. Na mediação, as exigências de celeridade e economia de custos têm fomentado a utilização de plataformas como o *Skype*, *VoIP* ou *GoToMeeting* para a realização de mediações *online*. Deste modo, é possível realizar uma mediação inteira sem que as partes e o mediador se tenham de deslocar fisicamente, evitando-se assim custos adicionais e discussões sobre o lugar da mediação. Este método é particularmente útil em mediações internacionais, mas tem sido também fomentado internamente nalguns países como o Brasil⁽¹³⁾. A ideia é certamente inovadora mas tem enfrentado alguma resistência, pois suprime o carácter pessoal das negociações (*face-to-face mediation*), não favorece a desconstracção das partes, não permite controlar a sua concentração no processo e no discurso da outra parte e dificulta a leitura da linguagem gestual das partes pelo mediador. Em todo o caso, pode ser muito conveniente quando estão em causa litígios internacionais, pois reduz significativamente os custos operacionais.

pontos da agenda e, em seguida, medeia a negociação entre as partes, que deverá culminar com um teste de realidade, antes de o acordo ser finalmente redigido e assinado pelas partes.

⁽¹¹⁾ Cf. Lei de Mediação, arts. 3.º a 9.º

⁽¹²⁾ A título de exemplo, *vide*, entre outros, os arts. 3.º a 5.º do Regulamento de Mediação do CAC-CCIP, os arts. 3.º e 4.º do Regulamento de Conciliação e Mediação de Conflitos da Concórdia.

⁽¹³⁾ Nos termos do art. 334, § 7.º do CPC brasileiro de 2015, “[a] audiência de conciliação ou de mediação pode realizar-se por meio eletrônico, nos termos da lei”. A mediação *online* já era de resto uma realidade desde 2012 no âmbito da justiça federal.

c) *Celeridade e eficiência*

Apesar da sua flexibilidade, que aconselha a uma adaptação casuística do processo, em regra, a mediação é um procedimento muito mais rápido, que se pretende terminado em dias — e não em meses, como na arbitragem, ou em anos, como muitas vezes sucede no sistema judicial.

Na verdade, de acordo com o *Sixth Mediation Audit* de 22.05.2014, realizado pelo *Centre for Effective Dispute Resolution* (“*CEDR*”)(¹⁴), que analisa os resultados da mediação no Reino Unido — onde a mediação se encontra já numa fase mais avançada, podendo por conseguinte servir como exemplo paradigmático do que se espera do funcionamento deste meio de resolução de litígios —, cerca de 75% dos casos são resolvidos por acordo, num só dia, ou em pouco mais, com recurso a um número de horas de preparação pelo mediador muito reduzido(¹⁵).

Para além disso, e pese embora os honorários dos mediadores não distem (e não devam distar)(¹⁶) dos honorários dos árbitros, pelo menos no âmbito da arbitragem e da mediação institucionais — onde esses honorários são tabelados — a verdade é que o procedimento é sempre mais curto. O que, por si só, torna o procedimento menos dispendioso, seja pelo menor número de horas empregues pelo mediador, pelas partes e seus advogados, seja pelos menores custos de deslocação desses vários intervenientes. Isto, sem falar no que se poupa com a desnecessidade de apresentação e deslocação de testemunhas e com todo o incómodo pessoal e institucional associado a esse momento, que assim pode ser evitado.

Numa outra perspectiva, o recurso à mediação permite ainda evitar outros custos, por vezes menos evidentes, relacionados com

(¹⁴) O referido estudo encontra-se disponível no sítio da Internet da *CEDR*, através da ligação <<http://www.cedr.com/docslib/TheMediatorAudit2014.pdf>> (acesso em 04.07.2018).

(¹⁵) Entre 13,5 e 16,5 horas, consoante a experiência dos mediadores.

(¹⁶) De um lado, para evitar que a função de mediador seja menos atractiva para os bons juristas, e de outro lado, para evitar que essa função seja (ou continue a ser) menos importante do que a de árbitro. Em nossa opinião, é imprescindível erguer o estatuto do mediador e isso não será possível se, nos centros de arbitragem e mediação, houver distinção entre os honorários dos mediadores e dos árbitros.

a incerteza quanto à decisão final de um processo judicial ou arbitral (muitas vezes prolongada por vários meses ou anos), com a afectação de recursos internos do cliente para acompanhamento do caso junto dos respectivos advogados e, possivelmente, no caso de sociedades clientes, com a manutenção de uma provisão financeira para a hipótese de insucesso, que naturalmente pesa nas respectivas contas. Por isso mesmo, conforme sublinha WOLF VON KUMBERG⁽¹⁷⁾, a mediação é particularmente útil quando mais importante do que o custo financeiro directo do contencioso é o custo dos recursos internos envolvidos e, bem assim, quando os processos tradicionais de resolução de litígios não têm boa reputação junto dos responsáveis das empresas envolvidas⁽¹⁸⁾.

d) Confidencialidade e Imagem

A confidencialidade é uma característica muitas vezes apontada à arbitragem, mas que tem especial acuidade na mediação, onde, nos termos do art. 5.º, n.ºs 1 e 4, da Lei de Mediação, “[o] procedimento de mediação tem natureza confidencial, devendo o mediador de conflitos manter sob sigilo todas as informações de que tenha conhecimento no âmbito do procedimento de mediação, delas não podendo fazer uso em proveito próprio ou de outrem”, de tal modo que “o conteúdo das sessões de mediação não pode [sequer] ser valorado em tribunal ou em sede de arbitragem”. Não obstante, em conformidade com o disposto nos parágrafos seguin-

⁽¹⁷⁾ VON KUMBERG, WOLF, *The future of mediation in Europe*, no 3.º Congresso Europeu de Mediação, em 26.09.2007, disponível em <<http://www.cedr.com/articles/?item=The-future-for-mediation-in-Europe>> (acesso em 04.07.2018).

⁽¹⁸⁾ Por tudo isto, conclui HANNAH TÛMPEL, responsável pelo Centro Internacional de ADR da Câmara de Comércio Internacional, que, a menos que a relação comercial esteja destruída, que a parte tenha recursos ilimitados e tenha plena certeza de que terá vencimento na acção e da existência de bens suficientes para satisfação do seu crédito (se for o caso), as partes preferem sempre uma resolução rápida e eficiente. A Autora é citada por ANNA-MARIA TAMMINEM, *managing associate* na sociedade de advogados finlandesa *Hannes Snellman*, num artigo disponível em <<http://www.youngicca-blog.com/mediation-the-new-international-arbitration-for-our-generation>>, sob o nome *Mediation — the new “international arbitration” for our generation?* (acesso em 04.07.2018).

tes do mesmo preceito, este dever de confidencialidade apenas se refere ao conteúdo do processo e das sessões de mediação, e não ao acordo obtido, podendo cessar nas circunstâncias excepcionais previstas no n.º 3 do mesmo artigo, relacionadas com a protecção de interesses de ordem superior.

Este princípio é estendido às partes, designadamente através do art. 16.º, n.º 3, alínea *d*), da Lei de Mediação, no qual se determina que o dever de confidencialidade do mediador e das partes deve inclusivamente figurar no Protocolo de Mediação, que deverá ser assinado pelas mesmas antes do início dos trabalhos.

Assim sendo, salvo nas referidas circunstâncias excepcionais, todos os intervenientes no processo de mediação estão obrigados a guardar segredo sobre tudo o que tiver sido discutido no decurso do processo, em especial nas sessões privadas realizadas com cada parte (que se destinam precisamente à comunicação, ao mediador, de aspectos que, à partida, cada uma das partes não estaria disposta a partilhar com a outra).

Este ponto é particularmente relevante quando estão em causa conflitos cujo conhecimento público pode ser nefasto para a imagem pessoal ou profissional de determinada pessoa ou para a reputação e credibilidade de determinada sociedade. Em qualquer desses casos, a confidencialidade será uma ferramenta essencial para a preservação dessa imagem ou reputação.

e) Empowerment

A expressão anglo-saxónica não tem uma tradução directa que nos pareça fazer jus à amplitude do conceito em causa, que vai bastante além do atrás referido carácter voluntário da mediação.

A mediação é um processo das partes, escolhido pelas partes (uma vez que são estas que decidem se querem iniciá-lo, seja através de uma cláusula ou convenção de mediação⁽¹⁹⁾ seja através de

(19) Sem prejuízo da distinção acolhida na Lei de Arbitragem Voluntária entre cláusula compromissória e pacto arbitral, como modalidades da convenção de arbitragem (cf. Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro (“LAV”), art. 1.º, n.º 3), adoptaremos neste con-

um compromisso de mediação posterior)⁽²⁰⁾, controlado a todo o tempo pelas partes (que nele participam e têm, em todos os momentos, oportunidade de falar e de se fazer ouvir, podendo inclusivamente decidir pôr-lhe termo a qualquer altura), o qual é conduzido com um profundo envolvimento das partes e no exclusivo interesse das mesmas (mesmo quando esse interesse não encontra previsão expressa na letra da lei, desde que não ofenda princípios basilares de ordem pública)^(21/22).

Face ao exposto, refere MARIANA FRANÇA GOUVEIA que, na mediação, ao contrário do que sucede em tribunal (judicial ou — acrescente-se — arbitral), “a postura é exactamente a oposta: parte-se do princípio que as partes são as pessoas que melhor colocadas estão para resolver o seu litígio. Há uma ideia de responsabilidade pessoal que se traduz na atribuição às partes do domínio do problema e do processo”⁽²³⁾. Aliás, esta característica é apontada por muitos como uma das principais vantagens da mediação face aos demais MARL, capaz de justificar o usual cumprimento voluntário dos acordos alcançados nesta sede.

texto a nomenclatura plasmada no art. 12.º da Lei de Mediação, que restringe — porventura, excessivamente — o conceito de convenção de mediação à cláusula contratual por meio da qual as partes acordem em submeter determinada questão à mediação.

⁽²⁰⁾ É possível também que a mediação seja sugerida judicialmente, pese embora não seja ainda prática corrente, sobretudo por desconhecimento dos seus termos e eficácia. Não obstante, mesmo nesse caso, não se tratando de mediação obrigatória, as partes são sempre livres de aceitar ou não a submissão à mediação.

⁽²¹⁾ Cf. Lei de Mediação, art. 9.º, n.º 1, alínea *d*).

⁽²²⁾ Não obstante, para conforto e tranquilidade do sistema jurídico, nos termos do art. 11.º, n.ºs 1 e 2, da Lei da Mediação, só podem ser submetidos à mediação privada, civil e comercial, os litígios relacionados com interesses de natureza patrimonial ou com direitos sobre os quais as partes possam celebrar transacção — ou seja, matérias em que a autonomia decisória das partes faz sentido e, em princípio, tem menos risco de colocar em perigo princípios fundamentais.

⁽²³⁾ FRANÇA GOUVEIA, MARIANA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3.ª ed., Coimbra: Almedina, 2014, p. 50.

f) Profundidade, Criatividade e Reparação

A profundidade, criatividade e capacidade de reparação são, provavelmente, as características que mais diferenciam a mediação dos demais meios de resolução de litígios. Todas elas acabam por estar, de certo modo, relacionadas com o *empowerment* das partes e com a voluntariedade e flexibilidade do processo, sobre os quais já nos debruçámos *supra*, mas merecem tratamento autónomo pela sua extrema relevância.

Ao contrário dos demais meios de resolução litígios, a mediação tem como principal enfoque os verdadeiros interesses e necessidades das partes, por contraposição com as posições assumidas pelas mesmas, muitas vezes baseadas nos seus sentimentos e supostos direitos. Em boa verdade, trata-se do único método de resolução de litígios que se procura, efectivamente, distanciar ou decalcar da aplicação do direito estrito, que nem sempre satisfaz, da melhor forma, os interesses das partes⁽²⁴⁾. Neste sentido, refere MARIANA FRANÇA GOUVEIA que “só a composição dos interesses permitirá a duração do acordo e a manutenção do entendimento dos litigantes”⁽²⁵⁾.

Para além disso, pela profundidade com que se debruça sobre o conflito e pelo seu enfoque nos verdadeiros interesses das partes, a mediação procura uma solução que seja satisfatória para as duas partes (uma *win-win solution*), que evite a usual frustração sentida nos processos judiciais, de modo a que as partes se sintam ambas vencedoras em determinados pontos — idealmente, cada uma, nos aspectos que seriam, para si, mais relevantes⁽²⁶⁾. Tal solução pode passar por um pedido de desculpas, de que uma parte precise para poder ultrapassar a ofensa que sentiu com a situação que deu ori-

⁽²⁴⁾ Nesta ordem de ideias, Srdan Simac, juiz do Tribunal Superior de Comércio da Croácia, inclui, entre as vantagens da mediação para as partes, a consideração de todos os detalhes do litígio e não apenas daqueles com relevância jurídica (cf. SIMAC, SRDAN, “Attorneys and Mediation”, retirado do Livro *Mediation in Action/A Mediação em Acção*, editado por Vasconcelos-Sousa, José, Mediarcom/MinervaCoimbra, 2008, pp. 52-61).

⁽²⁵⁾ FRANÇA GOUVEIA, MARIANA, *ob. cit.*, p. 46.

⁽²⁶⁾ SIMAC, SRDAN, *ob. cit.*, pp. 52-61.

gem ao conflito, ou pode igualmente passar por uma solução mais criativa, como seja a criação de uma nova parceria entre as partes, que permita reestabelecer a sua relação comercial e ultrapassar o conflito passado. Nenhuma destas soluções caberia, provavelmente, na previsão do direito estrito e, por conseguinte, apesar da possibilidade do recurso à equidade, nos termos legalmente permitidos⁽²⁷⁾, dificilmente seria alcançada através do recurso a outro MARL.

De facto, ao olhar para o fundo do problema e para as suas verdadeiras causas e origens, detecta-se muitas vezes que a descrição do conflito realizada pelas partes está já muito moldada por um determinado enquadramento jurídico (que lhes tenha sido sugerido ou de que estas se tenham simplesmente convencido). Assim se explica, por hipótese, que, em tantos casos, apesar da indemnização reclamada por determinada parte, esta tenha outros interesses subjacentes, aos quais atribui até maior relevância, mas que o direito estrito não alcança — como sejam, a continuidade da relação comercial ou apenas a procura de uma solução rápida e que lhe permita evitar mais prejuízos.

Ora, para que estas soluções possam *vir a lume*, o trabalho do mediador — de investigação dos verdadeiros interesses e necessidades das partes e de exploração das causas do conflito — é essencial. Só assim se pode reestabelecer a comunicação entre as partes, para que estas se possam ouvir (e, quem sabe, compreender o comportamento da outra parte) e recuperar a confiança perdida durante o conflito. É certo que este cenário óptimo nem sempre se verificará mas, ainda que tal não suceda, se o trabalho de mediação for bem realizado e se as partes não estiverem absolutamente fechadas a essa possibilidade, mesmo que não seja possível ou conveniente recuperar a relação comercial, será certamente possível — ou pelo menos mais possível do que nos restantes MARL — pacificar o conflito e evitar custos adicionais com a sua manutenção.

Sendo certo que tudo o que atrás se disse a propósito da relação comercial entre as partes vale igualmente, e por maioria de razão, quanto à relação pessoal eventualmente existente entre as

(27) Cf. Código Civil, art. 4.º, CPC, art. 594.º, n.º 3, e LAV, art. 39.º.

mesmas. Imaginemos dois irmãos ou amigos que se zangam sobre uma divisão de propriedade: nenhuma solução será profundamente satisfatória para os dois se esta questão relacional não for, pelo menos, abordada.

2.2. Avaliação casuística, consoante os casos, o momento e o estado do conflito

Sem prejuízo das inúmeras vantagens atrás apontadas, a nosso ver, o sucesso da mediação em Portugal depende, não apenas de uma maior (e melhor) promoção do processo de mediação e destas suas vantagens, mas também da compreensão de que nem todos os casos devem ser submetidos à mediação.

Dito de outro modo: apesar do amplo conceito de mediabilidade previsto no art. 11.º da Lei de Mediação, há certos casos que não são aptos à mediação ainda que possam teoricamente ser submetidos a este processo de resolução de litígios e que, por isso mesmo, caso o sejam, não terão grande probabilidade de sucesso, acabando por enfraquecer a imagem da mediação e a sua elevada taxa de sucesso.

Em suma, em nossa opinião, não devem ser submetidos à mediação aqueles casos em que:

- i) O nível de conflito seja tão elevado que inviabilize o diálogo, ou em que uma das partes recuse veemente a hipótese de negociação ou de diálogo⁽²⁸⁾;
- ii) Se revele necessário, para uma das partes ou para ambas, estabelecer um precedente judicial⁽²⁹⁾ ou a obtenção de

⁽²⁸⁾ Neste sentido, salienta PAULA YOUNG a importância do recurso à mediação numa fase inicial do litígio, antes que este alcance níveis mais avançados de litigiosidade; altura em que o diálogo não será, provavelmente, uma opção, porque a vontade das partes as impele para o litígio [cf. YOUNG, PAULA, *The "What" of Mediation: When is mediation the right process of choice?*, disponível em <<http://www.mediate.com/articles/young18.cfm>> (acesso em 04.07.2018)].

⁽²⁹⁾ Este exemplo vale, fundamentalmente, para os países de *common law*.

caso julgado sobre determinados factos, essenciais para um pedido posterior de condenação de terceiro no exercício de direito de regresso;

- iii) Uma das partes se encontre numa posição de fragilidade que exija uma postura mais interventiva do que a do mediador para repor a justiça material;
- iv) Uma das partes só possa ser vinculada pela decisão de duas ou mais pessoas, tendo os respectivos representantes visões diametralmente opostas quanto à forma de resolução do conflito e quanto à solução que consideram aceitável.

Pelo contrário, estamos em crer que a mediação será muito útil nos casos em que⁽³⁰⁾:

- i) As partes têm uma visão conflituante dos factos ou do direito;
- ii) As partes, ou uma das partes, precisa(m) que a outra a oiça e que lhe peça desculpa;
- iii) As partes já não conseguem comunicar sem um intermediário mas ainda há alguma possibilidade ou vontade nesse diálogo ou em que o diálogo está a ser bloqueado por mal entendidos ou preconceitos que podem ser desbloqueados por um neutro treinado;
- iv) As partes vêem os seus interesses como incompatíveis mas parece haver alguma margem de compatibilidade;
- v) As partes discordam quanto ao foro de resolução do litígio;
- vi) As partes têm dificuldade em iniciar um processo negocial ou chegaram a um impasse nas negociações;
- vii) É necessário proteger questões de segredo comercial;

⁽³⁰⁾ Neste elenco, seguimos de perto YOUNG, PAULA, *ob. cit.*, nessa parte citando HALL ABRAMSON, em *Mediation Representation: Advocating in a Problem-Solving Process*.

- vii) É necessário assegurar ou salvaguardar (na medida do possível) o relacionamento entre as partes;
- ix) As partes estão empenhadas e interessadas em evitar um litígio prolongado e custoso, a perturbação negocial causada pelo acompanhamento e decurso do mesmo, bem como a indefinição do resultado do processo judicial/ arbitral, pretendendo aquelas manter um certo controlo sobre o resultado final.

Na maior parte dos casos, as partes não estarão na melhor posição para perceber se determinado assunto ou conflito deve ou não seguir para mediação, por se encontrarem demasiado envolvidas na questão.

Este trabalho de discernimento deverá, pois, ser realizado por alguém mais distante do litígio, como os respectivos advogados, o juiz ou o(s) árbitro(s) perante os quais a questão seja colocada, ou o mediador que recebe determinado caso para mediação. A decisão final, de avançar ou não com o processo de mediação, permanecerá nas mãos das partes, mas pelo menos será uma escolha mais informada. Sobretudo nestes primeiros anos de arranque da mediação privada em Portugal, parece-nos essencial que o mediador desempenhe também este papel pedagógico.

Dito isto, contanto que este trabalho de depuramento seja também realizado e assegurado, não há dúvida de que, em certos casos, a mediação não será apenas um meio alternativo de resolução de litígios, mas *o meio mais adequado*⁽³¹⁾ para a resolução daquele litígio.

⁽³¹⁾ A expressão “Meio Adequado de Resolução de Litígios”, como opção de densificação do acrónimo MARL em substituição de “Meio Alternativo de Resolução de Litígios”, é utilizada, entre outros, por CARMONA, CARLOS ALBERTO, em *A Arbitragem como Meio Adequado de Resolução de Litígios*, em Peluso, Min. Antonio Cezar (org.) Richa, Morgana de Almeida (org.) *Conciliação e Mediação: Estruturação da Política Judiciária Nacional*, Editora Forense, 2011, p. 298. No mesmo sentido, mas fazendo uso do adjetivo *Apropriado*, veja-se LACK, JEREMY, em “Appropriate Dispute Resolution (ADR): The Spectrum of Hybrid Techniques Available to the Parties”, *ob. cit.*, pp. 334.

2.3. A experiência no direito comparado

A mediação privada, como a entendemos hoje, parece ter tido início nos Estados Unidos da América, no princípio dos anos 70, sendo actualmente um dos principais meios de resolução de litígios⁽³²⁾, frequentemente incluído nos contratos das maiores empresas americanas e usualmente sugerida pelos tribunais⁽³³⁾. Não obstante, tratando-se de uma federação de Estados, a implementação da mediação não é idêntica nos vários Estados que a compõem, divergindo sobretudo quanto ao seu nível de regulação⁽³⁴⁾ e até quanto ao seu carácter obrigatório ou facultativo⁽³⁵⁾. Porém, independentemente do modelo de mediação utilizado em cada Estado, o certo é que a mediação se tem tornado uma realidade incontornável, de tal modo que a maior parte dos processos nos Estados Unidos da América são hoje resolvidos sem necessidade de realização de julgamento⁽³⁶⁾.

No Reino Unido (particularmente, em Inglaterra e Gales), a mediação tem sido um dos principais mecanismos de resolução de conflitos comerciais nos últimos 10 a 15 anos⁽³⁷⁾ e tem-se tornado

(32) Nalguns Estados diz-se até que a mediação é mais popular do que a arbitragem.

(33) MCFADDEN, DANNY, LL.M., FCI Arb, *Developments in International Commercial Mediation: USA, UK, Asia, India and the European Union*, p. 11, disponível em <<http://www.cedr-asia-pacific.com/cedr/uploads/articles/pdf/ARTICLE-20151015103818.pdf>>, (acesso em 04.07.2018), p. 1 e *Chambers Legal Practice Guides — Litigation*, Autores vários, editado por Chesler, Evan R., Cravath, Swaine & Moore LLP, 2014, p. 1362.

(34) A título exemplificativo, ao contrário do que sucede em New Jersey, a mediação é absolutamente informal e sem regras em Wisconsin e no Arizona.

(35) A este propósito vejam-se, de um lado, a nível federal, o *Alternative Resolution Dispute Act* de 1998, que impõe que os tribunais federais implementem meios alternativos de resolução de litígios e que atribui aos juízes poder para encaminhar certos casos para procedimentos alternativos de resolução de litígios (incluindo mediação), a título obrigatório, e, de outro lado, a nível estadual, algumas leis específicas da Califórnia, Delaware, Illinois, entre outros — cf. *Getting the Deal Through 2016, United States*, Law Business Research L.^{td}, London, p. 98.

(36) Ainda que essa resolução possa não passar necessariamente pela mediação, mas por um processo negocial ou por uma mediação judicial (por vezes mais próxima da conciliação do que da mediação).

(37) Cf. *Chambers Legal Practice Guides — Litigation*, *ob. cit.*, p. 1313.

cada vez mais popular no diferendo de litígios de qualquer dimensão. Apesar da ausência de qualquer legislação ou regulamentação a propósito do mediador ou do funcionamento da mediação, os benefícios deste meio de resolução de litígios têm sido amplamente reconhecidos⁽³⁸⁾, sendo cada vez mais frequente a sugestão judicial de recurso à mesma e existindo inclusivamente várias decisões judiciais que impõem às partes sanções pecuniárias em caso de não cumprimento ou recusa injustificada de cumprimento dessa sugestão⁽³⁹⁾. Seja por este factor de persuasão, seja simplesmente por uma questão cultural ou pela necessidade de encontrar alternativas a um sistema judicial caro e muito sobrecarregado, o certo é que a mediação parece ser, actualmente, equacionada em quase todos os casos⁽⁴⁰⁾, verificando-se um crescimento anual na ordem dos 15% no recurso à mediação desde 2010^(41/42).

Logo em seguida, a Austrália tem sido, há vários, um dos principais entusiastas da mediação à escala mundial⁽⁴³⁾, seguida provavelmente do Canadá⁽⁴⁴⁾.

⁽³⁸⁾ De realçar ainda que, de acordo com o *Sixth Mediation Audit* de 22.05.2014, realizado pelo *Centre for Effective Dispute Resolution (CEDR)*, 71% dos utentes manifestam uma postura muito positiva face ao uso da mediação e que o valor dos casos tem vindo a aumentar, aproximando-se de 9 biliões de libras por ano.

⁽³⁹⁾ *Dunnet v. Railtrack plc*, [2002] EWCA Civ 303, *PGF II SA v. OMFS Company I Limited*, [2013] EWCA Civ 1288 — ambos cit. em *The Dispute Resolution Review*, Autores vários, editado por Cotton, Jonathan, 2014, p. 233. No último caso, o tribunal recusou atribuir ao réu os seus custos porque este se tinha recusado a mediar o litígio no início. No mesmo sentido, *Mediation in the UK today*, por Sir Henry Brooke, presidente do *Civil Mediation Council*, em 02.02.2010, em disponível em <<http://www.cedr.com/articles/?item=Mediation-in-the-UK-today-by-Sir-Henry-Brooke>> (acesso em 04.07.2018).

⁽⁴⁰⁾ Cf. *Chambers Legal Practice Guides — Litigation*, 2014, *ob. cit.*, p. 1330.

⁽⁴¹⁾ LANGDON-DOWN, GRANIA, *Commercial mediation: resolution revolution?*, 30.09.2013, disponível em <<http://www.lawgazette.co.uk/law/commercial-mediation-resolution-revolution/5037884.fullarticle>> (acesso em 04.07.2018).

⁽⁴²⁾ Cf. *Chambers Legal Practice Guides — Litigation*, 2014, *ob. cit.*, pp. 572, 587 e 588.

⁽⁴³⁾ *The Dispute Resolution Review*, 2014, *ob. cit.*, pp. 30-32, MCFADDEN, DANNY, LL.M., FCI Arb, *Developments in International Commercial Mediation: USA, UK, Asia, India and the European Union*, *ob. cit.*, pp. 11-13.

⁽⁴⁴⁾ A mediação tem muita expressão praticamente em todos os estados do Canadá, sendo inclusivamente obrigatória nalgumas províncias, como Ontario (cf. *The Dispute Resolution Review*, 2016, *ob. cit.*, p. 115; *Chambers Legal Practice Guides — Litigation*, 2014, *ob. cit.*, p. 221; *Getting the Deal Through — Mediation 2016, Canada*, *ob. cit.*, p. 29).

Na Europa, a mediação sofreu um novo impulso após a entrada em vigor da Directiva da Mediação, em Junho de 2008, pese embora esta apenas se aplique a conflitos internacionais. A Directiva da Mediação encontra-se neste momento transposta na quase totalidade dos Estados-Membros da União Europeia (com excepção do Reino Unido), nalguns casos com aplicação também a diferendos ou conflitos puramente internos (como sucede no ordenamento jurídico português)⁽⁴⁵⁾. Não obstante, ainda antes da aprovação desta Directiva, já no Livro Verde de 2002 e no Código Europeu de Conduta de 2004 se davam passos importantes para a promoção da mediação na União Europeia. As realidades individuais de cada Estado-Membro são ainda muito díspares, pese embora, na maior parte dos casos, a tradição judiciária seja ainda muito forte e exista ainda um profundo desconhecimento sobre a mediação. Assim se explica que, de acordo com um estudo de 2014, 46% dos Estados-membros, entre os quais Portugal, ainda tenham menos de 500 mediações por ano, em contraste com a Alemanha, Itália, Holanda e Reino Unido, com mais de 10.000 de mediações por ano⁽⁴⁶⁾.

De facto, sem prejuízo da inegável importância da Directiva da Mediação, verifica-se que os Estados-Membros onde a mediação tem uma presença mais forte, como o Reino Unido e a Holanda⁽⁴⁷⁾, são países onde o início da sua utilização antecede em muito esta Directiva e onde a mediação institucional tem tido um papel importante.

Em sentido crescente, vejam-se os exemplos da Noruega, onde tem havido um grande investimento estatal na mediação e onde se prevê que os tribunais possam iniciar uma mediação judicial ou remeter o caso para mediação extrajudicial a qualquer momento do processo⁽⁴⁸⁾, sendo esta vista como um meio muito eficaz de resolução de litígios⁽⁴⁹⁾, bem como da Suécia, apesar da

(45) Cf. Directiva 2008/52/CE, art. 1.º, n.º 2, e Lei da Mediação, art. 2.º, alínea a).

(46) Cf. MCFADDEN, DANNY, *Developments in International Mediation: USA, UK, Asia, India and the European Union*, ob. cit., pp. 7-8.

(47) *Chambers Legal Practice Guides — Litigation*, 2014, ob. cit., pp. 877-878.

(48) *The Dispute Resolution Review*, 2014, ob. cit., p. 611-612

(49) *Chambers Legal Practice Guides — Litigation*, 2014, ob. cit., p. 928.

ainda elevada resistência dos advogados e da forte importância da arbitragem⁽⁵⁰⁾.

Ainda na Europa, mas já fora da União Europeia, também na Suíça, a mediação tem vindo a crescer, em grande parte, graças ao papel desempenhado pela *Swiss Chamber of Commerce*⁽⁵¹⁾.

Do *outro lado do mundo*, para além da Austrália, destaquem-se ainda os exemplos de Hong Kong, onde a mediação tem ganho proeminência crescente desde a implementação da reforma da justiça civil e da entrada em vigor da *Practice Direction 31*, em 2010, que exige uma tentativa genuína das partes na resolução da disputa por mediação⁽⁵²⁾; do Vietnã, onde a mediação e a conciliação surgem como MARL preferenciais, sendo até obrigatórios em certos litígios⁽⁵³⁾; da Malásia, onde o recurso à mediação e, bem assim, o número de centros de mediação têm aumentado significativamente⁽⁵⁴⁾; e da Singapura, que tem apostado muito no seu posicionamento como “*venue for international mediation*”⁽⁵⁵⁾.

Por fim, na América Latina, nos últimos anos, a mediação tem tido uma evolução muito favorável, particularmente na Argentina, onde parece estar, inclusive, mais em voga do que a arbitragem em quase todos os estados da federação⁽⁵⁶⁾; e no México, onde a mediação é facultativa mas tem sido muito encorajada pela *CANACO*, pelo *Mexican Mediation Institute* e pelos tribunais locais⁽⁵⁷⁾, oferecendo taxas de sucesso muito satisfatórias. Neste contexto, também o Brasil tem revelado um avanço significativo no recurso à mediação, que se espera que aumente ainda mais na sequência da recente aprovação da lei de mediação brasileira e das alterações ao código de processo civil brasileiro, em 2015⁽⁵⁸⁾.

⁽⁵⁰⁾ *Ibidem*, p. 1259.

⁽⁵¹⁾ *The Dispute Resolution Review*, 2014, *ob. cit.*, p. 753.

⁽⁵²⁾ *Ibidem*, pp. 330-331.

⁽⁵³⁾ *Ibidem*, p. 842.

⁽⁵⁴⁾ *Ibidem*, pp. 530-531.

⁽⁵⁵⁾ *Chambers Legal Practice Guides — Litigation*, 2014, *ob. cit.*, pp. 1138 e 1148.

⁽⁵⁶⁾ De acordo com os dados da *Comisión Nacional de Acceso a Justicia*, disponíveis em <<http://www.cnaj.gob.ar/cnaj/docs/cuadro.jsp>> (acesso em 04.07.2018).

⁽⁵⁷⁾ *The Dispute Resolution Review*, 2014, *ob. cit.*, p. 561 e *Chambers Legal Practice Guides — Litigation*, 2014, *ob. cit.*, p. 846.

⁽⁵⁸⁾ *Chambers Legal Practice Guides — Litigation*, *ob. cit.*, 2014, p. 158.

Como se vê, as experiências e os modelos adoptados em cada país são muito diferentes: uns mais regulados do que os outros, uns mais voluntários do que os outros, uns mais eficazes do que os outros, uns mais sedimentados do que os outros.

Não obstante, em todos estes países, federações e Estados é possível detectar uma tendência crescente na utilização da mediação, nalguns casos até superior à arbitragem, e sempre com elevadas taxas de sucesso⁽⁵⁹⁾. Pelo que, confrontados com esta realidade empírica, corroborada pelos estudos e análises que se têm feito a este propósito, alguns dos quais se encontram aqui citados, não podemos deixar de nos questionar acerca das razões pelas quais Portugal não se encontra ainda entre este vasto elenco de protagonistas da mediação privada.

3. Os actuais obstáculos/dificuldades à penetração da Mediação em Portugal

Conforme se referiu *supra*, apesar de todas as inequívocas vantagens que se deixaram enunciadas no capítulo anterior e desta inspiradora análise de direito comparado, a mediação continua a não ter grande reconhecimento, ou pelo menos grande utilização, em Portugal.

Face ao exposto, antes de avançarmos com sugestões de possíveis caminhos para o desenvolvimento da mediação em Portugal parece-nos essencial aprofundar um pouco mais os principais obstáculos e dificuldades que esta continua a enfrentar para então podermos equacionar se, e de que forma, os poderemos ultrapassar.

⁽⁵⁹⁾ As taxas de sucesso variam consoante a penetração da mediação em cada país e, naturalmente, como muitos sublinham, consoante a qualidade do mediador e o empenho das próprias partes, sendo certo que nem todos os países têm dados estatísticos construídos a este propósito. No entanto, salientem-se os exemplos, muito positivos e inspiradores, do México, da Singapura, do Reino Unido, de vários membros dos Estados Unidos da América, com taxas de sucesso entre os 70% e os 95%.

3.1. Desconhecimento geral (dentro e fora do mundo jurídico)

Em primeiro lugar, debruçemo-nos sobre o profundo desconhecimento que ainda existe, entre nós, a propósito da mediação.

Por experiência pessoal, este desconhecimento existe, sem dúvida, entre a generalidade dos não-juristas e dos clientes que nos contactam, mas existe também — o que é, porventura, mais grave e de mais urgente reparação — entre grande parte dos juristas, juízes e advogados. Este desconhecimento é usualmente agravado pela antiguidade das pessoas em causa, na medida em que a mediação é um fenómeno relativamente recente na Europa Ocidental e que só muito recentemente começou a ser introduzida nos programas curriculares (de algumas) das Faculdades de Direito nacionais.

Para além disso, no que diz respeito aos advogados, quanto mais distantes do contencioso (e dos MARL, em particular) se situam mais insípido é o seu conhecimento quanto à existência e ao modo de funcionamento da mediação. Este aspecto é particularmente preocupante, na medida em que, pelo menos nos escritórios de maior dimensão, não são normalmente os *advogados de contencioso* que apoiam os clientes na redacção dos seus contratos. Assim se perdendo, por vezes, a oportunidade de previsão contratual de cláusulas ou convenções de mediação, as quais, como adiante se verá, se revelam também essenciais para o aumento da utilização da mediação em Portugal⁽⁶⁰⁾.

Este desconhecimento é muitas vezes justificado com um argumento de ordem histórica ou cultural, relacionado com o perfil naturalmente mais bélico ou aguerrido dos povos latinos. Todavia, numa sociedade globalizada e multicultural como a nossa, não nos parece que a questão cultural possa ser um impedimento. Pode certamente colocar mais dificuldades e justificar um maior atraso na sua adopção, mas não pode ser um impedimento. O primeiro grande impedimento será, isso sim, o desconhecimento — ou, pior

⁽⁶⁰⁾ Cf. Capítulo 4.3 *infra*.

ainda, um conhecimento deturpado — sobre o que é a mediação, sobre as suas inúmeras vantagens e sobre a sua utilização crescente a nível internacional.

3.2. Confusão com outros MARL e com outras experiências de mediação (mediação pública e nos julgados de paz)

Ainda na linha do ponto anterior, sobretudo entre os juristas, é também muito frequente a existência de alguma confusão entre a mediação e outros meios extrajudiciais de resolução de litígios, em particular, a conciliação e a negociação privada entre as partes.

Muito se tem escrito acerca da diferença entre estes meios, razão pela qual nos limitamos a este propósito a remeter para o que explica MARIANA FRANÇA GOUVEIA, em *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*⁽⁶¹⁾. Porém, é frequente encontrarmos juristas que ainda vêem e tratam a mediação como sinónimo de conciliação ou que estão convencidos de que a mediação não passa de uma negociação com um desnecessário acréscimo de custo. Em certos meios, infelizmente, é ainda esta a imagem que a magistratura judicial e que a advocacia têm da mediação, denotando assim, mais uma vez, um profundo desconhecimento sobre o que é a mediação e sobre as suas vantagens.

Esta confusão agrava-se quando nos confrontamos com a existência de modelos de mediação mais avaliativos e, por conseguinte, notoriamente mais próximos da conciliação, e quando verificamos a existência de sistemas jurídicos estrangeiros em que o procedimento qualificado localmente como mediação parece corresponder, de acordo com os nossos cânones, a um processo de conciliação⁽⁶²⁾.

Por outro lado, também a experiência da mediação pública (familiar, laboral e penal) e a mediação nos julgados de paz influen-

(61) FRANÇA GOUVEIA, MARIANA, *ob. cit.*, pp. 41-42, 47-50, 101-106, 119-123.

(62) Exemplos disso mesmo parecem ser o Bahrain, a China, a Colômbia, a República Dominicana, a Itália, a Coreia do Sul, os Emirados Árabes Unidos e a Islândia.

ciam muitas vezes, negativamente, os advogados que tiveram contacto com estas formas de mediação, até aqui, conduzidas de modo menos estruturado e porventura por pessoas com pouca formação para o efeito. A nova Lei da Mediação tem também, neste domínio, a virtude de uniformizar as regras aplicáveis à mediação pública e privada e de ter lançado o mote para vários cursos de formação e certificação de mediadores, organizados, em particular, pelo Instituto de Formação e Certificação de Mediadores Lusófonos (“ICFML”).

3.3. Resistência dos advogados

Perante uma situação de conflito, esgotadas as possibilidades de diálogo com a parte contrária (ou suplantada esta fase), as pessoas dirigem-se usualmente a um advogado antes de decidirem como prosseguir. Querem saber os seus direitos e probabilidades de sucesso antes de tomarem uma decisão, até porque, na maior parte das acções judiciais ou arbitrais, as partes têm obrigatoriamente de estar representadas por advogado.

No entanto, os advogados têm sido apontados como o principal obstáculo à implementação da mediação em vários sistemas jurídicos.

De acordo com HANNAH TÛMPEL⁽⁶³⁾, responsável pelo Centro Internacional de *ADR* da CCI, essa resistência da generalidade dos advogados deve-se, de um lado, à sua falta de conhecimento sobre a mediação e falta de preparação para o acompanhamento e aconselhamento dos clientes no âmbito de um processo de mediação e, de outro lado, ao modelo de honorários usualmente praticado pelos advogados, ainda muito focado num critério valor/hora, que pode ser penalizador caso não seja ajustado, para cima, em consonância com a maior eficiência e celeridade na resolução do litígio através da mediação.

(63) Citada por TAMMINEM, ANNA-MARIA, em *Mediation — the new “internacional arbitration” for our generation?*, *ob. cit.*, disponível em <<http://www.youngicca-blog.com/mediation-the-new-international-arbitration-for-our-generation>> (acesso em 04.07.2018).

Ora, enquanto não existir entre os advogados uma cultura generalizada sobre os benefícios da mediação para o cliente e sobre o papel essencial do advogado no próprio processo de mediação, e enquanto não for evidente para os advogados que é a satisfação do cliente que o fideliza, será muito difícil que a mediação se consiga impor, na prática, como se pretende, como um meio possível — e, em certos casos, mais adequado — de resolução de litígios.

3.4. Necessidade de homologação judicial

Por fim, destaque-se ainda a questão da inexecutibilidade do eventual acordo alcançado em mediação, que se encontrava expressa no art. 249.º-B, introduzido no Código de Processo Civil pela Lei n.º 29/2009, de 29 de Junho (posteriormente revogado pela Lei n.º 13/2013, de 5 de Março) e que resulta actualmente de uma interpretação *a contrario* do art. 9.º da Lei de Mediação.

Com efeito, nos termos do referido artigo da Lei de Mediação, sob a epígrafe “Princípio da executoriedade”, no caso da mediação privada realizada em Portugal, apenas terá força executiva, sem necessidade de homologação judicial⁽⁶⁴⁾, o acordo que preencha os seguintes requisitos: *a)* diga respeito a litígio que possa ser objecto de mediação e para o qual a lei não exija homologação judicial; *b)* em que as partes tenham capacidade para a sua celebração; *c)* tenha sido obtido por via de mediação realizada nos termos legalmente previstos; *d)* cujo conteúdo não viole a ordem pública; e *e)* em que tenha participado mediador de conflitos inscrito na lista de mediadores organizada pelo Ministério da Justiça. Por outras palavras, salvo se no processo de mediação em causa tiver participado um mediador inscrito na referida lista do Ministério da

⁽⁶⁴⁾ Ainda que, a nosso ver, nada impeça que essa homologação resulte de uma sentença arbitral, atenta a equiparação entre as sentenças judiciais e arbitrais, por força do art. 48.º do CPC. Essa hipótese encontra-se expressamente prevista no Regulamento de Conciliação e Mediação de Conflitos da Concórdia, art. 19.º, n.º 2, e Regulamento de Mediação do CAC-CCIP, art. 22.º, n.ºs 2 e 3.

Justiça, o eventual acordo obtido em sede de mediação não poderá valer como título executivo, carecendo de homologação judicial para poder ser executado.

Esta é, sem dúvida, uma preocupação para qualquer advogado que participa num processo de mediação, na medida em que isto significa que um cliente que não quis recorrer aos tribunais e que decidiu apostar na mediação pode depois ser confrontado com a necessidade de recurso aos tribunais para execução do acordo de mediação.

Não obstante, o mesmo sucede na maior parte dos países à escala mundial, inclusive em muitos daqueles onde a mediação se encontra em voga, mas esta circunstância não costuma ser vista como um problema, atenta a elevada taxa de sucesso da mediação e de cumprimento voluntário dos acordos por essa via alcançados. De facto, de acordo com a experiência internacional, uma das grandes vantagens da mediação, que resulta fundamentalmente da sua profundidade na análise do caso e do referido *empowerment* das partes⁽⁶⁵⁾, é precisamente a de permitir que as partes se revejam no acordo alcançado e que o sintam como escolhido e aceite pelas próprias, reduzindo assim as probabilidades de incumprimento e de necessidade de execução judicial (ou arbitral) posterior.

Em todo o caso, para mitigar esta preocupação, como se viu, a exequibilidade imediata do acordo é possível desde que se preencham os requisitos do art. 9.º, n.º 1, da Lei de Mediação, em particular, garantindo a “*participação*”⁽⁶⁶⁾ de um mediador inscrito na lista organizada pelo Ministério da Justiça. Em alternativa, como sucede com qualquer acordo extrajudicial, o acordo de mediação pode igualmente valer como título executivo caso, por hipótese, importe a constituição ou reconhecimento de uma obrigação e seja exarado ou autenticado, por notário ou por outras entidades ou profissionais com competência para tal⁽⁶⁷⁾, e ainda quando estejam em

⁽⁶⁵⁾ Cf. Capítulo 2.1 *supra*.

⁽⁶⁶⁾ A nosso ver, esta expressão permite, de resto, que o processo seja conduzido por um mediador não inscrito na referida lista, desde que acompanhado em co-mediação, por exemplo, por um mediador inscrito na lista de mediadores do Ministério da Justiça.

⁽⁶⁷⁾ Cf. CPC, art. 703.º, n.º 1, alínea b), e Lei n.º 76.º-A/2006, de 29 de Maio, art. 38.º.

causa títulos de crédito, mesmo que meros quirógrafos, desde que, neste caso, os fatos constitutivos da relação subjacente constem do próprio documento ou sejam alegados no requerimento executivo⁽⁶⁸⁾.

4. Possíveis caminhos ou soluções

Novamente numa análise de direito comparado, que nos parece extremamente útil num domínio em que o percurso seguido pelos vários países tem sido sensivelmente o mesmo, é possível encontrar alguns pontos comuns entre os factores de arranque da mediação apontados pelos diferentes países à escala mundial. Entre tais motivos, merecem especial destaque: (i) a incerteza e descrédito do sistema judicial, os elevados custos judiciais⁽⁶⁹⁾ e a necessidade de reduzir o recurso aos tribunais judiciais^(70/71); (ii) a obrigatoriedade legal de submissão de certos casos à mediação ou, pelo menos, de participação numa sessão de mediação, previamente à propositura de uma acção judicial ou arbitral; (iii) a crescente sugestão de recurso à mediação, obrigatória ou facultativa para as partes, por

⁽⁶⁸⁾ Cf. CPC, art. 703.º, n.º 1, alínea c).

⁽⁶⁹⁾ Veja-se o exemplo do Canadá, onde os custos e dispêndio de tempo e dinheiro são sublinhados como justificação para a forte implantação da mediação nas várias províncias, nalguns casos até com carácter obrigatório (cf. <http://www.lexmundi.com/lexmundi/Guides_To_Doing_Business.asp, Canada>, Ontario, p. 200, preparado por *Blake, Casels & Graydon LLP / The Dispute Resolution Review*, 2014, *ob. cit.*, p. 137).

⁽⁷⁰⁾ No Brasil, por exemplo, este propósito foi, aliás, expressamente assumido pelo legislador, aquando da aprovação da nova Lei n.º 13.140, de 26 de Junho de 2015, que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública — cf. Conselho Nacional De Justiça. Com apoio do CNJ, Lei da Mediação é sancionada pelo Executivo. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79761-com-apoio-do-cnj-leida-media-cao-e-sancionada-pelo-executivo>> (acesso em 04.07.2018).

⁽⁷¹⁾ Não obstante, noutros países, como na Alemanha, por exemplo, o mesmo critério é usado para justificar a ainda diminuta utilização da mediação, tendo em conta a eficiência do processo judicial alemão e imparcialidade conhecida dos juizes (cf. *Chambers Legal Practice Guides — Litigation*, 2014, *ob. cit.*, p. 488).

parte dos tribunais judiciais; (iv) o reconhecimento e credibilidade dos centros de mediação envolvidos; (v) a crescente inclusão de cláusulas de mediação nos contratos celebrados entre as partes.

Naturalmente, o percurso da realidade jurídica portuguesa terá de ter por base as normas legais pré-existentes e a cultura jurídica, social e comercial subjacente. Porém, estamos em crer que o progresso da mediação em Portugal passará também, provavelmente, por alguns dos motivos que acima se deixaram assinalados. Vejamos:

4.1. Obrigatoriedade do recurso à mediação?

São vários os países em que o reconhecimento da mediação implicou a implementação de normas legais que tornassem obrigatório o recurso à mediação, pelo menos como fase prévia à propositura de uma acção judicial. É este o caso de certas províncias do Canadá, como Ontário, onde a mediação é um requisito prévio para o recurso aos tribunais, e como British Columbia, onde existe um procedimento nos termos do qual uma das partes pode obrigar as demais a participar numa mediação⁽⁷²⁾. Também em Hong Kong, a mediação tem ganho proeminência crescente, desde a implementação da reforma da justiça civil e da entrada em vigor, em 2010, da já referida *Practice Direction 31*, que exige das partes uma tentativa genuína de resolver a disputa por mediação, sob pena de sanção pelos custos que poderiam ter evitado. De igual modo, na Austrália, as *Federal Court Rules* de 2011 obrigam as partes a considerar e a dar verdadeiros passos — no original, “*genuine steps*” — no sentido da utilização de meios extrajudiciais de resolução de litígios, sob pena de tanto as partes como os seus advogados poderem estar sujeitos aos custos daí decorrentes (CDRA, section 12)⁽⁷³⁾.

⁽⁷²⁾ Cf. <http://www.lexmundi.com/lexmundi/Guides_To_Doing_Business.asp>, cit., p. 200.

⁽⁷³⁾ *The Dispute Resolution Review*, 2014, ob. cit., pp. 30-32 e *Chambers Legal Practice Guides — Litigation*, 2014, ob. cit., pp. 43-44 e 66-67.

É também este o modelo perfilhado nalguns dos Estados que compõem os E.U.A., como, por exemplo, o Estado de Minnesota; na Argentina, quer na lei estadual de Buenos Aires quer a nível federal; e no Brasil, através do art. 334 do novo código de processo civil brasileiro, na redacção introduzida pela reforma de 2015, que exige que as partes compareçam numa sessão prévia de mediação sob pena de penalização em custas do processo, à semelhança do que sucede noutros países da América Latina⁽⁷⁴⁾. Também na Europa, a mediação é obrigatória, por exemplo, em Itália, onde essa obrigatoriedade chegou a suscitar problemas de inconstitucionalidade mas acabou por se recuperada⁽⁷⁵⁾.

Igualmente de salientar é o caso da Irlanda, onde o recente *Mediation Act* de 2017, impõe sobre os advogados das partes — incluindo *inhouse counsels* — o dever de aconselhar os seus clientes a considerar a mediação antes de avançar com qualquer acção (e de declarar perante o tribunal que esse dever foi cumprido), prevenindo ainda possíveis consequências em matéria de custas em caso de recusa injustificada de participação na mediação pelas partes⁽⁷⁶⁾.

Em Portugal, a mediação pré-judicial obrigatória pode ou não ser uma limitação desrazoável do direito de acesso à justiça consoante o tipo de litígio em causa e a justificação e adequação da mediação como afectação mais racional do recurso da justiça e/ou como nova abordagem de resolução de litígios⁽⁷⁷⁾. Todavia, não sendo evidente a maior ou menor taxa de sucesso da mediação obrigatória por comparação com a mediação facultativa, em nossa opinião, a imposição de uma fase de pré-mediação judicial/arbitral

(74) A introdução deste artigo e a sua relação com a experiência positiva, alguns anos antes, de outros países da América Latina, que a lei brasileira tomou por base, foram especialmente realçados por RODRIGO GARCIA DA FONSECA, na sua apresentação, sobre a mediação no Brasil, em 07.07.2016, no âmbito do 10.º Congresso de Arbitragem Comercial, organizado pelo CAC-CCIP, em Lisboa.

(75) *Chambers Legal Practice Guides — Litigation*, 2014, *ob. cit.*, p. 636/*The Dispute Resolution Review*, 2014, *ob. cit.*, pp. 438-439.

(76) Cf. <http://www.justice.ie/en/JELR/Mediation_Act_2017.pdf/Files/Mediation_Act_2017.pdf>.

(77) Neste sentido, veja-se SILVA, PAULA COSTA E, *A Nova Face da Justiça — Os Meios Extrajudiciais de Resolução de Controvérsias*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 71-72.

obrigatória no âmbito do ordenamento jurídico português seria provavelmente vista como uma fase processual dilatária na resolução do litígio.

4.2. Difusão e promoção da mediação, especialmente, junto da comunidade jurídica

Nos Estados Unidos da América, a divulgação da mediação passou pelo ensino deste meio extrajudicial de resolução de litígios logo nas universidades de direito, pela sensibilização dos juízes para a sua relevância e, por fim, pela sua difusão entre os clientes⁽⁷⁸⁾.

Entre nós, este trabalho de divulgação é especialmente necessário em relação aos operadores jurídicos, particularmente advogados, juízes e árbitros, os quais, como se viu, continuam a bloquear o crescimento da utilização da mediação, seja por desconhecimento, seja por receio, ou até pelas duas razões.

(i) A importância dos advogados na mediação (e da sua percepção deste facto)

Em conformidade com o disposto no art. 18.º, n.º 1, da Lei de Mediação, a presença de advogados no processo de mediação é facultativa. Isto significa que as partes podem, em tese, apresentar-se à mediação sozinhas, sem acompanhamento de advogados, sendo este um dos principais receios destes últimos face à mediação (*i.e.*, o facto de se poderem tornar desnecessários ou de verem diminuídos os seus rendimentos).

Porém, a verdade é que a presença dos advogados na mediação é muito importante e, na medida em que o for, os clientes não prescindirão dela. Aliás, a presença dos advogados é até, na maior parte dos casos, desejável e, por isso mesmo, é incentivada por

⁽⁷⁸⁾ GOLDBERG, STEPHEN, *Segunda conferência de meios alternativos de resolução de litígios*, 2005, p. 93.

várias instituições de mediação. Assim é, em primeiro lugar, para segurança da parte (que assim se sentirá mais confiante por sentir que o advogado estará presente para esclarecimento de quaisquer dúvidas e para acautelar que não aceita uma decisão desfavorável); em segundo lugar, para controlo da actividade do mediador, em particular, no que toca ao cumprimento dos princípios fundamentais que credibilizam a mediação e a garantem a sua justiça material (v.g., igualdade de tratamento entre as partes, voluntariedade e confidencialidade e independência e imparcialidade do mediador)⁽⁷⁹⁾; e em terceiro lugar, para confirmação da posterior exequibilidade do acordo alcançado. Para além disso, importa não esquecer que o advogado pode (e deve) também ter um importante papel na preparação do cliente para a mediação, na redacção do acordo alcançado entre as partes, e no acompanhamento do seu cumprimento.

Apesar do exposto, como se tem vindo a salientar, uma grande parte dos advogados desconhece ainda em que consiste verdadeiramente a mediação, como se processa e quais as suas vantagens e inconvenientes (ou desconfia ainda dessas vantagens), vendo na mediação acima de tudo uma ameaça aos seus serviços, seja pela potencial diminuição do número de litígios, seja pelo facto de o cliente poder comparecer sozinho. Por isso mesmo, parece-nos que há ainda muita pedagogia a fazer junto dos advogados a este respeito.

Nesta ordem de ideias, em primeiro lugar, é essencial introduzir o ensino da mediação nas escolas e nas Universidades, através da realização de cursos, formações, pós-graduações e mestrados em que esta temática seja abordada, através da inclusão da mediação nos conteúdos obrigatórios para acesso à Ordem dos Advogados, bem como na agenda de formações, conferências e cursos de arbitragem⁽⁸⁰⁾ e, bem assim, através da realização de conferências que envolvam juristas ou advogados de renome especificamente direccionadas para a mediação.

⁽⁷⁹⁾ Cf. Lei da Mediação, em particular, os arts. 3.º a 9.º.

⁽⁸⁰⁾ Exemplo disso mesmo é, por exemplo, a inclusão da cadeira de mediação no Mestrado Forense e de Arbitragem da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, e a inclusão de um painel sobre mediação no 10.º Congresso de Arbitragem do CAC-CCIP, de 2016, em que foi orador Rodrigo Garcia da Fonseca.

Por outro lado, muito se pode (e deve) também fazer dentro dos próprios escritórios de advogados, sobretudo se tivermos em consideração que, pelo menos nos escritórios de maior dimensão, a participação nos eventos e cursos acima sugeridos costuma ser limitada aos advogados que integram os grupos de contencioso e arbitragem. Todavia, para além da inegável relevância destes últimos, que são chamados a aconselhar o cliente sobre as vantagens ou inconvenientes da submissão de determinado conflito a mediação (seja em fase pré-contenciosa seja no decurso de uma acção judicial ou arbitral), também os ditos *advogados de direito societário* são essenciais para que a mediação se torne uma realidade em Portugal, já que são muitas vezes estes que participam na elaboração e revisão da maior parte dos contratos comerciais celebrados pelos seus clientes e que, por conseguinte, se encontram em melhor posição para sugerir a inclusão de cláusulas de mediação.

No essencial, para que os advogados possam aconselhar melhor os seus clientes a propósito da mediação, apoiando-os na destrição dos casos que podem (ou devem) ser submetidos à mediação⁽⁸¹⁾, é imprescindível que aqueles percebam que (i) a mediação é muito mais do que uma negociação apoiada por advogados; (ii) que o mediador é um profissional treinado que segue um processo estruturado, usualmente muito rápido, eficaz e satisfatório para os clientes; (iii) que a taxa de sucesso da mediação nos países que têm apostado na mediação ronda os 80%; (iv) que em Portugal a mediação beneficia já de um regime jurídico específico, no qual se prevê a possibilidade de remessa de determinado processo em curso para mediação, por sugestão do juiz ou decisão das partes, com suspensão da instância pelo período máximo de 3 meses, desde que não implique o adiamento da audiência final⁽⁸²⁾, e a suspensão dos prazos de prescrição e caducidade a partir da assinatura do protocolo de mediação⁽⁸³⁾; (v) e que existem já vários centros de

⁽⁸¹⁾ Mais uma vez, salientando-se que nem todos os casos devem ser submetidos a mediação (cf. Capítulo 2.2 *supra*), tendo o advogado um papel importante na explicação disso mesmo ao cliente e na análise da adequação ou não da mediação, em cada caso concreto.

⁽⁸²⁾ Cf. CPC, arts. 273.º, 272.º, n.º 4, e 276.º, n.º 1, alínea c).

⁽⁸³⁾ Cf. Lei de Mediação, art. 13.º, n.ºs 2 a 6. A este propósito, veja-se também o

mediação, com indiscutível reputação, em funcionamento em Portugal⁽⁸⁴⁾.

Além do mais, cumpre não esquecer que a mediação acarreta também vários benefícios, directos ou indirectos para os próprios advogados, entre os quais se destacam: (i) boa reputação profissional em virtude da satisfação dos clientes, (ii) rapidez no pagamento de honorários e menor risco de incumprimento por parte de clientes insatisfeitos, (iii) gestão de tempo mais eficiente, (iv) um conhecimento aprofundado do cliente e dos seus interesses, que muitas vezes não são explorados no contexto judicial ou arbitral⁽⁸⁵⁾, bem como (v) uma ampliação dos serviços oferecidos ao cliente⁽⁸⁶⁾.

Por fim, saliente-se ainda um outro aspecto que não será de menosprezar na carreira de um advogado: uma participação eficaz e positiva num processo de mediação representa, para os advogados, um enorme desafio profissional e um acréscimo de exigência em termos de criatividade e afastamento dos quadros mentais do direito estrito. Neste sentido, afirma KARL MACKIE, Director Executivo do CEDR, que, para os advogados, o papel na mediação e a própria sugestão da mediação representa uma tarefa significativamente mais difícil, na medida em que exige uma advocacia mais delicada e fina, capaz de analisar criticamente o nosso caso, contrabalançando os interesses e objectivos do nosso cliente, com uma análise de custo-benefício associada à sua satisfação em tribunal e ao teste de realidade da nossa posição e da posição do outro, e uma análise macro de satisfação do cliente com o resultado obtido (nas circunstâncias em que o tiver sido, em termos de tempo, custo e

art. 7.º do Regulamento de Mediação do CAC-CCIP, que desenvolve um pouco mais (ou, eventualmente, contraria) o referido preceito da Lei de Mediação no que diz respeito ao momento em que se inicia a suspensão destes prazos.

⁽⁸⁴⁾ Abordaremos este ponto, com maior pormenor no Capítulo seguinte, não obstante, sublinhem-se desde já, pela sua especial relevância, em matéria civil e comercial, os centros de mediação criados junto da CCI, do CAC-CCIP e Concórdia.

⁽⁸⁵⁾ No mesmo sentido, *vide* TUMPEL, HANNAH, citada por TAMMINEM, ANNA-MARIA em *Mediation — the new “internacional arbitration” for our generation?*, *ob. cit.*, disponível em <<http://www.youngicca-blog.com/mediation-the-new-international-arbitration-for-our-generation>> (acesso em 04.07.2018).

⁽⁸⁶⁾ SIMAC, SRDAN, “Attorneys and Mediation”, *ob. cit.*, pp. 61–69.

proveito)⁽⁸⁷⁾. Este estímulo e esforço intelectuais não podem senão ser extremamente positivos para quem trabalha diariamente para a satisfação dos interesses dos seus clientes.

Posto isto, e independentemente da melhor forma de veiculação desta mensagem, é urgente a reparação desta situação pois, como bem nota MARIANA FRANÇA GOUVEIA, só quando se conseguir a adesão dos advogados para a causa da mediação é que esta terá condições para ser bem-sucedida em Portugal⁽⁸⁸⁾.

(ii) A importância da remessa para mediação no decurso dos processos judiciais ou arbitrais

Nos termos do art. 273.º, n.º 1, do Código de Processo Civil, “[e]m qualquer estado da causa, e sempre que o entenda conveniente, o juiz pode determinar a remessa do processo para mediação, suspendendo a instância, salvo quando alguma das partes expressamente se opuser a tal remessa”. A LAV não tem, porém, até à data, preceito equivalente.

É verdade que a simples introdução deste artigo no Código de Processo Civil representa já um grande avanço no reconhecimento da mediação em Portugal. Porém, é também verdade que, na redacção anterior à reforma de 2013, o Código de Processo Civil incluía três artigos relacionados com a mediação, incluídos pela Lei n.º 29/2009, de 29 de Junho, aquando da transposição da Directiva da Mediação, os quais se encontram actualmente integrados, com algumas alterações, na nossa Lei de Mediação. Ora, pese embora facilmente se compreenda esta medida numa perspectiva de política legislativa, de forma a concentrar toda a disciplina da mediação num único diploma, do ponto de vista da formação e pedagogia jurídica que se exige ainda entre nós a propósito da mediação, não estamos certos de que essa escolha tenha sido a mais acertada, dificultando o seu conhecimento generalizado⁽⁸⁹⁾. Não obstante,

⁽⁸⁷⁾ Cf. MACKIE, KARL, “Are lawyers falling short in mediation?”, in *The Barrister*, 2006, disponível em <<http://www.cedr.com/articles/?item=Are-lawyers-falling-short-in-mediation>> (acesso em 04.07.2018).

⁽⁸⁸⁾ FRANÇA GOUVEIA, MARIANA, *ob. cit.*, pp. 52-53.

⁽⁸⁹⁾ Uma outra possibilidade seria, por exemplo, a perfilhada pelo novo Código de

trata-se, neste ponto, de uma questão de *iure condendo*, que escapa ao objectivo e ao âmbito do presente artigo e da análise que aqui nos propomos realizar.

Assim sendo, também neste contexto se revela essencial a realização de mais formações e cursos, desta feita direccionados especificamente à magistratura judicial e aos árbitros. É certo que, estes últimos, muitas vezes professores de Direito ou advogados, poderão considerar-se abarcados nas formações e eventos referidos no capítulo anterior. No entanto, porventura mais eficaz seria uma formação especificamente direccionada aos árbitros inscritos nos principais centros de arbitragem nacionais, sobretudo aqueles junto dos quais funcionem (ou esteja previsto o funcionamento de) centros de mediação.

É imperativo que tanto os juízes como os árbitros saibam mais sobre a mediação, que consigam vislumbrar as vantagens da mediação na diminuição da litigiosidade e na diminuição das pendências em tribunal, e que tenham consciência de que em muitos países foi graças à intervenção dos seus pares que a mediação alcançou o estatuto de que aí beneficia actualmente⁽⁹⁰⁾.

Processo Civil brasileiro de 2015 (Lei 13.105, de 16 de Março de 2015), no qual o legislador não se limita a prever a possibilidade de recurso à mediação, debruçando-se sobre a mesma e sobre os seus princípios, exortando inclusivamente os operadores judiciários a fazer uso da mesma e exigindo inclusivamente que o autor indique na petição inicial se opta ou não pela realização de uma audiência de mediação ou conciliação (cfr., em particular, os arts. 3.º, § 3.º, 165.º a 175.º, 319.º-VII e 334.º). Mais uma vez, do ponto de vista da organização sistemática do diploma, este acréscimo de informação pode não ser conveniente, mas terá certamente muita utilidade na divulgação e crescente utilização da mediação no Brasil, obrigando à sua ponderação.

⁽⁹⁰⁾ Assim sucedeu, em virtude da frequente remessa de processos para mediação por parte dos tribunais locais, designadamente em Inglaterra, na Irlanda, na Austrália, no México, na Argentina, no Canadá, na grande maioria dos tribunais estaduais Estados Unidos da América. De sublinhar é ainda, pela sua particularidade, o regime no Gana, onde é muito frequente que os tribunais encaminhem determinadas acções para mediação, sob condição da aceitação das partes, caso em que, qualquer acordo alcançado tem a força de uma sentença arbitral (no caso, consubstancia uma decisão final e insusceptível de recurso) — cf. *The Dispute Resolution Review*, 2014, *ob. cit.*, p. 295.

4.3. A introdução crescente de convenções de mediação nos contratos celebrados

A par destas iniciativas de teor mais informativo ou promocional, para que a mediação comece finalmente a marcar presença no tecido empresarial português e no dia-a-dia dos nossos advogados, parece-nos também essencial uma crescente inclusão de cláusulas de mediação nos contratos celebrados.

Com efeito, apesar de o recurso à mediação não ser obrigatório em Portugal (e de não nos parecer sequer que uma tal obrigatoriedade legal fosse benéfica, por desvirtuar a natureza voluntária do instituto)⁽⁹¹⁾, se as partes convencionarem logo no contrato que qualquer litígio será dirimido por recurso à mediação *ad hoc* ou institucional — de preferência, densificando um pouco os respectivos termos ou remetendo para um determinado regulamento de mediação —, a mediação passará a estar cada vez mais na *ordem do dia*. A solução pode passar inclusivamente por uma cláusula que combine diferentes meios de resolução de litígios, por exemplo, mediação seguida de arbitragem (usualmente designadas por cláusulas de *med-arb*).

Por outro lado, na medida em que as partes revelem alguma relutância em aceitar a previsão contratual de submissão obrigatória do caso à mediação como único método de resolução de litígio⁽⁹²⁾, ou mesmo em aceitar a obrigatoriedade de mediação previamente à propositura de qualquer acção judicial ou arbitral, é possível encontrar soluções intermédias e criativas capazes de satisfazer os interesses dos nossos clientes. Neste contexto, poder-se-á equacionar (*i*) a obrigatoriedade de submissão do caso a mediação, prévia à propositura de qualquer acção judicial ou arbitral, definindo-se de imediato um período máximo findo o qual as partes podem então seguir para a via contenciosa ou mesmo (*ii*) a estipulação de que o recurso à mediação, apesar de recomendável, será sempre facultativo. Mesmo nesta última hipótese, a inclusão da mediação tem, no imediato, uma relevância pedagógica e infor-

⁽⁹¹⁾ Conforme tivemos oportunidade de explicar, no capítulo 4.1 *supra*.

⁽⁹²⁾ Uma solução que, de resto, também não preconizamos.

mativa que pode depois ser desenvolvida ou aprofundada, designadamente através das estatísticas de direito comparado, perante um determinado litígio concreto, apoiando o cliente na ponderação e quantificação das suas *BATNA* e *WATNA*⁽⁹³⁾. Quem sabe, no momento do eventual litígio, a mediação esteja já tão sedimentada no ordenamento jurídico português que as próprias partes, confrontadas com a cláusula que há anos plasmaram no contrato, não tenham a menor dúvida quanto à sua vontade de resolver deste modo a questão que as aparta?

Por fim, apenas uma nota a propósito da consequência da propositura de uma acção em tribunal judicial ou arbitral, com preterição de uma cláusula contratual em que se preveja a submissão prévia do caso a mediação.

A resposta depende, naturalmente, do texto da cláusula de mediação em apreço. Porém, nos termos do art. 12.º, n.º 4, da Lei de Mediação, “[o] tribunal no qual seja proposta ação relativa a uma questão abrangida por uma convenção de mediação deve, a requerimento do réu deduzido até ao momento em que este apresentar o seu primeiro articulado sobre o fundo da causa, suspender a instância e remeter o processo para mediação”. Isto significa, de um lado, que o tribunal judicial ou arbitral não está obrigado — e, a nosso ver, não pode — a suscitar a questão se as partes não o fizerem, e de outro lado, que a violação desta cláusula nunca pode resultar na absolvição do réu da instância, mas quanto muito na suspensão da instância, pelo aludido período máximo de 3 meses⁽⁹⁴⁾. Não obstante, note-se que mesmo esta cominação só deverá operar caso, na cláusula de mediação em questão, se preveja o recurso obrigatório à mediação,

⁽⁹³⁾ A dificuldade das partes em calcular as suas hipóteses de sucesso e insucesso (*BATNA/WATNA*) é precisamente indicada por JOAQUIM PAIVA MUNIZ como um dos principais obstáculos enfrentados pela mediação no Brasil, num passado recente (cf. “Por que a mediação empresarial ainda não faz sucesso no Brasil?”, in *Swisscam Magazine* 73, 09/2013, pp. 9 e 10).

⁽⁹⁴⁾ A solução alcançada fica ainda aquém do regime actualmente previsto para a violação de cláusula compromissória arbitral, que consubstancia a violação de um pacto privativo de jurisdição e, por conseguinte, determina a incompetência absoluta do tribunal judicial perante o qual a acção tenha sido intentada (cf. CPC, art. 94.º), ainda que não seja de conhecimento oficioso e que acção não possa ser aproveitada por remessa para o tribunal competente (cf. CPC, arts. 97.º, n.º 1, 99.º, n.ºs 2 e 3).

pelo menos como passo prévio ao processo judicial/arbitral. Se assim não for, o incumprimento de uma cláusula que preveja, a título facultativo, a submissão prévia do caso à mediação dificilmente resultará em qualquer tipo de consequência para o seu infractor.

Por isso mesmo, nesta fase inicial da implementação da mediação em Portugal, seria interessante a introdução de uma regra de custas que beneficiasse a utilização prévia da mediação e, pelo contrário, penalizasse a sua não utilização, em contravenção de uma cláusula de mediação facultativa, seja em sede judicial seja em sede arbitral⁽⁹⁵⁾.

4.4. A aposta na mediação institucional

Finalmente, uma última palavra quanto aos mediadores e quanto à sua crescente credibilização, como elemento essencial ao bom funcionamento da mediação.

Conforme temos vindo a sublinhar, a mediação é um processo de auto-composição de litígios, feito pelas partes e para as partes. Não obstante, conforme igualmente se deixou referido, apesar de não ter o domínio do processo — nem tão pouco do eventual acordo que vier a ser celebrado —, o mediador tem um papel fulcral ao longo de toda a mediação, uma vez que é ele o garante de uma eficaz e profícua comunicação entre as partes, despida de agressões, qualificações e posições, mas sim direccionada para a verdadeira satisfação das partes, numa lógica de compromisso em que ambas fiquem a ganhar. Por essa razão se afirma, muitas vezes, que o sucesso da mediação depende, em larga medida, da qualidade do mediador.

Neste contexto, o recurso a um centro de mediação ou instituição privada de mediação será certamente uma mais-valia, na

⁽⁹⁵⁾ Neste sentido, veja-se o Regulamento de Mediação CCI, Apêndice — Honorários e Custas, art. 4.º, que prevê um incentivo à mediação através da redução de custos de arbitragem prévia. No mesmo sentido, veja-se o Regulamento de Mediação e Conciliação da Concórdia, art. 2.º, n.ºs 3 a 5.

medida em que faculta às partes o acesso a uma lista de mediadores criteriosamente escolhidos, muitos deles certificados e alguns dos quais possivelmente incluídos na lista de mediadores de conflitos do Ministério da Justiça (e, por conseguinte, com a faculdade de atribuir força executiva ao eventual acordo), bem como a um conjunto de regras que asseguram um procedimento estruturado.

Por tudo isto, em nossa opinião, especialmente nesta fase inicial, será extremamente importante o desempenho e qualidade dos serviços prestados por centros de mediação como os que actualmente funcionam junto da CCI, do CAC-CCIP e da Concórdia, até para reforço da credibilidade dos mediadores nomeados em cada processo. Para o efeito, revelando-se além do mais extremamente útil a inserção de regras deontológicas aplicáveis à actividade de mediador, seja no próprio regulamento do centro⁽⁹⁶⁾ seja por remissão, por hipótese, para o código europeu de conduta⁽⁹⁷⁾.

Face ao exposto, sobretudo nesta fase de arranque da mediação em Portugal, parece-nos aconselhável um recurso acrescido (e primordial) à mediação institucional, por oposição à mediação *ad hoc* — se possível, previsto *ab initio*, na cláusula de mediação contratualmente prevista.

5. Conclusões

Da análise de direito comparado realizada ao longo deste artigo resulta claro que a mediação tem alcançado, nos últimos anos, um papel de destaque na resolução de conflitos em vários ordenamentos jurídicos à escala mundial — nalguns casos, sobrepondo-se até à arbitragem.

⁽⁹⁶⁾ Cf. Regulamento de Mediação do CAC-CCIP, com inclusão de um código de conduta em anexo II a este mesmo regulamento.

⁽⁹⁷⁾ Cf. Regulamento de Mediação e Conciliação da Concórdia, art. 5.º, n.º 3, no qual se remete para o Código Europeu de Conduta dos Mediadores.

A eficácia da mediação privada, civil e comercial, na obtenção de soluções de forma mais célere e ajustada à vontade das partes advém, desde logo, do controlo que estas detêm sobre o processo de mediação e sobre o seu resultado final (*i.e.*, o dito “*empowerment*” das partes).

Com efeito, a mediação é um processo das partes, escolhido e controlado a todo o tempo pelas mesmas, o qual é conduzido em conformidade com os seus verdadeiros interesses e necessidades, mesmo quando estes não encontram previsão expressa no direito estrito. Ao contrário do que sucede em ambiente judicial ou arbitral, a mediação propugna uma clara separação entre a dimensão jurídica e a dimensão afectiva e psicológica do conflito — na maioria dos casos, essencial para a clarificação dos interesses e necessidades de cada parte —, sendo a intervenção do mediador fundamental neste contexto. Na verdade, trata-se do único mecanismo de resolução de litígios capaz de, a um tempo, pôr termo ao conflito presente e de prevenir a ocorrência de conflitos futuros entre as partes, através de soluções mais criativas e satisfatórias para as duas partes.

É certo que, pelas razões atrás aduzidas, nem todos os litígios devem ser submetidos à mediação — mesmo que em tese sejam mediáveis — exigindo-se a este propósito um aturado trabalho de depuração dos advogados e mediadores envolvidos. Porém, feita esta avaliação casuística, desde que as partes estejam de boa-fé e haja possibilidade de aproximação dos seus interesses, a taxa de sucesso da mediação na resolução de litígios é realmente muito positiva. De igual modo, também a taxa de cumprimento voluntário dos acordos alcançados em mediação é elevada, na medida em que tais acordos brotam da vontade e autonomia das partes, em lugar de lhes serem impostos por quaisquer terceiros mais ou menos providos de poderes de autoridade. Não obstante, sempre se diga que, nos termos da recente Lei de Mediação portuguesa, aprovada em 2013, basta que no processo de mediação em causa tenha participado um mediador inscrito na lista de mediadores de conflitos do Ministério da Justiça para que o acordo final alcançado entre as partes, depois de assinado pelo referido mediador, possa valer como título executivo.

Porém, apesar de todas estas vantagens, dos recentes esforços legislativos e da impressiva e entusiasmante experiência do direito comparado, a verdade é que a mediação se encontra ainda numa fase de arranque no ordenamento jurídico português, não sendo sequer conhecida pela generalidade dos nossos empresários e — o que é mais grave — dos nossos operadores jurídicos.

Foi esta perplexidade que serviu de mote ao presente artigo: afinal o que falta para que a mediação possa ser uma realidade em Portugal?

Ora, analisados aqueles que nos parecem ser os principais obstáculos ou dificuldades que a mediação tem enfrentado no ordenamento jurídico português, em nossa opinião, parece faltar, acima de tudo, um acrescido e intensivo trabalho de divulgação da mediação (particularmente, entre os nossos advogados, juízes e árbitros) e de sensibilização dos mesmos para as vantagens da mediação, seja para os próprios, seja para as partes. Este impulso de promoção, aliado à implementação de uma prática crescente de inclusão de cláusulas de mediação nos contratos celebrados entre as partes e à aposta na mediação institucional como forma de credibilização de um meio de resolução de litígio ainda inovador entre nós serão essenciais para o sucesso da mediação em Portugal, a breve trecho.

Uma coisa é certa: a mediação estará, necessariamente, na *ordem do dia* nos próximos anos. A sua implementação prática não pode tardar, sobretudo perante um panorama judicial como o nosso, onde a morosidade e a onerosidade são palavras de ordem e onde as decisões judiciais nem sempre encontram espelho nos interesses das partes.

É esta certeza que nos faz querer apostar, cada vez mais, na mediação e contribuir para a sua implementação e efectiva utilização em Portugal, nos casos em que se revelar um meio adequado para a resolução da questão ou conflito em apreço, confiando que, desse modo, se estará a contribuir para o progresso da justiça, da pacificação social e das relações comerciais em Portugal.

A DESIGNAÇÃO DOS ÁRBITROS: EM DEFESA DO ÁRBITRO NATURAL

Por Paulo de Tarso Domingues(*)

SUMÁRIO:

1. A importância da designação dos árbitros. **2.** Princípios axiais a observar: igualdade de armas e processo equitativo. **3.** A igualdade de armas: o regime da designação dos árbitros nas arbitragens multilaterais (o caso Dutco e o artigo 11.º da LAV). **4.** A designação dos árbitros por terceiro. **5.** O árbitro natural como pressuposto de um processo equitativo. **6.** Proposta de regime para a designação do árbitro natural.

1. A importância da designação dos árbitros

A designação dos árbitros para um tribunal coletivo⁽¹⁾ — conforme determina o art. 10.º da Lei de Arbitragem Voluntária (LAV)⁽²⁾ — é efetuada indicando cada parte um árbitro, cabendo depois a estes escolher um terceiro árbitro que presidirá. Se uma parte não indicar o árbitro que lhe compete designar ou não chega-

(*) Professor da Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Sócio da Abreu Advogados.

⁽¹⁾ Para um tribunal singular, se as Partes não chegarem a acordo sobre a sua designação, caberá ao Tribunal da Relação a sua designação (cf. arts. 10.º, n.º 3, e 59.º, LAV).

⁽²⁾ A LAV atual foi aprovada pela Lei 63/2011, de 14 de dezembro.

rem a acordo sobre o árbitro presidente, caberá ao Presidente do Tribunal da Relação designar o ou os árbitros em falta.

As partes têm, pois, na constituição do tribunal, um importante papel, na medida em que cabe a cada uma delas designar um dos membros do colégio arbitral que irá decidir o litígio.

Numa abordagem menos avisada, poderia pensar-se que esta é uma decisão de somenos importância, uma vez que os árbitros terão obrigatoriamente de ser independentes e imparciais⁽³⁾. Com efeito, a lei impõe (cf. art. 9.º, n.º 3, LAV)⁽⁴⁾ que qualquer árbitro — mesmo o designado pela parte — deva ser independente e imparcial e desempenhar tais funções de forma isenta⁽⁵⁾.

A verdade, porém, é que a escolha do árbitro, pela parte, é talvez a mais importante decisão das partes na arbitragem⁽⁶⁾.

Não se pode olvidar que a nomeação do árbitro pela parte é sempre interessada e interesseira; a parte não quer justiça; a parte quer ganhar o processo! E, por isso, ela vai procurar indicar um árbitro que sabe que está próximo das suas posições (e nunca, p. ex., um que tenha defendido o contrário daquilo que ela sustenta no processo!) e que seja uma pessoa persuasiva ou com *auctoritas* para convencer o tribunal. E tentará também, por vezes, que seja um árbitro com o qual possa falar e trocar impressões no decurso da arbitragem⁽⁷⁾ e até, em casos mais patológicos, que seja alguém

(3) Sobre as noções de imparcialidade, independência e neutralidade, pode ver-se o excelente texto de GALVÃO TELES, MIGUEL, “A independência e imparcialidade dos árbitros como imposição constitucional”, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Vol. III, Almedina, 2011, pp. 251 e ss., e ROZAS, JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ, “Clearer ethics guidelines and comparative standards for arbitrators”, in *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, Madrid, La Ley, 2010, pp. 414 e ss.

(4) A independência e imparcialidade dos árbitros é, de resto, uma solução constitucionalmente imposta, como mais bem se explicitará abaixo. Sobre a matéria, vide GALVÃO TELES, MIGUEL, “A independência e imparcialidade dos árbitros...”, *ob. cit.*, pp. 251 e ss.

(5) Sendo que essa falta de independência ou imparcialidade de qualquer árbitro — ainda que de um árbitro designado por uma parte — é fundamento para a anulação da decisão arbitral.

(6) Vide, a propósito, LOUSA, NUNO, “A escolha dos árbitros: a mais importante decisão das partes numa arbitragem?”, in *V Congresso do Centro de Arbitragem Comercial*, Almedina, 2012, pp. 15 e ss.

(7) Apesar de as regras deontológicas proibirem, como regra, a comunicação dos

que consiga influenciar nas decisões e posições que venha a adotar na arbitragem. E, se possível, que, em cima disso, aparente a maior independência...

Ou seja, a parte vai procurar o “melhor árbitro possível”⁽⁸⁾; o melhor árbitro possível, note-se, não para o processo arbitral, mas para si que é parte interessada no desfecho do processo⁽⁹⁾...

Seja como for, e ainda que o árbitro indicado não corresponda às características acima referidas, é normal — é da natureza das coisas! — que, por mais idóneo e correto que possa ser, ele esteja mais recetivo para acolher e defender a posição da parte que o indicou.

Nos EUA foi, aliás, levado a cabo um estudo onde se demonstrou que há “uma predisposição cognitiva do árbitro de parte para favorecer a parte que o indicou”⁽¹⁰⁾. O estudo consistiu num inquérito feito a mais de duas centenas e meia de árbitros de todo o mundo, onde lhes era apenas pedido que se pronunciassem sobre a repartição das custas num hipotético processo arbitral. Os participantes foram informados aleatoriamente de que haviam sido indicados por uma das partes, por acordo conjunto das partes, ou simplesmente que haviam sido designados árbitros, sem qualquer informação sobre a identidade de quem os tinha nomeado. Apesar de se tratar de um caso hipotético e de a questão respeitar apenas aos encargos do processo, os participantes a quem tinha sido dito que haviam sido indicados por uma das partes inclinavam-se em número substancialmente superior — relativamente àqueles a quem não tinha sido dada tal indicação — para imputar as custas exclusivamente à parte que não os havia indicado.

árbitros com as partes. Cf., p. ex., entre nós, o art. 5.º do Código Deontológico da Associação Portuguesa de Arbitragem.

⁽⁸⁾ Cf. LOUSA, NUNO, “A escolha dos árbitros...”, *ob. cit.*, p. 18.

⁽⁹⁾ Numa frase famosa de um conhecido arbitralista, esse árbitro será aquele que tem a máxima predisposição em favor do cliente, mas que aparenta o mínimo de parcialidade. Cf. HUNTER, MARTIN, “Ethics of the international arbitrator”, in *Arbitration*, Bol. 53, 1987, pp. 222-223, que refere que as características que procura quando tem de indicar um árbitro de parte é que seja uma pessoa “with maximum predisposition towards [the] client, but with minimum appearance of bias”.

⁽¹⁰⁾ Cf. PUIG, SERGIO e STREZHNEV, ANTON, “Affiliation bias in arbitration: an experimental approach”, in *Arizona Legal Studies*, August 2016, que se pode ler em <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2830241>, p. 1.

Pode, pois, afirmar-se com alguma segurança que há uma predisposição implícita, um viés implícito e inconsciente do árbitro para favorecer a parte que o indicou, por mais que tente manter a sua independência e imparcialidade⁽¹¹⁾.

Donde, não é indiferente (de todo!) para o desenrolar do processo arbitral, a indicação do árbitro pela parte, pelo que é essencial que se procure assegurar ao máximo a sua independência e imparcialidade — como é das *leges artis*⁽¹²⁾ — e que se garanta o princípio da igualdade de armas na sua designação⁽¹³⁾.

2. Princípios axiais a observar: igualdade de armas e processo equitativo

Com efeito, não se pode olvidar que uma das traves mestras da arbitragem é o princípio da igualdade de armas, o princípio da igualdade entre as partes que, entre nós, se encontra legislativamente consagrado no art. 30.º, n.º 1, al. *b*), LAV, e cuja inobservância possibilita, de resto, a anulação da sentença arbitral (cf. art. 46.º, n.º 3, al. *a*), *item ii*), LAV).

Este princípio aplica-se a todos os momentos do processo arbitral, e, portanto, também ao momento inicial da designação dos árbitros.

Por outro lado, os tribunais arbitrais — que têm, de resto, consagração constitucional entre nós⁽¹⁴⁾ — exercem uma função jurisdicional semelhante à dos demais tribunais, tendo as suas decisões a mesma força que as decisões dos tribunais estaduais (art. 42.º, n.º 7, LAV). Daí que também aos tribunais arbitrais se

(11) Situação que será menos provável suceder quando o árbitro é nomeado por uma terceira entidade e não pela parte, conforme resulta, aliás, do estudo indicado na nota anterior.

(12) Cf. art. 9.º, n.º 3, LAV.

(13) Cf. o princípio geral afirmado no art. 30.º, n.º 1, al. *a*), LAV.

(14) Cf. art. 209.º, n.º 3, da CRP.

aplique o comando constitucional do art. 20.º, n.º 4, Constituição da República Portuguesa (CRP)⁽¹⁵⁾ que impõe, para além do mais, que todo e qualquer processo jurisdicional tem de ser equitativo. Ora, como sublinha Miguel Galvão Teles, “a imparcialidade de quem julga representa, a par da independência, requisito mínimo do processo equitativo”⁽¹⁶⁾. Ou seja, um processo equitativo supõe necessariamente julgadores independentes, pelo que se no processo arbitral não ficar assegurada a independência e imparcialidade dos árbitros, essa solução será não apenas ilegal como inconstitucional.

Importa, por isso, analisar se o modo de designação dos árbitros assegura tais princípios axiais da arbitragem (a igualdade de armas e o processo equitativo).

3. A igualdade de armas: o regime da designação dos árbitros nas arbitragens multilaterais (o caso *Dutco* e o artigo 11.º da LAV)

A plena compreensão desta temática — nomeadamente da igualdade de armas na indicação dos árbitros — implica olhar para a evolução e regime atual da designação dos árbitros nas arbitragens multipartes.

Com efeito, o regime do art. 10.º LAV, a que acima se fez referência, sobre a designação dos árbitros, está obviamente pensado para arbitragens bilaterais, com duas partes ou dois blocos, mas já não para arbitragens plurilaterais, uma vez que não será possível, neste caso, a cada um dos sujeitos — caso não se entendam entre si — indicar um árbitro. Houve, por isso, a necessidade de enfrentar e resolver o problema da designação dos árbitros nas arbitragens

⁽¹⁵⁾ Que tem como fonte o art. 6.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

⁽¹⁶⁾ Cf. GALVÃO TELES, MIGUEL, “A independência e imparcialidade dos árbitros...”, *ob. cit.*, p. 258. É isso também o que resulta do art. 6.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

multilaterais, por forma a assegurar, também para esta situação, o princípio da igualdade entre as partes.

O caso charneira nesta matéria foi o famoso caso *Dutco*, decidido pela *Cour de Cassation* (o supremo tribunal francês), a 7 de janeiro de 1992⁽¹⁷⁾, e que veio a influenciar em maior ou menor medida as ulteriores leis e regulamentos de arbitragem nesta matéria.

Neste caso, estava em causa um conflito relacionado com a construção de uma fábrica de cimento em Oman, que opôs a sociedade Dutco a duas outras sociedades (a Bkmi e a Siemens). A cláusula compromissória estabelecia que o processo correria na Câmara de Comércio Internacional (“CCI”), perante um tribunal composto por três árbitros. À época, o Regulamento da CCI determinava que nas arbitragens multipartes, cada polo teria de indicar um árbitro e na ausência de consenso o referido árbitro seria indicado pela CCI. Como as demandadas não se entenderam quanto à designação do seu árbitro, acabou por ser a CCI a indicar o respetivo árbitro, sob reserva e protesto das Demandantes, que sempre consideraram que a constituição do tribunal, naqueles termos, violava o princípio da igualdade. Proferida a decisão arbitral, a mesma foi impugnada com aquele fundamento, pretensão que, no entanto, não foi atendida nas instâncias inferiores.

O supremo tribunal francês veio, contudo, a decidir de forma diferente: considerou que se a demandante teve o direito de indicar o árbitro, cada uma das demandadas também teria que ter o mesmo tratamento. E não sendo isso possível, todos os árbitros teriam que ser indicados segundo idêntico procedimento (ou seja, nenhum polo indicaria árbitros e os três árbitros deveriam ter sido indicados pela CCI). A *Cour de Cassation* considerou que a constituição do tribunal naqueles termos implicou uma violação do princípio da igualdade das partes na designação de árbitros, que reputou como um princípio de ordem pública, sobre o qual não podia haver

⁽¹⁷⁾ Decisão (de duas sintéticas páginas!) que se pode ler em <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007028100>>. Sobre este aresto, pode ver-se, entre nós, por todos, MONTEIRO, ANTÓNIO PEDRO PINTO, *O princípio da igualdade e a pluralidade de partes na arbitragem*, Almedina, 2016, pp. 140 e ss.

renúncia antecipada (em momento anterior ao nascimento do litígio)⁽¹⁸⁾.

A jurisprudência consagrada neste Ac. Dutco (de que a não designação dos árbitros pelas partes, em termos absolutamente idênticos, põe em causa o princípio da igualdade de armas e, consequentemente põe em causa o próprio processo arbitral) fez, como se disse, caminho, vindo a generalidade das legislações/regulamentações arbitrais posteriores a tomá-la em consideração.

Foi o que sucedeu com a nossa LAV de 2011, que veio regular esta matéria no seu art. 11.º. Estabelece-se aí que nas arbitragens multilaterais caberá a cada parte, a cada polo, indicar, de comum acordo, o seu árbitro (art. 11.º, n.º 1, LAV). Se esse consenso não for possível, caberá ao tribunal estadual — a pedido de qualquer das partes — indicar o árbitro para o polo que não conseguiu consensualizar o árbitro que lhe cabia indicar (art. 11.º, n.º 2, LAV).

A lei concede, no entanto, ao tribunal estadual, caso este considere que as copartes que não conseguiram indicar o árbitro têm interesses conflitantes, a faculdade de designar todos os árbitros, ficando sem efeito a designação do árbitro que tenha sido efetuada pela contraparte (art. 11.º, n.º 3, LAV).

⁽¹⁸⁾ Esta questão da designação dos árbitros em arbitragens multilaterais também já foi abordada, embora lateralmente, pelos nossos tribunais no chamado caso Teleweb (Ac. TRL, de 18 de maio de 2004, que se pode ler em <<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/8e96587b7892c0a580256ebd0038fb92?OpenDocument>> e que foi comentado por CAMELO, SAMPAIO em “Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 18 de Maio de 2004”, in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, 2004, n.º 4, pp. 340, ss.), e no qual se perfilhou uma posição diferente da tirada pela *Cour de Cassation* no caso Dutco. No caso português, tratou-se de um processo instaurado por uma sociedade contra duas outras em coligação (com pedidos diferentes), com o que uma das Demandadas não se conformou, por entender que deviam existir dois processos distintos. Porque não se entenderam, cada uma das Demandadas nomeou um árbitro. A Demandante, perante esta situação, pediu a designação do árbitro das Rés ao Tribunal da Relação, o que este fez. Uma das sociedades demandadas recusou-se, nessas condições, a participar no processo, e avançou imediatamente com uma ação, pedindo a declaração de ilegalidade da constituição do tribunal arbitral. O Tribunal da Relação de Lisboa que decidiu a questão — não abordando nem se questionando sobre a violação do princípio da igualdade na constituição do tribunal — considerou que não estava violada qualquer regra da LAV (a LAV em causa era a de 1986) e tendo-se o tribunal arbitral considerado competente, determinou que só haveria lugar a recurso, sobre esta matéria, da decisão final que viesse a ser proferida pelo tribunal arbitral.

A solução da nossa lei é diferente da que foi estabelecida no atual Regulamento da CCI. Neste, é sempre concedida a faculdade à Corte de indicar todos os árbitros⁽¹⁹⁾, desde que uma parte multilateral não tenha chegado a acordo sobre a indicação do árbitro que lhe compete designar. Diferentemente, entre nós, o tribunal estadual só pode indicar todos os árbitros, quando haja interesses conflitantes entre as partes que constituem um dos lados do litígio.

O cumprimento desta regra implicará que o Tribunal — sempre que, na hipótese indicada, for interpelado para a designação do árbitro —, para se assegurar da existência ou inexistência da *facti-species* legal, deverá necessariamente ouvir os sujeitos que não chegaram a acordo, para averiguar da existência do tal conflito de interesses.

E, assim o julgo, na determinação da existência desse conflito, o tribunal deve ser muito generoso! No limite, poderá bastar a qualquer parte alegar que há, entre elas, interesses conflitantes para que o tribunal deva obrigatoriamente designar todos os árbitros.

Com efeito, o simples facto de as copartes não se terem entendido quanto à indicação do seu árbitro é já um indício forte — fortíssimo! — de que os seus interesses não serão coincidentes.

É verdade que, desta forma, se está de algum modo a atribuir a uma das partes (plurilateral) a possibilidade de negar à outra o direito de indicar o seu árbitro (conquanto não haja entendimento, naquela parte multilateral, sobre a designação do respetivo árbitro)⁽²⁰⁾.

Parece-me, contudo, ser de meridiana evidência que entre a proteção do interesse da parte em designar o seu árbitro e a tutela do princípio da igualdade de tratamento, tem necessariamente de prevalecer este último.

Donde, a designação de todos os árbitros pelo tribunal estadual em arbitragens multilaterais — quando uma parte plurilateral não se entenda sobre a designação do respetivo árbitro — deve ser a regra e não a exceção.

Só assim se assegurará plenamente a igualdade de armas.

⁽¹⁹⁾ Cf. art. 12, n.º 8, do Regulamento CCI.

⁽²⁰⁾ É esta, p. ex., a regra prevista em Espanha: se uma das partes multilateral não chega a acordo sobre a designação do seu árbitro, todos os árbitros terão de ser nomeados pelo tribunal. (cf. art. 15.º, n.º 2, al. b), da Ley de Arbitraje; Ley 60/2003, de 23 de dezembro).

4. A designação dos árbitros por terceiro

A solução acima avançada — prevista para as arbitragens multilaterais, referente à nomeação de todos os árbitros por um terceiro — deverá estender-se a todas as situações em que um árbitro não possa ser designado por uma parte, **por causa que não lhe é imputável**, e não apenas à situação expressamente prevista no art. 11.º LAV. Em todos esses casos, a regra deverá ser a de todos os árbitros serem nomeados por uma terceira entidade independente (o Tribunal estadual ou o Centro de Arbitragem, em caso de arbitragem institucionalizada).

Julgo, contudo, que, de *iure condendo*, se deve ir ainda mais longe. Com efeito, entendo que esta solução deve igualmente valer para toda e qualquer situação em que os árbitros não sejam designados pelas partes, **ainda que por razões que lhe sejam imputáveis**, nomeadamente porque uma delas se recusou a indicar o respetivo árbitro.

Dir-se-á: *sibi imputet!* Não indicou, podendo-o ter feito, não deve poder, com isso, ter o direito de impedir que a parte mais diligente indique ela o respetivo árbitro. Aquela assimetria — e consequente desigualdade de armas — foi voluntariamente causada pela parte e não deve prejudicar a parte adimplente.

Mas, uma vez mais, a proteção do interesse da parte em indicar o seu árbitro deve ceder perante o princípio da igualdade de tratamento, da igualdade de armas entre as partes — que é pedra angular do processo arbitral e deve constituir um princípio absoluto em arbitragem.

E esse deve, portanto, ser um risco que quem recorre à arbitragem deve estar disposto a suportar⁽²¹⁾.

Na verdade, só desta forma se pode assegurar que há plena igualdade de armas, uma vez que aquela assimetria na designação implicará um tratamento desigual das partes, que se pode repercutir não apenas no momento da designação, mas ao longo de todo o

(21) Estas dificuldades ficarão, no entanto, esvaziadas ou muito esbatidas se se consagrar a figura do árbitro natural, como se propõe *infra*.

processo. É preciso não esquecer que a independência e imparcialidade de um árbitro nomeado pela parte poderá ser/será, em princípio, diferente da de um árbitro nomeado por um terceiro...

5. O árbitro natural como pressuposto de um processo equitativo

Como se disse, acima, por imposição constitucional (cf. art. 30.º, CRP), o processo arbitral tem de ser equitativo. Ora, tal desiderato, assim o julgo, apenas se alcançará plenamente com a consagração do árbitro natural, i. e., de um árbitro cuja designação seja cega ou aleatória (como sucede, p. ex., com os magistrados judiciais)⁽²²⁾.

Na verdade, tanto no caso do árbitro presidente como no caso dos árbitros designados pela parte, a possibilidade de escolha da pessoa que vai exercer o cargo, seja pelos outros árbitros (no caso de árbitro presidente), seja pela parte⁽²³⁾ (no caso do comumente designado árbitro de parte) conduz ou pode conduzir a situações perversas e viciosas⁽²⁴⁾.

Com efeito, a possibilidade de escolha dos árbitros cria, ou pelo menos potencia, relações de proximidade ou até de alguma cumplicidade⁽²⁵⁾, sobretudo entre aqueles que mais se dedicam à

⁽²²⁾ P. ex., sorteando o árbitro de um conjunto de três nomes possíveis. É esta, p. ex. a solução espanhola, para o árbitro que tem de ser designado pelo tribunal estadual (cf. art. art. 15.º, n.º 6, da Ley de Arbitraje; Ley 60/2003, de 23 de dezembro). Permitindo-me trazer para aqui a minha experiência pessoal, devo dizer que já tenho adotado este procedimento em arbitragens em que tenho participado, nomeadamente quanto à designação do árbitro presidente, e as coisas têm sempre corrido muito bem em tais circunstâncias.

⁽²³⁾ *Rectius*, pelo advogado da parte, uma vez que é este quem normalmente sugere à parte o nome do árbitro a indicar.

⁽²⁴⁾ As quais, no limite, podem pôr em causa ou, quando menos, darem a aparência ou permitirem a suspeição de estar a ser posta em causa a existência do processo equitativo, como é constitucionalmente imposto.

⁽²⁵⁾ Quem lida com arbitragem já se deparou seguramente com “árbitros de parte” que são verdadeiros advogados da parte. Para evitar este resultado — que não é uma característica particular portuguesa —, JAN PAULSSON, num texto muito crítico sobre o estado

arbitragem (os advogados e juristas especialistas em arbitragem), relativamente a outros que não o sejam.

E tais relações/vinculações⁽²⁶⁾, obviamente — é de *natura rerum* —, não poderão deixar de condicionar, ainda que inconscientemente, a posição (a independência e imparcialidade) do árbitro escolhido (por mais idónea e correta que seja a pessoa indicada)⁽²⁷⁾. Não há, efetivamente, pessoas biologicamente puras nem axiologicamente ou emocionalmente neutras! Trata-se de um fator que assume especial relevância, sobretudo quando a comunidade arbitral é muito reduzida, como sucede em Portugal⁽²⁸⁾, e quando o recurso à arbitragem se tornou mais vulgar, o que tem inevitavelmente como consequência a potenciação das tais ligações/vinculações a que acima se referiu, na medida em que se torna mais provável a indicação recorrente das mesmas pessoas. Esta preocupação é também a que está, p. ex., presente nas *Guidelines* da IBA sobre conflitos de interesses⁽²⁹⁾, onde expressamente se refere, ainda que na lista laranja⁽³⁰⁾, como facto que deve ser revelado e que pode ser

atual da arbitragem, propõe, com ironia, dois caminhos: ou criar melhores seres humanos ou eliminar o que ele designa por riscos morais (*moral hazards*), sugerindo que a escolha deva recair neste último. Vide PAULSSON, JAN, “Moral hazard in international arbitration”, in *ICSID Review — Foreign Investment Law Review*, Vol. 25, issue 2, 2010, p. 340.

⁽²⁶⁾ Que podem, no limite, resultar tão-somente da simpatia do árbitro pela parte, pelo facto de esta o ter escolhido e nomeado para participar naquele determinado processo arbitral.

⁽²⁷⁾ É isso que, de alguma forma, ressalta do facto de os votos de vencido serem sempre ou quase sempre emitidos pelo árbitro nomeado pela parte perdedora. Cf., a este propósito, o estudo do ALBERT JAN VAN DEN BERG, que analisou 150 decisões de arbitragens de investimento, nas quais foram proferidos 34 votos de vencido, todos emitidos pelo árbitro indicado pela parte perdedora, o que, como sublinha este professor, levanta obviamente sérias preocupações quanto à neutralidade dos árbitros indicados pela parte. Cf. VAN DEN BERG, ALBERT JAN, “Dissenting opinions by party-appointed arbitrators in investment arbitration”, in *Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*, MAHNOUSH ARSANJANI, et al., (eds.), Brill Publishers, 2010, pp. 824 e ss.

⁽²⁸⁾ E como acontece igualmente com a comunidade de árbitros internacionais. Cf. ROGERS, CATHERINE A., “The vocation of the international arbitrator”, in *American University International Law Review*, 2005, Vol. 20, issue 5, pp. 958 e ss.

⁽²⁹⁾ Cf. as *IBA Guidelines on Conflicts of Interests in International Arbitration*, na última versão aprovada em 23.10.2014, que se pode encontrar no sítio da *International Bar Association*, em <https://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx>.

⁽³⁰⁾ A lista laranja é uma lista não exaustiva de situações que, dependendo dos factos de um determinado caso, pode, aos olhos das partes, suscitar dúvidas quanto à impar-

impeditivo do exercício do encargo arbitral a circunstância de o árbitro ter sido o “destinatário, nos três últimos anos, de mais de três nomeações pelo mesmo consultor jurídico ou pelo mesmo escritório de advocacia”⁽³¹⁾. Subjacente a esta regra está, *il va san dire*, precisamente a especial ligação ou vínculo, a que acima se aludiu, que se pode estabelecer entre o árbitro e quem o indica⁽³²⁾.

Mas suponha-se, por hipótese académica, que na situação supra descrita não se verificava qualquer situação de falta de independência ou imparcialidade! Ainda que pudesse haver⁽³³⁾ uma

cialidade ou independência do árbitro. Em todas as situações desta lista, considera-se, contudo, que as partes aceitam o árbitro se, após a revelação do facto, nenhuma objecção oportuna for efetuada. Cf. ponto 3 da Parte 2 das Diretrizes da IBA.

⁽³¹⁾ Cf. ponto 3.1.3 da lista laranja das referidas Diretrizes da IBA.

⁽³²⁾ Esta questão foi também já abordada pela nossa jurisprudência — nos casos sobre árbitros que foram recorrentemente nomeados para arbitragens necessárias, ao abrigo da Lei 62/2011, de 12 de dezembro, referentes ao exercício de direitos de propriedade industrial relacionados com medicamentos —, muito embora as decisões dos tribunais não tenham sido uniformes. Numa das situações estava em causa um pedido de recusa de um árbitro, professor universitário, que havia sido nomeado pela mesma sociedade de advogados, num período de 3 anos, em mais de 50 processos de arbitragem necessária sobre medicamentos. A questão foi analisada, pelo Tribunal da Relação de Lisboa, em dois processos distintos, relativos a duas diferentes arbitragens, tendo em ambos os casos sido considerado procedente o incidente de recusa, embora com fundamentos diferentes. No processo decidido, em 24 de março de 2015, com o n.º 1361/14.0YRLSB.L1-1, que se pode ler em <www.dgsi.pt>, o Tribunal considerou que aquela designação recorrente do árbitro, pela mesma sociedade de advogados e pela mesma parte (dos 50 processos, 19 tinham como Demandante a mesma empresa), era suscetível de criar “fundadas dúvidas sobre a independência e imparcialidade do árbitro”. Já num outro processo, igualmente decidido pelo Tribunal de Relação de Lisboa, em 29 de setembro de 2015, com o n.º 827/15.9YRLSB-1, que se pode ler em <www.dgsi.pt>, o Tribunal entendeu que o fundamento para a procedência do incidente de recusa não consistia na circunstância de aquele árbitro ter participado anteriormente em dezenas de arbitragens idênticas, mas apenas e tão só no facto de não ter revelado tal circunstancialismo no momento da sua aceitação, o que permitiu “criar fundadas dúvidas sobre a sua independência e imparcialidade ‘aos olhos da demandada’”. Numa outra situação, estava em causa um outro árbitro, também professor universitário, que havia sido designado num período de 3 anos, pelo menos 11 vezes pela mesma sociedade de advogados, para as referidas arbitragens sobre medicamentos. Neste caso, decidido pelo Tribunal da Relação de Lisboa, em 01 de fevereiro de 2018, com o n.º 1320/17.0YRLSB-8, que se pode ler em <www.dgsi.pt>, diferentemente da solução proferida nos dois processos acima referido, foi entendido que a designação recorrente do árbitro, por si só — sobretudo quando estão em causa áreas muito especializadas, como era o caso submetido a juízo, em que é restrito o número de especialistas —, não era fundamento para a recusa do árbitro.

⁽³³⁾ Coisa que não existe, em especial na situação referida em texto.

imparcialidade absoluta do árbitro, nomeadamente daquele que é frequentemente nomeado pela mesma parte (ou pelo mesmo advogado ou escritório de advogados), é “indispensável tutelar a aparência, porque também desta depende a confiança na objectividade da justiça”⁽³⁴⁾. Ou seja, também na jurisdição arbitral — aliás, em grau bem mais intenso do que se exige na jurisdição estadual — tem aplicação o velho brocardo sobre a mulher de César... É fundamental que os destinatários da justiça arbitral confiem e acreditem que esta é realizada mediante um processo justo e equitativo. Nenhuma dúvida pode restar quanto a este aspeto! E, para isso, não devem ser dados indícios ou sinais que possam aparentar o contrário. A justiça arbitral tem de ser séria e tem de parecer séria! E para alcançar tal resultado, afastando quaisquer suspeições, é fundamental a consagração do árbitro natural⁽³⁵⁾, que deve ser, por isso, a solução para a qual se deve inexoravelmente caminhar.

Não me parece, na verdade, que a este mesmo resultado (de crença e confiança na arbitragem) se chegue — como já vi defendido por alguns — com soluções *a posteriori*, alegando que, se o que está em causa é a falta de independência e/ou imparcialidade do árbitro, o sistema tem remédios para isso, nomeadamente através da destituição do árbitro e da sua responsabilização. Este não é o caminho. Antes de mais, porque muitas vezes não é fácil provar aquele circunstancialismo, que pode até não ser de grau intenso. Depois, porque o que importa aqui é salvaguardar a credibilidade da arbitragem, é assegurar a aparência da idoneidade do processo, para o que não basta sancionar as situações desviantes e patológi-

⁽³⁴⁾ Cf. GALVÃO TELES, MIGUEL, “A independência e imparcialidade dos árbitros...”, *ob. cit.*, p. 263. *Vide* também o *obiter dictum* que consta do Ac. TRL, de 01 de fevereiro de 2018, com o n.º 1320/17.0YRLSB-8, mais bem identificado na nota anterior, onde se pode ler: “Na aferição da independência e da imparcialidade, a aparência pode desempenhar um papel importante na medida em que os atributos se devem considerar comprometidos quando as concretas circunstâncias envolventes sejam de modo a, segundo o ponto de vista do observador objectivo, criar um justificado receio de falta de independência e imparcialidade”.

⁽³⁵⁾ Uma vez que, como se disse, o processo equitativo passa necessariamente por julgadores independentes e imparciais (que não apenas o sejam, mas que igualmente o aparentem ser), circunstância que pode facilmente ser posta em causa relativamente a árbitros escolhidos pelas partes.

cas comprovadamente verificadas. A simples existência de sinais de que o processo não é ou pode não ter sido justo e equitativo (ainda que materialmente o tenha sido), mina, por si só, a justiça arbitral, atingindo-a no coração...

Por isso, juntando-me assim às poucas vozes que pregam o mesmo no deserto⁽³⁶⁾, reitero que, em prol da arbitragem, se deverá necessariamente consagrar a figura do árbitro natural, para todos os árbitros que compõem o colégio arbitral, mesmo para as situações em que a sua designação seja efetuada por terceiros⁽³⁷⁾.

Esta proposta é — disso tenho plena consciência — uma solução que levanta enormes resistências e desconforto na comunidade arbitral...

Mas esta é, estou também disso convicto, a melhor solução para a arbitragem e para quem gosta da arbitragem!

Por um lado, credibiliza-se a arbitragem, afastando qualquer suspeição que possa existir quanto aos árbitros que são designados por escolha. Por outro lado, a designação dos árbitros⁽³⁸⁾ deixa de ser condicionada pela simpatia e proximidade com as partes ou com os advogados arbitralistas que os indicam. E, com isso, fica manifestamente a ganhar a independência e imparcialidade no desempenho do cargo...

Mais uma vez, penso, aliás, que só desta forma se assegurará de forma plena e absoluta não apenas a igualdade de armas entre as partes, mas igualmente o processo justo e equitativo como é constitucionalmente imposto.

⁽³⁶⁾ Em sentido próximo, *vide* também JAN PAULSSON, que expressamente afirma: “*The only decent solution — heed this voice in the desert! — is thus that any arbitrator, no matter the size of the tribunal, should be chosen jointly or selected by a neutral body*”. Cf. PAULSSON, JAN, “Moral hazard in international arbitration”, *ob. cit.*, p. 352.

⁽³⁷⁾ Nomeadamente nos casos em que o árbitro é designado por um centro de arbitragem ou pelo tribunal estadual.

⁽³⁸⁾ Que inevitavelmente sempre se irá circunscrever, na maioria dos casos, ao círculo de arbitralistas.

6. Proposta para a designação do árbitro natural

Julgo que as razões acima descritas apontam inequivocamente para a necessidade da consagração do árbitro natural, que deve, portanto, claramente ser o caminho a seguir, de *iure condendo*.

É, no entanto de meridiana clareza que a designação cega ou aleatória dos árbitros tem de se conter dentro de determinadas regras e balizas⁽³⁹⁾. É preciso não esquecer que uma das vantagens que tradicionalmente se aponta à arbitragem é precisamente a possibilidade de as partes poderem intervir na designação dos julgadores, escolhendo as pessoas mais capazes e conhecedoras na matéria sobre que versa o litígio.

Deve, por isso, encontrar-se um sistema que permita que não se estabeleça nenhuma ligação direta entre a parte e o árbitro designado, mas em que na seleção deste a parte possa ter alguma intervenção, nomeadamente na delimitação do universo das pessoas que podem sorteadas.

Para tanto, avanço com uma proposta de regime, com um sistema distinto consoante se trate da designação do árbitro de parte ou do árbitro presidente⁽⁴⁰⁾.

Para a nomeação do árbitro que compete à parte designar, cada parte deverá indicar 4 ou 5 nomes (ou outro número que resulte do acordo de ambas), que correspondam ao perfil que considera adequado para o desempenho daquele cargo. A contraparte deve ter o direito de vetar, sem explicitação da motivação⁽⁴¹⁾, um determinado número dos nomes indicados (p. ex., 2 ou 3)⁽⁴²⁾.

⁽³⁹⁾ Que também existem, de resto, na nomeação dos magistrados judiciais.

⁽⁴⁰⁾ Sistema que pode e deve ser observado inclusivamente quando a designação seja efetuada por um centro institucionalizado de arbitragem ou por um tribunal estadual.

⁽⁴¹⁾ É esta a solução consagrada para a escolha dos jurados em processo penal, em que se atribui esse direito de veto imotivado, ao Ministério Público e ao defensor, relativamente a duas pessoas. Cf. art. 12.º, n.º 3, do DL n.º 387-A/87, de 29 de dezembro. Esta é a melhor solução. Evita-se que a parte que queira vetar um nome tenha que alegar e demonstrar qualquer facto — o que pode ser melindroso, quer para a parte quer para o árbitro — que ponha em causa a isenção ou imparcialidade da pessoa em causa.

⁽⁴²⁾ Obviamente, *ça va de soi*, este procedimento será efetuado, em regra, pelos advogados das partes e não diretamente pelas partes.

O árbitro de cada parte deve depois ser sorteado de entre os nomes, por si indicados, que não foram vetados pela contraparte⁽⁴³⁾.

Se a parte não colaborar neste processo de designação do respectivo árbitro, deve caber exclusivamente ao tribunal estadual essa designação, mediante a elaboração de uma lista com um número plural de nomes, de entre os quais será sorteado o árbitro⁽⁴⁴⁾.

Para a designação do árbitro presidente, devem os árbitros já designados pelas partes elaborar uma lista que contenha um número plural de nomes (no mínimo de 3) que mereçam o acordo de ambos⁽⁴⁵⁾. Obtido o consenso sobre os nomes que podem presidir à arbitragem⁽⁴⁶⁾, abrem-se depois duas alternativas para respectiva nomeação:

- a) ou se sorteia o árbitro de entre os nomes que constam da lista consensualizada;
- b) ou cada árbitro de parte indica, de forma confidencial⁽⁴⁷⁾, uma ordem de preferência relativamente aos nomes que obtiveram o assentimento de ambos, sendo escolhida a pessoa, que na soma das graduações manifestadas, recolha a maior preferência⁽⁴⁸⁾.

(43) Que poderão até ser todos os nomes indicados pela parte, se nenhum deles tiver sido vetado pela contraparte.

(44) É essa a solução consagrada na lei espanhola de arbitragem. *Vide supra* nota 20.

(45) Devendo assegurar-se, no entanto, caso os nomes não sejam indicados conjuntamente pelos dois árbitros de parte, que os nomes levados a sorteio são indicados em número igual por cada um dos dois árbitros designados pelas partes.

(46) Se não for possível consensualizar, entre os árbitros designados pelas partes, a referida lista, a designação deverá ser devolvida ao tribunal estadual, o qual deverá igualmente elaborar uma lista com diferentes nomes de pessoas, devendo o árbitro presidente ser sorteado de entre elas.

(47) P. ex., colocando cada um dos árbitros essa informação num sobrescrito fechado, devendo depois os dois sobrescritos serem abertos em simultâneo e na presença de ambos.

(48) Suponha-se um exemplo simples para ilustrar a solução avançada em texto. Os dois árbitros de parte (AP1 e AP2) chegaram a acordo sobre três nomes possíveis para árbitro presidente (A, B e C). Na graduação dos nomes, o AP1 colocou em 1.º lugar o A (ao qual são atribuídos 3 pontos), em 2.º lugar o B (com 2 pontos), e em terceiro lugar o C (com 1 ponto). Por sua vez, o AP2 colocou em 1.º lugar o B (com 3 pontos), em 2.º lugar o C (com 2 pontos), e em terceiro lugar o A (com 1 ponto). Nesta hipótese, o árbitro escolhido para presidir ao tribunal será B, porque, na soma das duas graduações, é o que obtém a maior pontuação (5 pontos).

Conseguir-se-á, desta forma, que os árbitros correspondam, de alguma forma, ao perfil pretendido pelas partes, mas sem que estas tenham uma participação direta e imediata na designação dos mesmos, com as vantagens que daí resultam, e que acima se aludiu, para o processo arbitral.

Rasgue-se o caminho! A bem da arbitragem...

A INEXISTÊNCIA DO FURTO DE ÁGUA

Por Diego Brito(*)

SUMÁRIO:

I. Introdução. **II.** A existência de um crime de furto e as dificuldades probatórias inerentes ao mesmo. **III.** Da subsunção dos factos relativos à intalação de uma ligação directa de abastecimento de água ao crime de furto. **IV.** Da legitimidade do Ministério Público da prossecução da Acção Penal. **V.** Conclusão.

I. Introdução

Certamente alguns de nós já terão ouvido, durante a infância, adolescência, ou já na fase adulta algumas histórias da existência de ligações directas no fornecimento de electricidade ou água.

Nesse âmbito, ouve-se, por vezes, que determinada pessoa foi apanhada a “roubar” água.

Nunca questioneei a ilicitude de tal conduta tendo a sua génese, talvez, no “direito natural” quiçá decorrente do mandamento mosaico.

(*) Procurador-Adjunto da Secção de Estarreja do D.I.A.P. de Aveiro e junto do Juízo de Competência Genérica de Estarreja do Tribunal da Comarca de Aveiro.

Depois de ter ingressado na magistratura e passado por alguns municípios (*antigas comarcas*), vim a ter o primeiro contacto profissional com essa realidade, na fase da investigação, durante o tempo em estive destacado no D.I.A.P. da Maia.

Nessa ocasião deparei-me com algumas dificuldades na condução da investigação, relacionado com um problema que me levou a reflectir e a formular a seguinte questão: como consegue o município fazer cálculos sobre a estimativa de consumo de água?

Ofícios para cá e para acolá, nunca obtive uma resposta assertiva à questão formulada. Neste âmbito, não cheguei a ter tempo suficiente para proferir qualquer despacho final de inquérito sobre essa matéria por ter sido, por razões profissionais inerentes à minha função de membro do quadro complementar do Porto, “abruptamente” destacado para a “Instância Local Criminal” do mesmo município.

Mas tal facto não evitou de ser confrontado, novamente, com tal problema quando me deparei com uma acusação pelo crime de furto decorrente da instalação de ligação directa no sistema de abastecimento de água, que me obrigou a nova reflexão sobre o critério da elaboração de estimativas de consumo e discussão com o meu colega, também Magistrado do Ministério Público, Rogério Gomes Osório que ter-me-á dito expressões equivalentes a “Ouve lá! Tens certeza que isso é crime” ou “Vai lá estudar se isso é mesmo crime.”, chamando-me a atenção para o não preenchimento dos requisitos de “coisa móvel” e “alheia”, exigidos pelo tipo legal previsto no art. 203.º, n.º 1, do Código Penal.

A partir daí, com vista a não cometer uma injustiça, iniciei um estudo “supersónico”, ainda que perfunctório, sobre tal matéria que se circunscreveu (*face também à inexistência de jurisprudência publicada relativamente a esta matéria, de forma integral*) a dois ou três comentários ao Código Penal e à compilação de alguma legislação que me permitiu tomar partido pela tese da inexistência de crime e pedir, conseqüentemente, a absolvição do arguido (*conseguida apenas com base no princípio “in dubio pro reo”*).

Estavam lançadas as bases para a elaboração de um artigo doutrinário por parte do meu colega Rogério Gomes Osório (*citado mais adiante*), em face da sua permanente ligação ao mundo académico,

resultado de um estudo com um maior grau de problematização, que muito me foi útil no desenvolvimento de argumentação que viria a ser utilizada em outros processos judiciais da mesma natureza.

O aludido artigo, talvez por causar uma ruptura com a concepção *jus naturalista* da maioria dos juristas, enquanto cidadãos, muita celeuma causou e foi criticado, de uma forma injusta e sem argumentos sólidos, a meu ver, por um acórdão de um Tribunal Superior, na sequência de um recurso por mim interposto.

Os argumentos elencados naquele aresto me obrigaram a reflectir, a ponderar e a estudar, cada vez mais, culminando com a apresentação de um novo recurso e com a elaboração deste artigo que me propus escrever. Este trabalho, do meu ponto de vista, deve ser encarado como complementar ao elaborado pelo meu colega Rogério Gomes Osório, pioneiro acerca desta matéria.

Em primeira mão, começarei por admitir a existência de um “crime de furto de água” e as dificuldades probatórias existentes relativamente ao mesmo. Depois, centrar-me-ei na análise dos elementos exigidos pelo tipo legal previsto no art. 203.º, n.º 1, do Código Penal. Tentarei, ainda, tecer algumas considerações acerca dos problemas relativos à legitimidade do Ministério Público na prossecução da acção penal, no caso de se admitir a existência de um “crime de furto de água” e concluirei, por fim, avançando com algumas reflexões acerca dos modos possíveis para tutelar este tipo de condutas ilícitas, em termos de direito constituído e a constituir.

II. A existência de um crime de furto e as dificuldades probatórias inerentes ao mesmo

Da experiência que tenho tido na participação de julgamentos acerca desta matéria, o Tribunal tem-se deparado com alguma dificuldade no que concerne à prova da autoria da ligação directa principalmente nos casos em que, não se consegue determinar exactamente quem vive no imóvel em que existe aquela instalação, não se sabe há quanto tempo determinada pessoa vive, não se sabe há

quanto tempo se encontra aquela ligação directa (*o que também poderá ter implicações na quantidade de água subtraída*) ou, ainda, não se sabe qual das pessoas montou a ligação directa ou quem tinha conhecimento daquela ligação.

Tais questões têm sido, a meu ver, bem resolvidas em função do caso concreto e com recurso à apreciação da prova segundo as regras da experiência e a livre convicção do Tribunal (*art. 127.º, do Código de Processo Penal*).

O que parece não estar a ser objecto de grandes reflexões por parte do Tribunal são os factos relativos à propriedade da água ou, pelo menos, ao seu legítimo possuidor/detentor. O Tribunal, nos casos em que me pude aperceber, tem dado como assente a propriedade da água, cometendo um erro, do meu ponto de vista (*talvez decorrente da actuação do Ministério Público — diga-se, em abono da verdade*), como se de facto notório se tratasse, isento até de ónus de alegação. Não me parece que deva ser assim. Se em outras situações de furto é preciso fazer prova do direito de propriedade ou de uma relação dominial sobre a coisa (*na menos exigente das concepções do bem jurídico protegido*) até para efeitos da legitimidade na apresentação de queixa, não entendemos a postura mais flexível adoptada na situação em análise. Condenar alguém por furto de água sem se dar como provado a propriedade da água ou a “relação dominial sobre a mesma” conduz, a meu ver, ao vício previsto no art. 410.º, n.º 2, alínea *a*), do Código de Processo Penal, já que a matéria de facto provada é insuficiente para a decisão condenatória.

Outro ponto em que não se têm levantado grandes questões prende-se com a existência da apresentação de estimativas de consumo. Neste âmbito, pelo que me tenho apercebido, o Tribunal tem-se bastado com a explicação apresentada por um funcionário do queixoso. Mal a meu ver!(¹).

(¹) Realço, quanto a este aspecto, que não conheço qualquer decisão em que seja elucidado o juízo crítico feito relativamente a esse tipo de testemunho, o que impede a percepção do raciocínio que permite dar como provada a estimativa de consumo feita pelo município, conduzindo a inobservância do art. 374.º, n.º 2, e, consequentemente, à nulidade processual prevista no art. 379.º, n.º 1, alínea *a*), ambos do Código de Processo Penal.

Nesse âmbito entendo que, em termos penais, **não é admissível considerar qualquer estimativa.**

O tipo legal de crime exige a subtracção, que pode ser traduzida por uma ruptura da detenção originária e da constituição de uma nova detenção. Perfilhando, no que concerne ao momento em que se dá a subtracção e, conseqüentemente, a consumação do crime, a “teoria da apreensão” (*que exige que a coisa seja colocada sob o controle de facto e exclusivo do novo detentor; que seja apreendida pelo agente*), poder-nos-emos questionar em que momento se dá a consumação do crime de “furto de água”. Ou seja, se é no momento em que a ligação directa é feita, se é no momento em que cada uma das torneiras é aberta, ou se é, finalmente, no momento em que a água é acondicionada num recipiente não ligado ao solo.

Nunca vi nenhuma sentença abordar esta questão e desconheço, pelo que vou ouvindo aqui e acolá, que tal prática tenha vindo a ser adoptada. Não tenciono, no presente trabalho apresentar uma resposta assertiva e definitiva sobre tal problema (*tendo naturalmente em consideração o conteúdo global do presente artigo*), mas, a meu ver, tenderia a considerar (*parecendo minimamente coerente com o raciocínio que será exposto adiante*) que concretizar-se-ia no momento em que a água fosse acondicionada num recipiente não ligado ao solo e só havendo uma efectiva apropriação (*elemento não exigido pelo tipo*) com o seu consumo efectivo.

No entanto, penso ser possível afirmar: não haverá “apreensão da coisa” só com a montagem da ligação directa.

Pois bem! Se partirmos da última premissa, forçosamente teremos que concluir que existirá um crime consumado sempre que o agente acondicionar a água em um recipiente não ligado ao solo ou, pelo menos, sempre que o agente abrir cada uma das torneiras. Pelo que existirão tantos crimes quantas vezes o agente optar por praticar cada uma daquelas condutas, face ao entendimento que se venha a adoptar quando a esta matéria (*sem prejuízo, naturalmente de poder vir a ser ponderada a subsunção desse número concreto de condutas à figura do crime continuado prevista no art. 30.º, n.º 2, do Código Penal*).

Assim, a prova da instalação da ligação directa, não fazendo parte da previsão legal do art. 203.º, n.º 1, do Código Penal, não

bastará para afirmar, segundo as regras da experiência comum (*art. 127.º do Código de Processo Penal*) que existiu uma subtração, pois seria necessário provar, a meu ver, que o arguido adoptou as condutas acima elencadas, consubstanciando, cada uma delas uma resolução criminosa autónoma (*e não olvidamos que se trata de uma prova diabólica*).

De acordo com o raciocínio exposto, entendo que, ao fazê-lo, o Tribunal só poderá, na quase totalidade dos casos, condenar o arguido pela prática de um crime de furto na sua forma tentada.

Naturalmente que esta última conclusão pressupõe que se parta da premissa que a montagem da ligação directa é um acto de execução, pois se considerarmos que se trata de um acto preparatório, tal condenação não poderia, por esta via, operar (*art. 21.º do Código Penal*).

Claro está que, se considerarmos (*não me choca*) que a montagem da ligação directa é um acto de execução (*o primeiro na cadeia de acção e eventualmente subsumível ao art. 22.º, n.º 2, alínea c), do Código Penal*), e que a abertura da torneira seria outro acto de execução (*o segundo e eventualmente subsumível ao art. 22.º, n.º 2, alínea b), do Código Penal*), isso faria que os crimes subsequentes só iniciariam numa fase posterior (*solução que não revela qualquer problema, a meu ver*)⁽²⁾.

No entanto, os problemas elencados principalmente no que concerne, na minha opinião, à impossibilidade prática (*quase certa ou pelo menos maioritária*) de alguém, na situação em análise, poder vir a ser legitimamente condenado pela prática de um crime de furto, previsto e punível pelo art. 203.º, n.º 1, do Código Penal, advêm de uma questão a montante: o legislador não pensou em tal situação quando criou a norma. Ou, de outro modo, a acção factual que compreenda a instalação de uma ligação directa de abastecimento de água não é subsumível àquela previsão legal.

(2) Pense-se num tóxico dependente que pratica um furto qualificado por arrombamento num dia, e leva o que consegue, e no outro dia repara que a casa ainda está desocupada e, aproveitando-se que a porta já está arrombada, decide ir buscar mais “qualquer coisinha”.

III. Da subsunção dos factos relativos à instalação de uma ligação directa de abastecimento de água ao crime de furto

Centremo-nos, agora, na análise nos requisitos exigidos pelo tipo legal de furto.

Prevê o art. 203.º, n.º 1, do Código Penal:

“Quem, com ilegítima intenção de apropriação para si ou para outra pessoa, subtrair coisa móvel alheia, é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa.”

São elementos do tipo:

1. A intenção de apropriação, para si ou para outrem, (dolo);
2. A subtracção;
3. A natureza móvel da coisa; e
4. O carácter alheio da coisa;

a) Do carácter móvel da coisa

Começemos por analisar o carácter móvel ou imóvel da água, conceito indeterminado que, a nosso ver, deverá ser integrado pela lei civil, no respeito pelo art. 9.º do Código Civil, concretamente no respeito pela “unidade do sistema jurídico”.

Perfilhando a opinião do Professor Faria Costa⁽³⁾, não posso concordar, pelas razões *infra*, que o conceito de coisa móvel deve ser diverso e até mais amplo do utilizado no art. 205.º do Código Civil⁽⁴⁾.

⁽³⁾ Referindo que a “noção comum”, desse conceito indeterminado, “*tem de confrontada com as qualificações que nos dá a disciplina dos direitos reais*” [in FIGUEIREDO DIAS, JORGE (org.), *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, Tomo II, anotação ao art. 203.º, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, pp. 40 e 41, § 47].

⁽⁴⁾ Opinião manifestada, por exemplo por Paulo Pinto de Albuquerque (*in Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2.ª ed. actualizada, anotação ao art. 203.º, Lisboa: Universidade Cató-

Entendo, neste âmbito, ser pertinente chamar à colação as reflexões do Professor Baptista Machado acerca das regras de interpretação das normas, neste aspecto quanto ao elemento lógico, concretamente relativo ao elemento sistemático, que se manifesta através do contexto da lei e dos lugares paralelos.

O elemento sistemático, nas palavras do “Mestre” da interpretação compreenderá a “consideração das outras disposições que formam o complexo normativo do instituto que se integra a norma interpretanda, isto é, que regulam a mesma matéria (contexto de lei), assim como a consideração de disposições legais que regulam problemas normativos paralelos ou institutos afins (lugares paralelos). Compreende ainda o “lugar sistemático” que compete à norma interpretanda no ordenamento global, assim como a sua consonância com o espírito ou unidade intrínseca de todo o ordenamento jurídico”⁽⁵⁾. Tal autor acrescenta, ainda, que tal elemento interpretativo baseia-se no “postulado da coerência intrínseca do ordenamento, designadamente no facto de que as normas contidas numa codificação obedecem por princípio a um pensamento unitário”⁽⁶⁾.

Por fim, e quanto ao recurso aos lugares paralelos o ilustre professor chama atenção que por vezes uma determinada questão idêntica é tratada pelo legislador em diferentes lugares do sistema, mas “sucede com frequência que num desses lugares a fórmula legislativa emerge de forma mais clara e explícita”⁽⁷⁾.

Regressemos à análise da lei.

O crime de furto está inserido no Título II, da Parte Especial, do Código Penal, cuja epígrafe é: “Dos crimes contra o património”.

lica Editora, 2010, p. 629, ponto 6), com a qual não se pode concordar, ao referir que o conceito móvel não pode se confundir com a noção civilística diversamente e de forma contraditória da natureza alheia que deverá ser integrado pela lei civil (*in ob. cit.*, anotação ao art. 203.º, p. 630, ponto 14) não se compreendendo o diferente e arbitrário (*pois nenhuma fundamentação de relevo é apresentada*) critério entre os meios de interpretação dos dois elementos objectivos do tipo em apreciação.

⁽⁵⁾ In BAPTISTA MACHADO, JOÃO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 16.ª reimpressão, Almedina, p. 183.

⁽⁶⁾ *Ibidem*.

⁽⁷⁾ *Ibidem*.

No capítulo I, o legislador criou um artigo (*art. 202.º*), que têm como epígrafe “definições legais”, que consubstancia uma importante ferramenta na interpretação das normas que constam desse título e que contém conceitos indeterminados, nessa norma definidos (*v.g. o conceito de “chaves falsas” em que o legislador estende a situações em que a chave é verdadeira mas é utilizada por quem não esteja legitimado a tal acção*).

Tal solução também foi encontrada noutra “lugar paralelo”, concretamente através da criação do *art. 255.º*, previsto no Título IV (*Dos crimes contra a vida em sociedade*), Capítulo II (*Dos crimes de falsificação*).

Ora, da análise dos dois títulos é possível perceber que sempre que o legislador achou necessário introduzir novas interpretações legais a dar a conceitos indeterminados, o fez. Assim foi no lugar sistemático em que o tipo de furto está inserido, como o fez no capítulo relativo aos crimes de falsificação. Portanto, se o legislador não criou um conceito próprio para coisa móvel para efeitos penais, como fez nas citadas normas excepcionais, *a contrario sensu* podemos concluir que foi porque não o quis.

Se o legislador não quis estabelecer um conceito próprio, não é o poder judicial que o deverá fazer, procedendo à construção de um novo conceito de coisa móvel. Tal possibilidade, a meu ver, lhe está subtraída, sob pena de violar o Princípio da Tipicidade (*vergente material do Princípio da Legalidade*).

Não cabe ao intérprete aplicador do direito, do nosso ponto de vista, construir conceitos novos que já vêm consagrados na lei. Tal entendimento colidiria, desde logo, com o teor do *art. 9.º, n.º 1*, do Código Civil, que impõe ao julgador que reconstitua o pensamento legislativo “a partir dos textos”, “tendo sobretudo em conta unidade do sistema jurídico”.

Logo entendo que o Tribunal, no seu processo interpretativo de delimitação do conceito indeterminado de coisa móvel prevista do *art. 203.º, n.º 1*, do Código Penal, não pode afastar a sua classificação nos termos do Código Civil, criando, assim, um novo conceito que extravasa o âmbito da interpretação, roçando a analogia (*analogia iuris*), o que é manifestamente proibido pelo *art. 1.º, n.º 3*, do Código Penal.

Parece não haver dúvidas que o problema em questão se prende com uma conceitualização extra-penal utilizada pelo legislador penal. Todavia, essa conceitualização não puramente acessória (*situação que será permitida, no entendimento do Professor Figueiredo Dias*)⁽⁸⁾, ou seja, que desencadeia directamente a incriminação, não admite o recurso à analogia, sob pena de violar em última instância, o art. 29.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa.

Entendendo não haver razões legítimas, fundamentadas e permitidas para afastar o recurso à noção civilística, nos dediquemos agora à análise das normas civis.

A noção de coisa vem prevista no art. 202.º, n.º 1, do Código Civil, compreendendo tudo aquilo que pode ser objecto de relações jurídicas (*o que parece não excluir a possibilidade da existência de coisas incorpóreas*). Por sua vez, o art. 203.º daquele diploma codificado procede à classificação das coisas, mormente quanto ao carácter da mobilidade separando-as entre imóveis e móveis.

Nos artigos 204.º e 205.º o legislador civil distingue as coisas imóveis e móveis, sem que, contudo, construa uma definição capaz de as diferenciar. Assim, segundo os Professores Pires de Lima e Antunes Varela⁽⁹⁾, o “legislador não formula o conceito de coisas imóveis e móveis. Limita-se a fazer, no art. 204.º, uma enumeração das coisas que engloba na primeira categoria, considerando móveis, por contraposição ou por via negativa, todas as demais (art. 205.º)” explicam aqueles autores citando os trabalhos preparatórios do Código Civil que a razão inerente a tal opção se deveu ao facto de que era “difícil definir rigorosamente qualquer das duas categorias e, por isso, as legislações têm fugido à formulação de conceitos. Aquelas palavras andavam evidentemente ligadas à ideia de que as coisas podem ou não ser transportadas de um lugar para o outro (...) Todavia, esta concepção, puramente física, não

⁽⁸⁾ In FIGUEIREDO DIAS, JORGE, *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I, 2.ª ed., Questões Fundamentais, A doutrina Geral do Crime, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 192, § 28.

⁽⁹⁾ In LIMA, PIRES DE e VARELA, ANTUNES, *Código Civil Anotado*, Vol. I, 4.ª ed. revista e actualizada, anotação ao art. 204.º, Coimbra: Coimbra Editora, 1987, pp. 194 e 195, ponto 2.

basta para o direito. Há uma necessidade de integrar, para muitos efeitos jurídicos, numa ou noutra categoria, coisas que fisicamente não são imóveis nem móveis, como os direitos, e, de uma maneira geral, as coisas imateriais, não corpóreas. Daí a tendência justificável das legislações para fazer, de preferência, uma enumeração das coisas imóveis sem, no conjunto as definir”.

Ora, analisado o teor no art. 204.º do Código Civil, encontramos, no seu número 1, alínea b), as águas, razão pela qual entendemos que não poderá ser visto como coisa móvel, já que, de acordo com o art. 205.º daquele diploma, móveis serão “todas as coisas não compreendidas no artigo anterior”.

Quanto à questão concreta das águas os Professores Pires de Lima e Antunes Varela⁽¹⁰⁾, referindo que estas formam a segunda categoria dos imóveis, esclarecem que fica afastada a questão controvertida no domínio do Código de Seabra, sobre a natureza mobiliária ou imobiliária das águas. Mais esclarecem os ilustres autores que enquanto “não forem desintegradas da propriedade superficiária, por lei ou negócio jurídico, as águas são partes *componentes* dos respectivos prédios, tal como a terra, as pedras, etc.. Quando desintegradas, adquirem autonomia e são consideradas, de *per si*, imóveis” (*tal posição doutrinal não é, todavia, pacífica, como será analisado infra*).

Assim, tendo em conta a unidade do sistema jurídico e as razões, fundadamente justificadas, apontadas quanto à técnica adoptada pelo legislador civil, ao não adoptar um critério totalmente equivalente com as regras da física entendemos que o critério utilizado para preencher o conceito de coisa móvel previsto no art. 203.º, n.º 1, do Código Penal deverá ser o previsto no Código Civil, não havendo nenhuma razão, na jurisprudência ou na doutrina, rigorosamente fundamentada, como *infra* analisar-se-á, para afastar tal entendimento.

Acresce, ainda, que o próprio legislador penal considerou as águas como bem imóvel, ao punir, como usurpação de coisa imóvel, o desvio ou represa de águas nas condições previstas no n.º 2,

(10) *In ob. cit.*, anotação ao art. 204.º, p. 196, ponto 4.

com recurso aos meios previstos no n.º 1, ambos do art. 215.º do Código Penal.

Entendemos, assim, que o legislador penal, presumindo que consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados, recorrendo ao carácter imóvel das águas, nos termos da lei civil, resolveu tutelá-las como bem imóvel, nos termos do art. 215.º e não como bem móvel, nos termos do art. 203.º, ambos do Código Penal.

A tese por mim defendida não foi acolhida pelo Tribunal da Relação do Porto, no acórdão de 26 de Outubro 2016, relatado pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Manuel Soares, no âmbito do processo número 149/14.2TAMAI.P2⁽¹¹⁾, que apreciou um recurso por mim interposto.

Sucede que tal aresto, em minha opinião, socorreu-se de argumentos nada convincentes, razão pela qual impõe-se proceder a uma análise crítica dos mesmos. Para tanto recorrerei, necessariamente, tal como tenho tentado fazer, à hermenêutica jurídica e ao que aquele acórdão chama de “tecnicismos jurídicos”, pois entendo ser a forma mais científica e mais rigorosa para o contrariar.

Em meu entender, a jurisprudência emanada por aquele Tribunal caiu num erro inicial (*que não é a vontade de condenar o arguido a qualquer preço, diga-se em abono da verdade, até porque este foi absolvido por subsunção jurídica ao art. 207.º, n.º 2, alínea b), do Código Penal, e conseqüente falta de legitimidade do Ministério Público na prossecução da acção penal*): a necessidade de encontrar uma tutela penal, a todo custo, para a utilização abusiva de água.

A propósito do carácter imóvel ou móvel da água, referiu o Tribunal da Relação:

⁽¹¹⁾ Única decisão, por mim conhecida, publicada integralmente sobre esta matéria, (*in* <<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/0e6e3ead4342892a8025806f00409546?OpenDocument>>), para além das duas decisões sumariadas nos Boletins do Ministério Justiça, n.ºs 332 e 388, relativamente a acórdãos proferidos, respectivamente, em 23 de Novembro de 1983, pelo Tribunal da Relação de Coimbra, e em 14 de Julho de 1989, pelo Tribunal da Relação do Porto (*ambos admitindo que uma certa quantidade de água deve ser considerada como coisa móvel*).

“O art. 204.º n.º 1 al. *b*) do Código Civil (CC) qualifica “as águas” como coisa imóvel. Ao contrário do que acontece com as árvores, arbustos e frutos naturais, que o mesmo preceito autonomiza como coisas móveis quando deixam de estar ligadas ao solo (al. *c*) *a contrario sensu*), não há norma que dê diferente natureza jurídica à água, mesmo quando dividida e separada da sua unidade de origem. Ou seja, no limite, de acordo com esta interpretação, a água que tiramos da torneira e bebemos pelo copo será juridicamente uma coisa imóvel, porque tudo o que não é imóvel, é móvel: art. 205.º, n.º 1 do CC.

Porém, como sabemos, a água, que é um bem da natureza, passível de utilização e transformação nas não de criação humana, pode ser dividida e destacada da unidade de que fazia parte e ser objecto de relações jurídicas às quais não se adequa minimamente o regime legal relativo à constituição e transmissão de direitos sobre coisas imóveis. Certamente ninguém deixaria de considerar absurdo que os negócios de transmissão de direitos sobre a água que está engarrafada para consumo humano estivessem sujeitos às exigências de forma de celebração de escritura pública ou documento particular autenticado. Esta dificuldade decorre do facto de as normas do direito civil que regulam a propriedade e utilização das águas particulares como bens imóveis (arts. 1385.º e seguintes) e das do direito administrativo que regulam a titularidade e utilização das águas do domínio público (sobretudo as Leis 54/2005, de 15NOV e 58/2005, de 29DEZ), estarem concebidas para as águas que nascem, correm ou se depositam no solo, provenientes de nascentes ou da chuva e para as águas dos oceanos e não para porções de água individualizadas que são todos os dias objecto de relações jurídicas ou de facto.

Diz o Ministério Público no recurso que a norma penal que define o furto usa o conceito de coisa móvel com o sentido que lhe é dado pela lei civil. Por um lado porque quando o legislador penal quis definir conceitos de forma diferente do que resultaria da aplicação da lei civil, o fez expressamente (por exemplo nos arts. 202.º e 255.º do CP) e por outro lado porque atribuiu expressamente natureza de coisa imóvel à água, ao tutelar a propriedade sobre este bem com uma incriminação específica (art. 215.º, n.º 2 do CP). Qualquer destes argumentos não é decisivo.

Dizer que o conceito de coisa móvel previsto na incriminação do furto é o que está previsto na lei civil, de forma completamente desligada daquilo que é a percepção comum sobre o significado dessa expressão, cria dificuldades inaceitáveis. Nas situações de fronteira, em que os próprios juristas civis não se entendem sobre a qualificação de certa coisa como móvel ou imóvel, ou em que a sua qualificação civil não coincide minimamente com o seu significado comum (e aqui estamos a referir-nos, por exemplo, à água autonomizada em partes que podem ser objecto de comércio jurídico), seria absurdo concluir que o legislador criou uma norma penal cujo conhecimento da ilicitude ou dos elementos objectivos do tipo exigisse uma licenciatura em direito. A percepção social sobre a ilicitude da subtracção de pinhas arrancadas das árvores ou de areia extraída de uma pedreira não necessita de conhecer a ressalva final da al. *c*) do n.º 1 do art. 204.º do CC — que muda a natureza desses bens de imóveis para móveis — para representar que se trata de actos ilícitos de furto. Não pode deixar de ser a essa percepção social que a norma está dirigida, porque ela se destina a regular a vida comum de todas as pessoas; as que têm formação jurídica e as que não têm.

O facto de existir na lei um crime autónomo de usurpação de coisa imóvel, através do desvio ou represamento de águas, também não nos convence. Nada autoriza a concluir que o legislador quis englobar no art. 215.º, n.º 2 do CP todos os actos criminalmente relevantes que tivessem por objecto água. Esta norma está concebida para as águas desviadas ou represadas que estão de alguma forma ligadas ao solo ou ao seu meio natural. Se não fosse assim, ou seja, se pudessemos concluir que a água da torneira de uma casa — por ser coisa imóvel, na tese do recurso — também estaria incluída nesta incriminação, então poderíamos ter de dizer que o represamento violento dessa água poderia constituir crime de usurpação de coisa imóvel, o que manifestamente cairia fora do âmbito de aplicação previsto para esta norma e seria até absurdo.

Mas a tese de que a água é sempre um bem imóvel para os efeitos da incriminação do furto, levaria a situações ainda mais incompreensíveis e que escapariam ao que é a percepção social sobre a ilicitude do furto. Pensemos, por exemplo, na pessoa que

entra nas instalações de uma empresa de engarrafamento de água e se apropria da água já tratada e pronta a ser engarrafada para venda — não falamos dos recipientes mas apenas da água. Ou na pessoa que aproveita a ausência do vizinho e subtrai com uma mangueira a água armazenada no tanque de rega para encher a sua piscina particular. Não haveria aqui crime de furto por as águas são coisas imóveis?

Parece-nos que o significado de coisa móvel que consta na descrição do crime furto não pode ser equiparado em termos absolutos ao conceito de coisa móvel do direito civil.

Aliás, há outros casos em que a doutrina e jurisprudência (embora não de forma unânime, reconhecemos) aceitam que a apropriação é susceptível de integrar o crime de furto, mas em que o objecto dessa apropriação são bens que também não se incluem no conceito civil de coisas móveis. Pensemos, por exemplo, na apropriação de energias mecânicas como a electricidade, que não têm corporeidade mas podem ser consideradas coisas móveis se forem controláveis e quantificáveis — ver por exemplo o acórdão do TRP, de 24SET2009[3].

Na anotação ao art. 215.º, § 12, do Comentário Conimbricense do Código Penal, considera-se que a separação das águas da massa complexiva ligada a um prédio ou terreno retira o carácter imobiliário às mesmas, passando a ser coisas móveis susceptíveis de crime de furto. Também na anotação ao art. 203.º, § 48, se considera que coisas — no sentido corrente de objectos corpóreos susceptíveis de deslocação no espaço — que sejam partes integrantes, ou mesmo componentes de coisas imóveis, desde que destacadas e autonomizadas, passam a ser coisas móveis susceptíveis de apropriação para preenchimento do crime de furto.

É também este o nosso entendimento no que respeita à água que corre nas canalizações de abastecimento público. Trata-se de um bem com valor económico, controlável e quantificável, com autonomia em relação ao seu meio de origem, que para efeitos penais se integra no conceito de bem móvel”.

Em primeiro lugar, parece existir concordância entre a tese exposta e a defendida naquele acórdão de que o legislador penal, seguindo a linha de raciocínio do legislador civil considerou

“alguma água” como bem imóvel, pois no caso contrário não existiria uma conduta tipificada no art. 215.º, n.º 2, do Código Penal, cuja epígrafe é “Usurpação de coisa imóvel”.

No entanto, considera, aquele Tribunal Superior, se bem interpretado o teor do aresto proferido, que só a água que corre num leito é que seria tutelada por tal preceito penal e como tal só essa seria idónea de ser considerada imóvel. Não sendo a questão principal que me preocupa no momento, tenho tendência a concordar com tal posição assumida, porquanto as palavras “desviar” e “represar” apontam no sentido de mudança de algo que corre num determinado sentido.

A divergência aparece quanto à restante água e concretamente, quanto àquela que se encontra num circuito de canalização. A jurisprudência em questão recorreu a argumentos como o “significado comum”, e a necessidade de uma licenciatura em direito para compreender o raciocínio exposto no recurso que a originou, utilizando exemplos práticos que merecem “tutela penal” e concluindo com duas citações doutrinárias, sem qualquer análise crítica das mesmas, como se de fonte imediata de direito se tratassem, **contrariando o disposto no art. 1.º do Código Civil.**

Salvo o devido respeito, uma sentença/acórdão não deve fundamentar uma determinada posição por remissão para um determinado comentário doutrinário, que, do nosso ponto de vista carece de fundamentação suficiente como *infra* explicaremos (*nos referimos concretamente ao comentário do Ex.º Sr. Professor José Manuel Damião da Cunha*)⁽¹²⁾, ou para outro que não se refere à mesma situação fazendo um raciocínio *mutatis mutandis* contrário a lei⁽¹³⁾.

Tal como foi referido anteriormente, não há dúvidas que, as águas ligadas ao solo são consideradas coisa imóvel.

Questionável será, para alguns, se a água depois de separada do solo perde ou não essa característica passando a ser considerada como bem móvel.

⁽¹²⁾ *In Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, Tomo II, anotação ao art. 215.º, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, pp. 263 e 264, § 12.

⁽¹³⁾ Nos referimos concretamente ao comentário do Ex.º Sr. Professor JOSÉ DE FARIA COSTA, *in ob. cit.*, anotação ao art. 203.º, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 41, § 48.

De acordo com o Supremo Tribunal de Justiça em acórdão publicado em Janeiro de 1970, no BMJ, n.º 192, p. 243, citado *apud* por Heinrich Ewald Hörster⁽¹⁴⁾ pressuposto “essencial de uma classificação como coisa imóvel é a incorporação no solo de qualquer edifício ou construção, sendo certo que a base da doutrina entre coisas móveis ou imóveis é a circunstância de poderem ou não ser transportadas de um para outro lugar sem se deteriorarem... A incorporação no solo supõem uma ligação material por meio de alicerces ou colunas” referindo-se ao caso concreto das casas desmontáveis atribuindo, assim, a carácter móvel desse tipo de construções (*raciocínio que colide com o conteúdo dos trabalhos preparatórios do Código Civil*).

Aplicado tal raciocínio às águas teríamos de concluir, forçosamente, que a água que corre no leito dos rios seria móvel, por não se deteriorar, contrariando, seguramente, o teor do art. 204.º, n.º 1, alínea *b*), do Código Civil.

Mas outros autores civilistas têm defendido a qualificação das águas como coisa móvel quando “destacadas” do solo. Tal posição foi defendida por José de Oliveira Ascensão, ao qualificar como fruto a água separada de um reservatório⁽¹⁵⁾, por Pedro Pais de Vasconcelos⁽¹⁶⁾ e Mário Taveira Lobo (*talvez o autor que mais tenha escrito em Portugal sobre as águas na vigência do Código Civil de 1966*)⁽¹⁷⁾.

Cumprir referir que, do meu ponto de vista, é questionável se tal raciocínio foi o pretendido pelo legislador. É um facto que é compreensível a tese de que a água destacada do leito dos rios ou do prédio (*em sentido amplo*) em que estava inserida adquiriria natureza de bem móvel. Tal entendimento resolveria a questão colocada pelo Tribunal da Relação do Porto, na jurisprudência *supra* elencada quanto à (in)exigência de forma na transmissão de

⁽¹⁴⁾ *In A Parte Geral do Código Civil Português*, Teoria Geral do Direito Civil, 4.ª reimpressão da edição de 1992, Almedina, p. 184.

⁽¹⁵⁾ *In Direito Civil, Teoria Geral, Introdução, As Pessoas, Os Bens*, 2.ª ed., Coimbra Editora, p. 362.

⁽¹⁶⁾ *In Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed., Almedina, 2007, p. 223.

⁽¹⁷⁾ *In Manual do Direito de Águas*, Vol. I, 2.ª ed. revista e ampliada, Coimbra Editora, 1989, pp. 10 e 12, e Vol. II, p. 476.

direitos reais. Neste âmbito, compreende-se, igualmente, a tese do Professor Oliveira Ascensão⁽¹⁸⁾ ao dar o mesmo enquadramento dos frutos relativamente às parcelas de água. Todavia, entendemos que tais entendimentos colidiriam desde logo com a letra da lei⁽¹⁹⁾.

De acordo com o art. 204.º do Código Civil, as águas são imóveis como são as árvores os arbustos e os frutos naturais. Sucede que, quanto aos três últimos, a natureza imóvel só permanece enquanto estiverem ligados ao solo. Ora, o legislador não impôs o mesmo requisito às águas.

Outra possibilidade seria subsumir a água à previsão legal da alínea e), do aludido artigo, entendendo-se que a água é imóvel enquanto parte integrante do prédio. Todavia, este argumento colidiria com o teor do número 3 do art. 204.º que refere que as partes integrantes são móveis mas ligadas materialmente aos prédios com carácter de permanência. Assim, somos obrigados a afirmar que a água apenas seria considerada como imóvel, enquanto coisa ligada materialmente aos prédios com carácter de permanência se ela fosse *de per si* móvel. Todavia, é o próprio legislador que a qualifica como imóvel.

Até acredito na bondade da doutrina que defende que o carácter imóvel se extinguiria no momento da separação (*tal solução até resolveria, em abono da verdade, uma série de problemas jurídicos apontados pela jurisprudência em análise*). No entanto, não vejo nela uma coerência interpretativa suficiente na conjugação dos preceitos previstos nas alíneas b), c), e), do n.º 1, e no n.º 3 do art. 204.º do Código Civil.

Em oposição, perfilho o raciocínio de Antunes Varela e Pires de Lima quando referem que enquanto “não forem desintegradas da propriedade superficiária, por lei ou negócio jurídico, as águas são partes *componentes* dos respectivos prédios, tal como a terra, as pedras, etc. Quando desintegradas, adquirem autonomia e são consideradas, de per si, imóveis”⁽²⁰⁾.

⁽¹⁸⁾ *In ob. cit.*

⁽¹⁹⁾ De resto o ponto de partida para da interpretação, como refere JOÃO BAPTISTA MACHADO (*in ob. cit.*, p. 182).

⁽²⁰⁾ Considerando o conceito de “desintegrada” como separada ou destacada do solo. Neste âmbito, é preciso não confundir a noção de parte “componente” e parte “inte-

Assim, concluindo que só as coisas móveis podem ser consideradas qualificadas como partes integrantes, reforça a posição, por mim defendida, de que a água continua sendo imóvel após a sua separação, já que antes seria parte componente (*e não integrante*) do prédio onde estaria inserida [art. 204.º, n.º 1, alínea a), do Código Civil].

Mas, não se perfilhando a tese defendida urge responder se a água canalizada se separa, ou não do solo?

Tem sido entendimento pacífico na doutrina, segundo Mário Taveira Lobo⁽²¹⁾, de que os “meios de contenção e condução de água, naturais ou artificiais, sempre que se liguem materialmente ao solo com carácter de permanência” têm natureza imobiliária, enquanto “partes integrantes do prédio ao qual prestam o serviço que lhes é inerente ou específico”. Tal entendimento, a nosso ver, tem acolhimento legal expresso no já outrora citado art. 204.º, n.º 1, alínea e) e n.º 3, do Código Civil.

Assim, se defendermos o entendimento de que a água só mantém o seu carácter imobiliário enquanto estiver ligada ao solo (*entendimento que em termos de direito constituído tenho muita dificuldade em aceitar*), cumpre-nos questionar o momento em que aquela sai do solo.

Como foi referido parece unânime que o sistema de canalização, desde que ligado ao solo com carácter de permanência, é parte integrante do prédio (art. 204.º, n.º 3, do Código Civil) e consequentemente considerada imóvel [art. 204.º, n.º 1, e), do Código Civil], assim como serão os reservatórios. A ser assim, temos que concluir, forçosamente, que a água que se encontra parada nos reservatórios, bem como a que se movimenta através do sistema de

grante”. A meu ver, embora o legislador não os tenha definido (*deixando o preenchimento do conceito em termos linguísticos*), estabeleceu diferenças entre os conceitos de “parte componente” e “parte integrante” [v.g. arts. 408.º, n.º 2, 880.º, n.º 1, e 1337.º, n.º 1, alínea a), do Código Civil — atribuindo direitos diferentes já que as partes componentes podem ser objecto de direitos reais — arts. 1377.º, alínea a), 1524 e 1528.º, todos do Código Civil]. Acresce, ainda, que as partes integrantes são de *per si* móveis, mas as partes componentes podem ser móveis (*caso das terras e pedras*) ou imóveis (*caso das águas e das árvores arbustos e frutos, estes três últimos quando estiverem ligados ao solo*).

(21) *In ob. cit.*, Vol. I, pp. 9 e 14.

canalização tem que ser considerada imóvel. Pois se a água que se move através do leito dos rios, que se encontra no solo, é imóvel, também será a água que se move através do sistema de canalização, que se encontra também no solo (*sistema que é considerado imóvel como parte integrante*).

Tal raciocínio que, do meu ponto de vista, tem que ser considerado por quem defenda que a água só mantém o seu carácter imobiliário enquanto ligada ao solo, conduz necessariamente à seguinte conclusão: só com a retirada de uma certa quantidade de água, seja do reservatório ou do sistema de canalização é que a água ganha o seu carácter mobiliário, pelo que até esse momento é coisa imóvel.

Enquanto coisa imóvel a “propriedade” inerente, não pode ser tutelada pelo crime de furto, uma vez que não está preenchido o requisito mobiliário que o art. 203.º, n.º 1, exige. A característica mobiliária da água (*no raciocínio que se pretende expor*) só surge depois de uma actuação do agente.

Ora, entendo, ao contrário do entendimento de Carlos Alegre citado *apud* por José António Barreiros⁽²²⁾, que o agente não poderá ser punido por uma acção que se reflecte num objecto que só adquire a característica idónea a preencher o tipo após a consumação do “crime” (*possibilidade que colidiria, necessariamente com a punibilidade da tentativa no caso do crime de furto — art. 203.º, n.º 2, do Código Penal*). De outro modo, o nascimento daquela característica não pode ser superveniente à acção do agente e existir por acto voluntário deste⁽²³⁾.

Assim, numa situação em que o Tribunal consiga provar que uma pessoa subtraiu uma determinada quantidade de água que se encontrava no sistema de canalização da sua casa, em virtude deste ter sido inundado pela água que corria no sistema público de canalização, decorrente da instalação de uma ligação directa, tal situação não poderá ditar uma condenação. Isto porque, essa água, a

(22) *In Crimes Contra o Património*, Lisboa: Universidade Lusíada, 1996, p. 27.

(23) Ex.: Um agente que provoca a morte de um feto não pratica o crime de homicídio previsto e punível pelo art. 131.º do Código Penal, mas o crime de aborto, previsto e punível pelo art. 140.º do Código Penal.

meu ver, continuará a manter o seu carácter imóvel, quanto mais não seja, por correr no sistema de canalização, que se encontra integrado no solo, só podendo perder a sua natureza imobiliária depois de acondicionada em um reservatório que não esteja ligado ao solo com carácter de permanência (*ex: bacias, garrafas e copos*). No caso de a água sair da torneira e voltar a entrar no sistema de captação de águas residuais, tenho muitas dúvidas que se possa sustentar que a água adquira natureza móvel.

Pelo raciocínio exposto, entendo que, através de vários caminhos temos que concluir que não existem argumentos suficientes elencados pelo Tribunal da Relação do Porto para afastar a natureza imobiliária da água.

b) Do carácter alheio da coisa

Outro dos elementos necessários ao preenchimento do crime de furto é o carácter alheio da coisa. Significa que não podem ser objecto do crime de furto as coisas que não sejam de outrem. Na maioria dos casos, as coisas que são alheias não são próprias. Todavia, há casos em que as coisas não são próprias, mas também não são alheias. Nas palavras de José de Faria Costa⁽²⁴⁾, “nem todo o universo das coisas não próprias tem o carácter alheio. Estão indubitavelmente neste campo todas as *communes omnium* ou aquelas que não pertencem a ninguém (*“res nullius”*). O que faz, bom é de ver, que a apropriação de coisas pertencente aos dois universos que por último enunciamos (*“res communes omnium”* e *“res nullius”*) não preenche o crime de furto porque, justamente, tal conduta intencional se não objectiva em coisa alheia”.

Tal como referi, relativamente ao conceito de coisa móvel, entendo que o conceito indeterminado de coisa alheia deverá ser integrado pelas regras do direito civil⁽²⁵⁾.

⁽²⁴⁾ *In ob. cit.*, anotação ao art. 203.º, p. 41, § 49.

⁽²⁵⁾ Raciocínio também defendido por TERESA PIZARRO BELEZA (*in Direito Penal*, 2.º Vol., reimpressão 2003, Lisboa: AAFDL, p. 170) e por PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE (*in ob. cit.*, anotação ao art. 203.º, p. 630, ponto 14).

Esclarece o art. 202.º, n.º 2, do Código Civil que consideram-se fora do comércio “todas as coisas que não podem ser objecto de direitos privados, tais como as que se encontram no domínio público e as que são, por sua natureza, insusceptíveis de apropriação”.

De acordo com o art. 84.º da Constituição da República Portuguesa, pertencem ao domínio público as “águas territoriais com os seus leitos e os fundos marinhos contíguos, bem como os lagos, lagoas e cursos de água navegáveis ou flutuáveis, com os respectivos leitos”.

Nessa senda, de modo a concretizar a norma paramétrica citada, múltipla legislação tem sido aprovada de modo a definir a titularidade e exploração dos recursos hídricos, citada, diríamos, de forma exaustiva no artigo escrito por Rogério Gomes Osório⁽²⁶⁾, que seguimos de perto.

A Lei n.º 54/2005, de 15 de Novembro, estabelece a titularidade dos recursos hídricos. De acordo com o seu art. 2.º, o domínio público hídrico compreende o domínio público lacustre e fluvial. De acordo com o art. 6.º o domínio público lacustre e fluvial pertence ao Estado (*já que se situa em território continental e não se situa exclusivamente na área de um município*).

A mesma lei estabelece a possibilidade de existirem águas patrimoniais e águas particulares (*art. 18.º*). As águas patrimoniais serão os recursos hídricos que não pertencerem ao domínio público, podendo, dessa maneira, ser objecto do comércio jurídico privado e sendo, então, regulados pela lei civil (*art. 18.º, n.º 1*). Os recursos hídricos patrimoniais, se pertencerem a entes privados são designados como recursos hídricos particulares (*art. 18.º, n.º 2*), sendo em regra os que sejam caracterizados pela lei civil e não devam considerar-se integrados no domínio público (*art. 18.º, n.º 3*).

É por fazer parte do domínio público que o Estado, não procedendo a uma desafectação, não pode vender a água dos rios mas poderá, enquanto meio de gestão, concessionar a utilização privativa dos recursos hídricos do domínio público, de acordo com a Lei

(26) “O crime de furto — um contributo para a análise de uma nova realidade”, in *Revista da Ordem dos Advogados* — Ano 75 (Jul./Dez. 2015) e <http://www.verbojuridico.net/ficheiros/doutrina/penal/rogerioosorio_crimefurto.pdf>.

n.º 58/2005, de 29 de Dezembro. Segundo o art. 59.º, n.º 1, da aludida lei, considera-se utilização privativa dos recursos hídricos do domínio público “aquela em que alguém obtiver para si a reserva de um maior aproveitamento desses recursos do que a generalidade dos utentes ou aquela que implicar alteração no estado dos mesmos recursos ou colocar esse estado em perigo”.

O n.º 2 do referido preceito estabelece que o “direito de utilização privativa de domínio público só pode ser atribuído por licença ou por concessão qualquer que seja a natureza e a forma jurídica do seu titular, não podendo ser adquirido por usucapião ou por qualquer outro título”. Por sua vez, o art. 61.º, n.º 1, alínea *a*), da Lei n.º 58/2005, de 29 de Dezembro, refere que a captação de água para abastecimento público está sujeita a concessão, que não pode ultrapassar os setenta e cinco anos (*art. 68.º, n.º 6*), não se prevendo, como não podia deixar de ser, que a propriedade da água passe para a esfera jurídica do concessionário.

À mesma conclusão se chega da análise da Lei dos Serviços Públicos, aprovada pela Lei n.º 23/96, de 26 de Julho (*que, no art. 1.º, n.º 2, alínea a*), faz alusão ao fornecimento de água e não venda de água), do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de Agosto (*que regula os serviços municipais de abastecimento público de água, saneamento e resíduos urbanos*), do já revogado Decreto-Lei n.º 70/90, de 2 de Março, do Decreto-Lei n.º 23/95, de 23 de Agosto, do Decreto-Lei n.º 306/2007, de 27 de Agosto e do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de Maio.

Assim, tendo em conta que os sistemas de abastecimento municipal são provenientes da captação da água dos rios, entendo que os municípios, de acordo com o enquadramento legal vigente, não adquirem, nem podem adquirir, água às empresas que fazem a captação desta, mas, ao invés, apenas utilizam o serviço de tratamento de água que é disponibilizado pelas empresas concessionárias que procedem à captação e tratamento daquela, ficando, naturalmente, essa quantidade de água armazenada em cisternas⁽²⁷⁾.

(27) Discordando, novamente, com PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE que apesar de considerar a água dos rios como *res commune omnium* considera alheia a que fica guardada em cisternas (*in ob. cit.*, anotação ao art. 203.º, p. 631, ponto 14, citando BARREIROS,

Os municípios não procedem ao pagamento por aquisição da água, mas pela utilização de uma certa quantidade de água já tratada, sendo esse o serviço prestado pela empresa concessionária, que possibilita, posteriormente, que a respectiva autarquia local possa prestar o serviço de distribuição aos munícipes, repercutindo neles, através do pagamento de uma taxa, os custos inerentes a essa distribuição, e de acordo com a quantidade, por cada um, consumida.

Pelos argumentos expostos, entendo não estar preenchido, também, o carácter alheio da coisa, razão pela qual não estão preenchidos, a meu ver, os elementos objectivos do crime de furto.

Essa conclusão não foi sufragada, também, pelo já citado acórdão do Tribunal da Relação do Porto. Todavia, manifesto, mais uma vez, a minha discordância com o raciocínio ali exposto, quanto a este aspecto, pelas razões *infra*.

Parece evidente, do meu ponto de vista, que o bem jurídico protegido pelo tipo incriminador do art. 203.º é a propriedade. Tal conclusão, se alcança tendo presente o capítulo em que está inserido: “Capítulo II, Dos crimes contra a propriedade”.

A jurisprudência analisada admite que, nem o Estado, no sentido estrito do direito civil, nem a empresa que faz a captação, nem o Município da Maia (“*ofendido*” *naqueles autos*), têm a propriedade da água.

Todavia, entende que a utilização sem contrapartida por um munícipe tem que ser tutelada em termos penais.

Com efeito, José de Faria Costa⁽²⁸⁾ vem estender o bem jurídico à “especial relação de facto sobre a coisa”, razão pela qual, parece-me, que diga, também, que será alheia, “toda a coisa que esteja ligada, por uma relação de interesse, a uma pessoa diferente daquela que pratica a infracção”⁽²⁹⁾. Contudo, mais uma vez a jurisper-

JOSÉ ANTÓNIO, in *Crimes Contra o Património*, Lisboa: Universidade Lusíada, 1996, p. 31), pelo facto de entender que a “relação dominial” dependerá de um direito de propriedade inerente. Note-se, a título de exemplo que o legislador tipificou a acção relativa à subtracção de cadáver, no tipo previsto no art. 254.º do Código Penal, em virtude de, apesar de estar no domínio da família, ser, pela sua natureza insusceptível de apropriação individual nos termos do art. 202.º, n.º 2, do Código Civil.

⁽²⁸⁾ *In ob. cit.*, anotação ao art. 203.º, p. 30, § 21.

⁽²⁹⁾ *In ob. cit.*, anotação ao art. 203.º, p. 41, § 49.

prudência em questão peca por insuficiência de fundamentação remetendo para um comentário doutrinário como se de fonte imediata de direito se tratasse (*repita-se violando o art. 1.º do Código Civil*), já que não explica o raciocínio que é feito em termos interpretativos para chegar à mesma conclusão do ilustre académico.

Ainda que admitamos (*tendo em conta a elasticidade do direito de propriedade*) que se possa estender a tutela, mormente no que concerne ao direito de apresentação de queixa, ao detentor e/ou ao usufrutuário da coisa, e, desse modo, proteger outros “direitos reais” para além da propriedade, penso que teremos que concluir, forçosamente, que essa protecção terá a sua génese na propriedade (*o verdadeiro bem jurídico protegido pela norma*) e que, sem a existência dela, jamais os outros direitos serão passíveis de protecção. Assim, se partimos da premissa de que a água faz parte do domínio público, ou, como diz o citado aresto, que a água não é “propriedade do Estado, com o sentido estrito do direito civil”, entendo não cair no âmbito de protecção da norma a simples detenção ou usufruto⁽³⁰⁾ uma vez que estão desacompanhados do verdadeiro bem jurídico protegido pelo tipo incriminador.

Contudo, cumpre realçar que me parece que o Tribunal da Relação do Porto estendeu em demasia o âmbito do direito do usufruto que é estabelecido, através do contrato de concessão, a favor da empresa que, naquela situação factual em apreciação, faz a extracção da água. Parece, da análise art. 59.º, n.º 1, da Lei n.º 58/2005, de 29 de Dezembro, que o usufruto em questão é circunscrito à exclusividade na captação da água e no proveito económico que daí pode tirar no fornecimento de água e nada mais.

Deste modo, continuo a afirmar que um agente que procede à instalação de uma ligação directa de fornecimento de água, abre

⁽³⁰⁾ Concordando com SANDRA CRISTINA PEREIRA GUERREIRO (*in* “A natureza jurídica do direito de utilização privativa do domínio público hídrico: entre o direito obrigacional e o direito real administrativo”, *in* Entidade Reguladora dos Serviços de Água e Resíduos — *Direito da Água*, em parceria com a Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, disponível em formato “e-book” no “link” <https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/curso_tecnico_3.pdf>, p. 247, quando qualifica o direito resultante do contrato de concessão como usufruto, ainda que subordinado às regras do direito administrativo.

uma torneira e acondiciona uma certa quantidade de água num recipiente não ligado ao solo, não cometerá o crime de furto previsto no art. 203.º, n.º 1, do Código Penal, uma vez que, como a água pertence ao domínio público, não está preenchido o conceito de coisa alheia⁽³¹⁾.

IV. Da legitimidade do Ministério Público da prossecução da Acção Penal

Mas admitindo a possibilidade da subsunção da subtracção de água decorrente da instalação de ligações directas à canalização do sistema público de abastecimento de água, ao crime de furto, previsto e punível pelo art. 203.º, n.º 1 do Código Penal, entendo tecer algumas considerações sobre a legitimidade do Ministério Público na prossecução da acção penal.

Ora, o crime de furto tem natureza semi-pública (*art. 203.º, n.º 3*). Assim, o Ministério Público só poderá promover o processo se for apresentada queixa (*art. 49.º, n.º 1, do Código de Processo Penal*).

O direito de queixa pertence ao ofendido, “considerando-se como tal o titular dos interesses que a lei especialmente quis proteger com a incriminação” (*art. 113.º, n.º 1, do Código Penal*).

Cumprê então esclarecer quem é o titular do interesse que a lei quis proteger com a incriminação pelo que, antes de esclarecer quem é o titular desse interesse, há que clarificar qual o interesse subjacente ao crime de furto.

Tal como foi referido anteriormente o bem jurídico inerente ao crime de furto é a propriedade, pelo que seria o titular do “direito de propriedade” o ofendido. No caso do abastecimento público de água, uma vez que esta é proveniente dos rios, o ofen-

⁽³¹⁾ Refira-se que mesmo a concepção do PROFESSOR FARIA COSTA (*a mais ampla da protecção do tipo legal de furto*) não colidirá com o raciocínio por mim defendido (*neste âmbito, ver a reflexão acerca da fragmentalidade de primeiro e segundo graus, in ob. cit., anotação ao art. 203.º, p. 32, § 48*).

didado não poderia ser outro que não o Estado (*art. 6.º, n.º 1, da Lei 54/2005, de 15 de Novembro*).

É verdade que se admitirmos a concepção de José de Faria Costa ao defender que o bem jurídico protegido pelo tipo incriminador é a *disponibilidade da fruição das utilidades da coisa com um mínimo de representação jurídica*⁽³²⁾ então poderíamos, em abstracto, admitir que o ofendido poderia ser o usufrutuário ou mesmo o município onde ocorresse a subtracção de água em resultado da instalação de uma ligação directa. Todavia, seria preciso demonstrar o modo como essa fruição de utilidade ficou afectada, o que só seria atingível com a análise dos vários instrumentos legais/contratuais entre o Estado e os outros intervenientes (*empresas concessionárias de captação de águas e os municípios*) e não com meras suposições tal como, na maioria dos casos, o Ministério Público e Tribunais têm feito.

V. Conclusão

A maior crítica tecida quanto a concepção por mim defendida quanto a esta matéria é a de que uma solução deste tipo conduz, necessariamente, à impunidade, o que é inconcebível!

Não posso concordar com tal argumentação que não tem qualquer carácter científico e rigor jurídico.

Em primeira linha, entendo que o Ministério Público poderia e deveria ponderar a subsunção da instalação de ligação directa de água ao crime de quebra de marcas e selos, previsto no art. 356.º do Código Penal⁽³³⁾. É evidente que tal subsunção jurídica implica

⁽³²⁾ *In ob. cit.*, anotação ao art. 203.º, p. 33, §25.

⁽³³⁾ Poder-se-ia dizer que tal possibilidade estaria vedada a alguns municípios como Lisboa, Porto e Vila Nova de Gaia, que não possuem Serviços Municipalizados de Água e Saneamento, mas sim Empresas Municipais criadas para o mesmo fim. Todavia, tendo em consideração a noção de funcionário prevista no art. 386.º, n.º 2 do Código Penal entendo que tal restrição não é de operar.

que se faça prova da efectiva autoria da ligação efectuada, o que poderá levantar problemas processuais complexos.

Ainda que assim não se entendesse, sempre o município em questão poderia ser tutelado em termos civis através, eventualmente, da responsabilidade extracontratual (*art. 483.º e seguintes do Código Civil*) ou, no limite através do ressarcimento com base no instituto do enriquecimento sem causa (*art. 473.º e seguintes do Código Civil*)⁽³⁴⁾.

O que me parece evidente é que o nosso direito penal constituído não admite a subsunção jurídica dos factos relativos à instalação de ligação directa de fornecimento de água, ao tipo incriminador de furto, previsto e punível pelo art. 203.º, n.º 1, do Código Penal, por não preencherem essa previsão legal e porque o nosso ordenamento jurídico-penal é balizado pelo Princípio da Tipicidade. Se o legislador achar que o tipo de conduta ilícita elencado não é devidamente tutelado pelos institutos *supra* referidos então caber-lhe-á criar uma norma que, do seu ponto de vista, seja idónea a tutelar de melhor modo o bem jurídico em questão⁽³⁵⁾.

Enquanto isso não ocorre, caberá ao julgador (*não visto como o Juiz de Montesquieu ou Beccaria, na concepção de mera “boca da lei”*) proceder à interpretação da lei reconstruindo o pensamento legislativo, tendo em conta a unidade do sistema jurídico e não recorrendo a preenchimentos conceituais arbitrários, fundamentando tal actuação na procura por uma segurança jurídica concretizada na “cega” uniformização de entendimentos, pondo em causa textos legais (*tais como a “Magna Charta Libertatum” de 1215, a “Bill of Rights” de 1689 ou a nossa Constituição de 1976*) que ajudaram a construir a tal almejada segurança jurídica dos cidadãos.

O direito natural, na sua concepção mais ampla, era muitas vezes, o fundamento utilizado pelo *Estado Policia do Ancien*

(34) Solução civil mais correcta, do meu ponto de vista, não olvidando as dificuldades inerentes à aplicação de tal instituto.

(35) Tal como foi feito em França e na Alemanha para as ligações clandestinas de energia eléctrica (*vide* FARIA COSTA, JOSÉ DE, *in ob. cit.*, anotação ao art. 203.º, pp. 40, §44, FIGUEIREDO DIAS, JORGE DE, *in ob. cit.*, p. 188, § 21, e TAIPA DE CARVALHO, AMÉRICO ALEXANDRINO, *in Direito Penal, Parte Geral, Questões Fundamentais, Teoria Geral do Crime*, 2.ª ed., Coimbra Editora, 2008, pp. 168 e 169, § 319).

Régime, por um lado, e dos Estados Totalitários/Autoritários, por outro, para se fazer justiça.

O Princípio da Legalidade, que inclui a sua vertente material, conhecido como Princípio da Tipicidade, funciona e deverá funcionar, sempre, como travão do direito natural. E não se diga que tal raciocínio constitui a “Magna Charta do criminoso”, já que um cidadão mais hábil tenderia a contornar a lei⁽³⁶⁾. Como bem refere Jorge de Figueiredo Dias, por um lado “um agente não é, em definitivo um criminoso se não for como tal considerado por uma sentença passada em julgado e por outro um eventual contorno à lei constitui um razoável preço a pagar para que possa viver-se numa democracia que proteja minimamente o cidadão do arbítrio, da insegurança e dos excessos que de outro modo inevitavelmente padeceria a intervenção do Leviathan estadual”⁽³⁷⁾.

⁽³⁶⁾ Questão problematizada por FIGUEIREDO DIAS, JORGE DE, *in ob. cit.*, pp. 180 e 181, § 6.

⁽³⁷⁾ *In ob. cit.*, p. 181, § 6.

A INVERSÃO DO CONTENCIOSO E O CASO JULGADO⁽¹⁾

Por Margarida Saraiva Sepúlveda Teixeira(*)

SUMÁRIO:

Introdução. **1. A inversão do contencioso.** **1.1.** A função e os elementos constitutivos das providências cautelares. **1.2.** A instrumentalidade e a provisoriedade das providências cautelares. **1.3.** O problema da duplicação de procedimentos e a inversão do contencioso. **1.3.1.** Os pressupostos da inversão do contencioso. **1.3.2.** Os efeitos da inversão do contencioso. **2. O sistema de impugnação de uma decisão cautelar proferida com inversão do contencioso.** **2.1.** Os modos de impugnação e a irrecorribilidade autónoma. **2.2.** Natureza da ação principal. **3. O caso julgado e a decisão da providência cautelar decretada com inversão do contencioso.** **3.1.** Natureza e efeitos da decisão proferida na providência cautelar sem inversão do contencioso. **3.1.1.** Dos efeitos de caso julgado da decisão cautelar. **3.1.2.** Da provisoriedade da decisão proferida na decisão cautelar sem inversão do contencioso. **3.1.3.** Breve síntese. **3.2.** A relevância dos novos elementos da decisão cautelar com inversão do contencioso no caso julgado. **3.2.1.** A convicção segura acerca da existência do direito acautelado. **3.2.2.** A decisão de inversão “tendencialmente definitiva”. **3.3.** A questão da litispendência. **3.4.** Tutela cautelar ou tutela antecipatória? **Conclusões.**

(¹) Corresponde, essencialmente, ao texto apresentado como tese do Mestrado Forense da Faculdade de Direito, Escola de Lisboa, da Universidade Católica Portuguesa, em julho de 2016.

(*) Nascida em Lisboa. Advogada na Sêrvulo & Associados. Licenciada na FDUCP, onde concluiu o Mestrado Forense em 2017.

Introdução

A figura das providências cautelares, tal como hoje se encontra configurada, foi introduzida no ordenamento jurídico português pelo CPC de 1939. Nesta matéria saliente-se o que, acerca deste instituto, dizia ALBERTO DOS REIS quando considerava que “convém, evidentemente, que a justiça seja pronta; mas, mais do que isso, convém que seja justa”⁽²⁾. Cumpre notar que toda a existência das providências cautelares assenta num equilíbrio ténue entre a celeridade e a certeza de uma decisão justa. Assim, “tal como, em Schopenhauer, o pêndulo oscila entre a ação e a inércia, o fiel da balança da Justiça oscila (sempre oscilou) entre a validade e a eficácia, entre a decisão justa e a decisão inútil, entre a garantia e a celeridade. Entre tais valores, a relação não é de alternativa, mas de compatibilização”⁽³⁾.

Este instituto é tradicionalmente caracterizado pela provisoriedade dos efeitos decorrentes da decisão proferida pelo juiz e pela sua dependência face à propositura de uma ação principal, sendo que tais elementos se traduzem na ideia essencial de instrumentalidade. A este respeito, note-se as palavras de RITA LYNCE DE FARIA: “se, por um lado, a importância de um processo célere contribuiu para aumentar o significado da tutela cautelar para o cidadão que recorre à justiça, por outro lado, este facto potencia o risco de se cair na tentação de transformar aquele tipo de tutela em verdadeira alternativa à tutela principal”⁽⁴⁾.

É importante referir que a crescente complexidade das relações jurídicas e a necessidade de tutela urgente tornou a figura das providências cautelares essencial num processo civil que se quer mais célere mas também mais justo. No entanto, o paradigma da

⁽²⁾ REIS, JOSÉ ALBERTO DOS, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. I, 3.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1948, p. 624.

⁽³⁾ SILVA, LUCINDA DIAS DA, “Contencioso: Redução, Conversão e Inversão”, in *I Jornadas de Direito Processual Civil, “Olhares transmontanos”*, Valpaços, 5 e 6 de novembro de 2011, p. 72, disponível em: <http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/ProcessoCivil/Livro_JornadasDPC.pdf>.

⁽⁴⁾ FARIA, RITA LYNCE DE, *A Função Instrumental da Tutela Cautelar Não Especificada*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2003, p. 12.

instrumentalidade e o dogma da provisoriedade das providências cautelares conduziu (e conduz), muitas vezes, a uma duplicação de procedimentos, um cautelar e outro principal, que têm o mesmo objeto e cuja apreciação judicial incide sobre os mesmos factos. Foi este problema que a Reforma do Processo Civil de 2013 procurou resolver, apresentando como solução o instituto da inversão do contencioso que, nas palavras da Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 113/XII, irá conduzir a que, “em determinadas situações, a decisão cautelar se possa consolidar como definitiva na composição do litígio, se o requerido não demonstrar, em acção por ele proposta e impulsionada, que a decisão cautelar não devia ter, afinal, essa vocação de definitividade”. Esta solução, nas palavras do legislador, obstará “aos custos e demoras decorrentes desta duplicação de procedimentos, nos casos em que, apesar das menores garantias formais, a decisão cautelar haja, na prática, solucionado o litígio que efectivamente opunha as partes”.

É no âmbito desta nova figura da inversão do contencioso que irá incidir o nosso estudo, em particular, sobre a sua compatibilidade (ou não) com as garantias que enformam o processo civil.

A decisão proferida num procedimento cautelar, em especial, a decisão proferida com inversão do contencioso, faz parte “de uma sequência de actos, logicamente articulados entre si, com vista a determinado fim”⁽⁵⁾, *i.e.*, do processo civil. Deste modo, terá de obedecer às regras estabelecidas para as decisões processuais proferidas por um juiz. No regime anterior à reforma de 2013, a decisão cautelar proferida com um carácter provisório e instrumental seria sempre substituída pela decisão proferida na acção principal ou caducaria na falta desta, por a sua eficácia se encontrar limitada temporalmente. No entanto, a característica da instrumentalidade, e a consequente provisoriedade, poderá ser posta em causa quando, com o novo instituto da inversão do contencioso, se procura que a decisão proferida no procedimento cautelar tenha a característica da definitividade. Assim, a principal questão a que se procurará responder é a de saber se existe fundamento jurídico para que a

(5) VARELA, ANTUNES, *et al.*, *Manual de Processo Civil*, 2.ª ed. (reimpressão), Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 10.

decisão proferida na ação principal venha a substituir a da providência que foi decretada a inversão do contencioso com base num juízo de certeza acerca do direito acautelado.

A primeira parte do nosso estudo versará sobre as características essenciais das providências cautelares e que permitem distinguir a tutela cautelar face às ações principais e face a outros tipos de tutela. Importando desde já referir a diferença entre as expressões *providência cautelar* e *procedimento cautelar*, em que a primeira se reporta “às medidas que concretamente podem ser requeridas ou deferidas, traduzindo as pretensões de direito material deduzidas ou decretadas”, e a segunda traduz “a vertente adjetiva ou procedimental das medidas cautelares, ligada à especial forma que deve ser adoptada, ao conjunto de actos processuais a realizar, à respectiva sequência ou tramitação ou ao seu suporte material”⁽⁶⁾.

Na segunda parte desta análise iremos identificar quais as diferenças que o sistema da inversão do contencioso trouxe em sede do sistema de impugnação de uma providência cautelar, ou, por outras palavras, indicar quais os meios de impugnação de uma providência cautelar decretada com inversão do contencioso.

Por fim, iremos concentrar-nos no tema central deste estudo: a compatibilidade do sistema de impugnação de uma decisão de providência cautelar decretada com a inversão do contencioso com o instituto do caso julgado⁽⁷⁾. Neste sentido, iremos sumariamente indicar qual a noção de caso julgado e, em concreto, procurar saber se a decisão cautelar é idónea a produzir o efeito de caso julgado sobre a decisão principal. Para isso, será necessário identificar quais os elementos que integram o caso julgado, a natureza da decisão cautelar, e quais os elementos diferenciadores de uma decisão cautelar com a inversão do contencioso, face a uma decisão

(6) GERALDES, ANTÓNIO ABRANTES, *Temas da Reforma do Processo Civil*, III Vol., 3.^a ed., Coimbra: Almedina, 2004, p. 38.

(7) Como pertinentemente nota JOSÉ LEBRE DE FREITAS, “este regime arrisca-se a transferir para o procedimento cautelar a complexidade da discussão do processo principal, obrigará a doutrina portuguesa a repensar a teoria do caso julgado e não deixa de suscitar questões de inconstitucionalidade, por limitação do direito de acesso à justiça” (“Sobre o Novo Código de Processo Civil — Uma Visão de Fora”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 73, Lisboa, janeiro/março de 2013, p. 46).

proferida sem essa inversão. Depois, iremos procurar determinar se, possuindo a decisão cautelar com inversão do contencioso novas características que a diferenciam face a uma decisão cautelar proferida sem tal inversão, se justificam os meios de impugnação dessa decisão disponibilizados pelo CPC e, em especial, se a apreciação da mesma relação jurídica numa ação principal, cuja decisão final irá substituir a decisão proferida no procedimento cautelar, não constituirá uma violação do instituto do caso julgado. Por último, iremos analisar se, para além de uma “quebra da dependência do procedimento” (face à ação principal), não existirá antes uma perda total dessa característica, com uma modificação na natureza da decisão cautelar proferida com a inversão do contencioso.

1. A inversão do contencioso

1.1. A função e os elementos constitutivos das providências cautelares

À luz da garantia do acesso ao direito e aos tribunais e do direito à tutela jurisdicional efetiva, consagrados no art. 20.º da CRP, o art. 2.º do CPC vem acolher o princípio de que a cada direito corresponde uma ação destinada a efetivá-lo⁽⁸⁾. Na revisão constitucional operada em 1997⁽⁹⁾ são previstos constitucionalmente os procedimentos cautelares no art. 20.º, n.º 5 da CRP, como forma de obter a *tutela efetiva e em tempo útil contra ameaças ou violações* dos direitos, liberdades e garantias pessoais. Vem prever o art. 2.º, n.º 2, do CPC, o princípio de que a cada direito corres-

(8) Afirma JOSÉ LEBRE DE FREITAS que “o **direito de ação** exerce-se mediante a dedução de pretensões (ou pedidos, como o código continua a preferir chamar-lhes), pelas quais o autor (ou o réu reconvinente, ou ainda o terceiro interveniente principal activo ou oponente) se afirma titular de um direito ou outro interesse legítimo e, conseqüentemente solicita uma providência processual para a respectiva tutela” (*Código de Processo Civil Anotado*, Vol. 1.º, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 3).

(9) Art. 8.º da Lei Constitucional n.º 1/97, de 20 de setembro.

ponde não só a ação destinada a efetivá-lo mas também o procedimento cautelar destinado a acautelar o efeito útil dessa ação. Assim, devemos considerar que a composição judicial provisória dada pelas providências cautelares tem como justificação a necessidade de assegurar a utilidade da decisão definitiva e a efetividade da tutela jurisdicional. Tal como afirma ALBERTO DOS REIS, “o processo cautelar é um instrumento do processo principal”⁽¹⁰⁾. No CPC aprovado pela Lei n.º 41/2013, de 26 de junho, atualmente em vigor, o regime aplicável aos procedimentos cautelares encontra-se consagrado nos arts. 362.º a 409.º, constantes do Título IV — Livro II.

A função da composição provisória que se obtém através de uma providência cautelar pode ser analisada de três perspetivas⁽¹¹⁾: *i*) de acordo com uma *conceção processual*, a providência cautelar destina-se meramente a salvaguardar a efetividade da tutela jurisdicional; *ii*) por outro lado, e segundo uma *conceção material*, a providência cautelar destina-se a salvaguardar a efetividade do direito subjetivo e, por fim, *iii*) de acordo com uma *conceção mista*, a providência cautelar, ao proceder à salvaguarda da efetividade da tutela jurisdicional, destina-se a salvaguardar a efetividade do direito subjetivo, sendo esta a perspetiva que se afigura mais correta. É nesta função de salvaguarda da eficácia da ação principal que reside a diferença essencial de uma providência cautelar face a uma ação principal, cuja função primordial é a tutela dos interesses substantivos das partes.

Tradicionalmente é identificada como função das providências cautelares o evitar o *periculum in mora*, o que significa que o decretamento da providência pretende afastar “um perigo especial resultante da demora da decisão definitiva e da impossibilidade de obstar a tal demora”⁽¹²⁾ — art. 362.º, n.º 1, do CPC. Não é possível antecipar a decisão a proferir no processo principal para se obter

⁽¹⁰⁾ REIS, ALBERTO DOS, “A Figura do Processo Cautelar”, in *Separata n.º 3 do Boletim do Ministério de Justiça*, Lisboa, 1947, p. 48.

⁽¹¹⁾ Estas conceções são expostas por RUI PINTO sendo que, de acordo com este Autor, as providências cautelares têm uma natureza mista (*A Questão de Mérito na Tutela Cautelar — A Obrigação Genérica de Não Ingerência e os Limites da Responsabilidade Civil*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 54).

⁽¹²⁾ REIS, ALBERTO DOS, “A Figura...”, *ob. cit.*, p. 12.

uma tutela definitiva; no entanto, e por outro lado, a demora neste processo poderá criar um perigo de dano iminente ao titular do direito e é este dano que se procura afastar com a figura da providência cautelar. Nas palavras de ALBERTO DOS REIS, o problema é que “a necessidade de fazer depressa está em conflito com a necessidade de fazer bem”⁽¹³⁾. O procedimento cautelar vem permitir que se tutele o interesse da celeridade na tomada de uma decisão, e, ao mesmo tempo, o interesse da ponderação, uma vez que permite a decorrência normal do processo principal, dela dependendo⁽¹⁴⁾.

Para poder realizar esta função, o procedimento cautelar comporta um conjunto de características que lhe permitem ser mais célere e que decorrem do antigo regime do processo sumário determinado. O antigo processo sumário comportava duas modalidades⁽¹⁵⁾: *i) o processo sumário indeterminado ou regular*, que era um processo de cognição plena para qualquer forma de tutela, consistindo numa simplificação formal do processo ordinário, e *ii) o processo sumário determinado ou irregular*, que consistia num processo de cognição limitada com o objetivo de alcançar uma tutela específica, sendo que a limitação poderia incidir sobre os meios de prova, poderia resultar na restrição do objeto do processo ou poderia ainda ter como consequência a decisão basear-se num mero juízo de probabilidade. O atual procedimento cautelar, de modo a prosseguir a celeridade e a garantia da eficácia da decisão a proferir na ação principal, baseia-se numa *cognição restrita e sumária*. Ou seja, o procedimento cautelar adota um contraditório *fraco* que se traduz na apreciação sumária do objeto do processo pelo tribunal — *summario cognitio* —, ou, por outras palavras,

⁽¹³⁾ *Ibidem*, p. 13.

⁽¹⁴⁾ MANUEL DE ANDRADE definia as providências cautelares como “providências judiciárias tendentes a regular a situação de facto que haverá de existir entre as partes até que chegue a final uma ação de algum dos tipos anteriores [declarativa ou executiva] — podendo ela não estar ainda proposta — em ordem a premunir o requerente contra os danos que lhe poderiam resultar da demora ocasionada pela duração do processo da ação principal (*periculum in mora*)” (*Noções Elementares de Processo Civil*, Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 8).

⁽¹⁵⁾ Ver SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE, *As Providências Cautelares e a Inversão do Contencioso*, Instituto de Estudos do Processo Civil, pp. 1 e 2, disponível em: <<https://sites.google.com/site/ippcivil/recursos-bibliograficos/5-papers>>.

nele é apreciada provisoriamente e sumariamente a relação litigiosa para que a decisão seja tomada de forma célere. Tal significa que são restringidos os meios de prova e o objeto do processo e que a decisão sobre a procedência da providência se baseia num mero juízo de probabilidade acerca da existência do direito a acautelar⁽¹⁶⁾. No fundo, a necessidade de uma tutela célere prevalece sobre a exigência da qualidade de tutela material, uma vez que se limitam os meios ao dispor do juiz para a tomada da sua decisão⁽¹⁷⁾. Assim, para que a providência seja decretada basta que exista uma *probabilidade séria da existência do direito e se mostre suficientemente fundado o receio da sua lesão* (cf. art. 368.º, n.º 1, do CPC), sendo que estes critérios formam o requisito do *fumus bonus juris*. O juízo cautelar de mera aparência ou verosimilhança quanto à existência dos factos é qualitativamente diverso do juízo probatório da tutela plena, pelo que, para que a providência cautelar seja considerada procedente, é suficiente a mera aparência do direito.

Em suma, os procedimentos cautelares “representam uma antecipação ou garantia de eficácia relativamente ao resultado do processo principal e assentam numa análise sumária (*summario cognitio*) da situação de facto que permita afirmar a provável existência do direito (*fumus bonus juris*) e o receio justificado de que o mesmo seja seriamente afectado ou inutilizado se não for decretada uma determinada medida cautelar (*periculum in mora*)”⁽¹⁸⁾. Pelo contrário, numa ação principal, há uma cognição plena da matéria de facto e uma decisão definitiva proferida com base num juízo de certeza acerca da existência do direito a acautelar.

Cumprе notar ainda que, no âmbito das providências cautelares, a Lei distingue dois tipos de providências: as antecipatórias e

(16) Como manifestações de tal sumariedade podemos encontrar os arts. 365.º, n.º 1, arts. 293.º a 295.º (aplicáveis *ex vi* do art. 365.º, n.º 3) e o art. 367.º, n.º 1, todos do CPC.

(17) Afirma RUI PINTO que “há uma prevalência do facto da celeridade da tutela — ou efectividade meramente formal ou quantitativa — sobre o facto da qualidade da cognição subjacente à solução da tutela — ou efectividade material — pois mais rapidez significa, no cômputo global do processo, menos informação colocada ao juiz, por haver menos prova, e menor quantidade e qualidade na apresentação e demonstração das pretensões das partes” (*A Questão de Mérito...*, *ob. cit.*, pp. 101 e 102).

(18) GERALDES, ANTÓNIO ABRANTES, *Temas da Reforma...*, *ob. cit.*, p. 35.

as conservatórias (cf. art. 362.º, n.º 1, 2.ª parte, do CPC). Importa, em sede de análise do instituto da inversão do contencioso, procurar definir em que consiste uma providência cautelar antecipatória, uma vez que, como será referido, o instituto em causa apenas será aplicável às providências cautelares antecipatórias⁽¹⁹⁾. Assim, enquanto uma providência cautelar conservatória é justificada pela impossibilidade de o direito vir a ser realizado num momento futuro, uma providência cautelar antecipatória é justificada pela necessidade de o direito ser imediatamente tutelado, procurando-se evitar a inutilidade da decisão proferida na ação principal que irá ser emitida num momento em que o perigo já foi ultrapassado, pelo que a providência cautelar antecipatória tem uma “finalidade de antecipação da tutela definitiva”⁽²⁰⁾.

Todavia, é importante referir que a tutela conferida por uma providência cautelar antecipatória é distinta da tutela antecipatória *per se*, uma vez que esta antepõe a obtenção do efeito jurídico que se pediria na tutela plena. Um meio de tutela será antecipatório quando serão tratados os mesmos factos, aplicada a mesma matéria de direito e produzidos os mesmos efeitos jurídicos que seriam na tutela plena, *i.e.*, quando o seu objeto for o mesmo que o da tutela plena⁽²¹⁾. Por outro lado, tanto a tutela cautelar como a antecipatória, ainda que urgentes e sumárias, distinguem-se ainda da tutela sumária em si mesma, na qual o prazo processual é encurtado de modo a coincidir com o prazo concreto da causa⁽²²⁾.

Em síntese, e de acordo com ALBERTO DOS REIS a tutela cautelar “propõe-se afastar o perigo da demora da solução definitiva da lide, mediante uma solução provisória baseada num conhecimento sumário da situação jurídica”⁽²³⁾.

(19) Cf. *infra* 1.3.1.

(20) SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE, *As Providências Cautelares...*, *ob. cit.*, pp. 4 e 5.

(21) De acordo com RUI PINTO, “um meio de tutela é antecipatório de outro meio de tutela quando subsume os mesmos factos às mesmas previsões normativas, para produzir os mesmos efeitos jurídicos, antes do tempo daquele, ainda que de modo provisório”. Deste modo, a tutela antecipatória “é uma tutela de urgência dotada de identidade com o mérito da tutela plena” (*A Questão de Mérito...*, *ob. cit.*, pp. 268 e 274).

(22) *Ibidem*, pp. 129 e 130.

(23) REIS, ALBERTO DOS, “A Figura...”, *ob. cit.*, p. 47.

1.2. A instrumentalidade e a provisoriedade das providências cautelares

Constitui característica definidora das providências cautelares a sua instrumentalidade, *i.e.*, como definia CALAMANDREI, elas são o “instrumento do instrumento”. Segundo este Autor, a sua característica típica seria a incapacidade de poderem ser definitivas e dependerem da prolação de uma ulterior decisão definitiva⁽²⁴⁾. De acordo com este paradigma, as medidas cautelares constituem medidas de segurança de um direito proferidas com base no pressuposto de que na ação principal esse direito irá ser considerado como efetivamente existente. A instrumentalidade traduz-se na circunstância de que na providência cautelar se obtenha apenas “um julgamento preliminar e provisório sobre a relação litigiosa”⁽²⁵⁾; julgamento que tem como finalidade principal a manutenção da situação de facto ou a sua antecipação de modo a garantir a efetividade da decisão de mérito que será proferida na ação principal. As providências cautelares não são, pois, um fim em si mesmas, mas um meio de acautelar o efeito jurídico a ser atingido na ação principal.

O procedimento cautelar pressupõe necessariamente — e tal como tradicionalmente se encontra construído — um processo principal que comporte todas as garantias processuais e em que a existência do direito substantivo acautelado venha a ser analisado e confirmado. Como afirma LEBRE DE FREITAS, “constituindo a providência cautelar a antecipação duma providência definitiva, de natureza declarativa ou executiva [...], o procedimento que visa a

⁽²⁴⁾ CALAMANDREI, PIERO, *Opere giuridiche — IX*, Nápoles: Morano, 1983, p. 175. Afirmava ainda o mesmo Autor que as medidas cautelares se destinam não a realizar de forma mais célere o direito acautelado, mas a preparar com antecedência os meios destinados a garantir que quando a sentença de mérito seja proferida tenha ainda utilidade (*Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, p. 55). Numa posição ligeiramente diversa considerava CHIOVENDA que o fundamento das providências cautelares é o de remover o perigo real e atual de um dano jurídico ou a iminência de um possível dano a um direito já existente na titularidade jurídica do requerente ou que ainda venha a existir (*Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1965, p. 226).

⁽²⁵⁾ REIS, ALBERTO DOS, *Código de Processo...*, *ob. cit.*, p. 627.

sua obtenção está sempre na dependência duma acção em que o autor faz valer o seu direito — ou o interesse tutelado — que através dele visa acautelar”⁽²⁶⁾. Ou seja, a instrumentalidade implica que sobre o requerente da providência cautelar incida um ónus de propositura da acção principal onde irá ser apreciado definitivamente o litígio que opõe as partes (cf. art. 364.º, n.º 1, do CPC).

Por outro lado, uma vez que a providência cautelar é proferida com recurso apenas à *summario cognitio*, nem o julgamento de facto nem o de direito poderão ter qualquer influência no julgamento da acção principal, conforme dispõe o art. 364.º, n.º 4, do CPC. Tal significa que a decisão cautelar não poderá vincular nem em matéria de facto nem em matéria de direito a decisão a proferir na acção principal, sob pena de a utilidade desta se esvaziar⁽²⁷⁾.

Desta forma, a tutela conferida por uma providência cautelar será qualitativamente diferente da tutela conferida por uma acção principal, ou seja, para a primeira bastará concluir pela probabilidade de existência do direito a acautelar exigindo-se apenas uma *summario cognitio*, enquanto na acção principal terá de ser alcançado um juízo de certeza acerca do direito a tutelar com base na prova *stricto sensu* dos factos relevantes⁽²⁸⁾.

A instrumentalidade da providência cautelar reflete-se também no facto de a decisão proferida na sua sede caducar por efeito da decisão proferida no processo principal. O que significa que a eficácia jurídica da decisão proferida num procedimento cautelar se encontra limitada temporalmente. Como afirma ALBERTO DOS REIS, “a solução provisória da lide, que está na base da providência cautelar, tem necessariamente de ceder perante a solução definitiva da mesma lide, objecto do processo principal”⁽²⁹⁾. Nos casos em que a providência cautelar visa obter uma decisão declarativa, dispõe o princípio da caducidade que a eficácia da decisão cautelar,

(26) LEBRE DE FREITAS, JOSÉ, *Código de Processo...*, ob. cit., p. 16.

(27) De acordo com RUI PINTO, “o que for decidido cautelarmente não pode vincular ou esvaziar, de direito ou de facto, o que possa ser decidido na acção principal” (*A Questão de Mérito...*, ob. cit., p. 44).

(28) Ver SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, 2.ª ed., Lisboa: Lex, 1997, p. 228.

(29) REIS, ALBERTO DOS, “A Figura...”, ob. cit., p. 27.

como provisória, cessa assim que for proferida a decisão definitiva na ação principal⁽³⁰⁾.

Constitui ainda característica das providências cautelares a sua provisoriedade, ou seja, o facto de a decisão final proferida no procedimento cautelar se ter baseado apenas num juízo de probabilidade leva a que seja provisória, mantendo-se apenas durante o tempo necessário até ao momento em que seja proferida a decisão de mérito na ação principal. Por outras palavras, a característica da provisoriedade tem como fundamento o facto de ter sido proferida uma decisão apenas com recurso a uma *summario cognitio* e com base numa mera probabilidade séria da existência do direito acautelado.

1.3. O problema da duplicação de procedimentos e a inversão do contencioso

Dada a analisada característica da instrumentalidade⁽³¹⁾, e também da provisoriedade, verificou-se que ocorria uma duplicação de procedimentos, *i.e.*, citando PAULA COSTA E SILVA: “a acesoriedade da providência acabava por se repercutir numa multiplicação de meios — o procedimento cautelar e a ulterior acção principal — destinados à resolução de um mesmo conflito”⁽³²⁾.

Tal situação ocorre (e ocorria) nos casos em que o pedido formulado no procedimento cautelar e o pedido formulado na ação principal são idênticos, mormente nos casos em que é decretada uma providência cautelar antecipatória, que satisfaz antecipadamente o interesse do requerente da providência cautelar⁽³³⁾.

⁽³⁰⁾ REIS, ALBERTO DOS, *Código de Processo...*, *ob. cit.*, p. 627.

⁽³¹⁾ Cf. *supra* 1.2.

⁽³²⁾ SILVA, PAULA COSTA E, “Cautela e certeza: breve apontamento acerca do proposto regime de inversão do contencioso na tutela cautelar”, in *Debate da Reforma do Processo Civil 2012 — Contributos, Cadernos da Revista do Ministério Público*, n.º 11, 2012, p. 139.

⁽³³⁾ Nas palavras de RITA LYNCE DE FARIA, “a um procedimento cautelar precedente se segue necessariamente uma acção principal de cognição plena que acaba por se

Ao tempo da reforma do Processo Civil de 2013, apresentavam-se duas soluções para este problema: *i*) a eliminação do ónus da propositura da ação principal mediante a possibilidade da providência cautelar produzir efeitos indefinidamente⁽³⁴⁾, e *ii*) a antecipação do juízo final mediante a possibilidade de o juiz tomar uma decisão definitiva quando tenha obtido uma convicção segura acerca da existência do direito do requerente e ouvido as partes⁽³⁵⁾.

No entanto, ambas as soluções afiguravam-se insuficientes ou inadequadas para a resolução do mencionado problema, pelo que, o legislador do Código de Processo Civil de 2013 criou o instituto

traduzir numa pura e simples repetição do processado em sede cautelar” e “o objecto processual das duas acções acaba por ser idêntico no que se refere ao direito do requerente/autor, que, para o efeito muitas vezes acaba por reconduzir para segunda acção as mesmas razões de factos, as mesmas razões de direito, os mesmos elementos de prova” (“Apreciação da Proposta de Inversão do Contencioso Cautelar Apresentada pela Comissão de Reforma do Código de Processo Civil”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 1).

⁽³⁴⁾ Tal opção encontra-se já consagrada noutros sistemas jurídicos. No sistema italiano, no art. 669.º-*octis* do CPC italiano, na redação dada pela Lei n.º 80/2005, de 14 de maio, tal como explica MARCO CARVALHO GONÇALVES, “embora o legislador determine que, em regra, ao decretar uma providência cautelar o juiz deve fixar um prazo perentório não superior a sessenta dias para que o requerente da providência cautelar proponha a acção principal [...] estatui que esta regra não se aplica quando estejam em causa medidas cautelares adequadas a antecipar os efeitos da sentença de mérito [...]” (*Providências Cautelares*, Coimbra: Almedina, 2015 p. 156, nota 435). A este respeito ver ainda BELSITO, ANTONIO, “*Riforma del Procedimento Cautelare: quali effetti nelle controversie di lavoro*”, in *Il Diritto dei Lavori*, Ano 2, n.º 1, Bari, 2008, p. 35 e ss., disponível em: <<http://www.csddl.it/csddl/rivista-scientifica-diritto-dei-lavori/>>. Também no sistema francês se encontra consagrado o instituto do *référé*, sendo que, como nota GARCIA DE ENTERRIA, este instituto permite ao credor pedir o pagamento imediato do seu direito de crédito se este não for seriamente contestado, caso tal pedido seja procedente o devedor poderá intentar uma ação declarativa para remover tal decisão (“Hacia una medida cautelar ordinária de pago anticipado de deudas (référé-provision): a propósito del auto del Presidente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 29 de enero de 1997 (assunto Antonissen)”, in *Revista de Administración Pública*, n.º 142, janeiro-abril, 1997, pp. 234 e 235). Na Alemanha, dispõe o § 926 do ZPO que “se a acção principal não se encontrar já pendente, o tribunal que tiver decretado a providência cautelar de arresto pode ordenar, a requerimento do requerido, que a parte que tiver obtido a seu favor o arresto proponha a acção principal dentro de um determinado prazo”, o que significa que a não consolidação da providência na ordem jurídica e a sua impugnação mediante a propositura de ação principal depende de pedido do requerente (GONÇALVES, MARCO CARVALHO, *Providências...*, *ob. cit.*, p. 158, nota 435).

⁽³⁵⁾ Tal é o regime consagrado no art. 121.º do CPTA e que se encontrava previsto no art. 16.º do RPCE, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 108/2006, de 8 de junho.

da inversão do contencioso. Com a criação deste instituto passou a ser possível que, em determinadas situações, a tutela cautelar se possa consolidar na ordem jurídica como composição definitiva do litígio. Decretada esta inversão transfere-se para o requerido o ónus de propositura da ação principal na qual lhe caberá demonstrar a inexistência do direito acautelado no procedimento cautelar. Caso o requerido não tome esta iniciativa, a decisão cautelar irá tornar-se definitiva na ordem jurídica. Deste modo, e nas palavras do legislador, “quebra-se o princípio segundo o qual estes [os procedimentos cautelares] são sempre dependência de uma causa principal”⁽³⁶⁾. A pergunta a que se pretendeu responder com a criação deste instituto foi a de saber em que condições as providências cautelares podem assumir a função “de se substituírem à tutela definitiva, ou seja, a de consumirem a necessidade da propositura de uma acção principal destinada a confirmar a tutela provisória obtida através de uma dessas providências”⁽³⁷⁾; tendo assim sido definidos os requisitos que têm de estar preenchidos para que esta substituição possa ocorrer.

1.3.1. Os pressupostos da inversão do contencioso

Em primeiro lugar, constitui pressuposto processual para o decretamento da inversão do contencioso a legitimidade para o requerer, resultando do art. 369.º, n.º 1, do CPC que a inversão do contencioso deverá ser solicitada pelo requerente da providência cautelar. Tal significa que o juiz não poderá decretar *ex officio* a inversão do contencioso, esta apenas poderá resultar da iniciativa do requerente. Como afirma LOPES DO REGO, “é o requerente que deve valorar o seu interesse e, em consonância, decidir se lhe interessa ou não a potencial definitividade e consolidação da decisão cautelar”⁽³⁸⁾. Este

⁽³⁶⁾ Ver Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 113/XII.

⁽³⁷⁾ SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE, *As Providências Cautelares...*, *ob. cit.*, p. 8.

⁽³⁸⁾ REGO, LOPES DO, “O Novo Processo Declarativo”, in *O Novo Processo Civil, Caderno II, Contributos da Doutrina no Decurso do Processo Legislativo, designada-*

requerimento deverá ser apresentado até ao encerramento da audiência final, conforme dispõe o art. 369.º, n.º 2, do CPC.

Por outro lado, terá sempre de ser assegurado o contraditório do requerido, sendo que este ocorrerá em momentos diferentes consoante estejamos ou não perante um procedimento com contraditório prévio. De qualquer modo, quer seja antes do decretamento da providência quando haja citação prévia, quer seja conjuntamente com a oposição (ou recurso) à providência decretada quando haja dispensa do contraditório prévio, o requerido terá sempre de ser ouvido acerca do pedido da inversão do contencioso — art. 369.º, n.º 2, do CPC.

Para além dos pressupostos processuais identificados constitui pressuposto material da inversão do contencioso a circunstância de a providência cautelar ser por natureza “adequada a realizar a composição definitiva do litígio”⁽³⁹⁾, *i.e.*, a inversão do contencioso só poderá ser decretada nas situações em que a decisão cautelar se possa substituir à decisão definitiva. Isto significa que, para a inversão do contencioso ser decretada, terá de estar em causa uma providência cautelar de natureza antecipatória. Sendo que, se estiver em causa uma providência cautelar antecipatória não especificada o instituto da inversão se aplica automaticamente, mas se estivermos perante um pedido de providência cautelar especificada a inversão do contencioso só será aplicável *ex vi* do art. 376.º, n.º 4, do CPC⁽⁴⁰⁾.

Por fim, constitui também pressuposto material da inversão do contencioso que a prova do direito do requerente permita ao juiz adquirir uma convicção segura da existência desse mesmo direito. Isto significa que, “ao invés do que sucede com o regime tradicional da tutela cautelar, em que o juiz funda a sua convicção num juízo de probabilidade ou de verosimilhança quanto à existência do

mente à luz do Anteprojecto e da Proposta de Lei n.º 113/XII, Centro de Estudos Judiciários, novembro 2013, p. 8, disponível em: <http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/ProcessoCivil/Caderno_II_Novo%20Processo_Civil.pdf>. Ver também o Acórdão do TRL de 20-11-2014 (proc. n.º 172/13.0TVLSB.L1-2, disponível em: <www.dgsi.pt>).

⁽³⁹⁾ SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE, *As Providências Cautelares...*, *ob. cit.*, p. 11.

⁽⁴⁰⁾ Ver o Acórdão do TRL de 19-05-2014 (proc. n.º 2727/13.TBPVZ.P1, disponível em: <www.dgsi.pt>).

direito alegado, na inversão do contencioso o juiz tem de formar uma “convicção segura” acerca da verificação do direito que o requerente visa tutelar⁽⁴¹⁾. Ou seja, e por outras palavras, o juiz apenas poderá decretar a inversão do contencioso quando, face à prova que foi produzida, considerar que o pedido cautelar deve ser procedente e, para além disso, apenas quando a matéria de facto trazida ao processo e a prova lhe permitirem concluir, sem dúvidas, pela existência do direito acautelado. Este pressuposto será abordado com mais detalhe a propósito dos novos elementos da decisão cautelar proferida com a inversão do contencioso⁽⁴²⁾.

Em suma, apenas mediante solicitação do requerente da providência, verificado o contraditório do requerido e preenchidos os pressupostos materiais identificados poderá o juiz decretar a inversão do contencioso, o que leva alguns Autores a afirmarem que esta não é uma decisão discricionária mas sim vinculada e adotada segundo critérios de legalidade⁽⁴³⁾.

1.3.2. Os efeitos da inversão do contencioso

Se o direito acautelado estiver sujeito a caducidade, esta interrompe-se com o pedido de inversão do contencioso, reiniciando-se a contagem do prazo a partir do trânsito em julgado da decisão que negue o pedido — cf. art. 369.º, n.º 3, do CPC.

Por outro lado, com o pedido de inversão, o ónus de proposição da ação principal passará a impender não sobre o requerente mas já sobre o requerido, cf. art. 369.º, n.º 1, do CPC. Assim, após a decisão de inversão do contencioso ter transitado em julgado, de acordo com o art. 371.º, n.º 1, do CPC, o requerido será notificado para, num prazo de 30 dias, propor ação principal de modo a obstar

⁽⁴¹⁾ GONÇALVES, MARCO CARVALHO, *Providências...*, *ob. cit.*, p. 159.

⁽⁴²⁾ Cf. *infra* 3.2.1.

⁽⁴³⁾ A título exemplificativo, GONÇALVES, MARCO CARVALHO, *Providências...*, *ob. cit.*, p. 159, e FARIA, PAULO RAMOS DE e LOUREIRO, ANA LUÍSA, *Primeiras Notas ao Código de Processo Civil: Os artigos da reforma*, Vol. I, Coimbra: Almedina, 2013, p. 300.

a que a decisão provisória se consolide como definitiva na ordem jurídica. Caso o requerido não proponha a ação principal no prazo determinado, a decisão proferida em sede de procedimento cautelar torna-se definitiva, por outras palavras, “não havendo qualquer reação do requerido em relação à composição (provisória) do litígio, tal composição consolida-se como definitiva, ou seja, o litígio fica resolvido de forma definitiva em virtude da inação do próprio requerido”⁽⁴⁴⁾. Como afirma LOPES DO REGO, numa decisão decretada com inversão do contencioso o juiz limita-se “a aditar um *plus* a tal decisão cautelar: a sua vocação para representar uma composição tendencialmente definitiva do litígio, a qual se consolidará se o requerido não cumprir o ónus de propor a ação principal e de nela infirmar o juízo de certeza prática acerca da existência do direito acautelado ou a idoneidade da medida cautelar decretada para representar solução definitiva do litígio”⁽⁴⁵⁾.

Esta possibilidade de definitividade da decisão proferida em sede de procedimento cautelar contraria o entendimento tradicional da doutrina e da jurisprudência da necessária instrumentalidade e provisoriedade das providências cautelares e a consequente dependência da decisão proferida numa ação principal. Pese embora o facto de o problema identificado de *duplicação de procedimentos* não poder ser negado, a verdade é que, como veremos de seguida, o legislador possibilitou um conjunto de meios amplo (ou, diga-se até, demasiado amplo) destinado a impugnar a decisão proferida numa providência cautelar em que foi decretada a inversão do contencioso, que analisaremos de seguida.

⁽⁴⁴⁾ Ver a este propósito GONÇALVES, MARCO CARVALHO, *Providências...*, *ob. cit.*, p. 130 e ss.

⁽⁴⁵⁾ REGO, LOPES DO, “O Novo Processo...”, *ob. cit.*, p. 11.

2. O sistema de impugnação de uma decisão cautelar proferida com inversão do contencioso

2.1. Os modos de impugnação e a irrecorribilidade autónoma

A instrumentalidade da providência cautelar traduz-se na característica da provisoriedade, fazendo incidir no requerente o ónus de propositura da ação principal onde se resolva definitivamente o litígio, sob pena de a decisão cautelar caducar. Numa providência cautelar decretada com a inversão do contencioso temos, na verdade, duas decisões: *i*) uma decisão que incide sobre a providência cautelar e *ii*) uma decisão que versa sobre a inversão do contencioso. Desde logo, um dos problemas que podemos identificar acerca deste instituto é a “complexidade do esquema de impugnação”⁽⁴⁶⁾. Assim, importa expor como funciona o sistema de impugnação de uma decisão de providência cautelar decretada com a inversão do contencioso de modo a compreender na sua totalidade os problemas de compatibilidade da mesma com a decisão relativa à ação principal⁽⁴⁷⁾.

Obviamente, caso o tribunal não conceda a providência cautelar a questão da inversão do contencioso não se irá colocar, uma vez que o pedido realizado pelo requerente não é procedente. Nesta situação, o único meio ao alcance do requerente para poder fazer valer a sua pretensão é a propositura de uma ação principal autónoma relativamente ao procedimento cautelar.

Por outro lado, caso o tribunal defira o pedido cautelar mas não conceda a inversão do contencioso esta segunda decisão (de inversão do contencioso) imediatamente transita em julgado e é irrecorrível nos termos da 2.^a parte do n.º 1 do art. 370.º do CPC.

Mas se, pelo contrário, o tribunal considerar procedente o pedido cautelar e inverter o contencioso (fazendo incidir o ónus de propositura da ação principal sobre o requerido) teremos as duas mencionadas decisões que poderão ser objeto de impugnação.

(46) SILVA, PAULA COSTA E, “Cautela e certeza...”, *ob. cit.*, p. 139.

(47) Ver a este propósito SILVA, LUCINDA DIAS DA, “Contencioso: Redução...”, *ob. cit.*, p. 96 e ss.

Assim, o requerido poderá optar por não recorrer de nenhuma das decisões, caso em que estas transitarão em julgado e em que aquele será notificado para, no prazo de 30 dias propor *ação destinada a impugnar a existência do direito acautelado*, de acordo com o art. 371.º, n.º 1, do CPC. No entanto, sempre se lhe aplicarão as regras constantes do n.º 2 da mesma norma, isto é, incumbe-lhe um dever de diligência processual tendo em conta que a decisão cautelar irá caducar se *a*) o processo estiver parado mais de 30 dias por negligência sua, ou se *b*) o autor (requerido) ou o réu (requerente) forem absolvidos da instância e o autor não propuser nova ação de modo a aproveitar os efeitos da anterior. São, pois, impostos deveres ao requerido, semelhantes aos previstos para o requerente no art. 373.º, n.º 1, do CPC, isto é, tal imposição “constitui consequência simétrica à que prejudica o requerente (caducidade da providência cautelar) quando, não havendo inversão do contencioso, este adopte o mesmo tipo de comportamento negligente”⁽⁴⁸⁾. Assim, caso a decisão proferida na ação principal conduza à procedência do pedido do requerente, a decisão proferida no procedimento cautelar irá caducar nos termos gerais.

Ao invés, o requerido poderá optar por recorrer de ambas as decisões tomadas em sede cautelar. Por um lado, poderá sempre recorrer apenas da decisão proferida relativamente ao mérito da providência cautelar. Se assim o fizer, e se o recurso for considerado improcedente, sobre o requerido continuará a incidir o ónus de propositura da ação principal sob pena da decisão cautelar se consolidar como definitiva. Por outro lado, nunca o requerido poderá recorrer autonomamente da decisão de inversão do contencioso nos termos do art. 370.º, n.º 1, do CPC, por outras palavras, o requerido só poderá recorrer da decisão de inversão do contencioso em conjunto com o recurso da decisão de mérito da providência cautelar⁽⁴⁹⁾. Nesta situação, o requerido irá colocar em causa a decisão tomada pelo tribunal que inverteu o contencioso e que se

⁽⁴⁸⁾ SILVA, LUCINDA DIAS DA, “Contencioso: Redução...”, *ob. cit.*, p. 98.

⁽⁴⁹⁾ Explica PAULA COSTA E SILVA que “o requerido não pode rebelar-se apenas contra a estabilidade da providência, ele deve rebelar-se contra o seu decretamento” (“Cautela e certeza...”, *ob. cit.*, p. 143).

baseou no juízo de *existência do direito acautelando*, ou seja, materialmente o requerido irá colocar em causa os fundamentos que permitiram que o juiz chegasse a essa convicção. Só que, tal convicção fundou não apenas a decisão de inversão do contencioso mas também a decisão acerca da procedência do pedido cautelar⁽⁵⁰⁾. Se for este o caso, e não aprofundando mais por ora a discussão sobre se, de facto, o objeto da apreciação é ou não distinto, o tribunal de recurso poderá considerar a decisão cautelar e/ou a decisão de inversão improcedentes. Assim, e desde logo, se considerar improcedente a decisão cautelar terá também, num raciocínio lógico, de fazer improceder a decisão sobre a inversão do contencioso. Se ocorrer a primeira situação, isto é, se o tribunal revogar apenas a decisão relativa à inversão do contencioso, o ónus de propositura da ação principal passará já não a incidir sobre o requerido mas sobre o requerente nos termos gerais. Se, pelo contrário, considerar tanto a decisão cautelar como a decisão sobre a inversão procedentes, então a situação das partes irá manter-se e ao requerido caberá o ónus de propositura da ação principal no prazo de 30 dias a partir da notificação da decisão do tribunal de recurso.

No caso de o requerido não interpor recurso da decisão de inversão de contencioso em conjunto com a decisão proferida acerca da providência cautelar, tal como referido, resta-lhe propor a ação principal para obstar à definitividade da decisão proferida na providência cautelar com a inversão do contencioso.

Assim, caso o recurso interposto pelo requerido seja considerado improcedente quanto às duas decisões ou caso o requerido não chegue a interpor recurso, poderá propor uma ação principal em que impugne a existência do direito acautelado, ação cujos contornos iremos analisar de seguida.

⁽⁵⁰⁾ Neste sentido, SILVA, PAULA COSTA E, “Cautela e certeza...”, *ob. cit.*, p. 144. Afirma a Autora, a este respeito, que o requerido irá pôr em causa o juízo de legalidade do decisor, quando “este afirma ter elementos que permitem formar uma convicção segura acerca da existência do direito acautelado”.

2.2. Natureza da ação principal

Em termos gerais, devemos entender que, caracteristicamente, a providência cautelar tem natureza instrumental relativamente a uma ação declarativa condenatória. No entanto, é também possível conceber que seja dependente tanto de uma ação declarativa constitutiva como de uma ação declarativa de simples apreciação, quando se pretenda garantir os efeitos condenatórios que delas possam decorrer (*e.g.*, o direito à restituição numa ação com um pedido de declaração de nulidade de contrato ou com um pedido de resolução contratual) ou caso se pretenda acautelar o *periculum in mora* e a inutilidade da decisão a proferir posteriormente⁽⁵¹⁾.

No entanto, o art. 371.º, n.º 1, do CPC, dispõe concretamente acerca da natureza da ação principal no caso de uma providência cautelar proferida com inversão do contencioso, prevendo que a ação a propor pelo requerido é uma *ação destinada a impugnar a existência do direito acautelado* (cf. art. 371.º, n.º 1, do CPC)⁽⁵²⁾. Tal normativo, à primeira vista, parece indicar que a ação adequada a impugnar a providência cautelar onde ocorreu a inversão do contencioso será uma ação de simples apreciação negativa. Mas a impugnação da providência cautelar também poderá ser realizada através de uma outra ação judicial que reconheça um direito que se sobreponha ao direito acautelado pela providência cautelar⁽⁵³⁾. Ou seja, o que se afigura essencial é que a ação principal tenha “sempre de compreender um pedido cuja procedência seja incompatível com a existência do direito acautelado — quer este pedido seja a direta declaração de inexistência do direito acautelado, quer seja o

(51) Ver a este propósito FARIA, RITA LYNCE DE, *A Função Instrumental...*, *ob. cit.*, p. 100 e ss.

(52) De acordo com LOPES DO REGO tal significa que “que recai sobre o A. o ónus de demonstrar a ilegalidade ou inadequação da decisão que considerou como tendencial composição definitiva do litígio a providência decretada, **infirmando-a**: não se trata, pois, de uma acção de simples apreciação negativa, em que, com base numa situação de incerteza objectiva, o A. se possa limitar a negar o direito reconhecido ao requerente da providência” (“O Novo Processo...”, *ob. cit.*, p. 9).

(53) Ver a este respeito FARIA, RITA LYNCE DE, *Apreciação da Proposta de...*, *ob. cit.*, p. 1.

reconhecimento de um direito prevalecente do requerido, agora autor”⁽⁵⁴⁾.

Deste modo, é possível conceber essencialmente três tipos de ações cujo objeto seja suscetível de cumprir o ónus de impugnar a existência do direito acautelado⁽⁵⁵⁾: *i*) uma ação cujo objeto seja a impugnação dos fundamentos que estiveram na base da decisão de inversão do contencioso, *ii*) uma ação de simples apreciação negativa e *iii*) uma ação cujo objeto seja incompatível com o direito acautelado através da providência cautelar proferida com a inversão do contencioso.

No primeiro caso — ação cujo objeto seja a impugnação dos fundamentos que estiveram na base da decisão de inversão do contencioso⁽⁵⁶⁾ — é necessário ter em conta que, nos termos do art. 374.º, n.º 4, do CPC, o julgamento da matéria de facto no procedimento cautelar não pode ter qualquer influência na ação principal, *i.e.*, na ação de impugnação, assim como a convicção do juiz acerca da existência do direito a acautelar não poderá também ter qualquer influência na decisão a proferir na ação principal. Ou seja, mesmo sendo o caso de o juiz ter chegado a um juízo de certeza acerca da existência do direito a acautelar, tal decisão não poderá influenciar a decisão do juiz na ação principal e será totalmente sindicável, o que, como mais à frente se dirá, não se afigura aceitável tendo em conta que o juiz chegou não a um juízo de probabilidade séria acerca da existência do direito a acautelar mas sim a um juízo de certeza acerca da existência de tal direito⁽⁵⁷⁾. Ques-

⁽⁵⁴⁾ FARIA, PAULO RAMOS DE e LOUREIRO, ANA LUÍSA, *Primeiras Notas...*, *ob. cit.*, p. 310.

⁽⁵⁵⁾ Ver SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE, *As Providências Cautelares...*, *ob. cit.*, p. 15. Este Autor afirma que a ação destinada a impugnar a existência do direito acautelado “[...] pode ser uma acção destinada a impugnar os fundamentos em que se baseou a inversão do contencioso, mas também pode ser qualquer outra acção da qual resulte um efeito incompatível com a providência decretada”.

⁽⁵⁶⁾ *E.g.*, numa providência de arbitramento de reparação provisória, o requerido poderá intentar uma ação em que alega que as provas apresentadas e nas quais o juiz fundamentou a sua decisão não eram suficientes para se poder concluir com certeza pela existência do próprio direito a indemnização.

⁽⁵⁷⁾ Nas palavras de MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, “[...] apesar de a inversão do contencioso exigir a formação pelo juiz da convicção segura acerca da existência do

tionar os fundamentos em que se baseou a decisão de inversão do contencioso será, no fundo, o mesmo que questionar os fundamentos em que se baseou a decisão de procedência da providência cautelar.

No segundo caso — ação de simples apreciação negativa⁽⁵⁸⁾ — o que irá suceder, e tal como se encontra previsto no art. 10.º, n.º 3, al. a), do CPC, é que o requerido irá propor uma ação destinada a reconhecer a inexistência do direito acautelado que foi considerado como existente na decisão proferida na providência cautelar. Isto significa que o requerido irá pôr diretamente em causa os factos relativamente aos quais o juiz chegou a um juízo de certeza acerca da sua existência e ainda acerca da sua respetiva tradução no direito acautelado, e que permitiram não só a tomada da decisão acerca da inversão do contencioso mas também a tomada da decisão acerca da procedência do pedido cautelar.

No último caso — ação cujo objeto seja incompatível com o direito acautelado através da providência cautelar proferida com a inversão do contencioso⁽⁵⁹⁾ — o requerido não irá colocar em causa os fundamentos em que se baseou a decisão cautelar e também não irá pedir o reconhecimento da inexistência de qualquer facto que foi dado como provado no procedimento cautelar mas irá, ao invés, propor uma ação com o pedido de reconhecimento de um direito cuja procedência irá ser incompatível com o direito acautelado pela decisão cautelar.

Em síntese diríamos que o requerido, após o decretamento de uma providência cautelar com a inversão do contencioso (na qual se encontram integradas duas decisões) poderá reagir contra esta decisão de duas formas: i) recorrer conjuntamente de ambas as decisões e, se o recurso for considerado improcedente, ou se não

direito acautelado, o que significa que se exige ao juiz da inversão do contencioso algo mais do que é suficiente para decretar a providência, mas, mesmo este juízo, não é vinculativo na acção da impugnação” (*As Providências Cautelares...*, *ob. cit.*, p. 15).

⁽⁵⁸⁾ *E.g.*, no caso de uma providência de embargo de obra nova o requerido poderá propor uma ação a pedir a declaração de inexistência de obstáculo ao prosseguimento da obra.

⁽⁵⁹⁾ *E.g.*, após a procedência de uma providência de restituição provisória da posse, poderá o requerido vir invocar a existência de um direito incompatível com a existência da posse, tal como o direito de propriedade de terceiro.

recorrer, *ii*) propor ação destinada a impugnar a existência do direito acautelado na decisão cautelar, ação que poderá ser de simples apreciação, constitutiva ou de condenação.

Após este incurso, podemos concluir o seguinte: *a*) a decisão de inversão do contencioso apenas é impugnável através de recurso se proposto em conjunto com a impugnação da decisão proferida relativamente ao pedido cautelar, nos termos do art. 370.º, n.º 2, do CPC; *b*) por outro lado, embora o art. 371.º, n.º 1, do CPC defina que, na ausência de recurso, a decisão acerca da inversão do contencioso transita em julgado, uma vez que os fundamentos que estiveram na sua base são os mesmos que estiveram na base da decisão de procedência do pedido cautelar, os factos que fundamentaram a decisão de inversão do contencioso irão também ser colocados em causa na ação principal e, por fim, *c*) a verdade é que os modos de impugnação de uma decisão cautelar com ou sem a inversão do contencioso são exatamente os mesmos — impugnação da decisão através de recurso e/ou através de uma ação principal. Cumpre perguntar se tal se justifica no caso em que o juiz chegou não apenas a um mero juízo de probabilidade acerca da existência do direito mas sim a um juízo de certeza acerca da existência desse direito, sendo que será acerca deste ponto que irá incidir a parte seguinte do nosso estudo.

3. O caso julgado e a decisão da providência cautelar decretada com inversão do contencioso

3.1. Natureza e efeitos da decisão proferida na providência cautelar sem inversão do contencioso

3.1.1. Dos efeitos de caso julgado da decisão cautelar

Uma decisão transita em julgado quando, nos termos do art. 628.º do CPC, *não seja suscetível de recurso ordinário ou de reclamação*. Nas palavras de ANTUNES VARELA, “o caso julgado, tornando a decisão em princípio imodificável, visa exactamente

garantir aos particulares o mínimo de certeza do Direito ou de segurança jurídica indispensável à vida de relação”⁽⁶⁰⁾. Ou seja, o instituto do caso julgado tem como fundamento a garantia dos valores constitucionais da confiança e da segurança jurídica e tem por fim evitar que o tribunal seja colocado na alternativa de contradizer ou de reproduzir uma decisão anterior (cf. art. 580.º, n.º 2, CPC). Por outro lado, revela-se através de duas modalidades: i) a figura da exceção do caso julgado (*função negativa*), que implica que o juiz se deva abster de apreciar questão já jurisdicionalmente decidida em termos definitivos e ii) a figura da autoridade do caso julgado (*função positiva*), que implica que julgada determinada ação em termos definitivos esse julgamento se imponha a todas as ações posteriores que decorram entre as mesmas partes e que tenham o mesmo objeto jurídico⁽⁶¹⁾.

Antes de prosseguir com a análise da decisão da providência cautelar proferida com a inversão do contencioso, cabe tentar perceber se a decisão cautelar *per se* (e em que não tenha ocorrido tal inversão) é suscetível de produzir os efeitos do caso julgado⁽⁶²⁾. Em primeiro lugar, consideramos que a decisão proferida no procedimento cautelar é de natureza judicial, uma vez que uma decisão judicial deve ser entendida como “o acto do tribunal no qual este órgão julga qualquer matéria que lhe compete apreciar, quer por iniciativa própria, quer mediante solicitação das partes”⁽⁶³⁾. De um modo geral, num processo decisório judicial o juiz determina quais os factos relevantes para a causa, procedendo de seguida à subsunção dos mesmos na previsão de uma norma, identificando qual o direito aplicável e, por fim, verifica a conformidade dos factos com a norma, devendo tomar as medidas necessárias para que a situa-

(60) VARELA, ANTUNES, *et al.*, *Manual de Processo...*, *ob. cit.*, p. 705.

(61) A propósito do instituto do caso julgado ver com especial interesse o Acórdão do STJ de 24-04-2013, proc. n.º 7770/07.3TBVFR.P1.S1 (Relator Lopes do Rego), disponível em: <www.dgsi.pt>.

(62) Ver neste sentido FARIA, RITA LYNCE DE, *A Função Instrumental...*, *ob. cit.*, p. 150 e ss. Contra este entendimento pronuncia-se LEBRE DE FREITAS, JOSÉ, “Providência cautelar: desistência do pedido, repetição e caso julgado”, in *Estudos sobre Direito Civil e Processo Civil*, Vol. I, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 782 e ss.

(63) SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE, *Estudos sobre o Novo...*, *ob. cit.*, p. 212.

ção cumpra ou seja resolvida de acordo com o dispositivo legal. Ora, também no procedimento cautelar o juiz se depara perante um litígio em relação ao qual terá de seleccionar os factos que relevam, aplicar as respetivas normas legais e, a final, proferir uma decisão judicial acerca da bondade do pedido cautelar.

Para além de deter uma natureza judicial, a decisão cautelar deverá ainda ser entendida como tendo a natureza de uma sentença. O art. 152.º, n.º 2, do CPC dispõe que uma sentença é *o ato pelo qual o juiz decide a causa principal ou algum incidente que apresente a estrutura de uma causa*. O procedimento cautelar constitui um incidente de uma ação declarativa ou executiva, preliminar ou subsequente, tal como se prevê no art. 364.º, n.º 1, do CPC. Pelo que, a decisão proferida no procedimento cautelar é materialmente uma sentença judicial, e, desde modo, suscetível de produzir efeitos de caso julgado material.

O objeto de uma ação judicial é constituído pelo pedido — definido como o *efeito jurídico* que as partes pretendem obter com a demanda — e pela causa de pedir — que constitui o núcleo de factos essenciais em que o autor baseia a sua pretensão — tal como se prevê nos n.ºs 2 e 3 do art. 581.º do CPC. Assim, numa providência cautelar, o pedido irá ser o de acautelar o mesmo direito que virá a ser (ou que se encontra a ser) apreciado na ação principal⁽⁶⁴⁾, acautelando desta forma a eficácia da decisão definitiva. Todavia, o efeito que se pretende obter na providência cautelar não é inteiramente coincidente com o efeito que se pretende atingir na ação principal, uma vez que, na providência cautelar fará parte do pedido o evitar o *periculum in mora*, isto é, o pedido de que se decida acerca do direito invocado para evitar que a demora da decisão na ação principal torne o exercício desse direito inútil, questão que na ação principal já não se irá obviamente colocar.

(64) Neste sentido no Acórdão do TRP de 07-11-1996 (proc. n.º 9631091, sumário disponível em: <www.dgsi.pt>) afirma-se que “Os procedimentos cautelares são sempre dependência de uma ação que tenha por fundamento o direito por ela acautelado, devendo verificar-se uma coincidência entre os fins visados em ambos os processos, designadamente quanto aos pedidos formulados”.

Por sua vez, a causa de pedir será integrada pelos factos constitutivos da situação jurídica invocada pelo requerente⁽⁶⁵⁾, esses factos, considerados essenciais, de acordo com a teoria da substanciação adotada pelo legislador processual, deverão ser concretamente alegados pelo requerente da providência. Em sede de procedimento cautelar este núcleo de factos consiste no requisito do *fumus bonus iuris*, ou seja, corresponde aos factos que permitirão concluir, no procedimento cautelar, pela existência (provável) do direito a acautelar, factos que são comuns aos invocados (ou aos que irão ser invocados) em sede da ação principal. Por outro lado, a causa de pedir será ainda constituída pelos factos que integram o *periculum in mora* e que, pelo contrário, já não irão ser analisados na ação principal, uma vez que se relacionam especificamente com o pedido da providência cautelar⁽⁶⁶⁾. Estão aqui em causa factos que indiciam a existência de perigo na demora da decisão e que indiciam ainda a existência de dano caso a utilidade da decisão a proferir na ação principal não seja acautelada. De acordo com RUI PINTO estes serão “factos ‘integrativos de perigo’ e idóneos, segundo um critério de causalidade, a causar um dano para esse mesmo direito, dano que é futuro, seja porque o facto lesivo ainda não se produziu, seja porque, ainda que se tenha produzido “a sua potencialidade danosa” não está “já exaurida” e, por isso, voltará a produzir dano ou continuará a produzir dano”⁽⁶⁷⁾. Deste modo, entre a providência cautelar e a ação principal, existe apenas identidade da causa de pedir relativamente aos factos constitutivos do *fumus bonus iuris*, e já não quanto aos factos que integram o *periculum in mora*.

⁽⁶⁵⁾ No Acórdão do TRP de 12-12-1997 (proc. n.º 9631243, sumário disponível em: <www.dgsi.pt>) considera-se que “Mesmo numa providência cautelar inominada há-de o requerente invocar factos de onde se depreende a possível existência do direito que pretende ver acautelado e, *a posteriori*, definitivamente tutelado”.

⁽⁶⁶⁾ Acerca deste núcleo de factos e a propósito de um arresto, considera o Acórdão do TRE de 03-06-2003 (proc. n.º 71/03-2, sumário disponível em: <www.dgsi.pt>) que “A indicação do requisito da existência do «justo receio da possibilidade de perda da garantia patrimonial» não pode assentar em juízos de valor puramente subjectivos do juiz, mas ‘deve basear-se em factos ou em circunstâncias que, de acordo com as regras de experiência, aconselhem uma decisão cautelar imediata”.

⁽⁶⁷⁾ PINTO, RUI, *A Questão de Mérito...*, *ob. cit.*, pp. 285 e 286.

Por fim, é necessário analisar ainda o elemento subjetivo do caso julgado, isto é, as partes, que, de acordo com o art. 581.º, n.º 2, do CPC, devem ser identificadas através da *qualidade jurídica* que detêm na relação jurídica em discussão. Este aspeto releva essencialmente para aferir a legitimidade para a propositura da ação principal uma vez que, tendo em conta que o direito a acautelar na providência cautelar e na ação principal será o mesmo, apenas quem se alega ser titular desse direito em sede cautelar será parte legítima para intervir e para propor a ação principal⁽⁶⁸⁾. Tal relaciona-se com a circunstância de que quem terá interesse jurídico em agir na ação principal serão aqueles sujeitos que pretendem consolidar ou revogar os efeitos produzidos pela decisão cautelar (cf. art. 30.º, n.º 1, do CPC).

Podemos assim concluir que a decisão proferida num procedimento cautelar constitui uma decisão judicial cujos elementos são: *i*) o pedido de acautelar a existência de um direito, *ii*) a causa de pedir integrada pelos factos que constituem o *fumus bonus iuris* e os que indiciem o *periculum in mora*, e *iii*) as partes, ou seja, o sujeito titular desse direito e o sujeito contra quem esse direito é exercido. Acerca deste tema são pertinentes as palavras de TEIXEIRA DE SOUSA quando afirma que “o objecto do procedimento cautelar é um *minus* e um *aliud* em relação ao objecto da acção principal”⁽⁶⁹⁾. Todavia, desde logo nota este Autor que esta afirmação não é transponível quando estão em causa providências cautelares antecipatórias, pois estas “constituem um *tantu* e um *similis* em relação ao objecto da acção principal”⁽⁷⁰⁾; aspeto que *infra* será analisado mais detalhadamente⁽⁷¹⁾.

Embora não se concorde com a posição de que a decisão proferida na *decisão cautelar não é suscetível de produzir os efeitos*

⁽⁶⁸⁾ De acordo com RUI PINTO, “o direito feito valer na ação principal e o direito ameaçado e tutelado na via cautelar são um e o mesmo [...] ora, isso implica antes de mais, que o titular desse direito terá sempre legitimidade activa para a via cautelar [...] enquanto o requerido será o sujeito a quem se impute o comportamento gerador do *periculum*” (*A Questão de Mérito...*, *ob. cit.*, pp. 298 e 299).

⁽⁶⁹⁾ TEIXEIRA DE SOUSA, *As Providências Cautelares...*, *ob. cit.*, p. 5.

⁽⁷⁰⁾ *Ibidem*.

⁽⁷¹⁾ Cf. *infra* 3.4.

de caso julgado, é, no entanto, “indiscutível que a decisão cautelar não pode adquirir força de caso julgado em face da futura ação principal, em virtude da provisoriedade da primeira, que surge precisamente para ser substituída pela segunda”⁽⁷²⁾.

3.1.2. Da provisoriedade da decisão proferida na decisão cautelar sem inversão do contencioso

Cumprе precisar o motivo pelo qual a tutela cautelar não pode produzir os efeitos de caso julgado face a uma ação principal, ou seja, qual o motivo que justifica não ser possível dispensar a modificabilidade decisória numa ação principal já intentada ou a intentar. Na verdade, a decisão cautelar baseou-se numa *summario cognitio*, o que significa que pelo juiz foi apenas realizada uma análise perfunctória com acesso a meios limitados de prova que foi produzida de uma forma abreviada. Ademais, também as partes se encontram limitadas em termos de prova e, reflexamente, não impende sobre elas o ónus de expor de forma completa e aprofundada os factos que se encontram na base da sua pretensão⁽⁷³⁾. A apreciação global da relação jurídica em litígio é, deste modo, deixada para o momento do julgamento da ação principal.

As provas *têm por função a demonstração da realidade dos factos*, nos termos do art. 341.º do CC, ou seja, têm como objetivo permitir que o juiz chegue a um estado de convicção e de certeza acerca da existência do facto/factos que fundamentam o direito peticionado. No entanto, a prova produzida no procedimento cau-

⁽⁷²⁾ FARIA, RITA LYNCE DE, *A função instrumental...*, *ob. cit.*, p. 153. Ver também neste TOMMASEO, FERRUCIO, *I provvedimenti d’urgenza. Struttura e limiti della tutela anticipatoria*, Padova, 1983, p. 150.

⁽⁷³⁾ Ver SILVA, LUCINDA DIAS DA, “As alterações no regime dos procedimentos cautelares, em especial a inversão do contencioso”, in *O Novo Processo Civil, Caderno II, Contributos da doutrina para a compreensão do Novo Código de Processo Civil*, 2.ª ed., Centro de Estudos Judiciários, dezembro 2013, pp. 129 e 130, disponível em: <http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/ProcessoCivil/Caderno_I_Novo%20_Propcesso_Civil_2dedicao.pdf>.

telar, por ser apenas sumária, não permite ao juiz adotar tal convicção, sendo que, em princípio, o juiz apenas fica convencido acerca da mera probabilidade da existência do facto/factos subjacentes ao direito a tutelar no procedimento cautelar. Tal como afirma ANTUNES VARELA, “a prova assenta na certeza subjectiva da realidade do facto, ou seja, no (alto) grau de probabilidade de verificação do facto, suficiente para as necessidades práticas da vida; a verosimilhança, na simples probabilidade da sua verificação”⁽⁷⁴⁾. O que significa que, nos procedimentos cautelares é exigida apenas uma prova por *verosimilhança* e não uma prova *stricto sensu* da realidade dos factos. Por outro lado, ALBERTO DOS REIS considera que estamos perante uma prova por simples justificação, dizendo que “o Código utiliza-a como fundamento de providências provisórias e urgentes”, e que “a lei contenta-se com simples justificação desses factos, isto é, com uma prova meramente informatória, que faça admitir como verosímil a alegação da parte”⁽⁷⁵⁾. Tal demonstração sumária dos factos justifica-se pela necessidade de obter uma tutela urgente e célere do direito que o requerente alega estar em perigo iminente, sendo que esta demonstração sumária implica que seja necessária uma ação principal destinada à apreciação ponderada e global da relação jurídica em causa.

Chegados a este ponto, afigura-se pertinente regressar aos elementos que integram o objeto da decisão cautelar e que foram já identificados, de modo a aferir o que significa, em relação a cada um deles, o juízo que é realizado e que é possível alcançar, acerca da existência dos factos que os constituem⁽⁷⁶⁾. Em relação ao *periculum in mora* não é possível, na verdade, atingir um grau de certeza acerca da verificação dos factos que o integram, uma vez que estes são futuros, pelo que apenas é possível atingir um juízo de verosimilhança acerca da sua existência e da probabilidade maior ou menor acerca da sua ocorrência⁽⁷⁷⁾. Pelo contrário, quanto aos

⁽⁷⁴⁾ VARELA, ANTUNES, *et al.*, *Manual de Processo Civil...*, *ob. cit.*, p. 436.

⁽⁷⁵⁾ REIS, ALBERTO DOS, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. III, 4.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1985, p. 247.

⁽⁷⁶⁾ Cf. *supra* 3.1.1.

⁽⁷⁷⁾ Neste sentido PINTO, RUI, *A Questão de Mérito...*, *ob. cit.*, p. 595.

factos que integram o *fumus bonus iuris*, mesmo através de uma análise sumária poderá ser possível chegar a um juízo de certeza acerca da sua existência⁽⁷⁸⁾. Ora, foi tendo em consideração a existência e a ocorrência destas situações na prática que, pelo legislador de 2013, foi criado o instituto da inversão do contencioso. Na verdade, não podemos olvidar que, no plano material, há uma concorrência entre o que é apreciado na tutela cautelar e o que irá (ou se encontra a ser) apreciado na tutela plena, o que se traduz na já referida característica da *instrumentalidade hipotética* das providências cautelares⁽⁷⁹⁾.

3.1.3. Breve síntese

Em suma, podemos desde já concluir que, na nossa opinião, a decisão proferida na providência cautelar, sendo de natureza judicial e constituindo uma verdadeira sentença nos termos do art. 152.º, n.º 2, do CPC, é suscetível de produzir efeitos de caso julgado material com os elementos já identificados. Todavia, e por outro lado, esta decisão não poderá produzir o efeito de caso julgado em relação à ação principal, uma vez que apenas se alcança um juízo de *probabilidade séria da existência do direito* (cf. art. 368.º do CPC). O mesmo deverá ser entendido quanto ao caso de uma eventual situação de litispendência, que tem de ser considerada como inexistente⁽⁸⁰⁾.

⁽⁷⁸⁾ *Ibidem*, p. 552.

⁽⁷⁹⁾ De acordo com RUI PINTO, “a instrumentalidade deve ser reconduzida ao plano material que consiste num concurso ou uma prejudicialidade, consoante os casos, entre o problema material que seria apreciado em acção plena/antecipatória e o problema material que é apreciado em acção cautelar” e “o fundamento material comum que justifica esse concurso ou prejudicialidade é a invocação da mesma situação jurídica subjectiva tanto na causa de pedir da tutela cautelar, quanto na causa de pedir da tutela não cautelar” (*A Questão de Mérito...*, *ob. cit.*, p. 623).

⁽⁸⁰⁾ Assim, afirma ABRANTES GERALDES que, “tal como o caso julgado formado pela decisão cautelar está confinado ao procedimento e não interfere no processo principal, também a pendência das duas instâncias (a principal e a cautelar) não determina a excepção de litispendência” (*Temas da Reforma...*, *ob. cit.*, p. 154).

Como vimos a provisoriedade implica que a providência cautelar seja dependente de uma ação principal, pelo que os seus efeitos de caso julgado só se irão produzir plena e definitivamente com a prolação da decisão final, caso esta conclua pela procedência do pedido cautelar. Ou seja, a eficácia da providência cautelar encontra-se limitada temporalmente, o que justifica que, face à inércia do requerente da providência em propor a ação principal a Lei imponha como cominação a sua caducidade, nos termos da al. a) do n.º 1 do art. 373.º do CPC. Como afirma TOMMASEO, esta provisoriedade “da providência cautelar refere-se à inidoneidade da medida cautelar não especificada para adquirir uma estabilidade, uma imutabilidade formal”⁽⁸¹⁾. Assim, segundo o mesmo Autor, a providência cautelar é um meio “instável e inidóneo para resolver um conflito de interesses de forma imutável e incontestável”⁽⁸²⁾.

No entanto, como a prática demonstrava, em alguns casos, mesmo tendo apenas acesso a um conhecimento sumário da lide, o juiz atingia um juízo de certeza acerca da existência do direito a acautelar. Tendo em conta esta situação, o legislador de 2013 veio criar o instituto da inversão do contencioso. Ora, a questão que pertinentemente terá de ser colocada é a saber se, tendo o juiz atingido este grau de certeza acerca da existência do direito peticionado pelo requerente, estaremos ainda no âmbito de uma tutela cautelar ou, pelo contrário, não poderemos já nos encontrar no âmbito de uma tutela antecipatória. Para poder responder a esta questão, é necessário identificar quais os elementos da decisão cautelar proferida com a inversão do contencioso que são novos ou diferentes face aos que integram uma decisão cautelar proferida sem que tal inversão, mesmo que peticionada, não possa ser concedida ou não tenha sido concedida. E, por outro lado, é ainda necessário verificar se o entendimento acerca da produção de efeitos de caso julgado por uma decisão cautelar e a sua provisoriedade face à decisão proferida na ação principal, decorrente da sua instrumentalidade, se poderá manter face às novas características da decisão cautelar com natureza tendencialmente definitiva.

⁽⁸¹⁾ TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza...*, *ob. cit.*, p. 153

⁽⁸²⁾ *Ibidem*, p. 159.

3.2. A relevância dos novos elementos da decisão cautelar com inversão do contencioso no caso julgado

3.2.1. A convicção segura acerca da existência do direito acautelado

A decisão cautelar proferida com a inversão do contencioso tem uma natureza *tendencialmente definitiva*, uma vez que se funda num juízo de certeza acerca da existência do direito acautelado — cf. art. 369.º, n.º 1, do CPC, que impõe como requisito da inversão que o juiz forme *convicção segura acerca da existência do direito acautelado*. Para que o juiz possa atingir o mencionado juízo de certeza não é suficiente que seja apenas feita prova por *verosimilhança*, será já necessária uma prova *stricto sensu*. Isto é, quando o juiz for confrontado com um pedido de inversão do contencioso, terá já não de atingir apenas um juízo de mera probabilidade através da prova sumária dos factos mas sim de permitir a produção de prova suficiente para conseguir apurar a realidade dos factos e alcançar esse juízo de certeza (cf. art. 341.º do CC)⁽⁸³⁾.

A este respeito veja-se o recente Acórdão do TRP de 10-03-2015⁽⁸⁴⁾, em que o Tribunal da Relação, a propósito do *supra* mencionado requisito, afirma que tem como “certo que a sua verificação exige que a convicção do julgador seja mais forte, mais consistente, que a que normalmente é necessária para o decretamento das providências cautelares; e, para que tal aconteça, a prova não pode ser meramente perfunctória [...]. Tal prova tem de

⁽⁸³⁾ Acerca do regime anterior a 2013, pronunciava-se TEIXEIRA DE SOUSA dizendo que “uma prova *stricto sensu* (ou seja, a convicção do tribunal sobre a realidade dessa situação) não seria compatível com a celeridade própria das providências cautelares e, além disso, repetiria a actividade e a apreciação que, por melhor se coadunarem com a composição definitiva da acção principal, devem estar reservadas para esta última” (*Estudos sobre o Novo...*, *ob. cit.*, p. 233).

⁽⁸⁴⁾ Proc. n.º 560/14.9T8AMT.P1, disponível em: <www.dgsi.pt>. Também neste sentido se pronuncia o Acórdão do TRL de 08-10-2015 (proc. n.º 8069-14.4T8LSB.L1-8, disponível em: <www.dgsi.pt>) afirmando que: “Para que se encontre preenchido este primeiro não basta a prova sumária do direito acautelado. No âmbito do procedimento cautelar, o Juiz terá de fazer um juízo mais profundo, de molde a formar a convicção segura da existência do direito acautelado. A inversão pressupõe, por isso, uma prova *stricto sensu* do direito que se pretende tutelar”.

situar-se num patamar de exigência idêntico ao que é necessário para as decisões da matéria de facto nas acções de processo comum, pois só assim é admissível que o Julgador fique com a convicção segura da existência do direito acautelado”. A posição adotada pelo Tribunal da Relação do Porto vai de encontro ao novo regime, representando a tendência que certamente os juízes irão adotar quando, em sede de um procedimento cautelar, se virem confrontados com um pedido de inversão do contencioso. Significa ainda que, para alcançar a convicção segura acerca da existência do direito a tutelar o juiz irá para além do que no regime tradicional faria, não mais se podendo bastar com a *summario cognitio*⁽⁸⁵⁾.

Note-se todavia que, tal como já referido, este juízo de certeza poderá ser apenas alcançado em relação aos factos que integram o *fumus bonus iuris*, uma vez que os factos que integram o *periculum in mora* são futuros e apenas se poderá concluir pela sua probabilidade⁽⁸⁶⁾. No entanto, são os factos que integram o *fumus bonus iuris* que são comuns aos que irão ser apreciados na ação principal, ponto que reveste especial importância quando nos formos referir aos efeitos de caso julgado da decisão cautelar proferida com a inversão do contencioso⁽⁸⁷⁾.

Ainda neste âmbito, refira-se que o art. 364.º, n.º 4, do CPC dispõe que *nem o julgamento da matéria de facto nem a decisão final proferida no procedimento cautelar, têm qualquer influência no julgamento principal*. Tendo a decisão cautelar sido proferida com a inversão do contencioso e com recurso e fundamento em prova *stricto sensu*, o grau de convicção atingido no procedimento cautelar será idêntico ao que irá ser atingido na ação principal. Assim, tal como nota LUCINDA DIAS DA SILVA⁽⁸⁸⁾, iremos assistir a duas tendências contraditórias em relação ao regime da referida

(85) Adota esta posição LOPES DO REGO que afirma que “o juiz só decretará a inversão do contencioso quando o grau de convicção que tiver formado ultrapassar o plano do mero *fumus bonus iuris*, face nomeadamente à amplitude e consistência da prova e à evidência do direito invocado pelo requerente” (“O Novo Processo...”, *cit.*, p. 11). Ver ainda FARIA, PAULO RAMOS e LOUREIRO, ANA LUÍSA, *Primeiras Notas...*, *ob. cit.*, p. 236.

(86) Cf. *supra* 3.1.2.

(87) Cf. *infra* 3.2.2.

(88) SILVA, LUCINDA DIAS, “As alterações...”, *op. cit.*, pp. 139 e 140.

norma: *i*) a uma tendência negativa no sentido de que o regime de produção de prova no procedimento cautelar e a sua influência na ação principal não irão ser alterados para benefício do requerente, uma vez que, de qualquer modo, o procedimento cautelar apresenta uma forma processual célere com menor produção de prova, e, *ii*) pelo contrário, a uma tendência com o sentido positivo de alteração de tal regime de modo a que o que foi decidido no procedimento cautelar possa influenciar a ação principal, tendo em consideração que o juiz, em tal procedimento, alcançou uma convicção segura acerca da existência do direito, mesmo embora o tenha feito de forma célere e sumária.

Com base neste aspeto é possível identificar o ponto fulcral da questão, que é o de que, face à exigência de uma prova *stricto sensu*, se deixar de verificar a produção apenas de prova sumária, o que justificaria a alteração do regime constante do art. 364.º, n.º 4, do CPC. Tendo sido alcançado um juízo de certeza, a convicção adquirida pelo juiz no procedimento cautelar passa a ser equivalente à adquirida na ação principal. Ou seja, a característica principal que fundava a provisoriedade da decisão cautelar — a *summario cognitio* — e a circunstância de esta vir a ter de ser substituída pela decisão proferida na ação principal⁽⁸⁹⁾, irá desaparecer. Sucede que, como vimos, uma das consequências de a decisão cautelar ser tomada com recurso à *summario cognitio* é a insusceptibilidade de a mesma produzir efeitos de caso julgado face à decisão a proferir na respetiva ação principal⁽⁹⁰⁾. Ora, se a decisão proferida no procedimento cautelar com inversão do contencioso é tomada com base num juízo de certeza e de convicção segura acerca da existência do direito acautelado não pode ser aceite que tal decisão possa ser alterada por uma ação principal em que o grau de convicção alcançado irá ser idêntico ao atingido no procedimento cautelar. Por este motivo consideramos que, mais do que a

(89) “A natureza precária da decisão decorre de que característica do seu regime? Supomos que do grau de prova que é exigido para que o juiz defira a providência.” (SILVA, PAULA COSTA E, “Cautela e Certeza...”, *ob. cit.*, p. 147).

(90) A este respeito, SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE, *Estudos sobre o Novo...*, *ob. cit.*, p. 250.

alteração do regime constante do art. 364.º, n.º 4, do CPC, estará em causa a ponderação da eventual produção de efeitos de caso julgado da decisão cautelar proferida nestes termos face a uma decisão a proferir na ação principal⁽⁹¹⁾. Mas indo mais longe, o que no fundo poderá ser equacionado é se, mais do que estarmos perante uma quebra da característica da instrumentalidade das providências cautelares face à respetiva ação principal, esta característica não terá mesmo desaparecido numa decisão com estes contornos. Isto é, cabe perguntar se com esta decisão continuamos perante uma tutela cautelar ou se, pelo contrário, não estamos já perante uma forma de tutela antecipatória com contornos e consequências diferentes da decisão proferida no procedimento cautelar, aspeto que será desenvolvido adiante⁽⁹²⁾.

3.2.2. A decisão de inversão “tendencialmente definitiva”

Assim, e chegados a este ponto, devemos notar que, ao atribuir a possibilidade de a decisão proferida se tornar definitiva, o que se está a aceitar é que será possível antecipar a tutela definitiva a conferir pela ação principal. Mas, diga-se também que, quando está em causa um pedido de inversão do contencioso, “a antecipação da tutela definitiva na tutela cautelar só se pode verificar quando ambas as tutelas tenham o mesmo objecto, ou seja, quando o que pode ser obtido na tutela cautelar é o mesmo que pode ser conseguido na tutela definitiva”⁽⁹³⁾. Com efeito, constitui também pressuposto da decisão da inversão do contencioso que esteja em causa uma providência de natureza antecipatória, ou seja, neste

⁽⁹¹⁾ Como afirma RITA LYNCE DE FARIA, “das duas uma: ou a decisão é tomada com base num conhecimento perfunctório e, como tal, não tem aptidão para regular definitivamente as relações jurídicas, podendo a qualquer momento ser substituída por outra ou, ao invés, a decisão assenta num conhecimento pleno da lide e, como tal, não faz sentido que possa ser contrariada por uma outra decisão posterior sobre o mesmo objecto” (*Apreciação da Proposta...*, *ob. cit.*, p. 9).

⁽⁹²⁾ Cf. *infra* 3.4.

⁽⁹³⁾ SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE, *As Providências Cautelares...*, *ob. cit.*, p. 5.

caso, o tribunal antecipa a “realização do direito que previsivelmente será reconhecido na acção principal e que será objecto de execução”⁽⁹⁴⁾.

Perante esta decisão, em relação à qual o julgador atingiu uma convicção séria acerca do direito peticionado, identifiquemos de novo, de um modo sintético, quais os meios de reacção contra a mesma⁽⁹⁵⁾. Se “A” requerer uma providência cautelar contra “B” e a decisão for a de procedência da providência com decisão de inversão do contencioso, “B” poderá recorrer da providência conjuntamente com a decisão de inversão, ou não recorrer sequer desta decisão; por outro lado, após o trânsito em julgado destas duas decisões, “B” poderá ainda propor acção principal em que irá impugnar a providência com base na inexistência do direito acautelado⁽⁹⁶⁾. No entanto, cumpre diferenciar o modo de reacção em relação às duas decisões que se encontram integradas na decisão cautelar: *i*) quanto à decisão de inversão do contencioso está será apenas recorrível em conjunto com a decisão cautelar e, se dela não se recorrer ou se forem os meios de recurso esgotados, transitará em julgado, *ii*) quanto à decisão acerca do mérito da providência esta será sempre recorrível e, se dela não se recorrer ou se foram esgotados os meios de recurso, embora transite em julgado poderá ainda ser apreciada numa acção principal.

A pedra de toque neste ponto é que tanto a decisão acerca da procedência da providência como a da inversão do contencioso assentaram na convicção da “existência do direito acautelado”. Assim, e em primeiro lugar, o trânsito em julgado da decisão de inversão do contencioso (que, por motivos práticos, não poderá ser alterada em sede da acção principal) irá ser incompatível com uma acção em que se venha a impugnar o fundamento que esteve na base de tal inversão — a “existência do direito acautelado” — pelo motivo de que esta decisão transitou em julgado produzindo plena-

⁽⁹⁴⁾ GERALDES, ANTÓNIO ABRANTES, *Temas da Reforma...*, *ob. cit.*, p. 109.

⁽⁹⁵⁾ Cf. *supra* 2.1.

⁽⁹⁶⁾ Note-se que sobre ele já não impenderá o ónus de propor a acção principal sob pena de caducidade, mas sim a possibilidade de a propor sob pena de a decisão cautelar se consolidar como definitiva.

mente os seus efeitos na ordem jurídica⁽⁹⁷⁾. Por outro lado, o direito apreciado no procedimento cautelar em relação ao qual se alcançou um juízo de certeza quanto à sua existência voltará a ser apreciado numa ação principal, através de uma duplicação de meios e de impugnação utilizando meios de prova não já por verosimilhança mas sim meios de prova *stricto sensu* que permitam concluir com segurança pela veracidade dos factos que fundamentavam o direito⁽⁹⁸⁾.

Criticando esta possibilidade RITA LOBO XAVIER afirma que “este regime suscita algumas perplexidades, uma vez que pressupõe um momento em que o juiz adquiriu uma convicção segura acerca da existência do direito acautelado e, ulteriormente, é procedente uma acção em que se impugnou a existência desse mesmo direito”, e que, ainda que tendo em conta que a decisão foi tomada em sede de procedimento cautelar, o regime irá permitir que uma decisão ulterior venha afirmar o contrário da primeira⁽⁹⁹⁾.

Posto isto, regressemos à análise da decisão cautelar, cumprindo identificar os elementos que constituem uma decisão cautelar proferida com a inversão do contencioso, que serão os seguintes: *i*) o pedido de acautelar a existência de um direito, *ii*) a causa de pedir integrada pelos factos que fundamentam a existência do direito e pelos factos que indiciem o *periculum in mora* e *iii*) as partes, isto é, o sujeito titular desse direito e o sujeito contra quem esse direito é exercido. Sucede que, enquanto o *periculum in mora* justifica a urgência da decisão, o *fumus bonus iuris* representa a probabilidade séria de existência do direito, pelo que, a sua substituição

(97) Nas palavras de PAULA COSTA E SILVA, “O trânsito em julgado da decisão de inversão surge como incompatível com a propositura de uma ação destinada a impugnar a decisão que inverteu o contencioso, exactamente porque essa decisão transitou em julgado” (“Cautela e certeza...”, *ob. cit.*, p. 144).

(98) Como afirma RITA LYNCE DE FARIA, “Caso o juiz inverta o contencioso por concluir com segurança sobre a existência do direito do requerente, a mesma questão poderá ainda vir a ser apreciada em sede de ação principal proposta pelo requerido, onde se duplicará o conhecimento efectuado no procedimento cautelar, inclusive no que respeita ao grau de prova do direito objecto do processo” (*Apreciação da Proposta de...*, *ob. cit.*, p. 9).

(99) XAVIER, RITA LOBO, “Suspensão de deliberações sociais e inversão do contencioso”, in *Direito das Sociedades em Revista*, ano 6, Vol. 11, Coimbra: Almedina, 2014, pp. 79 e 80.

por um juízo de certeza acerca do direito faz com que a decisão material acerca do direito acautelado seja em tudo equivalente à proferida na ação principal⁽¹⁰⁰⁾. Mais, esse juízo de certeza é o que permite que a decisão cautelar, caso não seja impugnada, se consolide na ordem jurídica como definitiva. Como nota LEBRE DE FREITAS “consolidar a decisão cautelar como composição definitiva do litígio significa conferir-lhe a natureza de caso julgado”⁽¹⁰¹⁾. E também PAULA COSTA E SILVA afirma que “a não precariedade da decisão encontra a sua tradução directa na definitividade que àquela é conferida pelo instituto do caso julgado”⁽¹⁰²⁾.

Neste caso, o procedimento cautelar e a ação principal terão por fundamento o mesmo direito invocado, ou seja, o pedido será para acautelar o mesmo direito. Por outro lado, embora o *periculum in mora* esteja fora do âmbito da ação principal, os factos que fundamentam tal direito, e que integram a causa de pedir, alegados e provados no procedimento cautelar serão comuns aos que irão constar da ação principal, pois foi abandonado o *fumus bonus iuris*. Além disso, o requerido contra o qual foi proposta a providência cautelar será aquele que terá legitimidade para propor a ação principal contra o requerente, ou seja, haverá identidade de partes em termos jurídicos. Mas mais, podemos daqui retirar que para além dessa identidade de partes, o objeto da decisão cautelar será o mesmo ou estará totalmente integrado no objeto da ação principal. Pelo que, ultrapassada a contingência de que enferma o procedimento cautelar — a sumariedade da prova — tal decisão passará a produzir efeitos de caso julgado face à apreciação do direito tutelado pela providência cautelar⁽¹⁰³⁾. Ou seja, o juiz que irá proferir a

⁽¹⁰⁰⁾ Como anteriormente se mencionou, apenas em relação aos factos que integram o *fumus bonus iuris* será possível alcançar um juízo de certeza.

⁽¹⁰¹⁾ LEBRE DE FREITAS, JOSÉ, “Sobre o Novo Código...”, *ob. cit.*, p. 46.

⁽¹⁰²⁾ SILVA, PAULA COSTA E, “Cautela e certeza...”, *ob. cit.*, p. 145.

⁽¹⁰³⁾ Afirma JOSÉ FERREIRA DE ALMEIDA que “quer a técnica da inversão do contencioso do processo civil, quer o mecanismo da conversão da providência cautelar no processo administrativo, deslocam a tutela para o âmbito da protecção consolidada dos direitos que com a providência se procuram acautelar. Logo, decidida a antecipação da decisão da causa [...] a lógica é a da acção, não é a lógica do meio instrumental e provisório que constitui a medida cautelar. Os efeitos da decisão são os típicos da acção, não são os espera-

decisão na ação principal irá ser colocado *na alternativa de contradizer ou de reproduzir uma decisão anterior*, proferida por um órgão judicial num processo em que foram cumpridas as garantias processuais⁽¹⁰⁴⁾ e com recurso aos meios de prova necessários e indispensáveis para concluir pela segurança jurídica da decisão. Até porque, não vindo tal decisão a ser posta em causa através do meio adequado para o fazer — o recurso —, esta irá manter-se como definitiva na ordem jurídica não podendo mais vir a ser impugnada, o que significa que o legislador decidiu diferir no tempo o início da produção de tais efeitos.

Não existe fundamento jurídico para que, numa segunda ação de conhecimento pleno do objeto do litígio, venha a ser posta em causa a decisão tomada num procedimento cautelar com características descritas. Tal como não parece razoável condicionar a segurança e estabilidade jurídica de uma decisão jurisdicional à vontade do sujeito processual de impugnar ou não impugnar uma decisão, já transitada em julgado, através de uma nova ação. Como defendia MANUEL DE ANDRADE, o princípio do caso julgado tem como principais fundamentos: *i*) o “prestígio dos tribunais”, que seria colocado em causa se uma vez proferida uma decisão por um tribunal, outro pudesse apreciar a mesma situação jurídica num sentido diferente, e *ii*) uma “razão de certeza ou segurança jurídica”, que caso não seja acautelada irá ser “fonte perene de injustiças e paralisadora de todas as iniciativas”, *i.e.*, o cidadão tem de confiar que após a definição de uma situação jurídica pelo tribunal ela assim se irá manter na sua esfera jurídica⁽¹⁰⁵⁾. E, como afirma

dos da tutela cautelar” (“As reformas do processo civil e do contencioso administrativo: autonomia e convergência”, *in Justiça Administrativa*, n.º 106, 2014, p. 66). Contra esta posição FARIA, PAULO RAMOS DE e LOUREIRO, ANA LUÍSA, *Primeiras Notas...*, *ob. cit.*, pp. 297 e 298.

⁽¹⁰⁴⁾ Diga-se, no entanto, que, tal afirmação não é isenta de contradições, uma vez que, nos casos em que a decisão é proferida sem a audiência prévia do requerido poderemos estar perante uma violação do princípio do contraditório.

⁽¹⁰⁵⁾ ANDRADE, MANUEL DE, *Noções Elementares...*, *ob. cit.*, pp. 306 e 307. Afirma o Autor que “Vê-se, portanto, que a finalidade do processo não é apenas a justiça — a realização do direito objectivo ou a actuação dos direitos subjectivos privados correspondentes. É também a segurança — a paz social [...]”.

PAULA COSTA E SILVA, “através da dupla impugnação da decisão de inversão do contencioso”, teremos criado “uma acção de revisão do caso julgado formado sobre a questão da existência do direito acautelado”⁽¹⁰⁶⁾.

Assim, não só não existe fundamento para essa impugnação, como os princípios enunciados obstam que tal situação ocorra, pelo que se, desde logo, a decisão se considera idónea para ser definitiva não há qualquer motivo que justifique que venha a ser substituída, sob pena de violação do caso julgado e dos princípios da segurança e confiança jurídicas, com tutela constitucional.

3.3. A questão da litispendência

Antes de tentar procurar responder à última questão acerca da natureza da decisão cautelar proferida com a inversão do contencioso, tendo concluído pela idoneidade para produção de efeitos de caso julgado por tal decisão, há que aferir se, do mesmo modo, irá ocorrer a situação de litispendência, uma vez que os elementos a analisar serão exatamente os mesmos. Ou seja, se se verificar que existe caso julgado, caso o procedimento cautelar decorra simultaneamente à acção principal, deveria ocorrer também litispendência, e o contrário será também verdade (cf. arts. 580.º e 581.º do CPC).

A este propósito manifesta-se MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA dizendo que “a formulação do pedido de inversão do contencioso bloqueia a propositura de uma acção principal pelo seu requerente, sempre que nesta acção não se possa obter algo diferente do que resulta da conversão da tutela provisória em tutela definitiva.” De acordo com o Autor, “não pode estar simultaneamente pendente um procedimento cautelar no qual o requerente solicita, através da inversão do contencioso, a transformação da tutela cautelar em definitiva e uma acção destinada a obter esta mesma tutela definitiva”⁽¹⁰⁷⁾. Assim, conclui o Autor que, caso seja proposto um pro-

⁽¹⁰⁶⁾ SILVA, PAULA COSTA E, “Cautela e certeza...”, *ob. cit.*, p. 145.

⁽¹⁰⁷⁾ SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE, *As Providências Cautelares...*, *ob. cit.*, pp. 13 e 14.

cedimento cautelar com um pedido de inversão do contencioso, o requerente se encontra inibido de propor uma ação principal com o mesmo objeto. E, encontrando-se tal ação pendente, deverá ser alegada a exceção de litispendência, uma vez que esta foi proposta em segundo lugar⁽¹⁰⁸⁾.

Ora, não podemos senão concordar com a opinião sufragada pelo mencionado Autor, uma vez que, pretendendo o requerente que a decisão do procedimento cautelar se consolide como definitiva na ordem jurídica, será apenas uma duplicação de meios e um gasto de recursos propor uma ação principal com o mesmo objeto. Tal decisão cautelar, se proferida com a inversão do contencioso, possui todas as condições (de acordo com o legislador) para se manter estável na ordem jurídica. O que não se consegue compreender é como, após tal decisão ser proferida, o requerido não só a poderá pôr em causa através do meio legalmente consagrado — o recurso —, mas poderá também propor uma ação principal por não pretender que tal decisão se consolide na ordem jurídica. Pois, se se encontram preenchidos os requisitos da exceção de litispendência, terão também de ser considerar, por serem os mesmos, preenchidos os requisitos da exceção de caso julgado, por coerência lógica de pensamento⁽¹⁰⁹⁾. Pelo que, consideramos que esta circunstância apenas fundamenta a posição de que, na verdade, a decisão cautelar proferida com a inversão do contencioso é idónea e produz os efeitos de caso julgado logo após o seu trânsito em julgado, não havendo fundamento jurídico suficiente para que seja contestada em ação autónoma.

Por fim, debrucemo-nos ainda sobre uma última questão: saber se, quebrado o princípio da instrumentalidade, sendo a decisão cautelar idónea a se tornar definitiva e mais, produzindo esta decisão efeitos de caso julgado, não estaremos já fora do âmbito da tutela cautelar.

⁽¹⁰⁸⁾ Em sentido contrário se pronunciam FARIA, PAULO RAMOS DE e LOUREIRO, ANA LUÍSA, *Primeiras Notas...*, *ob. cit.*, p. 298.

⁽¹⁰⁹⁾ Como afirma ARISTÓTELES, é impossível acreditar que a mesma coisa possa, ao mesmo tempo, ser e não ser (*Metaphysics*, 1005^b1-25).

3.4. Tutela cautelar ou tutela antecipatória?

Como já referido anteriormente⁽¹¹⁰⁾, as providências cautelares são caracterizadas pela sua instrumentalidade e pela sua provisoriedade, sendo assim dependentes e indo ser substituídas pela decisão proferida na ação principal.

Vinha a ser adotada pela jurisprudência dos tribunais superiores a posição de que não era possível proferir uma decisão definitiva em sede de procedimento cautelar. A título exemplificativo, cite-se o Acórdão do TRC de 28-06-2005⁽¹¹¹⁾ em que se afirma que “a finalidade de uma providência cautelar é apenas e tão só a tutela provisória em quaisquer situações de ‘periculum in mora’ relativas ao direito controvertido” e, desse, modo, que “não é viável nem admissível, por contrariar a finalidade própria das providências cautelares, a instauração de um concreto procedimento cautelar com o qual se vise obter uma sentença condenatória própria de uma ação declarativa de condenação (não é admissível um procedimento cautelar com o qual se pretenda obter uma decisão definitiva do litígio)”.

Como já houve oportunidade de analisar, a inversão do contencioso apenas poderá ocorrer em providências com natureza antecipatória, pois tais providências, como o nome indica, antecipam o efeito a ser produzido pela decisão final. De acordo com MANDRIOLI, apenas as providências de carácter antecipatório podem originar de uma forma mais ou menos evidente, e mais ou menos subreptícia, o afastamento da característica da instrumentalidade do procedimento cautelar, permitindo a realização imediata e direta dos efeitos jurídicos que apenas iriam ser produzidos na ação principal, e em relação aos quais o procedimento cautelar deveria apenas servir como instrumento⁽¹¹²⁾.

⁽¹¹⁰⁾ Cf. *supra* 1.2.

⁽¹¹¹⁾ Proc. n.º 1345/05, disponível em: <www.dgsi.pt>. Ver também neste sentido os Acórdãos do TRL de 09-06-2005 (CJ, 3.º, 2005), de 27-07-2006 (proc. n.º 6641/2006-2), de 19-04-2007 (proc. n.º 2411/07-2) e de 25-03-2010 (proc. n.º 6695/09.2TVLSB.L1-8), disponíveis em: <www.dgsi.pt>, e também o Acórdão do TC n.º 151/85.

⁽¹¹²⁾ MANDRIOLI, CRISTIANO, “I provvedimenti d’urgenza: deviazioni e proposte”, In *Rivista di Diritto Processuale*, 1985 p. 667. Afirma ainda o Autor que a tentação de uma

Na Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 113/XII, afirma-se que, com o instituto da inversão do contencioso ocorre a quebra deste princípio, sendo que, nestes casos, a providência cautelar deixará de depender da propositura da ação principal. Em conformidade, no Acórdão do TRL de 04-06-2015⁽¹¹³⁾ afirma-se que “a inversão do contencioso permite que, em determinadas situações, a tutela cautelar se consolide como definitiva composição do litígio se o requerido não demonstrar, em acção por ele proposta e impulsionada, que a decisão cautelar não podia ter essa vocação de definitividade: consagra-se, pois, por esta via, uma instrumentalidade atenuada ou mitigada”. No entanto, mais do que uma quebra ou instrumentalidade mitigada, como afirma RITA LYNCE DE FARIA, “quando estas características faltam, significa que aquela [a instrumentalidade] foi afastada”⁽¹¹⁴⁾. Como consequência, e tal como nota TARZIA, as providências cautelares, originariamente “pensadas como instrumento subsidiário de tutela provisória, converteram-se efectivamente numa forma alternativa de tutela jurisdicional: a espécie mais difusa e mais importante de uma jurisdição, por força do direito, provisória, mas na realidade bastante definitiva devido à irreversibilidade dos efeitos produzidos”⁽¹¹⁵⁾.

Ora, perdendo a providência cautelar a sua característica de instrumentalidade, na verdade, já não podemos considerar que estamos perante uma tutela cautelar, pois, como afirma RUI PINTO,

substituição é tão mais forte quanto mais lento é o caminho da justiça ordinária, e que atualmente, se afirma que o procedimento de urgência é cada vez mais utilizado apenas para ir ao encontro das necessidades de urgência na obtenção de uma decisão.

⁽¹¹³⁾ Proc. n.º 290/13.9THLSB-8, disponível em: <www.dgsi.pt>.

⁽¹¹⁴⁾ FARIA, RITA LYNCE DE, “A Função Instrumental...”, *ob. cit.*, p. 223. No mesmo sentido NUNO GUNDAR DA CRUZ afirma que, “nestas situações, em que os efeitos produzidos pela providência deixam de ser provisórios, tornando-se, antes, irreversíveis, a tutela cautelar perde a sua componente de provisoriedade, provocando, assim, um desvirtuamento dos princípios que lhe estão subjacentes” (“Breves considerações sobre a irreversibilidade, por efeito da morosidade da justiça, dos efeitos resultantes do decretamento de providência cautelar de tipo antecipatório”, *in Julgar*, n.º 19, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 131). Adotam ainda esta posição FARIA, PAULO RAMOS DE e LOUREIRO, ANA LUÍSA, *Primeiras Notas...*, *ob. cit.*, p. 296.

⁽¹¹⁵⁾ TARZIA, GIUSEPPE, “Rimedi processual contro i provvedimenti d’urgenza”, *in Rivista di Diritto Processuale*, 1986, p. 36.

“uma medida provisória que possa **alcançar o plano da certeza resultante da declaração do direito não é cautelar**”⁽¹¹⁶⁾. É necessário então verificar que tipo de tutela é verdadeiramente conferida por uma “decisão cautelar” proferida com a inversão do contencioso em que se alcançou um juízo de certeza acerca do direito acautelado. Como nota NOELIA NAVEDA, “até épocas recentes o direito processual só proporcionava, a fim de evitar a desvirtuação ou a perda de direitos, o instituto das medidas cautelares, o qual reveste um carácter instrumental pelo facto de estar ao serviço de um processo principal. Estes instrumentos de comprovada eficácia no século passado resultam hoje insuficientes. A doutrina moderna propõe uma solução: a instituição dos ‘processos urgentes’ [...] a chamada tutela antecipatória e as medidas autosatisfativas”⁽¹¹⁷⁾. Cumpre distinguir assim as tutelas, de natureza diversa e enunciadas pela Autora, tendo sido já sido feita referência às mesmas anteriormente⁽¹¹⁸⁾. As medidas autosatisfativas, para que sejam decretadas, necessitam que seja atingido um juízo de forte probabilidade ou mesmo de convicção segura acerca da existência do direito acautelar. A este grau de certeza acresce um grau de urgência na necessidade de serem proferidas que, em simultâneo com uma coincidência do objeto processual com o objeto de uma ação principal que poderia ter sido proposta em alternativa, leva a que sejam definitivas sem que seja necessária uma tutela posterior. De acordo com MARCO CARVALHO GONÇALVES, estas medidas “surgiram pela necessidade de se dotar os cidadãos de uma ferramenta jurisdicional eficaz e suficiente, susceptível de tutelar os seus direitos de forma célere e tempestiva, sem necessidade de uma ulterior acção judicial para confirmação da medida decretada”⁽¹¹⁹⁾. Por outro lado, no âmbito da tutela antecipatória, é proferida uma decisão de forma célere mas em que se pretende obter os mesmos efeitos jurídicos que iriam resultar da decisão a proferir numa ação principal e

⁽¹¹⁶⁾ PINTO, RUI, *A Questão de Mérito...*, *ob. cit.*, p. 295.

⁽¹¹⁷⁾ NAVEDA, NOELIA, “Las medidas cautelares in el procedimiento de familia”, in *Medidas Cautelares*, Córdoba: Alveroni Ediciones, 2005, p. 159.

⁽¹¹⁸⁾ Cf. *supra* 1.1.

⁽¹¹⁹⁾ GONÇALVES, MARCO CARVALHO, *Providências...*, *ob. cit.*, p. 102.

em relação à qual existe uma equiparação do objeto processual — pedido, causa de pedir, partes. A diferença face a uma ação principal reside no facto de que na tutela antecipatória haverá urgência em que a decisão seja proferida e que leva a que seja tramitada de forma mais célere. Assim, na tutela antecipatória a proteção conferida vai mais longe da que é conferida por uma providência cautelar antecipatória, uma vez que a primeira conduz desde logo à satisfação e ao reconhecimento do direito de que o requerente alega ser titular.

Voltando à *providência cautelar antecipatória* proferida com a inversão do contencioso, verificamos que, no fundo, embora possa até não existir uma coincidência total de pedido na ação principal de que se encontra dependente, a verdade é que haverá uma coincidência total dos factos que fundamentam a existência do direito, cuja convicção acerca dos mesmos resulta de uma prova *stricto sensu*, ainda que tenha sido produzida de uma forma sumária. Ora, tendo sido realizado um juízo acerca da verificação dos factos que fundamentam a existência do direito, atingida uma certeza acerca da existência desse direito e sendo esta decisão suscetível de se tornar definitiva, na verdade, ocorre uma verdadeira antecipação dos efeitos que se produziriam numa ação principal em que se pretenderia a confirmação da existência desse mesmo direito. Pelo que, estaremos não já dentro de uma tutela cautelar mas sim perante uma tutela antecipatória, apta a regular definitivamente a situação jurídica e a produzir os efeitos de caso julgado, efeitos que deverão ser produzidos imediatamente após o trânsito em julgado de tal decisão.

Não parece aceitável apreciar esta situação de um ponto de vista meramente formal mas sim refletir na função do instituto do caso julgado na segurança das decisões jurídicas tomadas por um órgão judicial. Assim, vindo um novo tribunal apreciar a mesma situação jurídica, irá ser colocado na alternativa de *contradizer ou de reproduzir* a decisão anteriormente tomada. Entendemos que esta decisão já não tem uma natureza cautelar, mas sim uma natureza verdadeiramente antecipatória, não devendo por isso ser revogada por uma nova decisão com a mesma natureza.

Conclusões

Na Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 113/XII de alteração do Código de Processo Civil, o Legislador afirma que o instituto da inversão do contencioso tem como objetivo evitar “que tenha de se repetir inteiramente, no âmbito da ação principal, a mesma controvérsia que acabou de ser apreciada e decidida no âmbito do procedimento cautelar — obstando aos custos e demoras decorrentes desta duplicação de procedimentos”. Consideramos que o regime consagrado acaba por não conseguir evitar o problema que inicialmente se propunha resolver, uma vez que, em abstrato, poderá existir sempre uma ação principal de que a decisão cautelar irá depender, uma vez que se deixou à discricionariedade do requerido a possibilidade de impugnação ou não dessa decisão⁽¹²⁰⁾.

Uma decisão cautelar proferida com a inversão do contencioso é constituída, na verdade, por duas decisões autónomas, a decisão cautelar *per se* e a decisão acerca da inversão do contencioso, sendo que, uma vez consideradas procedentes, as duas se baseiam no fundamento da existência do direito acautelar. O legislador consagrou um complexo sistema de impugnação destas decisões, conferindo ao requerido, em caso de procedência das mesmas, não só a possibilidade de as impugnar mediante recurso, podendo obter a sua confirmação ou a sua revogação perante um tribunal superior, como também lhe permitiu impugná-las através da propositura de uma ação autónoma, impondo-lhe que, caso o queira fazer, terá de ser proposta num prazo de 30 dias. Nesta ação autónoma o requerido irá colocar em causa a existência do direito

⁽¹²⁰⁾ Na esteira de RITA LYNCE DE FARIA que afirma que esta solução “acaba por não permitir alcançar resposta cabal para a principal preocupação que a motiva: a duplicação desnecessária entre a ação principal e procedimento cautelar” (“Apreciação da proposta...”, *ob. cit.*, p. 8). Também a Associação Sindical dos Juizes Portugueses, no seu parecer à mencionada Proposta de Lei, afirma que “esta técnica serve o interesse do autor e não tanto o interesse público de economia processual — pois não impede que uma ação principal venha a ser instaurada. Por outro lado, a inversão só opera nos casos de procedência do pedido cautelar” (Parecer da Associação Sindical dos Juizes Portugueses sobre a Proposta de Lei n.º 512/2012 (Código de Processo Civil) de janeiro de 2013, p. 27, disponível em: <<http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/ProcessoCivil/Parecer-ASJP-Janeiro-2013.pdf>>).

acautelado que fundamentou tanto a decisão cautelar *per se* como a decisão de inversão do contencioso. Esta circunstância contraria os princípios de formação caso julgado material uma vez que a decisão cautelar com inversão do contencioso detém certas características que a diferenciam de uma mera decisão cautelar.

Uma decisão cautelar deve ser considerada apta a produzir os efeitos de caso julgado uma vez que deverá ser olhada como uma verdadeira decisão judicial, proferida no âmbito dos poderes jurisdicionais do tribunal, e como tendo a natureza de sentença, ao abrigo 152.º, n.º 2, do CPC. Tal significa que a decisão cautelar é apta a produzir efeitos de caso julgado face a uma decisão da mesma natureza, muito embora o facto de ter sido produzida num processo em que apenas houve uma produção sumária de prova implique que tais efeitos não possam ser oponíveis em relação a uma decisão proferida no âmbito da ação principal, pelo que a sua procedência irá depender da procedência desta ação principal. Todavia, uma decisão cautelar proferida com a inversão do contencioso contém elementos que a diferenciam dessa mera decisão cautelar e que a modificam de tal forma que se considera que deverá ser alterado o entendimento acerca da possibilidade de produção de efeitos de caso julgado desta decisão face à ação principal. A providência cautelar tem como pedido a tutela do direito, tendo como causa de pedir o *fumus bonus iuris* e o *periculum in mora*. Quando é requerida a inversão do contencioso, o *fumus bonus iuris* será substituído por um juízo de certeza acerca da existência do direito acautelado, uma vez que foi realizada não já uma prova por verosimilhança mas sim uma prova *stricto sensu*. Ora, é a *summario cognitio* que determina que a providência cautelar seja provisória face à ação principal, o que significa que se for, ao invés, realizada pelo tribunal uma prova que leve a uma cognição plena do juiz do objeto processual o fundamento para tal provisoriedade desaparece. Acresce que, uma decisão cautelar proferida com a inversão do contencioso, na qual se atingiu o tal juízo de certeza acerca da decisão cautelar, passa a ser tendencialmente definitiva, sendo suscetível de se manter como tal na ordem jurídica, o que significa que, passado o prazo de propositura da ação principal, passará a produzir os correspondentes efeitos de caso julgado. Ora, nada jus-

tífica que uma decisão de cognição plena produzida por um juiz venha a ser novamente apreciada e até afastada por uma decisão posterior, quando já contém todos os elementos necessários para que se mantenha tal como foi proferida na ordem jurídica. Mais, tal providência cautelar perdeu totalmente a sua característica de instrumentalidade, uma vez que, consolidando-se na ordem jurídica, não terá como função acautelar a decisão a proferir na ação principal, mas tão só e apenas acautelar o direito material em litígio.

Assim, à questão colocada por RUI PINTO — “podem ser decretadas condenações e efeitos constitutivos e modificativos provisoriamente sem valor de caso julgado?”⁽¹²¹⁾ — a nossa resposta será que não poderá ser decretada uma decisão cautelar que tenha efeitos condenatórios, constitutivos ou modificativos com características que a permitem tornar definitiva sem lhe atribuir o valor de caso julgado. Permitir que tal efeito seja protelado no tempo e fazendo-o depender da decisão discricionária do requerido viola o princípio da segurança jurídica que é imanente ao princípio do Estado de Direito. Isto é, nada justifica que uma decisão judicial que já contém todos os elementos que a permitem torna-se definitiva na ordem jurídica, e a qual pode ser impugnada através dos correspondentes meios de recurso, não produza imediatamente a seguir ao seu trânsito em julgado os correspondentes efeitos jurídicos de uma forma estável e isenta de alterações.

Mas, diga-se ainda que o ponto está em que, na verdade, a decisão cautelar proferida com a inversão do contencioso não tem a natureza de tutela cautelar. Como referido, a tutela cautelar tem como função proceder à salvaguarda da efetividade da tutela jurisdicional, e, conseqüentemente, a salvaguarda da efetividade do direito subjetivo. Ora, uma decisão com as características mencionadas, e com a potencialidade para se tornar definitiva, pretende acautelar, na verdade, o próprio direito subjetivo, pelo que, também ao contrário do que afirma o legislador no Preâmbulo da Proposta de Lei n.º 133/XII, não houve apenas uma quebra da instrumentalidade mas sim uma perda total desta característica. Tal

(121) PINTO, RUI, *A Questão de Mérito...*, *ob. cit.*, p. 291.

leva-nos a considerar que estamos não perante uma tutela cautelar mas sim uma verdadeira tutela antecipatória, na qual é proferida uma decisão urgente, com uma tramitação célere, mas com uma cognição plena do direito a acautelar, pelo que se deverá consolidar como definitiva na ordem jurídica após o seu trânsito em julgado.

Para concluir, já E. F. RICCI — em 1990 — considerava que “quando a duração do processo já ultrapassou todos os limites toleráveis e atingiu níveis que se distinguem no nosso país [no seu caso, Itália], é provavelmente inútil tentar encontrar remédios eficazes apenas com medidas para acelerar a entrega da sentença. Até certo ponto, isso também deve levar a tomar nota de que o fenómeno excede a capacidade do legislador do processo”⁽¹²²⁾. Isto é, o legislador não pode ceder à tentação de manobrar os institutos jurídicos deturpando as suas características essenciais para permitir que sejam proferidas decisões de uma forma célere, uma vez que existem princípios fundamentais, tais como a segurança jurídica, decorrente do princípio do Estado de Direito, que também terão de ser acautelados.

⁽¹²²⁾ RICCI, E. F., “Per una efficace tutela provvisoria ingiunzionale dei diritti di obbligazione nell’ordinario processo civile”, in *Rivista di Diritto Processuale*, 1990, p. 1032.

NOTAS CIVILÍSTICAS NO REEQUILÍBRIO FINANCEIRO DOS CONTRATOS PÚBLICOS(*)

Por Paulo Linhares Dias(**)

SUMÁRIO:

I. Introdução. 1.1. Introdução e justificação do tema. 1.2. Delimitação do tema. 1.3. Metodologia do estudo e indicações de leitura. **II. A Alteração Anormal das Circunstâncias.** 2.1. Considerações Gerais e Evolução da Doutrina. 2.2. A Alteração Anormal das Circunstâncias no Direito Civil Português. 2.2.1. Determinação das circunstâncias que fundaram a decisão de contratar — base do negócio. 2.2.2. Alteração Anormal das Circunstâncias. 2.2.3. Lesão de uma das partes. 2.2.4. Afetação grave do princípio da boa-fé. 2.2.5. Afastamento do risco próprio do contrato. **III. Reposição do Equilíbrio Financeiro do Contrato.** 3.1. Considerações Gerais. 3.2. Alteração objetiva do contrato por alteração das circunstâncias. 3.3. O reequilíbrio financeiro do contrato. **IV. Conclusões.**

Resumo

O presente trabalho pretende analisar a interação entre a doutrina civilista e juspublicista na modificação objetiva dos contratos, na ótica da prote-

(*) Trabalho apresentado no âmbito da disciplina de Seminário Geral, do 3.º Ciclo de Estudos em Direito — Doutoramento em Direito Público — da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sob a orientação do Professor Doutor António Pinto Monteiro.

(**) Advogado. Membro do Grupo de Contratação Pública do CEDIPRE. Doutorando em Direito Público pela FDU.

ção do contraente que vê as condições de execução do contrato alteradas, tornando por isso mais onerosa a sua prestação. Referimos propositadamente a “interação”, na medida em que procuraremos demonstrar os pontos de contacto e de afastamento dos institutos jurídicos que, no direito privado e no direito público, respetivamente, tutelam os direitos do cocontratante, em caso de alteração das circunstâncias ou modificação objetiva.

A análise parte do princípio de que *pacta sunt servanda*, da estabilidade e cumprimento dos contratos, para a (relativa) excecionalidade da sua alteração ou modificação. No que toca ao direito positivo partiremos do binómio regra-exceção dos arts. 406.º e 437.º do Código Civil, no que toca aos contratos privados e do art. 312.º do Código dos Contratos Públicos e, no que tange a estes últimos, de onde se extrairão os seus pontos de contacto e de divergência.

Sendo o objeto do presente estudo as alterações objetivas dos contratos, na ótica do direito privado e do direito público, analisaremos os pressupostos para que as mesmas ocorram, os institutos jurídicos que as regulam, verificando interactivamente as soluções encontradas e enquadrando-as à luz das respetivas dogmáticas, com as suas divergências axiológicas e evolução histórica.

Palavras-chave: contratos privados; contratos públicos; modificação objetiva dos contratos; reposição do equilíbrio financeiro do contrato; alteração anormal das circunstâncias; teoria da imprevisão; cláusula *rebus sic stantibus*; risco.

Abstract: *The present work intends to analyze the interaction between the civilist and juspublicist doctrine in the objective modification of the contracts, in the perspective of the protection of the contracting party, considering that the execution conditions of the contract are altered, thus making more expensive its performance. We purposefully refer to “interaction” as we seek to demonstrate the points of contact and of deviation of the legal institutes that, under private and public law, protect the rights of the contracting party.*

The analysis is based on the principle that pacta sunt servanda and is developed for the stability and performance of the contracts, and for the (relative) exceptionality of its alteration or modification. In what concerns positive law, we will start from the binomial rule-exception of arts. 406.º and 437.º of the Civil Code, considering the private contracts and the

art. 312.º of the Public Procurement Code, and, regarding the latter, where are their points of contact and divergence.

Key words: *Private contracts; Public contracts; Objective modification of contracts; Restoration of the financial balance of the contract; Abnormal change of circumstances; Theory of unpredictability; Rebus sic stantibus clause; Risk.*

I. Introdução

1.1. Introdução e justificação do tema

O presente estudo versa a interação entre o direito privado e o direito público no que concerne às modificações objetivas dos contratos, centrando-se em concreto na figura da reposição do equilíbrio financeiro do contrato⁽¹⁾. Pretende-se analisar, interactivamente — o que se distingue de comparativamente —, os pressupostos que permitem ou legitimam as alterações aos contratos, os institutos jurídicos que enquadram e regulam tais alterações, assim como a tutela dos direitos dos cocontratantes que veem agravadas as condições para prosseguirem com as suas prestações contratuais, na dicotomia entre o direito privado e o direito público.

A abordagem ao tema, mais especificamente aos subsídios da dogmática privatística para o princípio do equilíbrio financeiro dos contratos (públicos), não é nova⁽²⁾, pretendendo-se, porém, modestamente, contribuir para aquilo a que designamos por “análise interativa”. Ou seja, partindo das doutrinas dos contratos privados e dos contratos públicos, detetar os pontos de contacto e de afasta-

(1) Vulgo “reequilíbrio financeiro do contrato”, expressão que igualmente utilizaremos ao longo do presente estudo.

(2) Aliás, sugestivamente referida no estudo de CORDEIRO, MENEZES, “Contratos Públicos — Subsídios para a dogmática administrativa, com exemplo no princípio do equilíbrio financeiro”, in *Cadernos O Direito*, n.º 2, Almedina, 2007.

mento dos institutos que regulam as mesmas situações, ou no mínimo situações análogas, enquadrando-os nas respetivas dogmáticas, não só como fonte de legitimação, mas acima de tudo como crítica de *iure condendo*, na parte em que achamos que alguns dos institutos privatísticos e públicos poderiam comungar das mesmas soluções positivadas, sem que tal os desmerecesse.

A opção pelo tema surgiu-nos por ocasião da preleção do PROFESSOR DOUTOR ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, sobre “Contrato e Desenvolvimento Social”, no âmbito do Seminário Geral do programa de doutoramento em Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Considerando que o programa de doutoramento tem por mote “Estado Social, Constituição e Pobreza”, o ilustre civilista destacou as notas de intervencionismo do Estado nos contratos civis, como nota de proteção, numa relação que se pauta pela paridade e pela autonomia da vontade, tendo então, de entre outros⁽³⁾, destacado o instituto da alteração anormal das circunstâncias como causa de modificação e resolução do contrato. Como publicista, despertou-se-nos de imediato o interesse pela análise dos dois institutos — o que agora fazemos.

1.2. Delimitação do tema

O presente estudo cingir-se-á à análise da alteração anormal das circunstâncias e reposição do equilíbrio financeiro do contrato, enquadradas nas respetivas dogmáticas — civilística e juspublicista — dos contratos, destacando os seus pontos de contacto e de afastamento, assim como aqueles em que entendemos que poderia haver uma maior proximidade entre ambos os regimes e que contribuiriam para uma melhor tutela dos cocontratantes sem que tal desvirtuasse os princípios em que se fundam.

Não podemos ignorar que as soluções em presença, bem como os respetivos fundamentos, baseiam-se no facto dos contra-

⁽³⁾ Como por exemplo, a responsabilidade pré-contratual, os vícios na formação da vontade e a proibição de negócios usurários.

tos privados e públicos assentarem em lógicas completamente distintas, aliás as mesmas que justificam a sua distinção enquanto institutos jurídicos e a respetiva autonomia dogmática. Ou seja, o contrato é um instituto jurídico assente num acordo de vontades, que os civilistas inabalavelmente assentam no princípio da autonomia da vontade e no seu subprincípio da liberdade contratual. Esta mesma razão leva a que alguma doutrina publicista afaste o contrato como forma de atuação administrativa, por não poder ser dotado de autoridade. Sem curar dessas querelas doutrinárias bem mais acesas na doutrina juspublicista⁽⁴⁾, certamente fruto da maior maturidade da doutrina civilista como sustenta CORDEIRO, MENEZES⁽⁵⁾, certo é que, como refere PEDRO GONÇALVES⁽⁶⁾, o contrato público é uma instituição que veio para ficar. Do mesmo passo, o contrato público, ao invés do contrato privado, não assenta na paridade e na liberdade contratual, conferindo ao contratante público poderes exorbitantes patentes, sobretudo, nos poderes de conformação da relação contratual e de fiscalização. Ainda que estas questões não possam ser debatidas num trabalho desta natureza, atenta a exiguidade de tempo e espaço, terão sempre que ser referidas, a título introdutório, por serem indispensáveis para a compreensão da temática que nos propomos abordar⁽⁷⁾.

(4) Desde logo colocando-se em causa a própria existência de um contrato administrativo, como questiona ESTORNINHO, MARIA JOÃO, *Requiem Pelo Contrato Administrativo*, Coimbra, 1990, a que se contrapõe GONÇALVES, PEDRO, *O Contrato Administrativo — Uma Instituição no Direito do Nosso Tempo*, Coimbra: Almedina, 2003, e mais, recentemente, In *Direito dos Contratos Públicos*, Coimbra: Almedina, 2015, pp. 6-16. Ou a problemática da delimitação substantiva da noção de contrato administrativo, fundada na “relação de direito administrativo”, de onde destacamos os contributos de CORREIA, SÉRVULO, *Princípio da Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Almedina, Coimbra, 2013, p. 363, ou GONÇALVES, PEDRO, *ob. cit.*, pp. 57-61, ou ainda mais recentemente a delimitação adjetiva do contrato para efeitos de contencioso, de onde destacamos CORREIA, SÉRVULO, *Direito do Contencioso Administrativo I*, Lex, Lisboa, 2005, pp. 695 e ss.

(5) CORDEIRO, MENEZES, *ob. cit.*, pp. 25-29 e 51.

(6) GONÇALVES, PEDRO, *O Contrato Administrativo — Uma Instituição no Direito do Nosso Tempo*, Coimbra: Almedina, 2003, e mais recentemente *Direito dos Contratos Públicos*, Coimbra: Almedina, 2015, pp. 6-16 e 21 e ss.

(7) Como síntese introdutória sobre a distinção contrato privado — contrato público, sobre esta temática em particular: CORDEIRO, MENEZES, “Contratos Públicos —

Uma última referência ao facto de ao longo deste trabalho nos referirmos aos contratos públicos na aceção “prática” de PEDRO GONÇAVES⁽⁸⁾, ou seja, enquanto contratos da administração pública, não curando aqui de qualquer distinção entre contratos públicos e contratos administrativos e ainda entre estes e os contratos privados da administração.

1.3. Metodologia do estudo e indicações de leitura

O presente estudo centrar-se-á na análise do direito positivo, como já foi referido, partindo da regra do cumprimento dos contratos incitas nos arts. 406.º do Código Civil (CC) e 281.º do Código dos Contratos Públicos (CCP), nomeadamente os princípios de que *pacta sunt servanda* e o princípio da proporcionalidade⁽⁹⁾ como regras do cumprimento dos contratos, para os seus regimes de excepcionalidade, respetivamente a alteração anormal das circunstâncias, prevista no art. 437.º do CC, e a modificação dos contratos públicos prevista no art. 312.º do CCP. Para além da análise do direito positivo, a que não será alheio o Direito Europeu, não poderemos ignorar que os contratos privados e os contratos públicos têm fundamentos e lógicas distintas, bem patentes nas respetivas dogmáticas, aqui corporizadas na doutrina e jurisprudência de que nos socorreremos⁽¹⁰⁾.

Subsídios para a dogmática administrativa, com exemplo no princípio do equilíbrio financeiro”, in *Cadernos O Direito*, n.º 2, Almedina, 2007.

⁽⁸⁾ GONÇALVES, PEDRO, *Direito dos Contratos Públicos*, Coimbra: Almedina, 2015, p. 21.

⁽⁹⁾ Princípio em que, na ausência de regra expressa, assumimos ser esta a regra do cumprimento dos contratos públicos, pelas razões que aduziremos adiante.

⁽¹⁰⁾ As referências bibliográficas serão feitas em nota de rodapé pelo método clássico de indicação do autor, obra ou artigo e respetiva publicação, quando for o caso, sempre com a indicação da editora, cidade e data ou número da edição citada. No que toca às referências jurisprudenciais nacionais, serão feitas por indicação do tribunal, pela respetiva sigla, data do acórdão, número do processo, indicação do relator e da fonte. Já quanto às referências à jurisprudência europeia, indicaremos o tribunal, o número do processo e respetiva fonte, com indicação nominativa do acórdão, como vem sendo prática de que os arestos destas instâncias se notabilizem por um tema, muitas das vezes coincidente com uma das partes.

II. A Alteração Anormal das Circunstâncias

2.1. Considerações Gerais e Evolução da Doutrina

PACTA SUNT SERVANDA — REBUS SIC STANTIBUS

Os brocardos latinos em epígrafe traduzem a equação da problemática em apreço, isto é, “os contratos são para se cumprir, assim permaneçam as coisas”. O princípio basilar do escrupuloso cumprimento do contrato, assente na sua imutabilidade, encontrará uma exceção, sobretudo nos contratos privados⁽¹¹⁾, justificada ou legitimada pela alteração anormal das circunstâncias. Ou seja, os contratos poderão ser modificados ou até resolvidos sempre que haja uma alteração anormal das circunstâncias que motivaram ou presidiram à sua celebração. Por seu turno, será essa mesma alteração das condições de execução do contrato que justificam a reposição do equilíbrio financeiro do contrato (público).

A doutrina da alteração anormal das circunstâncias nem sempre foi pacífica e ainda hoje encontra soluções distintas nos vários ordenamentos jurídicos, mesmo naqueles mais próximos do direito luso. Esta doutrina remonta ao Século XII, com os Canonistas, atribuindo-se a Bártolo a referência à *cláusula rebus sic stantibus*. Postulava-se, assim, que a manutenção das prestações ou do cumprimento do contrato estava limitada pela manutenção do *status quo* que presidiu à celebração do contrato⁽¹²⁾.

Contudo, esta doutrina só se manteve até ao Humanismo. Segundo CORDEIRO, MENEZES⁽¹³⁾ “as oscilações tão marcadas

⁽¹¹⁾ Referimo-nos aos contratos privados porque, como veremos, os contratos públicos estão, à partida, vocacionados para a modificação, mais que não seja a modificação unilateral por razões de interesse público, *vide infra* ponto 3.1.

⁽¹²⁾ Ainda que se discutisse, sem resposta, o seu pendor subjetivista ou objetivista, o mesmo será dizer: se o “estado das coisas” seria a vontade das partes no momento da conclusão do contrato, ou os requisitos objetivos no momento da sua celebração. Sobre a síntese da evolução histórica da doutrina da alteração anormal das circunstâncias: CORDEIRO, MENEZES, *Da Boa-fé no Direito Civil*, Coimbra: Almedina, 5.ª ed., 2001, p. 941, e BRITO, MARIA LÚCIA, *Da Alteração das Circunstâncias à Cláusula de Hardship: a emergência do princípio geral da renegociação dos contratos*, Tese inédita, apresentada no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos da FDUC, pp. 12-19.

⁽¹³⁾ CORDEIRO, MENEZES, “Contratos Públicos — Subsídios para dogmática admi-

naquilo que constitui o tronco comum da cultura jurídica continental explicação, em parte, a diversidade de soluções que a evolução histórica posterior veio a consagrar”. Com as grandes codificações europeias do Século XIX quebrou-se a unidade do pensamento jurídico da Europa Continental sobre a *cláusula rebus sic stantibus*, de que destacamos as doutrinas francesa, espanhola, italiana e alemã, cujo pensamento se refletiu nas soluções positivadas nos Códigos Civis dos respectivos países e com influência na doutrina pátria e no Código Civil de Seabra⁽¹⁴⁾.

As doutrina e jurisprudência civilista⁽¹⁵⁾ gaulesa permaneceram apegadas ao princípio rígido do cumprimento dos contratos, negando qualquer efeito à alteração do circunstancialismo que presidiu à celebração dos mesmos, solução que de resto veio a ser acolhida no Código Civil de Napoleão. Segundo CORDEIRO, MENEZES, não se poderá justificar esta posição num contexto histórico menos favorável do que o da vizinha Alemanha⁽¹⁶⁾, atribuindo este autor a posição da doutrina e jurisprudência civilista gaulesa a uma “certa rigidez dogmática do pensamento jurídico francês, preso nas teias da exegese”. Pese embora a doutrina tradicional francesa aponte, à semelhança do que ficou consagrado no Código Civil, para a imutabilidade dos contratos, sendo que o poder de modificação unilateral dos contratos administrativos era visto como o expoente máximo dos poderes exorbitantes da administração, certo é que, como sintetiza PEDRO VAZ MENDES⁽¹⁷⁾, vem crescendo a contestação a esta teo-

nistrativa, com exemplo no princípio do equilíbrio financeiro”, in *Cadernos O Direito*, n.º 2, 2007, p. 52.

⁽¹⁴⁾ De 1867, com entrada em vigor no ano seguinte.

⁽¹⁵⁾ Notando-se, porém, que as doutrina e jurisprudência administrativistas eram mais permeáveis à alteração das circunstâncias como causa de modificação dos contratos. A doutrina juspublicista, arregada na teoria da imprevisão, aceitava a possibilidade de revisão dos contratos de concessão. A este propósito, veja-se MAURICE HARRIOU *apud* CORDEIRO, MENEZES, *ob. cit.*, p. 53, a propósito do Ac. do Conselho de Estado de 30 de março de 1916, sobre o contrato de concessão da Companhia de Iluminação de Bordéus.

⁽¹⁶⁾ O autor, *ob. cit.*, p. 53, cita a guerra Franco-Prussiana, a I Guerra Mundial e a experiência da Comuna como épocas da história francesa igualmente conturbadas e que justificariam um movimento de florescimento da doutrina da alteração anormal das circunstâncias.

⁽¹⁷⁾ MENDES, PEDRO VAZ, *Pacta Sunt Servanda e Interesse Público nos Contratos Administrativos*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016, pp. 128-129.

ria e a defesa de poderes de modificação ou revogação unilateral também no direito privado. Ainda que seja a própria doutrina civilista gaulesa a reconhecer a timidez desta tendência, também se salienta que a mesma não se funda na *cláusula rebus sic stantibus*.

Igual posição é seguida na vizinha Espanha, onde o Código Civil também consagrou, no seu art. 1091.º, o princípio *contractus lex inter partes*⁽¹⁸⁾, cujo corolário é a regra da inalterabilidade dos contratos prevista no art. 1256.º daquele diploma. Contudo, e apesar da consagração expressa do princípio da imutabilidade do contrato, a jurisprudência espanhola tem vindo a admitir a possibilidade da modificação do contrato contanto que: se alterem as circunstâncias em que se celebrou e que a alteração dessas circunstâncias não seja imputável à parte prejudicada. A doutrina espanhola, mais concretamente MANUEL ALBALADEJO⁽¹⁹⁾, vê nesta posição jurisprudencial a consagração da *cláusula rebus sic stantibus*.

Por seu turno, em Itália, num primeiro momento, o *Codice Civile* de 1865, na esteira do pensamento jurídico francês, negou a alteração anormal das circunstâncias como causa de modificação ou resolução dos contratos. Esta posição veio a modificar-se, já no século XX, com código civil de 1942, segundo CORDEIRO, MENEZES⁽²⁰⁾, não tanto pela influência da I Guerra Mundial e das suas perturbações na vida quotidiana, mas antes por via da influência do pensamento jurídico alemão. Contudo, como bem destaca o citado civilista, o direito italiano segue uma via própria, que não a da doutrina da imprevisão de inspiração francesa⁽²¹⁾, nem tão pouco os quadros da velha *cláusula rebus sic stantibus*, nas configurações mais subjetivistas da doutrina germânica. O direito italiano assentou na teoria da “excessiva onerosidade”⁽²²⁾ e, curiosamente, a for-

(18) “O contrato é a lei entre as partes”.

(19) ALBALADEJO, MANUEL, *Derecho Civil II: derecho de obligaciones*, 13.ª ed., Madrid: Edisofer, 2008, pp. 466-467.

(20) CORDEIRO, MENEZES, *Da Boa-Fé no Direito Civil*, 5.ª ed., Coimbra: Almedina, 2001, pp. 980-982.

(21) Que, como já referimos, apenas é aceite pela doutrina e jurisprudência juspublicista.

(22) Dispõe o art. 1467.º do *Codice Civile* de 1942 que: “Nos contratos de execução continuada ou periódica, ou ainda de execução diferida, se a prestação de uma das par-

mulação do art. 1467.º do *Codice Civile* não dista das condições para a reposição do equilíbrio financeiro do contrato do CCP de 2008. No nosso entender, a citada solução consagrada no código civil transalpino de 1942 é de pendor claramente objetivo, ainda que não tenha sido esse o entendimento da jurisprudência daquele país, que viu nesta formulação uma manifestação das várias tendências subjetivistas da doutrina alemã. A alegada tendência subjetiva da solução, da qual discordamos, é apontada por alguns autores⁽²³⁾ como a causa do pouco desenvolvimento desta via própria da teoria da alteração anormal das circunstâncias em Itália.

Já o direito alemão, sobretudo a Pandectística tardia⁽²⁴⁾, com a doutrina da pressuposição de WINDSCHEID, tornou-se o bastião da *cláusula rebus sic stantibus*. Segundo este autor, cultor da teoria da vontade⁽²⁵⁾, a pressuposição seria uma condição não desenvolvida, sendo por isso limitativa da autonomia da vontade e, como tal, justificativa da alteração das circunstâncias desde que essa condição de desenvolvimento da execução do contrato fosse conhecida da contraparte. A teoria da alteração anormal das circunstâncias nem sempre foi pacífica no direito alemão, tendo sido pródiga em correntes doutrinárias⁽²⁶⁾, o que não evitou que não tenha sido inicial-

tes se tornar excessivamente onerosa pelo verificar de ocorrências extraordinárias e imprevisíveis, pode a parte que deva tal prestação pedir a resolução do contrato (...).” Por seu turno o n.º 3 do mesmo artigo refere que: “A parte contra a qual é pedida a resolução pode evitá-la oferecendo modificar equitativamente as condições do contrato.”

⁽²³⁾ Desde logo, CORDEIRO, MENEZES, *ob. cit.*, p. 982.

⁽²⁴⁾ Diz-se “tardia” porque, como refere CORDEIRO, MENEZES, “Contratos Públicos — Subsídios para a dogmática administrativa, com exemplo no princípio do equilíbrio financeiro”, in *Cadernos O Direito*, n.º 2, Almedina, 2007, p. 55: “num primeiro tempo, a pandectística não se mostrou favorável à figura”.

⁽²⁵⁾ Sobre a teoria da vontade *vide*: MOTA PINTO, CARLOS ALBERTO DA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed. por MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO e MOTA PINTO, PAULO, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 252.

⁽²⁶⁾ Quer nas várias matizes subjetivistas, nas tentativas de recuperação, de PFAFF ou BEKKER, quer de matizes mais objetivistas de STAHL, KAUFMANN ou LEETZ, ou até mesmo na doutrina conciliadora das posições subjetivas e objetivas de KARL LARENZ, que acabaram sempre por enfatizar a alteração anormal das circunstâncias como causa de modificação ou resolução do contrato, quer em nome da boa-fé negocial, quer em nome da “exceção de ruína”. Para um maior desenvolvimento da evolução histórica da teoria da alteração anormal das circunstâncias na doutrina germânica, CORDEIRO, MENEZES, *ob. cit.*, pp. 55-58 e 60-62.

mente positivada no Código Civil alemão de 1896⁽²⁷⁾. Não obstante as várias correntes doutrinárias, todas assentam no conceito da “base do negócio”, como fundamento e momento de fixação das condições iniciais e preponderantes para a celebração e execução do contrato. Ainda que revelem um pendor mais subjetivista ou objetivista⁽²⁸⁾, todas convergem no conceito da base do negócio como fixador do que, no futuro, se virão a revelar “as alterações anormais das circunstâncias”, pelo que ousamos dizer que a base do negócio seria a fixação das condições “normais”. Ainda no âmbito do direito alemão, uma última referência ao papel da jurisprudência do *Reichsgericht*⁽²⁹⁾ que foi desenvolvendo a doutrina da alteração anormal das circunstâncias em nome da boa-fé, e elaborando o conceito da base do negócio como ponto de partida para a alteração anormal das circunstâncias. Pese embora as críticas de que se tratou de um conceito de construção casuística, como refere CORDEIRO, MENEZES⁽³⁰⁾: “A base do negócio foi, nominalmente, recebida na jurisprudência: incapaz de transmitir uma concepção doutrinária clara e unitária, ela funcionou mais como designação genérica para a própria ocorrência de uma alteração de circunstâncias, do que como uma teoria portadora de um regime para o problema”.

No direito pátrio, e na vigência do Código Civil de Seabra, o direito positivado apontava para uma clara predominância do princípio do cumprimento dos contratos, sendo que a exoneração do devedor só poderia ocorrer em casos fortuitos ou de força maior. Posição corroborada pela doutrina que também se pautava pelo silêncio em relação à *cláusula rebus sic stantibus*. Porém, na transição para o século XX, a questão da modificação dos contratos marcou presença na doutrina lusa, segundo CORDEIRO, MENEZES, por duas ordens de razões: uma primeira que se prende com o

(27) Sobretudo pelas críticas ao subjetivismo-voluntarista patente na teoria da pressuposição de WINDSCHEID.

(28) Aliás, umas surgem como crítica às outras e tentativa de refundação do conceito, *vide* a bibliografia citada na nota de rodapé n.º 23.

(29) Supremo Tribunal Imperial Alemão, de 1879 a 1945.

(30) CORDEIRO, MENEZES, *ob. cit.*, p. 57.

movimento de receção da doutrina alemã no direito civil português do início do século; uma segunda: o labor e peso intelectual dos membros da comissão revisora do Código Civil, dos quais o autor destaca VAZ SERRA⁽³¹⁾, por seu turno muito apoiado no pensamento de ANTUNES VARELA⁽³²⁾, que veio a culminar no disposto no art. 437.º do Código Civil de 1966, que analisaremos de seguida.

2.2. A Alteração Anormal das Circunstâncias no Direito Civil Português

Tal como já referimos na introdução, o tema da análise da alteração anormal das circunstâncias no direito português, em particular o regime do art. 437.º do CC, já foi objeto de vários estudos⁽³³⁾ pelo que nos cingiremos aquilo em que releva para efeitos da “interpenetrabilidade entre o direito civil e o direito administrativo”⁽³⁴⁾, em particular no que concerne ao objeto do presente estudo⁽³⁵⁾.

⁽³¹⁾ De quem destacamos: “Caso fortuito ou de força maior e teoria da imprevisão”, In *Boletim da Faculdade de Direito*, n.º 10, 1929, pp. 197-215, e “Resolução ou modificação dos contratos por alteração das circunstâncias”, separata do *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 68, 1957.

⁽³²⁾ “Resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias”, in *CJ*, ano VII, 1982, pp. 7-17.

⁽³³⁾ Vide: VARELA, ANTUNES, “Resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias”, in *CJ*, ano VII, 1982, Tomo II, pp. 7-17; CORDEIRO, MENEZES, *Da boa fé no direito civil*, 5.ª ed., Coimbra: Almedina, 2001; “Da alteração das circunstâncias/ /A concretização do art. 437.º do Código Civil à luz da jurisprudência posterior a 1974”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo Pitta e Cunha*, Coimbra: Almedina, 2010; “Contratos Públicos — Subsídios para a dogmática administrativa, com exemplo no princípio do equilíbrio financeiro”, *Cadernos O Direito*, n.º 2, Almedina, 2007; BRITO, MARIA LÚCIA, *Da Alteração das Circunstâncias à Cláusula de Hardship: a emergência do princípio geral da renegociação dos contratos*, tese inédita apresentada no âmbito do 2.º ciclo de estudos na FDUC; SERRA, VAZ “Caso fortuito ou de força maior e a teoria da imprevisão”, *Boletim da Faculdade de Direito*, n.º 10, 1929 e “Resolução ou alteração dos contratos por alteração das circunstâncias”, *Separata do Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 68, 1957.

⁽³⁴⁾ A expressão é de MENDES, PEDRO VAZ, *ob. cit.*, p. 127.

⁽³⁵⁾ Desde logo, e no que toca à distinção dos institutos próximos, remetemos para: CORDEIRO, MENEZES, “Contratos Públicos — Subsídios para a dogmática administrativa, com exemplo no princípio do equilíbrio financeiro”, *Cadernos O Direito*, n.º 2, Alme-

O art. 437.º, n.º 1, do CC estabelece um quántuplo requisito, em nosso entender, cumulativo⁽³⁶⁾, e que passaremos a analisar:

- a) Determinação das circunstâncias que fundaram a decisão de contratar — base do negócio (Subcapítulo 2.2.1.);
- b) Alteração anormal das circunstâncias (Subcapítulo 2.2.2.);
- c) Lesão de uma das partes (Subcapítulo 2.2.3.);
- d) Afetação grave do princípio da boa-fé (Subcapítulo 2.2.4.);
- e) Afastamento do risco próprio do contrato (Subcapítulo 2.2.5.).

2.2.1. Determinação das circunstâncias que fundaram a decisão de contratar — base do negócio

A determinação das circunstâncias em que se fundou a decisão de contratar tem sido a *vexata questio* das doutrinas da *cláusula rebus sic stantibus*, que suscitaram grande discussão, conforme muito sumariamente descrito no ponto anterior. Não entrando nas referidas querelas sobre a relevância do conhecimento da base do negócio, concordamos com OLIVEIRA ASCENSÃO⁽³⁷⁾ que, sobre a subjetividade ou objetividade da determinação da base do negócio, refere: “Embora se tenha tornado supérfluo,

dina, 2007, pp. 63-70, e BRITO, MARIA LÚCIA, *Da Alteração das Circunstâncias à Cláusula de Hardship: a emergência do princípio geral da renegociação dos contratos*, tese inédita apresentada no âmbito do 2.º ciclo de estudos na FDUC, pp. 22-26.

⁽³⁶⁾ Neste sentido os Ac. STJ, de 10-10-2013 e 23-01-2014, relator Cons. Granja da Fonseca, respetivamente Proc.º 1387/11.5TBCL e 117/10.9TVLSB, in <www.dgsi.pt>, cujo sumário no seu ponto prescreve: “O direito à resolução ou modificação do contrato por alteração anormal das circunstâncias pressupõe (i) que a alteração a ter por relevante diga respeito a circunstâncias em que as partes tenham fundado a decisão de contratar; (ii) que essas circunstâncias fundamentais hajam sofrido uma alteração anormal (iii) que a estabilidade do contrato envolva lesão para uma das partes (iv) que tal manutenção do contrato ou dos seus termos afecte gravemente os princípios da boa-fé (v) que a situação não se encontre abrangida pelos riscos próprios do contrato”.

⁽³⁷⁾ ASCENSÃO, JOSÉ OLIVEIRA DE, “Onerosidade excessiva por alteração das circunstâncias”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 65, 2005, III, pp. 625 e ss.

poderia realmente adoptar-se um entendimento objectivo de imprevisão, que permite reconduzir o que houvesse de útil naquela teoria à lei actual. A imprevisibilidade passa a ser uma característica objectiva do acontecimento, que leva a que escape da normalidade; não depende da contingência histórica de as partes a terem ou não previsto. Neste sentido o facto superveniente que está na base do instituto deve ser sempre um facto imprevisível, porque o seu carácter extraordinário impediu que tivesse sido tomado em conta”. Este autor distingue ainda a discrepância entre o negócio e as circunstâncias em que as partes o fundaram em “originária” e “superveniente”, sendo que no primeiro caso estaríamos perante o erro e no segundo perante uma alteração das circunstâncias⁽³⁸⁾.

Ainda que tenhamos uma posição mais objectiva, no sentido da aplicação da teoria da imprevisibilidade⁽³⁹⁾, o que é incontornável é que cumpre determinar as condições em que, caso os contraentes soubessem ou previssem que viessem a ocorrer alterações das circunstâncias, não teriam contratado ou tê-lo-iam feito em moldes diferentes do que fizeram⁽⁴⁰⁾, sendo esta a base do negócio.

⁽³⁸⁾ Sobre esta questão *vide* MONTEIRO, PINTO, “Erro e teoria da imprevisão”, *in Estudos do Direito do Consumidor*, 6, 2004.

⁽³⁹⁾ No sentido de que a modificação ou resolução do contrato no direito civil por alteração das circunstâncias está relacionada com a teoria administrativa da imprevisão: VARELA, ANTUNES, *Das Obrigações em Geral*, Vol. II, 7.^a ed., Coimbra: Almedina, 2010, p. 282.

⁽⁴⁰⁾ Neste sentido, o Ac. STJ, de 10-10-2013, relator Cons. Granja da Fonseca, Proc.º 1387/11.5TBBCCL, *in* <www.dgsi.pt>: “Analisando este preceito, considera o Prof. Galvão Telles [7] que **circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar** são as circunstâncias que determinaram as partes a contratar, de tal modo que, se fossem outras, não teriam contratado ou tê-lo-iam feito ou pretendido fazer, em termos diferentes. Trata-se de realidades concretas de que as partes não tiveram consciência, pois nem sequer pensaram nelas, dando-as como pressupostas; ou de realidades concretas de que tiveram consciência, mas convencendo-se de que não sofreriam alteração significativa, frustradora do seu intento negocial. Ou não passou sequer pela cabeça dos interessados que o *status quo* se modificaria: ou admitiram que tal ocorresse, mas em medida irrelevante. Aquela pressuposição ou esta convicção inexacta tem de ser comum às duas partes, porque, se não se deu em relação a uma e ela se calou, deixa de merecer protecção”. Embora a doutrina citada neste aresto nos pareça de índole mais na esteira de WINDSCHEID e, por isso, mais subjetiva do que aquela que preconizamos.

2.2.2. Alteração Anormal das Circunstâncias

A alteração anormal está intimamente ligada à imprevisibilidade, ou seja, as alterações “normais” são aquelas que as partes previram e que, como tal, fizeram-nas refletir no contrato⁽⁴¹⁾. Por seu turno, as anormais são justamente as que não estavam previstas. Também nesta matéria nada mais há a acrescentar em relação ao que a doutrina lusa já escreveu sobre a alteração anormal das circunstâncias, pelo que sintetizamos como OLIVEIRA ASCENSÃO⁽⁴²⁾, defendendo que a questão prende-se efetivamente com alteração das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar. O autor defende que o art. 437.º do CC se aplica apenas aos contratos duradouros ou de execução diferida, posto que:

- i) haja uma alteração anormal dos termos contratuais;
- ii) em virtude de factos supervenientes;
- iii) extraordinários e graves.

Por seu turno, em termos jurisprudenciais a questão é diversa. Também no direito privado, e em particular em matéria de alteração anormal das circunstâncias, poderemos falar de uma “jurisprudência da crise”⁽⁴³⁾. A crise económico-financeira do início da segunda década deste século, que afetou o mundo e o nosso país em particular, refletiu-se numa proliferação de jurisprudência

(41) Ainda que mantenhamos, e conforme desenvolveremos infra, que o contrato civil é por regra muito menos flexível a alterações, por oposição ao contrato público que é, à partida, moldado para possíveis modificações objetivas. A este propósito escreve MENDES, PEDRO VAZ, *ob. cit.*, p. 126, “(...) Isto ocorre quer no direito civil — onde a vinculatividade do contrato é, por regra, mais elevada — quer no direito administrativo — no qual a funcionalização do contrato à prossecução do interesse público determina a necessidade de uma maior flexibilização do seu conteúdo”.

(42) ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, *ob. cit.*, p. 627.

(43) Expressão utilizada para se referir à jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre as diversas medidas de austeridade incluídas nas sucessivas Leis do Orçamento de Estado e outros diplomas sujeitos à fiscalização preventiva e sucessiva da constitucionalidade. A expressão foi ganhando dimensão, tendo dado nome e mote a vários colóquios e conferências. No plano doutrinário: AAVV, coordenação de ALMEIDA RIBEIRO, GONÇALO DE, e PEREIRA COUTINHO, LUÍS, *Tribunal Constitucional e a Crise — Ensaios Críticos*, Coimbra: Almedina, 2014.

sobre o tema da alteração anormal das circunstâncias. Na verdade, o desemprego, as insolvências, as alterações das taxas de juro de financiamento da República e as restrições na concessão de crédito bancário e financiamento da economia, traduziram-se em múltiplos incumprimentos de contratos, havendo quem tenha invocado a crise como alteração anormal das circunstâncias.

De facto, a definição da alteração anormal das circunstâncias tem sido objeto de inúmeros arestos na jurisprudência privatística portuguesa⁽⁴⁴⁾, sendo que a crise não veio alterar a linha de pensamento que vinha sendo seguida pela jurisprudência pátria, mantendo-se esta fiel, no essencial, à teoria da imprevisibilidade⁽⁴⁵⁾. A relevância desta “jurisprudência privada da crise” coloca-se justamente nas consequências económico-financeiras da crise enquanto substrato de facto das alegadas alterações anormais das circunstâncias, ao mesmo tempo que a emergência de novos instrumentos financeiros, de onde destacamos os contratos de permuta de troca de taxas de juros — vulgo *Swaps* —, colocaram-se no epicentro dessa jurisprudência⁽⁴⁶⁾.

(44) Desde logo destacamos a seleção de jurisprudência sobre o tema feita por CORDEIRO, MENEZES, “Contratos Públicos — Subsídios para a dogmática administrativa, com exemplo no princípio do equilíbrio financeiro”, *Cadernos O Direito*, n.º 2, Almedina, 2007, p. 75, nota de rodapé 255.

(45) Neste sentido, os acórdãos do STJ: de 10-10-2013, relator Cons. Granja da Fonseca, Proc.º 1387/11.5TBBCL; de 23-01-2014, relator Cons. Granja da Fonseca, Proc.º 117/10.9TVLSB; e de 26-01-2016, relator Cons. Gabriel Catarino, Proc.º 876/12.9TVLSB; e Ac. Rel. Lisboa de 27-09-2016, relator Des. Manuel Marques, Proc.º 1961/13.5TVLSB, todos *in* <www.dgsi.pt>.

(46) É de salientar que dos arestos supracitados, três deles (havendo outros) versam justamente sobre os contratos de *Swap*. Sendo ainda de destacar que sobre a mesma questão — alteração anormal das circunstâncias — têm visões distintas, i. e., na determinação se a crise económico-financeira constitui uma alteração anormal das circunstâncias. No sentido positivo, o Ac. Rel. de Lisboa de 27-09-2016, relator Des. Manuel Marques: “A actual crise económica e financeira iniciada em 2007/2008 despoletou uma alteração anormal das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar.” Em sentido oposto, o Ac. STJ de 26-01-2016, relator Cons. Gabriel Catarino: “A alteração da taxa de juro, na medida em se integra na alea típica e assumida pelos contraentes, no momento da formação do contrato e da respectiva celebração, não consubstancia uma alteração anormal de circunstâncias (art. 437.º do CC) fundadora da anulação de um contrato de *swap*”. Ainda que, por outras questões, desde logo a do risco, ambos os arestos tenham chegado ao mesmo resultado, negando razão aos recorrentes.

2.2.3. Lesão de uma das partes

A formulação do art. 437.º do CC, de cujo extrato a doutrina extrai o requisito da lesão grave, séria ou significativa⁽⁴⁷⁾ como condição da modificabilidade dos contratos⁽⁴⁸⁾, parece-nos, salvo o devido respeito, ultrapassada, sobretudo quando articulada com o que diremos adiante sobre o princípio da boa-fé. Na verdade, a percepção é de que o direito moderno, se é que à data da entrada em vigor do CC (1966) também já não o teria⁽⁴⁹⁾, dispõe de institutos jurídicos mais concretos e precisos para tutela da parte lesada. Defendemos ser mais adequado prever o desequilíbrio da relação contratual como condição da modificação dos contratos, quer nos modos expressos para os contratos públicos no art. 281.º do CCP — princípio da proporcionalidade —, quer na formulação italiana da onerosidade excessiva do art. 1467.º do *Codice Civile* italiano.

2.2.4. Afetação grave do princípio da boa-fé

A questão que agora se aborda aparece entroncada com a anterior, se bem que, com especial acuidade, na medida em que grande parte da doutrina clássica sobre a *cláusula rebus sic stantibus* eleva o princípio da boa-fé à categoria de princípio estruturante deste instituto⁽⁵⁰⁾. I. e., não só enquanto legitimador da alteração

(47) Invocamos propositadamente as três expressões que a doutrina e jurisprudência já citadas aludem para designar a mesma realidade.

(48) “(...) desde que a exigência das obrigações por ela (parte lesada) assumidas afete gravemente os princípios da boa fé”.

(49) Recorde-se que em Portugal os trabalhos preparatórios do Código Civil, e em particular a discussão em torno da *cláusula rebus sic stantibus*, tiveram um longo período de maturação que vai desde o início do século, com a influência da doutrina germânica, até aos trabalhos preparatórios propriamente ditos de que é testemunho a obra de SERRA, VAZ, anteriormente citada.

(50) Desde logo a doutrina germânica, de que destacamos FIKENTSCHER, com a teoria da proteção da confiança como manifestação do princípio da boa-fé *apud* CORDEIRO, MENEZES, *ob. cit.*, p. 64, e deste mesmo autor *Da Boa-Fé no Direito Civil*, 5.ª ed., Coimbra: Almedina, Coimbra, 2001, e “Da alteração das circunstâncias/A concretização do

anormal das circunstâncias enquanto instituto jurídico, mas seria também com recurso ao princípio da boa-fé que se preencheria, em concreto, a verificação ou não da aplicação do regime previsto no art. 437.º, n.º 1, do CC. Aliás, neste sentido CORDEIRO, MENEZES⁽⁵¹⁾ escreve: “Tudo deve processar-se de tal modo que a exigência, à parte lesada, das obrigações por ela assumidas, afecte gravemente os princípios da boa-fé”. Continuando o reputado civilista: “Reside, aqui, o âmago do dispositivo vigente quanto à alteração das circunstâncias. A boa fé surge como conceito indeterminado que tende a exprimir o conjunto das valorações fundamentais do ordenamento vigente”.

Ora, não ousando negar a importância da boa-fé no direito civil, aliás, em todo o direito, e não refutando a sua importância na construção dogmática da *cláusula rebus sic stantibus*, sempre nos causou estranheza que a concretização do instituto fosse aplicada em concreto pela subsunção dos factos a uma figura que os seus próprios cultores, nomeadamente MENEZES CORDEIRO⁽⁵²⁾, definem como um conceito vago. Queremos com isto dizer que, à semelhança do que referimos anteriormente, parece-nos que haverá no direito civil outros institutos capazes de assegurar com maior precisão a alteração anormal das circunstâncias, tal como seja a proporcionalidade ou a excessiva onerosidade.

Confessamos que desde o início deste estudo que esta questão da importância da boa-fé na concretização da alteração anormal das circunstâncias nos levantava dúvidas, achando-a desadequada, sobretudo no que toca a este requisito de que as alterações das circunstâncias, para relevarem, teriam que atentar gravemente contra a boa-fé. Contudo, atribuímos à nossa formação juspublicista, e, por isso mesmo, de pendor mais objetivo, a incapacidade de com-

art. 437.º do Código Civil à luz da jurisprudência posterior a 1974”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo Pitta e Cunha*, Coimbra: Almedina, 2010.

⁽⁵¹⁾ CORDEIRO, MENEZES, *ob. cit.*, p. 76.

⁽⁵²⁾ Repare-se que este ilustre civilista, in *ob. cit.*, p. 76, por um lado reconhece o carácter vago do conceito da boa-fé, mas adiante refere que será esta a determinar o preenchimento, em concreto, da modificação do contrato por alteração anormal das circunstâncias, inclusivamente citando exemplos da jurisprudência nacional e alemã do século passado.

preender a construção dogmática em torno da boa-fé⁽⁵³⁾. Porém, continuando o estudo e pesquisa, sentimo-nos legitimados por OLIVEIRA ASCENSÃO⁽⁵⁴⁾, que se apresenta particularmente crítico do requisito da ofensa grave à boa-fé, aliás patente desde logo na epígrafe do ponto 7 do citado estudo, denominada “O pseudo critério da boa-fé”. O referido autor refuta o princípio da boa-fé como legitimador da *cláusula rebus sic stantibus*, que designa como “expediente” dos intérpretes germânicos face à ausência da previsão legal, mas que não era mais do que um expediente. Segundo este autor, o que está em causa é a alteração de uma circunstância que determinou a vontade de contratar, pelo que se trata de uma alteração de circunstâncias, e não de regras de conduta, estas, sim, intimamente ligadas à boa-fé. Pelo que, em sustento da nossa posição, e citando OLIVEIRA ASCENSÃO: “seria bom que os intérpretes não caíssem na tentação fácil de repetir acriticamente uma construção que nada hoje sustenta. O que está em causa é, directamente, o grave ao equilíbrio ou justiça do conteúdo”⁽⁵⁵⁾.

2.2.5. Afastamento do risco próprio do contrato

A questão do risco, para nós, apresenta-se com maior clareza e está interligada também com a definição do “risco próprio do contrato”, enquanto delimitador da obrigação de indemnizar ao abrigo do princípio da reposição do equilíbrio financeiro dos contratos públicos. Tem-se entendido que existirão sempre variações, ditas normais, compreendidas dentro da álea própria do contrato e

⁽⁵³⁾ Se bem que, como veremos adiante no ponto 3.2., AROSO DE ALMEIDA, MÁRIO, defende que a modificação dos contratos públicos por alteração das circunstâncias também pressupõe que atente contra o princípio da boa-fé.

⁽⁵⁴⁾ “Onerosidade excessiva por alteração das circunstâncias”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 65, 2005, III, p. 626.

⁽⁵⁵⁾ A jurisprudência lusa recente continua arreigada ao conceito da boa-fé, veja-se o Ac. STJ de 23-09-2014, relator Cons. Granja da Fonseca, que invoca e explana sobre o princípio da boa-fé em duas situações (pontos 4 e 5.2. da fundamentação do douto aresto) e patente nas conclusões do mesmo.

do risco que este comporta. A questão coloca-se, justamente, quando as alterações ultrapassam esse risco próprio do contrato e quando é que se poderão consubstanciar numa alteração anormal. Como refere MENEZES CORDEIRO⁽⁵⁶⁾, “tal álea está já duplamente salvaguardada no art. 437.º/1, pela normalidade da modificação e pela boa-fé. Na verdade, as alterações registadas dentro da álea dos contratos são normais e não contendem com a boa-fé”⁽⁵⁷⁾. Este autor, repetido por MARIA LÚCIA BRITO⁽⁵⁸⁾, atribui à *cláusula rebus sic stantibus* um carácter supletivo no que toca ao risco próprio do contrato, não devendo esta atuar sempre que seja ultrapassada essa álea própria do contrato⁽⁵⁹⁾. Caberá, por isso, ao intérprete a árdua tarefa de, perante o caso concreto, avaliar as circunstâncias e enquadrá-las, ou não, no risco próprio do contrato. A este propósito, dentro da “jurisprudência privada da crise”, selecionamos decisões sobre diversos tipos de contratos, designadamente sobre os propalados contratos *Swap*⁽⁶⁰⁾, mas também sobre impactos da crise noutros tipos de contratos tradicionalmente menos avessos ao risco, como o contrato promessa de compra e venda de imóvel⁽⁶¹⁾.

(56) CORDEIRO, MENEZES, *ob. cit.*, p. 77.

(57) Ainda que mantenhamos a nossa posição e crítica ao requisito na boa-fé, conforme o ponto anterior.

(58) BRITO, MARIA LÚCIA, *Da Alteração das Circunstâncias à Cláusula de Hardship: a emergência do princípio geral da renegociação dos contratos*, tese inédita, apresentada no âmbito do 2.º ciclo de estudos na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, p. 29.

(59) Discordamos dos citados autores no que toca à boa-fé como parâmetro do risco, bem como achamos desprovida de sentido a discussão em torno da delimitação temporal da alteração das circunstâncias com base no risco para os contratos já cumpridos, aflorada por CORDEIRO, MENEZES, *in ob. cit.*, p. 78 e repetida por BRITO, MARIA LÚCIA, *ob. cit.*, p. 29.

(60) Ac. STJ de 26-01-2016, relator Cons. Gabriel Catarino, Proc.º 876/12.9 TVLSB; Ac. Rel. Lisboa de 27-09-2016, relator Des. Manuel Marques, Proc.º 1961/13.5TVLSB, ambos in <www.dgsi.pt>, sendo de registar o labor do primeiro aresto citado na apreciação do risco em face das circunstâncias concretas, bem como uma análise exaustiva da doutrina da alteração anormal das circunstâncias, bem como dos fundamentos, antevisão e impactos da crise económica financeira denominada crise de *subprime*, cf. Ponto II.B.2 do citado acórdão.

(61) Ac. STJ, de 23-01-2014, relator Cons. Granja da Fonseca, Proc.º 117/10.9 TVLSB, in <www.dgsi.pt>.

III. Reposição do Equilíbrio Financeiro do Contrato

3.1. Considerações Gerais

Como já referimos, no direito português, ao contrário de outros ordenamentos jurídicos próximos⁽⁶²⁾, a alteração dos contratos no direito civil e no direito administrativo obedecem a regras e enquadramento dogmáticos distintos. Enquanto no primeiro o princípio é de que *pacta sunt servanda* e as alterações só são possíveis com recurso à *cláusula rebus sic stantibus* prevista no art. 437.º do CC, já no direito público a alteração dos contratos não se cinge à alteração das circunstâncias, atrevendo-nos mesmo a dizer que grande parte das modificações são impostas unilateralmente pelo contraente público (*fait du prince*) por razões de interesse público.

Os contratos públicos são desde logo mais sujeitos à modificação unilateral pelo contraente público, por razões de interesse público, facto que o cocontratante sabe desde o início da relação jurídico-administrativa fundada no contrato, e que ganhou maior relevância e, no nosso entender, melhor regulação no CCP de 2008. A codificação da regulação dos contratos públicos, com particular destaque para a Parte III do CCP — Do regime substantivo dos contratos administrativos —, veio clarificar os poderes “exorbitantes” do contraente público, realçando os poderes de conformação da relação contratual (arts. 302.º e 304.º do CCP), de fiscalização (art. 305.º do CCP)⁽⁶³⁾ e modificação unilateral, com base na alteração das circunstâncias (art. 312.º, al. *a*), do CCP) e no interesse público (art. 312.º, al. *b*), do CCP).

(62) Para uma breve análise de direito comparado sobre “a interpenetrabilidade entre o direito civil e o direito administrativo na adaptação do contrato às vicissitudes ocorridas na sua execução”, vide MENDES, PEDRO VAZ, *ob. cit.*, pp. 127-132.

(63) Ainda que a generalidade da doutrina considere os poderes de fiscalização do contraente público como um poder exorbitante, nós discordamos desta posição. Não vemos razão nenhuma para que, desde que haja acordo, no direito privado não possam assistir às partes, ou a uma delas, poderes de fiscalização da execução do contrato. Aliás, achamos que seria uma evolução muito positiva da doutrina privatística dos contratos. Não ignoramos que é cada vez mais frequente a existência de uma fiscalização externa nos contratos de empreitada, ainda que regulados pelo CC.

Os contratos públicos estão assim, por natureza, mais sujeitos a modificações objetivas, quer pela sua inspiração dogmática, que se traduziu no direito positivado e na possibilidade de modificação unilateral, quer pelo seu carácter duradouro, de onde se destacam os contratos de concessão de obras públicas⁽⁶⁴⁾ ou as parcerias público-privadas⁽⁶⁵⁾, quer ainda pelas especificidades do contrato de empreitadas de obras públicas⁽⁶⁶⁾. Contudo a problemática das modificações aos contratos públicos não se esgota aqui, sendo, pois, importante clarificar a distinção entre: a modificação do contrato por alteração das circunstâncias, da modificação unilateral por razões de interesse público. Sobre esta matéria, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA⁽⁶⁷⁾ e PEDRO VAZ MENDES⁽⁶⁸⁾ distinguem as modificações ao contrato resultantes da alteração de circunstâncias, das resultantes da vontade do contraente público, por razões de interesse público. Distinção que não só subscrevemos, como acolhemos na sistemática deste trabalho, pese embora focando-nos na primeira por ser o objeto do presente trabalho. A este exercício de distinção acrescentamos outra variável: as modificações objetivas do contrato de empreitada de obras públicas, uma vez que, não obstante podem resultar de qualquer uma das *supra* citadas categorias, subsistem especificidades próprias da execução deste tipo de contrato, como por exemplo os trabalhos a mais ou o regime de trabalhos de supressão de erros e omissões⁽⁶⁹⁾ e revisão de preços, que desenvolveremos.

(64) Que poderá ascender a 30 anos, nos termos do disposto no art. 410.º do CCP. Sobre o contrato de concessão de obras públicas *vide*: CAUPERS, JOÃO, “Empreitadas e concessões de obras públicas: fuga para o direito comunitário?”, *Separata do Volume Especial 2005 de Direito e Justiça*, pp. 89 e ss.

(65) Cujo novo regime legal foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23 de maio. Sobre as Parcerias Público Privadas, em particular nas obras públicas *vide*: MELO, PEDRO, *A Distribuição do Risco nos Contratos de Concessão de Obras Públicas*, Coimbra: Almedina, 2011.

(66) Sobre esta, com particular desenvolvimento *vide*: MARTINS, LICÍNIO LOPES, *Empreitada de Obras Públicas — o modelo normativo do regime do contrato administrativo e do contrato público (em especial o equilíbrio económico-financeiro)*, Coimbra: Almedina, 2014, e RODRIGUES, PEDRO NUNO, *A modificação objectiva do contrato de empreitada de obras públicas*, Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2012.

(67) ALMEIDA, MÁRIO AROSO DE, *Teoria Geral do Direito Administrativo — temas nucleares*, Coimbra: Almedina, 2012, pp. 296 e ss.

(68) MENDES, PEDRO VAZ, *ob. cit.*, pp. 135 e ss.

(69) Hoje designados trabalhos complementares imprevisíveis e trabalhos comple-

Aderimos assim à conclusão de PEDRO VAZ MENDES⁽⁷⁰⁾: “a modificação do contrato por alteração das circunstâncias e a modificação unilateral do contrato por interesse público, são institutos totalmente distintos, desde logo quanto:

- a) ao fundamento: a alteração das circunstâncias fundamenta-se em razões de equidade enquanto o poder de modificação unilateral do contrato tem fundamento na necessidade de satisfação permanente do interesse público;
- b) aos motivos que conduzem à aplicação dos institutos e aos poderes das partes: a modificação unilateral por imperativo de interesse público ‘assenta numa opção consciente e deliberada do contraente público⁽⁷¹⁾’ enquanto que a alteração das circunstâncias se baseia no equilíbrio contratual produzido por factos anormais e imprevisíveis;
- c) à relevância do dano: enquanto que na faculdade de modificação unilateral do contrato o dano é consequência desta, na alteração das circunstâncias é o dano que justifica a modificação do contrato”.

A doutrina parece convergir na distinção dos citados institutos quanto aos seus fundamentos e causas, porém essa unanimidade já não se mantém quanto à possibilidade da modificação dos contratos com base — em ambos — os fundamentos do art. 312.º do CCP dar lugar à reposição do equilíbrio financeiro do contrato, como veremos adiante em 3.3.

mentares imprevistos, respetivamente, por força da alteração ao CCP operada pelo Decreto-Lei n.º 11-B/2017, de 31 de agosto.

⁽⁷⁰⁾ *Ibidem*, p. 136, para cuja obra remetemos para desenvolvimento da temática da modificação unilateral do contrato com base no interesse público.

⁽⁷¹⁾ A expressão é de ALMEIDA, MÁRIO AROSO DE, *Teoria Geral do Direito Administrativo: temas nucleares*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 300, *apud* MENDES, PEDRO VAZ, *ob. cit.*, p. 136.

3.2. Alteração objetiva do contrato por alteração das circunstâncias

A questão da modificação do contrato público por alteração das circunstâncias assume especial importância, não só por ser o objeto do nosso estudo, mas, também, porque a solução consagrada no CCP veio a seguir muito de perto a *cláusula rebus sic stantibus* plasmada no art. 437.º do CC.

O art. 312.º do CCP, sobre os fundamentos para a modificação objetiva dos contratos, dispõe que:

“O contrato pode ser modificado com os seguintes fundamentos:

- a) Quando as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal e imprevisível, desde que a exigência das obrigações por si assumidas afecte gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato”.

A solução positivada no CCP causa-nos alguma perplexidade, não só pela sua “colagem”⁽⁷²⁾ à formulação do art. 437.º do CC, mas, sobretudo, pelo facto de, para uma formulação cujo elemento literal, no que toca aos pressupostos, ser exactamente igual ao da norma privatística, a doutrina dar-lhe um enquadramento dogmático oposto. I. e., na realidade, em ambas as normas os pressupostos são exactamente os mesmos, ou seja, os que definimos nos pontos 2.2. a 2.2.5 do capítulo anterior, razão pela qual não se entende que a doutrina sustente que o art. 437.º, n.º 1, do CC radique na *cláusula rebus sic stantibus*, inspirada nas doutrinas subjetivistas do direito privado germânico⁽⁷³⁾, enquanto, por seu turno, a doutrina juspublicista, enquadra o art. 312.º, al. a), do CCP na doutrina

(72) Em sentido literal, o art. 437.º do CC dispõe: “Se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, tem a parte lesada direito à resolução do contrato, ou à modificação dele segundo juízos de equidade, desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afecte gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato”.

(73) *Vide supra* ponto 2.1.

francesa da imprevisão, de matriz claramente objetiva. MÁRIO AROSO ALMEIDA⁽⁷⁴⁾, reconhecendo que as doutrinas privatística e publicista sobre a modificação dos contratos com base na alteração das circunstâncias são controvertidas, acaba por fazer uma síntese que nos parecer muito mais próxima da teoria da imprevisão, claramente de matriz objetiva. Assim, em conclusão sobre as divergências das citadas doutrinas, escreve: “De harmonia com as construções doutrinárias que, com formulações diversificadas e, entre si, controvertidas, fazem apelo ao conceito da base negocial dos contratos cumpre, pois, reconhecer que o equilíbrio financeiro dos contratos administrativos, atenta a relevância que, para diversos efeitos, o próprio ordenamento jurídico positivo atribui ao conceito, é um dado objectivo que é assumido pelas partes como determinante da decisão de contratarem nos termos em que o fazem, exprimindo, assim, a base de valoração contratual correspondente ao projecto inicial de que partem. Os factos essenciais em que assenta o equilíbrio financeiro do contrato não podem deixar, portanto, de ser reconhecidos como a base negocial em que, objectivamente, se fundou a celebração do contrato, no sentido de que se trata do conjunto das circunstâncias cuja existência ou manutenção é necessária para a salvaguarda do sentido contratual e do seu escopo e, portanto, cuja alteração imprevista pode conduzir à perturbação da equivalência das prestações (= relação de valor existente entre prestação e contraprestação) para além do risco próprio do contrato”.

Não nos surpreende, por todas as razões já aqui invocadas e considerando a doutrina a esse propósito citada, que as doutrinas subjacentes aos contratos privados e públicos cheguem a conclusões distintas. Mais surpreendente é que essas conclusões divergentes, diríamos mesmo antagónicas (no que toca ao elemento volitivo da base do negócio), sejam emergentes de normas de igual teor. A querela doutrinária não se apresenta simples, sendo de antever que a formação publicista e a nossa crítica ao instituto da boa-

⁽⁷⁴⁾ ALMEIDA, MÁRIO AROSO DE, “Contratos administrativos e regime da sua modificação no novo Código dos Contratos Públicos”, in *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 830-831.

fê, como fundamento e como conceito integrador da alteração anormal das circunstâncias, apontaria para uma maior proximidade à teoria da imprevisão. Mas também aqui a questão não se apresenta linear, porquanto o legislador, a doutrina e a jurisprudência⁽⁷⁵⁾ publicistas também continuam a arrear-se no instituto da boa-fê.

Inclinamo-nos porém, no que diz respeito aos contratos públicos, para uma definição da “base do negócio” de pendor objetivo e que se prende com a própria natureza da contratação pública. Senão vejamos, ao contrário do que sucede nos contratos privados onde impera a autonomia da vontade, com o seu corolário da liberdade contratual, em que as partes negociam e ajustam a “base de negócio”, admitindo-se por isso que existem elementos volitivos com elevado peso nessa definição, o mesmo já não acontece na contratação pública. De facto, o contraente público inicia a sua intenção de contratar, com a abertura de um procedimento onde elenca desde logo as condições em que pretende que o contraente privado excute o contrato, através do caderno de encargos. A vontade do contraente público está desde logo espelhada neste documento de singular importância para os contratos públicos⁽⁷⁶⁾, ao qual o contraente privado — nesta fase ainda concorrente — responde com a sua proposta, não havendo margem para uma formação da “base de negócio”, que não esse binómio objetivo que a doutrina estrangeira designa *tender* — *bidder*. Aliás, o próprio CCP consagra os modos — objetivos — de sanção de dúvidas sobre o

(75) Neste sentido, ainda que no domínio da legislação anterior ao CCP, o Ac. STA de 21-03-2001, relator Cons. João Belchior, *in* <www.dgsi.pt> ditava a seguinte doutrina: “Pode o interessado proceder à revisão do contrato por alteração das circunstâncias, ao abrigo do disposto n.º 1 do art. 175.º do DL 235/86, de 18.AGO (normativo que, nos seus traços essenciais, reitera o que se prescreve no n.º 1 do art. 437.º do C.C.), para o efeito de, conforme a equidade, ser compensado do aumento dos encargos efectivamente sofridos ou à actualização dos preços quando as circunstâncias em que as partes hajam fundado a decisão de contratar sofram alteração anormal e imprevisível, **segundo as regras da prudência e da boa fê**, de que resulte aumento de encargos na execução da obra que não caiba nos riscos normais.”

(76) Aliás o CCP consagrou o caderno de encargos, como o elemento essencial, o documento conformador da relação contratual, relegando o contrato propriamente dito para aspetos mais formais, tais como as cláusulas administrativas.

modo de execução das prestações, recorrendo a mecanismos como o pedido de esclarecimentos (cf. art. 50.º CCP) ou a elencagem de erros e omissões (cf. art. 61.º, n.º 1, do CCP). Do mesmo passo, o contraente público pode solicitar esclarecimento sobre a proposta do concorrente (cf. art. 72.º do CCP). Neste contexto, somos forçados a concluir que a base do negócio é objetivamente determinada e que as alterações das circunstâncias⁽⁷⁷⁾ são aquelas que são imprevisíveis e, acima de tudo, não solucionáveis por qualquer outro meio de modificação objetiva do contrato previsto na lei, como por exemplo os trabalhos a mais (cf. art. 370.º do CCP), revisão de preços (cf. Decreto-Lei n.º 6/2004, de 6 de janeiro), trabalhos de supressão de erros e omissões (cf. arts. 376.º e ss. do CCP)⁽⁷⁸⁾. Somos, por isso, da opinião que, no que toca à formulação do art. 312.º, estamos perante a consagração da teoria da imprevisão, e uma definição objetiva da “base de negócio”, ainda que venha a ser contrariada pelas doutrinas subjetivistas sobre o art. 437.º CC e com o pendor, a nosso ver subjetivista, da norma do art. 282.º, n.º 1, do CCP, sobre o reequilíbrio financeiro do contrato, sem prejuízo do que se dirá infra sobre esta questão.

3.3. O reequilíbrio financeiro do contrato

Outra questão em que nos afastamos da doutrina lusa é a da compensação pela alteração das circunstâncias. Ou seja, resolvida a questão dos fundamentos ou pressupostos previstos na al. a) do art. 312.º do CCP, impõe-se-nos abordar o modo como se opera a modificação do contrato. No Código Civil essa questão é omissa, a

⁽⁷⁷⁾ Discordamos por isso dos fundamentos do Ac. STA de 21-03-2001, relator Cons. João Belchior, ao considerar: “O aumento médio em 100% e em menos de um ano do custo de materiais empregues na obra adjudicada numa conjuntura que vinha sendo de estabilidade dos respectivos preços pode considerar-se entre as alterações anormais de circunstâncias previstas nos citados normativos”. Entendemos que a lei confere o meio próprio de solucionar esta questão que seria a revisão de preços.

⁽⁷⁸⁾ Sobre os mecanismos específicos do reequilíbrio do contrato de empreitadas de obras públicas *vide*: MARTINS, LICÍNIO LOPES, *ob. cit.*

jurisprudência é mais abundante em matéria de resolução do contrato, do que propriamente no tocante à modificação⁽⁷⁹⁾, e a doutrina faz referência à compensação conforme a equidade, de resto à semelhança da doutrina publicista, como veremos. Por seu turno, no que toca aos contratos públicos discordamos da fórmula consagrada no art. 314.º, que analisamos de seguida. O legislador previu que o cocontratante tem direito à reposição do equilíbrio financeiro sempre que o fundamento para a modificação do contrato seja:

- i) A alteração anormal e imprevisível das circunstâncias imputável a decisão do contraente público, adotada fora do exercício dos seus poderes de conformação da relação contratual, que se repercute de modo específico na situação contratual do cocontratante, ou por razões de interesse público;
- ii) Nos demais casos de alteração anormal e imprevisível das circunstâncias confere-se direito à modificação do contrato ou a uma compensação financeira, segundo critérios de equidade.

Ou seja, se a alteração das circunstâncias advier de um *facto do príncipe*, ou se este for adotado pelo contraente público, mas fora dos poderes de conformação da relação contratual, haverá direito à reposição do equilíbrio financeiro do contrato nos termos previstos no art. 282.º do CCP. Mas se a alteração das circunstâncias não for imputável ao contraente público, ou seja, se resultar de facto imprevisível para ambas as partes, o cocontratante terá direito à modificação do contrato ou a uma compensação financeira, segundo os critérios de equidade. A solução legislativa é seguida pela doutrina, neste sentido fazemos referência a PEDRO GONÇALVES⁽⁸⁰⁾ e MÁRIO AROSO DE ALMEIDA⁽⁸¹⁾, em que o primeiro,

(79) A generalidade dos arestos supra citados na Parte II dizem respeito a pedidos de anulação ou resolução do contrato.

(80) GONÇALVES, PEDRO, “A relação jurídica fundada em contrato administrativo”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 64, julho/agosto de 2007, CEJUR, Braga, pp. 40-41.

(81) ALMEIDA, MÁRIO AROSO DE, *Teoria Geral do Direito Administrativo: temas nucleares*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 306.

ainda a propósito do anteprojeto, também defende que há que distinguir as situações da modificação do contrato por decisão do contraente público, dos casos de alteração imprevista das circunstâncias. Seguimos assim a síntese que PEDRO VAZ MENDES⁽⁸²⁾ faz da posição dos citados autores, que aplaudem a distinção entre os dois fundamentos para a modificação do contrato, e que passamos a citar: “na verdade uma coisa é a modificação unilateral imposta pelo contraente público, que, do ponto de vista do cocontratante, implicará, em princípio, a reposição do equilíbrio financeiro do contrato [...]. Nesta hipótese, há uma sucessão lógica dos seguintes momentos:

- i)* consideração, pelo contraente público, de um facto de interesse público que, na sua ótica, recomenda uma modificação;
- ii)* imposição da modificação de cláusulas contratuais;
- iii)* reposição do equilíbrio financeiro do contrato, em benefício do cocontratante (na medida em que não suporte qualquer risco de modificação).

Diferente apresentação a modificação por alteração das circunstâncias; neste caso a sucessão é a seguinte:

- i)* alteração anormal e imprevisível das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar;
- ii)* pretensão no sentido da modificação, a qual se traduzirá, em regra, numa alteração das cláusulas financeiras, segundo critérios de equidade”.

Não discordamos da necessidade da distinção entre as diferentes causas ou fundamentos da modificação dos contratos públicos, assim como os “momentos” a que se refere a doutrina citada e a sua sucessão lógica, até porque uns dependem de facto voluntários, enquanto outros dependem de circunstâncias imprevistas. Outrossim, discordamos que aos factos imputáveis ao contraente

⁽⁸²⁾ MENDES, PEDRO VAZ, *ob. cit.*, p. 136.

público, ainda que sejam alterações das circunstâncias, a modificação do contrato seja remetida para a figura da reposição do equilíbrio financeiro do contrato, enquanto no caso de alteração imprevisível das circunstâncias, a mesma remete para uma alteração das cláusulas financeiras do contrato ou uma compensação segundo juízos de equidade. Nem tão pouco alcançamos a distinção entre uma e outra, na medida em que a reposição do equilíbrio financeiro do contrato, por um lado pode passar por uma prorrogação do prazo ou outras modificações objetivas, mas também, na generalidade dos casos por uma compensação financeira, muitas das vezes já após a execução do contrato⁽⁸³⁾.

A questão precedente não se apresenta pacífica na doutrina nacional, havendo quem, à semelhança dos supracitados autores, defenda que no caso de alteração imprevisível das circunstâncias não haverá lugar à reposição do equilíbrio financeiro do contrato. Neste sentido, LUÍSA GABRIELA MONTEIRO DA SILVA⁽⁸⁴⁾ defende que o legislador quis claramente consagrar a distinção entre os factos imputáveis ao contraente público, daqueles que são imprevisíveis, sendo que esta autora ainda faz a distinção entre caso de força maior e facto imprevisto, para sustentar a impossibilidade de (continuação do) cumprimento do contrato, no primeiro caso, e a modificação do contrato, no segundo. Em sentido contrário, LINO TORGAL⁽⁸⁵⁾ sus-

⁽⁸³⁾ No sentido da condenação de uma indemnização como forma de reposição do equilíbrio financeiro do contrato, por facto imputável ao contraente público *vide*: Ac. TCAN de 15-05-2014, relator Des. Antero Pires Salvador, Proc.º 0549/12.2BEAVR, cujo sumário da autoria do relator transcrevemos: “Um cocontratante tem direito à reposição do equilíbrio financeiro do contrato, quando o facto invocado como fundamento desse direito altere os pressupostos nos quais determinou o valor das prestações e desde que o contratante público conhecesse ou não devesse ignorar esses pressupostos. 2. A recorrente, como adjudicatária, como pressuposto para o direito à reposição do equilíbrio financeiro do contrato, tem direito ao custo acrescido com a manutenção do estaleiro da obra, no período de suspensão da mesma, por facto imputável apenas à contraparte, dono da obra, pois que, por via da suspensão, se alterou o valor dos custos constantes da sua proposta, sendo certo que o dono da obra não poderia ignorar estes pressupostos”.

⁽⁸⁴⁾ SILVA, LUÍSA GABRIELA MONTEIRO DA, *A reposição do equilíbrio financeiro nos contratos administrativos — em especial, no contrato de empreitada de obras públicas*, tese de mestrado inédita, Lisboa: Escola de Direito da Universidade Católica Portuguesa, 2013, pp. 21-27.

⁽⁸⁵⁾ TORGAL, LINO, “A empreitada de obras públicas no Código dos Contratos

tenta que tratando-se de um caso de força maior, alheio à vontade das partes, que impossibilite absolutamente a execução do mesmo (embora não a título definitivo) assiste ao cocontratante o direito à reposição do equilíbrio financeiro do contrato. Mais longe, e no sentido da nossa posição, nomeamos ALEXANDRA LEITÃO⁽⁸⁶⁾ que entende que a redação do n.º 2 do art. 314.º, ao referir “modificação ou compensação segundo a equidade”, está a indicar que no caso de se optar pela modificação “ela própria é uma forma de reposição do equilíbrio financeiro do contrato”.

Do mesmo passo a doutrina que acompanha o legislador (cf. art. 314.º, n.º 2 do CCP), que advoga a distinção de regimes de compensação consoante a modificação do contrato tenha por base um facto imputável ao contraente público, ou consoante ocorra uma alteração imprevisível das circunstâncias, centra-se na questão a montante — nos fundamentos —, descurando o que mais importa para a tutela do cocontratante, ou seja, o modo de reposição do equilíbrio financeiro do contrato⁽⁸⁷⁾, e não explicando como se distingue a jusante, a compensação com base na equidade da compensação para reposição do equilíbrio financeiro do contrato. Poderia colocar-se a questão de saber se o disposto no n.º 2 do art. 282.º do CCP entraria em contradição com a conjugação do disposto no art. 312.º, al. a) do CCP. Salvo melhor opinião, parece-nos que não, aliás, é mais evidente que a formulação do n.º 2 do art. 282.º — reposição do equilíbrio financeiro do contrato — conflituaria com a al. b) do citado art. 312.º, do que com a al. a) do mesmo preceito. Para suportar o que referimos, o Ac. TCAN de 15-05-2014⁽⁸⁸⁾:

Públicos — breve nota sobre algumas das principais novidades”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, CEJUR, Braga, n.º 64, julho-agosto de 2007.

⁽⁸⁶⁾ LEITÃO, ALEXANDRA, “O tempo e a alteração das circunstâncias”, intervenção apresentada no âmbito do V Encontro de Professores de Direito Público, subordinado ao tema “O Tempo e o Direito Público”, realizado a 27 e 28 de janeiro de 2012, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

⁽⁸⁷⁾ Sendo de notar que GONÇALVES, PEDRO, in “A relação jurídica fundada em contrato administrativo”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 64, julho/agosto de 2007, CEJUR, Braga, p. 41, inclusivamente refere que a modificação dos contratos dar-se-á essencialmente ao nível das cláusulas financeiras. Pelo que nos questionamos, uma vez mais, se não estamos perante uma reposição do equilíbrio financeiro do contrato.

⁽⁸⁸⁾ Para uma clara e sintética explicação dos pressupostos do instituto da reposi-

“O mecanismo da reposição do equilíbrio financeiro está originariamente pensado para os casos em que o co-contratante, mercê da sua situação de sujeição aos poderes conformadores do contraente público, vê a sua esfera contratual financeiramente afectada.

Mas mais importante que o mecanismo legal em si é a sua *ratio*, que tem que ver sobretudo com todas as variações no equilíbrio financeiro de que contrato pode padecer ao longo da sua existência, as quais devem ser debeladas, de molde a saná-las.

Cf., ainda e a este propósito, FREITAS DO AMARAL, *in* “Curso de Direito Administrativo”, Vol. II, pp. 617 e ss., JORGE ANDRADE DA SILVA, *in* “Código dos Contratos Públicos, Comentado e Anotado”, 2.^a ed., pp. 626 e ss. e ainda MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, *in* “Direito Administrativo”, p. 705.

Assim, sufragamos a posição de que no caso de modificação do contrato por alteração imprevisível das circunstâncias por facto não imputável a nenhum dos contraentes, nos termos da al. *a*) do art. 312.º do CCP, a compensação a que se refere o n.º 2 do art. 314.º do mesmo diploma não pode ser outra que não por via da reposição financeira do contrato, qualquer que seja a modalidade que esta possa revestir.

IV. Conclusões

Ao propormo-nos a estudar a interação entre o direito privado e o direito público em matéria de alteração — anormal ou imprevisível⁽⁸⁹⁾ — das circunstâncias, partimos do princípio, aliás enunciado na introdução, de que iríamos encontrar uma maior permissividade na modificação dos contratos públicos do que na dos

ção do equilíbrio financeiro do contrato, com a análise do direito positivado e doutrina, Ac. TCAN, de 15-05-2014, relator Des. Antero Pires Salvador, Proc.º 00549/12.2BEAVR, *in* <www.dgsi.pt>.

⁽⁸⁹⁾ Consoante estejamos, respetivamente, na esfera da doutrina privatística ou juspublicista.

privados, arreigados ao princípio *pacta sunt servanda* consagrado no art. 406.º do CC. E se de facto é notória a flexibilidade dos contratos públicos à modificação objetiva, fundamentada em razões de interesse público e vertida em atos administrativos concretos do contraente público, ou até mesma pela sua própria natureza — *maxime* — nos contratos de empreitadas de obras públicas, o mesmo já não se poderá dizer no que toca à alteração das circunstâncias.

Desde logo, é de notar que a maior das “interações” entre o direito privado e o direito público resulta nas formulações do art. 437.º, n.º 1, do CC e 312.º, al. *a*), do CCP⁽⁹⁰⁾, cujo elemento literal, no que concerne aos pressupostos⁽⁹¹⁾, é exatamente idêntico. Contudo, não seria nesta matéria, nas soluções positivadas “em letra de lei”, que gostaríamos de ver a maior proximidade. Na verdade, sabemos que ambos os preceitos tiveram origem em conceções diametralmente opostas, não só quanto à própria doutrina dos contratos, mas sobretudo no fundamento da alteração das circunstâncias. Tendo o art. 437.º, CC, sido fruto da influência do direito alemão e consagrando a velha *cláusula rebus sic stantibus*, e, por seu turno, o art. 312.º, al. *a*), do CCP tido origem na doutrina francesa da imprevisão, causa-nos estranheza que se tenha consagrado a mesma formulação e, sobretudo, que do mesmo texto (ainda que vertido em normas e diplomas distintos) a doutrina privatística e publicista extraíam conclusões distintas, senão mesmo opostas, pelo menos no que concerne à definição subjetivista ou objetivista da “base do negócio”.

Do mesmo passo, se criticamos as doutrinas subjetivistas germânicas, e a solução plasmada no Código Civil de 1966, pelo seu fundamento no princípio da boa-fé, quer enquanto fundamento do instituto, quer enquanto elemento integrador e definidor da base do negócio. Porquanto, como se referiu, a boa-fé é um instituto ati-

⁽⁹⁰⁾ Recorde-se que cerca de meio século mais tarde (CC — 1966; CCP — 2008).

⁽⁹¹⁾ Dizemos quanto aos pressupostos, na medida em que o art. 437.º do CC permite a resolução do contrato, enquanto o art. 312.º, al. *a*), do CCP apenas diz respeito à modificação, remetendo para outra norma a possibilidade de resolução com os mesmos fundamentos.

nente à conduta das partes e já não às condições objetivas das prestações (execução do contrato, na terminologia dos contratos públicos). Por maioria de razão temos que o fazer no que toca à doutrina publicista, na medida em que a lógica dos contratos administrativos enquanto geradores de uma relação jurídico-administrativa, logo dotada de autoridade, não sendo contrária à boa-fé, não será certamente neste instituto que irá encontrar uma das principais características dos contratos públicos. Sendo certo que o princípio da boa-fé está constitucionalmente consagrado como um dos princípios informadores da atividade administrativa, com consagração nos principais diplomas (designadamente o CPA e o CPP), o direito administrativo, e em particular o direito dos contratos públicos, dispõe de muitos outros institutos para fundamentar e aferir da alteração das circunstâncias.

Enquanto a autonomia da vontade é essencial para os contratos privados, com o corolário do princípio da liberdade contratual, sendo a base do negócio formada com base na vontade das partes, elaborada ao longo de negociações, com propostas, contrapropostas e outras manifestações da vontade⁽⁹²⁾, já na contratação pública são reduzidos os elementos volitivos da autonomia da vontade que possam estar na base da formação da base do negócio, muito menos onde a boa-fé seja determinante. Na verdade, o contraente público manifesta a sua vontade de contratar mediante um caderno de encargos que é elemento conformador (e essencial do procedimento). A autonomia da vontade do contraente privado cinge-se a aceitar, ou não, o modo de execução do contrato, cabendo-lhe apenas definir os elementos sujeitos à concorrência. Por outro lado, a lei prevê os mecanismos procedimentais para que se removam as dúvidas quanto ao modo de execução do contrato, pelo que a base do negócio é claramente objetiva e arredia a qualquer manifestação da boa-fé, que não um princípio supletivo⁽⁹³⁾ da conduta das partes.

(92) Salvo se estivermos perante contratos de adesão. Sobre os contratos de adesão vide: MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO, “O novo regime jurídico dos contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 62, 2002, pp. 111-142.

(93) Saliente-se que com *supletivo* não se quer significar sem importância, antes pelo contrário, não ousamos retirar a importância do princípio da boa-fé enquanto confor-

Uma última conclusão prende-se com a crítica à solução do n.º 2 do art. 314.º do CCP, que, perante uma alteração das circunstâncias não imputável a nenhuma das partes, remete para a compensação segundo a equidade e afasta a aplicação da reposição do equilíbrio financeiro do contrato. Como se referiu, sustentamos que há lugar ao reequilíbrio financeiro do contrato nestas situações e na interação entre direito privado e direito público. Gostaríamos, assim, de ver o instituto da reposição do equilíbrio financeiro do contrato como uma forma de modificação objetiva dos contratos privados, entendendo que em nada bule com os princípios do direito dos contratos privados, desde logo o da boa-fé, deixando de ser uma figura exclusiva da tutela do cocontratante nos contratos públicos.

mador da conduta das partes nas diversas relações jurídicas, sejam elas públicas ou privadas, até diríamos supranacionais e interestaduais. Queremos apenas significar que, para o objeto do presente estudo — modificação do contrato com base na alteração das circunstâncias — quer no direito privado, mas sobretudo no direito dos contratos públicos, existem institutos jurídicos mais próximos e adequados a resolver a questão em concreto.

BJR: BREVÍSSIMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A SUA OPERACIONALIDADE TÉCNICA

Por Ricardo Alexandre Cardoso Rodrigues(*)
João Luz Soares(**)

SUMÁRIO:

Preliminares. I. Do passado para um (novo) futuro? 1. O Decreto-Lei n.º 76-A/2006 dez anos depois: nos meandros d'afamada (re)volução. **2.** Corporate Governance em Portugal: dos novos desafios. **II. Dos deveres de administração. 1.** A nova redação do art. 64.º do CSC e os deveres de administração. **2.** Os deveres de cuidado [art. 64.º, número 1, alínea a)]. **3.** O dever de lealdade [art. 64.º, número 1, alínea b)]. **III. A Business Judgment Rule. 1.** Antecedentes, características gerais e pressupostos de aplicabilidade. **2.** O art. 72.º, n.ºs 1 e 2: a articulação entre ilicitude e culpa. **IV. Conclusões: entre pistas e reflexões.**

Resumo

O presente estudo parte das necessidades típicas da fenomenologia económico-financeira e empresarial hodierna, nas suas principais projeções e

(*) Mestre em Direito. Doutorando-Associado do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

(**) Mestre em Direito e Advogado — RSA — Raposo Subtil e Associados, RL. Pós-graduado em Direito do Trabalho e em Direito da Banca, Bolsa e Seguros. Pós-graduado em Corporate Governance.

implicações, sobretudo enquanto mecanismo-instrumento propulsor de novas políticas de boa governança. É traçado, a título introdutório, um sobrevoar entre o passado e o futuro, com particular consideração para o Decreto-Lei n.º 76-A/2006 e especial enfoque para os novos desafios e a evolução do *Corporate Governance* em Portugal. Seguidamente, uma análise sobre os deveres de administração, com ênfase sobre a nova redação do art. 64.º do CSC, os deveres de cuidado e os deveres de lealdade. Finalmente é laborado, com profundidade seletiva, o *core* estruturante a estudo, a BJR, em particular, as características definidoras e distintivas da génese, evolução, implementação e respetiva configuração e operacionalidade *ius* normativa.

Palavras-Chave: *Corporate Governance; Business Judgment Rule; Mercado; Banca; Bolsa; Seguros*

Abstract: *The present study starts from the typical needs of modern economic-financial and business phenomenology, in its main projections and implications, mainly as a mechanism-instrument that propels new policies of good governance. It's traced, as the introductory part, a path between the past and the future, with particular regard to Decree-Law no. 76-A/2006 and a special focus on the new challenges and the evolution of Corporate Governance in Portugal. Next, an analysis of the duties of administration, with emphasis on the new wording of article 64 of the CSC (Portuguese Commercial Companies Code), the duties of care and the duties of loyalty. Finally, the core structure of the BJR, in particular, the defining and distinguishing characteristics of the genesis, evolution, implementation and respective configuration and ius normative operability, is worked with selective depth.*

Key Words: *Corporate Governance; Business Judgment Rule; Market; Banking; Bag; Insurance.*

Preliminares

A *Business Judgment Rule* (BJR) configura uma realidade *iuridica* (instituto) — uma figura jurídica, uma fórmula-critério-regra de ordem, um instrumento-mecanismo normativo de “estabilização” — de origem (desenho-linha) Norte Americana (EUA) e radical *iurisprudencial*⁽¹⁾, bem intitulado como fiel-garante da boa eficiência governativa das empresas (*pro good governance*), incide diretamente sobre as margens de liberdade da gestão-administração (campos de discricionariedade), consistindo num (novo) esquema de controlo operativo (*in progress*), baseado no princípio-presunção da boa regularidade da gestão-gerência-administração (segundo toda a principiologia e panóplia de densificações no plano dos deveres, *ex maxime, bona fides*, diligência, cuidado, zelo e lealdade), sob a égide do qual se presume, também, a idoneidade do conhecimento (ilidível em caso de “*gross negligence*”), que opera, *in situ*, como sistema de dupla *blindagem* (*círculo de imuni-*

(1) Caso *Percy vs. Millaudon* de 1829, da Suprema Corte do Louisiana. Fórmula: “[i]t is no doubt true that if the business to be transacted presupposes the exercise of a particular kind of knowledge, a person who would accept the office of mandatory, totally ignorant of the subject, could not excuse himself on the ground that he discharged his trust with fidelity and care... But when the person who was appointed attorney-in-fact, has the qualifications necessary for the discharge of the ordinary duties of the trust imposed, we are of opinion that on the occurrence of difficulties, in the exercise of it, which offer only a choice of measures, the adoption of a course from which loss ensues cannot make the agent responsible, if the error was one into which a prudent man might have fallen. The contrary doctrine seems to us to suppose the possession, and require the exercise of perfect wisdom in fallible beings. No man would undertake to render a service to another on such severe conditions. The reason given for the rule, namely, that if the mandatory had not accepted the office, a person capable of discharging the duty correctly would have been found, is quite unsatisfactory. The person who would have accepted, no matter who he might be, must have shared in common with him who did the imperfections of our nature, and consequently must be presumed just as liable to have mistaken the correct course. The test of responsibility, therefore, should be, not the certainty of wisdom in others, but the possession of ordinary knowledge; and by showing that the error of the agent is of so gross a kind that a man of common sense, and ordinary attention, would not have fallen into it. The rule which fixes responsibility, because men of unerring sagacity are supposed to exist, and would have been found by the principal, appears to us essentially erroneous.” ARSHT, A. SAMUEL, “*The Business Judgment Rule Revisited*”, *Hofstra Law Review*, Vol. 8, N.º 1, art. 6.º (1979). Fórmula similar podemos encontrar no caso *Godbold vs. Branch Bank*, de 1847, da Suprema Corte de Alabama. *Ibidem*.

dade), uma de natureza endogénica, bloqueador da intromissão-interferência organizacional-societária, e outra de natureza exogénica, impedindo qualquer intromissão-interferência de natureza judiciária⁽²⁾.

As balizas concetuais nutrem-se de dois postulados: os gerentes-administradores são seres humanos com os seus defeitos e virtudes, falíveis na sua natureza, por efeito, incapazes de agradecer, a todo o tempo, de modo integral e uniforme, a todos os acionistas⁽³⁾; a necessidade de garantir e fomentar a economia empresarial e judicial, impedindo que toda e qualquer transação esteja sujeita a revisões, e a pedido de um qualquer acionista em desacordo⁽⁴⁾.

Segundo esta base de sustentação, a responsabilização não se consoma pela existência, efetiva, de dano, exigindo-se a prova de desvio de conduta (incompatibilidade com a figura do Homem mediamente diligente-cuidadoso).

Bastará, noutros termos, para tornar intangível certa decisão empresarial (e, por efeito, os seus autores isentos de responsabilidade), que o gerente-administrador seja leal ao escopo empresarial, aja de boa fé e com a devida diligência e cuidado (obrigação de meios — estamos, pois, no plano das intenções).

O instituto *Business Judgment Rule* (BJR) procura, assim, responder às crescentes necessidades hodiernas de eficiência económica e financeira (*good governance*), nos setores público e privado. Propugnam-se formas de supervisão e controlo verdadeiramente eficientes (cumpram os desideratos preventivos e corretivos) catalisadores do dinamismo empresarial (limitadas ao necessário).

Em causa estão também questões de natureza ética e de responsabilidade na governança pública e privada, que se deseja cada vez mais aberta, transparente, energética e motivada.

⁽²⁾ A tendência evolutiva e a falta de uniformidade não são isentas de críticas. Cf. *ibidem*.

⁽³⁾ Notar que o senso de justiça não parece sustentar um nível de exigência além do aplicável ao cidadão comum. Por outro lado poderia constituir aspeto fatalmente dissuasor.

⁽⁴⁾ *Ibidem*.

O presente tema transporta-nos para diversas problemáticas da fenomenologia empresarial, económica e financeira, a que os legisladores não poderão ser-estar insensíveis (apesar de não acolhermos a ultra-reatividade, mas antes a reatividade moderada ou, melhor, a proatividade), designadamente, aos níveis reais e potenciais de afetação do conceito relacional da *fides* (nas suas particularidades genéticas), base e capital de confiança (conceito interrelacional) indispensável às coerência e estabilidade das relações estabelecidas na orgânica empresarial e na reações externas à estrutura organizacional; em termos particulares, nas relações internas, as dinâmicas de poder intra empresarial, nas relações externas, a responsabilidade civil obrigacional e extra obrigacional com relação a terceiros direta e indiretamente interessados. Permite-nos, também, integrar temas tão díspares quão os fenómenos da criminalidade e quase criminalidade, as crises de setor, os respetivos impactos sociais, económicos e financeiros (com tradução em retratos de crises na economia real) e os limites à responsabilização dos agentes e os (não) limites à responsabilização dos agentes (espectro base de realidades e problemáticas tão vivo, quão presente).

Por todo o exposto, a densificação crítica e respetiva definição ético-normativo-dogmática do instituto *Business Judgment Rule* (BJR), no quadro *ius* dogmático nacional, enquanto pedra de toque da atuação dos gerentes-administradores, parece-nos verdadeiramente proveitosa e necessária. Debrucemo-nos, ora, sobre a sua análise.

I. Do passado para um (novo) futuro?

1. O Decreto-Lei n.º 76-A/2006 dez anos depois: nos meandros d'afamada (re)volução

O Decreto-Lei n.º 76-A/2006⁽⁵⁾, “nascido” na efeméride de celebração do vigésimo aniversário da aprovação do Código das Sociedades Comerciais, acaba por ter um peso histórico inegável. Sobretudo porque urge saber se da panóplia do esforço que “envolveu alterações a 206 artigos e introduziu 26 novos artigos”⁽⁶⁾, terá nascido, ou não, algum movimento reformador profundo, ou apenas pequenas alterações que não nos permitam falar, com propriedade, em mudança efetiva de quadro-plano. PAULO CÂMARA considera que “[a] republicação do Código das Sociedades Comerciais em anexo ao DL n.º 76-A/2006, de 29 de Março, permite confirmar a magnitude das novidades trazidas por este diploma. Por esse motivo, dir-se-á ser adequado falar em reforma, e não apenas em revisão do Código das Sociedades Comerciais”⁽⁷⁾. No entanto, como o próprio Autor indica, a dita reforma revela um âmbito estrito ou limitado, isto, apesar de, reflexamente, *ter tocado em múltiplos* “tópicos da disciplina das sociedades comerciais, a modificação da disciplina societária não abraçou todo o Código, tendo sido centrada em duas principais vertentes; o governo das sociedades e a simplificação formal e processual dos atos societários”⁽⁸⁾. Convém, perante esta análise, e até para se (a)perceber quais foram, então, essas mudanças, explanar brevemente o seu conteúdo.

⁽⁵⁾ Que “[a]tualiza e flexibiliza os modelos de governo das sociedades anónimas, adopta medidas de simplificação e eliminação de atos e procedimentos notariais e registrais e aprova o novo regime jurídico da dissolução e da liquidação de entidades comerciais”.

⁽⁶⁾ CÂMARA, PAULO, “O Governo das Sociedades e a Reforma do Código das Sociedades Comerciais”, in *Código das Sociedades Comerciais e Governo das Sociedades*. Coimbra: Edições Almedina, S.A., 2008, p. 10.

⁽⁷⁾ *Ibidem*.

⁽⁸⁾ *Ibidem*.

Com esse escopo, porém, sempre teremos que introduzir um pequeno parêntesis inicial. Como referido na argumentária propugnada por PAULO CÂMARA, e na mobilização de um tema que nos é particularmente caro, o exame da validade do esforço delineado pelo *supra* referido Decreto-Lei passa pelas sementes que lhe deram origem. De facto, e depois de alguns dos maiores escândalos económicos⁽⁹⁾ dos últimos anos, os movimentos legislativos internacionais acabam na maior parte das vezes por constituir um movimento de reação àqueles episódios, numa tentativa desesperada de conter uma onda que, por vezes, os submerge⁽¹⁰⁾ (fenómenos de produção legal conjuntural-reativa). Logra invocar, a este nível, “que as etapas decisivas da evolução do tratamento legislativo do governo das sociedades constroem-se o mais das vezes em reação a escândalos societários — ou seja, a episódios reveladores de patologias causadoras de elevada danosidade e por isso fundadoras de dúvidas sobre o acerto das soluções legislativas historicamente vigentes”⁽¹¹⁾ (levantando-se, também, questões de validade e legitimidade normativas). Concordamos com esta linha de visão do autor (apesar de acolhermos uma solução diversa). Sobretudo porque nela insta intrinsecamente um possível posicionamento legislativo diferenciado. Isto é, existe sempre a possibilidade de uma determinada abordagem legislativa assente numa resolução (apenas) conjuntural de determinadas questões, sem a consideração prospetiva da (necessidade de uma) resolução estrutural dos problemas. Daí que, de facto, *hard cases do make bad law*.

⁽⁹⁾ Refiram-se os episódios *Enron*, *Worldcom*, *Parmalat*, *inter alia*.

⁽¹⁰⁾ Os exemplos mais paradigmáticos deste tipo de reação vem do sistema jurídico norte-americano. O *Public Company Accounting Reform and Investor Protection Act (Sarbanes-Oxley Act)* é disso exemplo. Se as críticas a este diploma se referem, por um lado, à rapidez com que foi aprovado, e por outro lado, a uma vertente rígida de abordagem e resolução dos problemas (com as consequentes críticas de PAULO CÂMARA a referir que este diploma tinha claras deficiências: *i*) severidade e monolitismo; *ii*) intervencionismo excessivo; *iii*) unilateralismo; *iv*) controlos internos e julgados desproporcionados em função dos benefícios atingidos; *v*) quadro sancionatório demasiado severo; *vi*) repercutiu-se numa diminuição acentuada das entradas em bolsa (cf. CÂMARA, PAULO, *ob. cit.*, p. 14).

⁽¹¹⁾ Cf. CÂMARA, PAULO, *ob. cit.*, p. 12-13.

Diferentemente⁽¹²⁾ a Comissão Europeia tem apostado numa sistematização contínua, mas gradual, de aproximação cautelosa à origem dos problemas (e não tanto ao momento de explosão neste ou naquele escândalo económico!). Partindo do Relatório Winter II (*High Level Group of Company Law Experts, A Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe*, de 2002), assim como de planos concertados de atuação para o patamar do direito das sociedades, o esforço desaguou na Diretiva n.º 2006/43/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de Maio de 2006. E foi esta Diretiva que acabou por exigir que a legislação comercial portuguesa tivesse, paulatinamente, que se adaptar. Mas esse esforço tem sido complementado por outros esforços legislativos (com destaque para os planos ou dimensões *soft law* ou *droit doux*) que é *mister* sumariamente referenciar. O Livro Verde⁽¹³⁾ (2011) sobre o Governo das Sociedades, já reunia um conjunto de propostas de identificação e superação dos principais temas societários. Todavia, essas acabaram por desaguar, também, na Proposta de Plano de Ação sobre Direito das Sociedades de 2012 (*“European Commission, Action Plan: European company law and corporate governance — a modern legal framework for more engaged shareholders and sustainable companies”*). Como refere PAULO CÂMARA, sobram algumas diretrizes principais que se relacionam com *i*) o envolvimento dos acionistas, *ii*) o reforço da transparência, *iii*) o

(12) Vide CÂMARA, PAULO, *ob. cit.*, p. 15.

(13) Refere o Livro Verde, na sua introdução, que “[a] amplitude da crise financeira desencadeada pela falência do banco *Lehman Brothers* no Outono de 2008, associada à titularização abusiva da dívida hipotecária americana (o chamado «crédito subprime»), suscitou dúvidas nas autoridades públicas de todo o mundo quanto à solidez efetiva das instituições financeiras e à adequação do seu sistema de regulação e supervisão face à inovação financeira num mundo globalizado (...) há que concluir que, em muitos casos, nem os conselhos de administração nem os supervisores compreenderam a natureza e a dimensão dos riscos que enfrentavam. Os acionistas nem sempre desempenharam corretamente o seu papel enquanto proprietários das empresas. Embora o governo das sociedades não seja diretamente responsável pela crise, a ausência de mecanismos de controlo eficazes contribuiu, em larga medida, para que as instituições financeiras assumissem riscos excessivos. Esta constatação generalizada é tanto mais preocupante quando se consideram as inúmeras virtudes que nos últimos anos têm sido apontadas ao governo das sociedades enquanto modo de regulação da vida das empresas. Logo, o regime de governo das sociedades das instituições financeiras era inadequado ou não foi corretamente aplicado”.

desenvolvimento das condições de operações transfronteiriças e iv) promoção da codificação do designado Código Europeu das Sociedades Comerciais⁽¹⁴⁾, mantêm-se ainda atuais. Até porque convém lembrar que aqui existe um claro *paradigm-shift* parcial que se traduz na assunção de maior transformações no âmbito no âmbito das instituições financeiras do que, propriamente, no âmbito das sociedades cotadas⁽¹⁵⁾. No entanto, podemos falar aqui num certo patamar de amadurecimento mas, sobretudo, endurecimento das soluções legislativas adotadas com uma conseqüente diminuição do espaço de atuação do próprio legislador nacional⁽¹⁶⁾.

Sem prejuízo do papel importante das recomendações preparatórias, nomeadamente da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (CMVM), a verdade é que o primeiro grande passo, em especial no processo de trespasse das ideias fundamentais do *Corporate Governance*, foi dado pelo Livro Branco sobre *Corporate Governance*⁽¹⁷⁾. Mas como refere PAULO CÂMARA⁽¹⁸⁾, e bem,

(14) Cf. CÂMARA, PAULO, “A Corporate Governance de 2013 a 2023: desafios e objectivos”, In *A Emergência e o Futuro de Corporate Governance em Portugal (Volume comemorativo do X Aniversário do Instituto Português de Corporate Governance)*. Coimbra: Edições Almedina, S.A., 2013, p. 148.

(15) Vide, as recomendações sobre remunerações de instituições financeiras (2009/384/CE), a alteração à Diretiva sobre Fundos Próprios (Diretiva 76/2010/UE), a Diretiva sobre Fundos Alternativos (Diretiva 61/2001/UE e Regulamento UE 231/2012), *inter alia*.

(16) Cf. CÂMARA, PAULO, *ob. cit.*, p. 149: “Esta modificação de enfoque regulatório tem trazido também um considerável endurecimento legislativo nas soluções adotadas e a redução do âmbito das recomendações de *soft law* que conquistaram popularidade na década de 1990. Assim, à medida que progride a harmonização europeia sobre governo das sociedades, torna-se mais comprimido o espaço do legislador nacional. Como consequência, a matriz europeia no enquadramento regulatório será cada vez mais forte, e as especificidades domésticas serão correlativamente menores”.

(17) Como se refere na introdução, “[p]or um lado, os autores pretenderam fazer dele um instrumento pedagógico de divulgação da problemática da *corporate governance* e de assuntos diversos com ela relacionados. Por outro lado, abrangia igualmente a enumeração e a descrição de um conjunto alargado de vetores de evolução desejável. Por outras palavras, além do levantamento da situação que se verificava, pretendia-se contribuir para o incremento da sensibilidade dos agentes económicos para esta problemática e desejava-se apontar um conjunto de práticas que viriam a contribuir para o aumento da eficiência dos mecanismos de *corporate governance* das empresas portuguesas” — cf. SANTOS SILVA, ARTUR, *et. al* — *Livro Branco sobre Corporate Governance em Portugal*. Lisboa: Instituto Português do Corporate Governance, 2006, p. 3.

(18) Vide CÂMARA, PAULO, *ob. cit.* (2008), p. 17.

em Portugal o esforço de articulação entre estas e outras normas de carácter regulamentar e recomendatório assumem sempre natureza complementar relativamente ao *core* essencial que é constituído pelo Código das Sociedades Comerciais. Isto faz com que, efetivamente, se possa falar numa sedimentação de fontes (“*bottom up*”). E esta estratégia de progressão hierárquica normativa⁽¹⁹⁾ permite que o fenómeno de modernização e evolução se faça de uma forma mais normalizada, acompanhando, também ele, a evolução do tecido societário em Portugal. Isto é, resistindo à urgência de reagir *automaticamente* aos escândalos mediatizados, e, por outro lado, à tentação de importar soluções de outros ordenamentos jurídicos, sem realizar o correlato esforço de transposição-adaptação ao nosso ordenamento jurídico. Talvez por respeitar o legado histórico do patamar jurídico português das sociedades comerciais, assumindo, sem receios, a existência de um ADN legislativo nesta matéria, que “esta trajetória permitiu amadurecer soluções normativas, em níveis infra legislativos, antes da sua consagração legislativa.” Um patamar de nível recomendatório servirá, pois, e em múltiplos aspetos, como laboratório para a intervenção *ius* normativa”⁽²⁰⁾.

E quais foram, de forma sucinta (atento o âmbito do presente estudo), os principais pontos dessa reforma?:

- a. Respeito pelo ADN societário nacional, como mencionado, pela consideração das especificidades do sistema societário português;
- b. *One size doesn't fit all*, isto é, adotou-se uma consideração diferenciada dos vários tipos de sociedade. Como refere PAULO CÂMARA⁽²¹⁾, essa revisão faz-se através de quatro círculos concêntricos de normatividade:
 - i. *regras gerais, transversais a todas as sociedades comerciais (arts. 64.º e 72.º CSC);*

⁽¹⁹⁾ *Ibidem*.

⁽²⁰⁾ *Ibidem*.

⁽²¹⁾ *Vide* CÂMARA, PAULO, *ob. cit.* p. 21.

- ii. *regras atinentes às sociedades anónimas (v.g. arts. 278.º, 288.º-291.º, 381.º, 384.º, 392.º, 398.º);*
 - iii. *regras dirigidas às sociedades emitentes de valores mobiliários negociados em mercado regulamentado (arts. 374.º-A, 396.º, n.º 3, 414.º, n.º 4, 423.º-B, n.º 4, 444.º, n.ºs 2 a 5);*
 - iv. *regras dirigidas às sociedades emitentes de ações negociadas em mercado regulamentado (arts. 423.º-B, n.º 5, 444.º, n.º 6, 446.º-A)⁽²²⁾.*
- c. Ampliação da autonomia estatutária, através da,
- i. *permissão de número par de titulares dos órgãos sociais (arts. 395.º, n.º 3, 414-B, n.º 2);*
 - ii. *novos regimes nos modelos de governo (arts. 423.º-B a 423.º-H);*
 - iii. *novas tecnologias estão dependentes das escolhas das sociedades (arts. 288.º, n.º 4, 289.º, n.º 4, 410.º, n.º 8).*
- d. Densificação dos deveres dos titulares dos órgãos sociais (como veremos detalhadamente no ponto seguinte).

Outro dos pontos que mereceu também a atenção do movimento de reforma foi o reforço das funções de fiscalização das sociedades anónimas. Aquela premência de introdução das boas práticas de *corporate governance* acabou também por se notar e identificar neste âmbito. Sumariamente “a reforma do CSC acauteou a instituição de um duplo grau de fiscalização das sociedades e a distribuição das funções de fiscalização por vários órgãos da sociedade (...) bem como a introdução de mecanismos destinados a garantir a idoneidade e independência dos membros dos órgãos de fiscalização”⁽²³⁾.

⁽²²⁾ *Ibidem*.

⁽²³⁾ DIAS, GABRIELA FIGUEIREDO, “Estruturas de Fiscalização de Sociedades e Responsabilidade Civil”, in *Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier: Código das Sociedades Comerciais*. Coimbra: Coimbra Editora, Vol. I, 2007, p. 807.

Aqui chegados, e tendo em conta o hiato de dez anos entretanto passado, e considerando levemente as alterações pontuais que inevitavelmente ocorreram, teremos, ora, que operar uma consideração final sobre o referido normativo. Não havendo dúvidas que o DL 76-A/2006 acabou por requalificar e densificar o panorama do direito societário português, rejeitando-se, desde já, a classificação simplista de mera cosmética legislativa (ou (des)ilusão reformista), a verdade é que, também, não se afirmara (verdadeiramente) como uma revolução.

Concretizando, na esteira de PAULO CÂMARA⁽²⁴⁾, e de modo sintético, naquele tempo, isto é, no período compreendido entre 2006-2007, vivia-se uma conjuntura, que se projetou no tempo, e que apresentava os seguintes vetores fundamentais: *[i]* por uma crescente e ampla esfera de harmonização comunitária; *ii)* correlatamente, por um sentimento de dúvida acerca de processo de harmonização e sobre o seu possível exagero, com consideração e valorização de âmbitos de diferenciação entre os vários regimes societários; *iii)* crescimento das pontes lógicas entre o direito das sociedades anónimas e o direito das sociedades abertas; *iv)* anglo-saxonização do direito das sociedades] e que acabou por se estender pelos anos subsequentes. Mas, já à data, o autor abalizava o seu juízo sobre a “recepção das novidades legislativas pelas sociedades comerciais”⁽²⁵⁾. Assim considerava que a dita reforma tinha *a.* possibilitado a discussão sobre o modelo de governo mais ajustado, *b.* propiciado melhores práticas e condutas de governação, não as garantindo, mas abrindo os passos necessários para a sua evolução (*law matters*), *c.* denotado um atraso fundamental da reflexão sobre governação em sociedades de estrutura fechada.

Tece, ainda, uma última nota que entronca no nosso raciocínio. Diz o autor que uma das questões mais prementes desta reforma relaciona-se com o facto de saber se com este esforço legislativo, e os outros relacionados, não se estará a atingir um derradeiro ciclo de evolução marcado principalmente pelo caminhar

⁽²⁴⁾ Vide CÂMARA, PAULO, *ob. cit.*, p. 134 e ss.

⁽²⁵⁾ Cf. CÂMARA, PAULO, *ob. cit.*, p. 139 e ss.

em direção aos padrões anglo-americanos⁽²⁶⁾ e, sobretudo, por algumas incerteza no espaço de manobra, efetivação e progressão do direito das sociedades (um direito extremamente mutável, fluído, sensível aos fluxos e (im)pulsos económicos, financeiros, políticos e sociais, por isso, um direito *open-ended*). Mas aqui é que reside a imagem forte desta reforma. É que o carácter interrogativo e inconformado desta área do direito, sempre fomentaria a investigação futura e garantiria, *per se*, que as engrenagens de desenvolvimento do direito continuam a funcionar não se atingindo, nunca, um qualquer patamar de fim de ciclo. É que as alterações ao Código, segundo PAULO CÂMARA, e bem, não configuram um ponto de chegada, constituem, antes, e pelo menos, um ponto de partida para novos desenvolvimentos práticos e conceituais no concernente ao governo das sociedades. Esbatendo o alheamento legislativo que, de algum modo, a essa parte, se fazia sentir, a reforma de 2006 instituiu “uma promissora avenida para a reflexão e investigação nesta área”⁽²⁷⁾. Por isso mesmo é que no início deste segmento, ao afastar a mera existência de cosmética legislativa afirmámos que não configuraria simplesmente uma revolução (verdadeira), no sentido de não abarcar aquela nota fundamental. Na verdade, a benignidade desta reforma reside precisamente no facto de constituir um projeto em movimento que não se esgota em si mesmo. Diríamos, como tal, que mais do que um ponto de partida este Decreto-Lei deu, sim, origem a uma revolução temperada, constante, em movimento, estabelecendo sucessivos pontos interrogativos de partida e pontes lógicas de resposta futuras, sempre com o mesmo objetivo: *o aperfeiçoamento do direito societário*.

(26) Refere PAULO CÂMARA que “[a] colocação mais imediata do tema prende-se com as pressões para uma convergência entre legislações societárias, em direção aos padrões anglo-americanos o que — no entender dos autores — implicaria de modo particular os modelos de governação, as regras de informação, as ações indemnizatórias interpostas por acionistas e as ofertas públicas de aquisição. Mas, em termos mais amplos, a interrogação e as ofertas públicas de aquisição. Mas, em termos mais amplos, a interrogação lançada dirige-se ao incerto espaço de progressão que o direito das sociedades denota no momento presente”. *Vide* CÂMARA, PAULO, *ob. cit.*, p. 140 e ss.

(27) *Ibidem*.

2. Corporate Governance em Portugal: dos novos desafios⁽²⁸⁾

Descendo para um patamar mais concreto, qual será então o *iter* a percorrer no nosso País no âmbito do *Corporate Governance*? Os últimos anos têm sido marcados por alguns momentos de evolução positiva (*progressos*) que deixam antever um caminho longo mas, apesar de tudo, profícuo. Num primeiro patamar, com a constituição do *Instituto Português de Corporate Governance*, em 2003, com a constituição do *Governance Lab* (em 2006), com a crescente aposta das próprias autoridades supervisoras na consideração das boas práticas de governança, e com a constituição da *Associação de Empresas Emitentes de Valores Cotados em Mercado*, o presente momento é marcado por uma panóplia de intervenientes com participação tecnicamente qualificada na discussão deste tema. O *primeiro desafio* será, como tal, aproveitar todos estes contributos numa articulação profícua e complementar, isto é, estabelecendo um fio condutor que permita garantir a sua inteligibilidade.

Por outro lado, e como segundo desafio, temos, neste momento dois Códigos de *Corporate Governance* que acabam por dividir, entre si, a nem sempre fácil convivência, principalmente, em termos de perceção de implementação futura. Mas atenção, já em 2008, a CMVM tinha indicado que essa convivência seria possível, ao anunciar que iria conceder espaço para que surgissem outras iniciativas, nomeadamente de carácter privado, para que emergissem outras propostas de códigos, previsão essa que acabou por desaguar na possibilidade expressa que o Código de Governo de Sociedades da CMVM reconhece, aos emitentes, para escolher este ou aquele normativo⁽²⁹⁾. Esta realidade, apesar de especialmente admitida-garantida, acaba por levantar alguns problemas, nomeadamente aquando da prestação anual de informação ao abrigo do art. 245.º-A do Códigos dos Valores Mobiliários (CVM).

Assim,

⁽²⁸⁾ Cf. CÂMARA, PAULO, *ob. cit.*, p. 154 e ss.

⁽²⁹⁾ *Vide* Regulamento n.º 4/2013 da CMVM.

O prolongamento desta situação acaba por fazer com que *haja uma sabotagem implícita a qualquer aplicação futura de só um deles*. É que este dualismo faz claudicar logo *a um nível de inteligibilidade*, isto é, lançando a confusão nos agentes-operadores-investidores e nas empresas que, perante este patamar, sempre terão que escolher um dos normativos. Imaginemos, por exemplo, a situação de uma determinada empresa ter escolhido, durante um período temporal, a aplicação de um dos normativos e, no período temporal subsequente, escolher a vigência de um outro código. Por outro lado, relembremos que mesmo em termos de *eficiência* aquela dupla vigência poderá conduzir a dificuldades crescentes de comparação e avaliação das opções tomadas por cada uma das empresas. Acresce que, tal processo poderá fomentar a designada *race to the bottom*, ou seja, uma concorrência desenfreada entre os dois normativos existentes que acabará por fazer deprimir os índices de boas práticas e os consequentes *standards* regulatórios.

Vistos os desafios, e em consonância com o plano de atuação delineado por PAULO CÂMARA⁽³⁰⁾, indicaremos, ora, alguns acolhidos como essenciais para os próximos anos de evolução do *Corporate Governance* a que introduziremos um cunho, também, próprio:

- a. *Assunção clara do papel dos gerentes-administradores não executivos*⁽³¹⁾ como parte fundamental da organização societária — de facto existe um novo paradigma que liga melhores resultados em termos de boas práticas de governação, a sociedades que assumem o papel de planificação e gestão prospetiva (também) dos gerentes-administradores executivos;

⁽³⁰⁾ Cf. CÂMARA, PAULO, *ob. cit.*, p. 159.

⁽³¹⁾ Como refere ANA TEIXEIRA, “[c]om efeito, há quem diferencie entre os administradores executivos e não executivos, referindo que aos primeiros são exigidos conhecimentos e competências mais especializados. Todavia, somos da opinião de que se um administrador aceita esse cargo deverá ter competência para o exercer e despende o tempo necessário para o efeito. Por via disso, entendemos que, pelo menos, os administradores não executivos deverão manter-se informados e atentos à vida societária, e bem assim, às decisões dos administradores executivos”. Cf. TEIXEIRA, ANA CRISTINA, *Business Judgment Rule — os critérios de racionalidade empresarial em particular*. Dissertação de Mestrado — Universidade Católica Portuguesa do Porto, 2011, p. 9.

- b. *Renovação de instrumentos* — o esforço, seja nesta ou em outra sede, não pode ser *ahistórico* ou descontextualizado da realidade societária envolvente que, devido ao seu grau de imprevisibilidade está, como vimos, em constante mutação. Daí a premência de um processo de constante mobilização do esforço de análise no sentido de identificar novos instrumentos, fórmulas e quadros de aplicação de (também elas novas) práticas-dinâmicas de boas condutas e de governo. Além do que, sempre se terá de apostar no desenvolvimento de um processo centrípeto de divulgação-absorção desses modelos a/por outras zonas do direito societário (onde, *mutatis mutandis*, se possam aplicar).
- c. *Operacionalização do **comply or explain*** — a verdade é que este princípio tem revelado alguns bons indícios de uma prospetiva evolução. Desde logo está previsto nos dois códigos de boa conduta referenciados, o que acaba por comprovar que existe uma especial sensibilidade para esta temática. De facto, e muito mais que a quantidade ou o tipo de veículo de transmissão da informação, importará, sobretudo, atestar a qualidade dessa informação, nomeadamente através de um dever alargado de *explain* que não se cinja a uma mera explicação mas que deduza, desde logo, formas alternativas de resolução das questões.
- d. *Cooperação interinstitucional* — o processo de densificação das práticas de bom governo tem sido laborado-desenvolvido por um caminho longo que, raramente, inclui outras vias ou outros sentidos. É que sendo um patamar multidimensional, até com o encontro das comunidades, quer académicas quer empresariais, parece que a experiência aponta num contributo deficitário do *apport* prático que os atores e intervenientes do mundo empresarial poderiam trazer. É que a passagem de uma abordagem teórica para uma abordagem técnico-prática, com aquele contributo, seria facilmente conseguida;
- e. *A cultura de boas práticas* — isto é, não basta que a adoção dessas técnicas e condutas de boa governança seja,

apenas, um episódio esporádico: consistência é a palavra-chave. E esta só é conseguida através de uma política de mudança de mentalidades que consiga romper os obstáculos e a relutância dos agentes. Pretende-se, obviamente, evitar condutas cosmeticamente aderentes que acabarão por não se repercutir em mudanças estruturais no âmbito do direito societário.

Dentro dos patamares explicitados, gostaríamos, apenas veicular duas pequenas notas. Uma primeira, fundamental, de razão de ordem e que se relaciona intimamente com uma conceção (própria) de abordagem à evolução das temáticas do direito societário. De facto, acreditamos que qualquer ínfima mudança deve estar inserida num patamar e plano maior de desenvolvimento qualitativo. Se como vimos, ou melhor, como fomos vendo, estas temáticas de direito societário costumam ser marcadas por uma constante mutabilidade (realidades *in progress/open-ended*), essa mutabilidade deve ser enquadrada num plano estruturante de evolução. Nesse sentido, e em segundo lugar, quanto à regra do *comply or explain*, propomos, ora, uma evolução concetual ou terminológica, que culmine na alteração da nomenclatura que, como um espelho, sublinha também a necessidade de complementar o preceito existente: *comply or adequately explain*. Assim, a efetivação deste princípio sempre terá que passar num primeiro patamar pela qualidade da informação prestada. A entidade tem que comunicar devidamente que não irá observar um determinado preceito e, concomitantemente propor uma solução alternativa. Mas a simples proposta não bastará tendo que *adequadamente explicar as razões que explicitam essa conduta*, e, de igual modo, explicar por que razão é que essa precisa solução alternativa será qualitativamente superior a uma outra corresponde no determinado no Código de Bom Governo adotado.

Mas esta flexibilidade (flexibilização) que acaba por ser da índole da própria aplicação do *comply or explain* acaba, também, em certa medida, por possibilitar que as sociedades não estejam, *per se*, obrigadas a acatar todas as medidas e diretrizes de um dado código de bom governo, podendo considerar circunstâncias parti-

culares de uma melhor atuação. Mas mesmo nesse âmbito discricionário, as medidas adotadas sempre têm que enquadrar-se num certo patamar de governabilidade societária-empresarial.

Este(s), entre outros, são pequenos passos que podem garantir a adoção daquela cultura de boas práticas que, cremos, será a espinha dorsal de um direito societário que, não virado sobre si próprio, consegue identificar a qualidade e importância de todos os seus agentes e intervenientes.

II. Dos deveres de administração

1. A nova redação do art. 64.º do CSC e os deveres de administração

Se o alcance e a extensão da reforma propugnada pelo DL 76-A/2006 tem sido repetidamente discutido, questionado e posto em causa, acreditamos que a evolução de uma base teórica de discussão para um patamar crítico de avaliação dessas transformações, sempre passaria pela consideração dos pontos de pressão que, naquele âmbito, constituíram as tão anunciadas mudanças capazes de efetuar um *paradigm-shift*.

Na verdade, e tendo em conta os objetivos temáticos relacionados com a *Business Judgment Rule* (BJR), delineamos que esse esforço poderá centrar-se primariamente no art. 64.º do CSC. É que este núcleo de previsão dos deveres de administração dos titulares de órgãos sociais é fundamental na articulação com a previsão e aplicação da BJR. Nas palavras de MANUEL CARNEIRO DA FRADA⁽³²⁾: [c]omo se compreende, o teor, sentido e alcance desta regra só se apura perante o pano de fundo que constituem os deveres dos administradores. Importa, por isso, situar conveniente-

(32) FRADA, MANUEL CARNEIRO DA, *A Business Judgment Rule no quadro dos deveres gerais dos administradores*, p. 1. Disponível em <www.oa.pt>.

mente o tema em referência: considerando e avaliando, para tanto, o impulso reformador que também atingiu a regulação geral dos deveres dos administradores constante do art. 64.º do CSC”. Ou como bem refere NUNO CALAIM LOURENÇO, a solução material plasmada neste preceito legal “implica, pois, a necessária articulação com os deveres que impendem sobre os titulares destes órgãos sociais e que emergem da especial relação de confiança neles depositada pela gestão de interesses patrimoniais alheio da sociedade”⁽³³⁾.

E é aqui que reside o busílis da questão. Qual o âmbito desta esfera correlata de deveres? Sabemos que o CSC estabelece uma densa rede de deveres legais. Mas, nesse sentido, sempre teríamos que fazer a divisão clara entre os dois polos que ali existem. Por um lado, existem deveres expressamente consignados na lei e aqueles que “sem prejuízo de promanarem de força legal, não são por ela inteiramente concretizados”⁽³⁴⁾. E, nesta segunda esfera, sempre estaríamos no âmbito do art. 64.º.

Mas a referência a este “novo” art. 64.º não é despendiendá nem, diga-se, inocente. É que, para todos os efeitos, esta nova redação do art. 64.º do CSC foi, como vimos, anunciada como uma verdadeira revolução. Se ela foi, ou não lograda, é já uma outra discussão que, para já, não iremos desenvolver. É que aquele escopo acabou por se basear num processo de divisão e separação analítica de um dever de diligência do gerente-administrador numa *fattispecie* de processo de decomposição em pequenos subdeveres que, no entanto, o legislador não quis deixar numa única esfera, separando-os. É que, como sabido, este processo acabou por se repercutir indelevelmente ao nível da responsabilidade dos gerentes-administradores.

Como refere MANUEL CARNEIRO DA FRADA: verifica-se com algum grau de simplicidade “que o dever de diligência do administrador criterioso e ordenado em torno do qual o art. 64.º estava inicialmente construído deu lugar a uma distinção entre, no dizer da

⁽³³⁾ LOURENÇO, NUNO CALAIM, *Os Deveres de Administração e a Business Judgment Rule*. Coimbra: Edições Almedina, S.A., 2011, p. 11.

⁽³⁴⁾ LOURENÇO, N., *ob. cit.*, p. 12.

lei, deveres de cuidado e deveres de lealdade. Este esforço analítico tentado pelo legislador no que toca àquilo que há-de exigir-se dos administradores — adiante-se já, de forma que não pode considerar-se lograda —, teve como consequência a deslocação, por referência ao direito revogado, do papel da diligência na construção do regime jurídico da responsabilidade⁽³⁵⁾.

Ora, a redação originária do art. 64.º do CSC acabava por utilizar o critério da *diligência do gestor criterioso e ordenado como o norte orientador para efeitos de* relacionamento e apuramento da responsabilidade dos gerentes-administradores. No entanto, parece-nos, que esta consignação pretendia estabelecer aquele critério como um padrão de aferição normativa “da licitude/ilicitude da conduta do administrador, ao passo que agora esse papel é atribuído aos deveres de cuidado e de lealdade”⁽³⁶⁾. É que a formulação desse art. 64.º do CSC permitia que dele discorressem vários deveres que, para todos os efeitos funcionariam como causa autónoma de ilicitude. Desta forma, o esforço comparativo, em concreto, sobre a desconformidade entre um comportamento desviante de um determinado gerente-administrador, e aquele outro que estava legalmente previsto, permitia localizar a existência e o *quantum* desse desvio: “[a] diligência descrevia portanto deveres: permitia, nessa medida, a formulação autónoma, em torno dela, de um juízo de desconformidade da conduta dos administradores para efeito de responsabilidade. O art. 64.º não era, de acordo com este entendimento, uma simples norma definitório-descritiva ou de enquadramento formal-sistemático: tinha conteúdo normativo próprio. Embora fosse uma proposição incompleta, já que não tinha acoplada qualquer sanção para a violação dos deveres do administrador”⁽³⁷⁾.

Mas, aqui, talvez seja necessário ver em que modos é que aquela transição foi assegurada. Como refere CARNEIRO DA FRADA, a nova formulação do referido preceito para que faz uma aproximação consciente à “perspetiva tradicional — conquanto não ine-

⁽³⁵⁾ FRADA, M. DA, *ob. cit.*, p. 2.

⁽³⁶⁾ *Ibidem.*

⁽³⁷⁾ *Ibidem.*

quívoca —, segundo a qual a diligência não é um critério da ilicitude, mas sim da culpa (cf. o n.º 2 do art. 487.º do Código Civil). De facto, a ilicitude da conduta do administrador tem hoje — depois da alteração legislativa — de descrever-se, primordialmente, como violação de deveres de cuidado ou de lealdade. Do ponto de vista da sempre desejável congruência técnica e dogmática com o direito comum, a “diligência” não deveria, nesta ordem de ideias, ser usada para descrever o próprio teor da conduta a que alguém está típica ou objetivamente adstrito (como todavia ocorria inequivocamente na versão inicial do art. 64.º). Pode dizer-se que a reforma se aproxima deste desiderato. Mas não o segue até ao fim, o que ajuda a compreender que apenas a al. a) do n.º 1 do 64.º faça hoje referência à diligência. Porque, enquanto mero critério de culpa, a diligência teria sem dúvida de ser convocada também pela al. b)”⁽³⁸⁾.

De facto, e partindo da proposição do autor citado acabamos por aderir a esta visão que o novo art. 64.º acabava por funcionar-atuar em dois patamares distintos, sendo que um primeiro se relacionava com a categoria essenciais de *deveres de cuidado*, enquanto um segundo patamar se relacionava com *deveres de lealdade*. Como refere COUTINHO DE ABREU, “os deveres impostos aos administradores para o exercício correto da administração começam por ser, como atividade, o dever típico e principal de administrar e representar a sociedade — corresponsivo passivo dos poderes dos poderes típicos, e normativizados, da função de administrador, previstos nos arts. 192.º, 1, 252.º, 1, 405.º, 431.º, 1 e 2. Este dever genérico, porém, apenas encontra densidade, pela sua determinação e amplitude, com a identificação de deveres gerais de conduta, indeterminados e fiduciários, que, ainda que sem conteúdo específico, concretizam o dever típico nas escolhas de gestão e asseguram a sua realização no modo de empreender a gestão”. Esta consagração não é, no entanto, completamente inovadora. De facto, traduz apenas o legado da visão norte-americana que se consubstancia na divisão dos *fiduciary duties* entre *duty of care* e *duty of loyalty*.

⁽³⁸⁾ *Ibidem*.

No entanto, e embora este artigo seja a fonte normativa onde estão previstos os deveres mencionados, será interessante verificar se existe um esforço de organização dos novos deveres dali decorrentes. Pensamos que sim. Embora, em boa verdade, não exista uma ponte direta entre esse esforço e a talvez correspondente eficácia. Daí que o próximo passo será analisar brevemente essa panóplia de deveres. Vejamos, então.

2. Os deveres de cuidado [art. 64.º, número 1, alínea a)]

Refere a alínea a) do número 1 do art. 64.º do CSC que os gerentes ou administradores da sociedade devem observar “[d]everes de cuidado, revelando a disponibilidade, a competência técnica e o conhecimento da atividade da sociedade adequados às suas funções e empregando nesse âmbito a diligência de um gestor criterioso e ordenado”. Uma análise literal do *clausulado* faz com que possamos abalizadamente falar que o âmbito dos prolatados “deveres de cuidado” acaba por se consubstanciar na expressão “revelando”. Ou seja, no fundo, parece-nos que o legislador propugnacolhe uma exteriorização necessária desses deveres de cuidado, sendo que, nesse sentido, falamos de uma projeção em direção a terceiros para que haja o preenchimento daquele conceito. Daqui coloca-se o problema: que extensão deve ter essa projeção e que grau de receptividade deve ter desses terceiros? E, claro, para todos os efeitos, que entidades devem ser alvo desses deveres de cuidado? Falamos num «“core” *intra rem*» de receptividade ou poderemos mesmo esticar-estender-expandir normativamente esse movimento até aos *stakeholders*? Alguns autores têm referenciado este preciso artigo, número e alínea como propugnando um elenco claramente imperfeito, insuficiente e deficiente.

De qualquer maneira, uma divisão parece ser clara. Esses deveres de cuidado acabam por se consignar através de três *subpartamares* que devem ser a pedra de toque de um bom administrador: *i*) disponibilidade; *ii*) competência técnica e *iii*) conhecimento da sociedade adequados às funções. Ora qualquer um destes três *sub-*

patamares acaba por basear-se em conceitos que, ainda que preenchíveis, não são unívocos. Não são, tão pouco, objetivos e rigorosos uma vez que correspondem até a uma valoração subjetiva do observador. Mais do que isso, o próprio legislador estipula que no desempenho e execução dessas características que, por uma questão de comodidade, designámos de *subpatamares*, tenha que se demonstrar a já referida *diligência de um gestor criterioso e ordenado*. Se aquelas características se relacionam efetivamente com um juízo de licitude/ilicitude, a verdade é que esta última se relaciona com um autêntico critério de culpa e não (até como se verificava no artigo originário do art. 64.º do CSC) como um ponto ou dever autónomo de conduta. Nas palavras de NUNO LOURENÇO: “[a] diligência, como medida daquele esforço, permitirá graduar o juízo de censurabilidade pessoal do gestor, i.e. a diligência é consagrada no preceito como critério de apreciação de culpa e já não como dever autónomo de conduta”⁽³⁹⁾.

Este mesmo autor fala, e consideramos com atualidade, que “a operacionalidade deste dever de cuidado obriga a um prévio esforço de precisão (...) no atual quadro do art. 64.º do CSC, decantar os seguintes subdeveres de cuidado: *i*) dever de vigilância; *ii*) o dever de preparar adequadamente as decisões de gestão; *iii*) o dever de tomar decisões substancialmente razoáveis”⁽⁴⁰⁾. Preferimos, no entanto, a *souplesse* conceptual de COUTINHO DE ABREU⁽⁴¹⁾ que abaliza essa divisão em *i*) deveres de controlo ou vigilância organizativo-funcional, *ii*) o dever de atuação procedimentalmente correta e *iii*) o dever de tomar decisões substancialmente razoáveis.

Uma outra questão relacionar-se-á pela consideração se aqueles deveres, previstos pela alínea *a*) do número 1 do art. 64.º do CSC, podem ou não ter um carácter taxativo e ou imperativo. A verdade é que cremos que esta alínea deve ser considerada com uma cláusula aberta, temperada qualitativamente até pelo agora critério de culpa previsto *in fine*. Como refere NUNO LOURENÇO “[u]ma outra observação que se impõe é a do carácter não taxativo destes

⁽³⁹⁾ LOURENÇO, N., *ob. cit.*, p. 16.

⁽⁴⁰⁾ *Ibidem*.

⁽⁴¹⁾ COUTINHO DE ABREU, J., *ob. cit.*, p. 19.

três comandos. Não se aceita que estes possam constituir o elenco exaustivo que concretiza o cuidado imposto ao gestor. Cremos antes que toda a conduta ou decisão que se possa classificar como de imprudente, de imponderada ou desacompanhada se tomará por ilícita por violação deste dever geral de cuidado. Nem o contrário se compreenderia face à tão desenfreada política de responsabilização do gestor que orientou esta última reforma legislativa⁽⁴²⁾. Veremos, ora, o desdobramento deste dever de cuidado⁽⁴³⁾.

i) O dever de vigilância

Este dever de vigilância não pode ser tomado independentemente até porque tem um âmbito diferenciado assente, por um lado, num *duty to monitor* (isto é, um dever de vigilância propriamente dito) e num *duty to inquiry* (isto é, um dever de averiguação). Neste patamar, não fará muito sentido falar na transição entre a redação originária do art. 64.º do CSC e a nova versão, até porque este dever, nas suas múltiplas vertentes, acabava por vir ali já sumariamente previsto. Nas palavras de NUNO LOURENÇO “ele impõe aos gestores a obrigação de se informarem relativamente à evolução económico-financeira da sociedade e de acompanharem o desempenho daqueles que exercem funções de gestão”⁽⁴⁴⁾. Por outro lado, o dever de averiguação acaba por se abalizar difusamente por um qualquer processo de investigação de factos, situações e ou outros processos que, de algum modo, possam traduzir-se num dano para a sociedade. Isto faz com que no fundo estejamos a falar de uma cláusula aberta, com elementos não taxativos, que abrange e alarga o seu âmbito de aplicação.

Esta norma acaba por relevar quer em sede de ilicitude, quer em sede de culpa, uma vez que serão ilícitos perante a violação de

⁽⁴²⁾ *Ibidem*.

⁽⁴³⁾ ENGRÁCIA ANTUNES defende que tais deveres de cuidado se reconduzem ao *duty of monitor*, *duty do inquiry* e *process due care* (cf. ANTUNES, JOSÉ ENGRÁCIA, *Direito das Sociedades*, 2.ª ed., Porto, 2011, p. 327).

⁽⁴⁴⁾ LOURENÇO, N., *ob. cit.*, p. 17.

deveres propugnados pelo artigo, e serão culposos se, *in casu*, a diligência nele contida relevar para esses efeitos.

De referir, também que, quer num caso, quer no outro, o art. 407.º, n.º 8, do CSC acaba por alargar esse dever aos administradores não executivos: “os outros administradores são responsáveis, nos termos da lei, pela vigilância geral da atuação do administrador ou administradores-delegados ou da comissão executiva e, bem assim, pelos prejuízos causados por atos ou omissões destes, quando, tendo conhecimento de tais atos ou omissões ou do propósito de os praticar, não provoquem a intervenção do conselho para tomar as medidas adequadas”.

ii) O dever de preparação adequada das decisões de gestão

Este *subpatamar* implica a existência de um processo base de tratamento e preparação da decisão em que acabar por assentar um qualquer processo decisório. É que este *homework*, embora presente e, cremos, transversalmente necessário em todo o âmbito de atuação, sempre seria considerado na nossa ótica como um pressuposto *quasi* automático do ADN de um qualquer gerente-administrador. No entanto, parece-nos que o legislador quis reforçar esse dever como extrapolando aquele âmbito normal de preparação, no sentido de um esforço reforçado-robustecido de aquisição e transmissão da informação precisa. Isso faz com que, conseqüentemente, acabe por existir também *a.* necessidade de ponderação concreta quando não exista disponibilidade imediata da informação que instrui uma determinada decisão⁽⁴⁵⁾ e *b.* a assunção que tal dever se coaduna não com uma obrigação de meios mas, sim,

⁽⁴⁵⁾ Será pertinente recordar aqui o contributo de NUNO LOURENÇO que, a este propósito refere que “[q]uestão diversa é a da razoabilidade da exigência de recolha de informação que não esteja imediatamente disponível e ao alcance do gestor. Parece-nos que esta razoabilidade dependerá, essencialmente, das circunstâncias que, em concreto, rodeiem a tomada de decisão, mormente a importância da mesma, o tempo de que se dispõe para decidir ou o seu custo de obtenção. Poderá, pois, ser necessária a preparação de estudos, o recurso a consultores externos para preparação e tratamento da informação ou a presença de trabalhadores” (cf. LOURENÇO, N., *ob. cit.*, p. 19).

como uma obrigação de resultados⁽⁴⁶⁾ (“[o] gestor responderá para com a sociedade pelos danos emergentes de quaisquer decisões que, se houvessem sido preparadas com informação razoavelmente disponível, não teriam sido tomadas”)⁽⁴⁷⁾.

Este dever acaba por estabelecer uma ponte lógica com a temática da BJR, por que se um determinado gerente-administrador respeitar a prossecução deste dever, verificados, porquanto, todos os requisitos do número 2 do art. 72.º do CSC, poderá haver lugar à sua aplicação, com a desresponsabilização subsequente do gerente-administrador em causa. Como refere o autor⁽⁴⁸⁾, a BJR não impõe, necessariamente, “uma estruturação do processo deliberativo, mas a recolha, preparação e fundamentação da decisão poderá mais facilmente justificar a exclusão da responsabilidade que a norma visa operar”.

iii) O dever de tomar decisões razoáveis

E este é, talvez, o subdever que acaba por se enraizar mais profundamente na *aleas* inerente a ser um gerente-administrador. Isto é, existe um claro círculo de liberdade para todos os gerentes-administradores que se reflete na possibilidade de tomarem esta ou aquela decisão — em boa verdade se diga, que a concretização efetiva dos interesses e demais valorações sociais implica que aos gestores-administradores sejam garantidos níveis adequados de autonomia-discrecionabilidade decisória (pro conformação teleoló-

(46) Questão interessante relaciona-se diretamente (*vide* LOURENÇO, N., *ob. cit.*, *loc. cit.*) com os casos em que o gestor acaba por tomar uma decisão com base em informação errada que lhe é transmitida pelos seus colaboradores. Existe, aqui, a consideração sobre o papel ativo de análise crítica do gestor sobre os colaboradores “[s]endo que cabe ao gestor a obrigação de efetuar uma apreciação crítica sobre a informação que lhe é prestada, tendo, portanto, a oportunidade de ignorar toda aquela que considere errada ou impertinente, cremos que, salvo a existência de qualquer suspeita ou indício sobre a sua veracidade e/ou qualidade, lhe será lícito confiar nos elementos fornecidos pela sua equipa. A questão da responsabilidade deslocar-se-á, nesta hipótese, para a esfera dos seus colaboradores”.

(47) *Ibidem.*

(48) *Ibidem.*

gica). Mas as decisões resultantes, ainda que suportadas por diversos movimentos e momentos de preparação, e nesse sentido sendo um esforço acompanhado, revelam um claro ónus do respetivo autor-decisor. E é, nesse sentido, uma decisão demarcadamente só. Note-se que as funções-atividades de gerência-administração são, por natureza, arriscadas e desenvolvidas, frequentemente, em contextos de incerteza e volatilidade. O gestor concreto é, inevitavelmente, confrontado, com quadros conjunturais incertos, várias e diversas alternativas decisórias, opções complexas e num pano de fundo composto por uma multiplicidade de variáveis e variantes que, por vezes, determinam contradições no plano decisório. A convivência com esse ambiente de risco e de dificuldade de previsão de futuro é que acaba por definir e fazer a separação natural, mas qualitativa, entre os diferentes gestores-administradores⁽⁴⁹⁾.

O grande problema aqui será, certamente, conseguir configurar a definição e operacionalidade da característica razoabilidade. A verdade é que o preenchimento vai ser, também, flexível, no sentido do tipo de decisão que irá ser proferida pelo gerente-administrador. E, de forma correlata, o âmbito de liberdade e discricionariedade irá também variar conforme essa precisa decisão⁽⁵⁰⁾. Assim, se o gerente-administrador, num hodierno panorama societário, complexo e multifacetado, se vê solicitado perante múltiplos patamares de chamada de decisão, como aferir se a sua decisão foi ou não razoável? Parece-nos que, de facto, e como a doutrina tem propugnado, o critério aferidor de qual a melhor decisão será aquela que defender e melhor satisfizer o interesse da sociedade. E como se afere essa melhor satisfação? Entramos numa *fattispecie* de preenchimento diabólico do qual dificilmente sairíamos. No

(49) Cf. LOURENÇO, N., *ob. cit.*, pp. 20-21.

(50) “Não o será, certamente, quando a decisão do gestor for vinculada ao cumprimento de um dever específico legal, contratual ou estatutário. Não haverá, nessa hipótese, qualquer margem de discricionariedade e a decisão substancialmente razoável será aquela a que a lei, o contrato ou o estatuto obriguem. Não se olvide, todavia, que a esmagadora maioria das decisões de gestão têm como pano fundo aquela mesma incerteza e volatilidade. A verdadeira arte deste ofício radica na capacidade de, não obstante, conseguir fazer frutificar os meios de que a sociedade dispõe e promover a criação de riqueza para os sócios” (cf. LOURENÇO, N., *ob. cit.*, p. 21).

entanto, existirá sempre uma zona cinzenta constituída por aquelas decisões que, não sendo a melhor, sempre será suportada pelos interesses societários⁽⁵¹⁾.

Se existe aqui uma medida de interesse social, delimitando a existência ou não de uma decisão razoável, existe também um rol de obrigações que aquela decisão comportará: *obrigação de não delapidar o património, obrigação de sopesar os riscos incorridos, obrigação de fazer um pre-emptive judgement das decisões a tomar, etc.* Parece-nos também acertada a equiparação muitas vezes doutrinalmente efetuada de este preciso dever estar expressamente incluso na expressão de “*competência técnica*” a que o *supra* citado artigo faz referência.

3. O dever de lealdade [art. 64.º, número 1, alínea b)]

O art. 64.º, número 1, alínea b), consigna que os gerentes-administradores devem observar, por sua vez, os “[d]everes de lealdade, no interesse da sociedade, atendendo aos interesses de longo prazo dos sócios e ponderando os interesses dos outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, tais como os seus trabalhadores, clientes e credores.”. Como tal estipula-se, assim, que os deveres de lealdade⁽⁵²⁾ são fixados no interesse da sociedade, *pluricentrados* nos *i*) interesses de longo prazo dos

⁽⁵¹⁾ “Não se pense, contudo, que o gestor será responsabilizado sempre que não opte pela melhor solução: ele será responsabilizado quando essa solução não for de todo compatível com os interesses societários” (cf. LOURENÇO, N., *ob. cit.*, *loc. cit.*).

⁽⁵²⁾ MENEZES CORDEIRO refere, a este propósito, que “[a] situação jurídica dos administradores foi, inicialmente, enquadrada por referência à figura do mandatado. Mais tarde, ela evoluiu para explicações mais complexas mas tendo sempre, como pano de fundo, uma prestação de serviço que iria desembocar no regime do mandato. No exercício dos seus poderes de administração o administrador (ou o membro da direção, no sistema dualista alemão) está ligado por vínculos específicos à sociedade. Tais vínculos implicam deveres acessórios, entre os quais, por mera lógica obrigacional, podemos inserir a boa-fé. Todavia e como repetidamente sucede com a lealdade, não foi numa derivação simples que surgiram os deveres dos administradores: estes antes se impuseram no terreno, para enquadrar problemas concretos” (cf. CORDEIRO, A. MENEZES, *A lealdade no direito das sociedades*. Disponível em <www.oa.pt>, p. 9).

sócios e *ii*) ponderando os interesses de outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade. Mas aqui, e como bem mencionado no número anterior, referente à alínea *a*), parece-nos que o esforço do legislador em alargar o âmbito de subjetivo de destinatários, nomeadamente ao incluir a fórmula “os interesses dos outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade”. Sem margem para dúvida, e de forma que alguns autores consideram como um *wording* abstrato e/ou genérico com necessidade de densificação posterior, cremos que, no entanto, o objetivo primário da norma não será, salvo melhor entendimento, a estipulação de uma qualquer cláusula aberta (embora exista!). Mais do que isso, nota-se evidente aqui, por um lado, o bom reconhecimento do papel de outros intervenientes na vida “orgânica” e não orgânica da sociedade, assim como a consideração do interesse de um desenvolvimento sustentado (sustentável?) da sociedade que aparece como a imagem de marca desta alínea. Não nos podemos também esquecer que o legislador vai definindo já quais são esses outros agentes, exemplificando-os (“tais”) como trabalhadores, cliente e credores.

Mas como se faz a formulação deste dever? NUNO LOURENÇO refere com acuidade que a fórmula do legislador é de algum modo genérica. Por efeito, a doutrina tem levado a cabo um intenso labor de precisão e concretização, por via da formulação de “alguns subdeveres que pretendem entroncar diretamente naquele primeiro mandamento. É defendido que o gestor: *i*) deve agir corretamente quando contrate com a sociedade; *ii*) deve abster-se de entrar em concorrência com a sociedade; *iii*) não deve aproveitar-se, em benefício próprio, de oportunidades de negócio da sociedade, de meios ou de informação privilegiada a que tenha tido acesso por virtude do exercício das suas funções. Os dois primeiros subdeveres têm disciplina legal no CSC, considerando-se, por conseguinte, como deveres específicos legais de execução vinculada”⁽⁵³⁾.

⁽⁵³⁾ Cf. LOURENÇO, N., *ob. cit.*, p. 23.

Para facilidade de densificação do referido conceito entendemos por bem sumarizar o dever de lealdade dividindo-o do seguinte modo:

- *Dever de não celebração de certos negócios com a sociedade* — previsto no art. 397.º, números 1 e 2, do CSC⁽⁵⁴⁾. Neste número 2 estão previstas as situações em que é necessária a aprovação por parte do órgão em que o gerente-administrador exerce a sua atividade, assim como a validação por parte do órgão de fiscalização. Obviamente que os artigos referidos, ainda que dizendo respeito às sociedades anónimas acabam por ser aplicáveis extensivamente aos outros tipos societários;
- *Dever de não concorrência* — os gerentes-administradores têm o dever de, a menos que estejam especialmente autorizados para o efeito, não exercer de forma direta ou indireta, qualquer tipo de atividade que seja concorrente com as atividades abrangidas pelo objeto social⁽⁵⁵⁾;
- *Dever de conscienciosamente equilibrar a não ingerência em oportunidades de negócio da sociedade*: i) ou porque esta figura como destinatária principal na proposta contratual; ii) quando esta tenha interesse na concretização do negócio; iii) quando o gerente-administrador tiver conhecimento daquela oportunidade no âmbito ou por força das suas funções⁽⁵⁶⁾. Quanto a este dever, e pela análise da

⁽⁵⁴⁾ Refere o número 1 do art. 397.º do CSC que “[é] proibido à sociedade conceder empréstimos ou crédito a administradores, efetuar pagamentos por conta deles, prestar garantias a obrigações por eles contraídas e facultar-lhes adiantamentos de remunerações superiores a um mês”. Sendo que o número 2 consigna que “São nulos os contratos celebrados entre a sociedade e os seus administradores, diretamente ou por pessoa interposta, se não tiverem sido previamente autorizados por deliberação do conselho de administração, na qual o interessado não pode votar, e com o parecer favorável do conselho fiscal ou da comissão de auditoria”.

⁽⁵⁵⁾ Vide arts. 254.º, n.º 1, 398.º, n.º 3, e 428.º do CSC.

⁽⁵⁶⁾ A este propósito refere NUNO LOURENÇO que “[a] apropriação indevida da oportunidade de negócio poderá envolver a violação de um dever de não concorrência quando implique o exercício de uma atividade que esteja compreendida no objeto social da sociedade concorrida, da atividade que esteja, não obstante, efetivamente a exercer, ou que pla-

hodierna prática societária, a verdade é que sublinhamos que o mesmo poderá envolver, normalmente, a prática de atos que se enquadrarão ou na violação subsequente do outro dever de não concorrência ou, mesmo, a prática do crime de abuso de informação privilegiada⁽⁵⁷⁾.

Resulta claro que o dever de lealdade não se confunde com o dever de diligência, uma vez que este traduz a medida de esforço exigível aos gerentes-administradores, no cumprimento dos deveres que lhes incumbam, nem com o dever de cuidado, uma vez que este implica concretizações do dever geral de respeito, de modo a evitar situações de responsabilidade aquiliana⁽⁵⁸⁾.

Assim fica também claro que existe um norte de orientação positivo deste dever constituído pelo interesse da sociedade, atendendo aos objetivos de longo prazo estipulados, e um dever negativo que impõe uma atuação geral de conflito de interesses por parte dos administradores⁽⁵⁹⁾. Parece sobretudo que aquela cláusula geral exige, como veremos em sede própria, uma densificação concreta, um movimento de especificação e concretização legal das normais comportamentais dos administradores. Isto para que, até, o trabalho dos *enforcers*, e num outro patamar dos próprios juízes seja abalizado e melhor enquadrado⁽⁶⁰⁾.

neie vir a exercer (...) O dever de não apropriação de oportunidades de negócio societárias pode também ser infringido quando o festo celebre um negócio que lhe seja vantajoso com utilização de informação privilegiada, de património ou de pessoal da sociedade” (cf. LOURENÇO, N., *ob. cit.*, p. 27).

⁽⁵⁷⁾ Vide CARDOSO RODRIGUES, RICARDO e LUZ SOARES, JOÃO, “A (des)informação na dianteira do profano: o crime de abuso de informação privilegiada — uma reflexão inevitável”, in *Revista da Ordem dos Advogados (ROA)* — Ano 75, Vol. III/IV (Jul./Dez. 2015) (também disponível em <<http://www.oa.pt>>). CARDOSO RODRIGUES, RICARDO e LUZ SOARES, JOÃO, “A (des)informação na dianteira do profano: o crime de abuso de informação privilegiada — uma reflexão inevitável”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais: RBCrim*, São Paulo, Vol. 24, n.º 125 (nov. 2016), pp. 189-234.

⁽⁵⁸⁾ Vide CORDEIRO, A. MENEZES, *ob. cit.*, p. 11.

⁽⁵⁹⁾ Vide ANTUNES, J. ENGRÁCIA, *ob. cit.*, p. 328.

⁽⁶⁰⁾ Como índice meramente exemplificativo: a) não abusar de informação social privilegiada ou confidencial para obter vantagens para si ou para terceiros (arts. 449.º e 450.º do CSC); b) não realizar certos negócios com a sociedade (arts. 397.º, n.º 1, e 428.º do CSC, 378.º do CVM), ou, afora estes, sem o consentimento da sociedade (arts. 397.º,

III. *A Business Judgment Rule*

1. Antecedentes, características gerais e pressupostos de aplicabilidade

O art. 72.º do CSC acaba por ser o berço da previsão da BJR, prevendo a responsabilidade de membros da administração para com a sociedade:

Responsabilidade de membros da administração-gerência para com a sociedade

1 — Os gerentes ou administradores respondem para com a sociedade pelos danos a esta causados por atos ou omissões praticados com preterição dos deveres legais ou contratuais, salvo se provarem que procederam sem culpa.

2 — A responsabilidade é excluída se alguma das pessoas referidas no número anterior provar que atuou em termos informados, livre de qualquer interesse pessoal e segundo critérios de racionalidade empresarial.

O referido preceito está inserido num âmbito maior da responsabilidade civil pela “constituição, administração e fiscalização da sociedade”, prevista nos arts. 71.º a 84.º do CSC, que acabam por estipular responsabilidade civil para com os credores sociais, para com os sócios e, por último, para com terceiros. O legislador consagra, assim, uma responsabilidade civil de cariz contratual, subje-

n.os 2 e 5, 428.º, 278.º, n.º 1, 413.º, n.º 1, al. *a*), CSC); *c*) não exercer, por conta própria ou alheia, atividade concorrente com a sociedade, salvo consentimento desta (arts. 254.º, n.º 1, e 398.º, n.º 3, 428.º do CSC); *d*) não votar nas deliberações do órgão de administração sobre assuntos em que tenha, por conta própria ou de terceiro, interesse em conflito com o da sociedade (art. 410.º, n.º 6, do CSC); *e*) não violar o dever de neutralidade perante ofertas públicas de aquisição (arts. 181.º, n.º 2, al. *d*), e 182.º, n.º 1, do CVM); *f*) não usufruir ou receber qualquer vantagem de terceiros (“gratificações” ou “comissões”) pela celebração de negócios da sociedade com aqueles; *g*) não aproveitamento das oportunidades de negócio da sociedade para proveito próprio ou de outras pessoas a si ligadas, salvo se existir consentimento da sociedade.

tiva, tendo como pedra de toque a relação de administração entre, obviamente, gerentes-administradores e sociedade. No fundo, a responsabilidade civil depende aqui da existência dos pressupostos clássicos: *facto humano, voluntário, ilicitude, culpa, dano e nexa de causalidade*.

Em jeito de referência à génese da(o) figura-instrumento, somos, ora, a discorrer do seguinte modo: nasceu, como vimos, nos primórdios do século XIX, e nos Estados Unidos, tendo como principal escopo o reconhecimento de que um determinado gerente-administrador se vê confrontado com uma multiplicidade de possibilidades de decisão que acabam por também lhe garantir um espaço discricionariamente imune de responsabilização por essas decisões⁽⁶¹⁾. No fundo, “o sentido fundamental da regra é o de tornar insindicáveis as decisões empresariais que tenham sido tomadas em termos informados e sem conflitos de interesse”⁽⁶²⁾. O escopo sempre será o de evitar que uma determinada decisão possa ser substituída por um qualquer processo posterior de decisão judicial sobre o seu mérito. O sistema norte-americano propugna inclusive uma presunção a favor dos gerentes-administradores, no sentido de que estes atuaram com a boa-fé e diligências devidas, sendo que os *plaintiffs* terão sempre o ónus de provar precisamente o contrário^(63/64).

(61) Conforme refere NUNO LOURENÇO “[a] atividade de gestão empresarial é desenvolvida frequentemente em cenários de incerteza e de risco. A conjuntura é volátil e não existem ensinamentos seguros. As alternativas que se oferecessem ao gestor são várias e nem sempre a escolhida é a que melhor serve os interesses da sociedade e dos seus sócios. Uma decisão com maus resultados pode ser uma excelente decisão ao momento da sua prolação. A dificuldade passa, essencialmente, pela circunstância de não existirem modelos de conduta profissional suficientemente definidos que permitam aferir da razoabilidade das decisões tomadas e, assim, proteger o gestor das suas próprias escolhas. Não obstante, é economicamente desejável a tomada de decisões arriscadas. São estas, amiúde, que mais frutificam o património social e que estão na base da criação de maior riqueza” (cf. LOURENÇO, N., *ob. cit.*, p. 33).

(62) LOURENÇO, N., *ob. cit.*, p. 32.

(63) BLOCK, DENNIS J., *et al.*, “The Business Judgment Rule, Fiduciary Duties of Corporate Directors”, in *Prentice Hall Law & Business*, Fifth Edition, 1998, p. 25.

(64) Vide EBRAHIM, MUNÁSSIR, *O Business Judgement Rule e o Corporate Governance, uma visão pessoal coligida da interdisciplinaridade ente as ciências económicas e de gestão no direito societário português e os reflexos das decisões dos administradores*, Chiado Editora, Compendium, 2016.

Mas a BJR nasceu de uma necessidade muito prática que acabou por marcar indelevelmente a sua matriz: **combater uma utilização exacerbada do sistema de responsabilidade civil**⁽⁶⁵⁾. É que, atentas até as considerações introdutórias em que realçamos as especificidades destes nossos tempos, o patamar decisório é hoje, mais do que alguma vez foi, uma decisão com um pesado legado. E se, àquele tempo, faria sentido reassegurar que os gerentes-administradores não poderiam ver a sua atuação cercada por um qualquer medo de responsabilização, com uma consequente não resposta aos interesses dos sócios, hoje em dia essa necessidade é ainda mais premente! Mas a necessidade de utilização da BJR também se prenderá com o facto, pelo menos naquele quadro temporal, de os juízes enquanto decisores, em geral, não terem o necessário conhecimento e/ou preparação técnica para acompanhar este processos demarcadamente de carácter empresarial. Por um lado, o papel de reconstituição de uma determinada decisão acaba por ter inúmeras variáveis no momento temporal em que é feita que acabam por não transparecer para um momento posterior e, além do mais, existem inúmeras variáveis que acabam por influir no momento de análise que a poderá (à decisão) desvirtuar.

O próprio direito norte-americano acaba por não ter uma posição muito uniforme quanto às conceções que explicitam a BJR. Por um lado, temos a *abstention doctrine*, que entende a BJR como um patamar de limite à jurisdição dos tribunais⁽⁶⁶⁾. Por sua vez, a *standard of liability* entende a BJR como um critério de ilicitude e

(65) “Significa esta regra que o mérito de certas decisões dos administradores não é julgado pelos tribunais com base em critérios de “razoabilidade”, mas segundo critérios de avaliação excepcionalmente limitado: o administrador será civilmente responsável somente quando a decisão for considerada (nos termos da formulação dominante) “irracional”. Decisões empresariais irrazoáveis há muitas; muito mais raras serão as “irracionais”: sem qualquer explicação coerente, incompreensíveis” [cf. ABREU, COUTINHO DE, *et al.*, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário (IDET)*, Coimbra: Edições Almedina, Vol. I, 2013, p. 844].

(66) Segundo esta doutrina, os tribunais devem abster-se de se pronunciar quanto à substância do mérito das decisões dos gestores-administradores quando esteja no processo a análise de conformidade entre a atuação e os deveres existentes. Daí que a revisão da decisão sempre só poderia atuar num patamar formal.

que, em certas circunstâncias marcadas pelas suas especificidades e complexidades, os juízes possam apreciar a substâncias das decisões dos gerentes-administradores para averiguar se aqueles deveres foram ou não violados-transgredidos. Mas este patamar acaba, obviamente, por se relacionar também com aquela outra consideração já mencionada. O *standard of liability* exige um patamar de consciência e habilidade dos juízes para saber preparar e lidar com este tipo de decisões que se complexifica, ainda mais, com a própria evolução das redes económicas e societárias, atento, também, os respetivos contextos marcadamente fluídos-dinâmicos.

Pelo que, num certo sentido, a BJR acaba por se afirmar como um verdadeiro *safe haven* para os gerentes-administradores, reconhecendo implicitamente que *i*) existe um dever de meios e não de resultados na sua atuação e *ii*) mesmo gestores e gerentes-administradores de topo podem tomar decisões que posteriormente podem não ser consideradas adequadas.

De uma análise inicial ao número 1 deste preceito somos a constatar, desde logo, uma remissão expressa para um outro regime já laborado. De facto, os gerentes-administradores respondem perante a sociedade por atos praticados *com preterição dos deveres legais ou contratuais*, ou seja, existe uma remissão expressa para o núcleo duro daqueles deveres, já mencionados, e previstos legalmente no art. 64.º do CSC. No fundo, esta remissão expressa só acaba por comprovar que aquele âmbito-substrato de sementes de boa governação tem, *per se*, uma existência e valor autónomos, mas acaba por ganhar densidade-operacionalidade por e através precisamente deste art. 72.º e, grosso modo, pelo regime da responsabilidade civil previsto nos arts. 71.º a 84.º do CSC.

Como bem refere COUTINHO DE ABREU⁽⁶⁷⁾ “[e]ntre os deveres legais encontram-se deveres legais específicos e deveres legais gerais: os primeiros resultam imediata e especificadamente da lei; os segundos revelam-se de modo relativamente indeterminado, muitas vezes cláusulas gerais”. No fundo, estes deveres gerais correspondem a um elenco legal aberto que não se encontra, *ab*

⁽⁶⁷⁾ ABREU, COUTINHO DE, *et al.*, *Código Das Sociedades Comerciais em Comentário (IDET)*. Coimbra: Edições Almedina, Vol. I, 2013, p. 840.

initio, definido⁽⁶⁸⁾, e que sempre corresponderá ao dever principal ou típico de administrar a sociedade e de a representar⁽⁶⁹⁾. E quanto a estes *deveres legais específicos*⁽⁷⁰⁾ sempre se dirá a título exemplificativo: não ultrapassar o objeto social (art. 6.º, n.º 4, do CSC); não distribuir aos sócios bens sociais não distribuíveis ou (em regra), sem autorização (arts. 31.º, n.ºs 1, 2 e 3, 32.º, 33.º, n.ºs 1, 2 e 3); prontamente convocar ou requerer a convocação de assembleia geral em caso de perda de metade do capital social, com o escopo de os sócios tomarem as medidas julgadas convenientes (art. 35.º do CSC); não exercer por contra própria ou alheia, sem consentimento da sociedade, atividade concorrente (arts. 254.º, 398.º, n.ºs 3, 5, e 428.º do CSC); promover a realização das entradas em dinheiro diferidas (arts. 203.º, 285.º-298.º do CSC); não admitir para a sociedade, em certas circunstâncias, ações ou quotas dela próprias (arts. 316.º, 319.º, n.º 2, 323.º, n.º 4, 325.º, n.º 2, e 220.º do CSC); não executar deliberações nulas do órgão de administração (art. 412.º, n.º 3, 433.º, n.º 1, do CSC). Sendo certo que existem ainda, além deste binómio, deveres previstos *fora*⁽⁷¹⁾ do CSC.

(68) Como refere ENGRÁCIA ANTUNES, “representam fundamentalmente padrões ou *standards* abstratos de conduta que balizam e conformam a atuação geral dos administradores e gerentes no exercício das suas funções: por outras palavras, não dizem o que o administrador ou gerente deve fazer em determinada situação, mas fundamentalmente o modo como o deve fazer, apenas sendo susceptíveis de concretização, por conseguinte, caso a caso” (cf. ANTUNES, J. ENGRÁCIA, *ob. cit.*, p. 327).

(69) Refere Coutinho de Abreu que o mencionado artigo “indica deveres objetivos de conduta em forma de cláusula geral, de cuja concretização resultam deveres (mais) específicos [*ilicitude*] e circunscreve o critério de culpa; sendo por isso fundamento autónomo de responsabilidade” (cf. ABREU, JORGE COUTINHO DE, *Governação das Sociedades Comerciais*. Coimbra: Edições Almedina, 2010).

(70) PEDRO PAIS DE VASCONCELOS rejeita essa diferença, preferindo fazer essa distinção entre atos propriamente de gestão (atos de gestão *stricto sensu*) e atos vinculados de administração (cf. VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE, “*Business Judgment Rule*, deveres de cuidado e de lealdade, ilicitude e culpa e o art. 64.º do Código das Sociedades Comerciais”, in *Direito das Sociedades em Revista*, Ano 1, Vol. 2, 2009, Almedina, p. 61 e ss).

(71) Fora do CSC “encontramos também deveres específicos. Visando, ora especialmente os administradores, ora as pessoas em geral. Exemplo da primeira situação é o dever de os administradores requererem a declaração de insolvência da sociedade em certas circunstâncias (arts. 18.º e 19.º do CIRE). Exemplos da segunda são os deveres decor-

Mas, e aqui é fundamental, aquela responsabilização só tem lugar *salvo se provarem que procederam sem culpa*. Ou seja, acaba por aqui ser propugnada uma presunção de culpa que acaba por significar que os gerentes-administradores sempre terão que, caso queiram afastar essa presunção, provar que agiram em conformidade com os deveres legalmente estipulados e já indicados. Esta previsão acaba por se basear até no regime previsto no Código Civil, nomeadamente no art. 799.º, n.º 1.

Por outro lado, e constituindo já a expressão da BJR, o n.º 2 acaba por consignar que a responsabilidade é excluída se alguma das pessoas referidas no número anterior provar *que atuou em termos informados, livre de qualquer interesse pessoal e segundo critérios de racionalidade empresarial*. Assim temos aqui três pressupostos ou requisitos de aplicabilidade. Ou seja, para que a BJR possa ser aplicada, o gerente-administrador tem que provar que *i) atuou em termos informados, ii) livre de qualquer interesse pessoal e iii) segundo critérios de racionalidade empresarial*. Portanto, e por referência, a estes requisitos existe um caminho de densificação-operacionalização que é necessário traçar. NUNO LOURENÇO⁽⁷²⁾ refere que existe um conjunto de condições ou pressupostos de aplicabilidade⁽⁷³⁾ que extravasam o simples âmbito literal do artigo. Refere existir sempre a. *uma decisão empresarial ativa (facere ou non facere)*, b. *a tomada de uma decisão sem violação das normas procedimentais*, c. *a decisão deverá ser livre de qualquer interesse próprio* e d. *segundo critérios de racionalidade empresarial*⁽⁷⁴⁾. Embora concordemos com este pequeno alarga-

rentes de normas jurídico-penais, v.g. das constantes nos arts. 203.º, 204.º, 205.º e 212.º do CP” [cf. ABREU, J. COUTINHO DE, *et al.*, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário (IDET)*. Coimbra: Edições Almedina, Vol. I, 2013, p. 840].

⁽⁷²⁾ Cf. LOURENÇO, N., *ob. cit.*, p. 52.

⁽⁷³⁾ A doutrina norte-americana identifica cinco elementos da *Business Judgment Rule*: 1) tem que ser uma *business decision*; 2) tem que existir *disinterestedness and independence*; 3) *due care*; 4) *good faith*; 5) *no abuse of discretion*.

⁽⁷⁴⁾ A controvérsia sobre este específico requisito de racionalidade empresarial tem feito correr muita tinta. De facto, a existência deste critério demarcadamente de preenchimento incerto levanta dificuldade de aplicabilidade, até dos *enforcers*, e poderá levar ou forçar uma decisão de mérito que vimos se pretender evitar. Mais do que isso a discussão gravita, também, na diferenciação entre os critérios de razoabilidade e racionalidade e, até,

mento de operacionalidade, a verdade é que não podemos deixar de dar nota que não nos parece que a atuação em termos informados possa simplesmente ser inserida nos deveres de administração do gerente-administrador, sendo que, aí pertencendo, dali também acabar por extravasar uma vez que tem um âmbito de aplicabilidade própria. Se é verdade que a doutrina e iurisprudência têm alguma dificuldade em definir o âmbito concreto destes pressupostos, sempre defendermos que aquele requisito de “termos informados” necessitará de um âmbito autónomo de aplicação. E isto porque a definição concreta da medida da informação necessária num momento decisório apresenta desafios concretos que só a consideração também autónoma e individualizada daquele requisito permitirá clarificar.

Estes pressupostos deixam, na opinião do referido Autor, algumas notas fundamentais. A primeira nota infere, e aderimos a esta posição, que um possível não preenchimento dos requisitos da BJR não significará automaticamente a tipificação da violação de quaisquer deveres legais, como compreendidos por referência àquele outro polo previsto pelo art. 64.º do CSC, nem, tão pouco, poderá ser compreendido como uma qualquer assunção de um comportamento ilícito. E isto é especialmente relevante até numa vertente de operacionalização prática da BJR. É que, se um determinado juiz, no tratamento de um determinado processo, concluir, através dos momentos de produção de prova que não estão preenchidos aqueles *supra* referidos requisitos, sempre terá que considerar em que modos e em que termos é que deverá ser valorado o comportamento daquele concreto gerente-administrador. Se, por um lado, já vimos que a não verificação não se exprime em violação automática ou em comportamento ilícito, a verdade é que tal sempre deverá significar

na utilização do critério de boa-fé como densificador e diferenciador dessa distinção. Quanto ao critério da racionalidade, em si, e como refere Ana Teixeira “a apreciação deste requisito deve limitar-se ao seu aspeto procedimental, salvo, os casos em que, por um lado, a decisão se mostra tão imprudente, irracional, ou “galacticamente estúpida”, que justifica a apreciação do seu mérito pelo tribunal, e por outro, os casos em que estamos perante setores que não possuem padrões de gestão enraizados que não permitem ao juiz averiguar se a decisão se reveste de racionalidade empresarial, sem primeiro analisar a substância da própria decisão”.

uma perda automática do manto protetor da BJR. O âmbito de referência será novamente o art. 64.º numa espécie de movimento inverso que volta a abalizar a discussão no comportamento conforme de um determinado gerente-administrador. Ficáramos, num certo sentido, e após essa verificação da não aplicabilidade da BJR, a meio termo, pelo menos num patamar valorativo e decisório, dos arts. 64.º e 72.º. Uma segunda nota veiculada é que os requisitos não poderão ser individualmente considerados, *i.e.* não basta a verificação de um deles para que se possa aplicar a BJR, apenas a verificação cumulativa dos três colhe efetivamente. Numa terceira nota, tem de existir um efetivo dano à sociedade resultante da atuação do gerente-administrador. Mesmo que haja um desrespeito por alguns deveres, a atuação de um determinado gerente-administrador só poderá subsumir-se ao âmbito da BJR se houver um efetivo dano. Numa quarta nota, alerta o Autor que o critério de racionalidade económica é aquele que levanta mais dificuldades e que, claro, pode obstar à mobilização da própria BJR. É que, de facto, este critério é de difícil concretização e preenchimento⁽⁷⁵⁾.

Sempre se dirá, aqui, que o “padrão de revisão judicial (*standard of review*) informado pela BJR, apesar de mais permissivo do que o padrão de conduta (*standard of conduct*) que exige a tomada de decisões razoáveis, favorece o interesse social. Na medida em que promove a inovação e escolhas arriscadas mas também, amiúde, mais lucrativas”⁽⁷⁶⁾.

Por último, e em conclusão, realçamos que o preceito legal acaba também por permitir uma abertura à aplicação da BJR a decisões empresariais, ou seja, a decisões em que atuem os titulares do

⁽⁷⁵⁾ “Na revisão da decisão, o tribunal deveria, por conseguinte, atentar aos clássicos princípios da economia dos meios (consecução de um dado fim com o mínimo dispêndio de meios) e do máximo resultado (consecução do grau máximo de realização do fim, com dados meios) (...) É patente que este critério, de feição claramente aritmética, não se coaduna com o objetivo legal a que a BJR se propõe. Já se viu que na base desta regra está o entendimento de que a atividade de administração, pelo menos no seu espaço de autonomia e de livre escolha, não pode implicar uma responsabilidade pelo resultado. A sua adoção forçaria os tribunais a uma apreciação de mérito em larga escala” (cf. LOURENÇO, N., *ob. cit.*, p. 53).

⁽⁷⁶⁾ ABREU, J. COUTINHO DE, *et al.*, *Código Das Sociedades Comerciais em Comentário (IDET)*. Coimbra: Edições Almedina, Vol. I, 2013, p. 846.

órgão de decisão. Sendo apenas aplicável quando o gerente-administrador *atua, munido das suas vestes, em autonomia e de acordo com o prudente arbítrio (discricionariedade)*⁽⁷⁷⁾. No entanto, este instrumento acabar por ver a sua aplicabilidade cerceada em casos de violação do dever de lealdade (já explicitado), uma vez que aquele estipula um conteúdo inequívoco e que não pode ser ultrapassado.

2. O art. 72.º, números 1 e 2: a articulação entre ilicitude e culpa

Uma das questões fundamentais a analisar neste âmbito sempre será a natureza e entendimento da própria BJR. Este art. 72.º, n.º 2, do CSC pode ser compreendido, como bem refere NUNO LOURENÇO⁽⁷⁸⁾, de duas maneiras distintas. Ou como uma regra de conduta que concretiza ou densifica aquele conteúdo de deveres que *supra* sumariamente já qualificámos, com especial incidência no dever de cuidado, complementando positivamente a sua definição. Esta visão acaba por assentar numa presunção de licitude de atuação do gestor, aceitando-se que na sua atuação este terá bem acolhido, pelo menos, os procedimentos já expostos e consignados na lei. Nas palavras do referido Autor⁽⁷⁹⁾ “a decisão torna-se insindicável quanto à sua substância e razoabilidade sempre que a sociedade não consiga ilidir esta presunção ‘procedimental’”. Num segundo entendimento, pode a BJR configurar uma causa de exclusão de responsabilidade. O gerente-administrador ficaria ilibado de uma pos-

(77) Como refere e bem Nuno Lourenço “(...) a BJR será aplicável apenas quando tenha por objeto decisões tomadas no quadro de discricionariedade e autonomia de atuação do gestor. É neste domínio que a regra serve o seu propósito fundamental: o de perdoar o gestor por um mau resultado obtido no exercício cuidadoso dos seus poderes discricionários. Num contexto de liberdade de escolha não pode haver uma obrigação de não cometer erros ou de tomar sempre as decisões mais adequadas ou convenientes” (cf. LOURENÇO, N., *ob. cit.*, p. 36).

(78) LOURENÇO, N., *ob. cit.*, p. 39.

(79) *Ibidem.*

sível decisão de mérito quando conseguisse fazer prova dos requisitos prescritos pela BJR, sendo que à sociedade cabe a prova indiciária da violação daqueles deveres. A primeira concepção, embora evidenciando a autonomia do gerente-administrador, foi adotada pelos tribunais de Delaware ainda que, no entendimento do Autor, não tenha correspondência direta com o art. 72.º, n.º 2.

A diferença e as várias correntes doutrinárias sobre a natureza da BJR acabam por se consignar em três grandes grupos: será que a BJR se traduz numa regra de exclusão de ilicitude, ou numa exclusão de culpa ou, num *tertium genus* que se afirma como uma combinação de ambas. Há quem também defenda que a BJR pode assumir uma verdadeira presunção de ilicitude.

É que esta questão de natureza acaba por exigir, num panorama de articulação com o n.º 1 do art. 72.º do CSC, que esta se densifique com a base substantiva da primeira parte do referido número onde se indica “a preterição dos deveres legais ou contratuais”, onde se encontra plasmada a ilicitude, ou da 2.º parte do referido número onde, como vimos, está prevista uma presunção de culpa. Esta questão, mesmo no panorama nacional, acaba por ser muito controvertida. Autores há que defendem que a BJR se relaciona com a culpa e não propriamente com a ilicitude (entendimento da CMVM, CALVÃO DA SILVA, MENEZES CORDEIRO, *inter alia*). Autores também há que defendem que a articulação do art. 72.º, n.º 2, sempre terá que ser feita por referência ao conjunto de deveres plasmados no art. 64.º do CSC, e que, como tal, se relacionam num âmbito de ilicitude e com a 1.ª parte do n.º 1 do art. 72.º (ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, *inter alia*). Numa terceira possibilidade, COUTINHO DE ABREU⁽⁸⁰⁾ acaba por defender que a BJR formaria-desenvolveria um efeito subsequente e consecutivo onde se afastará e ilidirá não só a presunção de culpa mas também a ilicitude da conduta. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS considera que a BJR, e mais concretamente o art. 72.º, n.º 2 do CSC, postula uma presunção de ilicitude da atuação do gestor.

(80) Cf. COUTINHO DE ABREU, J., *ob. cit.*, p. 43.

Perante estas posições já deixámos antever, até pela sistematização do presente trabalho que sempre consideramos o núcleo de deveres do art. 64.º do CSC como fundamental na abordagem a este tema e à densificação-operacionalização da BJR. Talvez por isso, e por cremos ser possível compatibilizar os patamares de ilicitude e de culpa, e o art. 72.º n.ºs 1 e 2, até por uma questão de validade, compatibilidade e congruência do sistema (cf. art. 9.º do Código Civil), seguimos a doutrina de COUTINHO DE ABREU, que também acaba por ser defendida por RICARDO COSTA⁽⁸¹⁾.

IV. Conclusões: entre pistas e reflexões

A BJR revelara-se um(a) figura-instrumento-mecanismo (um instituto) imensamente rica(o), seja na e para as literaturas, mas sobretudo, em análise de propostas e políticas de densificação. Em termos *ius* dogmáticos situa-se no âmbito do direito comercial e societário, tendo, no decurso dos tempos estabelecido pontes de interação lógica com vários outros profícuos mundos do jurídico. Cremos, em verdade, que, tão-só, nesse universo *pluri referenciado* é possível compreender os diferentes matizes e planos cognoscíveis da BJR. Um tal esforço de integral-sistemática compreensão e apreensão da figura exige um processo de ultimação-funcional, um (des)fecho de *iter*, um destilar científico pluri-operativo, projetando-se, assim, como plataforma-base a eventuais processos avaliativos, de prognose, de equacionamento de novas vias, de novos caminhos e desafios impostos pela *vida-energia* social, mercantil, económica e financeira, bem como, pelos respetivos (re)fluxos e (in)fluxos.

A fórmula adotada apresenta a seguinte cadência:

⁽⁸¹⁾ Vide COSTA, RICARDO, “Responsabilidade dos administradores e business judgment rule”, in ABREU, COUTINHO DE JORGE, *et al.*, org. *Reformas do Código das Sociedades Comerciais*. Coimbra: Almedina, 2007.

- O fator agregador de análise da BJR terá que ser sempre considerado como aquele quadro supracitado de mudança de mentalidade que abarca as especificidades do caráter sempre inovador dos patamares de direito societário;
- Tal escopo terá que ser densificado pela evolução entretanto ocorrida desde a reforma de 2006 do CSC, quer em relação ao próprio direito societário, quer em relação à utilização do próprio instrumento da BJR;
- É que o quadro de atuação também mudou substancialmente. Se em 2006 o processo decisório dos gerentes-administradores já era conformado pelo legado e peso de atuação num ambiente de constante *aleas* e mutação, agora, e após uma década que, merce dos escândalos financeiros, bancários e societário, foi sentida como *a passagem retumbante de um século*, o processo complexificou-se sendo mais exigente;
- Mais esse quadro atuou, sobretudo, em dois vetores: *i*) por um lado, como vimos, a decisão é agora feita num ambiente ainda de maior incerteza e com um peso ainda mais reforçado; *ii*) e, por outro lado, isto pode significar que o tal âmbito de discricionariedade dos gerentes-administradores se encontre, agora, cerceado não por uma rede legal que obriga a atua de um certo modo, extensão e intenção mas, sublinhemos, pelo simples receio de atuar e decidir;
- Daí que quer o núcleo duro dos deveres de atuação do gerente-administrador, por referência ao art. 64.º do CSC, quer a própria BJR, quer o próprio quadro de responsabilização dos gerentes-administradores, não deve (não pode) continuar a ser entendido por essa visão de 2006, tendo que ser, hodiernamente, densificado;
- Até porque, e ao contrário do que vamos vendo e lendo disseminado pela doutrina, os agentes decisórios (e aqui falamos dos tribunais e, obviamente, dos juízes), já não são mais indiferentes e afastados da realidade económica

e financeira subjacente. De facto, o efeito mais visível, neste âmbito, foi a necessidade de aquisição de instrumentos e ambiências técnicas, por parte nomeadamente de um número expressivo de juizes, de modo a aprimorar essas suas competências;

- Afastando-se também o risco da BJR poder assumir um carácter de incentivo a condutas *on the edge* dos gerentes-administradores;
- Assim, a BJR não pode ser tida, apenas, como um instrumento transplantado do direito norte-americano sem que haja o reconhecimento e garantia de que, entre nós, deverá apresentar características próprias. EÇA DE QUEIRÓS (*in* “Os Maias”), referia que um dos maus hábitos destes portugueses era importar modelos estrangeiros, implementando-os e deformando-os *ad nauseam*. Aqui, a assunção de um ADN próprio, como referido por várias vezes ao longo deste trabalho, é fundamental;
- Sendo que, a parca utilização (até jurisprudencial) deste instrumento da BJR alerta que existem claros problemas de densificação-operacionalização que é mister resolver. Assim,
- Quanto as deveres gerais *vs* deveres específicos, sempre se dirá que estes últimos acabam por, como vimos, estipular um conteúdo não definido mas que se pode ir definindo para efeitos dessa mesma operacionalidade;
- Especificamente quanto ao dever de lealdade, é estipulada, uma vez mais, uma cláusula geral com um elenco não taxativo, mas que pode ir sendo aproximado;
- Isto quer dizer que, quer num quer noutro caso, existe um possível caminho de aperfeiçoamento, através de um processo de definição de uma *umbrela* de, naqueles âmbitos, condutas possíveis!
- E o mesmo se reproduzirá relativamente ao critério de racionalidade empresarial que tem enfrentado diversas

dificuldades de aplicabilidade prática por parte dos *enforcers*, sendo necessária uma afinação operativa!

- Tal também desaguará na consideração da boa-fé como um terceiro critério de conduta temperada (*umbrella* defensiva e critério qualitativo para suprir situações de deficitária apreciação das condutas);
- A articulação entre os patamares de culpa e de ilicitude propugnados no art. 72.º, n.ºs 1 e 2, do CSC só poderá ser ultrapassado por remissão a um quadro de conformação entre esses dois patamares, isto é, admitindo que existe um efeito na utilização daquela regra que se repercute concomitantemente quer em termos de culpa, quer em termos de ilicitude.

O caminho passa, no fundo, por uma utilização prática da figura da BJR. É que efetivamente a existência da regra, enquanto transplante legal de um instrumento-mecanismo da sua operacionalidade não garante a sua adoção pelo ordenamento jurídico português. Basilar sempre seria o aperfeiçoamento destes temas referenciados para que existisse um crescente conforto na sua utilização pelos agentes decisórios. Mas, para isso, não bastará apenas importar a BJR. É necessário torná-la um instrumento-mecanismo conformado e preparado aos condicionalismos e especificidades do ordenamento jurídico português.

Jurisprudência Crítica

PLURALIDADE DE CREDORES DO SALÁRIO DE SALVAÇÃO STJ 5-JUN.-2003

Por Francisco Rodrigues Rocha(*)

SUMÁRIO:

I. Introdução. **II.** Da pluralidade de obrigados ao pagamento do salário de salvação marítima. **III.** Da pluralidade de credores do salário de salvação marítima. **IV.** Da legitimidade para a celebração do contrato de reboque. **V.** Conclusão.

Abreviaturas usadas:

- BMJ** Boletim do Ministério da Justiça
CC Código Civil
CCom Código Comercial
CDP Cadernos de Direito Privado
CJ Colectânea de Jurisprudência
CJ/STJ Colectânea de Jurisprudência/Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça
CL 1989 Convenção de Londres de 1989

(*) Assistente convidado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.
Advogado na GPA.

- CNav** Codice della Navigazione
- CPC** Código de Processo Civil
- ELN** Estatuto Legal do Navio, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 201/98, de 10 de Julho
- LCS** Lei do Contrato de Seguro (ou Regime Jurídico do Contrato de Seguro), aprovada pelo Decreto-Lei n.º 72/2008, de 16 de Abril
- LOF** Lloyd's Open Form (2011)
- LSM** Lei da Salvação Marítima, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 203/98, de 10 de Julho, objecto da Rectificação n.º 11-M/98, de 30 de Julho
- RIA** Regras de Iorque-Antuérpia (2016; rectificadas em 2017).

I. Introdução

I. Há cerca de catorze anos, pronunciou-se sobre a matéria da salvação marítima o douto acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 5 de Junho de 2003, proc. n.º 03B1616⁽¹⁾, de que foi relator o Senhor Juiz Conselheiro Fernando de Araújo Barros, em colectivo também composto pelos Senhores Juízes Conselheiros Salvador da Costa e Manuel José Oliveira Barros⁽²⁾, tendo sido, em sede de recurso, suscitadas e aí apreciadas as seguintes questões: (i) averiguar da existência, nesse caso, dos pressupostos dum acto de salvação marítima; (ii) em caso negativo, saber se a actividade desenvolvida justificava a atribuição de uma retribuição em conformidade com o regime jurídico do reboque marítimo.

⁽¹⁾ No Tribunal Marítimo, em primeira instância: proc. n.º 236/2000; na Relação de Lisboa, em segunda instância: proc. n.º 5478/02.

⁽²⁾ Disponível em CJ/STJ XI (2003), t. II, pp. 97 e ss., bem como, com omissão dos nomes dos intervenientes, na base de dados <www.dgsi.pt>. As decisões judiciais citadas ao longo do presente texto sem menção de fonte foram consultadas na por último citada base de dados electrónica.

Pelo interesse que assumem os factos aí descritos e as questões de direito colocadas, tomamos a liberdade de descrever, resumidamente, o *iter* processual.

II. No presente caso, 14 tripulantes do navio *Insular* intentaram contra Vieira & Silveira — Transportes Marítimos, S. A. (proprietária do navio *Ilha da Madeira*)⁽³⁾, uma acção declarativa comum, sob a forma de processo ordinário, no Tribunal Marítimo de Lisboa, para reconhecimento como salvação do socorro prestado pelo navio *Insular* ao *Ilha da Madeira*, bem como a consequente condenação ao pagamento do respectivo salário de salvação marítima, a liquidar no decurso dos autos ou em execução de sentença de acordo com os critérios dos arts. 6.º e 8.º da LSM, mas de montante não inferior a 20.000.000\$00 (€ 99.759,53), tendo alegado, em síntese, que, em 29 de Agosto de 1999, pelas 4h10, quando o *Insular* se encontrava a 34º e 30 minutos de latitude Norte e 14º e 32m de longitude Oeste, foram contactados via VHF pelo capitão do *Ilha da Madeira*, que se encontrava na posição de 33 graus e 58 minutos de latitude Norte e 15 graus e 8 minutos de longitude Oeste (a cerca de 45 milhas de distância do *Insular*), à deriva, com avaria na máquina principal e sem reparação possível no local, em mar encrespado, longe de qualquer porto ou lugar susceptível de amarração, sem possibilidade de navegar por seus próprios meios, em perigo iminente, com possível perda total ou parcial do navio, tendo os autores, depois de contactado o armador, ido ao encontro e rebocado o *Ilha da Madeira* até ao porto do Funchal, deixando-o a 1,4 milhas do molhe para onde foi levado pelo rebocador *Cabo Girão*.

Citada, contestou a Ré os factos por impugnação, tendo sido, *a final*, proferida sentença absolutória, datada de 21 de Janeiro de 2002, pelo então Juiz de Direito António Valentim de Oliveira Simões, que julgou a acção improcedente, fundamentalmente por-

⁽³⁾ Cujo objecto social consiste no exercício de transportes marítimos, nomeadamente, a navegação de longo curso, de cabotagem e costeira, para o transporte de pessoas e bens, fretamento e afretamento de navios, bem como as actividades que possam concorrer para o desenvolvimento ou para completar os seus fins sociais (art. 2.º dos estatutos).

que os autores não conseguiram demonstrar que o reboque do *Ilha da Madeira* decorreu sob perigo no mar⁽⁴⁾.

Inconformados, recorreram os autores para o Tribunal da Relação de Lisboa que, por acórdão de 12 de Dezembro de 2002, de que foi relatora a Senhora Desembargadora Lúcia Sousa, em colectivo composto pelos Senhores Desembargadores Nunes Ricardo e Américo Marcelino, confirmou a sentença recorrida em razão de não terem os autores logrado provar, como lhes incumbia, o pressuposto da salvação marítima, em particular o perigo no mar⁽⁵⁾. Inconformados, interpuseram os autores recurso de revista para o Supremo Tribunal de Justiça, que, uma vez mais, o julgou improcedente pelas razões reiteradamente expendidas nas precedentes instâncias, designadamente a inexistência de um perigo no mar⁽⁶⁾.

(4) Reproduzimos, a este respeito, as expressivas e eloquentes palavras da sentença (fls. 214-215): “No caso vertente, nada permite sustentar que se registou esse risco, verificando-se, isso sim, um grave contratempo que não se soube de imediato resolver com os meios existentes a bordo e que a simples e não menos oportuna e correcta passagem de um cabo de reboque prontamente solucionou. Foi ‘isto’ aliás, que o tribunal ouviu de honrados depoimentos de dois oficiais náuticos do navio *Insular* cujo teor, não permitiria dúvidas sobre o destino desta acção. Conclui-se assim, que os A.A. não conseguiram demonstrar que a actividade desenvolvida em prol da remoção do navio *Ilha da Madeira* através de reboque constituiu acto de salvação marítima, tal como é definido no art. 1.º, 1, a) do Dec.-Lei n.º 203/98. Consequentemente, não têm direito a salário de salvação marítima que nesta acção pretendiam lhes fosse fixado”.

(5) Destacamos do ac. do TRL o seguinte excerto (fls. 277-278): “Como resulta dos factos provados, o *Ilha da Madeira* teve uma avaria na máquina principal, que se limitava ao regulador de velocidade da mesma. Essa avaria podia ser reparada com os meios existentes a bordo embora de forma provisória e incompleta. O tempo e o mar estavam bons, não existindo qualquer perigo para o navio *Ilha da Madeira*, nem para a sua tripulação ou carga, nem o mesmo emitiu qualquer pedido de socorro. O navio *Insular* foi contactado por VHF pelo comandante do *Ilha da Madeira* que se encontrava apenas a 45 milhas de distância e, após autorização do armador, foi rebocar este até cerca do porto do Funchal. Não houve necessidade de qualquer manobra perigosa para a operação de reboque ou qualquer outra, tudo decorrendo sem incidentes e nem o *Ilha da Madeira* estava em perigo, nem tão pouco o *Insular* ou a sua tripulação correram quaisquer riscos. Acresce que o serviço prestado pelo *Insular* ao *Ilha da Madeira* poderia tê-lo sido por um rebocador, que se partisse do porto do Funchal, levaria uma média de 12 horas o alcançar. Os Apelantes não lograram provar, como lhes incumbia, os requisitos da ‘salvação marítima’, (...) nos termos do art. 342.º, n.º 1, do Código Civil. Por isso, também não há lugar ao ‘salário de salvação marítima’”.

(6) Reproduzimos o essencial da fundamentação do ac. do STJ: “(...) não se verificaram, quer o perigo real e iminente, ou extremamente provável, de perda da embarcação

III. Com relevo para a causa, foram considerados assentes os seguintes factos:

- A. No dia 28 de Agosto de 1999, largou do porto de Lisboa com destino ao porto do Funchal o navio *Insular*, propriedade da Transinsular — Transportes Marítimos Insulares, S. A.;
- B. Tal navio operava sob o comando do autor VM, fazendo os demais parte da tripulação do mesmo, detendo o autor CH a qualidade de imediato, o AG a de chefe de máquinas e o VC a de contramestre;
- C. No decurso da viagem, concretamente no dia 29 de Agosto de 1999, pelas 4h10, quando o navio *Insular* se encontrava na posição de 34,30 graus de latitude Norte e 14,32 de longitude Oeste, foi contactado via VHF pelo capitão do navio *Ilha da Madeira*, propriedade da Vieira & Silveira — Transportes Marítimos, S. A.;
- D. O navio *Ilha da Madeira* encontrava-se a cerca de 45 milhas de distância, na posição de 33,58 graus de latitude Norte e 15,8 de longitude Oeste;
- E. O navio *Ilha da Madeira* encontrava-se à deriva com avaria na máquina principal;
- F. A avaria em causa poderia ser reparada com os meios existentes a bordo, sendo certo que tal reparação seria incompleta e provisória;

ou da sua carga, como não estiveram os autores sujeitos a qualquer risco acrescido pelo facto de terem efectuado o reboque do *Ilha da Madeira* para o Funchal. Aliás, nem mesmo o comandante do *Ilha da Madeira* lançou qualquer pedido de socorro, nem contactou qualquer estação terrestre de emergência ou salvação, limitando-se a contactar o *Insular*, que se encontrava relativamente próximo, quiçá pelo facto de, como se aventa na contestação, as duas embarcações pertencerem a sociedades com o mesmo accionista. (...) a maior dificuldade que nessa tarefa se depara a uma embarcação que não esteja especialmente concebida para esse tipo de operação, não pode levar à caracterização de uma situação de perigo superior àquele que realmente existe com as incidências que são integrantes dos riscos próprios daquela operação. Assim, não logrando provar que o navio *Ilha da Madeira* se encontrava em situação de perigo real, os autores não trouxeram aos autos elementos caracterizadores da salvação marítima, pelo que a sua pretensão não podia proceder (...).”

- G. A mesma avaria foi comunicada ao navio *Insular*, tendo este seguido ao encontro do *Ilha da Madeira*, depois de o respectivo capitão ter contactado o armador;
- H. Pelas 7 horas do mencionado dia o *Insular* avistou o *Ilha da Madeira*, estabelecendo reboque até junto do porto do Funchal;
- I. Às 8,10 horas o *Insular* lançou um cabo para o *Ilha da Madeira*, estabelecendo reboque até junto do porto do Funchal;
- J. Pelas 23,50 horas, o *Insular* largou o cabo de reboque quando o *Ilha da Madeira* estava a 1,4 milhas de distância do molhe do referido porto e dele se aproximou o rebocador *Cabo Girão*;
- K. O navio *Ilha da Madeira* transportava cerca de 2.064 toneladas brutas de carga geral, distribuídas por 107 contentores, 13 dos quais frigoríficos, 61 viaturas ligeiras e 2 máquinas pesadas;
- L. Tanto o navio que tem um valor não inferior a 250.000.000\$00 (€ 1.246.995,92), como a sua carga chegaram sem danos ao Funchal;
- M. Quando se verificou a avaria na máquina do *Ilha da Madeira*, registavam-se boas condições de tempo e de mar, condições que subsistiam quando os navios se avistaram e subsistiram durante o período em que o navio foi rebocado;
- N. O *Ilha da Madeira* nunca lançou qualquer pedido de socorro, nem contactou qualquer estação terrestre de emergência e salvação ou autoridades marítimas;
- O. O *Ilha da Madeira* estava apenas a cerca de 12 horas de navegação do porto do Funchal, tendo em conta o tempo médio gasto por um rebocador de alto mar para relançar daquele porto o navio;
- P. O local onde se encontrava o *Ilha da Madeira* constitui rota usual dos navios mercantes que demandam os portos do Funchal e do continente português;

- Q. O *Ilha da Madeira* estava devidamente armado e equipado, estanque e abastecido, encontrando-se as suas ajudas à navegação e equipamentos de comunicação a funcionar em perfeitas condições;
- R. Quer na posição em que se encontrava, quer em muitas milhas em redor, não existiam baixios, leixões ou outros obstáculos de qualquer natureza contra os quais pudesse ser impelido;
- S. Caso o pretendesse, a Ré poderia ter contratado um serviço de reboque a partir de Lisboa, de Setúbal ou do Funchal, serviço que lhe custaria quantia não superior a 3.400.000\$00 (€ 16.959,14);
- T. Dadas as boas condições de tempo e de mar, o cabo de reboque foi estabelecido entre as duas embarcações sem qualquer dificuldade e à primeira tentativa;
- U. A aproximação entre as duas embarcações foi feita sem dificuldades ou riscos para qualquer delas, tendo-se processado o reboque sem quaisquer dificuldades ou contratempos;
- V. Durante o reboque as duas embarcações não sofreram danos e não estiveram as tripulações respectivas expostas a quaisquer perigos diversos dos inerentes à normal actividade dos marítimos;
- W. Na altura da conclusão do reboque, os autores não reclamaram qualquer salário ou sequer manifestaram à Ré a pretensão de terem procedido a uma operação de salvação marítima;
- X. A avaria da máquina do *Ilha da Madeira* limitava-se ao regulador de velocidade da máquina.

II. Da pluralidade de obrigados ao pagamento do salário de salvação marítima

I. Do acórdão em questão, cujas questões centrais, como é sabido, foram objecto de profundo comentário⁽⁷⁾, a cujos temas aí tratados não voltaremos senão a título acessório, tomamos a liberdade de salientar dois aspectos em particular, que, não tendo sido embora objecto do recurso, e, por isso, omissos da discussão de fundo nas sucessivas instâncias, assumem especial importância, o primeiro dos quais a pluralidade de obrigados ao pagamento do salário de salvação marítima⁽⁸⁾.

II. A acção declarativa em questão para apreciação dos actos em causa como salvação e para consequente condenação ao cumprimento do salário de salvação foi intentada pelos tripulantes do *Insular* contra a Vieira & Silveira — Transportes Marítimos, S. A., proprietária do navio socorrido *Ilha da Madeira*.

Os autores formularam para o efeito um pedido genérico de montante a liquidar no decurso dos autos ou em execução de sentença, atentos os critérios dos arts. 6.º e 8.º da LSM, mas de montante não inferior a 20.000.000\$00.

(7) Referimo-nos a COSTA GOMES, M. JANUÁRIO DA, “Entre a salvação marítima e o reboque. A propósito do Ac. STJ 05.06.2003 — O caso do Ilha da Madeira”, in *Estudos em memória do Prof. Doutor António Marques dos Santos*, Vol. I, Coimbra: Almedina, 2005, pp. 1053-1083 e CDP 8 (2004), pp. 14-33.

(8) A salvação já não é marítima, mas aquática. Com efeito, além de adoptada uma amplíssima noção de “property” no art. 1.º, al. c), e 3.º da CL 1989 abrangendo objectos de qualquer género e navios afundados e abandonados, a expressão “navigable waters” abrange águas não marítimas, como rios e lagos, assim como “any other waters whatsoever” rios não navegáveis. Entre nós, e. g., RAPOSO, M., *Notas sobre o Dec.-Lei n.º 203/98, de 10 de Julho, Estudos sobre o novo Direito marítimo*, Coimbra: Coimbra Ed., 1999, p. 23; *Idem*, “Transporte marítimo de mercadorias: hoje e amanhã”, in *III Jornadas de Lisboa de Direito Marítimo (23 e 24 de Maio de 2013) — Das Regras de Haia às Regras de Roterdão. As perspetivas para o transporte marítimo e para o transporte multimodal no século XXI*, org. COSTA GOMES, M. JANUÁRIO DA, Coimbra: Almedina, 2014, p. 47, AURELIANO, N., *A salvação marítima*, Coimbra: Almedina, 2006, pp. 61-62, COSTA GOMES, M. JANUÁRIO DA, *O ensino do Direito marítimo. O soltar das amarras do Direito da navegação marítima*, Coimbra: Almedina, 2005, pp. 179-180, no direito italiano, BERLINGIERI, FRANCESCO, *Sulla applicabilità della Convenzione del 1989 al “salvataggio” di tronchi di legno in un fiume*, DM (2003) 1, 274-278.

Este valor mínimo foi calculado, “tendo em atenção o valor do *Ilha da Madeira*, a carga que transportava, a prontidão do reboque, sua duração e os cuidados e esforços dos autores”, sendo certo que, de acordo com a matéria de facto assente, “o navio *Ilha da Madeira* transportava cerca de 2064 toneladas brutas de carga geral, distribuídas por 107 contentores, 13 dos quais frigoríficos, 61 viaturas ligeiras e 2 máquinas pesadas” [facto (xi)] e “tanto o navio que tem um valor não inferior a 250.000.000\$00, como a sua carga chegaram sem danos ao Funchal” [facto (xii)].

Com efeito, na medida em que o navio *Ilha da Madeira* tivesse sido salvo⁽⁹⁾, o seu proprietário seria naturalmente obrigado ao pagamento da parte proporcional do salário de salvação marítima que à situação em apreço coubesse, de acordo com o disposto, entre outros, no art. 6.º, n.º 2, da LSM⁽¹⁰⁾, cujo texto reproduzimos para clareza de discurso: “Pelo pagamento do salário de salvação marítima, fixado nos termos do número anterior, respondem a embarcação e os restantes bens salvos, na proporção dos respectivos valores, calculados no final das operações de salvação marítima”⁽¹¹⁾.

O citado art. 6.º, n.º 2, da LSM — em consonância com a matriz propalada no seu preâmbulo — segue, de perto, o disposto no art. 13.º, n.º 2, 1.ª prt., da CL 1989, segundo o qual “O pagamento de um salário de salvação determinado nos termos do parágrafo 1 será efectuado por todos os interesses no navio e demais bens em proporção aos respectivos valores salvos”⁽¹²⁾. A redacção

⁽⁹⁾ Que não foi, uma vez que não se verificava o requisito do perigo no mar. Sobre o tema, COSTA GOMES, M. JANUÁRIO DA, *Entre a salvação...*, 1053 ss. e CDP 8 (2004), pp. 14 e ss.

⁽¹⁰⁾ Uma vez que os factos em questão datam de Agosto de 1999, ocorreram já durante a vigência da LSM, cuja entrada em vigor se deu a 9 de Agosto de 1998 (art. 18.º do citado diploma).

⁽¹¹⁾ O pretérito regime da salvação nos arts. 676.º a 691.º do Código Comercial (revogados pelo 17.º da LSM) e o da Convenção de Bruxelas de 23 de Setembro de 1910 para a unificação de certas regras em matéria de assistência e de salvação marítimas, ratificada por Portugal a 13 de Agosto de 1913, não continham normas que especificassem os devedores do salário de salvação (assim, para a CB 1910 e o Anteprojecto de Montreal, BERLINGIERI, F., *Convenzioni...*, p. 569).

⁽¹²⁾ No original inglês: “*Payment of a reward fixed according to the paragraph 1 shall be made by all of the vessel and other property interests in proportion to their respec-*

da norma portuguesa tem, todavia, duas singularidades: (i) onde no art. 13.º, n.º 2, da CL 1989 se refere que “o pagamento é efectuado por”, no art. 6.º, n.º 2, da LSM optou-se pela palavra “respondem”; (ii) onde no art. 13.º, n.º 2, da CL 1989 é dito dever ser o pagamento efectuado “pelos interesses⁽¹³⁾ no navio e nos restantes bens”, no art. 6.º, n.º 2, optou-se por escrever responderem “o navio e os restantes bens”. Julgamos que, com o propósito de ali-

tive saved values”; no original francês: “*Le paiement d’une rémunération fixée conformément au par. 1 doit être effectué par toutes les parties intéressées au navire et aux autres biens sauvés en proportion de leur respective valeur*”; no original castelhana: “*El pago de una recompensa determinada con arreglo al párrafo 1 se efectuará por todos los intereses vinculados al buque y a los demás bienes salvados en proporción a sus respectivos valores*” (cf. também o art. 362.º, n.º 2, da LNM de 2014 “*El pago del premio se efectuará por todos los intereses vinculados al buque y a los demás bienes salvados en proporción a sus respectivos valores*”) No Direito alemão, cf. o § 576 (3) do HGB, cuja actual redacção é igualmente inspirada na CL 1989: “*Zur Zahlung des Bergelohns und der Bergungskosten sind der Schiffseigentümer sowie die Eigentümer der sonstigen geborgenen Vermögensgegenstände im Verhältnis des Wertes des Schiffes und der Vermögensgegenstände zueinander anteilig verpflichtet*”. Cf. a tradução portuguesa de RAPOSO, MÁRIO, *Convenção Internacional de 1989 sobre Salvação*, em *Estudos sobre o novo Direito marítimo. Realidades internacionais e situação portuguesa*, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 67: “O pagamento de uma remuneração fixada em conformidade com o parágrafo 1.º deve ser efectuado por todos os interessados no navio e nos outros bens salvos na proporção do respectivo valor”. Cf. a tradução italiana oficial publicada na Lei n.º 129, de 12 de Abril de 1995: “*Il pagamento di una remunerazione stabilita in conformità con il paragrafo 1 sarà effettuato da tutte le parti interessate alla nave ed agli altri beni tratti in salvo, proporzionalmente al loro valore rispettivo*”. No decurso dos trabalhos do Comité Jurídico da OMI, a Câmara Internacional de Navegação (ICS — *International Chamber of Shipping*) apresentou o seguinte texto para o, à data, art. 10.º/2 (hoje art. 13.º): “*Notwithstanding that a court having jurisdiction may, under national law, order payments under paragraph 1 to be made initially by any of the property interest, these amounts shall be borne by the property interests in proportion to their value. Nothing in this article shall prevent any right of recourse or defence*”. Posteriormente, a Holanda propôs a alteração do texto para a seguinte redacção, na qual a hipótese de um dos interessados ser obrigado ao pagamento da totalidade do salário de salvação marítima dependia não de um tribunal mas de os Estados-Partes adoptarem tal solução no respectivo Direito interno: “*Payment of a reward fixed according to paragraph 1 must be made by all property interests in proportion to their saved value. However, a State Party may in its national law provide that the payment of a reward has to be made by one of these interests, subject to a right of recourse of this interest against the other interests for their share as determined in accordance with the first sentence*”. Cf., a este respeito, BERLINGIERI, F., *Convenzioni...*, pp. 569-571.

⁽¹³⁾ Na versão original francesa “*partes interessadas*” e na tradução de Mário Raposo “*os interessados*”.

nhar o Direito interno com a CL 1989, o legislador foi menos exacto na forma como exteriorizou este primordial desiderato. Em nosso entender, a referência à “responsabilidade” de coisas — neste caso, da embarcação⁽¹⁴⁾ e dos restantes bens salvos — deve, em coerência com a CL 1989, entender-se metaforicamente feita aos “interesses no navio e demais bens”, ou seja, no que ao navio concerne, ao proprietário e armador⁽¹⁵⁾, na proporção dos respecti-

⁽¹⁴⁾ Mal se compreende, senão por hesitação na tradução de “vessel”, a inconsistência terminológica na LSM entre navio e embarcação (cf. os arts. 1.º, n.º 1, al. a), 9.º, n.º 1, 11.º, n.º 2, e 16.º deste diploma), sobretudo atento o disposto no art. 1.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 201/98 (ainda que apenas para efeito desse diploma). Cf. RAPOSO, M., *Notas...*, p. 41, *Idem*, *Transporte marítimo de mercadorias: hoje e amanhã...*, 2014, 48, COSTA GOMES, M. JANUÁRIO DA, *Entre a salvação...*, 22 = 1066, *Idem*, *O ensino...*, p. 215⁽⁸⁹⁸⁾, e AURELIANO, N., *A salvação...*, p. 64.

⁽¹⁵⁾ No sentido de que é o armador o obrigado ao pagamento do salário na proporção devida ao interesse relativo ao navio, *e. g.*, entre nós, embora não expressamente, AURELIANO, NUNO, *A salvação...*, pp. 139-140, no direito espanhol, I. MARTÍNEZ, ARROYO, *Compendio*⁵..., p. 340, no italiano, BERLINGIERI, F., *Sul debitore del compenso di assistenza e salvataggio*, *DM* (1954), pp. 426 e ss. Em sentido contrário, RIZZO, “*La nuova disciplina internazionale del soccorso in acqua e il codice della navigazione*”, Ed. Scientifiche Italiane, 1996, Régio de Calábria, pp. 118 e ss., ANTONINI, “*Obbligazioni pecuniarie nascenti dal soccorso: profili soggettivi e natura giuridica*”, *DT* (1997), p. 29, SEVERONI, C., *La remunerazione del soccorso tra interesse pubblico ed interessi privati*, Vol. II — *Profili sistematici e lineamenti evolutivi*, Giuffrè, Milão, 2005, pp. 57 e ss., CAMARDA, G., *Il soccorso in mare. Profili contrattuali ed extracontrattuali*, Giuffrè, Milão, 2006, pp. 133 ss., TULLIO, L., “*Debitore del compenso di salvataggio è il proprietario della nave o l’armatore?*”, *DT* (2013), pp. 543 e ss., e D’OVIDIO, A. LEFEBVRE, *et al.*, *Manuale di diritto della navigazione*, 14.ª ed., Giuffrè, Milão, 2016, pp. 673-674 (entendem constituir-se o crédito na esfera do proprietário do navio salvo, que não na do armador, pois, em caso de perda do navio, é a carga do proprietário fretador a maior perda económico perdendo o valor do navio, ao contrário do armador afretador que apenas perde o frete). Ao pagamento da compensação especial são obrigados o proprietário do navio e os dos restantes bens salvos (art. 9.º, n.º 1, da LSM). Assim também COSTA GOMES, M. JANUÁRIO DA, *O ensino...*, p. 198⁽⁸³⁶⁾, e BERLINGIERI, F., *Convenzioni...*, pp. 570-571; nota a perplexidade de não vir no art. 9.º, n.º 1, da LSM considerado o armador AURELIANO, N., *A salvação...*, pp. 146-147. O legislador pátrio inovou ante o art. 14.º, n.º 1, da CL 1989 que só impõe o pagamento da compensação especial ao proprietário do navio (*owner*), sem prejuízo de regresso contra terceiros (art. 14.º, n.º 6; cf. também a regra XVII, al. b), das RIA 2016). A solução dificulta, na prática, sobremaneira, o recobro da quantia devida a título de compensação especial que terá de ser pedida também a cada um dos proprietários dos bens salvos. Por outro lado, algumas soluções normativas visam, de forma relativamente clara, sobretudo (senão exclusivamente) o proprietário como devedor da compensação: por ex., o art. 9.º, n.ºs 2 e 4. Quanto ao art. 9.º, n.º 2, os gastos realizados com pessoal e material, incluída a sua amortização, são-no tipicamente do armador. Quanto ao art. 9.º, n.º 4, na prática, difi-

vos interesses [cf. o art. 1.º, n.º 1, al. c), da LSM]⁽¹⁶⁾ e, no que aos restantes bens respeita, por norma⁽¹⁷⁾ aos respectivos proprietários, à data do termo das operações de salvação [cf. o art. 6.º, n.º 3, da LSM, bem como a fungibilidade dos conceitos de proprietário e armador no art. 1.º, n.º 1, al. c)]⁽¹⁸⁾.

cilmente terão os proprietários dos outros bens salvos seguro de responsabilidade civil para o efeito; tem-no, pelo contrário, tipicamente o proprietário do navio, o qual é, de resto, genericamente imposto aos navios de arqueação bruta igual ou superior a 300 (arts. 2.º, n.º 1, e 4.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 50/2012, de 2 de Março), aos de arqueação bruta superior a 1000 para cobertura da responsabilidade por prejuízos de poluição de combustível de bancas (art. 7.º, n.º 1, da Convenção Internacional sobre a Responsabilidade Civil pelos Prejuízos por Poluição causada por Combustível de Bancas, de 2001), aos de arqueação bruta igual ou superior a 300 para cobertura de responsabilidade relativa à remoção de destroços de navios (art. 12.º, n.º 1, da Convenção de Nairobi de 2007), aos de transporte de mais de 2000 toneladas de hidrocarbonetos para cobertura de poluição destes derivada (art. VII/1 da CLC69/92), ou aos de transporte de mercadorias nocivas e potencialmente perigosas por mar (art. 12.º, n.º 1, da Convenção HNS); em relação aos seguros obrigatórios de responsabilidade civil, estabelece hoje o art. 146.º, n.º 1, do RJCS a acção directa dos lesados, sem dependência de prévia interpelação do lesado ao segurado lesante, ao contrário do que dispõe o art. 9.º, n.º 4, da LSM. Cf. o caso paralelo do art. 501.º, n.ºs 1 e 2, do CSC, sobre o qual, por todos, COSTA GOMES, M. JANUÁRIO DA, “A sociedade com domínio total como garante. Breves notas”, in *Estudos de Direito das Garantias*, Vol. II, Coimbra: Almedina, 2010, 255-274, RDS 1 (2009) 4, pp. 865-883, e *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Vol. IV, org. LEBRE DE FREITAS, José, et al., Coimbra: Almedina, 2011, pp. 197-216. Impõe-se, por conseguinte, apurar, quando forem diversos os sujeitos, a extensão dos interesses concorrentes do armador e do proprietário. A aplicação analógica do art. 4.º, n.º 1, al. a), 5.º e 6.º do Decreto-Lei n.º 202/98 não singra, na medida em que são os mesmos dirigidos à responsabilidade civil delitual do armador. Sobre esta, v. g., por último, COSTA GOMES, M. JANUÁRIO DA, *Limitação...*, pp. 149 e ss., 176 e ss.

⁽¹⁶⁾ Críticos em relação à norma RAPOSO, M., *Notas...*, pp. 23-24, COSTA GOMES, M. JANUÁRIO DA, *O ensino...*, 192⁽⁸¹⁰⁾, AURELIANO, N., *A salvação...*, p. 115.

⁽¹⁷⁾ Sem prejuízo da oneração das coisas por direitos reais ou pessoais de gozo, pelos quais se conclua pela existência de interesses concorrentes do proprietário e doutros sujeitos. A consideração dessoutros impõe-se, segundo cremos, pela forma como o legislador consignou essa ambivalência (proprietário ou armador) no que respeita aos interesses sobre o navio (cf., e. g., o art. 1.º, n.º 1, al. c), da LSM; a referência a “armador dos bens objecto das operações de socorro”, embora infeliz, porque armadores só de navios, que não dos demais bens objecto de salvação, não consente obviamente qualquer interpretação restritiva do salvado ao proprietário ou armador do navio; pondera-a, negando-a a final, AURELIANO, N., *A salvação...*, p. 115; é também justa a crítica terminológica de RAPOSO, M., *Notas...*, p. 24, quanto ao atípico e desnecessário uso da palavra *salvado* neste contexto enquanto parte interveniente numa operação de salvação).

⁽¹⁸⁾ Diferente da questão em torno da devedores do salário é a limitação da sua res-

O legislador português não recorreu⁽¹⁹⁾, assim, à 2.^a parte do art. 13.º da CL 1989 pela qual podia o pagamento da totalidade do salário ter ficado a cargo de um dos interessados (nomeadamente, o armador), com direito de regresso sobre os demais na medida das respectivas quotas nas relações internas⁽²⁰⁾, o que, embora em tese

ponsabilidade patrimonial aos bens salvos ou ao seu valor (cf. o art. 602.º do CC). Se, em relação à CL 1989, julgamos não poder afirmar-se visar o art. 13.º, n.º 1, a limitação da responsabilidade patrimonial do devedor aos bens salvos, mas apenas a determinação dos devedores e do *quantum* da obrigação a seu cargo, curando, por seu turno, o n.º 2 desse preceito da limitação não aos bens mas ao seu valor, é menos claro se pode o mesmo concluir-se em face do Direito interno português (à luz do Direito internacional convencional a que se encontra Portugal vinculado, os arts. 8.º, al. *b*) e 2.º, III, da CB 1910 impõem que “em nenhum caso será devida quantia excedente ao valor das cousas salvas” e que a fixação da remuneração toma por base o valor dessas mesmas coisas, impondo uma limitação ao valor das coisas: cf. também COSTA GOMES, M. JANUÁRIO, *Limitação...*, p. 290⁽²³⁵⁾”. Com efeito, o art. 6.º, n.º 2, à primeira vista e em termos literais, não se limita a reproduzir os dizeres do art. 13.º, n.º 1, antes reforça tratar-se de “responder” e especifica serem “os bens salvos” — que não os “interesses” (versão inglesa e castelhana) ou os “interessados” (versão francesa e tradução italiana; cf. também o § 576 (3) do HGB) — precisamente aqueles que respondem. Contudo, o art. 6.º, n.º 2, não afirma “responderem” apenas tais bens, mas “responderem” esses bens (o que, de resto, já resultaria das regras gerais: cf. o art. 601.º do CC), de modo que nada permite concluir não responder o restante património do devedor pela dívida (ainda que limitado o crédito ao valor dos bens nos termos do n.º 3). Por outro lado, a entender-se que o n.º 2 limita a responsabilidade patrimonial do devedor aos bens salvos (mais do que ao seu valor), isso significa não responder com todo o seu património, mas apenas com tais bens, o que se articularia mal com o n.º 3: se o n.º 2 limitasse a responsabilidade patrimonial aos bens salvos, limitar o crédito (já constituído em termos proporcionais ao valor dos bens *ex n.º 2*) expressamente ao valor dos bens através do n.º 3 seria redundante. Julgamos, por isso, que a norma do n.º 3 visa a limitação do *quantum* do crédito e da responsabilidade patrimonial ao *valor de determinadas coisas* (reforçada por eventuais garantias reais, como seja o direito de retenção e os privilégios mobiliários especiais sobre o navio e a carga: arts. 14.º da LSM e 578.º, n.º 2 e 580.º, n.º 2 do CCom), que não a limitação da responsabilidade patrimonial a *determinadas coisas* (art. 602.º do CC). Pelo contrário, o n.º 2 visa identificar os obrigados ao pagamento do salário de salvação e a medida em que o são entre si (em proporção dos respectivos valores), mas não circunscrever a responsabilidade patrimonial aos bens. No mesmo sentido, segundo cremos, entre nós, COSTA GOMES, M. JANUÁRIO DA, *O ensino...*, p. 195⁽⁸²¹⁾, e *idem*, *Limitação de responsabilidade por créditos marítimos*, Coimbra: Almedina, 2010, p. 21.

⁽¹⁹⁾ Em rigor, a questão do uso ou não da referida faculdade não se coloca, uma vez que, embora Portugal tenha adaptado o seu Direito interno, em particular a LSM, à CL 1989, não se encontrava à mesma vinculado na ordem jurídica internacional à data da elaboração daquele diploma nem à data em que escrevemos.

⁽²⁰⁾ Soluções de compromisso podem ver-se, no Direito lusófono, no cabo-verdiano, o art. 628.º, n.ºs 1 e 2 do CM de 2010: “Pelo pagamento do salário de salvação marí-

diminuísse nas relações externas o número de obrigados, facilitaria ao salvador o recobro do seu crédito, atenta a manifesta dificuldade

tima, fixado nos termos do n.º 1 do artigo anterior, respondem o armador do navio e os titulares dos restantes bens salvos, na proporção dos respectivos valores, calculados no final das operações de salvamento” e “Se o bem salvado for um navio, o armador fica obrigado ao pagamento do valor total da recompensa, podendo reclamar em avaria grossa a parte que corresponda aos titulares dos bens a bordo, conforme o disposto no Título I deste Livro”; no Direito macaense, o art. 279.º, n.ºs 1 e 2 do Decreto-Lei n.º 109/99/M, de 13 de Dezembro: “Cada um dos interessados nos bens salvos é obrigado a participar na remuneração nos termos do n.º 2 do art. 283.º” e “Caso a remuneração seja integralmente paga por um dos interessados, e constitua uma despesa de avaria comum nos termos do n.º 2 do art. 228.º, a comparticipação de cada um dos interessados é determinada segundo o regime aplicável à avaria comum, mas com base no valor dos bens salvos no momento e lugar em que termina o serviço de salvamento”; no Direito brasileiro, a Lei n.º 7.203, de 3-Jul.-1984, não determina expressamente os sujeitos obrigados ao pagamento do salário nem os termos em que o sejam. Cf., também, no Direito espanhol, o art. 362.º, n.º 2, da LNM de 2014: “*El pago del premio se efectuará por todos los intereses vinculados al buque y a los demás bienes salvados en proporción a sus respectivos valores, sin perjuicio de que el premio pueda ser abonado por el armador del buque salvado, a reserva de su derecho a repetir contra el resto de los intereses de los bienes a bordo salvados por sus respectivas aportaciones o de lo que proceda en caso de avería gruesa. En el caso de salvamento de bienes que no se hallen a bordo o no hayan sido transportados por un buque será deudor del premio el titular de dichos bienes*”. No Direito italiano, a jurisprudência tem considerado o armador obrigado, em primeira linha, ao pagamento da totalidade do salário de salvação, sem prejuízo de regresso contra os demais interessados nos bens salvos, aduzindo, *grosso modo*, os seguintes argumentos: (i) a responsabilidade do armador *ex art.* 274.º do CNav pelas obrigações assumidas pelo capitão do navio; (ii) a prevalência do interesse do armador (“interesse do navio”) em relação aos demais interesses em risco (assim, Cass. 5.VIII.1987, n. 6715, *Amministrazione Finanziaria dello Stato c. Caspel*, DM (1988), p. 1120, sentença do Tribunal de Messina de 21.XI.1961, *Rimorchiatori Siciliani e Ditta Picciotto c. Società di Navigazione Marittima Unione*, DM (1962), p. 376, Cass. 20.X.1953, n. 3458, *Soc. Rimorchi e Salvataggi Forchi c. Ministero Difesa*, DM (1954), p. 425, sentença do Tribunal de Messina de 12.X.1988, *Caronte c. Patmos Shipping Corp., Esso italiana ed altri*, DM (1989), p. 1114, e PESCATORE, *Requisizione di nave e compenso di assistenza o salvataggio*, *For. Ital.* (1951), I, p. 1084). PIOMBINO responde a estes argumentos dizendo: (i) ser ultrapassada a visão segundo a qual o interesse prevalente é o do armador, perante a realidade do actual tráfego marítimo; (ii) há normas que excluem a solidariedade por actos do comandante neste particular e, em geral, entre os proprietários dos bens salvos nos arts. 497, 552/4 e 561/3 do CNav, que prevêem privilégios distintos sobre os navios e sobre a carga, a este propósito, o que aponta no sentido de que é aquele cujo bem é onerado que é o obrigado a pagar; (iii) a orientação do Direito inglês, que é pacífica no sentido da inexistência de solidariedade, influencia a *praxis* marítima internacional bem como os instrumentos uniformes, como o *Lloyd’s Standard Form of Salvage Agreement*, que vão, de igual modo, no sentido do afastamento da solidariedade.

de agir contra todos os interessados dos bens salvos, sobretudo quando deles não haja obtido garantia nos termos do disposto no art. 21.º da CL 1989 ou o arresto dos bens salvos ou, ainda, quando o contrato de salvação não tenha sido celebrado com recurso ao LOF 2011^(21/22).

III. Esta orientação do art. 6.º, n.º 2, da LSM, que ora propugnamos em consonância com o art. 13.º, n.º 2, da CL 1989, parece, todavia, perturbada pelo disposto no art. 7.º da LSM segundo o qual: “O pagamento do salário de salvação marítima é feito pelos salvados⁽²³⁾ de harmonia com as regras aplicáveis à regulação da avaria grossa ou comum”⁽²⁴⁾. O sentido exacto desta remissão para as regras das avarias grossas — que não encontra

(21) Segundo a cláusula 4.ª, n.º 6, do clausulado LSSA (*Lloyd's Standard Salvage and Arbitration Clauses*), incorporado no LOF 2000 por força da cláusula I: “*The owners of the vessel including their servants and agents shall use their best endeavours to ensure that none of the property salvaged is released until security has been provided in respect of that property in accordance with clause 4.5*”. Solução idêntica constava já do LOF 2000.

(22) Estão copiosamente atestadas na doutrina as dificuldades na identificação de todos os titulares de bens salvos e nas acções que contra os mesmos se haja de mover, *e. g.*, por CARBONE, S., *et al.*, *Il diritto*..., pp. 435-436, BERLINGIERI, F., *Convenzioni*..., p. 571.

(23) A palavra “*salvados*” aparece 4 vezes na LSM nos arts. 7.º e 13.º, n.ºs 2 e 3 com um sentido idêntico: directamente refere-se aos bens salvos (*cf.* o art. 6.º, n.º 2, a ler a par do 7.º), metaforicamente aos interessados nos bens salvos (devedores por meio da salvação desses mesmos bens e cuja obrigação está ao seu valor limitada: art. 6.º, n.º 3). *Cf.*, *e. g.*, RAPOSO, M., *Notas*..., p. 56.

(24) Idêntica norma é reproduzida no art. 138.º da PLNCM de 2010: “O pagamento do salário de salvação marítima é feito pelos salvados de harmonia com as regras aplicáveis à regulação da avaria comum”. Permitimo-nos a liberdade de um reparo terminológico à opção da PLNCM de 2010 (*e.* no Direito macaense, do Decreto-Lei n.º 109/99/M) por “*avaría comum*” em detrimento de “*avaría(s) grossa(s)*”. A expressão mais frequentemente usada no Código Comercial brasileiro de 1850 (arts. 449.º, n.º 1, 527.º, 599.º, 611.º, 613.º, 619.º, 620.º, 621.º, 622.º, 626.º, 714.º, 752.º, 763.º, 764.º/18, 19 e 20, 765.º, Cap. II do Tit. XIII, 783.º, 785.º, 786.º, 787.º, 789.º, 792.º, 793.º, 794.º) no Código Comercial português de 1888 (607.º, 635.º *pr.* e § 1.º, 639.º, 641.º, 643.º, 645.º, 650.º, 651.º, 652.º), e no Código Marítimo cabo-verdiano de 2010 (arts. 577.º, n.ºs 1 e 2, 578.º, n.ºs 1 e 3, 580.º, 584.º, 594.º, 600.º, 601.º/2) é “*avaría(s) grossa(s)*”, não “*avaría comum*”, da mesma forma que no Direito espanhol se opta pelo vocábulo “*avería(s) gruesa(s)*” (assim, expressamente, por *ex.*, GUTÉS PASCUAL, M. R., *La avería*..., p. 29) e no Direito alemão por “*große Haverei*”, ao contrário dos Direitos francês (“*avarie commune*”), italiano (“*avaría comune*”) e anglo-saxónico (“*general average*”). Não vemos razões suficientes para uma mudança terminológica neste particular.

precedente na CL 1989⁽²⁵⁾ — não é inteiramente claro, desde logo porque ambos os regimes apresentam não despidiendas diferenças, por exemplo, o âmbito e a extensão do perigo relevante para caracterização de cada um dos institutos⁽²⁶⁾, a natureza intencional do acto⁽²⁷⁾, a natureza do sacrifício ou despesa a repartir por todos⁽²⁸⁾, o momento relevante para cálculo do valor dos bens para determinação do montante das obrigações em questão⁽²⁹⁾, e os termos da própria repartição⁽³⁰⁾, daí que nem sempre seja o salário de salvação marítima⁽³¹⁾ admissível em avaria grossa (cf. a regra VI das RIA 2016)⁽³²⁾. Estranha-se por isso por que motivo deva aplicar-se

(25) Que só se ocupa da articulação da salvação com as avarias grossas no Anexo 2 donde consta uma Deliberação solicitando a alteração das RIA 1974 de modo a não serem admitidos em avaria grossa os pagamentos a título de compensação especial, nos termos do art. 14.º da CL 1989. *Vide*, a propósito, RAPOSO, M., “Assistência marítima. Evolução e problemas”, in *Estudos...*, pp. 103-104.

(26) Num caso conjuntamente sobre o navio e a carga (cf. o art. 635.º, § 1.º, do CCom), noutro independentemente da natureza conjunta desse perigo (cf. o art. 1.º, n.º 1, al. a), da LSM).

(27) Que afasta a salvação espontânea das avarias grossas reguladas no CCom (mas não do regime das avarias grossas nas RIA 2016, cuja aplicação carece de convenção das partes nesse sentido).

(28) Sacrifício ou despesa que têm de ser singulares ou da parte de um sujeito para serem admitidos à contribuição por todos em avaria grossa. Na salvação, a despesa corresponde a um débito que se constitui repartido *ab origine* por todos os proprietários dos bens salvos.

(29) Para efeito do salário de salvação, o termo das operações de salvação (art. 6.º, n.ºs 2 e 3 da LSM), para efeito das avarias grossas, o tempo no lugar da descarga (arts. 639.º, § 1.º, n.º 2, 647.º e 649.º pr. do CCom).

(30) Na salvação marítima, na proporção dos valores dos bens salvos (art. 6.º, n.º 2, da LSM), nas avarias grossas, proporcionalmente entre a metade do valor do navio e do frete (art. 636.º do CCom).

(31) Desde logo, à luz do Direito português, quando o salário de salvação não decorra de um acto voluntário do capitão, designadamente em caso de salvação espontânea (diferentemente, a regra VI das RIA 2016). Em sentido contrário, segundo cremos, mesmo em face do Direito português, COSTA GOMES, M. JANUÁRIO DA, *Direito...*, IV, pp. 52-53.

(32) A opinião comum pende, genericamente, em face do Direito positivo português (arts. 634.º a 633.º do CCom), em favor da admissão do salário de salvação em avaria grossa, verificados os pressupostos deste instituto, sobretudo em razão do teor dos prs. dos arts. 634.º e 635.º do CCom que admitem em avaria não apenas sacrifícios como também despesas extraordinárias. Assim, MARTÍNEZ, P., *Teoria e prática dos seguros*, 2.ª ed., Lisboa: Imprensa Artística, 1953, p. 152, AZEVEDO MATOS, O., *Princípios de Direito marítimo*, Vol. III — *Dos acontecimentos de mar*, Lisboa: Ática, 1958, pp. 336 e 340, VASCONCELOS ESTEVES, J., *Acontecimentos de mar: Abalroamento, assistência e salvamento e avarias*

o regime da regulação das avarias grossas quando o salário não seja como tal admissível. Além destes, outros problemas se levantam, a começar pelo regime sujeito à remissão, que, se bem lemos, é apenas o do *pagamento* que não o de todo o regime do salário de salvação marítima, assim como, por sua vez, não é aplicável todo o regime das avarias grossas, mas apenas as regras atinentes à sua *regulação*.

No Direito estrangeiro próximo, encontramos no italiano uma remissão algo similar no art. 497.º do CNav de 1942⁽³³⁾, segundo o qual: “A despesa pelas indemnizações e compensação devidos ao navio salvador em caso de assistência ou salvação de navio ou aeronave é repartida a cargo dos interessados na expedição salva de acordo com as normas das disposições sobre avarias grossas, ainda que a assistência não tenha sido pedida pelo capitão do navio em perigo ou tenha sido prestada perante a sua recusa”^(34/35). A doutrina recente tem acentuado que, uma vez consagrada na CL 1989 a disjunção⁽³⁶⁾ ou, para outros, a parciariedade debitória⁽³⁷⁾ — que não a solidariedade ou a vinculação isolada do armador que agiria depois contra os restantes interessados em via regressiva ou sub-rogatória

marítimas, Lisboa: Petrony, 1987, pp. 100-101, MATA, J., *Seguro marítimo. Mercadorias*, 3.ª ed., Lisboa: Petrony, 1990, pp. 261, 278 e 280-281, RAPOSO, M., *Notas...*, p. 43, COSTA GOMES, M. JANUÁRIO DA, *Direito...*, IV, pp. 30 e 52-53.

⁽³³⁾ Cf. também o simétrico art. 989.º do CNav para a salvação de aeronaves.

⁽³⁴⁾ “*La spesa per le indennità e per il compenso dovuti alla nave soccorritrice in caso di assistenza o salvataggio di nave (...) viene ripartita a carico degli interessati alla spedizione soccorsa a norma delle disposizioni sulla contribuzione alle avarie comuni, anche quando l’assistenza non sia stata richiesta dal comandante della nave (...) in pericolo o sia stata prestata contro il suo rifiuto*”.

⁽³⁵⁾ Sem embargo, o regime da salvação do CNav de 1942 encontra-se hoje, após a entrada em vigor no Direito italiano da CL 1989, largamente arredado por força do art. 2.º da CL 1989 que adopta o chamado critério da *lex fori* (na esteira do art. 8.º da CB 1952 sobre o arresto de navios, cujo modelo foi depois adoptado pelo art. 7.º da CB 1957 sobre limitação da responsabilidade dos proprietários de navios, pela CLC 1969, pelo art. 15.º/1 da LLMC 1976, pelo art. 2.º da CL 1989, pelo art. 13.º, n.ºs 1 e 2 da Convenção sobre privilégios e hipotecas de 1993 e pelo art. 8.º, n.º 1, da Convenção sobre arresto de navios de 1999). Sobre este preceito, *vide*, v. g., CARBONE, S., *et al.*, *Il diritto*..., pp. 425-428, BERLINGIERI, F., *Convenzioni...*, pp. 460-462.

⁽³⁶⁾ Assim, e. g., PIOMBINO, E., *Salvataggio e avaria comune...*, pp. 954-961. Crítico da ideia de obrigações disjuntas RIGHETTI, G., *Trattato...*, III, *passim*.

⁽³⁷⁾ Neste sentido, e. g., ANTONINI, *Le obbligazioni pecuniarie...*, pp. 35 e ss.

—, o âmbito de aplicação do preceito foi substancialmente reduzido, na medida em que não há um sacrifício de um a compensar pelos demais, encontrando-se o seu âmbito de aplicação circunscrito aos casos em que o armador contratualmente assuma o pagamento da totalidade do salário de salvação⁽³⁸⁾.

Voltando ao Direito português, o art. 7.º da LSM, lido à letra, remeteria o pagamento do salário de salvação marítima para a regulação das avarias grossas⁽³⁹⁾ em marcada oposição com as regras dispostas no regime da salvação marítima, de que é exemplo o art. 636.º do CCom, segundo o qual “As avarias comuns são repartidas proporcionalmente entre a carga e a metade do valor do navio e do frete”⁽⁴⁰⁾. Ora, a aplicação desta norma contradiria frontalmente o disposto no art. 6.º, n.º 2, da LSM, pelo qual deve a repartição ser feita proporcionalmente pelos interesses salvos, que não proporcionalmente pela carga e a metade do valor do navio e do frete. Também a aplicação por força do art. 7.º da LSM à salvação marítima dos arts. 639.º, § 1.º, n.º 2, 647.º e 649.º pr. do CCom, na parte relativa ao momento da avaliação dos bens, contrariaria uma regra da salvação marítima que o legislador fez questão de reiterar nos n.ºs 2 e 3 do art. 6.º, *i. e.*, que o valor dos bens salvos deve ser calculado no final das operações de salvação marítima (que não, por ex., no lugar da descarga). Assim, a prevalência do elemento literal do art. 7.º da LSM desvirtuaria o propósito expresso no preâmbulo do mesmo diploma de actualizar o Direito interno em face da assinatura em 28 de Abril de 1989 da CL e que encontra

(38) Cf. LEFEBVRE, D’OVIDIO A., *et al.*, *Manuale*¹⁴..., pp. 675-676.

(39) Note-se que o art. 7.º da LSM não remete para *todo* o regime das avarias grossas (arts. 634.º a 653.º do CCom e 953.º a 958.º do CPC), mas apenas para o relativo à *regulação* das mesmas (cf. os arts. 634.º, § 2.º, 648.º, § 1.º, 649.º, § 3.º, 650.º, 652.º do Código Comercial português, e 762.º, 764.º, n.º 20, 783.º, 786.º do Código Comercial brasileiro, 583.º do Código Marítimo de Cabo Verde, 253.º, n.ºs 1 e 2, 255.º, 256.º, 257.º, 258.º, 260.º, n.ºs 1 e 2 do Decreto-Lei n.º 109/99M de Macau), devendo como tal entender-se o procedimento tendente à repartição e rateio dos sacrifícios e despesas extraordinárias em avaria grossa. Todavia, a exacta circunscrição da remissão às regras da regulação das avarias grossas não elimina as várias contradições normativas que resultariam da sua aplicação.

(40) Aplica o referido preceito à salvação marítima AURELIANO, NUNO, *A salvação*..., pp. 139-140.

manifesto respaldo nas soluções consagradas no articulado do mesmo diploma (desde a unificação dos institutos da salvação e da assistência até à consagração da compensação especial).

Cremos, por isso, dever ser o art. 7.º da LSM objecto de *interpretação restritiva*, na medida em que o legislador disse mais do que queria. O legislador, tendo presente as à data recentes CL 1989 e RIA (1974 e) 1994⁽⁴¹⁾, pretendeu admitir o crédito por salvação

⁽⁴¹⁾ Orientação que fora, até à alteração da regra VI na versão de 1974 das RIA (que até então regulava o forçamento de pano e os danos nas velas), especialmente controversa e que, de resto, continuou a sê-lo, como o demonstram os “avanços” e “recuos” de 1994, 2004 e 2016. Com efeito, em 1974 foi, conforme referido, o conteúdo da regra VI radicalmente alterado para a seguinte redacção, consignando, pela primeira vez, expressamente a admissão em avaria grossa das despesas de salvação: “As despesas efectuadas pelas partes interessadas na aventura por conta de salvamento, quer por contrato, quer doutro modo, serão admitidas em avaria grossa, na medida em que as operações de salvamento tenham sido empreendidas com o fim de preservar do perigo a propriedade envolvida na aventura marítima comum” (tradução portuguesa em *Regras de Iorque-Antuérpia (1950-1974)*, Lisboa, 1975). Após a CL 1989, em cujo Anexo 2 a Conferência Internacional consignou uma Deliberação solicitando a alteração das Regras de Iorque Antuérpia de 1974 para que a compensação especial paga nos termos do artigo 14.º da CL 1989 não fosse admitida em avaria grossa, foram aprovadas na Conferência de Paris de 1990 propostas de alteração às RIA 1974, que foram retomadas na Conferência de Sidnei, onde foi aprovada a seguinte redacção: “a) as despesas contraídas pelas partes na aventura marítima comum a título de salvação, nos termos de um contrato ou de outro modo, serão admitidas em avaria grossa na medida em que as operações de salvação tenham sido efectuadas com o propósito de preservar do perigo os bens envolvidos na aventura marítima comum. As despesas admitidas em avaria grossa incluirão qualquer remuneração por salvação em que tiverem sido tomados em conta a perícia e os esforços dos salvadores para evitar ou minorar danos ao ambiente, nos termos do art. 13.º, parágrafo 1 (b), da Convenção Internacional sobre Salvação, de 1989. b) A compensação especial devida pelo armador a um salvador ao abrigo do art. 14.º da Convenção Internacional sobre Salvação, de 1989, nos termos do parágrafo 4 deste mesmo artigo, ou ao abrigo de qualquer outra disposição substancialmente similar não será admitida em avaria grossa” (tradução nossa). Na revisão de 2004, restringiu-se a admissão das despesas de salvação em avaria grossa, tendo-se alterado a redacção da regra VI na sequência da proposta da IUMI (*International Union of Marine Underwriters*), acolhida pelo Subcomité Internacional da CMI, com base nos seguintes argumentos, que se sumarizam: (i) a inútil duplicação da repartição da remuneração entre os interesses contribuintes, (ii) o custo da revisão para efeito da liquidação de avaria grossa da repartição efectuada em sede de salvação, tanto mais que os critérios para liquidação do valor dos bens são diferentes (na salvação, vale o valor no fim das operações de salvação, nas avarias grossas, o valor no termo da viagem), (iii) a exigência de obtenção de duas garantias distintas para o mesmo crédito (iv) e a maior morosidade das operações de liquidação (*vide o CMI Yearbook 2001 — Vancouver*, I, p. 191, COOKE, JULIAN e CORNAH, RICHARD, *Lowndes*¹⁴..., 2013, *passim*, BERLINGIERI, F., *Le Convenzioni*..., p. 309, ANTO-

em avaria grossa⁽⁴²⁾, mas apenas quando tal crédito pudesse ser como tal admitido “*em harmonia*” com as regras das avarias grossas, designadamente, no que às avarias-despesas concerne, quando forem intencionais e consubstanciem uma despesa extraordinária de um dos interessados na expedição marítima a repartir por contribuição de todos⁽⁴³⁾. Assim também, tendo presente o Anexo 2 da

NINI, *Trattato...*, III, pp. 209-210). Assim, a regra consagrada no § 1.º da al. a) passou a ser a de que, como princípio, os pagamentos de salvação, incluindo juros e honorários jurídicos associados àqueles, serão a cargo do respectivo devedor e não serão admitidos em avaria grossa. Consagrou-se, todavia, uma aparente “excepção” a esta regra: tais pagamentos, juros e honorários serão admitidos em avaria grossa quando uma das partes na salvação tiver pago todas essas despesas ou uma das quotas da salvação devida a outra parte na mesma expedição (calculadas com base nos valores salvos que não nos contribuintes em avaria grossa), caso em que a parte por pagar pelo respectivo devedor será creditada na regulação de avarias grossas à que tiver a tiver pago, e debitada à parte em cujo interesse o pagamento tiver sido feito. A excepção é aparente, porque, em rigor, tal despesa não é admitida a contribuição em avaria grossa, mas apenas inserida nos cálculos da liquidação das avarias grossas, o que é confirmado pelo facto de a mesma não ser repartida por todos os interessados na expedição marítima, mas apenas pelos respectivos devedores (neste sentido, a parte final da al. a) refere que a quota não paga será debitada à parte em cujo interesse o pagamento foi feito) (assim, ANTONINI, *Trattato...*, III, pp. 211-212). Ao contrário do § 1.º da al. a), o § 2.º passou formalmente a al. b) mas manteve-se praticamente inalterada nas RIA 2004 em relação às RIA 1994, embora orientada a fim diverso: o da sua exclusão da avaria grossa ao invés da respectiva admissão. A al. b) que passou a al. c) não sofreu alterações de relevo: foi-lhe apenas acrescentado que a compensação especial não é considerada um pagamento por salvação nos termos da al. a) e especificou-se como exemplo de disposição similar a cláusula SCOPIC. As alterações da versão de 2004 para a de 2016 foram também elas significativas, tendo-se retrocedido, em parte, à solução de 1994, em virtude da reacção das associações de armadores à redacção da regra VI das RIA 2004. Retomaram-se, por isso, algumas das soluções já consagradas na versão de 1994 na esteira da proposta de 1990, que se traduziram essencialmente: (i) na sujeição da regra da al. a) às regras b), c) e d); (ii) no aditamento de uma nova regra, constante da al. b); (iii) na manutenção da anterior al. b), agora al. c), mas para afirmar a regra inversa agora de novo constante da al. a); (iv) na manutenção da al. c), agora al. d). A al. a) afirma a regra geral segundo a qual, verificados os requisitos das avarias grossas, são as despesas de salvação como tal admitidas. É complexa a nova fórmula compromissória da actual regra VI das RIA 2016, não tendo encerrado definitivamente o debate sobre os termos em que as despesas de salvação são admissíveis em avaria grossa.

(42) RAPOSO, M., *Notas...*, p. 45, escreve, em comentário ao art. 7.º da LSM, que “Não resta dúvida que a salvação marítima está em pleno no âmbito da avaria comum”. A afirmação do Ilustre Maritimista, que peca por exagero, permite, contudo, a nosso ver, mostrar que o legislador de 1998 terá pensado de forma não dissímile.

(43) O que por natureza não sucede no salário de salvação cujo débito surge em relação a cada um dos proprietários dos bens salvos (cf. os arts. 6.º, n.º 2, da LSM e 13.º,

CL 1989 e a revisão de 1994 da regra VI das RIA, limitou o legislador o art. 7.º ao salário de salvação marítima, com exclusão da compensação especial. Em suma, de acordo com o art. 7.º da LSM, o regime da regulação das avarias grossas só é aplicável ao pagamento (que não a todo o regime) do salário de salvação pelos interesses salvos quando o crédito em questão estiver em harmonia com os requisitos das avarias grossas. Afora essas situações, a remissão não se aplica^(44/45).

n.º 2, da CL 1989). Neste sentido, *e. g.*, PIOMBINO, E., *Salvataggio e avaria comune nelle Regole di York e Anversa*, pp. 954-961.

(44) Em sentido contrário, AURELIANO, NUNO, *A salvação...*, pp. 139-140, entende o art. 636.º do CCom aplicável à salvação marítima por força do art. 7.º da LSM [“O art. 7.º da LSalv declara como sujeito passivo os salvados, remetendo para as ‘regras aplicáveis à regulação da avaria grossa ou comum’ ainda hoje constantes dos arts. 634.º e seguintes do CCom. Encontra assim aplicação o disposto no art. 636.º do CCom, que determina uma repartição proporcional entre a carga e a metade do valor do navio e do frete (...)”]. Na verdade, o art. 6.º, n.º 2, já dispõe de uma regra especial em matéria de salvação que estabelece serem o navio e os bens salvos obrigados “*na proporção dos respectivos valores*”, que não entre a metade do valor do navio e do frete. Essa é, de resto, a solução que consta também do art. 13.º/2 da CL 1989, na qual o legislador português assumidamente se inspirou. Deve por isso o mencionado art. 7.º ser objecto de interpretação restritiva, conforme defendido no corpo do texto.

(45) Outra interpretação possível seria considerar que a regra do art. 7.º da LSM visou apenas reforçar o disposto no art. 6.º, n.º 2, do mesmo diploma, estabelecendo que o pagamento do salário de salvação marítima é feito pelos salvados, entendendo-se que a locução “de harmonia com as regras aplicáveis à regulação da avaria grossa ou comum” não implica uma remissão para o regime das avarias grossas (note-se que, se quisesse ter declarado aplicáveis as regras das avarias grossas ao pagamento do salário de salvação, haveria outras formas mais eloquentes, simples e usuais de o legislador o fazer, como, por ex., “Ao pagamento do salário de salvação marítima pelos salvados são aplicáveis [com as devidas adaptações,] as regras da regulação da avaria grossa” ou “O pagamento do salário de salvação marítima é feito pelos salvados, [a que são aplicáveis ou] aplicando-se [com as devidas adaptações], as regras da regulação da avaria grossa”), mas apenas que tal pagamento é feito pelos salvados “tal como ocorre com [= de harmonia com] [o pagamento da contribuição segundo] as regras aplicáveis à regulação da avaria grossa ou comum”. A remissão para o regime das avarias grossas serviria assim para esclarecer precisamente que o pagamento é feito “*pelos salvados*”, tal como (ou em harmonia com as regras aplicáveis) na regulação de avarias grossas, mas não para remeter *tout court* para o referido regime. Depõe, todavia, contra esta interpretação não tanto o teor literal do preceito (que, julgamos, consente-a, dentro dos sentidos possíveis do texto), mas a razão de ser que presidiu à inserção no articulado do diploma deste preceito, que se prende, em nosso aviso, com o reconhecimento de que o salário de salvação marítima pode ser admitido em avaria grossa, verificados os respectivos pressupostos, na esteira das RIA 1974 e 1994 e da preocupação manifestada no Anexo 2 da CL 1989.

IV. Independentemente da articulação entre os arts. 6.º, n.º 2, e 7.º da LSM no que respeita à determinação dos sujeitos obrigados ao pagamento do salário de salvação e aos termos em que se processa essa pluralidade debitória, é indiscutível não valer neste particular no Direito português um regime de solidariedade passiva⁽⁴⁶⁾, nem um regime pelo qual seja um dos interessados na expedição marítima isoladamente obrigado nas relações externas ao pagamento da totalidade do crédito com regresso sobre os demais⁽⁴⁷⁾.

Ora, no processo à luz do qual foi o acórdão sob comentário proferido, fora, em primeira instância, formulado pelos autores um pedido genérico de montante a liquidar no decurso dos autos ou em execução de sentença, de acordo com os critérios dos arts. 6.º e 8.º da LSM, mas de montante não inferior a 20.000.000\$00, perfunctoriamente apurado “tendo em atenção o valor do *Ilha da Madeira*, a carga que transportava, a prontidão do reboque, sua duração e os cuidados e esforços dos autores”, tendo em conta, entre outras circunstâncias, que, de acordo com a matéria de facto assente, “o navio *Ilha da Madeira* transportava cerca de 2064 toneladas brutas de carga geral, distribuídas por 107 contentores, 13 dos quais frigoríficos, 61 viaturas ligeiras e 2 máquinas pesadas” [facto (xi)] e “tanto o navio que tem um valor não inferior a 250.000.000\$00, como a sua carga chegaram sem danos ao Funchal” [facto (xii)].

Significa isto que os autores pediam o pagamento da totalidade do salário de salvação marítima à proprietária do navio *Ilha*

(46) Assim também AURELIANO, NUNO, *A salvação...*, pp. 139-141, com os argumentos que sumariamos: (i) porque o art. 7.º da LSM determina a aplicação das regras da avaria grossa, (ii) porque se está “fora da órbita do Direito comercial”, logo do art. 100.º pr. do CCom); (iii) porque o art. 13.º/2 da CL 1989 consagra uma solução de repartição por pagamentos parciais dos salvados; (iv) porque, se o art. 7.º da LSM quisesse, teria feito referência à solidariedade, em vez de sujeição ao regime das avarias grossas, que é, de resto, conhecido pelas suas especificidades em matéria de pagamento da contribuição.

(47) Sem prejuízo da possibilidade do armador de agir na qualidade de gestor de negócios sem representação dos demais (assim, AURELIANO, N., *A salvação...*, p. 140), ou ainda a de o próprio capitão celebrar o contrato de salvação marítima em representação de todos os interessados na expedição marítima, nos termos do disposto no art. 2.º, n.º 4, da LSM, mas vinculando apenas o armador ao pagamento integral com direito de regresso sobre os demais interessados.

da *Madeira* [e presuntiva armadora: art. 2.º, n.º 1, al. a), do Decreto-Lei n.º 202/98]⁽⁴⁸⁾, o que não poderiam ter feito uma vez que era esta apenas responsável pela parte proporcional respeitante ao navio nos termos do disposto no art. 6.º, n.º 2, da LSM. Isto mesmo foi alegado no art. 64.º da contestação da ré: “(...) as cargas foram entregues aos destinatários sem quaisquer formalidades, pelo que não podem os Autores pretender que seja a Ré a pagar-lhes agora qualquer salário de salvação relativamente a bens que não eram seus”. Com efeito, se pretendiam o pagamento da totalidade do salário de salvação marítima, deveriam os autores ter intentado a acção não apenas contra a proprietária do navio, como também contra todos os proprietários dos demais bens salvos.

As sucessivas instâncias neste processo não se pronunciaram sobre este ponto, e bem, porque não tinham de o fazer. A montante de saber quem e em que termos estava o proprietário armador obrigado ao pagamento do salário de salvação marítimo, impunha-se apurar, a título prejudicial, se ocorrera sequer um acto de salvação marítima para efeito do disposto no art. 1.º, n.º 1, al. a), da LSM, o que, tendo-se concluído não ter sido o caso, tornou dispensáveis ulteriores elucubrações.

IV. Da pluralidade de credores do salário de salvação marítima

I. Outro aspecto não despidendo que suscita o caso dos descritos autos respeita à pluralidade de credores do salário de salvação marítima.

Neste processo arrogaram-se como tal os tripulantes do *Insular* nos termos acima vistos. O salário cabia-lhes, com efeito (se se

⁽⁴⁸⁾ Diversamente, se a *Vieira & Silveira* fosse proprietária mas não armadora do *Ilha da Madeira*, seria obrigada ao pagamento do salário de salvação marítima no respectivo interesse a par do armador. Nem as partes nem as instâncias que se pronunciaram sobre o caso vertente deram relevo a este não negligenciável pormenor. Sobre a presunção de armador, COSTA GOMES, M. *JANUÁRIO DA, Limitação...*, pp. 149-153.

tivesse concluído ter ocorrido um acto de salvação marítima), nos termos do disposto no art. 8.º, n.º 1, do Decreto-Lei, segundo o qual: “A repartição do salário de salvação marítima entre os salvadores é efectuada, na falta de acordo dos interessados, pelo tribunal, tendo em conta os critérios estabelecidos no art. 6.º”, sendo considerado para o efeito salvador “o que presta socorro aos bens em perigo no mar” [art. 1.º, n.º 1, al. b), do citado diploma]. Caso a salvação tenha sido desenvolvida por meio de um navio tripulado (cf. o art. 1.º, n.º 2, do mencionado diploma, bem como o art. 688.º do CCom e 15.º, n.º 2, da CL 1989) — como o é, de resto, na normalidade das situações —, surge a lúdima questão de saber quem é, para efeito deste regime, salvador. O art. 8.º, n.º 2, esclarece em parte (ainda que indirectamente) as dúvidas que pudessem surgir a este respeito, estabelecendo “[a] repartição entre o salvador, o capitão, ou quem desempenhava as correspondentes funções de comando, a tripulação e outras pessoas que participaram na salvação (...)”. Similarmente, dispõe o art. 15.º, n.º 2 da CL 1989 que: “*The apportionment between the owner, master and other persons in the service of each salvaging vessel shall be determined by the law of the flag of that vessel. If the salvage has not been carried out from a vessel, the apportionment shall be determined by the law governing the contract between the salvor and his servants*”⁽⁴⁹⁾. Assim, se fica assente que a tripulação do navio salvador é também titular do crédito ao salário de salvação marítima, pergunta-se se o próprio armador também o é. A resposta a esta questão passa pelo esclarecimento do sentido de “salvador” no art. 8.º, n.º 2 (e paralelamente no art. 13.º, n.º 2 do mesmo diploma), “sujeito” que, na enumeração dos credores do salário, precede o capitão, os demais elementos da tripulação e as outras pessoas que participaram na salvação marítima. A referência a “salvador” no art. 8.º, n.º 2 (e no 13.º, n.º 2)⁽⁵⁰⁾ é, no mínimo,

(49) Na tradução portuguesa de RAPOSO, M., *Convenção...*, in *Estudos...*, p. 69: “A repartição entre o proprietário, o capitão e outras pessoas em serviço de cada navio salvador é determinada pela lei da bandeira do respectivo navio. Se a salvação não tiver sido efectuada a partir de um navio, a repartição faz-se nos termos da lei que regular o contrato celebrado entre o salvador e as pessoas ao seu serviço”.

(50) Cujá interpretação é também ela problemática. O n.º 1 estabelece que os direitos decorrentes da salvação marítima (que abrangem o salário, a compensação especial e a

ambígua, pois também o capitão, os tripulantes e as outras pessoas que participaram na salvação são *salvadores* para efeito do disposto

indenização de despesas do 11.º, n.º 2: cf. o 13.º/2), sem distinguir para o efeito entre os respectivos titulares, devem ser exercidos no prazo de 2 anos a contar da conclusão ou interrupção das operações de salvação marítima. Todavia, a letra do n.º 2 subordina o direito do capitão, por si e em representação da restante tripulação, à inércia do “salvador” durante 2 anos (com a consequente caducidade do seu direito), e os dizeres do n.º 3, 2.ª prt., limitam o direito dos restantes tripulantes à inação do capitão, por si e por eles, nos 6 meses subsequentes aos 2 anos. Uma interpretação das normas em questão que sobrepusesse o elemento literal conduziria, porém, a resultados pouco razoáveis, se se tiver em conta que a acção do salvador do n.º 2 tem efeito consumptivo das acções do capitão (n.ºs 2 e 3, 1.ª prt.) ou dos tripulantes (n.º 3, 2.ª prt.), embora, em rigor, não se veja como possa ter tal efeito, pois o salvador em juízo só pode pedir a sua parte do salário, não as dos restantes salvadores (tripulantes), e se se tiver em conta que o n.º 2 pressupõe que o salvador exija sozinho (nenhuma alusão há a que aja por si e em representação dos demais, como há expressamente no n.º 3, 1.ª prt., para a actuação em juízo do capitão) o salário de salvação que lhe concerne (cf. a prt. inicial do 13.º, n.º 2), não o que aos restantes salvadores, v. g. à tripulação, diz respeito. Resultaria assim duma tal interpretação que a tripulação (aí naturalmente incluso o capitão: arts. 1.º, n.º 1 e 3.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 384/99) teria de aguardar 2 anos (ou 2 anos e 6 meses) que o salvador armador intentasse a acção correspondente à sua parte do salário para que pudesse — só então — intentar uma (outra) acção pela sua parte do salário... Porque o n.º 1 não distingue para o efeito, nem tão-pouco os arts. 10.º da CB 1910, nem o 23.º/1-3 da CL 1989, porque a demora poderia representar para os devedores uma injustificada diminuição das expectativas de satisfação do crédito, e por uma questão de economia processual, os n.ºs 2 e 3 devem ser interpretados no sentido duma extensão do prazo de caducidade dos créditos do capitão e demais tripulantes em confronto com o do armador, mas não a limitação do direito daqueles a agir em juízo pelo prazo de 2 anos ou 2 anos e 6 meses, respectivamente (era este também um aspecto relevante sobre o qual nem as partes nem as instâncias se pronunciaram). Uma outra solução seria entender remeter o art. 13.º, n.ºs 1-3 da LSM para o processo especial de regulação de avarias grossas (arts. 953.º a 958.º do CPC), ou seja, os prazos de que aí se fala seriam para intentar uma acção de regulação e repartição de salvação marítima, mas nem o teor do art. 7.º, além das considerações atrás tecidas à sua desadequação à realidade em apreço, consente uma tal interpretação (apenas remete o pagamento do salário que não o próprio processo em questão), nem os dizeres do art. 13.º, n.º 1, apontam nesse sentido: aqui, com efeito, atribui-se a iniciativa primária ao salvador, enquanto no processo de regulação de avarias grossas tem-na o capitão (o que por si só significaria a desaplicação de boa parte do regime nos arts. 953.º e ss. do CPC). Problemática é também a determinação do *dies a quo* quando se trate de interrupção das operações de salvação (que não da caducidade — como o é *in casu* —, posto que de interrupção fale o legislador civil a propósito da prescrição: arts. 323.º e ss. do CC) e a articulação com o critério do termo das operações. Problemático é também determinar se a consumpção do direito do capitão a agir em juízo — se de consumpção pode falar-se: cremos não ser o caso, conforme já exposto — ocorre com a acção do salvador com vista ao pagamento do salário de salvação ou de compensação especial ou da indenização das despesas do art. 11.º, n.º 2. Discute-se ainda se o prazo de 6 meses

nos arts. 1.º, n.º 1, al. b), e 8.º da LSM. Por isso, o art. 15.º, n.º 2, da CL 1989 em que se inspirou o 8.º, n.º 2, da LSM opta por mencionar expressamente os sujeitos visados pela repartição (também dito rateio) do salário. Julgamos que da proximidade entre os arts. 8.º, n.º 2, da LSM e 15.º, n.º 2, da CL 1989, fonte de inspiração do correspondente regime de Direito interno, pode retirar-se que a referência feita no primeiro daqueles arts. é ao “*owner [of the salving vessel]*”, conceito de Direito anglo-saxónico, que, posto que adquira contornos nem sempre fáceis de definir, abrange, *grosso modo*, neste particular, os de *proprietário* e de *armador* do Direito romano-germânico⁽⁵¹⁾. Esta conclusão é reforçada pelo facto de a tripulação salvadora estar ao serviço do armador, pela (aparente) “fungibilidade” dos conceitos de proprietário e armador do navio nos termos do art. 1.º, n.º 1, al. c), da LSM, pelo lugar paralelo em sede de responsabilidade civil delitual dos arts. 4.º, 5.º e 6.º da LSM, bem como pelo regime do art. 688.º do CCom, também tido em conta na redacção da LSM, que contemplava expressamente o armador como um dos credores do salário de salvação marítima⁽⁵²⁾. Deve, por isso, entender-se que, quando a salvação seja

do 13.º, n.º 3, *in fine* acresce ao de 1 ano do capitão (sobre os 2 do “salvador”), se se insere no ano de que dispõe do capitão, tudo parecendo apontar — desde logo, além da letra da lei, a lógica da sucessão do n.º 1 para o 2 e do 2 para o 3, com extensões sucessivas, em favor dos tripulantes — para a primeira solução. Sobre o preceito, cf. RAPOSO, M., *Notas...*, pp. 55-56, e AURELIANO, N., *A salvação...*, pp. 148-149.

(51) Cf., sobre o tema, e. g., CARBONE, *et al.*, *Il diritto*⁵..., p. 108. Cf. também sobre a tendencialmente maior imprecisão e abrangência de *owner* RAPOSO, MÁRIO, *O novo Direito comercial marítimo português*, p. 253, e COSTA GOMES, M. JANUÁRIO DA, *Limitação de responsabilidade por créditos marítimos*, Coimbra: Almedina, p. 244; no direito espanhol, ALEGRE, RAFAEL MATILLA, *El naviero y sus auxiliares. El buque*, Barcelona: Jose Maria Bosch, 1995, 17-30, *max.* pp. 28-29. De resto, o Direito anglo-saxónico não dispõe neste particular da variedade terminológica do Direito romano-germânico, limitando-se a falar de *owner* ou *shipowner*, sem distinguir expressamente para o efeito entre armador e proprietário do navio. A distinção entre armador e proprietário do navio remonta ao Direito romano, que distinguia claramente (em particular, a respeito da *actio exercitoria*) o *dominus (navis)* do *exercitor (navis)*. Interessante também notar que as palavras *owner* e *shipowner* nas RIA 2004 foram traduzidas nas versões francesa e castelhana, respectivamente, por “*armateur*” e “*armador*”. Contudo, nas versões originais francesa e castelhana optou-se “*propriétaire*” e “*propietario*” e na tradução oficial italiana por “*proprietario*”.

(52) Cujo teor se transcreve, para facilidade de consulta: “Sendo o serviço de salvação ou assistência prestado por outro navio, pertence metade do salário ao armador, um

empreendida por meio de um navio, o respectivo proprietário ou, quando o exista, armador e o proprietário são considerados salvadores para efeito do regime da salvação marítima⁽⁵³⁾.

II. Voltando ao processo que subjazeu ao acórdão de 5 de Junho de 2003, é mister notar que o proprietário (e presuntivo armador) do *Insular*, a Transinsular — Transportes Marítimos Insulares, S. A., não figura como autor da acção. Todavia, se se estivesse perante um caso de salvação marítima, a Transinsular teria sido um dos salvadores do *Ilha da Madeira*, e, por conseguinte, credora da correspondente parte proporcional do salário, nos termos do disposto no art. 8.º, n.ºs 1 e 2, da LSM. Os autores não podiam, por isso, ter pedido à ré o pagamento da totalidade do salário de salvação marítima, como fizeram, mas apenas da sua parte proporcional. A ré não retirou na contestação apresentada as últimas consequências deste aspecto, mas deixou amiúde afirmado não ter a Transinsular formulado qualquer pedido de pagamento de despesas em razão do reboque efectuado⁽⁵⁴⁾.

quarto ao capitão e um quarto ao resto da tripulação na proporção das respectivas soldadas, salva convenção em contrário”. Cfr. também, em termos similares, o art. 496.º, n.º 1, do CNav: “*Il compenso di assistenza o di salvataggio spetta, quando la nave non sia armata ed equipaggiata allo scopo di prestare soccorso, per un terzo all’armatore e per due terzi ai componenti dell’equipaggio, tra i quali la somma è ripartita in ragione della retribuzione di ciascuno di essi, tenuto conto altresì dell’opera da ciascuno prestata*”. Cf. também o art. 363.º, n.º 1, da LNM: “*El premio por el salvamento, excluida la parte que corresponda al resarcimiento de daños, gastos o perjuicios del salvador, se repartirá entre el armador del buque salvador y su dotación en la proporción de un tercio y dos tercios respectivamente (...)*”.

⁽⁵³⁾ Assim também, entre nós, e. g., AURELIANO, Nuno, *A salvação...*, pp. 106 e 136-137, ou, no direito espanhol, MARTÍNEZ, I. ARROYO, *Compendio de derecho marítimo*, 5.ª ed., 2014, p. 341, no italiano, ou CARBONE, S., *Il diritto marittimo*..., pp. 435-436.

⁽⁵⁴⁾ “A Ré foi informada pelos responsáveis dos serviços da Transinsular que, como o serviço de reboque não acarretara encargos ou dispêndios, em relação aos previstos para a viagem, não tinha despesas para apresentar” (art. 59.º) e “Como não foram apresentadas nenhuma despesas pela Transinsular” (art. 64.º). Esta circunstância, por si só, porém, não prejudicaria o direito ao salário dos restantes nas respectivas partes que lhes coubessem.

III. Outra circunstância, à anterior conexas, por mais de uma vez mencionada na contestação (arts. 6.º e 41.º)⁽⁵⁵⁾ e reiterada nos acórdãos da Relação de Lisboa e do Supremo Tribunal de Justiça, foi o facto de a Transinsular — Transportes Marítimos Insulares, S. A., proprietária do *Insular*, ser do(s) mesmo(s) accionista(s) que a Vieira & Silveira — Transportes Marítimos, S. A., proprietária do *Ilha da Madeira*. Dos autos não consta quem seja o(s) comum(ns) accionista(s), posto que cremos sê-lo a ETE — Empresa de Tráfego e Estiva, que, em 1999, adquiriu a totalidade do capital social da Transinsular e a cujo grupo pertencia também a Vieira & Silveira. Este facto isoladamente considerado⁽⁵⁶⁾ não inquinava por si só a pretensão dos autores, pois nem implicava, em tese, a confusão do putativo crédito de salvação da Transinsular sobre a Vieira & Silveira, nem, muito menos, a dos autores sobre a Vieira & Silveira (ainda que os navios fossem propriedade duma só sociedade: cf. o art. 5.º, n.º 4 da LSM).

IV. Caso tivesse efectivamente ocorrido um acto de salvação marítima, os autores poderiam ter retido o navio e os restantes bens salvos, deste modo constituindo a seu favor um direito real de garantia dos créditos emergentes da salvação marítima (art. 14.º da LSM). No entanto, como ficou consignado nos autos, após reboque até às imediações do porto do Funchal, o *Insular* deixou o *Ilha da Madeira*, que foi posteriormente rebocado pelo *Cabo Girão*, de modo que deixou de estar na posse deste e consequentemente de lhe ser possível exercer sobre o mesmo e as mercadorias aí carregadas direito de retenção.

Da mesma forma, poderiam os autores beneficiar ainda de um privilégio creditório especial sobre o navio e sobre a carga pelos créditos ao salário por salvação (arts. 578.º, n.º 2, e 580.º, n.º 2, do CCom).

(55) “A Transinsular, proprietária do ‘Insular’, e a Ré ora contestante, proprietária do ‘Ilha da Madeira’, são empresas do mesmo accionista” (art. 6.º) e “Facto que também era do conhecimento de todos os operadores envolvidos e, em especial da Ré, uma vez que os accionistas desta e da Transinsular são os mesmos” (art. 41.º). Cf. também os arts. 58.º, 59.º e 64.º da contestação.

(56) Que quando muito poderia determinar a aplicação do artigo 501.º do CSC, directamente ou por remissão (cf. também o art. 491.º), responsabilizando a sociedade directora, a ETE, às obrigações de pagamento do salário de salvação a cargo da sociedade subordinada, a Vieira & Silveira.

IV. Da legitimidade para a celebração do contrato de reboque

I. Desde a sentença desfavorável em primeira instância encetaram os autores outra via de argumentação: ainda que as instâncias competentes considerassem não se ter verificado um acto de salvação marítima, pelo menos reboque houvera, de modo que pugnaram subsidiariamente pela qualificação do acto em questão como reboque marítimo e a conseqüente condenação da ré ao pagamento de retribuição a tal título de acordo com o art. 5.º do Decreto-Lei n.º 431/86, de 30 de Dezembro. Em termos processuais, entenderam os autores que, embora não tivessem formulado na petição inicial um pedido nesse sentido, não envolvia tal pretensão desrespeito pelos arts. 661.º, n.º 1, e 664.º do CPC, “sendo os factos apurados os derivados das alegações das partes e estando tal verificação contida no pedido formulado, ainda que com diversa qualificação jurídica, não se tratando de questão nova insusceptível de ser objecto de conhecimento em sede de recurso”. Tanto a Relação de Lisboa como o Supremo Tribunal de Justiça decidiram não conhecer da questão, porque a causa de pedir invocada pelos autores foi a salvação marítima cujo efeito jurídico seria, conforme pedido, a obrigação de pagamento do correspondente salário (art. 5.º da LSM), que não o reboque marítimo cujo efeito jurídico seria, conforme não fora pedido, a obrigação de pagamento da correspondente retribuição (art. 5.º, n.ºs 1 e 2, do Decreto-Lei n.º 431/86), ou seja, as causas de pedir eram diversas num caso e noutro, verificando-se, relativamente à pretensão de apreciação como reboque e de condenação ao respectivo pagamento ausência de alegação de matéria de facto. Por isso, não se tratou de um problema de mera qualificação de factos alegados, caso em que o tribunal teria podido intervir qualificando-os adequadamente (art. 664.º do CPC).

II. Independentemente da correcção da fundamentação aduzida pelo Supremo Tribunal, que já mereceu, neste particular, discordância de parte da doutrina⁽⁵⁷⁾, o mesmo optou por, em *obiter*

(57) Assim, COSTA GOMES, M. JANUÁRIO DA, *Entre a salvação...*, p. 1082: “temos, à partida, algumas reservas relativamente à argumentação do STJ, neste particular, já que o

dictum, reforçá-la⁽⁵⁸⁾ considerando que, ainda que fossem idênticas as causas de pedir e se tratasse de mera qualificação dos factos, sempre teria de ser denegada a pretensão dos autores, pois: (i) não foi celebrado contrato de reboque, ainda que tácito, pois é o mesmo concluído entre proprietários ou armadores dos navios, que não entre a respectiva tripulação, como foi o caso; (ii) o crédito à retribuição do reboque pertence ao dono ou armador do navio rebocador, “já que este é o único que tem legitimidade para dispor da força motriz da embarcação”.

Em relação a este ponto, importa notar que, ainda que desconSIDEREMOS o art. 2.º, n.º 4, da LSM⁽⁵⁹⁾, o capitão, fora da sede do proprietário ou do armador, em tudo o que se relacione com a expedição marítima, goza dos necessários poderes de representação judicial e extrajudicial daqueles (arts. 8.º do Decreto-Lei n.º 384/99 e do Decreto-Lei n.º 202/98, na esteira do 509.º do CCom)⁽⁶⁰⁾, o que inclui, também, naturalmente, a celebração de contratos de reboque. Seria talvez pouco realista entender que a celebração de um contrato de reboque exigisse sempre a intervenção do respectivo proprietário. Não é, por isso, com a devida vénia, exacto escrever, como escreveu o colendo Supremo Tribunal, ape-

arsenal de factos trazidos ao processo tendo em vista a tese da salvação é, em princípio, “excedentário”, relativamente ao necessário a um “mero reboque”. Tenderíamos, assim, neste ponto, a admitir a ponderação da aplicação do regime do reboque”.

(58) Talvez por considerar dúbio se pudesse afirmar serem diversas as causas de pedir.

(59) Que, tendo como pano de fundo o à data art. 509.º do CCom e, posteriormente, o 8.º do Decreto-Lei n.º 384/99, confere ao capitão do navio objecto de salvação ou a quem nele desempenhe funções de comando — a norma, portanto, só é directamente aplicável à salvação de navios ou, como é aí escrito, embarcações — poderes de representação de todos os interessados na expedição marítima para a celebração de contratos de salvação.

(60) Com o seguinte teor, que relembramos: “O capitão é pessoa competente para em qualquer nação representação em juízo os proprietários ou armadores do navio, quer como auctor, quer como réu, e é também o seu mandatário em tudo o que diz respeito á gerencia e expedição do navio, podendo proceder livremente durante a viagem e nos países estrangeiros”. A norma em questão tem uma rica história, imbricada nas *actiones adiecticiae qualitates* do direito romano, sem a qual se não compreende integralmente. Sobre estas, e. g., WACKE, A., *Die adjektizischen Klagen im Überblick. Erster Teil: Von der Reeder und der Betriebsleiterklage zur direkten Stellvertretung*, ZSS 111 (1994) 1, pp. 280-362.

nas ter legitimidade para celebração o contrato de reboque o respectivo proprietário ou armador, na medida em que outros sujeitos, como é o caso do capitão, podem eficazmente concluí-lo (assente a diferença entre titularidade e legitimidade).

Já a segunda afirmação é verdadeira. Com efeito, uma vez celebrado um contrato de reboque, a respectiva retribuição (frete) incumbe ao proprietário e ou armador em cujo nome haja sido o contrato celebrado⁽⁶¹⁾. Esta solução, que resulta das regras gerais, na falta de um contrato a favor de terceiro (tripulante) e perante o teor dos contratos de trabalho ou de prestação de serviços da tripulação, surge também reforçada pelo art. 8.º, n.º 4, da LSM segundo o qual, caso a salvação marítima haja sido prestada por rebocador ou outra embarcação especialmente destinada a esta actividade, o capitão e a tripulação são excluídos da repartição do respectivo salário⁽⁶²⁾. Por outro lado, ainda que o capitão tenha poderes de representação judicial do proprietário e do armador, não era nessa qualidade que agia em juízo, nem tão-pouco pode considerar-se que agia fora do lugar da sede do proprietário ou do armador (arts. 8.º do Decreto-Lei n.º 384/99 e do Decreto-Lei n.º 202/98).

Por último, importa não esquecer que o reboque (marítimo) se encontra sujeito a forma escrita (art. 2.º, n.ºs 1 e 2, do Decreto-Lei n.º 431/86), tal como a salvação contratada (art. 2.º, n.º 2, da LSM), o fretamento de navio (art. 2.º do Decreto-Lei n.º 191/87)⁽⁶³⁾, o

(61) Sobre o reboque, entre nós, e. g., NUNES, VICTOR, *O contrato de reboque em Direito marítimo*, RDM 3 (1959), pp. 14-24, COSTEIRA DA ROCHA, F., *O contrato de transporte de mercadorias. Contributo para o estudo da posição jurídica do destinatário no contrato de transporte de mercadorias*, Coimbra: Almedina, 2000, pp. 92-108.

(62) Alheamo-nos, por ora, dado fugir ao escopo da presente anotação, da discussão em torno do reboque salvação (arts. 4.º da CB 1910 e do Decreto-Lei n.º 431/86). Sobre o tema, entre nós, e. g., AZEVEDO MATOS, O., *Princípios...*, III, p. 196, COSTEIRA DA ROCHA, F., *O contrato...*, pp. 106-108, COSTA GOMES, M. JANUÁRIO DA, *Entre a salvação...*, *passim*, *idem*, *O ensino...*, p. 181, AURELIANO, N., *A salvação...*, pp. 81-88.

(63) Assim, no sentido de que o fretamento se encontra sujeita a forma *ad substantiam*, SILVA, CALVÃO DA, *Anotação...*, p. 207, CASTELLO-BRANCO BASTOS, N. M., *Direito...*, p. 204. Diferentemente, considera estar sujeito a forma *ad probationem* ALVES, HUGO RAMOS, “Em torno do contrato de transporte marítimo de mercadorias”, in *Temas de Direito dos Transportes*, Vol. III, org. COSTA GOMES, M. JANUÁRIO DA, Coimbra: Almedina, 2015, pp. 347-348. Salva a devida vénia ao Ilustre Colega, julgamos depor no sentido de que se trata de forma *ad substantiam* o teor do art. 2.º do Decreto-Lei n.º 191/87 pelo

transporte de mercadorias por mar (art. 3.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 352/86)⁽⁶⁴⁾ ou a constituição, modificação, transmissão ou extinção de direitos reais sobre navios (art. 10.º do ELN).

V. Conclusão

À margem do objecto central da fundamentação do acórdão sob anotação, que se ateuve ao apuramento da existência ou não de perigo no mar, constitutiva do instituto ao abrigo do qual era fundada a pretensão dos autores, havia ainda outros motivos em reforço da improcedência do pedido e, conseqüentemente, dos recursos interpostos. Os autores, não representativos do universo de salvadores, pediam a totalidade do salário de salvação a apenas um dos salvados, que não era senão obrigado à respectiva parte de acordo com o seu interesse no bem salvo. Menos bem andou o

qual se diz ser a carta-partida “o documento particular exigido para a válida celebração do contrato de fretamento”, bem como o facto de não ser decisivo o teor da norma do art. 6.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 191/87, pois uma coisa são os elementos aí mencionados e que hajam de constar da carta-partida e outra coisa a própria existência da carga partida, além de que em rigor o artigo em questão postula a omissão de “qualquer” um dos elementos que não necessariamente de todos em simultâneo. Normas de teor não dissímile do art. 6.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 191/87 encontram-se também nos arts. 4.º, n.º 2, e 5.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 352/86, sem que se tenha equacionado a natureza *ad probationem* da forma expressamente exigida pelo art. 3.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 352/86. Também a tradicional celeridade do Direito comercial não constitui argumento decisivo, dado aquilo a que se tem já chamado de “renascimento” do formalismo na contratação mercantil ou “neoformalismo” (cf., ilustrativamente, COSTA GOMES, M. JANUÁRIO DA, *Contratos comerciais*, Coimbra: Almedina, 2012, p. 47) e de que, no comércio marítimo, é testemunho o elenco de negócios jurídicos referidos no texto sujeitos a forma escrita.

⁽⁶⁴⁾ Neste sentido, CALVÃO DA SILVA, J., “Crédito documentário e conhecimento de embarque”, In *Estudos de Direito comercial (pareceres)*, Coimbra: Almedina, 1999, p. 52, COSTEIRA DA ROCHA, FRANCISCO, *O contrato...*, pp. 34-35, COSTA GOMES, M. JANUÁRIO DA, *O ensino...*, p. 232 (embora crítico), ENGRÁCIA ANTUNES, JOSÉ, *Direito dos contratos comerciais*, Coimbra: Almedina, Coimbra, 2009, p. 740⁽¹⁴⁹¹⁾, CASTELLO-BRANCO BASTOS, N. M., *Direito dos transportes*, Coimbra: Almedina, 2004, p. 232, *idem*, *Da disciplina...*, p. 21⁽¹¹⁾; inconclusivo, PAIS DE VASCONCELOS, PEDRO, *Direito comercial*, Vol. I, Coimbra: Almedina, 2011, p. 238⁽¹⁴⁴⁾.

Supremo na argumentação aduzida em *obiter dictum* no que ao reboque concerne: também o capitão tinha legitimidade para a celebração do contrato em questão, posto que não fosse o titular do crédito daí resultante, nem tivesse poderes para agir em juízo em sua representação no lugar da sede e contra a vontade do mesmo.

*Lisboa — Cascais,
Abril de 2017*

ACÓRDÃO UNAMAR DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA

Conceito restritivo de norma de aplicação imediata
(*loi de police*)

Redução dos direitos do Agente Comercial?(*)

Por Manuel Pereira Barrocas

SUMÁRIO:

Resumo. 1. Introdução. 2. O Acórdão do Caso Unamar. 3. A Questão Principal do Acórdão. 4. A Posição do Advogado-Geral. 5. O Acórdão do Caso Unamar. 6. Comentário. 7. A hipotética via da não-arbitrabilidade da matéria não é uma solução. 8. O Acórdão do Caso Ingmar. 9. O significado e o alcance do art. 9.º do Regulamento Roma I. 10. Consequências.

Resumo

O Acórdão do Caso Unamar interpretou restritivamente o disposto no art. 7.º da Convenção de Roma Sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais, de 19 de junho de 1980. Esta decisão implica, por extensão, idêntica interpretação restritiva do art. 9.º do Regulamento Roma I que a substituiu, tendo entendido que uma norma de aplicação ime-

(*) No final do comentário, publica-se a versão integral do Acórdão UNAMAR do Tribunal de Justiça da União Europeia.

diata (loi de police) só deve ser considerada como tal se visar proteger interesses públicos cruciais de ordem política, social ou económica do Estado a que pertence.

Mais entendeu que uma norma comunitária, designadamente uma norma de aplicação imediata (loi de police), não pode deixar de observar outras disposições normativas comunitárias como é o caso das relativas ao princípio da autonomia da vontade que se exprime, nomeadamente, na escolha da lei aplicável a um contrato, tendo em atenção que este princípio constitui um pilar fundamental do regime da Convenção de Roma e, igualmente por extensão, do Regulamento Roma I.

1. Introdução

O contrato de agência comercial encontra-se regulado, em Portugal, pelo Decreto-lei n.º 178/86, de 3 de julho (posteriormente alterado pelo Decreto-lei n.º 118/93, de 3 de abril). Trata-se de um dos poucos contratos que receberam tratamento legal específico em legislação própria, determinando a sua qualificação como *contrato típico* avulso do Código Civil ou do Código Comercial.

A Diretiva n.º 86/653/CEE foi implementada em Portugal pelo Decreto-lei n.º 118/93, de 13 de abril. Visou coordenar nos Estados-Membros um determinado número de disposições relativas àquele contrato.

Entretanto, em alguns Estados-Membros, como é o caso de Portugal, a jurisprudência dos mais altos tribunais tem alargado o regime deste contrato, por analogia, ao contrato de concessão comercial (também denominado correntemente por contrato de distribuição) e ao contrato de *franchising*, no que respeita especificamente à cessação do contrato e, com maior saliência, à indemnização de clientela.

O disposto no art. 38.º do Decreto-lei n.º 178/86, ao estatuir que “aos contratos regulados por este diploma que se desenvolvam exclusiva ou preponderantemente em território nacional só será aplicável legislação diversa da portuguesa, no que respeita ao

regime da cessação⁽¹⁾, se a mesma se revelar mais vantajosa para o agente”, confere-lhe a natureza de norma de aplicação imediata ou *loi de police*, pois não carece do recurso a uma norma de conflitos e é aplicável com prevalência sobre qualquer outra legislação, embora uma prevalência apenas parcial, dado que permite a aplicação de uma lei estrangeira se esta for mais favorável ao agente do que a lei portuguesa.

Em geral, uma norma de aplicação imediata ou *loi de police*, segundo a definição do art. 9.º do Regulamento Roma I, justifica-se pelo facto de os interesses que visa proteger ou regular serem considerados fundamentais pelo Estado a cuja ordem jurídica pertence, tendo em vista a salvaguarda do seu interesse público, designadamente a sua organização política, social ou económica, ao ponto de exigir a sua aplicação em qualquer situação abrangida pelo seu âmbito, independentemente e com prejuízo da aplicação de uma outra lei que de outro modo seria aplicável ao contrato por força da vontade das partes ou de lei supletiva.

2. O Acórdão do Caso Unamar

A solicitação, a título de questão prejudicial, da *Cour de Cassation* belga, o Tribunal Europeu de Justiça proferiu, em 17 de Outubro de 2013, um acórdão que decidiu a questão que lhe foi colocada no denominado Caso Unamar.

A Unamar era uma agência marítima belga que representava os interesses de um transportador marítimo búlgaro.

Para regular as suas relações, as partes tinham pactuado, por escrito, um contrato de agência ou representação comercial, escolhendo a lei búlgara para reger o contrato e, para a resolução de litígios, um tribunal arbitral com sede em Sofia.

As leis belgas de 27 de julho de 1961 e de 13 de abril de 1995 regulavam, ao tempo, a cessação unilateral de concessões comer-

(1) Regulada no art. 24.º e seguintes do Decreto-lei n.º 178/86.

ciais de venda exclusiva de duração indeterminada e o regime da agência comercial, respetivamente.

Ambas instituíram, para ser aplicado no espaço territorial da Bélgica, um regime de protecionismo jurídico do agente comercial, obrigando a aplicação do direito belga aos contratos respetivos, com prejuízo de eventual escolha de uma outra lei pelas partes do contrato e, bem assim, o segundo daqueles diplomas legais, previa a competência exclusiva dos tribunais belgas para a resolução de litígios a eles relativos.

Enfim, as normas jurídicas em questão compreendiam um regime típico de uma norma de aplicação imediata regulada pelo art. 7.º da Convenção de Roma, de 19 de junho de 1980, relativa à lei aplicável às obrigações contratuais, que posteriormente foi substituída pelo Regulamento Roma I, de 17 de junho de 2008, passando a matéria a ser regida no seu art. 9.º.

3. A Questão Principal do Acórdão

As posições divergentes caracterizavam-se pela afirmação, por parte da empresa belga, da prevalência necessária na Bélgica do direito belga sobre o direito búlgaro e a atribuição à jurisdição exclusiva dos tribunais belgas da competência para a resolução de litígios, enquanto a parte búlgara defendia a posição contrária, ou seja, a lei a aplicar era a lei búlgara por ter sido a escolhida por ambas as partes para a regulação do contrato e um tribunal arbitral com sede em Sofia com competência exclusiva para a resolução dos litígios emergentes por idêntico motivo da celebração de uma convenção de arbitragem licitamente acordada entre as partes.

De notar que, *in casu*, estávamos na presença de partes sediadas e com atividade principal em Estados-Membros, tendo sido reconhecido nos autos que ambos os Estados tinham implementado corretamente a Diretiva n.º 86/653/CEE⁽²⁾ e, por isso, exis-

(²) Devemos sublinhar que a Diretiva n.º 86/653/CEE estabelece um regime mínimo de proteção do agente comercial. Nada impede que qualquer Estado-Membro pro-

tiam condições que asseguravam, ao menos em abstrato, a uniformização das condições da atividade dos agentes comerciais, exercitada exclusiva ou preponderantemente no espaço comunitário, o que constituía aliás o propósito primeiro da Diretiva.

4. A Posição do Advogado-Geral

O Advogado-Geral Wahl, nas suas alegações, sintetizou o tema resumindo-o à questão de saber:

— se a lei nacional belga de transposição da Diretiva n.º 86/553/CEE, de 18 de dezembro, deve ou não ser qualificada como norma de aplicação imediata (*loi de police*) e, por isso, se deve ser ela a exclusivamente aplicável com prejuízo de qualquer outra consideração ou fundamento relativo à aplicação de uma outra lei que seria a normalmente competente para reger a situação contratual *sub judice* por força de convenção em contrário das partes ou de uma lei supletiva.

O Advogado-Geral entendeu, no seu parecer, que o juiz belga podia decidir pela aplicação exclusiva da lei belga por ela ser mais protetiva do agente do que a lei búlgara, apesar de se tratar de um outro Estado-Membro e de este ter também implementado corretamente, tal como a Bélgica, a Diretiva. Assim, entre a observância de uma lei qualificada *prima facie* de aplicação imediata e outra resultante da escolha das partes (*lex contractus*) propendeu para a aplicação da primeira.

As críticas à posição do Advogado-Geral não tardaram. Uma das mais agudas teve a ver com o facto de ele não ter tido em conta o acórdão do Tribunal Europeu de Justiça proferido no Caso Ingmar que levantou a questão da natureza e da eficácia de uma *loi de police*, muito embora tivesse sido proferido no âmbito de uma relação extracomunitária, dado que a Ingmar era um agente comercial marítimo comunitário, é certo, mas o principal — a Eaton —

mulgue legislação interna que vá além do previsto na Diretiva, desde que em benefício do agente.

uma empresa norte-americana. Voltaremos mais adiante à matéria deste caso.

5. O Acórdão do Caso Unamar⁽³⁾

O Tribunal de Justiça da União Europeia (de aqui em diante apenas denominado por TJUE ou simplesmente por Tribunal de Justiça) decidiu o pedido prejudicial da *Cour de Cassation* belga de uma forma relativamente inesperada, muito embora não desprovida de sentido em coerência com os pressupostos de que partiu. Concedeu particular importância à autonomia da vontade na escolha da lei aplicável que considerou constituir uma pedra angular na Convenção de Roma de 1980 e, por extensão, acrescentamos, no Regulamento (CE) n.º 593/2008, de 17 de junho de 2008 (o Regulamento Roma I), nos termos do art. 3.º, n.º 1, daquela Convenção. Este último diploma era o aplicável ao caso *ratione temporis* e não o Regulamento Roma I que, aliás, deve ser dito, é mais claro do que a Convenção na caracterização de uma norma de aplicação imediata.

Assim, interpretando o seu sentido e alcance (em que, na lei portuguesa, se deve incluir o art. 38.º do Decreto-lei n.º 178/86,

⁽³⁾ Esta é a transcrição integral da parte decisória do acórdão: “Os arts. 3.º e 7.º, n.º 2, da Convenção sobre a lei aplicável às obrigações contratuais, aberta à assinatura em Roma, em 19 de junho de 1980, devem ser interpretados no sentido de que a lei de um Estado-Membro da União Europeia que oferece a proteção mínima imposta pela Diretiva n.º 86/653/CEE do Conselho, de 18 de dezembro de 1986, relativa à coordenação do direito dos Estados-Membros sobre os agentes comerciais, escolhida pelas partes num contrato de agência comercial, pode ser afastada pelo órgão jurisdicional chamado a pronunciar-se, com sede noutro Estado-Membro, a favor da *lex fori* com fundamento no caráter imperativo, na ordem jurídica deste último Estado-Membro, das normas que regulam a situação dos agentes comerciais, mas unicamente se o órgão jurisdicional chamado a pronunciar-se constatar de forma circunstanciada que, no âmbito desta transposição, o legislador do Estado do foro considerou crucial, na ordem jurídica em causa, conceder ao agente comercial uma proteção mais ampla do que a proteção conferida pela referida diretiva, tendo em conta, a este respeito, a natureza e o objeto das disposições imperativas pertinentes”.

de 3 de julho), o Tribunal de Justiça entendeu que apenas se podem considerar como tais as normas cujo respeito é entendido como uma exigência crucial do legislador do Estado do foro no seio da sua ordem jurídica⁽⁴⁾. Competirá, por isso, aos tribunais do foro proceder, caso a caso, à interpretação da lei do seu país relativa ao reconhecimento, ou não, pelo legislador respetivo e no diploma legal de implementação da Diretiva, da existência desse interesse crucial da sua ordem política, social ou económica.

Já na formulação do art. 7.º da Convenção de Roma o elemento fundamental que tipificava a norma de aplicação imediata tinha sido a *crucial* importância dos interesses respetivos para a salvaguarda da organização económica de cada Estado-Membro.

Porém, como antes se disse, o Regulamento Roma I foi mais claro na caracterização da norma de aplicação imediata, pois no art. 9.º, n.º 1, afirma que “(...) as normas de aplicação imediata são disposições cujo respeito é considerado fundamental por um país para a salvaguarda do interesse público” — acrescentando — “designadamente a sua organização política, social ou económica (...)”.

Entendemos que o alcance dos adjetivos *crucial* usado no acórdão do Caso Unamar e *fundamental* utilizado pelo art. 9.º, n.º 1, daquele Regulamento na prática se equivalem, embora nos pareça que o primeiro é mais determinativo e enfático do que o adjetivo *fundamental*.

6. Comentário

Como antes se afirmou, o acórdão entendeu que o princípio da liberdade negocial e da autonomia da vontade das partes na escolha da lei reguladora do contrato e da jurisdição para a resolução dos conflitos respetivos, que se encontrava consagrado no art. 3.º, n.º 1,

⁽⁴⁾ Sobre este acórdão ver o artigo do Professor LANDO, OLE, “The Territorial Scope of Application of the EU Directive on Self-Employed Commercial Agents”, in *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, Vol. 1, Almeida, 2002, p. 249 e ss.

da Convenção e atualmente no art. 3.º, n.º 1, do Regulamento, constitui um pilar fundamental da ordem jurídica comunitária e, por isso, os Estados-Membros não gozam do direito de fazer sobrepor os seus interesses através de uma *loi de police* aos da ordem comunitária geral, apenas podendo utilizar a faculdade concedida antes pelo art. 7.º da Convenção de Roma e, atualmente, pelo art. 9.º do Regulamento Roma I, nos casos verdadeiramente cruciais ou fundamentais para a sua organização política, social ou económica, designadamente mediante a definição de um regime legal próprio que justifique o seu carácter crucial.

No que respeita ao agente comercial, uma boa parte da doutrina tem, porém, entendido que os interesses do agente comercial relativamente às matérias em análise e protegidas pelo disposto no art. 19.º da Diretiva n.º 86/753/CEE, que teve reflexo direto, como já se salientou, no art. 38.º do nosso Decreto-lei n.º 178/86, dificilmente poderiam integrar, em geral, o conceito de interesse crucial ou fundamental para a organização política, social ou económica de um estado por mais dignos que eles possam ser.

Desde logo, tem sido salientado o facto de esses direitos serem renunciáveis pelo agente comercial após terem sido constituídos na sua esfera jurídica.

Depois, porque se tratam de interesses particulares que não se podem confundir com interesses públicos cruciais ou fundamentais de um Estado no domínio da sua ordem política, social ou económica.

Ver, a propósito, para maior desenvolvimento desta matéria a nota de rodapé n.º 5 *infra*.

7. A hipotética via da não-arbitrabilidade da matéria não é uma solução

Recorde-se que a lei belga de 13 de abril de 1995, por cuja aplicação teve lugar a questão que veio a ser objeto do acórdão do Caso Unamar, continha uma disposição que completava o regime da exclusividade dada à lei da Bélgica para regular a questão da

proteção dada aos agentes comerciais no caso de cessação do contrato e que consistia na concomitante atribuição aos tribunais estaduais belgas de competência exclusiva para conhecer dos direitos dos agentes comerciais que exercessem naquele País a sua atividade. Disposição idêntica, deve dizer-se, não existe na lei portuguesa, embora nos pareça, em tese, que dificilmente se poderia admitir que os tribunais portugueses não tivessem, em abstrato, competência exclusiva na matéria, dado que de outro modo ficaria muito fragilizada a possibilidade de tornar efetiva, por um tribunal localizado fora de Portugal, a execução da lei substantiva portuguesa na matéria.

Mas, pergunta-se, à parte o regime legal constante do art. 38.º do Decreto-lei n.º 178/86, não resultará da nova Lei da Arbitragem Voluntária (LAV) um regime que possa conceder aos agentes comerciais portugueses uma proteção, por via do reconhecimento da não arbitrabilidade das questões daquela natureza, impedindo assim que convenções de arbitragem obstaculizem a resolução de litígios pela via dos tribunais estaduais portugueses, elegendo fora de Portugal o foro competente?

A nossa resposta é que, decididamente, isso não sucede.

Desde logo, porque a LAV é apenas aplicável no espaço territorial nacional (art. 61.º), não impedindo que seja iniciada fora do espaço territorial de Portugal uma ação arbitral.

Por outro lado, tratam-se de direitos patrimoniais (art. 1.º, n.º 1, da LAV), motivo porque não existe norma em Portugal que impeça a qualificação de arbitrável às questões relativas à proteção do agente comercial.

O Regulamento constitui o diploma que contém as normas de conflitos e outras normas de direito internacional privado vigentes em todos os Estados-Membros, que se aplicam quer às relações intracomunitárias dos residentes dos Estados-Membros, quer às relações dos residentes dos Estados-Membros com residentes de Estados terceiros.

Vemos, assim, difícil o modo de ladear a questão que o acórdão Unamar trouxe, ou seja, a da validade plena da cláusula de escolha da lei que, por via disso, possa pôr em causa o regime da proteção dos direitos do agente comercial em caso de cessação do

contrato como pilar fundamental que, segundo o Tribunal de Justiça, é a liberdade da escolha da lei reguladora de um contrato e do foro para a resolução dos litígios respetivos.

8. O Acórdão do Caso Ingmar

A questão central trazida à colação pela jurisprudência do mesmo Tribunal de Justiça proferida num outro caso, conhecido por Caso Ingmar, consiste em saber se ela conflitua ou não com o decidido no acórdão do Caso Unamar.

Ingmar era, igualmente, uma empresa que se dedicava, no Reino Unido, ao agenciamento de navios mercantes.

O seu principal era a empresa transportadora marítima norte-americana Eaton Leonard Technologies Inc., com sede na Califórnia.

As partes tinham celebrado um contrato de agenciamento marítimo, escolhendo, por acordo, a lei do Estado da Califórnia para reger o contrato, lei aquela que não previa qualquer indemnização de clientela em favor do agente comercial após a cessação do contrato.

O Tribunal de Justiça entendeu que um agente comercial, como era o caso da Ingmar, exercendo atividade num Estado-Membro comunitário, se encontra protegido quanto à indemnização de clientela pela Diretiva n.º 86/653/CEE, em particular pelo disposto nos seus arts. 17.º a 19.º. Na verdade, este art. 19.º é claro, ao dizer que as partes de um contrato não podem derogar o disposto nos arts. 17.º e 18.º em detrimento do agente comercial mesmo quando o principal se encontra estabelecido num Estado não membro. E, acrescentou, que as partes, nessas circunstâncias, não podem evitar a proteção legal concedida por aquelas disposições ao agente mediante a utilização do simples expediente de uma cláusula de escolha da lei aplicável.

Aparentemente, o acórdão do Caso Ingmar concede total prioridade às normas de aplicação imediata contidas nos arts. 17.º a 19.º da Diretiva sobre quaisquer outras leis ou disposições convencionais sobre a matéria, independentemente da natureza jurí-

dica e alcance daquelas normas ou, claro está, das que resultarem da sua implementação nos Estados-Membros.

Mas, na realidade, a jurisprudência do caso Unamar não parece conflituante com aquela jurisprudência do caso Ingmar, dado que não a contraria, mas apenas diz — o que não é pouco — que as normas de aplicação imediata em vigor nos Estados-Membros devem ser interpretadas restritivamente, não podendo infringir na sua interpretação e aplicação outras normas comunitárias como é o caso da liberdade de escolha da lei aplicável a um contrato e da escolha da jurisdição competente para a resolução de litígios, a não ser que o legislador de um Estado-Membro, nas normas de implementação da Diretiva, as tenha considerado cruciais para satisfação dos interesses políticos, sociais ou económicos desse Estado.

9. O Significado e o Alcance do artigo 9.º do Regulamento Roma I

Posto isto, analisemos mais detidamente o art. 9.º do Regulamento. Este diploma legal comunitário, para além de tratar da caracterização das normas de aplicação imediata, visa conferir a todos os Estados-Membros da União Europeia um mesmo regime de resolução de conflitos de leis e de outras questões que interessem ao direito internacional privado comunitário, de modo a que seja aplicável em todos os Estados-Membros o mesmo regime jurídico conflitual ou material dos aspetos obrigacionais de uma relação jurídica internacional de direito privado. Tratam-se, assim, de normas instrumentais porque servem para indicar a aplicação de outras normas, sem prejuízo de algumas das suas normas também disporem diretamente sobre a situação jurídica da sua previsão.

E, entre estas — denominadas normas de aplicação material —, figura o seu art. 9.º que, além de se tratar de uma norma com essa natureza, porque regula diretamente a situação jurídica respetiva relevante em direito internacional privado sem recurso a uma norma de conflitos, é igualmente uma norma de aplicação ime-

diata, pois sobrepõe-se na sua aplicação a qualquer outra norma de direito também potencialmente reguladora da situação que visa reger.

Todavia, tratando-se o Regulamento de um instrumento que contém normas comuns a todos os Estados-Membros deve, nomeadamente, respeitar outras normas de direito comunitário entre as quais as que contém fundamentos essenciais do direito comunitário.

Um deles é, sem dúvida, a proteção e o fomento da sã concorrência dentro da Comunidade, não permitindo a ocorrência de situações de distorção dela.

Assim sendo, não podia o Regulamento, desde logo, permitir que fossem diversos os comandos e as soluções jurídicas que nele se contém conforme se tratasse de Estados-Membros ou de Estados não membros, desde que os efeitos jurídicos ocorram no espaço comunitário.

Sem dúvida que, se assim não fosse, poderiam ser diversas as condições do exercício da atividade dos agentes comerciais comunitários mas em que as contrapartes — o principal — pertencesse ou não a um Estado-Membro.

É por isso que o art. 9.º não faz qualquer discriminação entre partes de Estados-Membros e partes de Estados não membros. O que nele se dispõe é aplicável aos Estados-Membros e às partes de uma relação de agência comercial seja qual for a nacionalidade delas.

Os tribunais dos Estados-Membros aplicarão de igual modo o regime do Regulamento, assegurando, assim, as mesmas condições de concorrência, sem benefícios concedidos a partes comunitárias, em detrimento de outros concorrentes comunitários seus, apenas pelo facto de a contraparte não ser comunitária como era o caso da contraparte norte-americana da Ingmar.

Foi esta a jurisprudência que o acórdão do Caso Ingmar firmou.

10. Consequências

Regressando ao acórdão do Caso Unamar, o Tribunal de Justiça adotou um critério restritivo na interpretação e aplicação do art. 7.º da Convenção de Roma e, logo, também do diploma e norma que a substituiu, especificamente, o art. 9.º do Regulamento Roma I.

Relembrando a interpretação dada pelo acórdão do Caso Unamar às disposições jurídicas sob análise, elas restringem-se aos agentes comerciais com atividade no espaço comunitário e aplicam-se nos Estados-Membros sejam ou não comunitários os terceiros que são parte da relação jurídica respetiva.

Na verdade, como se sabe, as disposições do art. 7.º, n.º 1, da Convenção Roma e do art. 9.º, n.º 1, do Regulamento Roma I constituem normas limitadoras da aplicação de normas de conflitos, por se tratarem de normas de aplicação material que dispensam o recurso a normas de conflito e que devem ser observados, como *lex fori*, pelos tribunais dos Estados a que é submetida a questão que requer a sua observância.

Assim, seja ou não comunitária a contraparte do agente comercial na relação jurídica do contrato de agência e desde que a questão seja colocada a um tribunal pertencente ao espaço territorial comunitário, este não pode deixar de atender ao disposto naqueles instrumentos legislativos comunitários.

Deve recordar-se, todavia, que Portugal, conjuntamente com a França e a Holanda, assinou e ratificou a Convenção da Haia aplicável aos Contratos de Mediação e Representação, de 14 de março de 1978, que se sobrepõe, no seu âmbito de aplicação, ao disposto no Regulamento Roma I, por força do que estipula o art. 25.º deste Regulamento, sem esquecer todavia o que também dispõe o seu número 2. Todavia, aquela Convenção tem uma aplicação muito limitada, apenas aos Estados que a subscreveram.

Em resumo e conclusão, a jurisprudência do Tribunal de Justiça constante do acórdão tirado no Caso Unamar, de 17 de outubro de 2013, interpretou restritivamente normas tidas de aplicação imediata (*loi de police*) constantes dos arts. 17.º, 18.º e 19.º da Diretiva do Conselho n.º 86/653/CEE, de 18 de dezembro de 1986, que determinaram, por seu turno, a formulação do disposto, em

Portugal, no art. 38.º do Decreto-lei n.º 178/86, de 3 de julho (alterado pelo Decreto-lei n.º 118/93, de 13 de abril).

Para o acórdão, os legisladores e, logo, também os tribunais de um Estado-Membro, em obediência ao disposto na diretiva comunitária citada, não podem olvidar que a liberdade de escolha da lei aplicável a um contrato de agência (ou a qualquer outro contrato — acrescentamos nós) constitui igualmente um pilar essencial da legislação comunitária. Os arts. 3.º, n.º 1, da Convenção de Roma e 3.º, n.º 1, do Regulamento Roma I consagram o princípio da liberdade de escolha da lei aplicável a um contrato, a que o Tribunal de Justiça deu a maior relevância no acórdão do Caso Unamar.

E mais, disse também que uma norma de aplicação imediata (*loi de police*) só pode ser validamente qualificada como tal ao abrigo do disposto no art. 7.º, n.º 2, da Convenção de Roma (que recorde-se era o diploma aplicável *ratione temporis* ao caso) e, acrescentamos nós como temos repetidamente dito, também ao abrigo do art. 9.º, n.º 1, do Regulamento Roma I, se o legislador respetivo tiver reconhecido que ela visa a salvaguarda de um *interesse público crucial* relativo à sua organização política, social ou económica.

Isto posto, deve observar-se ainda o seguinte sobre esta matéria:

- 1.º Como já antes se aflorou, é forte a convicção em vários autores⁽⁵⁾ e também, segundo nós, é do senso comum que a questão do direito do agente comercial à indemnização nos termos do art. 33.º do Decreto-lei n.º 178/86, com a redação dada pelo Decreto-lei n.º 118/93 (vulgarmente conhecida por indemnização de clientela), posta à luz do acórdão do Caso Unamar, dificilmente pode ser considerada integrante de uma verdadeira *loi de police* segundo os parâmetros do art. 9.º, n.º 1, do Regulamento Roma I, por não constituir matéria de *interesse público crucial* ou

⁽⁵⁾ Ver, entre outros, por exemplo na doutrina belga, KILESTE, P. e HOLLANDER, PASCAL, “Examen de Jurisprudence — La loi du 27 juillet 1961 sur la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à indéterminées”, *R.D.C.*, n.º 103, 1998, p. 38. No mesmo sentido, ver igualmente P. KILESTE, P., HOLLANDER, PASCAL e STAUDT, C., “La résiliation des concessions de vente: 50 ans d’évolution de la loi du 27 juillet 1961”, *Anthemis*, 2011, § 324.

fundamental para a organização económica nacional de um Estado, e concretamente, também do Estado português. Designadamente, tem sido dito, que se trata de um direito renunciável pelo agente e, acima de tudo, por se tratarem de meros interesses privados.

Parece, assim, em crise o regime da proteção concedida ao agente comercial pelo art. 38.º do Decreto-lei n.º 178/86 e, bem assim, por analogia em conformidade com alguma jurisprudência, ao concessionário comercial e ao franquiado.

- 2.º Deste modo, sem prejuízo da eventual aplicação do que dispõe o n.º 2 do art. 9.º do Regulamento Roma I, cujo alcance não discutiremos aqui, pode ser questionada perante os tribunais portugueses e perante o Tribunal de Justiça, designadamente como questão prejudicial, a verdadeira natureza de *loi de police* do art. 38.º do Decreto-lei n.º 178/86. Porém, para completa clarificação seria necessária a formulação de um pedido específico para que aquele tribunal se pronunciasse a propósito. Enquanto não existir uma alteração legislativa que assim entenda, os tribunais portugueses não podem deixar de observar o que dispõe o citado art. 38.º, sem prejuízo, como é óbvio, de poderem acolher a jurisprudência do Tribunal de Justiça tirada no acórdão do Caso Unamar.
- 3.º A jurisprudência que resulta do acórdão do Caso Unamar sobre o alcance de uma norma de aplicação imediata ou *loi de police, in casu* relativa aos agentes comerciais e face aos requisitos exigidos pelo n.º 1 do art. 9.º do Regulamento Roma I, não pode deixar de se aplicar a qualquer outra matéria objeto desse tipo de leis, salvo se, em Portugal, se tratar de matéria protegida pela ordem pública internacional do Estado português⁽⁶⁾.

⁽⁶⁾ Sobre o conceito de ordem pública internacional, ver o nosso *Manual de Arbitragem*, 2.ª ed., Almedina, 2013, p. 449 e ss., e o artigo “A Ordem Pública na Arbitragem”, *ROA*, Ano 74, I.

4.º Por fim, é do maior interesse sobre a matéria deste artigo e do alinhamento que a mais recente jurisprudência portuguesa faz com o acórdão do Caso Unamar, o acórdão do STJ de 23 de outubro de 2014 sobre o contrato de agência, a indemnização de clientela e o art. 38.º do Decreto-lei n.º 178/86, de 3 de julho (posteriormente alterado pelo Decreto-lei n.º 118/93, de 3 de abril).

Agosto de 2015

MANUEL PEREIRA BARROCAS

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA(*) (TERCEIRA SECÇÃO)

17 de outubro de 2013

«Convenção de Roma sobre a lei aplicável às obrigações contratuais — Artigos 3.º e 7.º, n.º 2 — Liberdade de escolha das partes — Limites — Disposições imperativas — Diretiva 86/653/CEE — Agentes comerciais — Contratos de compra e venda de mercadorias — Denúncia do contrato de agência pelo comitente — Regulamentação nacional de transposição que prevê uma proteção superior às exigências mínimas da diretiva e uma proteção dos agentes comerciais no âmbito de contratos de prestação de serviços».

No processo C-184/12,

que tem por objeto um pedido de decisão prejudicial nos termos do Primeiro Protocolo de 19 de dezembro de 1988, relativo à interpretação, pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, da Convenção sobre a lei aplicável às obrigações contratuais, aberta à assinatura em Roma, em 19 de junho de 1980, apresentado pelo Hof van Cassatie (Bélgica), por decisão de 5 de abril de 2012, entrado no Tribunal de Justiça em 20 de abril de 2012, no processo

(*) Publica-se a versão integral do Acórdão UNAMAR em complemento ao artigo “Acórdão *Unamar* do Tribunal de Justiça da União Europeia — Conceito restritivo de norma de aplicação imediata (*loi de police*) — Redução dos direitos do Agente Comercial” que precede.

United Antwerp Maritime Agencies (Unamar) NV contra Navigation Maritime Bulgare,

O **Tribunal de Justiça** (Terceira Secção), composto por:

- M. Ilešič, presidente de secção, C. G. Fernlund, A. Ó Caoimh, C. Toader (relatora) e E. Jarašiūnas, juízes,
- advogado-geral: N. Wahl,
- secretário: A. Calot Escobar,
- vistos os autos,
- vistas as observações apresentadas:
 - $\frac{3}{4}$ da Navigation Maritime Bulgare, por S. Van Moorlegem, advocaat,
 - $\frac{3}{4}$ em representação do Governo belga, por T. Materne e C. Pochet, na qualidade de agentes,
 - $\frac{3}{4}$ em representação da Comissão Europeia, por R. Troosters e M. Wilderspin, na qualidade de agentes,ouvidas as conclusões do advogado-geral na audiência de 15 de maio de 2013, profere o presente

Acórdão

1. O pedido de decisão prejudicial tem por objeto a interpretação dos artigos 3.º e 7.º, n.º 2, da Convenção sobre a lei aplicável às obrigações contratuais, aberta à assinatura em Roma, em 19 de junho de 1980 (JO L 266, p. 1; EE 01 F3 p. 36; a seguir «Convenção de Roma»), lidos em conjugação com a Diretiva 86/653/CEE do Conselho, de 18 de dezembro de 1986, relativa à coordenação do direito dos Estados-Membros sobre os agentes comerciais (JO L 382, p. 17).

2. Este pedido foi apresentado no âmbito de um litígio que opõe a United Antwerp Maritime Agencies (Unamar) NV (a seguir

«Unamar»), sociedade de direito belga, à Navigation Maritime Bulgare (a seguir «NMB»), sociedade de direito búlgaro, relativamente ao pagamento de várias indemnizações pretensamente devidas na sequência da denúncia, pela NMB, do contrato de agência comercial entre estas duas sociedades.

Quadro jurídico

Direito internacional

Convenção sobre o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras

3. O artigo II, n.^{os} 1 e 3, da Convenção sobre o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras, celebrada em Nova Iorque, em 10 de junho de 1958 (*Recueil des traités des Nations unies*, Vol. 330, p. 3), dispõe:

«1. Cada Estado Contratante reconhece a Convenção escrita pela qual as Partes se comprometem a submeter a uma arbitragem todos os litígios ou alguns deles que surjam ou possam surgir entre elas relativamente a uma determinada relação de direito, contratual ou não contratual, respeitante a uma questão suscetível de ser resolvida por via arbitral.

[...]

3. O tribunal de um Estado Contratante solicitado a resolver um litígio sobre uma questão relativamente à qual as Partes celebraram uma convenção ao abrigo do presente artigo remeterá as Partes para a arbitragem, a pedido de uma delas, salvo se constatar a caducidade da referida convenção, a sua inexecutabilidade ou insusceptibilidade de aplicação.»

Direito da União

Convenção de Roma

4. O artigo 1.º, n.º 1, da Convenção de Roma, intitulado «Âmbito de aplicação», prevê:

«O disposto na presente convenção é aplicável às obrigações contratuais nas situações que impliquem um conflito de leis.»

5. O artigo 3.º desta Convenção, intitulado «Liberdade de escolha», dispõe:

«1. O contrato rege-se pela lei escolhida pelas partes. Esta escolha deve ser expressa ou resultar de modo inequívoco das disposições do contrato ou das circunstâncias da causa. Mediante esta escolha, as partes podem designar a lei aplicável à totalidade ou apenas a uma parte do contrato.

2. Em qualquer momento, as partes podem acordar em sujeitar o contrato a uma lei diferente da que anteriormente o regulava, quer por força de uma escolha anterior nos termos do presente artigo, quer por força de outras disposições da presente convenção. Qualquer modificação, quanto à determinação da lei aplicável, ocorrida posteriormente à celebração do contrato, não afeta a validade formal do contrato, na aceção do disposto no artigo 9.º, nem prejudica os direitos de terceiros.

3. A escolha pelas partes de uma lei estrangeira, acompanhada ou não da escolha de um tribunal estrangeiro, não pode, sempre que todos os outros elementos da situação se localizem num único país no momento dessa escolha, prejudicar a aplicação das disposições não derogáveis por acordo, nos termos da lei desse país, e que a seguir se denominam por ‘disposições imperativas’.

4. A existência e a validade do consentimento das partes, quanto à escolha da lei aplicável, são reguladas pelo disposto nos artigos 8.º 9.º e 11.º»

6. O artigo 7.º da referida Convenção, intitulado «Disposições imperativas», prevê:

«1. Ao aplicar-se, por força da presente convenção, a lei de um determinado país, pode ser dada prevalência às disposições imperativas da lei de outro país com o qual a situação apresente uma conexão estreita se, e na medida em que, de acordo com o direito deste último país, essas disposições forem aplicáveis, qualquer que seja a lei reguladora do contrato. Para se decidir se deve ser dada prevalência a estas disposições imperativas, ter-se-á em conta a sua natureza e o seu objeto, bem como as consequências que resultariam da sua aplicação ou da sua não aplicação.

2. O disposto na presente convenção não pode prejudicar a aplicação das regras do país do foro que regulem imperativamente o caso concreto, independentemente da lei aplicável ao contrato».

7. Nos termos do artigo 18.º da mesma Convenção, intitulado «Interpretação uniforme»:

«Na interpretação e aplicação das regras uniformes que antecedem, deve ser tido em conta o seu caráter internacional e a conveniência de serem interpretadas e aplicadas de modo uniforme».

Regulamento (CE) n.º 593/2008

8. O Regulamento (CE) n.º 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I) (JO L 177, p. 6, a seguir «Regulamento Roma I»), substituiu a Convenção de Roma. O artigo 9.º, n.ºs 1 e 2, deste regulamento, intitulado «Normas de aplicação imediata», tem a seguinte redação:

«1. As normas de aplicação imediata são disposições cujo respeito é considerado fundamental por um país para a salva-

guarda do interesse público, designadamente a sua organização política, social ou económica, ao ponto de exigir a sua aplicação em qualquer situação abrangida pelo seu âmbito de aplicação, independentemente da lei que de outro modo seria aplicável ao contrato, por força do presente regulamento.

2. As disposições do presente regulamento não podem limitar a aplicação das normas de aplicação imediata do país do foro».

Diretiva 86/653

9. O primeiro a quarto considerandos da Diretiva 86/653 têm a seguinte redação:

«Considerando que as restrições à liberdade de estabelecimento e à livre prestação de serviços para as atividades dos intermediários do comércio, da indústria e do artesanato foram suprimidas pela Diretiva 64/224/CEE [...];

Considerando que as diferenças entre as legislações nacionais em matéria de representação comercial afetam sensivelmente, no interior da Comunidade, as condições de concorrência e o exercício da profissão e diminuem o nível de proteção dos agentes comerciais nas relações com os seus comitentes, assim como a segurança das operações comerciais; que, por outro lado, essas diferenças são suscetíveis de dificultar sensivelmente o estabelecimento e o funcionamento dos contratos de representação comercial entre um comitente e um agente comercial estabelecidos em Estados-Membros diferentes;

Considerando que as trocas de mercadorias entre Estados-Membros se devem efetuar em condições análogas às de um mercado único, o que impõe a aproximação dos sistemas jurídicos dos Estados-Membros na medida do necessário para o bom funcionamento deste mercado comum; que, a este respeito, as regras de conflitos de leis, mesmo unificadas, não eliminam, no domínio da representação comercial, os inconvenientes atrás apontados e não dispensam portanto a harmonização proposta;

Considerando, a este propósito, que as relações jurídicas entre o agente comercial e o comitente devem ser prioritariamente tomadas em consideração».

10. O artigo 1.º, n.ºs 1 e 2, desta diretiva dispõe:

«1. As medidas de harmonização previstas na presente diretiva aplicam-se às disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros que regem as relações entre os agentes comerciais e os seus comitentes.

2. Para efeitos da presente diretiva, o agente comercial é a pessoa que, como intermediário independente, é encarregada a título permanente, quer de negociar a venda ou a compra de mercadorias para uma outra pessoa, adiante designada ‘comitente’, quer de negociar e concluir tais operações em nome e por conta do comitente.»

11. O artigo 17.º da referida diretiva prevê:

«1. Os Estados-Membros tomarão as medidas necessárias para assegurar ao agente comercial, após a cessação do contrato, uma indemnização, nos termos do n.º 2, ou uma reparação por danos, nos termos do n.º 3.

2. a) O agente comercial tem direito a uma indemnização se e na medida em que:

$\frac{3}{4}$ tiver angariado novos clientes para o comitente ou tiver desenvolvido significativamente as operações com a clientela existente e ainda se resultarem vantagens substanciais para o comitente das operações com esses clientes,

e

$\frac{3}{4}$ o pagamento dessa indemnização for equitativo, tendo em conta todas as circunstâncias, nomeadamente as comissões que o agente comercial perca e

que resultem das operações com esses clientes. Os Estados-Membros podem prever que essas circunstâncias incluam também a aplicação ou não de uma cláusula de não concorrência na aceção do artigo 20.º

- b) O montante da indemnização não pode exceder um valor equivalente a uma indemnização anual calculada a partir da média anual das remunerações recebidas pelo agente comercial durante os últimos cinco anos, e, se o contrato tiver menos de cinco anos, a indemnização é calculada com base na média do período.
- c) A concessão desta indemnização não impede o agente comercial de reclamar uma indemnização por perdas e danos.

3. O agente comercial tem direito à reparação por danos causados pela cessação das suas relações com o comitente.

Esses danos decorrem, nomeadamente, da cessação em condições:

$\frac{3}{4}$ que privem o agente comercial das comissões que receberia pela execução normal do contrato, e que simultaneamente proporcionem ao comitente vantagens substanciais ligadas à atividade do agente comercial;

$\frac{3}{4}$ e/ou que não permitam ao agente comercial amortizar os custos e despesas que ele tenha suportado para a execução do contrato mediante recomendação do comitente.

[...]

5. O agente comercial perde o direito à indemnização nos casos referidos no n.º 2 ou reparação por danos nos [casos] referidos no n.º 3, se, no prazo de um ano a contar da cessação do contrato, não notificar o comitente de que pretende receber a indemnização.

[...]»

12. Nos termos do artigo 18.º da mesma diretiva:

«Não é devida a indemnização ou a reparação referida no artigo 17.º:

a) Quando o comitente tiver posto termo ao contrato por um incumprimento imputável ao agente comercial e que, nos termos da legislação nacional, seja fundamento da cessação do contrato sem prazo;

[...]»

13. Segundo o artigo 22.º da Diretiva 86/653, os Estados-Membros tinham a obrigação de a transpor para o seu direito interno antes de 1 de janeiro de 1990.

Direitos nacionais

Lei belga relativa ao contrato de agência comercial

14. O artigo 1.º, primeiro parágrafo, da Lei de 13 de abril de 1995 sobre o contrato de agência comercial (*Moniteur belge* de 2 de junho de 1995, p. 15621, a seguir «lei sobre o contrato de agência comercial»), que transpôs a Diretiva 86/653 para o direito belga, tem a seguinte redação:

«O contrato de agência comercial é o contrato pelo qual uma das partes, o agente comercial, é encarregada a título permanente e mediante retribuição, pela outra parte, o comitente, sem estar submetido à autoridade deste último, da negociação e, eventualmente, da conclusão de transações em nome e por conta do comitente.»

15. O artigo 18.º, n.ºs 1 e 3, desta lei prevê:

«1. Quando o contrato de agência for celebrado por tempo indeterminado, ou por tempo determinado com a possibili-

dade de rescisão antecipada, cada uma das partes poderá pôr-lhe termo mediante pré-aviso.

[...]

3. A parte que denuncie o contrato sem indicar um dos fundamentos previstos no artigo 19.º, n.º 1, ou sem respeitar o prazo de pré-aviso previsto no n.º 1, segundo paragrafo, é obrigada a pagar à outra parte uma indemnização pela falta de pré-aviso de montante equivalente à remuneração habitual, correspondente ao prazo de pré-aviso ou à fração não decorrida desse prazo.»

16. O artigo 20.º, primeiro parágrafo, da referida lei dispõe: «Após a cessação do contrato, o agente comercial tem direito a uma indemnização de clientela se tiver angariado novos clientes para o comitente ou tiver desenvolvido significativamente o volume de negócios com a clientela existente, desde que daí ainda resultem vantagens substanciais para o comitente».

17. Nos termos do artigo 21.º da mesma lei:

«Se o agente comercial tiver direito à indemnização de clientela prevista no artigo 20.º e o montante dessa indemnização não compensar integralmente os danos efetivamente sofridos, o agente comercial pode, além dessa indemnização e desde que prove a verdadeira amplitude dos danos alegados, obter um ressarcimento correspondente à diferença entre o montante dos danos efetivamente sofridos e o montante da referida indemnização.»

18. O artigo 27.º da lei sobre o contrato de agência comercial prevê o seguinte:

«Sem prejuízo da aplicação das convenções internacionais celebradas pela Bélgica, toda e qualquer atividade de um

agente comercial com sede na Bélgica está sujeita à lei belga e é da competência dos tribunais belgas.»

Lei de comércio búlgara

19. Na Bulgária, a Diretiva 86/653 foi transposta através de uma alteração da Lei de comércio (DV n.º 59, de 21 de julho de 2006).

Litígio no processo principal e questão prejudicial

20. A Unamar, na qualidade de agente comercial, e a NMB, na qualidade de comitente, celebraram, em 2005, um contrato de agência comercial relativo à exploração do serviço regular de transporte marítimo de contentores da NMB. O contrato, celebrado pelo prazo de um ano e renovado anualmente até 31 de dezembro de 2008, previa que lhe fosse aplicável o direito búlgaro e que qualquer litígio relativo ao mesmo contrato fosse dirimido pela Câmara de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria de Sófia (Bulgária). Por circular de 19 de dezembro de 2008, a NMB comunicou aos seus agentes que, por razões económicas, tinha de pôr termo às relações contratuais. Neste contexto, o contrato de agência celebrado com a Unamar foi prorrogado unicamente até 31 de março de 2009.

21. Considerando que a cessação do contrato de agência comercial foi ilegal, a Unamar, em 25 de fevereiro de 2009, intentou uma ação no rechtbank van koophandel van Antwerpen (Tribunal do Comércio de Antuérpia) com vista a obter a condenação da NMB no pagamento de diversas indemnizações previstas na lei sobre o contrato de agência comercial, a saber, uma indemnização compensatória correspondente ao prazo de pré-aviso, uma indemni-

zação de clientela e uma indemnização complementar pelo despedimento de pessoal, ou seja, no montante total de 849 557,05 euros.

22. Por sua vez, a NMB requereu perante o mesmo órgão jurisdicional a condenação da Unamar no pagamento de um montante de 327 207,87 euros, relativo a fretes em atraso.

23. No âmbito da ação intentada pela Unamar, a NMB suscitou uma exceção de inadmissibilidade baseada na incompetência do órgão jurisdicional belga para conhecer do litígio que lhe foi submetido, devido à cláusula de arbitragem existente no contrato de agência comercial. Por sentença de 12 de maio de 2009, após a apensação dos dois processos submetidos por ambas as partes, o rechtbank van koophandel van Antwerpen considerou que a exceção de inadmissibilidade invocada pela NMB era improcedente. No que respeita à lei aplicável aos dois litígios que foi chamado a dirimir, esse órgão jurisdicional considerou designadamente que o artigo 27.º da lei sobre o contrato de agência comercial era uma regra de conflito de lei unilateral, de aplicação imediata enquanto «disposição imperativa», o que tornava inoperante a escolha de um direito estrangeiro.

24. Por acórdão de 23 de dezembro de 2010, o hof van beroep te Antwerpen (Tribunal de Segunda Instância de Antuérpia) deu provimento parcial ao recurso interposto pela NMB da sentença de 12 de maio de 2009, tendo condenado a Unamar no pagamento dos fretes em atraso no montante de 77 207,87 euros, acrescido dos juros de mora à taxa legal e das despesas do processo. Por outro lado, declarou-se incompetente para decidir sobre o pedido de pagamento de indemnizações apresentado pela Unamar, tendo em conta a cláusula de arbitragem existente no contrato de agência comercial, declarada válida por esse órgão jurisdicional. Com efeito, este último considerou que a lei sobre o contrato de agência comercial não era de ordem pública e também não pertencia à

ordem pública internacional belga, na aceção do artigo 7.º da Convenção de Roma. Além disso, considerou que o direito búlgaro escolhido pelas partes proporcionava igualmente à Unamar, enquanto agente marítimo da NMB, a proteção prevista pela Diretiva 86/653, apesar de esta última prever apenas uma proteção mínima. Nestas condições, segundo esse mesmo órgão jurisdicional, o princípio da autonomia da vontade das partes deve prevalecer e, portanto, é o direito búlgaro que deve ser aplicável.

25. A Unamar interpôs recurso desse acórdão do hof van beroep te Antwerpen. Resulta da decisão de reenvio que o Hof van Cassatie considera que resulta dos trabalhos preparatórios da lei sobre o contrato de agência comercial que os artigos 18.º, 20.º e 21.º da mesma devem ser considerados disposições imperativas em razão do caráter imperativo da Diretiva 86/653 que aquela transpõe para a ordem jurídica interna. Com efeito, resulta do artigo 27.º dessa lei que o objetivo prosseguido pela mesma consiste em proporcionar ao agente comercial que tem o seu estabelecimento principal na Bélgica a proteção das disposições imperativas da lei belga, independentemente do direito aplicável ao contrato.

26. Nestas condições, o Hof van Cassatie decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

«Tendo em conta que o direito belga qualifica os artigos 18.º, 20.º e 21.º da [lei sobre o contrato de agência comercial de] disposições imperativas na aceção do artigo 7.º, n.º 2, da Convenção de Roma [...], os artigos 3.º e 7.º, n.º 2, da Convenção de Roma, eventualmente lidos em conjugação com a Diretiva 86/653[...], devem ser interpretados no sentido de que permitem que as disposições imperativas do país do foro que oferecem uma proteção mais ampla do que a proteção mínima imposta pela Diretiva [86/653] sejam aplicadas ao contrato, mesmo que se verifique que o direito aplicável ao contrato é o

direito de outro Estado-Membro da União [Europeia] onde também foi transposta a proteção mínima que é oferecida pela referida Diretiva [86/653]?»

Quanto à questão prejudicial

27. A título preliminar, há que especificar, por um lado, que o Tribunal de Justiça é competente para se pronunciar sobre o presente pedido de decisão prejudicial relativo à Convenção de Roma por força do Primeiro Protocolo da mesma, que entrou em vigor em 1 de agosto de 2004. Com efeito, por força do artigo 2.º, alínea *a*), desse protocolo, o Hop van Cassatie tem a faculdade de pedir ao Tribunal de Justiça que se pronuncie a título prejudicial sobre uma questão suscitada num processo pendente nesse órgão jurisdicional relativa à interpretação das disposições da Convenção de Roma.

28. Por outro lado, apesar de a questão da competência para conhecer do litígio no processo principal ter sido debatida perante os órgãos jurisdicionais competentes quanto ao mérito e de recurso, o órgão jurisdicional de reenvio apenas submeteu ao Tribunal de Justiça a questão relativa à lei aplicável ao contrato, considerando-se, portanto, competente para dirimir o litígio ao abrigo do artigo II, n.º 3, da Convenção sobre o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras, celebrada em Nova Iorque, em 10 de junho de 1958. A este respeito, importa recordar que, segundo jurisprudência constante, compete exclusivamente ao juiz nacional, que é chamado a conhecer do litígio e que deve assumir a responsabilidade pela decisão jurisdicional a proferir, apreciar, tendo em conta as especificidades de cada processo, tanto a necessidade de uma decisão prejudicial para poder proferir a sua decisão como a pertinência das questões que submete ao Tribunal de Justiça (acórdão de 19 de julho de 2012, Garklans, C-470/11, n.º 17 e jurisprudência aí referida). Portanto, o Tribunal de Justiça pretende

responder à questão submetida independentemente da questão da competência jurisdicional.

29. Com a sua questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, no essencial, se os artigos 3.º e 7.º, n.º 2, da Convenção de Roma devem ser interpretados no sentido de que a lei de um Estado-Membro que oferece a proteção mínima imposta pela Diretiva 86/653, escolhida pelas partes num contrato de agência comercial, pode ser afastada pelo órgão jurisdicional chamado a pronunciar-se, com sede noutro Estado-Membro, a favor da *lex fori* com um fundamento relativo ao caráter imperativo, na ordem jurídica deste último Estado-Membro, das normas que regulam a situação dos agentes comerciais.

30. A este propósito, cabe salientar que, embora a questão submetida pelo órgão jurisdicional de reenvio tenha por objetivo não um contrato de compra e venda de mercadorias, mas um contrato de agência relativo à exploração de um serviço de transporte marítimo, pelo que a Diretiva 86/653 não pode regular diretamente a situação em causa no processo principal, não deixa de ser verdade que, quando da transposição das disposições desta diretiva para o direito interno, o legislador belga decidiu aplicar um tratamento idêntico a estes dois tipos de situações (v., por analogia, acórdãos de 16 de março de 2006, Poseidon Chartering, C-3/04, Colet., p. I-2505, n.º 17, e de 28 de outubro de 2010, Volvo Car Germany, C-203/09, Colet., p. I-10721, n.º 26). Por outro lado, como foi evocado no n.º 24 do presente acórdão, o legislador búlgaro decidiu igualmente aplicar o regime da diretiva a um agente comercial responsável pela negociação e pela conclusão de transações, como o que está em causa no processo principal.

31. Segundo jurisprudência constante, quando a legislação nacional se adequa, quanto às soluções que dá a situações puramente internas, às soluções adotadas em direito da União, a fim,

nomeadamente, de evitar o aparecimento de discriminações ou de eventuais distorções de concorrência, existe um interesse manifesto em que, para evitar divergências de interpretação futuras, as disposições ou os conceitos que se foram buscar ao direito da União sejam interpretados de modo uniforme, quaisquer que sejam as condições em que se devem aplicar (v., neste sentido, acórdãos de 17 de julho de 1997, *Leur-Bloem*, C-28/95, Colet., p. I-4161, n.º 32, e *Poseidon Chartering*, já referido, n.º 16 e jurisprudência referida).

32. É neste contexto que se coloca a questão de saber se o órgão jurisdicional nacional pode afastar, em aplicação do artigo 7.º, n.º 2, da Convenção de Roma, a lei de um Estado-Membro, escolhida pelas partes no contrato e que transpõe as disposições vinculativas do direito da União, e isso a favor da lei de outro Estado-Membro, a lei do foro, qualificada de imperativa nesta ordem jurídica.

33. Segundo a NMB, a lei sobre o contrato de agência comercial não pode ser considerada como «regul[ando] imperativamente» o litígio no processo principal, na aceção do artigo 7.º, n.º 2, da Convenção de Roma, tendo em conta que este litígio é relativo a uma matéria que recai no âmbito da Diretiva 86/653 e que a lei escolhida pelas partes é precisamente a lei de outro Estado-Membro da União que também transpôs esta diretiva para a sua ordem jurídica interna. Assim, segundo a NMB, os princípios da autonomia da vontade das partes e da segurança jurídica opõem-se a que, em circunstâncias como as do processo principal, o direito búlgaro seja afastado em benefício do direito belga.

34. Por sua vez, o Governo belga alega que as disposições da lei sobre o contrato de agência comercial têm caráter imperativo e podem ser qualificadas de disposições imperativas. A este respeito, salienta que esta lei, apesar de ter sido adotada como medida de transposição da Diretiva 86/653, conferiu um alcance mais

amplo ao conceito de «agente comercial» do que o que figura nesta diretiva, na medida em que qualquer agente comercial encarregado «da negociação e, eventualmente, da conclusão de transações em nome e por conta do comitente» é abrangido pela referida lei. Nas suas observações, o Governo belga insistiu igualmente no facto de esta lei ter alargado as possibilidades de indemnização do agente comercial em caso de denúncia do seu contrato, o que tem como consequência que o litígio no processo principal seja efetivamente julgado ao abrigo da legislação belga.

35. A Comissão Europeia alega, no essencial, que a invocação unilateral de disposições imperativas por um Estado é, em todo o caso, contrária aos princípios subjacentes à Convenção de Roma, em particular à regra fundamental da prevalência da lei escolhida contratualmente pelas partes, na medida em que esta lei é a de um Estado-Membro que integrou na sua ordem jurídica interna as disposições imperativas do direito da União em causa. Por conseguinte, os Estados-Membros não podem contrariar este princípio fundamental ao qualificarem sistematicamente de imperativas as suas normas nacionais, exceto quando dizem expressamente respeito a um interesse importante.

36. O Tribunal de Justiça já teve ocasião de declarar que a Diretiva 86/653 tem por objetivo harmonizar o direito dos Estados-Membros no que diz respeito às relações jurídicas entre as partes num contrato de agência comercial (acórdãos de 30 de abril de 1998, *Bellone*, C-215/97, Colet., p. I-2191, n.º 10; de 23 de março de 2006, *Honyvem Informazioni Commerciali*, C-465/04, Colet., p. I-2879, n.º 18; e de 26 de março de 2009, *Semen*, C-348/07, Colet., p. I-2341, n.º 14).

37. Resulta, com efeito, do segundo considerando desta diretiva que as medidas de harmonização por ela prescritas se destinam, nomeadamente, a suprimir as restrições ao exercício da pro-

fissão de agente comercial, a uniformizar as condições de concorrência no interior da União e a aumentar a segurança das operações comerciais (acórdão de 9 de novembro de 2000, Ingmar, C-381/98, Colet., p. I-9305, n.º 23).

38. Resulta igualmente de jurisprudência assente que, designadamente, as disposições nacionais que subordinam a validade de um contrato de agência à inscrição do agente comercial num registo previsto para esse efeito são suscetíveis de afetar significativamente o estabelecimento e a operacionalidade de contratos de agência entre partes em Estados-Membros diferentes e são, portanto, sob este aspeto, contrárias aos fins prosseguidos pela Diretiva 86/653 (v., neste sentido, acórdão Bellone, já referido, n.º 17).

39. A este respeito, os artigos 17.º e 18.º desta diretiva revestem uma importância determinante, porque definem o nível de proteção que o legislador da União considerou razoável atribuir aos agentes comerciais no âmbito da criação do mercado único.

40. Como o Tribunal de Justiça já declarou, o regime instituído para esse efeito pela Diretiva 86/653 tem natureza imperativa. O artigo 17.º desta diretiva faz efetivamente impender sobre os Estados-Membros a obrigação de implementarem um mecanismo de indemnização do agente comercial após a cessação da relação contratual. Ainda que este artigo ofereça aos Estados-Membros uma opção entre o sistema de indemnização e o de reparação dos danos, os artigos 17.º e 18.º, no entanto, fixam um quadro preciso no interior do qual os Estados-Membros podem exercer a sua margem de apreciação quanto à escolha dos métodos de cálculo da indemnização ou da reparação a conceder. Além disso, segundo o artigo 19.º da mesma diretiva, as partes não podem, antes da cessação do contrato, derogar o que neles se dispõe, em prejuízo do agente comercial (acórdão Ingmar, já referido, n.º 21).

41. No que respeita à questão de saber se um órgão jurisdicional nacional pode afastar a lei escolhida pelas partes em benefício da sua lei nacional que transpõe os artigos 17.º e 18.º da Diretiva 86/653, importa referir o artigo 7.º da Convenção de Roma.

42. Há que recordar que o artigo 7.º desta Convenção, intitulado «Disposições imperativas», designa, no seu n.º 1, as disposições imperativas da lei de outro país e, no n.º 2 deste mesmo artigo, as disposições imperativas da lei do foro.

43. Assim, o artigo 7.º, n.º 1, da referida Convenção permite ao Estado do foro aplicar as disposições imperativas da lei de outro país com o qual a situação apresente uma conexão estreita, em vez do direito aplicável ao contrato. Para se decidir se deve ser dada prevalência a estas disposições imperativas, ter-se-á em conta a sua natureza e o seu objeto, bem como as consequências resultantes da sua aplicação ou da sua não aplicação.

44. Por seu turno, o artigo 7.º, n.º 2, da mesma Convenção permite aplicar normas da lei do foro que regulem imperativamente a situação, independentemente da lei aplicável ao contrato.

45. Resulta do exposto que, por força do artigo 7.º, n.º 1, da Convenção de Roma, a aplicação, pelo órgão jurisdicional nacional, das disposições imperativas de uma lei estrangeira só pode ter lugar em condições expressamente definidas, ao passo que a redação do artigo 7.º, n.º 2, desta Convenção não prevê expressamente uma condição específica para a aplicação das disposições imperativas da lei do foro.

46. No entanto, cumpre salientar que a possibilidade de concluir pela existência de disposições imperativas por força do artigo 7.º, n.º 2, da Convenção de Roma não afeta a obrigação dos Estados-Membros de

assegurar a conformidade destas normas com o direito da União. Com efeito, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, a qualificação de regras nacionais na categoria de disposições imperativas e de segurança não as subtrai ao respeito das disposições do Tratado, sob pena de se ignorar o primado e a aplicação uniforme do direito da União. Os motivos na base de tais legislações nacionais só podem ser tomados em consideração pelo direito da União a título de exceções às liberdades expressamente previstas no Tratado e, sendo caso disso, a título de razões imperiosas de interesse geral (acórdão de 23 de novembro de 1999, *Arblade e o.*, C-369/96 e C-376/96, Colet., p. I-8453, n.º 31).

47. A este respeito, importa recordar que a qualificação de disposições nacionais de disposições imperativas e de segurança por um Estado-Membro visa as disposições cuja observância foi considerada crucial para a salvaguarda da organização política, social ou económica do Estado-Membro em causa, a ponto de impor o seu respeito a qualquer pessoa que se encontre no território nacional desse Estado-Membro ou a qualquer relação jurídica nele localizada (acórdãos *Arblade e o.*, já referido, n.º 30, e de 19 de junho de 2008, Comissão/Luxemburgo, C-319/06, Colet., p. I-4323, n.º 29).

48. Esta interpretação é igualmente conforme com a redação do artigo 9.º, n.º 1, do Regulamento Roma I, que não é, todavia, aplicável *ratione temporis* ao litígio no processo principal. Com efeito, segundo este artigo, as normas de aplicação imediata são disposições cujo respeito é considerado fundamental por um país para a salvaguarda do interesse público, designadamente a sua organização política, social ou económica, ao ponto de exigir a sua aplicação em qualquer situação abrangida pelo seu âmbito de aplicação, independentemente da lei que de outro modo seria aplicável ao contrato, por força deste regulamento.

49. Assim, para atribuir eficácia plena ao princípio da autonomia da vontade das partes no contrato, pedra angular da Conven-

ção de Roma, retomada no Regulamento Roma I, há que fazer com que a escolha livremente efetuada pelas partes quanto à lei aplicável no âmbito da sua relação contratual seja respeitada, em conformidade com o artigo 3.º n.º 1, da Convenção de Roma, de modo a que a exceção relativa à existência de uma «disposição imperativa», na aceção da legislação do Estado-Membro em causa, como referida no artigo 7.º, n.º 2, desta Convenção, deva ser interpretada em termos estritos.

50. Cabe assim ao órgão jurisdicional nacional, no âmbito da sua apreciação quanto ao carácter de «disposição imperativa» da legislação nacional que pretende que substitua a expressamente escolhida pelas partes no contrato, ter em consideração não só os termos exatos desta lei mas também a economia geral e todas as circunstâncias em que a referida lei foi adotada para poder deduzir que esta assume carácter imperativo, na medida em que se afigura que o legislador nacional a adotou para proteger um interesse considerado essencial pelo Estado-Membro em causa. Como salientou a Comissão, poderia ser esse o caso quando a transposição para o Estado do foro proporciona, por um alargamento do âmbito de aplicação de uma diretiva ou pela opção por uma utilização mais ampla da margem de apreciação dada pela diretiva, uma maior protecção dos agentes comerciais em razão do especial interesse que o Estado-Membro atribui a esta categoria de nacionais.

51. Contudo, no âmbito desta apreciação e com o objetivo de não comprometer o efeito de harmonização pretendido pela Diretiva 86/653 nem a aplicação uniforme da Convenção de Roma ao nível da União, há que ter em conta o facto de, diversamente do contrato em causa no processo que deu origem ao acórdão Ingmar, já referido, no qual a lei que foi afastada era a lei de um país terceiro, no âmbito do processo principal, a lei que veio a ser afastada em benefício da lei do país do foro era a de outro Estado-Membro que, segundo todos os intervenientes e no entender do órgão jurisdicional de reenvio, transpôs corretamente a Diretiva 86/653.

52. À luz de todas as considerações precedentes, há que responder à questão submetida que os artigos 3.º e 7.º, n.º 2, da Convenção de Roma devem ser interpretados no sentido de que a lei de um Estado-Membro da União que oferece a proteção mínima imposta pela Diretiva 86/653, escolhida pelas partes num contrato de agência comercial, pode ser afastada pelo órgão jurisdicional chamado a pronunciar-se, com sede noutra Estado-Membro, a favor da *lex fori* com um fundamento relativo ao caráter imperativo, na ordem jurídica deste último Estado-Membro, das normas que regulam a situação dos agentes comerciais unicamente se o órgão jurisdicional chamado a pronunciar-se constatar de forma circunstanciada que, no âmbito desta transposição, o legislador do Estado do foro considerou crucial, na ordem jurídica em causa, conceder ao agente comercial uma proteção mais ampla do que a conferida pela referida diretiva, tendo em conta, a este respeito, a natureza e o objeto dessas disposições imperativas.

Quanto às despesas

53. Revestindo o processo, quanto às partes na causa principal, a natureza de incidente suscitado perante o órgão jurisdicional de reenvio, compete a este decidir quanto às despesas. As despesas efetuadas pelas outras partes para a apresentação de observações ao Tribunal de Justiça não são reembolsáveis.

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Terceira Secção) declara:

Os artigos 3.º e 7.º, n.º 2, da Convenção sobre a lei aplicável às obrigações contratuais, aberta à assinatura em Roma, em 19 de junho de 1980, devem ser interpretados no sentido de que a lei de um Estado-Membro da União Europeia que oferece a proteção mínima imposta pela Diretiva 86/653/CEE do Conselho, de 18 de dezembro de 1986, relativa à coordenação

do direito dos Estados-Membros sobre os agentes comerciais, escolhida pelas partes num contrato de agência comercial, pode ser afastada pelo órgão jurisdicional chamado a pronunciar-se, com sede noutro Estado-Membro, a favor da *lex fori* com um fundamento relativo ao caráter imperativo, na ordem jurídica deste último Estado-Membro, das normas que regulam a situação dos agentes comerciais unicamente se o órgão jurisdicional chamado a pronunciar-se constatar de forma circunstanciada que, no âmbito desta transposição, o legislador do Estado do foro considerou crucial, na ordem jurídica em causa, conceder ao agente comercial uma proteção mais ampla do que a proteção conferida pela referida diretiva, tendo em conta, a este respeito, a natureza e o objeto dessas disposições imperativas.

Assinaturas

Jurisprudência
dos Conselhos

RECURSO DA DELIBERAÇÃO
DO CONSELHO DE DEONTOLOGIA
DO PORTO — SEGREDO PROFISSIONAL

Processo n.º 61/2017 — CS/R

Relatora: Maria Emília Morais Carneiro

PARECER

A. RELATÓRIO

1. Não se conformando com o Acórdão de 17 de Fevereiro de 2017 proferido pelo Conselho de Deontologia do Porto que determinou o arquivamento dos presentes autos com fundamento na inexistência de infração disciplinar cometida pelo Sr. Advogado recorrido, veio o recorrente interpor recurso para este C. Superior formulando a fls. 70 e 71 as seguintes conclusões:

b) *A obrigação do advogado ao segredo profissional está prevista, como princípio de conduta, no art. 92.º do Estatuto da Ordem dos Advogados (EOA), no qual se estabelece a extensão do dever. Na sua maior amplitude, de acordo com esta norma, o advogado está obrigado, no âmbito da sua atividade profissional, a guardar segredo de factos “que lhe tenham sido revelados pelo cliente ou*

por sua ordem”, pelos “co-autor, co-réu ou co-interessado do cliente ou pelo respetivo representante”, pela parte contrária no decurso das negociações extra conjugais de conciliação e por colega de profissão, abrangendo ainda documentos relacionados com os factos sujeitos a segredo.

- c) Mas, deve notar-se que a extensão do segredo profissional está diretamente relacionada com a existência efetiva de um segredo, ou seja, devem excluir-se do âmbito do segredo profissional factos notários, factos de domínio público, factos revelados pelas partes, factos provados em juízo, documentos autênticos e autenticados, o que não é o caso do email que não é público, sendo confidencial e só do conhecimento do Conselho Regional do Porto;*
- d) Resumindo, a junção de um email a atos judiciais (neste caso processo crime) é gerador de violação de segredo profissional, matéria essa que está aqui em causa;*
- e) O email é um documento relevante com dados pessoais e confidenciais;*
- f) O advogado participado não cumpriu com os seus deveres profissionais violando o art. 92.º do EOA 2015 ao juntar a atos judiciais um email que lhe foi dirigido.*

2. Contra alegou o Sr. Advogado recorrido concluindo como segue (fls. 82):

- Não existe por parte do advogado qualquer violação a nenhuma das normas constantes no Estatuto da Ordem dos Advogados anterior, bem como no atualmente em vigor.*
- Não existe no caso aqui em foco qualquer violação do sigilo profissional a que o advogado muito bem sabe estar legalmente obrigado.*

— *As motivações e as conclusões apresentadas pelo aqui participante não têm qualquer fundamento de facto e de direito.*

3. Os presentes autos tiveram início com a participação do recorrente que deu entrada no Conselho de Deontologia do Porto em 01 de Março de 2016, a qual refere em síntese que o Sr. Advogado juntou ao processo-crime n.º que correu termos na 5.ª secção do DIAP do Porto, um correio electrónico que lhe fora remetido pelo Vogal do Conselho Distrital do Porto da O. dos Advogados, onde se revelava todos os processos de nomeação oficiosa que o beneficiário — aqui recorrente — tinha, precisamente 241 processos de nomeação.

4. Notificado para se pronunciar veio o Sr. Advogado participado fazê-lo a fls. 31 a 34, impugnando o teor da participação com fundamento de que *não se encontram preenchidos os requisitos legais para a existência de violação de sigilo profissional* e que incluiu esse documento no referido processo criminal por forma a apurar toda a verdade material, dado que este processo também teve origem devido a uma queixa apresentada pelo aqui participante, contra o Advogado participado.

Juntou cópia do despacho de arquivamento do referido processo-crime.

5. Decorrida a fase instrutória com audição das testemunhas apresentadas pelas partes, por acórdão de 17 de Fevereiro de 2017 (fls. 61) foram os autos arquivados por não se vislumbrar a prática de qualquer ilícito disciplinar por parte do Sr. Advogado participado.

6. Da decisão de arquivamento e por não se conformar com a mesma nasceu o presente recurso o qual subiu a este Conselho Superior em 08 de Maio de 2017.

B. APRECIACÃO

A questão invocada pelo aqui recorrente, pressupõe a alegada violação por parte do Sr. Advogado recorrido dos deveres deontológicos consagrados no art. 92.º n.º 1 do EOA (Estatuto da Ordem dos Advogados) Lei 145/2015, de 09 de Setembro, o qual menciona sob a epígrafe “*Segredo Profissional*” “1 — O advogado é obrigado a guardar segredo profissional no que respeita a todos os factos cujo conhecimento lhe advenha do exercício das suas funções ou da prestação dos seus serviços, designadamente: a) A factos referentes a assuntos profissionais conhecidos, exclusivamente, por revelação do cliente ou revelados por ordem deste; b) A factos de que tenha tido conhecimento em virtude de cargo desempenhado na Ordem dos Advogados; c) A factos referentes a assuntos profissionais comunicados por colega com o qual esteja associado ou ao qual preste colaboração; d) A factos comunicados por coautor, corréu ou interessado do seu constituinte ou pelo respetivo representante; e) A factos de que a parte contrária do cliente ou respetivos representantes lhe tenham dado conhecimento durante negociações para acordo que vise pôr termo ao diferendo ou litígio; f) A factos de que tenha tido conhecimento no âmbito de quaisquer negociações malogradas, orais ou escritas, que tenha intervindo”.

Assim reza a lei! No caso *sub judice* e analisada a prova apresentada, fundamentalmente o e-mail em causa, desde logo verificamos que a conduta do Sr. Advogado arguido não constitui infracção disciplinar por violação ou omissão dos deveres consagrados neste artigo.

Eis o teor do referido e-mail emitido pelo Vogal do Conselho Distrital do Porto:

“Ex.^{mo} Colega

*Em resposta ao seu pedido de fornecimento de uma relação dos processos de nomeação referentes ao beneficiário
....., é meu entendimento que os elementos solicitados estarão protegidos ao abrigo da Lei de Protecção de Dados Pessoais. No entanto, posso dar-lhe conhecimento do seguinte, que poderá ou não ser-lhe útil e que diz respeito aos processos em que o Ex.^{mo} Colega foi nomeado patrono do Sr.: Processo de nomeação — neste processo foram efectuadas 2 nomeações de patrono Processo de nomeação — neste processo foram efectuadas 1 nomeação de patrono Processo de nomeação — neste processo foram efectuadas 6 nomeações de patrono Processo de nomeação — neste processo foram efectuadas 7 nomeações de patrono. Informo ainda que o beneficiário em questão tem 241 processos de nomeação, que poderão ou não corresponder ao mesmo número de acções judiciais e, desconhecendo-se ainda se os mesmos se mantêm ou não activos.*

Esperando que os elementos agora fornecidos lhe possam ser úteis, apresento os melhores cumprimentos,

O Colega Vogal do Pelouro de Acesso ao Direito e aos Tribunais”.

Este e-mail agora reproduzido, foi junto pelo Advogado participado ao processo-crime n.º que correu termos na 5.ª secção do DIAP do Porto, onde o mesmo figurava como arguido por denúncia apresentada pelo aqui participante pelos mesmos factos — violação de sigilo profissional — divulgação de correspondência privada e confidencial através de mensagens de correio electrónico — e ainda prevaricação de advogado — processo que veio a ser arquivado conforme se transcreve “*Face à ausência de indícios da prática pelo arguido deste crime ou de qualquer outro que cumpra conhecer determino o arquivamento dos autos nos termos do art. 277.º, n.º 1 do Código de Processo Penal*”.

Também nós consideramos que o conteúdo do e-mail não é susceptível de integrar o conceito de violação do *Segredo Profissional* consubstanciado no art. 92.º do EOA, pois apenas descreve os processos de nomeação onde o Sr. Advogado participado foi nomeado, bem como todos os processos de nomeação de que o participante beneficia. Não revela factos de que o Advogado tenha tido conhecimento no decurso de alguma causa que patrocinou ao participante, ou a factos relativos ao participante, que lhe tenham sido revelados pelas partes em algum processo em que tenha participado. Devemos ainda acrescentar que no plano das orientações gerais da Ordem dos Advogados, há princípios remotos que estão assentes e não se põem em dúvida relativamente ao segredo profissional do Advogado: *o de que a obrigação de guardar segredo existe sempre que lhe seja cometida uma causa que envolva ou não representação judicial (despacho do bastonário J.M. COELHO RIBEIRO, de 13/1/83, R.O.A., 43,211) e ainda que se trate de depoimento a prestar pelo Advogado “no foro eclesiástico” (acórdão do Conselho Superior de 8/10/64, R.O.A., 25,208); o de que “normalmente não deve ser dispensado o segredo a respeito de negociações malogradas” (parecer do presidente do Conselho Distrital do Porto AUGUSTO LOPES CARDOSO, de 1/12/82, R.O.A., 42, 573, cf. também B.O.A., n.ºs 15, 16 e n.ºs 21, 28) (...).*

O que não é o caso dos autos.

Ao abrigo do disposto no n.º 1 do art. 115.º do E.O.A. *“Comete infracção disciplinar o advogado ou advogado estagiário que, por acção ou omissão, violar dolosa ou culposamente algum dos deveres consagrados no presente Estatuto, nos respectivos regulamentos e nas demais disposições legais aplicáveis”.*

Nos presentes autos não se encontra qualquer matéria susceptível de apontar a prática de infracção disciplinar pelo Senhor Advogado participado onde resulte evidente a violação de normas consagradas no E.O.A (Estatuto da Ordem dos Advogados).

Nestes termos e pelas razões que antecedem

NEGA-SE PROVIMENTO AO RECURSO.

À próxima sessão da 1.^a secção.

Tavira, aos 02 de Junho de 2017

A Relatora:

MARIA EMÍLIA MORAIS CARNEIRO

Aprovado em Reunião da 1.^a Secção do Conselho Superior,
de 07 de Junho de 2017.

PARECER DO CONSELHO GERAL

Parecer n.º 32/PP/2017-G

Impedimento do exercício de mandato

Relator: Pedro Costa Azevedo

Sumário:

1. O contribuinte tem o direito de se fazer representar por Advogado em qualquer procedimento tributário, em todos os actos que lhe digam respeito, para os quais esteja convocado e que não tenham carácter pessoal.

2. Viola o disposto nos arts. 20.º, n.º 2, da CRP, 5.º, n.º 1, do CPPT e 66.º, n.º 3, do EOA, por impedir a participação esclarecida do contribuinte no procedimento tributário e o exercício do mandato forense, a actuação da administração tributária que impediu a presença do Advogado, em representação do contribuinte interessado, no debate previsto no art. 92.º da LGT.

3. A Administração Tributária, com a actuação descrita, e fixando a matéria tributável através de um alegado acordo celebrado naquele debate, pratica um acto anulável, nos termos do do art. 163.º, n.º 1, do CPA, por remissão do art. 2.º, al. c), da LGT, por preterição de uma formalidade essencial.

I. Por comunicação escrita dirigida ao Bastonário da Ordem dos Advogados, datada de ..., a S.^{ra} D.^{ra} ..., Advogada, veio expor o que segue:

1. A Requerente foi mandatada para representar a sociedade ..., num procedimento de inspecção tributária levada a cabo pela Autoridade Tributária e Aduaneira, Direcção de Finanças de ...,
2. Para tanto, aquando da apresentação da Audiência Prévia, juntou aos autos de inspecção procuração forense com poderes especiais.
3. Posteriormente, a Requerente solicitou, em nome da sua constituinte, Pedido de Revisão da Matéria Tributável, nos termos e para os efeitos do art. 91.º da Lei Geral Tributária,
4. Tendo procedido à indicação de um perito tal como preceitua o n.º 1 do referido artigo.
5. No dia ... a Direcção de Finanças de ... notificou a ora Requerente do agendamento da reunião a que alude o n.º 3 do art. 91.º da Lei Geral Tributária, para o dia ..., agendando uma segunda data para a mesma hora.
6. Nesse mesmo dia, a Requerente telefonou para aquela Direcção de Finanças com o intuito de com esta concertar datas que previamente tinha combinado com o perito indicado, uma vez que tinha já diligências agendadas que a impediam de exercer o seu mandato.
7. Em resposta, foi-lhe comunicado por telefone que nem sequer podia estar presente na reunião agendada.
8. No dia ..., a ora Requerente dirigiu requerimento escrito ao Chefe de Divisão daquela Direcção de Finanças a solicitar o adiamento da referida diligência.
9. Esse requerimento foi indeferido com o fundamento referido no ponto 7.
10. A Requerente deslocou-se àquela Direcção de Finanças com o intuito de participar na referida reunião, no interesse da sua constituinte,

11. O que lhe foi vedado, apesar de o próprio perito ter referido não ter poderes para fazer acordos em nome do sujeito passivo, a constituinte da Requerente,
12. Não tendo sequer sido permitido à Requerente permanecer dentro das instalações daquela Direcção de Finanças.
13. Da reunião realizada foi elaborada uma acta, onde se refere que a Autoridade Tributária e o Perito acordam em fixar a matéria tributável.
14. Face ao acima exposto, formula as seguintes questões:
 - a) Pode um advogado devidamente mandatado ser impedido de estar presente no âmbito de uma peritagem realizada nos termos da Lei Geral Tributária?
 - b) O impedimento do exercício do mandato gera a nulidade do acto?

II. Atendendo a que o assunto em causa pode justificar uma tomada de posição da Ordem dos Advogados perante os Serviços de Finanças, órgãos da Administração Pública, compete ao Conselho Geral sobre o mesmo pronunciar-se, atento o disposto no art. 46.º, n.º 1, al. a), do EOA.

III. Como bem referiu a Requerente no requerimento dirigido à Direcção de Finanças de ..., dispõe o art. 20.º, n.º 2, da CRP que *“todos têm direito, nos termos da lei, à informação e consulta jurídicas, ao patrocínio judiciário e a fazer-se acompanhar por advogado perante qualquer autoridade”*. De igual modo, nos termos do disposto no art. 66.º, n.º 3, do EOA (Lei n.º 145/2015), *“o mandato judicial, a representação e assistência por advogado são sempre admissíveis e não podem ser impedidos perante qualquer jurisdição, autoridade ou entidade pública ou privada, nomeadamente para defesa de direitos, patrocínio de relações jurídicas controvertidas, composição de interesses ou em processos de mera averiguação, ainda que administrativa, oficiosa ou de qualquer outra natureza”*.

E, no que respeita especialmente às relações dos contribuintes com a administração tributária, dispõe o art. 5.º do CPPT, sob a epígrafe “Mandato tributário”:

“1 — Os interessados ou seus representantes legais podem conferir mandato, sob a forma prevista na lei, para a prática de actos de natureza procedimental ou processual tributária que não tenham carácter pessoal.

2 — O mandato tributário só pode ser exercido, nos termos da lei, por advogados, advogados estagiários e solicitadores quando se suscitarem ou discutam questões de direito perante a administração tributária em quaisquer petições, reclamações ou recursos.

(...)”

Resulta do exposto que as referidas normas por si impõem, quando tal não seja obrigatório, a possibilidade de um qualquer cidadão ser assistido por um advogado nas relações com a administração pública, nomeadamente, em todos os procedimentos em que sejam interessados.

Esta obrigatoriedade entende-se, desde logo, por força do respeito pelo princípio da participação que é transversal a toda a actuação da administração pública (v. art. 12.º do CPA, art. 45.º do CPPT e art. 60.º da LGT) e que determina que os destinatários dos actos administrativos e tributários possam intervir nas decisões que lhes digam respeito. Numa sociedade cada vez mais complexa e em que os direitos e deveres dos cidadãos resultam das mais diversas fontes, a participação destes de forma eficaz e verdadeiramente capaz apenas pode acontecer caso exista a possibilidade de se ser assessorado por alguém apto a entender a complexidade técnico-jurídica da situação, nas suas mais variadas vertentes. Quem melhor do que o advogado para o fazer?

Essa representação envolverá necessariamente não só a elaboração de requerimentos, verbais ou escritos, mas também a presença, juntamente com o sujeito passivo ou em substituição deste (desde que com poderes especiais para o efeito), em todos actos

para os quais aquele esteja convocado. Nada na lei, no regime do mandato e no regime do mandato forense permite pressupor que a representação apenas envolverá a prática de actos por escrito ou à distância, sem que o contribuinte e o seu mandatário possam estar em simultâneo no mesmo local, à mesma hora e para uma mesma diligência.

IV. A Requerente pretendeu intervir numa diligência inserida num procedimento de revisão da matéria tributária. Trata-se de um procedimento especial e que tem uma tramitação própria, expressamente prevista nos arts. 91.º a 94.º da LGT. De acordo com Joaquim Freitas da Rocha, *“estamos aqui perante um procedimento impugnatório utilizado nas situações em que se pretende questionar graciosamente o acto de fixação da matéria colectável com recurso a métodos indirectos (...)”*⁽¹⁾.

Tratando-se de um procedimento tributário devem observar-se as regras constantes do Código do Procedimento e Processo Tributário, em tudo o que não estiver regulado pelos referidos arts. 91.º a 94.º da LGT, conforme dispõe o art. 2.º, al. b), da LGT.

Assim, e não existindo nenhuma norma nos arts. 92.º a 94.º da LGT que afaste de algum modo o que está previsto no art. 20.º, n.º 2, da CRP, no art. 66.º, n.º 3, do EOA, e no art. 5.º do CPPT e que impõem a faculdade de o sujeito passivo constituir um mandatário, parece-nos claro que o contribuinte tem o direito de se fazer representar por advogado nesse procedimento, em todos os actos que lhe digam respeito, para os quais esteja convocado e que não tenham carácter pessoal. É uma decorrência normal dos preceitos legais citados, sem que exista qualquer fundamento para que tal não suceda.

V. Conforme decorre da exposição de factos da requerente, esta pretendia, enquanto advogada constituída do sujeito passivo que requereu o procedimento de revisão da matéria colectável,

⁽¹⁾ *Lições de Procedimento e Processo Tributário*, p. 168, Coimbra Editora, Coimbra, 2004.

estar presente, em representação deste, no debate previsto no art. 92.º, n.º 1, da LGT, que visa o estabelecimento de um acordo quanto ao valor da matéria tributável a considerar para efeitos de liquidação.

O art. 92.º da LGT apenas refere a participação no referido debate dos peritos indicados pelo contribuinte e pela administração tributária, e de um eventual perito independente. Em nenhuma norma vem referido expressamente a necessidade da presença do próprio contribuinte.

No entanto, tal menção expressa e exclusiva ao perito não pode nunca significar que o próprio contribuinte está impedido de estar presente no debate ou que este não comporta nem admite a sua presença. Mal se compreenderia, até por imposição do já referido princípio da participação, que o contribuinte não pudesse estar presente numa diligência que não reveste carácter secreto, que lhe diz respeito e na qual é, se não o principal, um dos principais interessados e visados.

Ora, estando presente o contribuinte é óbvio que o seu mandatário e advogado também poderá estar presente, para o pleno exercício do mandato tributário previsto no já referido art. 5.º do CPPT e com as garantias previstas no art. 66.º, n.º 3, do EOA.

Contrariamente ao defendido pela administração tributária, a presença do perito indicado pelo contribuinte nunca poderá substituir a presença do próprio ou do seu mandatário, caso seja esse o desejo do contribuinte.

Pese embora os reforçados poderes do perito neste tipo de diligência, na medida em que pode vincular o sujeito passivo que o nomeou⁽²⁾, tal nunca pode significar que o contribuinte não pode estar presente na diligência, ou fazer-se representar por advogado, até para poder fiscalizar a actuação do perito por si nomeado.

Deste modo, reveste-se de carácter manifestamente ilegal a actuação da administração tributária que impediu a presença da Requerente, em representação do contribuinte interessado, no debate previsto no art. 92.º da LGT. Com o referido comporta-

(²) V. acórdão do TCA Sul de 04/02/2016, proc. 04862/11, disponível em <www.dgsi.pt>.

mento, a AT violou claramente o previsto nos arts. 5.º, n.º 1, do CPPT e 66.º, n.º 3, do EOA, e o art. 20.º, n.º 2 da Constituição da República, impedindo sem qualquer justificação a participação esclarecida do contribuinte no procedimento e o exercício do mandato forense.

Resta-nos agora avaliar a consequência da actuação descrita da Administração Tributária.

Dispõe o art. 161.º do CPA, por remissão do art. 2.º, al. c), da LGT, que:

“1 — São nulos os atos para os quais a lei comine expressamente essa forma de invalidade.

2 — São, designadamente, nulos:

- a) Os atos viciados de usurpação de poder;*
- b) Os atos estranhos às atribuições dos ministérios, ou das pessoas coletivas referidas no art. 2.º, em que o seu autor se integre;*
- c) Os atos cujo objeto ou conteúdo seja impossível, inteligível ou constitua ou seja determinado pela prática de um crime;*
- d) Os atos que ofendam o conteúdo essencial de um direito fundamental;*
- e) Os atos praticados com desvio de poder para fins de interesse privado;*
- f) Os atos praticados sob coação física ou sob coação moral;*
- g) Os atos que careçam em absoluto de forma legal;*
- h) As deliberações de órgãos colegiais tomadas tumultuosamente ou com inobservância do quorum ou da maioria legalmente exigidos;*
- i) Os atos que ofendam os casos julgados;*
- j) Os atos certificativos de factos inverídicos ou inexistentes;*

- k) *Os atos que criem obrigações pecuniárias não previstas na lei;*
- l) *Os atos praticados, salvo em estado de necessidade, com preterição total do procedimento legalmente exigido”.*

Por outro lado, dispõe art. 163.º, n.º 1, do CPA, que “*são anuláveis os atos administrativos praticados com ofensa dos princípios ou outras normas jurídicas aplicáveis, para cuja violação se não preveja outra sanção*”. De acordo com o António Francisco de Sousa, a respeito do anterior CPA, mas ainda totalmente actual:

“Os actos anuláveis são os praticados com ofensa dos princípios jurídicos aplicáveis, sempre que a essa violação não corresponda outra sanção. A anulabilidade é, pois, a ilegalidade residual ou supletiva dos actos inválidos”⁽³⁾.

Resulta do exposto que, com a actuação descrita, a AT violou os arts. 5.º, n.º 1, do CPPT e 66.º, n.º 3, do EOA, e o art. 20.º, n.º 2 da CRP, que impõem o direito de o contribuinte se fazer representar ou assessorar por um advogado na produção de todos os actos administrativos que lhe digam respeito e em que seja admissível a sua presença.

Ora, não nos parece que a violação dos referidos preceitos caiba nalguma das previsões do art. 161.º, n.º 2, do CPA. Pese embora ser altamente censurável, a gravidade da actuação da AT não assume nenhuma das configurações ali previstas.

No entanto, a mesma já se enquadra na previsão do art. 163.º, n.º 1, do CPA, uma vez que existiu claramente uma ofensa aos princípios e às normas jurídicas que devem nortear a actuação da administração tributária, impedindo-se uma participação consciente, esclarecida e tecnicamente capaz de um contribuinte num acto que lhe dizia respeito e impedindo-se o exercício legítimo da advocacia e do mandato forense. Não temos dúvidas que existiu um vício na forma, consubstanciado na preterição de uma formali-

⁽³⁾ *Código do Procedimento Administrativo — Anotado e Comentado*, p. 371, Quid Juris, Lisboa, 2009.

dade essencial, já que o debate não decorreu da forma legalmente prevista, em claro prejuízo das garantias do contribuinte.

Não tendo o debate observado o que é legalmente imposto, na medida em que o advogado do contribuinte foi impedido de assistir à diligência, fica qualquer acto administrativo ou tributário dele decorrente irremediavelmente afectado por essa ilegalidade, nomeadamente, inquinando-se fatalmente o acto de fixação da matéria tributável tendo por base um suposto acordo entre os peritos intervenientes naquele debate. Esse acto de fixação da matéria tributável é anulável, com todas as consequências legais daí decorrentes.

Em conclusão:

1. Atento o disposto no art. 20.º, n.º 2, da CRP, no art. 66.º, n.º 3, do EOA (Lei n.º 145/2015) e no art. 5.º do CPPT, o contribuinte tem o direito de se fazer representar por Advogado em qualquer procedimento tributário, em todos os actos que lhe digam respeito, para os quais esteja convocado e que não tenham carácter pessoal.
2. Viola o disposto nos arts. 5.º, n.º 1, do CPPT e 66.º, n.º 3, do EOA, além do disposto no art. 20.º, n.º 2 da CRP, impedindo a participação esclarecida do contribuinte no procedimento tributário e o exercício do mandato forense, a actuação da administração tributária que impediu a presença do Advogado, em representação do contribuinte interessado, no debate previsto no art. 92.º da LGT.
3. A Administração Tributária, com a actuação descrita, e fixando a matéria tributável através de um alegado acordo celebrado naquele debate, pratica um acto anulável, nos termos do art. 163.º, n.º 1, do CPA, por remissão do art. 2.º, al. c), da LGT, uma vez que existiu um vício na forma, consubstanciado na preterição de uma formalidade essencial.

Propõe-se que seja dado conhecimento do presente parecer, com as suas conclusões, à Secretaria de Estado dos Assuntos Fiscais e ao senhor Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais e à Direcção de Finanças de

É este, s.m.o., o meu parecer.

Braga, 28 de Setembro de 2017

O Relator,
PEDRO COSTA AZEVEDO
(Vogal do Conselho Geral)

Aprovado em Sessão Plenária do Conselho Geral de 29 de Setembro de 2017.

Vida Interna

DELIBERAÇÃO N.º 750/2017

Regimento do Conselho Fiscal da Ordem dos Advogados

Artigo 1.º

Âmbito

O presente regimento tem por objeto a organização e o funcionamento do Conselho Fiscal da Ordem dos Advogados, nos termos dos artigos 48.º e seguintes do Estatuto da Ordem dos Advogados, aprovado pela Lei n.º 145/2015, de 9 de setembro.

Artigo 2.º

Composição

1 — O Conselho Fiscal é constituído por um Presidente, dois vogais e um revisor oficial de contas.

2 — Assumirá as funções de Secretário-Executivo o membro designado em reunião do Conselho Fiscal.

3 — Pode ainda haver um Vice-Presidente, nomeado pelo seu Presidente, para o substituir nas suas faltas ou impedimentos.

Artigo 3.º*Eleição*

1 — Com exceção do revisor oficial de contas, só podem ser eleitos membros do Conselho Fiscal os advogados com inscrição em vigor e no pleno exercício dos seus direitos.

2 — Os membros do Conselho Fiscal são eleitos para um período de três anos civis.

Artigo 4.º*Substituição*

1 — No caso de renúncia, perda ou caducidade do mandato por motivo disciplinar, morte ou qualquer outro, e ainda nos casos de impedimento permanente do Presidente do Conselho Fiscal, assumirá funções o vogal que vier a ser eleito pelos membros do órgão.

2 — No caso de impedimento temporário de algum membro, o Conselho Fiscal decide sobre a verificação do impedimento e determina a sua substituição.

3 — Em cada de vacatura, deve o órgão cooptar o novo membro.

Artigo 5.º*Ação disciplinar*

1 — O mandato para o exercício do cargo de membro do Conselho Fiscal cessa sempre que o respetivo titular seja punido disciplinarmente com sanção superior à de advertência e por efeito da irrecorribilidade da respetiva decisão.

2 — Em caso de suspensão preventiva ou de decisão disciplinar de que seja interposto recurso, o titular punido fica suspenso do exercício de funções até que a decisão não seja passível de recurso.

Artigo 6.º*Deveres*

Para além dos deveres previstos na lei, os membros do Conselho Fiscal devem, em particular:

- a) Desempenhar as funções com assiduidade e diligência;
- b) Exercer uma fiscalização conscienciosa, prudente e imparcial;
- c) Obter todos os esclarecimentos de que necessitem para o desempenho das suas funções, bem como aceder a todos os documentos cujo conhecimento repute indispensável para o exercício das suas funções;
- d) Informar todas as diligências que realizem e os seus resultados;
- e) Comunicar em reunião do órgão qualquer circunstância que afete ou venha previsivelmente a por em causa a sua plena independência para o exercício do cargo;
- f) Divulgar periodicamente a todos os advogados uma súmula acerca da sua atividade.

Artigo 7.º*Gratuidade e apoio no exercício das funções*

1 — O exercício de funções no Conselho Fiscal é gratuito, devendo, contudo, os seus membros ser compensados das suas despesas de deslocação e estadia em razão dessas suas tarefas.

2 — Incumbe aos competentes serviços da Ordem dos Advogados, sob a supervisão do Bastonário e Conselho Geral, assegurar as adequadas condições logísticas para um exercício independente e imparcial das competências do Conselho Fiscal, designadamente em matéria de espaço para reuniões, acesso a documentos e informações, equipamentos informáticos, utilização da página e de correio eletrónicos próprios e disponibilidade de funcionários de apoio.

Artigo 8.º*Hierarquia protocolar dos membros do Conselho Fiscal*

A hierarquia protocolar dos membros do Conselho Fiscal, nos seus cargos de Presidente e de Vogal, é a correspondente à hierarquia aplicável aos membros dos órgãos nacionais da Ordem dos Advogados, nos termos dos artigos 9.º, n.º 4, e 24.º, n.º 2, alínea a), do Estatuto da Ordem dos Advogados.

Artigo 9.º*Congresso dos Advogados Portugueses*

1 — Os membros do Conselho Fiscal participam, a título de observadores, no Congresso dos Advogados Portugueses, podendo, nessa qualidade, intervir sem direito de voto.

2 — O Conselho Fiscal integra a comissão organizadora do Congresso através de um seu representante, indicado pelo respetivo Presidente ao Bastonário da Ordem dos Advogados.

Artigo 10.º*Reuniões*

1 — O Conselho Fiscal reúne, ordinariamente, trimestralmente e, extraordinariamente, sempre que seja convocado pelo respetivo Presidente, a pedido de qualquer dos seus membros ou a solicitação do Bastonário, do Conselho Superior ou do Conselho Geral.

2 — A ordem de trabalhos é elaborada pelo presidente, devendo a convocatória ser enviada com oito dias de antecedência.

Artigo 11.º*Deliberações e atas*

1 — As deliberações do Conselho Fiscal são tomadas por maioria, podendo os membros de que delas discordarem fazer lavrar na ata os respetivos motivos.

2 — De cada reunião deve ser lavrada ata que, após aprovada, deverá ser assinada pelo Presidente e Secretário-Executivo.

Artigo 12.º*Competências*

1 — Compete ao Conselho Fiscal:

- a) Elaborar e aprovar o seu regimento;
- b) Acompanhar e controlar a gestão financeira da Ordem dos Advogados;
- c) Apreciar e emitir parecer sobre o orçamento, relatório de atividades e contas anuais da Ordem dos Advogados;
- d) Fiscalizar a organização da contabilidade da Ordem dos Advogados e o cumprimento das disposições legais e dos regimentos, nos domínios orçamental, contabilístico e de tesouraria, informando o conselho superior e o conselho geral de quaisquer desvios ou anomalias que verifique;
- e) Pronunciar-se sobre qualquer assunto de interesse para a Ordem dos Advogados, nos domínios orçamental, contabilístico, financeiro e fiscal, que seja submetido à sua apreciação pelo Bastonário, pelo Conselho Superior ou pelo Conselho Geral.

2 — Tendo em vista o adequado desempenho das respetivas funções, o Conselho Fiscal pode solicitar:

- a) Aos outros órgãos, todas as informações, documentos e esclarecimentos necessários ao desempenho dessas funções;

- b) Ao Bastonário, a convocação de reuniões conjuntas com o Conselho Geral, ou com qualquer outro órgão ou estrutura da Ordem dos Advogados, para apreciação de questões compreendidas no âmbito das suas competências.

Artigo 13.º

Direito subsidiário

Será subsidiariamente aplicável à organização e ao funcionamento do Conselho Fiscal o Estatuto da Ordem dos Advogados e a legislação administrativa geral, designadamente o Código do Procedimento Administrativo.

Artigo 14.º

Alterações ao Regimento

1 - O presente regimento pode ser alterado a pedido fundamentado de qualquer um dos membros do Conselho Fiscal e submetida a proposta de alteração ao Presidente.

2 - Qualquer alteração ao presente regimento é votada por maioria dos votos dos membros do Conselho Fiscal.

Artigo 15.º

Entrada em vigor

O presente regimento entra em vigor no dia seguinte ao da sua publicação no Diário da República.

Aprovado na reunião do Conselho Fiscal da Ordem dos Advogados, de 10 de julho de 2017 e em sessão plenária do Conselho Geral da Ordem dos Advogados, de 14 de julho de 2017.

19 de julho de 2017

O Presidente do Conselho Geral
GUILHERME FIGUEIREDO

DELIBERAÇÃO N.º 887-A/2017

Processos de inscrição no Sistema de Acesso ao Direito e aos Tribunais

O Conselho Geral da Ordem dos Advogados, reunido em sessão plenária de 1 de setembro de 2017, ao abrigo do disposto nas alíneas *h)* e *cc)*, do n.º 1, do artigo 46.º do Estatuto da Ordem dos Advogados, aprovado pela Lei n.º 145/2015, de 9 de setembro, conjugado com o disposto na Portaria n.º 10/2008, de 3 de janeiro, com a redação que foi introduzida pela Portaria n.º 210/2008, de 29 de fevereiro e pela Portaria n.º 654/2010 de 11 de agosto, para efeitos do disposto nos artigos 2.º e 3.º do Regulamento n.º 330-A/2008, de 24 de junho, alterado e republicado pela Deliberação n.º 1551/2015, de 6 de agosto, e alterado ainda pela Deliberação n.º 230/2017, de 27 de março, deliberou, por unanimidade, aprovar o seguinte:

1 — Lotes de Processos e Lotes de Escalas de Prevenção

Considerando não se justificar a existência de lotes de processos e/ou lotes de escalas de prevenção em qualquer comarca de Portugal continental ou das Regiões Autónomas, a próxima candidatura para participação no sistema do acesso ao direito não contemplará estas modalidades de prestação de serviços.

2 — Processo de Inscrição no Sistema de Acesso ao Direito e aos Tribunais

2.1. — *Prazo de Apresentação de Candidaturas*

O prazo para apresentação das candidaturas para participação no sistema de acesso ao direito e aos tribunais decorre entre as 16h00 m do dia 02 de novembro de 2017 e as 24h00 m do dia 16 de novembro de 2017, hora legal de Portugal continental.

Não serão aceites candidaturas para além do prazo referido no parágrafo anterior, com exceção da situação prevista no último parágrafo do ponto 3.

2.2. — *Apresentação da candidatura*

Para apresentação da candidatura ao sistema de acesso ao direito e aos tribunais, o candidato deverá aceder à Área Reservada do Portal da Ordem dos Advogados, introduzindo o nome de utilizador e a palavra passe, elementos enviados pela Ordem dos Advogados para acesso a tal área.

Após a apresentação da candidatura, o formulário de inscrição não pode ser alterado.

2.3. — *Formulário de Inscrição*

O formulário de inscrição estará disponível na Área Reservada do Portal da Ordem dos Advogados no período acima fixado para apresentação da candidatura.

Os dados enunciados nos números 3 e 4, do artigo 3.º do Regulamento n.º 330-A/2008, de 24 de junho, alterado e republicado pela Deliberação n.º 1551/2015, de 6 de agosto e alterado pela Deliberação n.º 230/2017, de 27 de março, são obrigatoriamente indicados e constituem campos de preenchimento obrigatório no formulário de inscrição.

2.4. — *Acesso à Área Reservada do Portal da Ordem dos Advogados*

Os elementos de acesso à Área Reservada do Portal da Ordem dos Advogados (nome de utilizador e palavra passe) cujo pedido seja recebido pelo Conselho Geral entre os dias 23 de outubro e 13 de novembro de 2017 serão processados e enviados no dia útil seguinte.

3 — Quotas da Ordem dos Advogados

Para efeitos de apresentação de candidatura com vista à participação no sistema de acesso ao direito e aos tribunais, os Advogados, no momento da inscrição não podem ter qualquer quota em dívida.

Entende-se por regularização das quotas o pagamento integral de todas as quotas em dívida até ao mês de outubro de 2017, inclusive.

Os Advogados abrangidos por planos de pagamentos de recuperação de quotas em atraso apenas poderão apresentar a sua candidatura caso paguem todas as quotas em atraso até ao final do prazo de apresentação de candidaturas, nos termos dos dois parágrafos anteriores.

Quando o pagamento for efetuado durante o período da candidatura o acesso ao formulário será garantido no dia útil seguinte à receção do pagamento nos serviços do Conselho Geral.

4 — Estado da Inscrição

4.1. — *Levantamento da suspensão da inscrição dos Advogados*

Os candidatos a participar no sistema de acesso ao direito e aos tribunais cuja inscrição se encontre suspensa terão que apre-

sentar o requerimento de levantamento de suspensão da inscrição, instruído nos termos do disposto no Regulamento n.º 913-C/2015, publicado no Diário da República, 2.ª série, n.º 252, de 28 de dezembro de 2015, até ao dia 20 de outubro de 2017.

4.2. — *Alterações ao estado da inscrição dos Advogados e Advogados Estagiários*

Qualquer alteração ao estado da inscrição de Advogado ou de Advogado Estagiário efetuada em data posterior a 31 de outubro de 2017 será refletida no sistema informático que gere o processo de candidatura ao acesso ao direito e aos tribunais, no prazo de 24 horas após ter sido registada no Sistema Informático da Ordem dos Advogados.

5 — **Início da Participação no Sistema do Acesso ao Direito e aos Tribunais**

Os candidatos cuja inscrição preencha os requisitos supra enumerados serão incluídos no Sistema do Acesso ao Direito e aos Tribunais a partir do dia 15 de dezembro de 2017.

27 de setembro de 2017
O Presidente do Conselho Geral
GUILHERME FIGUEIREDO

DELIBERAÇÃO N.º 1096-A/2017

Alterações ao Regulamento Nacional de Estágio

A Assembleia Geral da Ordem dos Advogados reunida em 30 de novembro de 2017, ao abrigo do disposto na alínea *d*), do n.º 2, do artigo 33.º do Estatuto da Ordem dos Advogados (EOA), aprovado pela Lei n.º 145/2015, de 9 de setembro, deliberou aprovar a proposta de alteração do Regulamento Nacional de Estágio, apresentada pelo Conselho Geral da Ordem dos Advogados, nos termos do disposto na alínea *g*), do n.º 1, do artigo 46.º do EOA.

Exposição de motivos:

1 — A presente modificação do Regulamento Nacional de Estágio (RNE), aprovada em 30 de novembro de 2017 por deliberação da Assembleia Geral da Ordem dos Advogados, não constitui uma reforma do regime de estágio. Trata-se, diversamente, de uma intervenção normativa circunscrita e pontual, que, atendendo à necessidade de resolução de alguns problemas que a aplicação prática do RNE tem evidenciado, se move no quadro do atual modelo de estágio e no horizonte das opções fundamentais que lhe subjazem. Continuará, designadamente no seio da Comissão Nacional de Estágio e Formação (CNEF), o trabalho de auscultação e acompanhamento da realidade, assim como, a um nível de maior profundidade, o estudo de modelos alternativos e a reflexão sobre as

questões relevantes para a definição das orientações de política de formação inicial e de acesso à profissão — processo que poderá conduzir, ou não, num estágio de maturação mais avançado, à apresentação de uma recomendação de alcance mais vasto e com implicações verdadeiramente reformadoras.

2 — Considerando que se trata de dois segmentos substancial e funcionalmente distintos do procedimento do curso de estágio, que justificam, nalguns aspetos de regime, soluções diferenciadas, autonomizou-se, dentro da segunda fase do estágio, a subfase de formação e a subfase de avaliação.

3 — A experiência acumulada na aplicação do RNE atualmente em vigor mostra que os requisitos de acesso à prova de agregação e a burocracia ligada à sua comprovação são excessivamente pesados, às vezes ineficientes, do ponto de vista de um verdadeiro treino profissional, e muitas vezes incumpríveis dentro do tempo máximo de estágio, dando azo à vulgarização da figura da prorrogação, que tem natureza excepcional. Para além de exagerada em relação ao tempo máximo de estágio, a atual carga de atos e intervenções processuais exigidos aos Advogados estagiários parece também desajustada à multiplicidade de modos, áreas e intensidade de exercício profissional dos patronos.

Atendendo a estas circunstâncias, reduz-se para cinco o número de intervenções processuais orais, incluindo nestas, para além das intervenções tuteladas, aquelas que ocorram em processos da competência própria do Advogado estagiário. Considera-se que as intervenções autónomas do Advogado estagiário, em processos incluídos no perímetro da sua competência própria, têm um potencial de treino e adestramento profissional superior ao das intervenções tuteladas, sujeitas às limitações impostas pelas regras do processo e às exigências deontológicas que vinculam o Patrono na relação com o seu cliente.

Por outro lado, reduz-se para vinte do número de assistências, embora impondo o acompanhamento de um mínimo de dez, por se entender que é uma oportunidade insubstituível de aprendizagem e de transmissão de conhecimento e experiência por parte do Patrono.

Passa a permitir-se, também, quanto às intervenções tuteladas, que o acompanhamento e a orientação do Advogado estagiário seja delegado, pelo Patrono, em Colega da sua confiança que reúna as condições para ser Patrono.

Quanto à comprovação da prática dos atos, a ata judicial apenas é necessária nos casos em que o Advogado estagiário intervenha autonomamente, em processo da sua competência. Quanto ao mais, no quadro de uma relação que se postula ser de confiança e autorresponsabilidade, bastam os relatórios elaborados pelo Advogado estagiário, atestados pelo Patrono.

É, por outro lado, abandonada a exigência de elaboração de peças processuais na primeira fase do estágio. Trata-se de um elemento com baixa eficiência avaliativa, porque, para além de ocorrer num momento em que o Advogado estagiário não tem ainda experiência de exercício profissional, e de dificultar a harmonização dos critérios de classificação, gera um volume de atividade logística dos Centros de Estágio desproporcionado em relação ao seu reduzido peso na classificação final do Advogado estagiário.

4 — O regime da suspensão do estágio é também objeto de alterações de relevo. Considerando que o estágio é, por natureza, um período de formação profissional concentrado no tempo, tendencialmente sem dispersões e intermitências, faz-se agora depender a admissibilidade da suspensão da ocorrência de alguma circunstância, desde que não imputável ao próprio Advogado estagiário, que torne impossível o cumprimento dos deveres relativos ao estágio. Deixa, também, de ser possível a suspensão por período inferior a um mês e a suspensão durante a subfase de avaliação. Pretende-se, com as novas soluções nesta matéria, desincentivar o recurso indiscriminado à figura da suspensão do estágio e incentivar o completamento deste dentro do tempo máximo estabelecido no Estatuto da Ordem dos Advogados (EOA), sem prejuízo da sua prorrogação, que se mantém como figura de admissibilidade excepcional. Com a disciplina ora estabelecida, será possível, pelo menos, interromper o processo de crescimento do número dos Advogados estagiários em situação de suspensão, que já ultrapassa os cinco mil, em muitos casos há mais de uma década.

5 — Na linha das preocupações e orientações que inspiram o novo regime da suspensão, consagra-se também o dever de o advogado estagiário concluir o seu estágio no curso de estágio em que se inscreve, incluindo a sua eventual prorrogação. O curso de estágio, enquanto procedimento administrativo iniciado, conduzido e encerrado pela Ordem dos Advogados, constitui a moldura procedimental e temporal dentro da qual o Advogado estagiário tem de completar a sua formação profissional. É, pois, incindível a ligação entre o Advogado estagiário e o curso de estágio em que se ache (ou seja considerado) inscrito: se o concluir com aprovação, o Advogado estagiário fica em condições de tornar-se Advogado; se isso não acontecer (seja porque não foi admitido à prova de agregação, seja porque, nesta, não obteve aprovação), é inevitável o cancelamento da inscrição. Verificando-se esta segunda hipótese, o Advogado estagiário, acaso se inscreva no curso de estágio imediatamente seguinte, poderá, neste e só neste, aproveitar os atos praticados no curso de estágio anterior. O que não é, de todo, concebível, no quadro das presentes alterações, é que haja Advogados estagiários desligados de um certo curso de estágio ou ligados a um curso de estágio que, consumada a subfase de avaliação, foi já encerrado.

6 — A prova de agregação é também objeto de alterações. Por um lado, integra agora apenas duas componentes: a prova escrita e a entrevista, cujo peso na classificação final é reforçado, passando a ter uma ponderação de 40 %, em vez dos 20 % previstos no RNE em vigor. Por outro lado, a prova escrita é desdobrada em duas partes, temporalmente separadas: a primeira consiste na realização de um teste e a segunda na elaboração de uma peça processual. A aprovação na prova de agregação depende da obtenção da classificação mínima de dez valores nas duas componentes da prova. Avultam, nesta alteração do regime da prova de agregação, a revalorização da entrevista e, quanto à prova escrita, o reconhecimento da importância da elaboração de uma peça processual, passando o Advogado estagiário a dispor de mais tempo e tranquilidade para o efeito.

«Artigo 1.º
Normas alteradas

Os artigos 1.º, 2.º, 3.º, 9.º, 11.º, 12.º, 13.º, 16.º, 18.º, 19.º, 21.º, 22.º, 24.º, 25.º, 26.º, 27.º, 28.º, 29.º, 30.º, 33.º, 35.º e 36.º do Regulamento n.º 913-A/2015, de 28 de dezembro, passam a ter a seguinte redação:

Artigo 1.º
[...]

1 — ...

2 — ...

3 — De modo a que o Advogado Estagiário possa, durante todo o estágio, experienciar a diversidade dos ramos do saber jurídico, os Centros de Estágio, em articulação com a CNEF, devem proporcionar formação contínua nas seguintes áreas, entre outras: direitos humanos e tramitação processual no TEDH, igualdade de género, violência doméstica, direito das crianças e dos jovens, estatuto jurídico dos animais, acesso ao direito e aos tribunais, direito do consumo, direito do ambiente, direito europeu, direito processual constitucional, práticas processuais laborais, administrativas e tributárias.

Artigo 2.º
Duração do estágio

1 — Sem prejuízo do disposto no artigo 13.º, o estágio tem a duração efetiva mínima de dezasseis meses e máxima de dezoito meses, contados desde a data do início do curso de estágio em que o Advogado estagiário se inscreve até à data de realização do último exame que integra a prova de agregação do mesmo curso de estágio.

2 — Os períodos de suspensão do estágio não contam para os efeitos do número anterior.

Artigo 3.º*[...]*

1 — A prossecução coordenada dos fins e objetivos referidos nos artigos anteriores é assegurada pela Comissão Nacional de Estágio e Formação (CNEF), que funciona sob a direção e tutela do Conselho Geral.

2 — ...

3 — ...

4 — ...

5 — ...

6 — ...

Artigo 9.º*[...]*

1 — A inscrição dos Advogados estagiários no curso de estágio rege-se pelas disposições do Estatuto da Ordem dos Advogados e do Regulamento de Inscrição de Advogados e Advogados estagiários, sendo efetuada pelo Conselho Geral, depois de recebida e tramitada preparatoriamente pelo Conselho Regional competente.

2 — Os requerimentos para inscrição são apresentados pelos candidatos no prazo que, com a duração mínima de 15 dias, vier a ser fixado pela CNEF.

3 — A CNEF publicitará as datas de início dos cursos de estágio fixadas pelo Conselho Geral com uma antecedência mínima de sessenta dias relativamente à data de início de cada curso.

Artigo 11.º*[...]*

1 — ...

2 — ...

3 — Cabe ao Centro de Estágio para o qual o Advogado estagiário for transferido dar a informação final de estágio.

4 — A transferência de Centro de Estágio não é admissível na subfase de avaliação prevista no n.º 3 do artigo 2.º-A.

Artigo 12.º

Suspensão do estágio

1 — O Advogado estagiário, quando se verifique situação que, não lhe sendo imputável, impossibilite o cumprimento dos seus deveres relativos ao estágio, pode requerer ao Presidente do Centro de Estágio a suspensão do seu estágio por período não inferior a um mês e até um máximo de seis meses, num só período ou em períodos interpolados.

2 — Não é admissível a suspensão:

a) Durante a subfase de avaliação prevista no n.º 3 do artigo 2.º-A;

b) Durante a prorrogação prevista no artigo 13.º

3 — A suspensão na primeira fase do curso de estágio implica o cancelamento da inscrição.

4 — Quando tenha por efeito o incumprimento da duração mínima do estágio estabelecida no artigo 2.º, a suspensão importa o imediato cancelamento da inscrição, sem prejuízo da possibilidade de o Advogado estagiário pedir a prorrogação nos termos no artigo 13.º

5 — Caso se inscreva no curso de estágio imediatamente seguinte, o Advogado Estagiário fica dispensado de repetir a primeira fase, se a tiver completado, e pode aproveitar as intervenções orais, escritas e assistências já realizadas no curso anterior, beneficiando da redução de emolumentos prevista na respetiva tabela.

6 — O Advogado estagiário apenas por uma vez pode beneficiar do regime previsto no número anterior.

7 — No caso previsto no n.º 5, e sem prejuízo do disposto na sua parte final, o Advogado estagiário fica sujeito às normas regulamentares e às tabelas de taxas e emolumentos que se encontrem em vigor à data da nova inscrição.

Artigo 13.º*[...]*

1 — A título excecional, o tempo de estágio pode ser prorrogado a requerimento do Advogado estagiário, apresentado até à data em que se inicia a subfase de avaliação prevista no n.º 3 do artigo 2.º-A.

2 — ...

3 — A prorrogação do estágio só pode ser requerida uma vez e por período não superior a seis meses.

Artigo 16.º*[...]*

Ao aceitar o tirocínio do Advogado estagiário, o Patrono fica vinculado ao cumprimento dos seguintes deveres:

a) ...

b) Apoiar o Advogado estagiário na condução dos processos de cujo patrocínio este venha a ser incumbido, no quadro legal e regulamentar vigente;

c) ...

d) ...

e) ...

f) ...

g) ...

h) ...

i) ...

j) Assegurar as intervenções processuais, assistências e peças processuais exigidas ao Advogado estagiário durante a segunda fase do estágio, nos termos do disposto no artigo 22.º;

l) ...

m) ...

n) ...

Artigo 18.º

[...]

São deveres do Advogado estagiário durante todo o seu período de estágio e formação:

- a) ...
- b) ...
- c) ...
- d) ...
- e) ...
- f) ...
- g) ...
- h) Participar nas sessões de formação obrigatórias;
- i) Subscrever e manter atualizadas apólices de seguro de acidentes pessoais e de responsabilidade civil profissional nos termos previstos no Estatuto da Ordem dos Advogados;
- j) Cumprir em plenitude todas as demais obrigações deontológicas e regulamentares no exercício da atividade profissional.

Artigo 19.º

Conteúdo e objetivos da primeira fase do curso de estágio

1 — ...

2 — ...

3 — Os Advogados estagiários devem participar num mínimo de setenta e cinco por cento das sessões de formação obrigatória de cada uma das áreas de formação. Em caso de situação de maternidade, doença grave ou outro motivo justificado de natureza semelhante, poderá, sob requerimento, e por decisão do Centro de Estágio, ser considerada justificada a ausência a sessões de formação até 50 %.

4 — Durante a primeira fase do estágio são ainda disponibilizadas pelos Centros de Estágio, em articulação com a CNEF e, preferencialmente, com a colaboração de outras entidades, sessões de

formação noutras áreas que sejam relevantes para a formação do Advogado estagiário, considerando, designadamente, as que compõem o elenco constante do n.º 3 do artigo 1.º

Artigo 21.º

[...]

A prática tutelada e a formação temática mencionadas no n.º 6 do artigo 2.º-A, decorrem, respetivamente, sob a orientação geral e permanente do Patrono e a direção dos Centros de Estágio e da CNEF.

Artigo 22.º

Intervenções, Assistências e Peças Processuais

1 — O Advogado estagiário deve realizar intervenções em cinco audiências de julgamento.

2 — Para os efeitos do número anterior, são consideradas quer as intervenções que ocorram em processos que caibam no âmbito da competência própria do Advogado estagiário, quer as intervenções que, fora desse âmbito, se realizem com o acompanhamento e sob a orientação do Patrono ou de Advogado da confiança deste que reúna as condições para o exercício da função de patrono.

3 — Para além das intervenções referidas no n.º 1, o Advogado estagiário deve assistir, no mínimo, a vinte diligências processuais, das quais, pelo menos, cinco em matéria penal e cinco em matéria cível.

4 — Para os efeitos do número anterior, são consideradas diligências processuais as sessões de audiências de julgamento, de partes e prévias, as conferências e as diligências de produção de prova, ainda que diante do Ministério Público ou de órgão de polícia criminal.

5 — Das vinte assistências previstas no n.º 3, dez devem ser em acompanhamento do Patrono ou de Advogado da con-

fiança deste que reúna as condições para exercer a função de Patrono.

6 — O Advogado estagiário deve elaborar um relatório por cada uma das intervenções e assistências previstas no n.º 1 e no n.º 3 deste artigo, devendo o Patrono subscrever os que tenham por objeto as assistências realizadas em cumprimento do número anterior.

7 — Nas intervenções que o Advogado estagiário tenha realizado no âmbito da sua competência própria, o relatório referido no número anterior deverá ser acompanhado de cópia da ata da diligência.

8 — O Advogado estagiário, em conjunto com o Patrono, deve elaborar e subscrever seis peças processuais, pelo menos.

9 — Para os efeitos do número anterior, são consideradas peças processuais os articulados, os recursos, as queixas, as acusações particulares, os requerimentos de abertura de instrução e as reclamações hierárquicas.

10 — O Advogado estagiário deve comparecer com regularidade diária no escritório do Patrono, salvo motivo justificado, aí assistindo e executando todos os trabalhos e serviços relacionados com a Advocacia, devendo ainda acompanhar o Patrono no respetivo serviço externo sempre que este assim o determine.

11 — As intervenções processuais do Advogado estagiário no âmbito do sistema de acesso ao direito ficam sujeitas aos requisitos estabelecidos no respetivo regime.

Artigo 24.º

[...]

Constituem ainda deveres do Advogado estagiário durante a segunda fase do estágio:

- a) ...
- b) ...
- c) Apresentar os relatórios da sua autoria, previstos no presente Regulamento, referentes a todas as suas atividades de estágio.

Artigo 25.º

[...]

1 — O Advogado estagiário elabora o relatório final de estágio em que descreve a atividade desenvolvida durante todo o tirocínio e demonstra o cumprimento do disposto no artigo 22.º

2 — O relatório previsto no número anterior é subscrito, sob compromisso de honra, pelo Advogado estagiário e pelo Patrono, devendo este, em declaração nele aposta, atestar a veracidade do seu conteúdo, sem prejuízo da responsabilidade disciplinar e criminal que ao caso caiba, havendo falsidade.

3 — O Patrono emite também parecer fundamentado sobre a aptidão do Advogado estagiário para o exercício da advocacia.

4 — Quando o estágio tiver decorrido sob a direção sucessiva de dois ou mais Patronos, deve cada Patrono, em relação ao período do estágio que orientou, atestar a veracidade do relatório do Advogado-estagiário e emitir parecer sobre o seu desempenho, devendo a ponderação final do conjunto dos relatórios ser efetuada pelo Presidente do Centro de Estágio, sempre que tal se justifique.

5 — Verificando-se impossibilidade ou recusa injustificada do Patrono em atestar a veracidade do relatório ou emitir parecer nos termos dos números anteriores, cabe ao Presidente do Centro de Estágio a prática desses atos, com base na análise do trajeto formativo do Advogado estagiário e da documentação que for julgada necessária.

Artigo 26.º

[...]

1 — Os Centros de Estágio juntam ao processo individual do Advogado estagiário todos os elementos que forem por este entregues, os registos disciplinares e outras informações e pareceres que respeitem ao estágio e que sejam relevantes para instruir a informação final, incluindo documento comprovativo do disposto no n.º 3 do artigo 19.º

2 — Tendo em vista a finalidade prevista no número anterior, o Advogado estagiário procede à entrega no Centro de Estágio de todos os relatórios e demais elementos exigidos para a conclusão do seu processo de avaliação até trinta dias antes da data designada para a prova escrita de agregação.

3 — O incumprimento da obrigação referida no número anterior determina o cancelamento da inscrição, a não ser que tenha sido requerida a prorrogação nos termos previsto no artigo 13.º

Artigo 27.º

[...]

1 — ...

2 — ...

3 — ...

4 — A falta de suprimento dos vícios mencionados no número anterior determina o cancelamento da inscrição como Advogado estagiário, sem prejuízo da responsabilidade disciplinar que ao caso caiba.

Artigo 28.º

[...]

1 — ...

2 — A prova de agregação é integrada por:

a) Uma entrevista;

b) Uma prova escrita.

3 — Na prova de agregação são avaliados os conhecimentos adquiridos nas duas fases do estágio.

4 — A atribuição do título de Advogado depende da realização das duas componentes da prova de agregação e da obtenção da nota mínima de dez valores, numa escala de zero a vinte, na prova escrita.

5 — A nota final da prova de agregação, numa escala de zero a vinte, será a que resultar da aplicação dos seguintes fatores de ponderação:

- a) 40 % para a classificação atribuída na entrevista;
- b) 60 % para a classificação atribuída na prova escrita.

Artigo 29.º

Entrevista

1 — A entrevista compreende a análise, ponderação e discussão dos relatórios de estágio e de matérias práticas de índole deontológica, com vista à avaliação do grau de aquisição pelo Advogado estagiário dos níveis de qualificação técnica, científica e ética que são exigíveis a um Advogado.

2 — A entrevista tem lugar nos Centros de Estágio perante um júri composto por três membros, um dos quais preside, a qual, a requerimento do Advogado estagiário, poderá ser pública.

3 — Aos membros do júri aplica-se o disposto no n.º 3, do artigo 7.º

Artigo 30.º

[...]

1 — ...

2 — A prova escrita é composta de duas partes, cada uma delas com a duração de duas horas e meia, acrescida de trinta minutos de tolerância, separadas por um intervalo mínimo de 2 horas:

- a) A primeira parte consiste num teste, que incide sobre as áreas de deontologia profissional, prática processual civil e prática processual penal;
- b) A segunda parte consiste na elaboração de uma peça processual nos termos estabelecidos no enunciado.

3 — Cabe à CNEF designar a data de realização da prova escrita.

4 — A CNA define o enunciado da prova escrita, a cotação das respetivas questões e as correspondentes grelhas de correção.

5 — Incumbe à CNA, com a colaboração ativa e efetiva dos Centros de Estágio, a organização da realização da prova escrita e da correção da mesma, devendo a classificação ser atribuída segundo uma escala de zero a vinte valores, arredondando-se o resultado por excesso para a unidade seguinte quando a parte fracionária do mesmo for igual ou superior a 0,50, e por defeito para a unidade anterior quando for inferior.

Artigo 33.º

[...]

1 — Em caso de falta à entrevista ou à prova escrita, o Advogado estagiário pode requerer à CNA, no prazo de três dias, o reconhecimento da sua justificação;

2 — Reconhecida a justificação da falta à entrevista, o Centro de Estágio procederá à marcação de nova data para a respetiva realização;

3 — Reconhecida a justificação da falta à prova escrita, o Advogado Estagiário fica admitido à segunda chamada prevista no artigo 33.º-A.

Artigo 35.º

[...]

1 — A não aprovação na prova de agregação determina o cancelamento da inscrição do Advogado estagiário.

2 — Com as devidas adaptações, aplica-se o disposto nos números 5, 6 e 7 do artigo 12.º

Artigo 36.º

Requerimento de inscrição como Advogado

1 — A inscrição como Advogado é requerida pelo Advogado estagiário no prazo de trinta dias, a contar da data da afixação das

classificações prevista no artigo 18.º do Regulamento da Comissão Nacional de Avaliação.

2 — A falta de inscrição como Advogado no prazo referido no número anterior determina o cancelamento imediato da inscrição, com absoluto impedimento do exercício da profissão e obrigação de imediata devolução da cédula profissional respetiva.»

Artigo 2.º

Normas aditadas

São aditados ao Regulamento n.º 913-A/2015, 28 de dezembro, os artigos seguintes:

«Artigo 2.º-A

Curso de estágio e suas fases

1 — Sem prejuízo do disposto no n.º 4 do artigo 12.º e no artigo 13.º, o Advogado estagiário deve concluir o seu estágio no curso de estágio em que se inscreve.

2 — O curso de estágio compreende duas fases, durando, a primeira, seis meses e, a segunda, o máximo de doze meses.

3 — A segunda fase inclui uma subfase de avaliação, que tem início no dia seguinte ao termo do prazo previsto no n.º 2 do artigo 26.º

4 — No início de cada curso de estágio, a CNEF fixa o dia em que termina a primeira fase, começando a segunda fase no dia imediatamente seguinte.

5 — A primeira fase do estágio destina-se a garantir a iniciação aos aspetos técnicos da profissão e a habilitar o Advogado estagiário com os conhecimentos técnico-profissionais e deontológicos essenciais ao exercício da Advocacia, assegurando que o Advogado estagiário, ao transitar para a segunda fase, está apto à realização dos atos próprios da Advocacia no âmbito da sua competência.

6 — A segunda fase do estágio visa o desenvolvimento e aprofundamento progressivos das exigências práticas da Advocacia através da vivência da profissão baseada no relacionamento do

Advogado estagiário com o Patrono e o seu escritório, de intervenções judiciais em práticas tuteladas, de contactos com a vida judiciária, repartições e todos os serviços relacionados com o exercício da atividade profissional e bem assim a consolidação dos conhecimentos técnico-profissionais e o apuramento dos conhecimentos deontológicos, nomeadamente através da frequência de ações de formação temática exigidas pelos serviços de estágio da Ordem dos Advogados e da participação no regime do acesso ao direito e à justiça no quadro legal vigente.

Artigo 30.º-A

Repetição da prova escrita

1 — Simultaneamente com a designação da data da realização da prova escrita, a CNEF fixa também a data para a sua repetição, que deverá ocorrer no prazo máximo de uma semana.

2 — O Advogado estagiário pode repetir a prova na segunda data designada.

3 — No caso de repetir a prova, o Advogado Estagiário deve, aos entregar os cadernos de resposta, declarar, em formulário próprio, qual das duas pretende que seja avaliada, considerando-se que desiste da outra.

Artigo 33.º-A

Avaliação para as hipóteses de prorrogação e de falta justificada

1 — Para cada Curso de Estágio é organizada uma segunda chamada da prova de agregação, à qual podem ser admitidos os Advogados Estagiários aos quais tenha sido concedida prorrogação, nos termos do artigo 13.º, e aqueles que tenham faltado justificadamente à prova escrita.

2 — Os relatórios e elementos previstos no n.º 2 do artigo 26.º têm de ser apresentados até trinta dias antes da data marcada para a realização da prova escrita de agregação da segunda chamada.

Artigo 35.º-A
Lista Final

Em cada Curso de Estágio, logo que concluído o procedimento de avaliação referido nos números anteriores, incluindo a segunda chamada, o Centro de Estágio elabora e publica uma lista final dos Advogados Estagiários que, nesse Curso, tenham obtido aprovação.

Artigo 36.º-A
Inscrição como Advogado, entrega de cédula e juramento

1 — Recebido o requerimento previsto no artigo anterior, o Conselho Regional competente conclui a tramitação preparatória do respetivo processo de inscrição que deve submeter ao Conselho Geral para inscrição como Advogado, nos termos do Regulamento de Inscrição de Advogados e Advogados estagiários.

2 — Efetuada a inscrição do Advogado pelo Conselho Geral, o Conselho Regional competente disponibiliza a respetiva declaração comprovativa, podendo a entrega da cédula profissional ser feita em ato público com prestação de juramento solene, nos termos definidos em Conselho Geral.»

Artigo 3.º
Normas revogadas

São revogados os seguintes artigos do Regulamento n.º 913-A/2015, 28 de dezembro: 10.º, 14.º, 20.º, 31.º, 34.º, 39.º e 43.º

Artigo 4.º
Aplicação no tempo e disposições transitórias

1 — A presente deliberação entra em vigor no dia seguinte ao da sua publicação.

2 — O RNE, com as modificações aprovadas pela presente deliberação, aplica-se aos cursos de estágio que se iniciarem após a entrada em vigor da presente deliberação.

3 — Relativamente aos Advogados estagiários nele inscritos que o requeiram, aplicam-se imediatamente ao curso de estágio de 2016, na redação resultante da presente deliberação, os números 5, 6 e 7 do artigo 12.º e os artigos 22.º, 30.º-A e 35.º do RNE.

4 — O RNE, com as modificações aprovadas pela presente deliberação, aplica-se também, com as necessárias adaptações, aos Advogados estagiários que se inscreveram em cursos de estágio iniciados antes da entrada em vigor do Regulamento n.º 913-A/2015, de 28 de dezembro de 2015, com exceção daqueles que se encontrem em período de prorrogação do estágio.

5 — Para os efeitos do número anterior, considera-se que os Advogados estagiários por ele abrangidos que, por qualquer razão, tendo-a iniciado, não tenham ainda concluído a fase complementar ou a segunda fase do estágio, integram a segunda fase do primeiro curso de estágio que se iniciar após a entrada em vigor da presente deliberação.

6 — Os Advogados estagiários abrangidos pelo n.º 4 cujo estágio se encontre suspenso devem, sob pena de cancelamento automático da inscrição, requerer o levantamento da suspensão antes de completados 6 meses após a entrada em vigor da presente deliberação.

7 — Os Advogados estagiários abrangidos pelo n.º 4 que, estando em condições para tanto, não tenham ainda requerido a inscrição como advogado, devem fazê-lo, sob pena de cancelamento automático da inscrição, dentro dos seis meses seguintes à entrada em vigor da presente deliberação.

Artigo 5.º *Republicação*

Em anexo, é republicado o Regulamento n.º 913-A/2015, de 28 de dezembro, incluindo as modificações introduzidas pela presente deliberação.

A alteração ao Regulamento Nacional de Estágio constante da presente Deliberação foi homologada, nos termos do disposto no n.º 5, do artigo 45.º, da Lei n.º 2/2013, de 10 de janeiro, por Despacho de Sua Excelência a Ministra da Justiça, datado de 5 de dezembro de 2017.

6 de dezembro de 2017

O Presidente da Assembleia Geral e do Conselho Geral,
GUILHERME FIGUEIREDO

ANEXO

Regulamento Nacional de Estágio

CAPÍTULO I

Princípios Gerais

Artigo 1.º

Fins do estágio

1 — O estágio destina-se a certificar publicamente que o Advogado estagiário obteve formação técnico-profissional e deontológica rigorosa e que cumpriu todos os requisitos impostos pelo Estatuto da Ordem dos Advogados e respetivos regulamentos, sob orientação da Ordem dos Advogados, habilitando-o ao exercício competente e responsável da Advocacia.

2 — A formação técnico-profissional e deontológica referida no número anterior é assegurada pelo exercício da profissão sob a orientação e acompanhamento efetivos do Patrono, bem como pelos serviços de estágio da Ordem dos Advogados, em termos a definir pelo Conselho Geral.

3 — De modo a que o Advogado Estagiário possa, durante todo o estágio, experienciar a diversidade dos ramos do saber jurí-

dico, os Centros de Estágio, em articulação com a CNEF, devem proporcionar formação contínua nas seguintes áreas, entre outras: direitos humanos e tramitação processual no TEDH, igualdade de género, violência doméstica, direito das crianças e dos jovens, estatuto jurídico dos animais, acesso ao direito e aos tribunais, direito do consumo, direito do ambiente, direito europeu, direito processual constitucional, práticas processuais laborais, administrativas e tributárias.

Artigo 2.º

Duração do estágio

1 — Sem prejuízo do disposto no artigo 13.º, o estágio tem a duração efetiva mínima de dezasseis meses e máxima de dezoito meses, contados desde a data do início do curso de estágio em que o Advogado estagiário se inscreve até à data de realização do último exame que integra a prova de agregação do mesmo curso de estágio.

2 — Os períodos de suspensão do estágio não contam para os efeitos do número anterior.

Artigo 2.º-A

Curso de estágio e suas fases

1 — Sem prejuízo do disposto no n.º 4 do artigo 12.º e no artigo 13.º, o Advogado estagiário deve concluir o seu estágio no curso de estágio em que se inscreve.

2 — O curso de estágio compreende duas fases, durando, a primeira, seis meses e, a segunda, o máximo de doze meses.

3 — A segunda fase inclui uma subfase de avaliação, que tem início no dia seguinte ao termo do prazo previsto no n.º 2 do artigo 26.º

4 — No início de cada curso de estágio, a CNEF fixa o dia em que termina a primeira fase, começando a segunda fase no dia imediatamente seguinte.

5 — A primeira fase do estágio destina-se a garantir a iniciação aos aspetos técnicos da profissão e a habilitar o Advogado estagiário com os conhecimentos técnico-profissionais e deontológicos essenciais ao exercício da Advocacia, assegurando que o Advogado estagiário, ao transitar para a segunda fase, está apto à realização dos atos próprios da Advocacia no âmbito da sua competência.

6 — A segunda fase do estágio visa o desenvolvimento e aprofundamento progressivos das exigências práticas da Advocacia através da vivência da profissão baseada no relacionamento do Advogado estagiário com o Patrono e o seu escritório, de intervenções judiciais em práticas tuteladas, de contactos com a vida judiciária, repartições e todos os serviços relacionados com o exercício da atividade profissional e bem assim a consolidação dos conhecimentos técnico-profissionais e o apuramento dos conhecimentos deontológicos, nomeadamente através da frequência de ações de formação temática exigidas pelos serviços de estágio da Ordem dos Advogados e da participação no regime do acesso ao direito e à justiça no quadro legal vigente.

CAPÍTULO II

Estrutura orgânica do estágio

Artigo 3.º

Comissão Nacional de Estágio e Formação

1 — A prossecução coordenada dos fins e objetivos referidos nos artigos anteriores é assegurada pela Comissão Nacional de Estágio e Formação (CNEF), que funciona sob a direção e tutela do Conselho Geral.

2 — A CNEF é composta por quinze membros, sendo oito indicados pelo Conselho Geral, um dos quais preside com voto de qualidade, e os restantes sete indicados por cada um dos Conselhos Regionais.

3 — Todos os membros Advogados da CNEF têm que ter a sua inscrição ativa na Ordem dos Advogados e não podem ter sido sancionados com pena disciplinar superior a multa.

4 — O mandato dos membros da CNEF cessa com o termo do mandato do Conselho Geral que o tiver nomeado, mantendo-se em funções de mera gestão até à sua substituição.

5 — O mandato cessa por caducidade nos termos do número anterior e ainda por renúncia ou exoneração do Conselho Geral.

6 — A CNEF pode, sob proposta do seu presidente, e após ratificação pelo Conselho Geral, convidar entidades terceiras para com elas colaborar no âmbito das suas atribuições.

Artigo 4.º

Poderes e competências da CNEF

1 — Cabe à CNEF adotar resoluções no âmbito das matérias que lhe estejam cometidas pelo presente regulamento ou por deliberação do Conselho Geral, emitir pareceres, coordenar os Centros de Estágio na realização concreta dos princípios gerais da formação e dos programas de estágio e apresentar propostas de regulamentação ao Conselho Geral, tudo com vista a garantir uma preparação profissional rigorosa e criteriosa dos Advogados estagiários a nível nacional.

2 — Compete ainda à CNEF assegurar a execução de um sistema de formação e qualificação justo e proporcionado às elevadas exigências do acesso à profissão, no respeito pelos princípios gerais definidos pelo Conselho Geral.

3 — Sempre que o Bastonário entender conveniente, o presidente da CNEF representa a Ordem dos Advogados nos eventos nacionais ou internacionais que se relacionem, pelo seu objeto, com interesses específicos do estágio ou da formação dos Advogados.

4 — A CNEF pode colaborar com outras instituições, nacionais ou internacionais, e propor ao Conselho Geral a celebração de convénios, protocolos e acordos com as universidades, escolas profissionais e organismos profissionais representativos de outras profissões jurídicas.

5 — A CNEF dispõe de secretariado próprio e é dotada dos meios financeiros, logísticos e administrativos aprovados em Conselho Geral.

Artigo 5.º

Funcionamento da CNEF

1 — A CNEF reúne em plenário mediante convocação do seu Presidente ou do Bastonário.

2 — As convocatórias são remetidas com pelo menos cinco dias de antecedência a todos os membros da CNEF e com conhecimento ao Bastonário, com indicação do local, dia e hora da reunião e ordem de trabalhos, devendo, sempre que possível, ser observado um critério de rotatividade no que respeita ao local das reuniões.

3 — As deliberações da CNEF, no âmbito dos poderes e competências mencionados no artigo anterior, são tomadas por maioria simples dos seus membros presentes, com recurso para o Conselho Geral.

4 — Das reuniões em plenário é lavrada ata, onde se consignam todos os assuntos tratados e deliberações tomadas para posterior conhecimento do Conselho Geral e dos Conselhos Regionais.

5 — As atas das reuniões do plenário da CNEF são aprovadas no início da reunião ordinária seguinte àquela a que disserem respeito.

Artigo 6.º

Centros de Estágio

1 — A execução e desenvolvimento concreto do estágio, de acordo com os princípios e regras definidos pelo Conselho Geral, compete aos Centros de Estágio dependentes de cada um dos Conselhos Regionais, os quais promovem e realizam, diretamente ou em colaboração com as Delegações, polos de formação e demais entidades, as ações de formação profissional dos Advogados estágiários que entenderem adequadas ao cumprimento dos objetivos

do estágio por via da formação presencial ou a distância, utilizando as ferramentas do ensino e-learning.

2 — Na área de jurisdição de cada um dos Conselhos Regionais funciona, em regra, um Centro de Estágio, presidido por um membro designado pelo Conselho Regional respetivo.

3 — Os Conselhos Regionais podem delegar, nos termos legais, as suas competências estatutárias em matéria de estágio.

Artigo 7.º

Estrutura, formadores e meios dos Centros de Estágio

1 — Os Centros de Estágio são dotados de formadores e pessoal administrativo, instalações, equipamentos e outros meios necessários ao desempenho das suas atribuições.

2 — Os formadores são selecionados por concurso anunciado publicamente, a realizar de três em três anos, e exercem a sua atividade mediante contrato remunerado de prestação de serviços a celebrar com os Conselhos Regionais.

3 — Os formadores devem possuir reconhecida aptidão pedagógica e, sendo Advogados, ter, pelo menos, dez anos de inscrição na Ordem dos Advogados, não terem sido punidos com sanção disciplinar superior a multa e possuir reconhecido mérito profissional.

4 — Os titulares de órgãos eleitos da Ordem dos Advogados e membros de Comissões e Institutos de âmbito regional ou nacional não podem ser contratados como formadores.

5 — O recrutamento, seleção e contratação de formadores é objeto de regulamento próprio.

Artigo 8.º

Comissão Nacional de Avaliação

A participação e intervenção da Comissão Nacional de Avaliação (CNA), no estágio, é objeto de regulamento próprio.

CAPÍTULO III

Do Estágio

Secção I

Inscrição na Ordem dos Advogados

Artigo 9.º

Inscrição dos Advogados estagiários

1 — A inscrição dos Advogados estagiários no curso de estágio rege-se pelas disposições do Estatuto da Ordem dos Advogados e do Regulamento de Inscrição de Advogados e Advogados estagiários, sendo efetuada pelo Conselho Geral, depois de recebida e tramitada preparatoriamente pelo Conselho Regional competente.

2 — Os requerimentos para inscrição são apresentados pelos candidatos no prazo que, com a duração mínima de 15 dias, vier a ser fixado pela CNEF.

3 — A CNEF publicitará as datas de início dos cursos de estágio fixadas pelo Conselho Geral com uma antecedência mínima de sessenta dias relativamente à data de início de cada curso.

Artigo 10.º

Inscrição nos cursos de estágio

(Revogado).

Artigo 11.º

Transferência de Centro de Estágio

1 — Havendo motivo ponderoso, pode o Advogado estagiário requerer à CNEF a sua transferência para outro Centro de Estágio, cabendo recurso para o Conselho Geral.

2 — No caso previsto no número anterior, o processo individual do Advogado estagiário transferido integra todas as informa-

ções e pareceres exigidos pelo presente regulamento, com referência ao tempo de estágio decorrido sob a alçada do Centro de Estágio cessante.

3 — Cabe ao Centro de Estágio para o qual o Advogado estagiário for transferido dar a informação final de estágio.

4 — A transferência de Centro de Estágio não é admissível na subfase de avaliação prevista no n.º 3 do artigo 2.º-A.

Artigo 12.º

Suspensão do estágio

1 — O Advogado estagiário, quando se verifique situação que, não lhe sendo imputável, impossibilite o cumprimento dos seus deveres relativos ao estágio, pode requerer ao Presidente do Centro de Estágio a suspensão do seu estágio por período não inferior a um mês e até um máximo de seis meses, num só período ou em períodos interpolados.

2 — Não é admissível a suspensão:

a) Durante a subfase de avaliação prevista no n.º 3 do artigo 2.º-A;

b) Durante a prorrogação prevista no artigo 13.º

3 — A suspensão na primeira fase do curso de estágio implica o cancelamento da inscrição.

4 — Quando tenha por efeito o incumprimento da duração mínima do estágio estabelecida no artigo 2.º, a suspensão importa o imediato cancelamento da inscrição, sem prejuízo da possibilidade de o Advogado estagiário pedir a prorrogação nos termos no artigo 13.º

5 — Caso se inscreva no curso de estágio imediatamente seguinte, o Advogado Estagiário fica dispensado de repetir a primeira fase, se a tiver completado, e pode aproveitar as intervenções orais, escritas e assistências já realizadas no curso anterior, beneficiando da redução de emolumentos prevista na respetiva tabela.

6 — O Advogado estagiário apenas por uma vez pode beneficiar do regime previsto no número anterior.

7 — No caso previsto no n.º 5, e sem prejuízo do disposto na sua parte final, o Advogado estagiário fica sujeito às normas regulamentares e às tabelas de taxas e emolumentos que se encontrem em vigor à data da nova inscrição.

Artigo 13.º

Prorrogação do estágio

1 — A título excepcional, o tempo de estágio pode ser prorrogado a requerimento do Advogado estagiário, apresentado até à data em que se inicia a subfase de avaliação prevista no n.º 3 do artigo 2.º-A.

2 — O pedido de prorrogação do estágio tem de ser justificado e acompanhado de parecer do Patrono, sendo apreciado e decidido pelo Presidente do Conselho Regional respetivo, com recurso para o Conselho Geral.

3 — A prorrogação do estágio só pode ser requerida uma vez e por período não superior a seis meses.

Artigo 14.º

Inscrição de Advogado, entrega de cédula e juramento

(Revogado).

Secção II

Dos Patronos e dos Advogados estagiários

Artigo 15.º

Funções do Patrono

1 — O Patrono desempenha um papel fundamental e imprescindível ao longo de todo o período do estágio, sendo o principal

responsável pela orientação e direção do exercício profissional do Advogado estagiário.

2 — Ao Patrono cabe promover e incentivar a formação durante o estágio e apreciar a aptidão e idoneidade ética e deontológica do Advogado estagiário para o exercício da profissão emitindo para o efeito relatório final.

Artigo 16.º *Obrigações do Patrono*

Ao aceitar o tirocínio do Advogado estagiário, o Patrono fica vinculado ao cumprimento dos seguintes deveres:

- a) Permitir ao Advogado estagiário o acesso ao seu escritório e a utilização deste, nas condições e com as limitações que venha a estabelecer;
- b) Apoiar o Advogado estagiário na condução dos processos de cujo patrocínio este venha a ser incumbido, no quadro legal e regulamentar vigente;
- c) Aconselhar, orientar e informar o Advogado estagiário durante todo o tempo de formação;
- d) Compensar o Advogado estagiário das despesas por este efetuadas nos processos em que atuem conjuntamente, ou que tenham sido confiados pelo Patrono ao Advogado estagiário, em conformidade com o quadro legal e regulamentar vigente;
- e) Fazer-se acompanhar do Advogado estagiário em diligências judiciais quando este o solicite ou quando o interesse das questões em causa o recomende;
- f) Permitir que o Advogado estagiário tenha acesso a peças forenses da autoria do Patrono e que assista a conferências com clientes;
- g) Facilitar ao Advogado estagiário o acesso à utilização dos serviços do escritório, designadamente de telefones, telefax, computadores, internet e outros nas condições e com as limitações que venha a determinar;

- h) Permitir, sempre que possível, o patrocínio conjunto com o Advogado estagiário, bem como a aposição da assinatura deste, por si ou juntamente com a do Patrono, em todos os trabalhos que por aquele sejam realizados ou em que tenha colaborado;
- i) Colaborar com o Advogado estagiário na condução dos processos de cujo patrocínio venham a ser co responsáveis incumbidos;
- j) Assegurar as intervenções processuais, assistências e peças processuais exigidas ao Advogado estagiário durante a segunda fase do estágio nos termos do disposto no artigo 22.º;
- l) Não aceitar mais do que dois Advogados estagiários em simultâneo;
- m) Providenciar para que o Advogado estagiário cumpra os respetivos deveres de estágio;
- n) Cumprir as formalidades legais inerentes à realização do estágio.

Artigo 17.º

Escusa pelo Patrono

No decurso do período de estágio, o Patrono apenas pode escusar-se das suas funções quando ocorra um motivo fundamentado devendo para o efeito dirigir solicitação escrita ao Conselho Regional competente, cabendo recurso para o Conselho Geral.

Artigo 18.º

Deveres do Advogado estagiário

São deveres do Advogado estagiário durante todo o seu período de estágio e formação:

- a) Observar escrupulosamente as regras, condições e limitações admissíveis na utilização do escritório do Patrono;
- b) Guardar respeito e lealdade para com o Patrono;

- c) Submeter-se aos planos de estágio que vierem a ser definidos pelo Patrono;
- d) Colaborar com o Patrono sempre que este o solicite e efetuar os trabalhos que lhe sejam determinados, desde que se revelem compatíveis com a atividade do estágio;
- e) Colaborar com empenho, zelo e competência em todas as atividades, trabalhos e ações de formação que venha a frequentar no âmbito dos programas de estágio;
- f) Guardar segredo profissional;
- g) Comunicar ao Centro de Estágio qualquer facto que possa condicionar ou limitar o pleno cumprimento das normas estatutárias e regulamentares inerentes ao estágio;
- h) Participar nas sessões de formação obrigatórias;
- i) Subscrever e manter atualizadas apólices de seguro de acidentes pessoais e de responsabilidade civil profissional nos termos previstos no Estatuto da Ordem dos Advogados;
- j) Cumprir em plenitude todas as demais obrigações deontológicas e regulamentares no exercício da atividade profissional.

Secção III

Primeira Fase do Estágio

Artigo 19.º

Conteúdo e objetivos da primeira fase do curso de estágio

1 — A primeira fase do Curso de Estágio é constituída pelo trabalho e permanência do Advogado estagiário no escritório do Patrono e pela frequência das sessões de formação disponibilizadas pelos Centros de Estágio ou determinadas pela CNEF.

2 — Os Centros de Estágio disponibilizam sessões de formação obrigatórias, designadamente nas áreas de deontologia profissional, prática processual civil e prática processual penal, de

acordo com programas a definir pela CNEF e a aprovar pelo Conselho Geral.

3 — Os Advogados estagiários devem participar num mínimo de setenta e cinco por cento das sessões de formação obrigatória de cada uma das áreas de formação. Em caso de situação de maternidade, doença grave ou outro motivo justificado de natureza semelhante, poderá, sob requerimento, e por decisão do Centro de Estágio, ser considerada justificada a ausência a sessões de formação até 50 %.

4 — Durante a primeira fase do estágio são ainda disponibilizadas pelos Centros de Estágio, em articulação com a CNEF e, preferencialmente, com a colaboração de outras entidades, sessões de formação noutras áreas que sejam relevantes para a formação do Advogado estagiário, considerando, designadamente, as que compõem o elenco constante do n.º 3 do artigo 1.º

Artigo 20.º

Termo da primeira fase do estágio

(Revogado).

Secção IV Segunda Fase do Estágio

Artigo 21.º

Prática profissional tutelada

A prática tutelada e a formação temática mencionadas no n.º 6 do artigo 2.º-A, decorrem, respetivamente, sob a orientação geral e permanente do Patrono e a direção dos Centros de Estágio e da CNEF.

Artigo 22.º*Intervenções, Assistências e Peças Processuais*

1 — O Advogado estagiário deve realizar intervenções em cinco audiências de julgamento.

2 — Para os efeitos do número anterior, são consideradas quer as intervenções que ocorram em processos que caibam no âmbito da competência própria do Advogado estagiário, quer as intervenções que, fora desse âmbito, se realizem com o acompanhamento e sob a orientação do Patrono ou de Advogado da confiança deste que reúna as condições para o exercício da função de patrono.

3 — Para além das intervenções referidas no n.º 1, o Advogado estagiário deve assistir, no mínimo, a vinte diligências processuais, das quais, pelo menos, cinco em matéria penal e cinco em matéria cível.

4 — Para os efeitos do número anterior, são consideradas diligências processuais as sessões de audiências de julgamento, de partes e prévias, as conferências e as diligências de produção de prova, ainda que diante do Ministério Público ou de órgão de polícia criminal.

5 — Das vinte assistências previstas no n.º 3, dez devem ser em acompanhamento do Patrono ou de Advogado da confiança deste que reúna as condições para exercer a função de Patrono.

6 — O Advogado estagiário deve elaborar um relatório por cada uma das intervenções e assistências previstas no n.º 1 e no n.º 3 deste artigo, devendo o Patrono subscrever os que tenham por objeto as assistências realizadas em cumprimento do número anterior.

7 — Nas intervenções que o Advogado estagiário tenha realizado no âmbito da sua competência própria, o relatório referido no número anterior deverá ser acompanhado de cópia da ata da diligência.

8 — O Advogado estagiário, em conjunto com o Patrono, deve elaborar e subscrever seis peças processuais, pelo menos.

9 — Para os efeitos do número anterior, são consideradas peças processuais os articulados, os recursos, as queixas, as acusa-

ções particulares, os requerimentos de abertura de instrução e as reclamações hierárquicas.

10 — O Advogado estagiário deve comparecer com regularidade diária no escritório do Patrono, salvo motivo justificado, aí assistindo e executando todos os trabalhos e serviços relacionados com a Advocacia, devendo ainda acompanhar o Patrono no respectivo serviço externo sempre que este assim o determine.

11 — As intervenções processuais do Advogado estagiário no âmbito do sistema de acesso ao direito ficam sujeitas aos requisitos estabelecidos no respectivo regime.

Artigo 23.º

Ações de formação temática e acesso ao direito

Com vista ao aprofundamento dos conhecimentos técnico-profissionais e ao apuramento da consciência deontológica, o Advogado estagiário deve frequentar todas as ações de formação que a CNEF ou os Centros de Estágio organizem ou cuja frequência imponham, bem como participar no regime do acesso ao direito e à justiça no quadro legal vigente.

Artigo 24.º

Deveres específicos do Advogado estagiário

Constituem ainda deveres do Advogado estagiário durante a segunda fase do estágio:

- a) Participar nos processos judiciais que lhe forem confiados no quadro legal e regulamentar vigente e solicitar ao Patrono apoio no respectivo patrocínio;
- b) Participar no regime do acesso ao direito e à justiça em conformidade com o quadro legal vigente;
- c) Apresentar os relatórios da sua autoria, previstos no presente Regulamento, referentes a todas as suas atividades de estágio.

Artigo 25.º*Relatórios*

1 — O Advogado estagiário elabora o relatório final de estágio em que descreve a atividade desenvolvida durante todo o tirocínio e demonstra o cumprimento do disposto no artigo 22.º

2 — O relatório previsto no número anterior é subscrito, sob compromisso de honra, pelo Advogado estagiário e pelo Patrono, devendo este, em declaração nele aposta, atestar a veracidade do seu conteúdo, sem prejuízo da responsabilidade disciplinar e criminal que ao caso caiba, havendo falsidade.

3 — O Patrono emite também parecer fundamentado sobre a aptidão do Advogado estagiário para o exercício da advocacia.

4 — Quando o estágio tiver decorrido sob a direção sucessiva de dois ou mais Patronos, deve cada Patrono, em relação ao período do estágio que orientou, atestar a veracidade do relatório do Advogado-estagiário e emitir parecer sobre o seu desempenho, devendo a ponderação final do conjunto dos relatórios ser efetuada pelo Presidente do Centro de Estágio, sempre que tal se justifique.

5 — Verificando-se impossibilidade ou recusa injustificada do Patrono em atestar a veracidade do relatório ou emitir parecer nos termos dos números anteriores, cabe ao Presidente do Centro de Estágio a prática desses atos, com base na análise do trajeto formativo do Advogado estagiário e da documentação que for julgada necessária.

Secção V**Acesso à prova de agregação****Artigo 26.º***Encerramento do processo de formação*

1 — Os Centros de Estágio juntam ao processo individual do Advogado estagiário todos os elementos que forem por este entregues, os registos disciplinares e outras informações e pareceres que

respeitem ao estágio e que sejam relevantes para instruir a informação final, incluindo documento comprovativo do disposto no n.º 3 do artigo 19.º

2 — Tendo em vista a finalidade prevista no número anterior, o Advogado estagiário procede à entrega no Centro de Estágio de todos os relatórios e demais elementos exigidos para a conclusão do seu processo de avaliação até trinta dias antes da data designada para a prova escrita de agregação.

3 — O incumprimento da obrigação referida no número anterior determina o cancelamento da inscrição, a não ser que tenha sido requerida a prorrogação nos termos previsto no artigo 13.º

Artigo 27.º

Informação final

1 — Cumprido o disposto no n.º 1 do artigo anterior, o Centro de Estágio verifica, em quinze dias, o cumprimento das obrigações impostas ao Advogado estagiário pelo presente regulamento.

2 — Verificando-se o cumprimento das obrigações previstas no número anterior, o Centro de Estágio lança no correspondente processo individual a respetiva informação final e o Advogado estagiário é admitido à prova de agregação.

3 — Detetada no processo qualquer irregularidade ou desconformidade imputável ao Advogado estagiário, deverá este ser notificado para, no prazo de cinco dias, suprir os respetivos vícios.

4 — A falta de suprimento dos vícios mencionados no número anterior determina o cancelamento da inscrição como Advogado estagiário, sem prejuízo da responsabilidade disciplinar que ao caso caiba.

CAPÍTULO IV

Prova de agregação

Artigo 28.º

Objetivo, conteúdo e avaliação

1 — A prova de agregação destina-se à verificação da capacidade técnica e científica do Advogado estagiário, bem como da sua preparação deontológica para o exercício da atividade profissional de Advocacia, tudo com vista à atribuição do título de Advogado.

2 — A prova de agregação é integrada por:

- a) Uma entrevista;
- b) Uma prova escrita.

3 — Na prova de agregação são avaliados os conhecimentos adquiridos nas duas fases do estágio.

4 — A atribuição do título de Advogado depende da realização das duas componentes da prova de agregação e da obtenção da nota mínima de dez valores, numa escala de zero a vinte, na prova escrita.

5 — A nota final da prova de agregação, numa escala de zero a vinte, será a que resultar da aplicação dos seguintes fatores de ponderação:

- a) 40 % para a classificação atribuída na entrevista;
- b) 60 % para a classificação atribuída na prova escrita.

Artigo 29.º

Entrevista

1 — A entrevista compreende a análise, ponderação e discussão dos relatórios de estágio e de matérias práticas de índole deontológica, com vista à avaliação do grau de aquisição pelo Advogado estagiário dos níveis de qualificação técnica, científica e ética que são exigíveis a um Advogado.

2 — A entrevista tem lugar nos Centros de Estágio perante um júri composto por três membros, um dos quais preside, a qual, a requerimento do Advogado estagiário, poderá ser pública.

3 — Aos membros do júri aplica-se o disposto no n.º 3, do artigo 7.º

Artigo 30.º

Prova escrita

1 — A prova escrita tem carácter uniforme e realização simultânea em todo o território nacional, podendo o Advogado estagiário, durante o seu decurso, consultar apenas legislação e regulamentação não anotada, em suporte de papel.

2 — A prova escrita é composta de duas partes, cada uma delas com a duração de duas horas e meia, acrescida de trinta minutos de tolerância, separadas por um intervalo mínimo de 2 horas:

- a) A primeira parte consiste num teste, que incide sobre as áreas de deontologia profissional, prática processual civil e prática processual penal;
- b) A segunda parte consiste na elaboração de uma peça processual nos termos estabelecidos no enunciado.

3 — Cabe à CNEF designar a data de realização da prova escrita.

4 — A Comissão Nacional de Avaliação (CNA) define o enunciado da prova escrita, a cotação das respetivas questões e as correspondentes grelhas de correção.

5 — Incumbe à CNA, com a colaboração ativa e efetiva dos Centros de Estágio, a organização da realização da prova escrita e da correção da mesma, devendo a classificação ser atribuída segundo uma escala de zero a vinte valores, arredondando-se o resultado por excesso para a unidade seguinte quando a parte fracionária do mesmo for igual ou superior a 0,50, e por defeito para a unidade anterior quando for inferior.

Artigo 30.º-A

Repetição da prova escrita

1 — Simultaneamente com a designação da data da realização da prova escrita, a CNEF fixa também a data para a sua repetição, que deverá ocorrer no prazo máximo de uma semana.

2 — O Advogado estagiário pode repetir a prova na segunda data designada.

3 — No caso de repetir a prova, o Advogado Estagiário deve, aos entregar os cadernos de resposta, declarar, em formulário próprio, qual das duas pretende que seja avaliada, considerando-se que desiste da outra.

Artigo 31.º

Aprovação na prova de agregação

(Revogado).

Artigo 32.º

Recurso

1 — Da não aprovação na prova de agregação cabe recurso, a interpor para a CNA, no prazo de dez dias a contar da data da respetiva publicação.

2 — Para o efeito previsto no número anterior, e no decurso do prazo de interposição de recurso, o Advogado estagiário pode consultar no Centro de Estágio o processo individual respetivo, bem como obter cópias do mesmo.

3 — O recurso, sempre motivado, pode ser limitado a qualquer uma das componentes da prova de agregação, o que o recorrente deve especificar circunstanciadamente no requerimento de interposição de recurso.

4 — O recurso é distribuído a avaliadores, distintos dos que procederam à classificação recorrida, que emitem parecer fundamentado e propõem a respetiva classificação à CNA.

5 — A CNA decide em plenário as classificações parciais e a classificação final da prova de agregação.

6 — A classificação final atribuída nos termos do número anterior não é suscetível de reclamação ou recurso hierárquico.

Artigo 33.º*Falta à entrevista ou à prova escrita*

1 — Em caso de falta à entrevista ou à prova escrita, o Advogado estagiário pode requerer à CNA, no prazo de três dias, o reconhecimento da sua justificação;

2 — Reconhecida a justificação da falta à entrevista, o Centro de Estágio procederá à marcação de nova data para a respetiva realização;

3 — Reconhecida a justificação da falta à prova escrita, o Advogado Estagiário fica admitido à segunda chamada prevista no artigo 33.º-A.

Artigo 33.º-A*Avaliação para as hipóteses de prorrogação e de falta justificada*

1 — Para cada Curso de Estágio é organizada uma segunda chamada da prova de agregação, à qual podem ser admitidos os Advogados Estagiários aos quais tenha sido concedida prorrogação, nos termos do artigo 13.º, e aqueles que tenham faltado justificadamente à prova escrita.

2 — Os relatórios e elementos previstos no n.º 2 do artigo 26.º têm de ser apresentados até trinta dias antes da data marcada para a realização da prova escrita de agregação da segunda chamada.

Artigo 34.º*Equiparação a prorrogação do estágio*

(Revogado).

Artigo 35.º*Efeitos da não aprovação na prova de agregação*

1 — A não aprovação na prova de agregação determina o cancelamento da inscrição do Advogado estagiário.

2 — Com as devidas adaptações, aplica-se o disposto nos números 5, 6 e 7 do artigo 12.º

Artigo 35.º-A

Lista Final

Em cada Curso de Estágio, logo que concluído o procedimento de avaliação referido nos números anteriores, incluindo a segunda chamada, o Centro de Estágio elabora e publica uma lista final dos Advogados Estagiários que, nesse Curso, tenham obtido aprovação.

Artigo 36.º

Requerimento de inscrição como Advogado

1 — A inscrição como Advogado é requerida pelo Advogado estagiário no prazo de trinta dias, a contar da data da afixação das classificações prevista no artigo 18.º do Regulamento da Comissão Nacional de Avaliação.

2 — A falta de inscrição como Advogado no prazo referido no número anterior determina o cancelamento imediato da inscrição, com absoluto impedimento do exercício da profissão e obrigação de imediata devolução da cédula profissional respetiva.

Artigo 36.º-A

Inscrição como Advogado, entrega de cédula e juramento

1 — Recebido o requerimento previsto no artigo anterior, o Conselho Regional competente conclui a tramitação preparatória do respetivo processo de inscrição que deve submeter ao Conselho Geral para inscrição como Advogado, nos termos do Regulamento de Inscrição de Advogados e Advogados estagiários.

2 — Efetuada a inscrição do Advogado pelo Conselho Geral, o Conselho Regional competente disponibiliza a respetiva declara-

ção comprovativa, podendo a entrega da cédula profissional ser feita em ato público com prestação de juramento solene, nos termos definidos em Conselho Geral.

CAPÍTULO V

Rede nacional e formação a distância

Artigo 37.º

Rede nacional e formação a distância

1 — Os Conselhos Regionais, em permanente articulação com a CNEF, podem promover a instalação de polos de formação, geograficamente distribuídos pela área de intervenção de cada conselho, especialmente vocacionados para a concretização das exigências de estágio impostas por este regulamento.

2 — Os Conselhos Regionais podem ainda incrementar a formação a distância, em sistema e-learning, potenciando a utilização das ferramentas informáticas proporcionadas pelas plataformas de ensino desenvolvidas pela Ordem dos Advogados, orientando, no quadro do estágio, os temas das formações para as áreas definidas por este regulamento.

3 — As ações de formação, seminários, conferências, colóquios e outras que, pela sua especificidade, revelem particular interesse para a formação dos Advogados estagiários podem ser integradas nos programas de estágio, como formação complementar.

CAPÍTULO VI

Tirocínio em caso de dispensa de estágio

Artigo 38.º

Tirocínio em caso de dispensa de estágio

1 — A inscrição como Advogado dos doutores em direito e dos antigos magistrados que cumpram os requisitos previstos nas alíneas *a)* e *b)*, do n.º 2, do artigo 199.º, do Estatuto da Ordem dos Advogados, depende exclusivamente da realização de um tirocínio visando a apreensão dos princípios e regras deontológicas, com a duração de seis meses e sob a orientação de um Patrono escolhido pelo interessado.

2 — Para efeitos da realização do tirocínio, o interessado requer a sua admissão no Conselho Regional competente juntando a seguinte documentação:

- a)* Declaração emitida pelo Patrono escolhido assumindo a orientação do tirocínio;
- b)* Documento demonstrativo das qualidades mencionadas no n.º 2, do artigo 199.º, do Estatuto da Ordem dos Advogados;
- c)* Declaração, sob compromisso de honra, de que não integra quaisquer das situações de incompatibilidade ou impedimento previstas nos artigos 82.º e 83.º do Estatuto da Ordem dos Advogados;
- d)* Certificado do registo criminal.

3 — O interessado deve comparecer com regularidade no escritório do Patrono, com vista à vivência e à apreensão dos princípios deontológicos da profissão, o que consignará, de forma sucinta e especificada, em relatório final subscrito também pelo Patrono.

4 — O interessado deve requerer a sua inscrição como Advogado no prazo de trinta dias a contar da data da conclusão do tirocínio.

5 — O interessado fica sujeito à tabela única de emolumentos devidos pela emissão de documentos e prática de atos no âmbito do estágio na parte aplicável.

CAPÍTULO VII

Dos recursos

Artigo 39.º

Prazo

(Revogado).

CAPÍTULO VIII

Disposições finais e transitórias

Artigo 40.º

Contagem de Prazos

A contagem dos prazos previstos neste regulamento suspende-se aos sábados, domingos e feriados.

Artigo 41.º

Regimes especiais

Havendo dúvida ou dificuldade relevante e atendível na aplicação do presente regulamento, pode a CNEF, reunida em sessão plenária, aprovar as resoluções que, satisfazendo os interesses gerais da formação, o princípio da igualdade dos Advogados estagiários perante a Ordem dos Advogados e as orientações do Conselho Geral, se revelem justas e adequadas ao esclarecimento das dúvidas ou à superação das dificuldades.

Artigo 42.º

Casos omissos

Os casos omissos são resolvidos por deliberação do Conselho Geral da Ordem dos Advogados.

Artigo 43.º
Aplicação no tempo

(Revogado).

Artigo 44.º
Entrada em vigor

O presente regulamento entra em vigor no dia seguinte ao da sua publicação.

INFORMAÇÃO

Textos para publicação na ROA

A Revista da Ordem dos Advogados (ROA) aceita propostas de textos inéditos para publicação, sujeitos à apreciação do Conselho de Redacção e à disponibilidade de espaço. Os textos poderão revestir a forma de artigos, estudos e/ou comentários de jurisprudência, sendo analisados de acordo com um duplo critério, o interesse informativo e a qualidade científica.

Os textos propostos não deverão exceder os 75.000 caracteres (incluindo espaços e notas de rodapé) e devem ser enviados para o endereço de e-mail: <dept.editorial@cg.ao.pt>, acompanhados de um resumo, que não deverá exceder as 100 palavras, e de uma breve nota biográfica sobre o autor.

Breves sugestões para uma melhor homogeneização da ROA:

- *Idem* deverá ser utilizado para referenciar o mesmo autor, mas uma obra diferente, enquanto *Ibidem* deverá ser utilizado para referenciar o mesmo autor e a mesma obra, sendo que deverão ser sempre referenciadas as páginas;
- Deverá ser usado itálico com estrangeirismos e latim, ou para dar ênfase;
- O uso ou não do acordo ortográfico é escolha individual de cada autor, sendo que deverá ser uniformizada essa utilização no respectivo artigo;

- Deverá ser evitado o uso de negrito, com excepção de títulos;
- Na primeira referência de siglas e abreviaturas deverá constar sempre a designação completa, nomeadamente relativamente a diplomas legislativos;
- Citações directas deverão constar sempre entre aspas (“...”), sendo dispensado o uso simultâneo de itálico.

Pela especial importância de que se revestem as notas de rodapé, no contexto dos artigos de índole jurídica que constituem a ROA, permite-se chamar à atenção para a homogeneização que se pretende implementar na formatação das mesmas, através dos exemplos seguidamente elencados, que se baseiam na Norma Portuguesa 405.

(1) Cf. DIAS, ANTÓNIO, *Das Obrigações*, Lisboa: Editorial Séc. XXI, 2012, p. 32.

(2) *Idem*, *O Contrato de Compra e Venda*, Lisboa: Editorial Séc. XXI, 2013, p. 64.

(3) *Ibidem*, p. 102.

(4) *Vide*, sobre o mesmo assunto, MELO, ALBERTO, *Direitos e Obrigações*, Vol. II, Coimbra: Séc. XX Editora, 2010, pp. 102-112.

(5) Também em <<http://www.eticaspoliticas.net/fundamental.htm>>.

(6) *E.g.*, FRANCISCO, VICTOR, *et al.*, *Colectânea de Textos Jurídicos Contemporâneos*, Coimbra: Séc. XX Editora, 2008, pp. 212 e segs.

(7) No mesmo sentido vai o art. 23.º, al. b), do CPP.

(8) *Ob. cit.*, art. 63.º, al. d).

(9) *In* Jornal de Notícias, 21/09/2011.

(10) *Apud* PIRES, ANTÓNIO, *Direito Comparado*, T. IV, Évora: Editorial Fragmentos, 2007, pp. 303-305.

(11) RODRIGUES, ANABELA MIRANDA, “O Sistema de Determinação da Pena na União Europeia”, *in* *Estudos de Homenagem ao Juiz Conselheiro António da Costa Neves Ribeiro*, Coimbra: Almedina, 2007, pp. 41-72.

(12) SILVA, NUNO SOUSA E, “Direitos Conexos (ao Direito de Autor)”, *in* *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa: Ordem dos Advogados, n.º 76 (2016), pp. 355-446.

(13) CHEHTMAN, ALEJANDRO, “The ad bellum Challenge of Drones: Recalibrating Permissible Use of Force”, *in* *European Journal of International Law*, Vol. 28, n.º 1 (2017), pp. 173-197. [Consult. 29 junho 2018]. Disponível em <<http://www.ejil.org/pdfs/28/1/2714.pdf>>.