

REVISTA

da Ordem dos Advogados

Editorial

BASTONÁRIO DA ORDEM DOS ADVOGADOS
Discurso de Abertura do Ano Judicial

Doutrina

A. BARRETO MENEZES CORDEIRO
A Autonomia da Função de Encarregado de Proteção de Dados e a Independência do Exercício da Advocacia

ANA RAQUEL COXO
A (Im)penhorabilidade das Subvenções-fomento

DIOGO NOVO
A Figura da Residência Fiscal Parcial

DUARTE GORJÃO HENRIQUES
Portugal e as “IBA Guidelines”: Desinvestir na virtude?

JOÃO PACHECO DE AMORIM
O Princípio da Reversibilidade dos Casinos para o Domínio Privado do Estado no Termo da Concessão

JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES
Dos Contratos de Consumo em Especial

JOSÉ LEBRE DE FREITAS
Da Nulidade da Declaração de Deserção da Instância sem Precedência de Advertência à Parte

JOSÉ NORONHA RODRIGUES e CÁTIA CARNEIRO SOUSA
O Direito do Trabalho e a Proteção da Vítima de Violência Doméstica

LUÍS DE LIMA PINHEIRO
Tendências de Desenvolvimento no Reconhecimento de Decisões Arbitrais “Estrangeiras” ao Abrigo da Convenção de Nova Iorque

MAFALDA MIRANDA BARBOSA
Maiores Acompanhados: da Incapacidade à Capacidade?

MANUEL CARNEIRO DA FRADA

A Responsabilidade do Sócio por Actos dos Administradores

MANUEL NOGUEIRA SERENS

O Âmbito Geográfico do Esgotamento do Direito à Marca na Primeira Diretiva 89/104/CEE

MANUEL PEREIRA BARROCAS

A Complexa Questão da Escolha de Árbitro pelas Partes

MARIA ELISABETE RAMOS

Os Registos de Beneficiário Efetivo

RUI PINTO

Exceção e Autoridade de Caso Julgado. Algumas Notas Provisórias

RUTE TEIXEIRA PEDRO

Pactos Sucessórios Renunciativos entre Nubentes

Jurisprudência Crítica

- JOÃO PEREIRA CABRAL e VÍTOR PALMELA FIDALGO
Anotação ao Acórdão do TRL sobre o carácter distintivo das marcas e a aquisição de distintividade superveniente (secondary meaning) — caso marca “colormix”

Jurisprudência dos Conselhos

- Parecer do Conselho Superior — Processo n.º 119/2016 CS/R Recurso de aplicação pena disciplinar de Advertência
- Parecer do Conselho Geral — Processo n.º 48/PP/2017-G — Averiguação de Incompatibilidade entre o Exercício da Advocacia e o Mandato como Deputada de Assembleia Legislativa Regional

Pareceres da Ordem

- Parecer de 16 de Abril de 2018, sobre o Projecto de Lei n.º 781/XIII (PS) sobre a alteração do Código Civil, reconhecendo a possibilidade de renúncia recíproca à condição de herdeiro legal na convenção antenupcial
- Parecer de 7 de Maio de 2018, sobre a Proposta de Lei n.º 110/XIII/3.^a (GOV), que estabelece o regime do maior acompanhado, em substituição dos institutos da interdição e da inabilitação

Vida Interna

- Regulamento do Benefício de Apoio à Maternidade (28 de Dezembro de 2017)
- Projeto de Regulamento — Projeto de «Regulamento das Quotas das Sociedades de advogados» [Aviso n.º 1249/2018 (Série II), de 16 de janeiro]
- Regulamento do Conselho Geral — Regulamento de recrutamento, seleção e contratação de Formadores [Regulamento n.º 192/2018 (Série II), de 2 de março]

REVISTA

da Ordem dos Advogados

ANO 78
2 0 1 8



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 Chancerelle 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.oa.pt

Composição
AGuerra — Viseu

Impressão e acabamentos
SIG — *Sociedade Industrial Gráfica, L.da*

Depósito Legal: 124011/98
ISSN 0870-8118

Tiragem: 750 exemplares
Assinatura da ROA disponível em
<www.oa.pt>

RUI PINTO DUARTE
Editorial p. 7

GUILHERME FIGUEIREDO
Discurso proferido na Sessão Solene de Abertura do Ano Judicial 2018 pelo Bastonário da Ordem dos Advogados p. 9

Doutrina

A. BARRETO MENEZES CORDEIRO
A Autonomia da Função de Encarregado de Proteção de Dados e a Independência do Exercício da Advocacia p. 17

Análise às eventuais incompatibilidades no exercício da função de encarregado de proteção de dados e o exercício da advocacia, à luz do novo regime implementado pelo RGPD.

ANA RAQUEL COXO
A (im)penhorabilidade das subvenções-fomento p. 39

Defesa da tese da impenhorabilidade de todas as subvenções-fomento, sob pena de violação do princípio da igualdade e da consequente discriminação negativa dos executados.

DIOGO NOVO
A Figura da Residência Fiscal Parcial p. 59

A Relevância do conceito de residência para efeitos de tributação do rendimento. A determinação da residência à luz do atual art. 16.º do CIRS. E as alterações introduzidas pela Lei n.º 82-E/2014. A residência fiscal parcial. Restrições normativamente impostas à “residência fiscal parcial”.

DUARTE GORJÃO HENRIQUES
Portugal e as “IBA Guidelines” : Desinvestir na virtude? p. 79

O presente artigo aborda o tema dos conflitos de interesses de árbitros e a relevância que Portugal tem dado às denominadas “IBA Guidelines”, levando a questionar se não estaremos a *desinvestir na virtude*.

JOÃO PACHECO DE AMORIM
O Princípio da Reversibilidade dos Casinos para o Domínio Privado do Estado no Termo da Concessão p. 105

1. O princípio da reversibilidade nas concessões. 2. O regime da reversão, antes e depois do Código dos Contratos Públicos. 3. O regime da reversão para o domínio privado do

Estado dos bens afetos ao funcionamento dos casinos no DL n.º 422/89, de 2 de dezembro («Lei do Jogo»). 4. O progressivo desvirtuamento do princípio da reversão dos bens afetos à concessão de exploração de jogos de fortuna ou azar em casino. 5. A hipótese de o Estado ter «perdido» a propriedade de todos os casinos «reversíveis», por força da aplicabilidade do regime do art. 27.º da «Lei do Jogo», na sua atual redação, aos contratos de concessão em vigor à data do DL n.º 40/2005.

JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES

Dos Contratos de Consumo em Especial p. 125

Introdução. 2. Contratos de Compra e Venda de Bens de Consumo. 3. Contratos fora do Estabelecimento Comercial. 4. Contratos à Distância. 5. Contratos Eletrónicos B2C. 6. Contratos de Prestação de Serviços Públicos Essenciais. 7. Contratos de Crédito ao Consumo. 8. Contratos Turísticos.

JOSÉ LEBRE DE FREITAS

Da nulidade da declaração de deserção da instância sem precedência de advertência à parte p. 191

1. No CPC de 1961. 2. No CPC de 2013. 3. Os princípios gerais na interpretação do art. 281.º-1 CPC. 4. A consequência da nulidade.

JOSÉ NORONHA RODRIGUES e CÁTIA CARNEIRO SOUSA

O Direito do Trabalho e a Proteção da Vítima de Violência Doméstica p. 201

Muitas vezes, a vítima de violência doméstica vê-se impossibilitada de exercer a sua atividade profissional. Todavia, existem mecanismos legais que a vítima pode recorrer: a) justificação de faltas, b) suspensão do contrato de trabalho, c) transferência do trabalhador, d) aumento ou diminuição da carga horária, e) alteração do tempo de horário de trabalho de parcial para inteiro ou vice-versa, f) o exercício da atividade por teletrabalho. Ser vítima de violência doméstica, na maior parte das vezes, cria traumas físicos e psicológicos e, havendo esta “abertura” por parte da legislação laboral, faz com que a vítima se sinta salvaguardada relativamente à sua situação laboral.

LUÍS DE LIMA PINHEIRO

Tendências de Desenvolvimento no Reconhecimento de Decisões Arbitrais “Estrangeiras” ao Abrigo da Convenção de Nova Iorque p. 213

O presente artigo ocupa-se de algumas tendências de desenvolvimento no reconhecimento de decisões arbitrais “estrangeiras” ao abrigo da Convenção de Nova Iorque.

MAFALDA MIRANDA BARBOSA

Maiores acompanhados: da incapacidade à capacidade? p. 231

O regime do acompanhamento de maiores — a razão de ser da alteração legislativa. Acompanhamento de maiores — princípios ordenadores. Os requisitos do acompanhamento. O conteúdo do acompanhamento. A capacidade do acompanhado. O valor dos atos do acompanhado. Breve reflexão conclusiva.

MANUEL CARNEIRO DA FRADA

A Responsabilidade do Sócio por Actos dos Administradores p. 259

O artigo aprofunda a responsabilidade do sócio por actos dos administradores ao abrigo do disposto no art. 83.º do Código das Sociedades Comerciais, articulando com essa responsabilidade os termos de uma possível responsabilidade do sócio por violação de um acordo parassocial que confira aos sócios o direito de escolher ou designar administradores.

MANUEL NOGUEIRA SERENS

O âmbito geográfico do esgotamento do direito à marca na Primeira Directiva 89/104/CEE p. 289

O princípio do esgotamento do direito à marca, primeiramente afirmado pelo TJUE na sua jurisprudência sobre os arts. 30.º e 36.º do Tratado CEE (actuais arts. 34.º e 36.º TFUE), obteve consagração expressa no art. 7.º da Directiva 89/104/CEE. O preceito, nomeadamente na parte em que estatua sobre o âmbito geográfico desse princípio, revelou-se, porém, de difícil interpretação: a par dos que defendiam que, por via dele, os Estados-Membros haviam ficado impedidos de acolher nas suas ordens jurídicas o esgotamento internacional (*esgotamento comunitário como standard máximo*), tivemos também aqueles outros para os quais os Estados-Membros apenas haviam ficado impedidos de se quedarem pelo esgotamento nacional (*esgotamento comunitário como standard mínimo*). O presente estudo debruça-se sobre estas duas posições doutrinárias, que, num primeiro momento, conheceram sortes diferentes junto do TJUE e do Tribunal EFTA, vindo depois este último Tribunal a alinhar a sua jurisprudência pela do primeiro.

MANUEL PEREIRA BARROCAS

A Complexa Questão da Escolha de Árbitro pelas Partes p. 329

O artigo trata da questão, escassamente debatida na doutrina, da responsabilidade de parte ou partes pela escolha de árbitros não qualificados para o cargo.

MARIA ELISABETE RAMOS

Os registos de beneficiário efetivo p. 333

O artigo trata as novas obrigações declarativas de sócios e sociedade impostas pela Lei n.º 89/2017, de 31 de agosto, e as sanções previstas para o incumprimento.

RUI PINTO

Exceção e autoridade de caso julgado. Algumas notas provisórias p. 377

A sentença transitada em julgado goza de efeitos vinculativos, negativos e positivos. Aqueles impedem nova ação com o mesmo objeto; estes determinam a regulação do litígio entre as partes e o sentido decisório de uma decisão com objeto materialmente conexo. Fala-se a este respeito de uma autoridade de caso julgado, cujo alcance não é pacífico. Enfim, o caso julgado está sujeito a limites temporais que devem ser considerados. O artigo procurou visitar algumas destas questões.

RUTE TEIXEIRA PEDRO

Pactos Sucessórios renunciativos entre nubentes p. 415

Neste artigo analisa-se o regime introduzido pela lei n.º 48/2018, de 14 de agosto que prevê a possibilidade de celebração de pactos sucessórios renunciativos entre nubentes.

Jurisprudência Crítica

- JOÃO PEREIRA CABRAL e VÍTOR PALMELA FIDALGO — *Anotação ao Acórdão do TRL sobre o carácter distintivo das marcas e a aquisição de distintividade superveniente (secondary meaning) — caso marca “colormix”* p. 455

Na presente anotação, levando em consideração o arresto, são analisadas duas questões relacionadas com o direito de marcas: a capacidade distintiva e a sua aquisição superveniente (*secondary meaning*).

Jurisprudência dos Conselhos

- Parecer do Conselho Superior — Processo n.º 119/2016 CS/R. *Recurso de aplicação pena disciplinar de Advertência* p. 475
- Parecer do Conselho Geral — Processo n.º 48/PP/2017-G. *Averiguação de Incompatibilidade entre o Exercício da Advocacia e o Mandato como Deputada de Assembleia Legislativa Regional* p. 479

Pareceres da Ordem

- Parecer de 16 de Abril de 2018, *sobre o Projecto de Lei n.º 781/XIII (PS) sobre a alteração do Código Civil, reconhecendo a possibilidade de renúncia recíproca à condição de herdeiro legal na convenção antenupcial* p. 491
- Parecer de 7 de Maio de 2018, *sobre a Proposta de Lei n.º 110/XIII/3.^a (GOV), que estabelece o regime do maior acompanhado, em substituição dos institutos da interdição e da inabilitação* p. 495

Vida Interna

- Regulamento do Benefício de Apoio à Maternidade (*28 de Dezembro de 2017*) p. 503
- Projeto de Regulamento — Projeto de «Regulamento das Quotas das Sociedades de advogados» [*Aviso n.º 1249/2018 (Série II), de 16 de janeiro*] p. 507
- Regulamento do Conselho Geral — Regulamento de recrutamento, seleção e contratação de Formadores [*Regulamento n.º 192/2018 (Série II), de 2 de março*] p. 513

EDITORIAL

O Conselho de Redação decidiu assumir um papel mais ativo quanto aos conteúdos da Revista. Por um lado, passou a ter um diálogo mais atento com os Autores que apresentam espontaneamente textos para publicação, tentando contribuir para a sua qualidade. Por outro lado, decidiu fazer solicitações a juristas renomados para analisarem nas suas páginas novidades legislativas tidas como de clara relevância — sem que, naturalmente, isso signifique qualquer menorização dos demais contributos.

Da primeira medida os leitores não terão provas diretas, embora esperemos que se apercebam dos seus efeitos. Em resultado da segunda poderão ler neste número os artigos sobre os regimes dos registos de beneficiário efetivo, dos maiores acompanhados e dos pactos sucessórios renunciativos entre nubentes.

Contamos com que os leitores, em especial os Colegas Advogados, nos façam chegar comentários e sugestões sobre o rumo da Revista.

RUI PINTO DUARTE

DISCURSO DO SENHOR BASTONÁRIO DA ORDEM DOS ADVOGADOS, DR. GUILHERME FIGUEIREDO

Sessão Solene de Abertura do Ano Judicial
18 de Janeiro de 2018

A circunstância de sermos contemporâneos de uma transição histórica obriga-nos a olhar a linha de horizonte como a delimitação do entardecer e, simultaneamente, a (in)definição do amanhecer, circunstância histórica que reclama uma compreensão tanto mais extensa quanto a complexidade e a contingência da hora se mostram intensas.

Para os juristas, avulta a fragilização do Estado — já não detentor exclusivo do poder, quer por ter cedido parcelas desse poder a terceiros, quer por terceiros terem, de facto, tomado parcelas de poder; e, mais ainda, um direito que se mundializou, fragmentou e passou a ter diversas origens quanto às suas fontes, pôs em crise a hierarquia destas, e fez dos tribunais, na perspectiva metodológica da interpretação da lei, participantes activos na criação do direito.

Mas as raízes da mudança são mais fundas e os seus sinais mais amplos. Politicamente desnorteada e *só* (dada a deserção americana), economicamente combalida pelo desgaste da crise e identitariamente angustiada pelas reacções ao terrorismo, à imigração e ao populismo interno, a Europa divide-se, no plano normativo, entre uma forte micro-regulação que cria um sufoco à liberdade individual e uma impotente desregulação nos arquipélagos dos off-shores, do mundo financeiro transnacional e a-axiológico.

A percepção sobre os sujeitos e sobre o âmbito da decisão política já não corresponde à realidade política, trazendo uma nova dimensão à actuação da política de cada Estado, muitas vezes sem mecanismos para gerar (e gerir) o seu próprio destino.

As novas tecnologias, propulsoras de um novo mundo e de novas interrogações éticas, depõem ideias feitas e generosas e criam, simultaneamente, instrumentos de potencial ambivalente para a humanidade, exigindo respostas rápidas — quando a afirmação do tempo humano é, afinal, a grande resposta que importa impor-lhes.

Interroga-nos, pois, o nosso quotidiano, prenhe de história e de futuro incerto, deixando-nos entregues à inquietude perante o agir, como ensina Maria do Céu Patrão Neves.

Se a ordem do século XVIII era a do cartesiano jardim francês e no séc. XIX a do “jardim romântico (*tudo com a natureza, nada como a natureza!*)” e se o séc. XX foi um século que conheceu a construção e a desconstrução de valores, e o início e termo de grandes narrativas históricas (à força de guerras e revoluções), herdamos da era contemporânea um estado e consciência muito polarizados e contraditórios, quanto à defesa dos direitos humanos (cujo logos justamente vai iluminando o mundo, projectando, todavia, muitas sombras) e da liberdade (hesitante entre a “liberdade dos antigos” e a “liberdade dos modernos”).

Em suma, a realidade problemática e as referências axiológicas entre as quais nos percebemos e desejamos individual e colectivamente, e no diálogo entre as quais, por conseguinte, nos vamos julgando, sofreram uma desestabilização profunda, a que o direito não podia ficar imune e indemne.

Neste pano de fundo, como já foi afirmado por outros, os tribunais retornam a uma centralidade na coesão nacional, a par com a língua, pois, como o afirmei anos antes, sabemos que entre a aldeia global e as minorias locais perfilam-se infinitas gradações do nós, cuja massa que unifica tem na cultura, enquanto língua, usos, costumes, património, criação e direito, a sua identidade, e, acima de tudo, a sua vontade de fazer permanecer aquele pronome — nós.

Daqui decorre, desde logo, a importância de, por um lado, configurar outros espaços de resolução de litígios como complementares, e não como alternativos, e, por outro lado, a não desjuridicalização de conflitos, desde logo, aqueles em que não se está em presença de direitos supletivos.

Mas esta centralidade dos tribunais deverá ter, igualmente, consequências na própria organização judiciária, como é o caso da extinção da jurisdição autónoma administrativa e fiscal, sem prejuízo de integrarem os tribunais especializados e a constituição da especialização vertical, ou seja, nos Tribunais da Relação.

Esta centralidade deverá, também, determinar outras consequências, a saber:

— uma refere-se à justiça de proximidade, a qual deveria ser constituída não para dar utilização a tribunais fisicamente existentes, mas, antes, a partir de tribunais municipais, de competência genérica e com juízes e magistrados do Ministério Público em início de carreira.

— a segunda consequência refere-se à compreensão que deve existir, a começar no plano legislativo, da importância da advocacia, e da sua constituição obrigatória, quer para a defesa dos cidadãos e das empresas, quer para efectiva igualdade partes no acesso aos direito e aos tribunais, permitindo que os mais frágeis possam de forma sistemática apresentar os factos, tecer argumentos e discutir os fundamentos.

A advocacia, pela sua história, representatividade e compreensão sobre a justiça e actividade quotidiana, é mais, muito mais, que a soma dos seus interesses imediatos e corporativos, que não pode, nem deve, contudo, descartar: a advocacia é um olhar mundividente, um exercício profissional qualificado, uma acção independente enquanto categoria ética, de dever ser, a-ideológica, prático-axiológica e comprometida com uma cidadania ao serviço do outro, na defesa dos direitos liberdades e garantias, na prossecução de uma justiça económica, na defesa do Estado de Direito Democrático e Social, como, e bem, se expressa o Senhor Presidente da República.

— em terceiro lugar, tal entendimento deve ter consequências do papel fundamental da percepção do cidadão sobre a justiça, criando-se uma cultura de valorização do que bem sucede no nosso sistema da justiça, e determinando juízos crítico-constructivos, e propostas alternativas sobre o que concretamente, e não genericamente, corre mal.

— em quarto lugar, o mesmo entendimento, determina uma política de densificação da identidade das profissões jurídicas, de cada uma existir numa organização própria, com um exercício profissional absolutamente incompatível com outra qualquer profissão.

— ainda, e em quinto lugar, a urgência de olhar o todo, de procurar convergências, sem perda da identidade, ou seja, da realização de pactos no âmbito da justiça, mesmo que tenham um âmbito mais sobre o quotidiano e menos sobre a estruturação do sistema, de impulsionar e motivar um fórum da justiça, ou, na expressão do Pacto da Justiça agora firmado, uma plataforma permanente de justiça.

Um Pacto, para utilizar a feliz afirmação de Jonatas Machado, a propósito do espaço público, que permita uma discussão “aberta e plural, sociologicamente compreendida como um fórum de interacção dialógica e

crítica de encontro e de confronto entre as mais diversas mundividências e concepções éticas e morais, no contexto da detecção, tematização e resolução dos problemas da comunidade”, o qual não afasta o diálogo, a um outro nível, sobre as grandes questões da justiça e do Estado de Direito Democrático, que podem ser levadas a cabo, por exemplo, entre o Supremo Tribunal de Justiça, a Procuradoria Geral da República, a Ordem dos Advogados e os Conselhos Superiores.

Há que ir integrando naquele outro fórum, ou plataforma, outras entidades, fundamentais à discussão pública sobre a justiça, para aumentar a solidez, partindo de uma heteroavaliação, e uma maior representação social.

Permitam-me, agora, incluir, ainda, três temas, essenciais àquela afirmação da defesa dos cidadãos e das empresas num Estado de Direito Democrático:

Primeiro:

Entende o Bastonário dos Advogados Portugueses que não pode deixar de trazer para o debate público a questão da defesa dos direitos fundamentais dos cidadãos na jurisdição constitucional.

Não se desconhece o aceso debate que a eventual reforma da fiscalização concreta de constitucionalidade tem suscitado entre os constitucionalistas portugueses, havendo alguns que defendem a substituição integral do sistema de fiscalização concreta mediante a interposição do recurso de constitucionalidade pelo sistema designado de reenvio prejudicial, através da suscitação oficiosa pelos juizes de todos os tribunais junto do Tribunal Constitucional da questão prejudicial de constitucionalidade — a semelhança do que ocorre em Itália ou na Alemanha — ao passo que outros entendem que o legislador constitucional deve ir mais longe, consagrando igualmente um recurso de queixa ou de amparo conferido aos cidadãos para reagir contra atos administrativos e decisões judiciais desconformes com a Constituição, à semelhança do que sucede em Espanha, na Alemanha ou em alguns Estados da América Central e do Sul. Neste debate há ainda prestigiados académicos que sustentam que o sistema de fiscalização concreta consagrado na Constituição de 1976 tem dado boas provas e merece ser conservado, existindo evidentes perigos decorrentes de uma alteração precipitada que pode inundar o Tribunal Constitucional com novos processos, diminuindo drasticamente a sua eficácia.

Não se desconhece também que eventuais alterações do sistema de fiscalização concreta de constitucionalidade só podem ser introduzidas após uma revisão constitucional, mas afigura-se que deve ser aberto um debate sério sobre as virtualidades positivas e os defeitos do sistema que temos.

De um modo geral, é amplamente reconhecido que a aplicação do conceito funcional de norma que tem sido construído pela jurisprudência constitucional bem como a identificação das normas aplicadas, sobretudo quando se trate de norma complexas, comportam riscos elevados de casuismo e de decisionismo pretoriano, levando à rejeição liminar dos processos com a agravante de que o insucesso do recurso interposto acarreta uma tributação significativa e inadmissível em custas que acaba por dissuadir, denegando a justiça, a suscitação no futuro de questão de constitucionalidade inteiramente pertinentes.

Por outro lado, a ausência de um recurso de amparo ou de uma ação constitucional de defesa impede a reação quanto a decisões judiciais manifestamente inconstitucionais e que merecem o repúdio generalizado da opinião pública, como ocorreu recentemente, com o caso altamente mediático.

Não sendo agora a ocasião de ir mais longe, importa deixar afirmado que existe um problema sério de défice de proteção de direitos fundamentais quando estão em causa atos administrativos ou jurisdicionais manifestamente inconstitucionais. Tal consciência deste problema levou mesmo um dos nossos mais reputados constitucionalistas, o Prof. Jorge Miranda, a preconizar, mesmo sustentando a manutenção do atual sistema de fiscalização concreta por ele considerado globalmente satisfatório, a consagração de um recurso extraordinário das decisões jurisdicionais que não admitem recurso ordinário, nomeadamente dos Supremos Tribunais, quando arguidas de violação dos direitos, liberdades e garantias ou de direitos de natureza análoga.

A Ordem dos Advogados irá, por isso, dar início a tal debate, estando consciente de que a eventual consagração de um recurso de amparo terá de contemplar pressupostos de admissibilidade exigentes, de forma a evitar os riscos de banalização do instituto e de bloqueio do Tribunal Constitucional.

Segundo:

Existe hoje uma excessiva limitação de acesso ao Supremo Tribunal de Justiça, no âmbito do processo penal, restrições que se mostram desnecessárias e desproporcionadas.

Verifica-se hoje, com excepção do recurso *per saltum*, que só há recurso para o Supremo Tribunal de Justiça de acórdãos proferidos pelos Tribunais da Relação, quando estas apliquem pena privativa da liberdade superior a cinco anos, e quanto a estas, se não forem acórdãos confirmatórios da decisão de primeira instância, a menos que a pena aplicada seja superior a oito anos.

A principal argumentação invocada naquele sentido é a paralisação deste Tribunal Superior e a diminuta gravidade dos crimes.

Num olhar comparado verifica-se que no âmbito do processo civil, estando em causa uma acção em que o Tribunal da Relação não tenha confirmado a decisão condenatória da 1ª instância, bastará que o valor da acção seja superior ao valor da alçada do tribunal da Relação (€ 30.000) e que a decisão seja desfavorável ao réu em valor superior a € 15.000, para que lhe seja legalmente admissível recorrer para o Supremo Tribunal de Justiça, contrariamente ao que sucede no âmbito de uma acção penal na qual não se verifique a dupla conforme condenatória, pois mesmo que a pena de multa seja superior ao referido valor ou que seja aplicado ao arguido pena de prisão não superior a 5 anos não é, em qualquer caso, admissível ao arguido recorrer.

Sendo o direito penal o ramo de direito que, por natureza, é mais susceptível de afectar os direitos fundamentais dos cidadãos, e que no caso de uma condenação implica necessariamente um juízo de culpabilidade do arguido, com a carga negativa que lhe é inerente, juízo esse que pode não existir para o réu no processo cível, natural seria que o legislador tivesse estabelecido um conjunto reforçado de garantias para o processo penal, entre elas o direito ao recurso, senão com uma amplitude superior, pelo menos, idêntica à existente para o direito civil.

Há mais garantias no processo civil do que no processo penal.

Há que admitir a perplexidade de muitos quando confrontados com o n.º 3 do art. 400.º do Código de Processo Penal, o qual admite, no âmbito do próprio processo penal, o recurso da parte da sentença relativamente à indemnização civil, mesmo que não seja admissível recurso quanto à matéria penal. Assim, com o intuito de igualar a posição dos recorrentes em matéria civil no processo civil e no processo penal, o legislador, em 2007, acrescentou, em sentido contrário à jurisprudência fixada pelo Supremo no Acórdão n.º 1/2002, no n.º 3 a consagração da recorribilidade dos acórdãos proferidos em recurso pelas Relações quanto à indemnização civil.

Carece, assim, de sentido o apelo à não acentuada gravidade do crime como critério qualitativo limitador do acesso ao Supremo, quando no processo civil, e no processo penal para o recurso quanto à indemnização civil, o critério é meramente quantitativo. Especialmente se tivermos em consideração a discrepância proporcional de recursos cíveis que dão entrada no Supremo Tribunal de Justiça por ano, comparativamente com os recursos penais.

Ainda sobre este propósito, um outro aspecto que também importa realçar e criticar é o facto de actualmente estar vedado o recurso ao

Supremo quando os arguidos sejam pessoas colectivas (excepto os casos de recurso *per saltum*).

Esta realidade torna-se de difícil compreensão quando confrontada com o modo de cálculo da pena de multa aplicável às pessoas colectivas ou equiparadas em função da pena de prisão aplicável às pessoas singulares consagrado no artigo 90.º-B do Código Penal. Mais, decorre da actual redacção da alínea d) do n.º 1 do artigo 400.º do Código de Processo Penal que também não pode haver recurso de sentenças absolutórias de pessoas colectivas ou equiparadas proferidas pelas Relações em sede de recurso.

Urge, por isso, levantar o problema da proporcionalidade e igualdade de tratamento, no âmbito do processo penal, dado às pessoas colectivas, face às pessoas físicas.

No âmbito do processo penal, uma outra questão que deve ser pensada e ponderada é sobre a actual impossibilidade de sindicância judicial de decisões do Ministério Público, durante o inquérito, que contendam com direitos fundamentais, os quais, por princípio, nem deveriam ser da competência do Ministério Público, nos termos do artigo 32.º da Constituição.

Terceiro:

Relativamente ao Direito Fiscal é essencial aproximar as garantias do processo tributário ao processo civil, designadamente ao processo executivo: os contribuintes devem poder reagir contra as decisões do órgão executivo (o serviço de finanças) em tempo útil, através da subida imediata das reclamações judiciais contra atos desse órgão.

É impossível apelidar de justo o actual regime que impõe, como regra, a venda dos bens dos executados como passo prévio à subida das reclamações contra os atos de penhora e/ou venda, salvo em caso de prejuízo irreparável.

Ex.^{mo} Senhor Presidente da República e demais, Excelência,

Ex.^{mo} Senhor Presidente da Assembleia da República, Excelência,

Ex.^{mo} Senhor Primeiro Ministro, Excelência,

Ex.^{mo} Senhor Presidente do Supremo Tribunal de Justiça, Excelência,

Ex.^{ma} Senhora Ministra da Justiça,

Ex.^{ma} Senhora Procuradora Geral da República,

Não poderia finalizar esta minha intervenção sem deixar, aqui e agora, um abraço fraterno aos advogados portugueses que, no respeito ético-deontológico, partilham, quotidianamente, com o seus pares, e com todos os demais juristas, o destino de afirmar a dignidade da pessoa

humana. Uma convicção escorada sobre o abismo das incertezas e feita da verdadeira sabedoria: essa paciência face à dúvida que torna o medo curioso, vencendo-o pela confiança nos homens e a esperança na bondade dos possíveis que criem. Só assim, de resto — no dizer de Eduardo Lourenço — habitamos e habitaremos o caos, “*como se fosse o próprio esplendor*”.

Disse.

A AUTONOMIA DA FUNÇÃO DE ENCARREGADO DE PROTEÇÃO DE DADOS E A INDEPENDÊNCIA DO EXERCÍCIO DA ADVOCACIA

Por A. Barreto Menezes Cordeiro

SUMÁRIO:

§1.º Introdução. 1. Enquadramento. 2. O objeto e os objetivos do RGPD. **§2.º A designação do Encarregado de Proteção de Dados.** 3. Evolução histórica. 4. A obrigatoriedade de designação: enquadramento. 5. Autoridades públicas. 6. Atividades principais. 7. Dados pessoais especiais. **§3.º O Encarregado de Proteção de Dados.** 8. O perfil do EPD. 9. A relação entre o EPD e o responsável/subcontratante. 10. A independência do EPD. 11. As funções do EPD. **§4.º Conflitos de Interesses.** 12. O conceito de conflito de interesses: linhas gerais. 13. Conflito de interesses: o artigo 38.º/6 do RGPD. **§5.º O Advogado enquanto EPD.** 14. Enquadramento a aspetos formais. 15. Potenciais conflitos de interesses em relação à designação de advogados para a função de EPD. 16. O Parecer do Conselho Geral da Ordem dos Advogados.

§1.º Introdução

1. Enquadramento

I. O RGPD⁽¹⁾ alterou por completo o paradigma do Direito da proteção de dados em todas as suas dimensões: legislativa, prática, doutrinária e, a seu tempo, jurisprudencial.

(1) *Regulamento (UE) n.º 2016/679, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretriz 95/46/CE.*

Apesar de o Direito da proteção de dados não ser um ramo jurídico novo, é indiscutível que apenas com o RGPD assumiu, entre nós, maior visibilidade juscientífica⁽²⁾. As razões para esta *descoberta* — saúdam-se, naturalmente, os pioneiros do seu estudo — são um reflexo da revolução imprimida pelo RGPD, com destaque para a densificação dos direitos dos titulares de dados pessoais, o agravamento dos deveres dos responsáveis pelo tratamento de dados e dos subcontratantes, o reforço das competências das autoridades de controlo ou a obrigatoriedade de designação de encarregados de proteção de dados (EPDs).

O Direito da proteção de dados contemporâneo coloca novos problemas às empresas, mas também aos Magistrados, Advogados e Professores. Da Comunidade Jurídica espera-se, atuando nas suas respetivas esferas de competência e de influência, uma atenção redobrada na análise dos problemas que, inevitavelmente, irão surgir no nosso quotidiano.

II. No presente estudo pretendemos analisar em que medida a independência do exercício da advocacia se conjuga com a autonomia imposta pelo RGPD à função de EPD e que eventuais limites resultam, nesse âmbito, do Direito vigente.

A resposta a esta questão depende, naturalmente, da decomposição do regime jurídico do EDP, devidamente enquadrado no objeto e nos objetivos do RGPD.

2. O objeto e os objetivos do RGPD

I. O objeto do RGPD consiste em “regular a proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados”, 1.º/1⁽³⁾.

O campo de aplicação material do RGPD abrange apenas as pessoas singulares, independentemente da sua nacionalidade ou local de residência⁽⁴⁾. A extensão a todas as pessoas singulares, e não apenas aos cidadãos

⁽²⁾ Por contraste, no Direito alemão, o Direito da proteção de dados há longas décadas que assume enorme preponderância científica e prática. Para lá do Reno, multiplicam-se anotações legislativas, revistas especializadas e densas monografias.

⁽³⁾ As disposições legais, não acompanhadas de fonte, correspondem a artigos do RGPD.

⁽⁴⁾ *Considerando 14.* A conjugar, naturalmente, com o âmbito de aplicação espacial previsto no art. 3.º.

européus, é demonstrativo na natureza deste direito: trata-se de um direito fundamental⁽⁵⁾.

Esta delimitação inicial deixa de fora todas as pessoas coletivas e, evidentemente, demais realidades jurídicas não subjetiváveis, como as coisas e os animais⁽⁶⁾. O próprio nome completo do RGPD é conclusivo: “relativo à proteção das pessoas singulares”. Tem sido, de resto, esta a interpretação classicamente assumida pelas autoridades europeias. O TJUE, confrontado com a necessidade de interpretar o alcance do art. 8.º/1 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (Carta) — “Todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de caráter pessoal que lhes digam respeito” — pronunciou-se em igual sentido⁽⁷⁾.

III. O RGPD assume dois grandes objetivos (propósitos): (i) defender os direitos e as liberdades fundamentais das pessoas singulares, nomeadamente o seu direito à proteção de dados, 1.º/2; e (ii) promover a livre circulação dos dados pessoais, 1.º/3.

O RGPD, assim como o Direito da proteção de dados, encontra-se, conseqüentemente, funcionalizado aos dois objetivos positivados no seu art. 1.º. Esta funcionalização reflete um cuidado, presente em todo o sistema — Lei, doutrina, jurisprudência e supervisão —, em atender, em todos os momentos, aos interesses dos titulares de dados pessoais e à livre circulação dos dados pessoais.

A funcionalização, para além de se manifestar no seio das próprias relações que se estabelecem entre os titulares e os responsáveis pelo tratamento ou os subcontratantes, impõe aos tribunais a obrigação de interpretar o RGPD sempre no sentido que melhor favoreça a prossecução destes dois objetivos.

(5) STEFAN ERNST, *Anotação ao artigo 1.º do RGPD* em Paal/Pauly, *Datenschutz-Grundverordnung — Bundesdatenschutzgesetz*, 2.ª ed., Beck, Munique, 2018, Rn. 7.

(6) A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Dados pessoais: conceito, extensão e limites*, 2 RDC, 2018, 297-322.

(7) TJUE 9-nov.-2010, proc. C-92/09 e C-93/09 (*Volker und Markus Schecke GbR/Hartmut Eifert v Land Hessen*) 52-53. GREGOR HEISSEL, *Können juristische Personen in ihrem Grundrecht auf Datenschutz verletzt sein?*, EuR 2017, 561-571: análise completa à problemática, de um ponto de vista dogmático e prático.

§2.º A designação do Encarregado de Proteção de Dados

3. Evolução histórica

I. A figura do Encarregado de Proteção de Dados (EDP) não é uma novidade absoluta do RGPD. A Diretriz n.º 95/46/CE, de 25 de outubro⁽⁸⁾, previa já, embora com uma reduzida visibilidade e sem assumir uma natureza imperativa, a possibilidade de os Direitos internos consagrarem, internamente, esta função^(9/10).

Ao EDP caberia, nos termos do art. 19.º/2, §2: (i) garantir, de modo independente, a aplicação, a nível interno, das disposições nacionais tomadas no âmbito da Diretriz n.º 95/46/CE; e (ii) manter um registo dos tratamentos efetuados pelo responsável pelo tratamento que deveriam conter a seguinte informação: (a) o nome e o endereço do responsável pelo tratamento e, eventualmente, do seu representante; (b) as finalidades do tratamento; (c) uma descrição dos dados pessoais ou dos titulares de dados; (d) os destinatários a quem os dados poderiam ser comunicados; e (e) as transferências de dados previstas para países terceiros⁽¹¹⁾.

II. A obrigatoriedade, verificados determinados requisitos legais, de o responsável pelo tratamento de dados⁽¹²⁾ ou de o subcontratante⁽¹³⁾ designarem um EDP surgiu logo com Proposta original do RGPD, elaborada pela Comissão Europeia⁽¹⁴⁾. A terminologia empregue na versão portuguesa é, estranhamente, a de *delegado para a proteção de dados*.

Nos termos do art. 35.º/1 da Proposta, o responsável pelo tratamento e o subcontratante deveriam designar um delegado para a proteção de dados sempre que (a) o tratamento fosse efetuado por uma autoridade ou um organismo público; (b) o tratamento fosse efetuado por uma empresa

⁽⁸⁾ *Relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados.*

⁽⁹⁾ A Lei n.º 67/98, de 26 de outubro, não previa essa possibilidade. A figura do EDP foi introduzida no Direito alemão em 1977. Curiosamente, os critérios vigentes na Alemanha, antes da entrada em vigor do RGPD, eram mais rigorosos do que os impostos atualmente pelo Direito europeu: HORST HEBERLEIN, *Anotação ao artigo 37.º do RGPD em Ehmann/Selmayr, Datenschutz-Grundverordnung Kommentar*, 2.ª ed., Beck, Munique 2018, Rn. 2.

⁽¹⁰⁾ *Ibid.*, Rn. 3: apanhado geral às diferentes realidades jurídicas internas de vários Estados-Membros antes da entrada em vigor do RGPD.

⁽¹¹⁾ Art. 19.º/1, via art. 21.º/2, via art. 19.º/2, §2.

⁽¹²⁾ Art. 4.º, 7).

⁽¹³⁾ Artigo 4.º, 8).

⁽¹⁴⁾ COM(2012) 11 final, 25-jan.-2012. Arts. 35.º, 36.º e 37.º da Proposta.

com 250 assalariados ou mais; ou (c) as atividades principais do responsável pelo tratamento ou do subcontratante consistissem em operações de tratamento que, devido à sua natureza, âmbito e/ou finalidade, exigissem um controlo regular e sistemático dos titulares de dados.

Apesar de a obrigatoriedade da designação de EDPs ter merecido, em abstrato, o aplauso da doutrina especializada, foram muitas as críticas dirigidas ao modelo proposto, em especial em relação à solução dos 250 assalariados^(15/16).

III. Em análise à Proposta da Comissão, o Parlamento Europeu avançou uma profunda reformulação da alínea b) do art. 35.º/1, passando a contar com o seguinte conteúdo: “o tratamento for efetuado por uma pessoa coletiva e afetar mais de 5000 titulares de dados durante um período de 12 meses consecutivos”; e um importante acrescento: a designação de delegado para a proteção de dados deveria, ainda, ser obrigatória sempre que “as atividades principais do responsável pelo tratamento ou do subcontratante consistem em proceder ao tratamento de categorias especiais de dados nos termos do art. 9.º, n.º 1, dados de localização ou dados relativos a crianças ou a trabalhadores em sistemas de arquivo de grande dimensão”⁽¹⁷⁾.

A Autoridade Europeia para a Proteção de Dados, congratulando-se com a obrigatoriedade de designação de um EDP, sugere a diminuição do número de assalariados constantes da alínea a)⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁵⁾ A solução dos 250 trabalhadores funda-se nos critérios europeus relativos à dimensão das empresas. Nos termos do art. 2.º/1 da *Recomendação da Comissão, de 6 de maio de 2003, relativa à definição de micro, pequena e médias empresas*: “A categoria das micro, pequenas e médias empresas (PME) é constituída por empresas que empregam menos de 250 pessoas e cujo volume de negócios anual não excede 50 milhões de euros ou cujo balanço total anual não excede 43 milhões de euros”.

⁽¹⁶⁾ SUSANNE DEHMEL/NILS HULLEN, *Auf dem Weg zu einem zukunftsfähigen Datenschutz in Europa? — Konkrete Auswirkungen der DS-GVO auf Wirtschaft, Unternehmen und Verbraucher*, 3 ZD, 2013, 147-153, 152-153; GERRIT HORNING, *Eine Datenschutz-Grundverordnung für Europa? — Licht und Schatten im Kommissionsentwurf vom 25.1.2012*, 2 ZD, 2012, 99-106, 104; de acordo com o dados estatísticos reunidos pelo Autor, a maioria das empresas (99,8%) do setor financeiro têm um número de trabalhadores inferiores ao de 250, pelo que estariam, à luz deste critério, isentas de designar um EDP; o Autor analisa, de forma mais cuidada, cada umas das alíneas do art. 35.º/1 da Proposta. Com posição inversa: VIVIANE REDING, *Sieben Grundbausteine der europäischen Datenschutzreform*, 2 ZD, 2012, 195-198, 198; considerando que o critério do número de trabalhadores protege as pequenas e médias empresas de incorrerem em mais gastos.

⁽¹⁷⁾ PARLAMENTO EUROPEU, *Relatório sobre a proposta de regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados (regulamento geral de proteção de dados)*, 21-nov.-2013, 130.

⁽¹⁸⁾ AUTORIDADE EUROPEIA PARA A PROTEÇÃO DE DADOS, *Opinion of the European Data Protection Supervisor on the data protection reform package*, 7-mar.-2012, 34, [210].

IV. A unanimidade relativa à figura do EDP, não afetada por estas sugestões pontuais, é quebrada pelo Conselho da União Europeia, ao contestar a natureza obrigatória, mesmo que não generalizada, da sua designação. O Conselho propõe o seguinte conteúdo para o então art. 35.º/1: “*The controller or the processor may, or where required by Union or Member State law shall, designate a data protection officer*”⁽¹⁹⁾. A Alemanha, a Áustria e a Hungria mostraram-se desfavoráveis a esta solução, preferindo que o RGPD determinasse as situações e contextos em que a indicação de um EDP fosse obrigatória⁽²⁰⁾.

No início das negociações tripartidas, o Parlamento Europeu e o Conselho mantiveram as suas posições iniciais, com o primeiro a defender a obrigatoriedade de designação nas situações elencadas nas versões preparadas pela Comissão e pelo próprio Parlamento Europeu, e o Conselho a opor-se, determinantemente, a qualquer solução nesse sentido⁽²¹⁾. Ao longo das negociações tripartidas, a Presidência do Conselho assumiu um papel decisivo na busca de um compromisso⁽²²⁾. O desfecho alcançado, e que acabaria por ser vertido no texto final do RGPD, consistiu em limitar a obrigatoriedade da designação de EDPs a um conjunto delimitado de situações, apresentadas como acarretando maiores riscos para os titulares de dados pessoais⁽²³⁾ — solução considerada como mais adequada à luz dos propósitos últimos do Direito da proteção de dados^(24/25).

⁽¹⁹⁾ CONSELHO EUROPEU, *General Data Protection Regulation Proposal: Preparation of a General Approach*, doc. 9657/15, 11-jun.-2015, 170.

⁽²⁰⁾ *Ibid.*, 170, nota 435: “*DE, HU and AT would have preferred to define cases of a mandatory appointment of DPA in the Regulation itself and may want to revert to this issue at a later stage*”.

⁽²¹⁾ *Council of the European Union, GDPR — Chapter IV, preparation for trilogue*, doc. 12034/15, 21-set.-2015, 12966/15, 13-out.-2015, 6. Veja-se, ainda, as referências na nota seguinte.

⁽²²⁾ *Council of the European Union, GDPR — Chapter IV, preparation for trilogue*, doc. 11784/15, 9-set.-2015, 16; *Council of the European Union, GDPR — Preparation of trilogue — Chapters II, II, IV and V*, doc. 13914/15, 16-nov.-2015, 9.

⁽²³⁾ *Council of the European Union, GDPR — Chapter IV — Presidency debriefing on the outcome of the trilogue on 11/12 November and preparation for trilogue*, 13885/15, 13-nov.-2015, 4; Parlamento a mostrar abertura para esta solução. *Council of the European Union, GDPR — Analysis of the final compromise text with a view to agreement*, doc. 15039/15, 15-dez.-2015, 3.

⁽²⁴⁾ CHRISTOPH KLUG, *Der Datenschutzbeauftragte in der EU — Maßgaben der Datenschutzgrundverordnung*, 6 ZD, 2016, 315-319.

⁽²⁵⁾ MARCUS HELFRICH, *Anotação ao artigo 37.º do RGPD em Sydow, Europäische Datenschutzgrundverordnung*, 2.ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2018, Rn. 12-50: análise detalhada de todo o processo legislativo.

4. A obrigatoriedade de designação: enquadramento

I. Nos termos do art. 37.º/1, o responsável pelo tratamento e o subcontratante devem designar um EDP em três situações distintas: *a)* quando o tratamento for efetuado por uma autoridade ou um organismo público, excetuando os tribunais no exercício da sua função jurisdicional; *b)* quando as atividades principais do responsável pelo tratamento ou do subcontratante consistam em operações de tratamento que, devido à sua natureza, âmbito e/ou finalidade, exijam um controlo regular e sistemático dos titulares dos dados em grande escala; *c)* quando as atividades principais do responsável pelo tratamento ou do subcontratante consistam em operações de tratamento em grande escala de categorias especiais de dados, nos termos do art. 9.º, e de dados pessoais relacionados com condenações penais e infrações a que se refere o art. 10.º.

O art. 37.º/4 atribui competências ao legislador europeu e aos legisladores nacionais para estenderem o leque de situações que exigem a designação obrigatória de um EPD.

Naturalmente que nada impede a designação de EPDs, voluntariamente, em contextos não abrangidos por qualquer uma destas três alíneas⁽²⁶⁾.

II. A subsunção de um caso real a uma das situações elencadas no art. 37.º/1 faz emergir, na esfera jurídica do responsável ou do subcontratante, a obrigação de designação de um EPD⁽²⁷⁾. Trata-se de uma obrigação imediata que não pressupõe, nem exige, qualquer atuação por parte das autoridades de supervisão⁽²⁸⁾. O RGPD não estabelece sequer um período transitório de adaptação⁽²⁹⁾. Na prática, a função de EPD deve ser incorporada, *ab initio*, em qualquer projeto, organização ou atividade que pressuponha o tratamento de dados pessoais.

⁽²⁶⁾ Grupo do Artigo 29.º para a Proteção de Dados, *Orientações sobre os encarregados de proteção de dados (EPD)*, WP 243 rev.01, adotadas a 13-dez.-2016, por último revistas a 5-abr.-2017, 6: encorajando designações voluntárias.

⁽²⁷⁾ BORIS P. PAAL, *Anotação ao artigo 37.º do RGPD em Paal/Pauly, cit.*, Rn. 5.

⁽²⁸⁾ KEVIN MARSCHALL/PINKAS MÜLLER, *Der Datenschutzbeauftragte im Unternehmen zwischen BDSG und DS-GVO — Bestellung, Rolle, Aufgaben und Anforderungen im Fokus europäischer Veränderungen*, 6 ZD, 2016, 415-420, 416.

⁽²⁹⁾ MATTHIAS BERGT, *Anotação ao artigo 37.º do RGPD em Kühling/Buchner, Datenschutz-Grundverordnung*, 2.ª ed., Beck, Munique, 2018, Rn. 20.

5. Autoridades públicas

I. A obrigatoriedade de designação prevista no art. 37.º/1, *a*) compreende todas as autoridades e organismos públicos — com exceção dos tribunais⁽³⁰⁾ e somente no exercício da sua função jurisdicional⁽³¹⁾ —, independentemente das competências que legalmente lhes sejam atribuídas, do número de trabalhadores, da frequência com que os dados pessoais são tratados, do número dos titulares ou dos dados pessoais abrangidos ou de quaisquer outros elementos. É igualmente irrelevante se se trata de pessoas singulares ou de pessoas coletivas⁽³²⁾. A natureza publicista da entidade assume-se como critério nuclear e delimitador.

II. O art. 12.º/2 da Proposta de Lei n.º 120/XIII, que assegura a execução, na ordem jurídica interna, do RGPD, é ilustrativo do alcance desta primeira alínea: “entende-se por entidade pública: *a*) o Estado; *b*) as regiões autónomas; *c*) as autarquias locais; *d*) as entidades administrativas independentes e o Banco de Portugal; *e*) os institutos públicos; *f*) as instituições de ensino superior públicas de natureza fundacional; *g*) as empresas públicas sob forma jurídico-pública; *h*) as associações públicas”⁽³³⁾.

III. O campo de aplicação material do art. 37.º/1, *a*) encontra-se, naturalmente, limitado pelo disposto no art. 2.º, alíneas *b*) e *d*): tratamentos efetuados por Estados-Membros no âmbito da política externa e de segurança comum e tratamentos efetuados pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, deteção e repressão de infrações penais ou da execução de sanções penais, incluindo a salvaguarda e a prevenção de ameaças à segurança pública, não são abrangidos pelo âmbito de aplicação material do RGPD.

A obrigatoriedade decorrente da alínea *a*) não se estende aos sujeitos privados, singulares ou coletivos, que prossigam interesses públicos⁽³⁴⁾, apesar de o GT29 recomendar que o façam⁽³⁵⁾.

⁽³⁰⁾ O conceito de tribunal deve ser interpretado latamente, de forma a abranger todas as autoridades judiciais independentes: *Considerando 97*, p. 1.

⁽³¹⁾ Do texto legal só pode resultar que no exercício das demais funções — p. ex.: de natureza administrativa interna — devem os tribunais designar um EPD. Nesse mesmo sentido: HELFRICH, *Anotação ao artigo 37.º em Sydow, cit.*, Rn. 56.

⁽³²⁾ GT29, *Orientações sobre os EPDs, cit.*, 7-8.

⁽³³⁾ Esta disposição não foi criticada pela CNPD no parecer, extremamente desfavorável, emitido a propósito desta Proposta de Lei.

⁽³⁴⁾ HEBERLEIN, *Anotação ao artigo 37.º do RGPD em Ehmann/Selmayr, cit.*, Rn. 20.

⁽³⁵⁾ GT 29, *Orientações sobre os EPDs, cit.*, 7-8.

6. Atividades principais

I. A alínea *b*) impõe a designação de um EPD sempre que *(i)* as atividades principais consistam em operações de tratamento que, devido à sua natureza, âmbito e/ou finalidade, *(ii)* exijam um controlo regular e sistemático dos titulares dos dados *(iii)* em grande escala. A versão final do RGPD deixou cair qualquer requisito relativo à dimensão da empresa — assumindo tratar-se de uma pessoa coletiva — e dos trabalhadores que emprega.

O primeiro requisito — atividade principal — deve ser interpretado teleologicamente: a obrigatoriedade de designação de EPDs não se circunscreve aos responsáveis e encarregados que tenham como atividade principal o tratamento de dados pessoais, mas a todos os sujeitos cujas atividades principais pressuponham o tratamento de dados pessoais⁽³⁶⁾. Os exemplos apresentados pelo GT29 são particularmente esclarecedores⁽³⁷⁾:

[A] atividade principal de um hospital é a prestação de cuidados de saúde. Contudo, um hospital não poderia prestar cuidados de saúde de forma segura e eficaz sem proceder ao tratamento de dados relativos à saúde, designadamente os registos de saúde dos doentes. Assim, o tratamento destes dados deve ser considerado uma das atividades principais de qualquer hospital, cabendo, portanto, aos hospitais nomear encarregados da proteção de dados.

[U]ma empresa de segurança privada exerce a vigilância de um conjunto de centros comerciais privados e de espaços públicos. A vigilância é a atividade principal da empresa, que, por sua vez, está indissociavelmente ligada ao tratamento de dados pessoais. Por conseguinte, esta empresa deve igualmente designar um EPD.

Os sujeitos privados, singulares ou coletivos, em relação aos quais o tratamento de dados pessoais assume um papel secundário ou acessório, mesmo que fundamental para a continuação da sua atividade, não são abrangidos por esta disposição⁽³⁸⁾.

II. O legislador europeu não avança uma definição de “controlo regular e sistemático”. Na busca pelo seu preenchimento, o intérprete-aplicador pode, com algumas cautelas, recorrer ao Considerando 24, p. 2: “A fim de determinar se uma atividade de tratamento pode ser considerada «controlo do comportamento» de titulares de dados, deverá determinar-se

⁽³⁶⁾ HELFRICH, *Anotação ao artigo 37.º em Sydow, cit.*, Rn. 64.

⁽³⁷⁾ GT 29, *Orientações sobre os EPDs, cit.*, 8.

⁽³⁸⁾ *Considerando 97*, p. 2: “as atividades principais do responsável pelo tratamento dizem respeito às suas atividades primárias e não estão relacionadas com o tratamento de dados pessoais como atividade auxiliar”.

se essas pessoas são seguidas na Internet e a potencial utilização subsequente de técnicas de tratamento de dados pessoais que consistem em definir o perfil de uma pessoa singular, especialmente para tomar decisões relativas a essa pessoa ou analisar ou prever as suas preferências, o seu comportamento e as suas atitudes”.

A utilização, na versão portuguesa, da expressão controlo poderá parecer exagerada⁽³⁹⁾, quando confrontada com outras versões: inglesa e italiana — monitorizar; alemã — observar; ou francesa — acompanhar. Todavia, é essa a expressão que melhor espelha as pretensões do legislador europeu e a que, ao mesmo tempo, exige menores esforços interpretativos.

O controlo pressupõe que o titular dos dados seja seguido com alguma intensidade⁽⁴⁰⁾, de outro modo nem seria possível controlar o seu comportamento, mas já não exige uma vigilância 24 horas por dia.

Segundo as indicações do GT 29, a expressão controlo regular pode ser preenchida por recurso a três formas distintas, não cumulativas: (i) controlo contínuo ou que ocorra em intervalos específicos num determinado período de tempo; (ii) controlo recorrente ou repetido em horários pré-determinados; ou (iii) controlo constante ou periódico⁽⁴¹⁾.

Quanto à expressão sistemática, e recorrendo, também aqui, às indicações do GT 29, esta pode ser preenchida nos seguintes termos: (i) que ocorra de acordo com um sistema; (ii) predefinido, organizado ou metódico; (iii) realizado no âmbito de um plano geral de recolha de dado; ou (iv) efetuado no âmbito de uma estratégia⁽⁴²⁾.

III. O último requisito — comum à alínea c) — volta a não ser definido pelo legislador europeu. O intérprete-aplicador pode recorrer ao conteúdo do Considerando 91, na busca pelo seu significado: “operações de tratamento de grande escala que visem o tratamento de uma grande quantidade de dados pessoais a nível regional ou supranacional, possam afetar um número considerável de titulares de dados”. O conceito de grande escala assenta, conseqüentemente, em três elementos: (i) número de titulares abrangidos; (ii) número de dados objeto de tratamento; e (iii) alcance geográfico do tratamento. Não nos parece, ao contrário do que defende o GT 29⁽⁴³⁾, que a duração ou a permanência de atividade seja um fator a considerar. Trata-se de um aspeto abrangido pelo requisito da regularidade.

⁽³⁹⁾ Na versão espanhola, encontramos uma expressão sinónima à portuguesa.

⁽⁴⁰⁾ *Considerando 24*, p. 2.

⁽⁴¹⁾ GT 29, *Orientações sobre os EPDs*, cit., 10.

⁽⁴²⁾ GT 29, *Orientações sobre os EPDs*, cit., 8.

⁽⁴³⁾ GT 29, *Orientações sobre os EPDs*, cit., 9.

7. Dados pessoais especiais

I. Por fim, a alínea c) do art. 37.º/1 impõe aos responsáveis pelo tratamento e aos subcontratantes a designação de um EPD sempre que se verificarem, cumulativamente, os seguintes três requisitos: (i) as suas atividades principais; (ii) consistirem em operações de tratamento em grande escala; (iii) de categorias especiais de dados nos termos do art. 9.º e de dados pessoais relacionadas com condenações penais e infrações a que se refere o art. 10.º.

Os dois primeiros requisitos foram já analisados no ponto anterior, para onde se remete.

II. As várias categorias especiais de dados pessoais surgem elencadas no art. 9.º/1: “dados pessoais que revelem a origem racial ou étnica, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou filosóficas, ou a filiação sindical, bem como o tratamento de dados genéticos, dados biométricos para identificar uma pessoa de forma inequívoca, dados relativos à saúde ou dados relativos à vida sexual ou orientação sexual de uma pessoa”.

§3.º O Encarregado de Proteção de Dados

8. O perfil do EPD

I. Nos termos do art. 37.º/5, “o encarregado de proteção de dados é designado com base nas suas qualidades profissionais e, em especial, nos seus conhecimentos especializados no domínio do direito e das práticas de proteção de dados, bem como na sua capacidade para desempenhar as funções referidas no art. 39.º”.

O disposto neste preceito é completado pelo conteúdo do Considerando 97, p. 1 e p. 3: o EPD é “um especialista em legislação e prática de proteção de dados no controlo do cumprimento do presente regulamento a nível interno” e “o nível necessário de conhecimentos especializados deverá ser determinado, em particular, em função do tratamento de dados realizado e da proteção exigida para os dados pessoais tratados pelo responsável pelo seu tratamento ou pelo subcontratante”.

O Parlamento Europeu propôs, aquando da sua análise à Proposta original da Comissão, o seguinte Considerando: “O delegado para a proteção de dados “deve ter, no mínimo, as seguintes qualificações: amplo

conhecimento do conteúdo e da aplicação da legislação em matéria de proteção de dados, inclusive medidas técnicas, de organização e procedimentos; domínio dos requisitos técnicos em matéria de privacidade, desde a conceção, privacidade por defeito e segurança de dados; conhecimentos específicos do setor, de acordo com a dimensão do responsável pelo tratamento e do subcontratante e com a sensibilidade dos dados a tratar; capacidade de efetuar inspeções, consultas, elaborar documentação e proceder à análise de arquivos; capacidade para trabalhar com os representantes dos trabalhadores⁽⁴⁴⁾. Apesar de este Considerando não ter sido incluído na versão final do RGPD, fornece-nos relevantes pistas em relação à pessoa do EPD e às características e qualidades que deve possuir.

II. Enquanto especialista, o EDP tem de ter amplos conhecimentos jurídicos — práticos e teóricos —, mas também conhecimentos informáticos — numa aceção ampla — e conhecimentos relativos ao setor em que o responsável ou subcontratante que o designaram atuam, sob pena de não conseguir acompanhar as exigências específicas dos tratamentos em concreto realizados⁽⁴⁵⁾. Também as integridades pessoais e profissionais do EPD devem ser consideradas, no momento da designação⁽⁴⁶⁾.

Como resulta do Considerando 97, p. 1, o nível de especialização, conhecimentos e experiência do EPD é proporcional à exigência das funções em concreto desempenhadas.

Por fim, sublinhe-se que a adequação do perfil do EPD é avaliável à data da designação e não após iniciar as suas funções⁽⁴⁷⁾.

9. A relação entre o EPD e o responsável/subcontratante

I. O EPD pode integrar ou não a estrutura interna do responsável ou do subcontratante, i.e., tanto pode ser um trabalhador como um prestador de serviço externo, art. 37.º/6⁽⁴⁸⁾. Recorrendo a entidade designadora a um

⁽⁴⁴⁾ PARLAMENTO EUROPEU, *Relatório*, cit., 38.

⁽⁴⁵⁾ Para uma análise minuciosa: GT 29, *Orientações sobre os EPDs*, cit., 13, ss; BERGT, *Anotação ao artigo 37.º do RGPD em Kühling/Buchner*, cit., Rn. 33-35; HEBERLEIN, *Anotação ao artigo 37.º do RGPD em Ehmann/Selmayr*, cit., Rn. 38-40.

⁽⁴⁶⁾ PAAL, *Anotação ao artigo 37.º do RGPD em Paal/Pauly*, cit., Rn. 13.

⁽⁴⁷⁾ BERGT, *Anotação ao artigo 37.º do RGPD em Kühling/Buchner*, cit., Rn. 33.

⁽⁴⁸⁾ THOMAS NIKLAS/THOMAS FAAS, *Der Datenschutzbeauftragte nach der Datenschutz-Grundverordnung*, 34 NZA, 2017, 1091-1097: considerando ser preferível, para os responsáveis pelo trata-

trabalhador interno, é natural que a liberte, total ou parcialmente, de todas as demais tarefas⁽⁴⁹⁾, dependendo das exigências colocadas pelo exercício em concreto da função. Já a posição do EPD externo é usualmente assumida, em face do regime vigente, por advogados especialistas no Direito da proteção de dados.

O GT 29 considera que a função de EPD pode igualmente ser prestada por uma pessoa coletiva, mas nesse caso “é essencial que cada membro da organização que exerça as funções de EPD cumpra todos os requisitos aplicáveis”⁽⁵⁰⁾. Esta interpretação é contrariada, em peso, pela doutrina alemã, que circunscreve o exercício da função às pessoas singulares⁽⁵¹⁾.

O responsável pelo tratamento e o subcontratante não estão impedidos, naturalmente, de contratar outros sujeitos — singulares ou coletivos — para prestarem consultoria em todas as matérias relativas ao tratamento de dados pessoais e ao cumprimento das exigências legais⁽⁵²⁾, nem em montar departamentos internos de controlo e de identificação de conflitos⁽⁵³⁾.

II. Os responsáveis pelo tratamento e os subcontratantes devem apoiar o EPD no exercício das suas funções, nomeadamente fornecendo-lhe todos os recursos necessários para o seu desempenho, art. 38.º/2⁽⁵⁴⁾.

Os responsáveis e os subcontratantes devem, ainda, assegurar que o EPD é envolvido, de forma adequada e em tempo útil, em todas as questões relacionadas com a proteção de dados (art. 38.º/1). Para além, naturalmente, de facultarem ao EPD o acesso aos dados pessoais e às operações de tratamento (art. 38.º/2), as entidades designadoras devem, a título exemplificativo, assegurar: (i) a presença regular do EPD em reuniões relevantes; (ii) a sua presença, informada, sempre que sejam tomadas decisões relativamente a dados pessoais ou a titulares de dados; (iii) a obtenção de opiniões, conselhos ou pareceres, consoante as exigências concretas; e (iv) a pronta consulta do EPD sempre que haja um fundado receio de violação do RGPD ou demais legislação extravagante.

mento e para os subcontratantes, designarem um EPD externo, na perspetiva das eventuais responsabilidades civis e contraordenacionais incorridas.

⁽⁴⁹⁾ HEBERLEIN, *Anotação ao artigo 37.º do RGPD em Ehmann/Selmayr, cit.*, Rn. 41.

⁽⁵⁰⁾ GT 29, *Orientações sobre os EPDs, cit.*, 14.

⁽⁵¹⁾ Por todos: BERGT, *Anotação ao artigo 37.º do RGPD em Kühling/Buchner, cit.*, Rn. 36 e HELFRICH, *Anotação ao artigo 37.º do RGPD em Sydow, cit.*, Rn. 116, ss.

⁽⁵²⁾ HELFRICH, *Anotação ao artigo 37.º do RGPD em Sydow, cit.*, Rn. 119.

⁽⁵³⁾ JENS SCHEFZIG, *Der Datenschutzbeauftragte in der betrieblichen Datenschutzorganisation — Konflikt zwischen Zuverlässigkeit und datenschutzrechtlicher Verantwortung*, 5 ZD, 2015, 503-507.

⁽⁵⁴⁾ GT 29, *Orientações sobre os EPDs, cit.*, 16-17: apanhado dos meios e recursos que as entidades designadoras devem disponibilizar aos EPDs.

10. A independência do EPD

I. O exercício da função de EPD caracteriza-se por uma marcada independência em face das entidades designadoras⁽⁵⁵⁾. O facto de a expressão “de forma independente”, presente na Proposta original⁽⁵⁶⁾, não constar da versão final do RGPD não afeta a autonomia intrínseca da posição: trata-se de uma decorrência lógico-jurídica direta do texto e do espírito do regime jurídico do EPD⁽⁵⁷⁾.

A autonomia do EPD, alheia à natureza da relação — laboral ou de prestação de serviços —, manifesta-se na proibição legal, presente na esfera jurídica dos responsáveis e dos subcontratantes, de instruírem o EPD no exercício das suas funções, art. 38.º/3.

De forma a garantir esta independência, o legislador europeu proíbe, de forma expressa, a destituição e a penalização do EPD motivada pelo exercício das suas funções legais, art. 38.º/3. Esta proibição deve ser interpretada extensivamente, de modo a englobar qualquer tipo de penalização — fática ou jurídica —, incluindo simples ameaças, diretas ou indiretas, de destituição ou de penalização⁽⁵⁸⁾.

II. A autonomia e a independência do EPD não são, certamente, absolutas: são limitadas pelas funções que legalmente lhe são atribuídas, nos termos do art. 39.º. Do EPD espera-se, ainda, que informe, diretamente, a direção da entidade designadora do andamento das atividades por si desenvolvidas, art. 38.º/3.

Cumpra ainda referir que a posição de EPD não se confunde com a de responsável pelo tratamento de dados ou com a de subcontratante. Não lhe cabe, em consequência, determinar as finalidades e os meios de tratamento de dados pessoais⁽⁵⁹⁾, nem atuar, nesse âmbito, por conta do responsável pelo tratamento⁽⁶⁰⁾.

⁽⁵⁵⁾ *Considerando 97*, p. 4.

⁽⁵⁶⁾ Art. 36.º/2 da Proposta.

⁽⁵⁷⁾ Com idêntica interpretação: HEBERLEIN, *Anotação ao artigo 37.º do RGPD em Ehmann/Selmayr, cit.*, Rn. 13.

⁽⁵⁸⁾ GT 29, *Orientações sobre os EPDs, cit.*, 18.

⁽⁵⁹⁾ Art. 4.º, 7): responsável pelo tratamento de dados.

⁽⁶⁰⁾ Art. 4.º, 8): subcontratante.

11. As funções do EPD

I. A institucionalização do EPD consubstancia uma forma de desburocratizar e descentralizar a proteção dos interesses dos titulares dos dados pessoais, ao mesmo tempo que atribui aos responsáveis pelo tratamento de dados e aos subcontratantes a *responsabilidade* de autorregular as suas atividades⁽⁶¹⁾. Reduz a necessidade de uma intervenção constante, por parte do supervisor, e potencia a interiorização, no seio das empresas e das entidades públicas, de um cuidado constante no tratamento de dados pessoais.

A posição do EPD deve ser sempre enquadrada na funcionalização do RGPD à proteção dos interesses dos titulares dos dados pessoais: é esse o propósito que baliza, a todo o tempo, a sua atuação⁽⁶²⁾.

II. Nos termos do art. 39.º/1, são quatro as funções principais do EPD:

- Informar e aconselhar o responsável pelo tratamento ou o subcontratante, bem como os trabalhadores que tratem os dados, a respeito das suas obrigações nos termos do RGPD e da demais legislação extravagante aplicável;
- Controlar o cumprimento do RGPD, da demais legislação extravagante aplicável e das políticas das entidades designadoras relativas à proteção de dados pessoais, incluindo a repartição de responsabilidades, a sensibilização e formação do pessoal implicado nas operações de tratamentos de dados, e as auditorias independentes;
- Prestar aconselhamento, quando lhe seja solicitado, relativo à avaliação do impacto sobre a proteção de dados e controlar a sua realização, nos termos do art. 35.º⁽⁶³⁾;
- Cooperar com a autoridade de controlo;
- Atuar como ponto de contacto com a autoridade de controlo sobre questões relacionadas com o tratamento, incluindo a consulta prévia a que se refere o art. 36.º; deve consultar a autoridade de controlo sempre que se justifique.

⁽⁶¹⁾ KLUG, *Anotação ao artigo 37.º do RGPD em Gola, cit.*, Rn. 1.

⁽⁶²⁾ KLUG, *Anotação ao artigo 37.º do RGPD em Gola, cit.*, Rn. 2.

§4.º Conflitos de Interesses

12. O conceito de conflito de interesses: linhas gerais

I. O conceito de *interesse* assume múltiplos significados. Uma leitura da respetiva entrada no Dicionário da Academia de Ciências permite-nos ter uma ideia dos infundáveis contextos em que a expressão pode ser utilizada⁽⁶⁴⁾. A transversalidade do conceito é, também ela, uma característica do Mundo Jurídico e da sua linguagem⁽⁶⁵⁾.

Os diferentes contextos jurídicos em que o conceito de interesse pode ser utilizado traduzem-se na necessidade de compartimentar as suas diversas aceções, sob pena de as soluções preconizadas não terem qualquer relevância científica e prática. Aquando do seu preenchimento, o intérprete deverá ter em consideração as exatas circunstâncias em que a expressão é empregue⁽⁶⁶⁾.

II. No âmbito da temática do *conflito de interesses*, a expressão *interesses* pode assumir um duplo preenchimento: (i) jurídico; e (ii) fático.

Na primeira aceção, a mais comum e de mais fácil preenchimento, ao intérprete-aplicador cabe verificar a existência de potenciais conflitos de deveres, nomeadamente se o cumprimento das funções de EPD implica a violação dos deveres assumidos no âmbito de outra posição, independentemente de o EPD ser um trabalhador ou um prestador de serviços.

Na segunda aceção, cuja prova se apresenta especialmente complexa, a existência de um conflito de interesses irá depender de uma análise casuística das motivações subjetivas do sujeito designado para EPD — p. ex.: o EPD ter algum interesse pessoal ou económico nos tratamentos realizados pela entidade designadora.

13. Conflito de interesses: o artigo 38.º/6

I. Nos termos do disposto no art. 38.º/6, o EPD pode exercer outras funções e atribuições, quer seja trabalhador da entidade designadora ou

⁽⁶³⁾ Com a epígrafe: *Avaliação de impacto sobre a proteção de dados*.

⁽⁶⁴⁾ Vol. II, 2135.

⁽⁶⁵⁾ Por todos: PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo e interesses contratual positivo*, I, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, 81, ss e 481, ss.

⁽⁶⁶⁾ *Ibid.*, 500.

um prestador de serviços externo à sua estrutura. Na segunda parte do art. 38.º/6, o legislador acrescentou que “o responsável pelo tratamento ou o subcontratante assegura que essas funções e atribuições não resultam num conflito de interesses”. Apesar de o texto legal apontar no sentido de um dever genérico de organização interna, tanto a doutrina alemã⁽⁶⁷⁾ como o próprio GP 29⁽⁶⁸⁾ atribuem a esta norma um sentido limitativo da capacidade de assumir a própria posição, ou seja, a designação de um EPD concreto exige que sejam afastados todos os conflitos de interesses específicos.

II. A existência de conflitos de interesses é particularmente evidente sempre que a posição de EPD seja assumida pelo titular de uma posição de direção — p. ex.: diretor executivo, diretor de operações, diretor financeiro, diretor do departamento médico, diretor de marketing, diretor dos recursos humanos ou diretor informático⁽⁶⁹⁾ —, na medida em que cabe ao EPD verificar a adequação das atividades desenvolvidas por estes departamento às exigências do RGPD.

Situações de conflitos de interesses podem ainda ocorrer em relação a funcionários menos graduados. Nesses casos, importa averiguar, em concreto e antes de proceder à sua designação, a presença ou não de potenciais conflitos de interesses⁽⁷⁰⁾.

No afastamento de situações conflituosas, a autoridade designadora deve considerar as funções já desempenhadas pelo potencial EPD, por exemplo, se é responsável pela segurança informática, pela otimização de procedimento internos relacionados com o tratamento de dados pessoais ou pelo tratamento dos dados pessoais dos trabalhadores⁽⁷¹⁾. Em todos estes casos parece existir um conflito de interesses.

III. Ao optarem por recorrer a um prestador de serviços, os responsáveis pelo tratamento e os subcontratantes não podem designar um sujeito que assume outras posições ou atividades que sejam potencialmente incompatíveis. Como exemplo de escola, pense-se num EPD que é Diretor do Departamento Jurídico de uma empresa concorrente.

⁽⁶⁷⁾ BERGT, *Anotação ao artigo 37.º do RGPD em Kühling/Buchner, cit.*, Rn. 39; HEBERLEIN, *Anotação ao artigo 37.º do RGPD em Ehmann/Selmayr, cit.*, Rn. 21. Com posição diversa: THOMAS HOEREN, *Der betriebliche Datenschutzbeauftragte — Neuerungen durch die geplante DS-GVO*, 2 ZD, 2012, 355-358, 357.

⁽⁶⁸⁾ GT 29, *Orientações sobre os EPDs, cit.*, 19.

⁽⁶⁹⁾ GT 29, *Orientações sobre os EPDs, cit.*, 19.

⁽⁷⁰⁾ BERGT, *Anotação ao artigo 37.º do RGPD em Kühling/Buchner, cit.*, Rn. 40.

⁽⁷¹⁾ HEBERLEIN, *Anotação ao artigo 37.º do RGPD em Ehmann/Selmayr, cit.*, Rn. 22; BERGT, *Anotação ao artigo 37.º do RGPD em Kühling/Buchner, cit.*, Rn. 42.

§5.º O Advogado enquanto EPD

14. Enquadramento a aspetos formais

I. O RGPD não estabelece qualquer limitação ou proibição à designação de advogados ou de juristas com contratos de trabalho (*in-house lawyer*) para a função de EPD, pelo contrário. O disposto no art. 37.º/5 é claro quanto à necessidade de o EPD ser detentor de extensos conhecimentos jurídicos: “O encarregado da proteção de dados é designado com base nas suas qualidades profissionais e, em especial, nos seus *conhecimentos especializados no domínio do direito e das práticas de proteção de dados*”.

Podemos mesmo ir mais longe: não basta que o EPD seja especialista no Direito da proteção de dados, terá de conhecer muitos outros aspetos jurídicos que extravasam este ramo. O domínio do Direito da proteção de dados, enquanto ramo jurídico eclético, pressupõe sólidos conhecimentos de Direito privado — direitos de personalidade, formação de negócios ou responsabilidade civil — e de Direito público — Direito administrativo e Direito regulatório.

Difícilmente se concebe que a função de EPD possa ser exercida por um sujeito que não seja, pelo menos, licenciado em Direito.

II. Partindo desta premissa inicial, os responsáveis pelo tratamento e os subcontratantes irão, por princípio e fundamentamente, designar, para a função de EPD, advogados, *in-house lawyers* ou juristas não inscritos na Ordem dos Advogados — p. ex.: jurisconsultos.

Qualquer uma destas hipóteses encontra suporte legal. Recorde-se o disposto no art. 37.º/6, *supra* analisado: “o encarregado da proteção de dados pode ser um elemento do pessoal da entidade responsável ou do subcontratante (*in-house lawyer*), ou exercer as suas funções com base num contrato de prestação de serviços (advogado ou jurista)”. Sendo que, para qualquer um dos casos, poderá “exercer outras funções e atribuições”, art. 38.º/6. O legislador europeu reconhece, conseqüentemente, a natureza não exclusiva da atividade de EPD.

A adequação ou inadequação da designação de qualquer uma destas classes de juristas para a função de EPD apenas poderá ocorrer, em concreto, por dois motivos: (i) por falta de conhecimentos especializados, art. 37.º/5; ou (ii) por conflito de interesses, art. 38.º/6.

15. Potenciais conflitos de interesses em relação à designação de advogados para a função de EPD

I. O disposto no art. 38.º/6 consagra, como acima analisado, uma efetiva limitação à capacidade de assumir a função de EPD. Nesses termos, cabe às entidades designadoras assegurar “que essas funções e atribuições não resultam num conflito de interesses”.

Dos responsáveis pelo tratamento e dos subcontratantes espera-se, assim, que, previamente à designação de um advogado, realizem um exame prévio que abranja potenciais conflitos de interesses formais — colisão de deveres — e materiais — especiais motivações subjetivas.

De forma a afastar possíveis conflitos futuros, recomenda-se, ainda, que se estabeleça, por escrito, que situações concretas podem suscitar conflitos de interesses⁽⁷²⁾. Admite-se, mesmo, que se elenque o tipo de litígios em que o advogado não possa intervir e as categorias de clientes que não possa representar.

II. O GT 29 refere apenas uma situação concreta que considera geradora de potenciais conflitos de interesses⁽⁷³⁾:

[P]ode igualmente surgir um conflito de interesses se, por exemplo, o EPD externo for chamado a representar o responsável pelo tratamento ou o subcontratante junto dos tribunais no âmbito de processos respeitantes a questões de proteção de dados.

Concordamos, em absoluto, com esta interpretação, na medida em que o EPD estaria a atuar em duas posições antagónicas. O mesmo já não se verificaria se esse mesmo EPD estivesse a representar responsável pelo tratamento ou o subcontratante junto dos tribunais no âmbito de processos respeitantes a outras matérias jurídicas não relacionadas com a proteção de dados.

16. O Parecer do Conselho Geral da Ordem dos Advogados

I. O Conselho Geral da Ordem dos Advogados pronunciou-se, no âmbito do Proc. n.º 14/PP/2018-G, sobre a “possibilidade de os Advogados poderem, ou não, exercer as funções de Encarregado de Proteção de Dados à luz do Estatuto da Ordem dos Advogados e tendo em conta as

⁽⁷²⁾ BERGT, *Anotação ao artigo 38.º do RGPD em Kühling/Buchner, cit.*, Rn. 39.

⁽⁷³⁾ GT 29, *Orientações sobre os EPDs, cit.*, 29.

especificidades de tal nova profissão, prevista no Regulamento (EU) 2016/679”. Analisado o problema, apresentou a seguinte conclusão:

Nos termos do disposto no art. 83.º, 1, 2 e 6, do Estatuto da Ordem dos Advogados, os advogados estão impedidos de exercer a advocacia e, assim, impedidos de exercer o mandato forense ou a consulta jurídica, para entidades para quem exerçam, ou tenham exercido as funções de Encarregado de Proteção de Dados.

II. Numa primeira análise de índole geral, não podemos deixar de notar o seguinte:

- A definição de EPD avançada no ponto 1 do Parecer suscita dúvidas: o EPD não é nomeado para ser responsável ou para atuar como subcontratado para o tratamento de dados pessoais. O Parecer parece confundir as posições de responsável pelo tratamento⁽⁷⁴⁾ e de subcontratante⁽⁷⁵⁾ com a função de EPD;
- O Parecer terá, porventura, perdido uma excelente oportunidade de desenvolver com maior profundidade esta matéria com um impacto direto em toda a Comunidade Jurídica e, em especial, nos advogados: o regime jurídico do EPD consagrado nos arts. 37.º a 39.º⁽⁷⁶⁾, com destaque para o art. 38.º/6, que versa especificamente sobre a matéria de conflitos de interesses, apenas é abordado indiretamente;
- O Parecer poderia, porventura, ter mencionado as *Orientações sobre os encarregados da proteção de dados*, elaboradas pelo GT 29 e as várias decisões já tomadas por outras Ordens de Advogados europeias — de resto, mencionadas no voto de vencido que acompanha o Parecer.

III. No núcleo da fundamentação do Parecer do Conselho Geral da Ordem dos Advogados encontramos a subsunção da situação que motivou o próprio Parecer ao disposto no art. 81.º/2:

O advogado está impedido de praticar atos profissionais e de mover qualquer influência junto de entidades, públicas ou privadas, onde desempenhe ou tenha desempenhado funções cujo exercício possa suscitar, em concreto, uma incompatibilidade, se aqueles atos ou influências entrarem em conflito com as regras deontológicas contidas no presente Estatuto, nomeadamente, os princípios gerais enunciados nos n.ºs 1 e 2 do artigo 81.º.

⁽⁷⁴⁾ Art. 4.º, 7).

⁽⁷⁵⁾ Art. 4.º, 8).

⁽⁷⁶⁾ O ponto 2 do Parecer contém uma gralha de escrita: a referência ao art. 35.º deve ser entendida como sendo uma referência ao art. 39.º.

A *ratio* que subjaz a este preceito é clara: o advogado está impedido de exercer a sua atividade se, em concreto, resultar um conflito de interesses. Isso mesmo é reconhecido pelo Parecer no terceiro parágrafo no Ponto 6:

Na verdade, o advogado deve considerar-se impedido de praticar atos profissionais para clientes onde desempenhe ou tenha desempenhado funções, como as próprias do DPO, cujo exercício pode suscitar, em concreto, uma incompatibilidade, se aqueles atos entrarem em conflito, como é seguro, com as regras deontológicas que regulam o exercício da atividade da advocacia.

Até este ponto, a posição do Conselho Geral merece a nossa total concordância. Contudo, o Ilustre Relator do Parecer prossegue afirmando que “parece evidente que relativamente a um determinado cliente, tendo a obrigação de, como DPO, o fiscalizar — com tudo o que isso implica regulamentarmente — deontologicamente não tem condições para de lhe prestar a sua atividade como advogado, no âmbito do mandato forense e da consulta jurídica”. Em rodapé, o Ilustre Relator ainda pondera a hipótese de circunscrever esta incompatibilidade “a assunto que tivesse, de algum modo, a ver com a atividade do DPO”, mas considera que esse caminho “poderia, deontologicamente, inquinar a sua atuação que no exercício do mandato forense, quer na consulta jurídica”.

Recorde-se que o impedimento abrange antigos EPDs, ou seja, advogados que deixaram de ter qualquer relação, nesse âmbito, com o cliente representado.

IV. Não conseguimos acompanhar o Parecer do Conselho Geral da Ordem dos Advogados por três razões principais:

1. Dificilmente se harmoniza com o RGPD, com o regime jurídico do EPD e com o preceito relativo aos conflitos de interesses: art. 38.º/6. A solução preconizada extravasa as limitações estabelecidas pelo legislador europeu — como, de resto, o GT 29 reconhece —, podendo por em causa, também por isso, a uniformização jurídico-legislativa prosseguida;
2. Coloca os advogados numa posição de fragilidade concorrencial, quando comparado com outros juristas e, em especial, com os denominados *in-house lawyers*: estes podem, fundadamente, prestar consultoria aos seus empregadores e assumir a função de EPD;
3. Suscita dúvidas interpretativas, quando subsumida ao art. 83.º/2 do Estatuto da Ordem dos Advogados, na medida em que a apli-

cação do preceito respeita a um conflito de interesses concreto e não a um possível conflito de interesses de contornos abstratos e amplíssimos.

V. Nestes termos, assumimos, por princípio, o conteúdo das *Orientações* do GT 29: pode “surgir um conflito de interesses se, por exemplo, o EPD externo for chamado a representar o responsável pelo tratamento ou o subcontratante junto dos tribunais no âmbito de processos respeitantes a questões de proteção de dados”⁽⁷⁷⁾. Fora do universo da proteção de dados importa verificar, casuisticamente, a existência ou não de conflitos de interesses concretos.

⁽⁷⁷⁾ GT 29, *Orientações sobre os EPDs*, cit., 29.

A (IM)PENHORABILIDADE DAS SUBVENÇÕES-FOMENTO

Por Ana Raquel Coxo⁽¹⁾

SUMÁRIO:

I. Delimitação do objecto de estudo: as subvenções-fomento. II. A (im)penhorabilidade das subvenções-fomento. 1. Termos da discussão. 1.1. Na doutrina. 1.2. Na jurisprudência. 2. Análise à luz do CPC e de outros diplomas aplicáveis. 2.1. Regime regras e excepções. 2.2. Defesa da aplicação analógica das disposições do n.º 3 do art. 14.º do Decreto-Lei n.º 195/2012, de 23 de Agosto e do art. 22.º do Decreto-Lei n.º 140/2013, de 18 de Outubro a todas as subvenções: a tese da impenhorabilidade das subvenções-fomento. 2.3. Notas sobre o caso particular das bolsas e de outras subvenções periódicas. III. Conclusões.

Resumo:

O presente artigo discute a problemática da penhorabilidade das subvenções-fomento. Após a análise do regime do Código do Processo Civil, aplicável in casu, e das disposições especiais previstas nos n.º 3 do art. 14.º do Decreto-Lei n.º 195/2012, de 23 de Agosto e no art. 22.º do Decreto-Lei n.º 140/2013, de 18 de Outubro, conclui-se pela tese da impenhorabilidade de todas as subvenções-fomento, sob pena de violação do princípio da igualdade e da consequente discriminação negativa dos executados beneficiários de subvenções-fomento atribuídas pelo IFAP, I.P. e pela Agência para o Desenvolvimento e Coesão, I.P. — isentas de penhora por disposição especial — e as subvenções pagas pelas demais entidades que integram a Administração Pública do Fomento.

(1) Licenciada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto e Mestre em Ciências Jurídico-Administrativas pela mesma Faculdade. Doutoranda em Direito Público na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Bolseira da Fundação para a Ciência e a Tecnologia, I.P. Site: <raquelcoxo.pt> || Email: <raquelcoxo@gmail.com>.

I. Delimitação do objecto de estudo: as subvenções-fomento

O presente estudo versa sobre a problemática inerente à penhora das subvenções, focando-se, por um lado, na discussão dos principais argumentos que militam a favor e contra a penhorabilidade das subvenções-fomento e, por outro, na análise, interpretação e até integração das disposições legais relativas a esta matéria.

Antes, porém, de partimos para esta abordagem (correspondente ao ponto II do presente artigo), não podemos deixar de enquadrar e delimitar a figura central deste estudo: a subvenção-fomento.

Com efeito, as subvenções — cuja (im)penhorabilidade se pretende analisar — constituem um dos principais meios ao dispor da Administração Pública do Fomento ou, por outras palavras, constituem um veículo privilegiado do exercício da actividade administrativa de fomento. Através da actividade de fomento, a Administração Pública incentiva, apoia ou premeia actores privados (pessoas físicas ou colectivas) que se dediquem ao desenvolvimento de actividades (privadas) que satisfaçam directa ou indirectamente interesses públicos, actividades essas que foram eleitas pelo Legislador Constitucional como objecto de fomento público⁽²⁾. Ou seja, ao potenciar/bonificar o sucesso das aludidas actividades privadas, a Administração Pública está a potenciar, simultânea e indirectamente, a satisfação dos interesses públicos que delas brotam. Ilustre-se o referido com o seguinte exemplo: a construção de um complexo fabril de componentes de alta tecnologia terá, com certeza, repercussões que ultrapassam a esfera daqueles que detêm o negócio propriamente dito, pois tal empreendimento contribuirá para o aumento do emprego de mão-de-obra qualificada, para o aumento das exportações e para a dinamização da economia local (que passa a contar com mais população que carece de locais para residir, para se alimentar, para se recriar, para adquirir vestuário, etc.), bem como contribuirá fortemente para a investigação e desenvolvimento e formação profissional⁽³⁾. Por conseguinte, os estímulos concedidos

(2) Assim, por exemplo, nos termos do n.º 3 do art. 73.º da Constituição da República Portuguesa («CRP»), “O Estado promove a democratização da cultura, incentivando e assegurando o acesso de todos os cidadãos à fruição e criação cultural” (fomento cultural), e, nos termos do n.º 4 do mesmo artigo, “a criação e a investigação científicas, bem como a inovação tecnológica, são incentivadas e apoiadas pelo Estado” (fomento científico e tecnológico). Já nos termos do art. 97.º, “o Estado apoiará preferencialmente os pequenos e médios agricultores” e, de acordo com a alínea *d*) do art. 100.º, prevê-se o “apoio às pequenas e médias empresas e, em geral, às iniciativas e empresas geradoras de emprego e fomentadoras de exportação ou de substituição de importações” (fomento económico).

(3) Tais consequências são consideradas, na teoria económica, como externalidades positivas. Cf. FONTAINE CAMPOS, MANUEL, “Fundamentos económicos da concessão de ajudas públicas no mercado nacional” in *Boletim de Ciências Económicas*, Coimbra: Volume LVII, Tomo I, 2014, pp. 952-954.

aos privados no sentido de os apoiar ou incentivar na concretização dos seus projectos privados de implementação daquele complexo fabril estão rodeados de um interesse público que não se traduz no desenvolvimento da actividade privada em si — concepção, construção, comercialização e distribuição de produtos de alta tecnologia — mas nos efeitos colaterais — benéficos para a comunidade — derivados dessa actividade.

Neste contexto, as subvenções surgem a par de outros meios de incentivo como os benefícios fiscais, as garantias pessoais, os empréstimos, a assistência técnica e os prémios. Entidades como o IAPMEI, I.P. — Agência para a Competitividade e a Inovação, I.P., o Turismo de Portugal, I.P., o IFAP, I.P. — Instituto de Financiamento da Agricultura e Pescas, a FCT — Fundação para a Ciência e a Tecnologia, I.P. e o IPDJ, I.P. — Instituto Português do Desporto e da Juventude, I.P., entre outros, desempenham uma relevantíssima acção de fomento administrativo nos respectivos campos de actuação (fomento económico, fomento científico e tecnológico, fomento social).

Dentro deste universo, as subvenções, repita-se, emergem como um instrumento de que a Administração Pública se pode servir para incentivar o incremento e desenvolvimento das actividades privadas com repercussões, directas ou indirectas, no interesse público. Assim sendo, o estudo que se fará de ora em diante toma como ponto de partida a seguinte noção de subvenção-fomento⁽⁴⁾: meio de fomento que se traduz na entrega de uma quantia pecuniária, não sujeita a reembolso, pela Administração Pública do Fomento a um sujeito privado para ser destinada à realização de uma determinada actividade que este exerce de *motu proprio*, contribuindo ambos, dessa forma, para a prossecução do interesse público. Nestes termos, constituem exemplos de subvenções-fomento as bolsas de investigação, a bonificação de juros em empréstimos privados e a participação nas despesas inerentes ao exercício de uma certa actividade ou à consecução de um determinado objectivo. As expressões utilizadas para aludir às subvenções são muito variadas. As mais comuns são as de “bolsa”⁽⁵⁾, “incentivo não reembolsável”⁽⁶⁾ e “subvenção não reembolsá-

(4) Designação inspirada em PALASÍ, JOSÉ LUIS VILLAR, “Las técnicas administrativas de fomento y de apoio al precio político” in *Revista de Administración Pública*, n.º 14, 1954, pp. 72-73 e FARRERES, GERMÁN FERNÁNDEZ, *La Subvencion: Concepto y Regimen Jurídico*, Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1983, p. 178.

(5) *V.g.*, art. 24.º, n.º 1 do Regulamento de Bolsas de Investigação da FCT, I.P. e art. 6.º, n.º 1, al. a) da Portaria n.º 308/2015, de 25 de Setembro.

(6) *V.g.*, art. 7.º, n.º 1 da Portaria n.º 236/2013, de 24 de Julho; art. 7.º da Portaria n.º 303/2016, de 5 de Dezembro.

vel”⁽⁷⁾, sendo, por vezes, empregues as designações de “comparticipação financeira directa não reembolsável”⁽⁸⁾, “incentivo financeiro a fundo perdido”⁽⁹⁾, “incentivo pecuniário não reembolsável”⁽¹⁰⁾, “apoio financeiro sob a forma de subsídio não reembolsável”⁽¹¹⁾ e simplesmente “apoio financeiro”⁽¹²⁾. A doutrina portuguesa recorre ainda, por vezes, aos termos “subsídio” e “comparticipação”⁽¹³⁾.

Note-se que o conceito de subvenção-fomento, objecto do presente estudo, não abarca um conjunto de figuras que, muitas vezes, são apelidadas de “subvenções”. Assim, por exemplo, não estão compreendidas, neste conceito, os demais meios de fomento acima indicados, os subsídios sociais e as reformas, os apoios concedidos para acorrer a situações de calamidade pública ou a outras situações excepcionais, provocadas, nomeadamente, por catástrofes naturais (cheias, trovoadas, tempestades), incêndios, seca extrema, etc., o financiamento dos partidos políticos, as transferências orçamentais para o sector público e entre entidades públicas e as indemnizações compensatórias.

Daqui resulta, portanto, um conceito restrito de subvenção.

(7) *Vg.*, art. 12.º, n.º 1 da Portaria n.º 105/2017, de 10 de Março; art. 12.º da Portaria n.º 118/2018, de 30 de Abril.

(8) Cf. art. 3.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 178/2004, de 27 de Julho.

(9) Cf. art. 3.º, n.º 1, al. a) do Decreto-Lei n.º 191/2014, de 31 de Dezembro.

(10) Cf. art. 10.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 57/2018, de 12 de Julho.

(11) Cf. art. 8.º da Portaria n.º 151/2014, de 30 de Julho.

(12) Cf. Decreto-Lei n.º 103/2017, de 24 de Outubro e Portaria n.º 382/2017, de 20 de Dezembro.

(13) Cf. ATAÍDE, AUGUSTO DE, *Elementos para um curso de Direito Administrativo da Economia*, Lisboa: 1970, p. 29; MONCADA, LUÍS S. CABRAL DE, *Direito Económico*, 6.ª ed., Coimbra Editora, 2012, p. 591; ALMEIDA, CARLOS FERREIRA DE, *Direito Económico*, 2.ª Parte, Lisboa: AAFDL, 1979, p. 543.

II. A (im)penhorabilidade das subvenções-fomento

1. Termos da discussão

1.1. Na doutrina

A propósito da natureza pecuniária das subvenções e da necessária afectação dessa quantia à realização de um determinado projecto ou actividade, tem-se levantado a questão da (im)penhorabilidade das quantias pecuniárias concedidas a título de subvenção. A jurisprudência portuguesa já se pronunciou sobre o tema em diversas ocasiões, como se verá de seguida. Por sua vez, a doutrina nacional tem-se alheado desta temática, tendo nós recolhido essencialmente os contributos da doutrina espanhola. Vejamos os prós e os contras.

A favor da tese da penhorabilidade milita o argumento de que, após a celebração do contrato de subvenção ou da prática do acto administrativo que a atribuiu, o beneficiário passa a ser titular de um direito de crédito frente à entidade subvencionante. As quantias recebidas ou a expectativa do seu recebimento passam, a partir desse momento, a integrar a esfera jurídica do sujeito beneficiário⁽¹⁴⁾. Como tal e tratando-se de um bem fungível, em relação ao qual não é possível assegurar o efectivo dispêndio num determinado fim, as quantias em causa poderiam, em tese, ser penhoradas ao abrigo do princípio geral do n.º 1 do art. 735.º do Código do Processo Civil («CPC»)⁽¹⁵⁾.

(14) Em sentido contrário, Begoña Sesma Sánchez escreve que “as subvenções públicas recebidas por um sujeito privado mantêm funcionalmente o carácter de fundos públicos até que o beneficiário haja satisfeito e justificado a finalidade concreta que fundamentou o seu outorgamento, mesmo que, dado o carácter fungível do dinheiro, se integrem e confundam com o seu património privado. Até à aplicação dos fundos à finalidade estipulada, terá existido o modo — a *traditio* ou *entrega* da subvenção — mas não o *título* e a *condição* que transfere a propriedade dominial e a plena liberdade de disposição de tais fundos. Esta não se adquire até que o beneficiário haja cumprido a finalidade a que se obrigou.” (tradução livre). Consequentemente, a Autora pugna pela impenhorabilidade das quantias outorgadas a título de subvenção, atenta a regra da impenhorabilidade dos fundos públicos. Note-se, contudo, que a Autora ressalva que a consideração das subvenções como fundos públicos só faz sentido quando o respectivo pagamento ocorra de forma antecipada (e, portanto, a título de adiantamento) face à consecução do fim. Cf. SÁNCHEZ, BEGOÑA SESMA, *Las subvenciones públicas*, Valladolid: Editorial Lex Nova, 1998, pp. 318-333.

(15) Neste sentido, cf. GARCÍA, JOSÉ PASCUAL, *Régimen Jurídico de las Subvenciones Públicas, Lei 38/2003 General de Subvenciones*, 4.ª ed., Madrid: Ministerio de la Presidencia, Boletín Oficial de Estado, 2004, pp. 44-45. O Tribunal da Relação do Porto, por acórdão de 16.01.2012 (Processo n.º 593/04.3TTGMR-B.P1), decidiu que “são suscetíveis de penhora os subsídios pecuniário atribuídos por uma Câmara Municipal a uma associação/clube do respetivo município, enquanto receita mensal, fungível, que irá a integrar o património desta”.

No entanto, impõe-se considerar o facto de que as subvenções são atribuídas tendo em vista a prossecução de um fim específico — a realização de uma actividade com reflexos no interesse público⁽¹⁶⁾ — e que se o beneficiário for privado dessas quantias, em virtude de penhoras, não poderá aplicá-las para esse mesmo fim. Nessa sequência, gerar-se-á uma situação de incumprimento e provavelmente o beneficiário será obrigado a restituir o valor correspondente à subvenção atribuída, a qual acabou por ser encaminhada para o pagamento a terceiros credores. Enquanto partidária da tese da impenhorabilidade das quantias outorgadas através de subvenções, a Autora espanhola BEGOÑA SESMA SÁNCHEZ apresenta um rol de argumentos — que dada a sua pertinência importamos para a discussão — e, segundo o qual, admitir-se a penhora de tais valores implicaria (i) a privação, para o ente subvencionante, da garantia do cumprimento da finalidade que presidiu à outorga da subvenção, (ii) a interferência de terceiros (os credores do beneficiário) no destino orçamental conferido aos fundos públicos, (iii) o risco de a entidade subvencionante ter que concorrer com outros credores do beneficiário para recuperar as quantias pagas e (iv) o incumprimento automático, por parte do beneficiário, das suas obrigações e a consequente aplicação de sanções⁽¹⁷⁾.

1.2. Na jurisprudência

A jurisprudência portuguesa já se viu confrontada com a questão em estudo, nomeadamente no acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 01.02.2005 (Processo n.º 4154/04), nos acórdãos do Tribunal da Relação do Porto de 12.06.2006 (Processo n.º 0640408), de 16.01.2012 (Processo n.º 593/04.3TTGMR-B.P1) e de 10.01.2013⁽¹⁸⁾ e no acórdão do Tri-

⁽¹⁶⁾ Este argumento presidiu ao acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 01.02.2005 (Processo n.º 4154/04).

⁽¹⁷⁾ Cf. SÁNCHEZ, BEGOÑA SESMA, *Las subvenciones...*, *ob. cit.*, pp. 330-331. Na opinião da Autora, a impenhorabilidade das subvenções deveria estar sujeita a três condições: (i) subvenção cujo respectivo pagamento ocorra de forma antecipada (e, portanto, a título de adiantamento) face à consecução do fim, porque, nestes casos, a quantia transferida para o beneficiário mantém a qualidade de fundo público; (ii) previsão, de *iure condendo*, de uma obrigação de o beneficiário informar a entidade subvencionante de quaisquer processos executivos contra si instaurados, por forma a acautelar as situações de incumprimento; (iii) condicionamento da impenhorabilidade à demonstração de que o beneficiário não dispõe de uma quantia equivalente à da subvenção por forma a canaliza-la para o fim subvencionado. Cf. SÁNCHEZ, BEGOÑA SESMA, *Las subvenciones...*, *ob. cit.*, pp. 332-333.

⁽¹⁸⁾ Citado in NETO, ABÍLIO, *Novo Código de Processo Civil Anotado*, 3.ª ed. revista e ampliada, Lisboa: Ediforum, 2015, p. 970.

bunal Central Administrativo do Sul («TCAS») de 19.01.2010 (Processo n.º 03711/09)⁽¹⁹⁾.

A favor da impenhorabilidade das subvenções pugna o acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 01.02.2005 (Processo n.º 4154/04), em cujo sumário se pode ler: “A penhorabilidade ou impenhorabilidade dos subsídios concedidos pelo IFADAP ao abrigo do Plano de Desenvolvimento Rural, abreviadamente designado por RURIS, depende dos seus fundamento e finalidade específicos. Assim: Se a concessão do subsídio tem como fundamento a necessidade ou conveniência de determinada intervenção e como finalidade o custeio das despesas dessa intervenção, não será penhorável; Mas se, como no caso do prémio por perda de rendimento, concedido no âmbito da intervenção relativa a florestação de terras agrícolas, o subsídio não está vinculativamente destinado a cobrir quaisquer despesas específicas, não se vislumbra fundamento para o subtrair à possibilidade de penhora”. A partir desta construção, o douto Tribunal contrapõe a impenhorabilidade das subvenções à penhorabilidade dos prémios⁽²⁰⁾. Por conseguinte, a afectação à realização futura de uma concreta e determinada actividade com repercussões no interesse público constitui o factor diferenciador e determinante da impenhorabilidade das subvenções.

Em sentido contrário, o acórdão do Tribunal Central Administrativo do Sul de 19.01.2010 (Processo n.º 03711/09) decidiu pela penhorabilidade das quantias atribuídas a título de subvenção por entender que “nem na lei, nem em nenhuma das normas dos Regulamentos Comunitários aplicáveis, se estabelece qualquer restrição ou impedimento à efectivação de penhora dos montantes atribuídos ao beneficiário por parte de entidades que sejam qualificados como terceiros relativamente à relação contratual estabelecida entre o IFADAP e o beneficiário sendo inelutável a conclusão de que são penhoráveis os subsídios agrícolas que foram atribuídos ao reclamante”. Para o Tribunal, “de outro modo, os mencionados subsídios que visam as assinaladas finalidades, serviriam como refúgio dos devedores a quem bas-

(19) Note-se que os acórdãos citados são todos anteriores a alguma legislação a que se fará referência mais à frente, nomeadamente o Decreto-Lei n.º 195/2012, de 23 de Agosto, que instituiu o IFAP, I.P.

(20) Embora comunguem da natureza não reembolsável, os prémios não são subvenções porque lhes falta o carácter *ex ante* e, por isso, falta-lhes também o carácter afectado. Com efeito, “o prémio concede-se *pela* realização de uma actividade (...) e não *para* a realização futura dessa acção” (tradução livre). Cf. FARRERES, GERMÁN FERNÁNDEZ, *La subvencion...*, *ob. cit.*, p. 281. Sobre os termos da distinção entre subvenções e prémios, cf. BORREGO, JULIO NIEVES, “Estudio sistemático y consideración jurídico-administrativa de la subvención” in *Revista de Administración Pública*, n.º 42, 1963, p. 84; FARRERES, GERMÁN FERNÁNDEZ, *La subvencion...*, *ob. cit.*, pp. 279-281.

taria afectar esses bens a qualquer outra finalidade para se verem a salvo das medidas processuais coercivas com que os credores tentassem recuperar os respectivos créditos. Seria, além de profundamente injusto, um desvio inaceitável às finalidades da concessão de subsídios. Mas caso se entendesse o mesmo relativamente ao subsídio recebido pelo executado, e destinando-se ele precisamente ao pagamento daquelas específicas despesas, então teria de se concluir que aquele serviria para pagar algumas despesas, mas não outras. Serviria para pagar a alguns credores, mas já não a outros. E isto ficaria ao critério do executado. Que, com o mesmo subsídio, poderia não pagar à exequente, porque impenhorável, mas poderia pagar outras despesas completamente alheias à realização das finalidades, designadamente sumptuárias, como, por exemplo, a compra de um carro de luxo topo de gama. Ora, sendo isto inconcebível, certamente que não está, nem podia estar, no espírito do legislador nacional e comunitário”. O Tribunal vai mais longe questionado “Quem negociaria, a partir de agora, com ele [o executado]? Que garantias tinha a outra parte de que poderia, em caso de incumprimento, executar o património do executado?”. Nesta sequência e atendendo à fungibilidade do dinheiro atribuído a título de subvenção, o acórdão conclui pela penhorabilidade das subvenções-fomento.

Os citados acórdãos contrariam-se também noutra questão de absoluta relevância e que será abordada de seguida: a de saber se determinada disposição homóloga à do actual art. 123.º do Regulamento (U.E.) n.º 1303/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho de 17 de Dezembro de 2013 se pode considerar uma “disposição especial” para efeitos de “isenção de penhora” ao abrigo do proémio do art. 736.º do CPC. O Tribunal da Relação de Coimbra, no acórdão de 01.02.2005 (Processo n.º 4154/04), considerou tal disposição de Direito da União Europeia como uma disposição especial, para efeitos de isenção de penhora. Já o TCAS, no acórdão de 19.01.2010 (Processo n.º 03711/09), perfilhou entendimento diverso.

2. Análise à luz do CPC e de outros diplomas aplicáveis

2.1. Regime regra e excepções

Sem prejuízo dos contributos da doutrina que se acabam de sintetizar, a resposta à questão da (im)penhorabilidade das quantias atribuídas a título de subvenção tem que ser procurada no Direito Processual Civil e nos demais diplomas aplicáveis. Com efeito, o n.º 1 do art. 735.º do CPC consagra o princípio segundo o qual “estão sujeitos à execução todos os bens do devedor susceptíveis de penhora que, nos termos da lei substantiva, respon-

dem pela dívida exequenda”. Esta regra conhece excepções. Dessas excepções importa considerar, para o assunto em estudo, (i) a impenhorabilidade absoluta dos bens isentos de penhora por disposição especial, tal como decorre do proémio do art. 736.º do CPC, e (ii) a impenhorabilidade relativa dos bens das pessoas colectivas de utilidade pública que se encontrem especialmente afectadas à realização de fins de utilidade pública, salvo tratando-se de execução para pagamento de dívida com garantia real, nos termos do n.º 1 do art. 737.º do CPC. Vejamos então em que medida é que o regime exposto se repercute nas subvenções, sendo certo que, uma vez adquirido o direito à sua percepção por força de acto ou contrato administrativo, elas passam a integrar a esfera jurídica e patrimonial do beneficiário.

Ora, o princípio geral parece ser o de que as quantias recebidas como subvenção ou o respectivo crédito titulado pelo beneficiário são penhoráveis à luz do art. 735.º, n.º 1 do CPC, uma vez que integram o património do sujeito (subvencionado) devedor. No entanto, importa considerar duas excepções a este princípio.

A primeira resulta da impenhorabilidade absoluta dos bens isentos de penhora por disposição especial (cf. proémio do art. 736.º do CPC). Tal disposição especial poderá encontrar-se no n.º 3 do art. 14.º do Decreto-Lei n.º 195/2012, de 23 de Agosto⁽²¹⁾, que institui o IFAP, I.P., e no art. 22.º do Decreto-Lei n.º 140/2013, de 18 de Outubro⁽²²⁾, que institui a Agência para o Desenvolvimento e Coesão, I.P. Em ambas as normas se preceitua que os pagamentos, realizados por uma e outra entidades, relativos a regimes de apoio, nacionais ou europeus, são, quando devidos, integralmente liquidados aos respectivos beneficiários ou aos seus representantes, não sendo, tais pagamentos, susceptíveis de arresto, de penhora ou de cessão de créditos. Assim sendo, as subvenções pagas pelo IFAP, I.P. e pela Agência para o Desenvolvimento e Coesão, I.P. estão a salvo de penhoras, por força das disposições especiais citadas⁽²³⁾.

(21) Reza assim o preceito: “Os pagamentos efetuados pelo IFAP, I. P., relativos a regimes de apoio no âmbito da política agrícola comum e de outros regimes de apoio, nacional ou comunitário, são, quando devidos, e sem prejuízo de compensação de créditos, integralmente liquidados aos respectivos beneficiários ou aos seus representantes, não sendo, tais pagamentos, suscetíveis de arresto, de penhora ou de cessão de créditos”.

(22) De acordo com a norma citada: “Os pagamentos efetuados pela Agência, I.P., relativos aos fundos nacionais ou europeus são, quando devidos, integralmente liquidados aos respetivos beneficiários ou aos seus representantes, não sendo, tais pagamentos, suscetíveis de arresto, de penhora ou de cessão de créditos”.

(23) Há, no entanto, uma diferença de redacção entre o n.º 3 do art. 14.º do Decreto-Lei n.º 195/2012, de 23 de Agosto e o art. 22.º do Decreto-Lei n.º 140/2013, de 18 de Outubro. É que o primeiro, por força da Declaração de Rectificação n.º 50/2012, de 19 de Setembro, passou a conter o inciso “sem prejuízo de compensação de créditos”.

Na falta de tal disposição especial, relativamente às subvenções atribuídas pelas demais entidades que integram a Administração Pública do Fomento, vislumbra-se uma segunda excepção ao princípio acima referido. Excepção essa que serve apenas as situações em que o sujeito subvencionado é uma pessoa colectiva de utilidade pública. Nestes casos, as subvenções não podem ser penhoradas por se encontrem especialmente afectadas à realização de fins de utilidade pública (cf. art. 737.º, n.º 1 do CPC)^(24/25).

Por último e tal como já se anunciou, há que — relativamente às subvenções financiadas ou co-financiadas pelos fundos estruturais da União Europeia — tomar em linha de conta o Direito da União Europeia aplicável. Neste ponto, importa considerar a eventual aplicação do Regulamento (U.E.) n.º 1303/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho de 17 de Dezembro de 2013 que estabelece disposições comuns relativas ao Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional, ao Fundo Social Europeu, ao Fundo de Coesão, ao Fundo Europeu Agrícola de Desenvolvimento Rural e ao Fundo Europeu dos Assuntos Marítimos e das Pescas, que estabelece disposições gerais relativas ao Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional, ao Fundo Social Europeu, ao Fundo de Coesão e ao Fundo Europeu dos Assuntos Marítimos e das Pescas, e que revoga o Regulamento (CE) n.º 1083/2006 do Conselho. Ora, do n.º 1 do seu art. 132.º resulta que “a autoridade de gestão deve assegurar que o beneficiário recebe na íntegra o montante total da despesa pública elegível” e que “não é aplicada nenhuma dedução, retenção, encargo específico ou outro

(24) Pelo acórdão de 12.06.2006 (Processo n.º 0640408), o Tribunal da Relação do Porto entendeu que são susceptíveis de penhora os subsídios atribuídos por um Município a um Clube de Futebol, pessoa colectiva de utilidade pública, na sequência de não ter sido provado, no entendimento do Tribunal, “que os subsídios em causa” tivessem sido “eles mesmos especialmente afectados à realização de fins de utilidade pública”. Atendendo a que o carácter da “afecção a uma actividade concreta e determinada” faz parte do conceito de subvenção, a prova de que a subvenção foi/está a ser aplicada ao fim (em concreto) a que se destina depende de pronúncia da entidade subvencionante. A subvenção, por si só, implica a afectação dos fundos a uma actividade que concorre para a satisfação indirecta de interesses públicos, cabendo à entidade subvencionante fiscalizar e acompanhar a actividade do beneficiário e, nessa sequência, sinalizar situações de incumprimento e proceder em conformidade.

(25) Virgílio da Costa Ribeiro/Sérgio Rebelo defendem, com interesse, que “no que respeita à isenção, ao contrário do que por vezes vemos ser sustentado, o que releva não é o facto de o executado ser um ente público ou prestador de um qualquer serviço público, porque, se assim fosse, ninguém de bom senso negociaria ou concederia crédito a essas entidades. O que interessa é a real afetação daquele bem em concreto e a impossibilidade da satisfação por outros meios das necessidades públicas a que o mesmo se destina. Por isso, os imóveis, móveis, automóveis ou contas bancárias pertencentes a essas entidades, poderão ser penhorados, salvo se, em concreto, estiverem afetados a uma determinada finalidade de interesse público geral que não possa ser satisfeita de outro modo”. Cf. RIBEIRO, VIRGÍLIO DA COSTA/REBELO, SÉRGIO, *A Acção Executiva Anotada e Comentada*, 2.ª ed., Almedina, 2017, p. 271.

encargo com efeito equivalente, que resulte na redução dos montantes devidos aos beneficiários”. Como já se disse, o Tribunal da Relação de Coimbra, no acórdão de 01.02.2005 (Processo n.º 4154/04), considerou tal disposição de Direito da União Europeia como uma disposição especial, para efeitos de isenção de penhora, tendo em conta a aplicabilidade directa dos regulamentos europeus no ordenamento jurídico interno português, nos termos do n.º 4 do art. 8.º da CRP. Já o TCAS, no acórdão de 19.01.2010 (Processo n.º 03711/09) entendeu que aquela disposição comunitária “tem apenas como primeiro e último destinatário a entidade estadual pagadora do subsídio”, concluindo “que, fora da relação contratual estabelecida entre IFADAP e beneficiário, logo que este seja titular dos montantes que lhe sejam pagos por aquela entidade, deverão ser considerados como tratando--se de créditos, os quais serão susceptíveis de serem objecto de penhora por parte de terceiros”. Ora, quanto a este ponto, a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia («TJUE») parece dar razão ao TCAS. Na realidade, o Tribunal de Justiça tem reiterado que a aludida disposição (e análogas) visam impedir os Estados-Membros e as respectivas entidades gestoras dos fundos estruturais “de efectuarem qualquer dedução nos pagamentos efectuados ou de exigirem o pagamento de despesas administrativas relativas aos pedidos, que tenham por efeito diminuir o montante das ajudas” (cf. Acórdão do Tribunal de Justiça de 5 de Outubro de 2006, Comissão/Portugal — Processo n.º C-84/04 e jurisprudência aí citada). Por conseguinte, entendemos que esta norma de Direito da União Europeia não se subsume ao trecho “disposição especial” do proémio do art. 736.º do CPC. Parece-nos ainda que é duvidoso que a questão das eventuais penhoras, desencadeadas por terceiros estranhos à relação de subvenção, tenha cabimento na literalidade do preceito, diferentemente do que sucede com as normas nacionais acima citadas. Destarte e relativamente às subvenções financiadas ou co-financiadas pelos fundos estruturais europeus, não fica prejudicada a aplicação daquelas normas nacionais, sempre que as mesmas sejam atribuídas pela IFAP, I.P. e pela Agência para o Desenvolvimento e Coesão, I.P. (o que, aliás, resulta expressamente dos preceitos em causa, pois ambos se referem aos apoios ou fundos nacionais ou europeus).

2.2. Defesa da aplicação analógica das disposições do n.º 3 do art. 14.º do Decreto-Lei n.º 195/2012, de 23 de Agosto e do art. 22.º do Decreto-Lei n.º 140/2013, de 18 de Outubro a todas as subvenções: a tese da impenhorabilidade das subvenções-fomento

À parte das excepções enunciadas, o regime do Direito Processual Civil parece não permitir que se abra mão da penhorabilidade das subvenções⁽²⁶⁾. Porém, a discussão permanece acesa, visto que não se pode ignorar a disparidade (injustificada) de regimes entre as subvenções pagas pelo IFAP, I.P. e pela Agência para o Desenvolvimento e Coesão, I.P. — impenhoráveis — e as subvenções pagas pelas demais entidades que integram a Administração Pública do Fomento — supostamente penhoráveis. Com efeito, a *ratio* que preside à impenhorabilidade das subvenções outorgadas por aquelas entidades impõe-se, de igual forma, às subvenções outorgadas por outras entidades que também exercem a actividade administrativa do fomento. Tal razão de ser resume-se aos argumentos de BEGOÑA SESMA SÁNCHEZ e do acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 01.02.2005 (Processo n.º 4154/04), acima expostos, ancorados na ideia central de que as quantias entregues a título de subvenção estão afectadas e devem ser canalizadas para a prossecução de um determinado fim — que, em última análise, resulta da própria Constituição — e sem as quais o respectivo beneficiário não poderá dar cumprimento às obrigações assumidas. Assim sendo, não é aceitável que umas subvenções se considerem impenhoráveis e outras não.

Para ultrapassar esta situação, abrem-se dois caminhos. Por um lado, poder-se-á aventar a existência de uma lacuna oculta⁽²⁷⁾ quanto à matéria da penhorabilidade das subvenções-fomento (que não as atribuídas pelo IFAP, I.P. e pela Agência para o Desenvolvimento e Coesão, I.P.), por se tratar de uma situação especial carecida de regulamentação. Perante a referida lacuna oculta e atendendo à identidade de situações, impõe-se a aplicação analógica das normas do n.º 3 do art. 14.º do Decreto-Lei n.º 195/

⁽²⁶⁾ Cf., neste sentido, acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 16.01.2012 (Processo n.º 593/04.3TTGMR-B.P1) e no acórdão do TCAS de 19.01.2010 (Processo n.º 03711/09).

⁽²⁷⁾ «A lacuna teleológica será “latente” ou “oculta” quando a lei contém na verdade uma regra aplicável a certa categoria de casos, mas por modo tal que, olhando ao próprio sentido e finalidade da lei, se verifica que essa categoria abrange uma subcategoria cuja particularidade ou especialidade, valorativamente relevante, não foi considerada. A lacuna traduzir-se-ia aqui na ausência de uma disposição excepcional ou de uma disposição especial para essa subcategoria de casos». Cf. MACHADO, J. BAPTISTA, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 13.ª reimpressão, Coimbra: Almedina, 2002, pp. 196-197.

/2012, de 23 de Agosto e do art. 22.º do Decreto-Lei n.º 140/2013, de 18 de Outubro às subvenções-fomento atribuídas pelas demais entidades que prosseguem à actividade administrativa de fomento.

Por outro lado, não é de desconsiderar a violação do princípio da igualdade que resulta da aplicação, sem mais, do n.º 1 do art. 735.º do CPC, às subvenções-fomento atribuídas pela generalidade da Administração Pública do Fomento, no confronto com as disposições especiais previstas para as subvenções outorgadas pelo IFAP, I.P. e pela Agência para o Desenvolvimento e Coesão, I.P. O princípio da igualdade é posto em causa na medida em que a mencionada dualidade de regimes dá lugar a uma discriminação negativa dos executados beneficiários de subvenções-fomento atribuídas pelo IAPMEI, I.P., pelo Turismo de Portugal, I.P., pelo IEFP, I.P., etc. Estes executados, por força da suposta penhorabilidade das quantias recebidas a título de subvenção ou dos direitos de crédito a recebê-las, são colocados numa situação muito mais onerosa do que a dos executados beneficiários de subvenções atribuídas pelo IFAP, I.P. e pela Agência para o Desenvolvimento e Coesão, I.P., uma vez que ficam privados das quantias necessárias à prossecução da actividade subvencionada e, naturalmente, ver-se-ão a braços com uma situação de incumprimento. Neste contexto e por via da aludida inconstitucionalidade e consequente desaplicação do art. 735.º, n.º 1 do CPC, impõe-se, mais uma vez, a aplicação analógica das normas do n.º 3 do art. 14.º do Decreto-Lei n.º 195/2012, de 23 de Agosto e do art. 22.º do Decreto-Lei n.º 140/2013, de 18 de Outubro a todas as subvenções-fomento, nos termos já referidos.

Por outro lado ainda, há que relevar o facto de o legislador se mostrar efectivamente sensível à afectação de bens (móveis ou imóveis) a fins de utilidade pública, como resulta do já citado n.º 1 do art. 737.º do CPC. Note-se que, nas subvenções, a aludida afectação é um pressuposto ou caracter definidor do próprio conceito de subvenção, o que não se pode ignorar nesta sede. Destarte, parece-nos que não se deve relevar essa afectação no caso das pessoas colectivas de utilidade pública e ignora-la relativamente às subvenções em geral, quando estas pressupõem precisamente uma obrigação de destinar os fundos públicos outorgados à realização de uma actividade que se reflecte positivamente na prossecução do interesse público. Assim, também por esta via, se vislumbra uma possibilidade de isentar as subvenções de penhora pela interpretação extensiva da parte final do n.º 1 do art. 737.º do CPC. A defendida interpretação extensiva visa abranger *a pari*, não só as pessoas colectivas de utilidade públicas, mas também as pessoas singulares ou colectivas privadas beneficiárias de subvenções.

A esta luz, defendemos a tese da impenhorabilidade de todas as subvenções-fomento.

2.3. Notas sobre o caso particular das bolsas e de outras subvenções periódicas

A tese que se acaba de defender, no sentido da impenhorabilidade das subvenções-fomento, abarca as bolsas e outras subvenções periódicas. O carácter periódico das mesmas e o facto de, em teoria, se aparentarem com uma “remuneração” ou “salário” atribuídos ao sujeito beneficiário poderia levar à tentação de admitir a sua penhorabilidade (parcial) à luz do disposto no art. 738.º do CPC. No entanto, recusamos este entendimento. Vejamos.

Em primeiro lugar, importa esclarecer quais as modalidades de pagamento das subvenções. De forma sucinta, apresentam-se as seguintes modalidades de pagamento das subvenções:

- (i) Pagamento único — A subvenção consiste numa quantia entregue “de uma só vez”⁽²⁸⁾.
- (ii) Pagamento periódico — A subvenção traduz-se numa anuidade, mensalidade ou outra periodicidade⁽²⁹⁾.
- (iii) Pagamento faseado — A subvenção é paga em duas ou mais tranches⁽³⁰⁾.
- (iv) Reembolso de despesas — O beneficiário realiza as despesas necessárias ao desenvolvimento da actividade subvencionada e, sendo estas elegíveis, nos termos legais ou regulamentares previstos, apresenta um pedido de pagamento, onde comprova, através da apresentação de facturas e outros comprova-

⁽²⁸⁾ Exemplo: para as situações em que o bolsheiro não se encontra no país da sua instituição de acolhimento, está previsto o pagamento de uma quantia única, pré-estabelecida no regulamento, que será atribuída a título de “subsídio único de viagem” (cf. art. 24.º, n.º 4, al. a) do Regulamento de Bolsas de Investigação da FCT, I.P.).

⁽²⁹⁾ No âmbito dos Incentivos do Estado às Orquestras Regionais, o financiamento é concedido pelo período de quatro anos, podendo ser renovado. Cf. art. 10.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 57/2018, de 12 de Julho.

⁽³⁰⁾ Por exemplo, no âmbito do Programa Formar+, prevê-se que a atribuição dos apoios financeiros é efetuada da seguinte forma: (i) uma primeira transferência, no montante de 70 % do valor total do apoio aprovado, após a celebração do protocolo de apoio; (ii) uma segunda transferência, no montante de 30 % do valor total do apoio aprovado, após a entrega do relatório. Cf. art. 19.º da Portaria n.º 382/2017, de 20 de Dezembro.

tivos, a realização e pagamento das mesmas. Após validação da entidade competente, as mencionadas despesas são reembolsadas ao beneficiário, de acordo com as regras da subvenção^(31/32). O último pedido de reembolso é processado como “pedido de pagamento de saldo final”.

(v) Adiantamento — Os adiantamentos podem assumir duas submodalidades:

— Adiantamento “contra factura” — O pagamento do incentivo depende da apresentação e comprovação, pelo beneficiário, de despesas de investimento elegíveis, faturadas e não liquidadas. Nestes casos, o beneficiário fica obrigado a apresentar, num determinado prazo, a contar da data de pagamento do adiantamento, os comprovativos do pagamento integral da despesa que serviu de base ao pagamento do adiantamento⁽³³⁾.

— Adiantamento “contra garantia” — O beneficiário apresenta um pedido de adiantamento, mediante a entrega de uma garantia constituída a favor da entidade subvencionante, de montante igual ao do adiantamento solicitado. Posteriormente, terá que apresentar os comprovativos do pagamento integral da despesa que serviu de base ao pagamento do adiantamento^(34/35).

Ora, relativamente às modalidades de pagamento indicadas em (i), (iii), (iv) e (v) admite-se mais facilmente a sua impenhorabilidade, porquanto o requisito da afectação a uma actividade concreta e determinada revela-se mais claro, tanto mais que, exigindo-se, em algumas delas, a comprovação da despesa efectuada pelo beneficiário, essa ligação evidencia-se. Já quanto às subvenções de pagamento periódico pode ser mais difícil compreender essa afectação, uma vez que os valores atribuí-

(31) Cf., art. 2.º, al. c) do Despacho n.º 10172-A/2015 da Agência para o Desenvolvimento e Coesão, I. P., publicado no Diário da República, 2.ª Série, n.º 177, de 10 de setembro de 2015.

(32) *V.g.*, art. 18.º, n.º 2 da Portaria n.º 118/2018, de 30 de Abril, art. 18.º, n.º 2 da Portaria n.º 303/2016, de 5 de Dezembro.

(33) Cf. art. 2.º, al. b) do Despacho n.º 10172-A/2015 da Agência para o Desenvolvimento e Coesão, I. P., publicado no Diário da República, 2.ª Série, n.º 177, de 10 de setembro de 2015.

(34) Cf. art. 2.º, al. a) do Despacho n.º 10172-A/2015 da Agência para o Desenvolvimento e Coesão, I. P., publicado no Diário da República, 2.ª Série, n.º 177, de 10 de setembro de 2015.

(35) *V.g.*, art. 18.º, n.º 4 da Portaria n.º 118/2018, de 30 de Abril, art. 18.º, n.º 4 da Portaria n.º 303/2016, de 5 de Dezembro.

dos, embora destinados à prossecução de uma actividade com reflexos no interesse público, não são susceptíveis de comprovação “despesa a despesa”.

Nessa medida, poder-se-ia equacionar a penhorabilidade das bolsas e de outras subvenções periódicas com os limites estabelecidos no n.º 1 do art. 738.º do CPC, subsumindo-as ao inciso “prestações de qualquer natureza que assegurem a subsistência do executado”. Acontece que as subvenções periódicas não podem ser vistas como uma remuneração, salário ou até como um subsídio social destinado a assegurar a subsistência do respectivo beneficiário. Na realidade, como resulta do conceito de subvenção, o sujeito subvencionado realiza a actividade (subvencionada) de *motu proprio*, isto é, espontaneamente e, em primeira linha, para seu próprio proveito. Quer isto dizer que não o faz para satisfazer uma necessidade da Administração Pública. Por força da atribuição da subvenção, nem o subvencionado presta trabalho ou um serviço à Administração Pública ou gere, por sua conta e risco, serviços seus, nem a Administração Pública recebe trabalho ou adquire serviços para satisfação de necessidades suas, nem remunera a gestão, por terceiros, de actividades que lhe competiam. Ou seja, o resultado produzido pela actividade subvencionada (v.g., investigação científica, dinamização cultural, diminuição do desemprego) não aproveita directamente à Administração Pública: aproveita, em primeiro lugar, àqueles que a exercem e, em segundo lugar e devido às características da actividade em si, ao interesse público. Por conseguinte, a prossecução do interesse público não ocorre por via da satisfação de necessidades da Administração Pública, mas sim por via da realização de actividades que lhe são estranhas, mas cujo desenvolvimento se revela profícuo na satisfação de necessidades colectivas. Assim, por exemplo, a criação de postos de trabalho na indústria automóvel, potenciada pela outorga de subvenções, não permite fornecer bens e serviços à Administração Pública. No entanto, ao propiciar a melhoria das condições económicas das famílias está a contribuir, com todas as suas implicações, para a prossecução do interesse público. Aqui reside o móbil da Administração Pública quando atribui subvenções, pois esta não actua como empregadora ou como cliente: actua como incentivadora/fomentadora.

Percebe-se, deste modo, a falta de ligação directa entre a quantia entregue a título de subvenção e a actividade realizada pelo subvencionado. Não há, reitera-se, uma relação de correspectividade entre o valor pago a título de subvenção e o produto da actividade desenvolvida pelo subvencionado. Nisto se traduz o carácter da ausência de contraprestação entre as obrigações principais que caracterizam a relação de subvenção:

por um lado, a obrigação de pagamento da subvenção a cargo da Administração Pública e, por outro, a obrigação de afectação de tais valores à realização de uma actividade, concreta e determinada⁽³⁶⁾.

Com efeito, a relação de subvenção não é uma relação de emprego público. Esta asserção faz sentido quando o sujeito subvencionado é uma pessoa singular e sobretudo no âmbito das bolsas de investigação. Relativamente a estas últimas, resulta claro do art. 4.º do Estatuto do Bolseiro de Investigação (aprovado pela Lei n.º 40/2004, de 18 de Agosto, sucessivamente alterada) que “os contratos de bolsa não geram relações de natureza jurídico-laboral nem de prestação de serviços, não adquirindo o bolseiro a qualidade de trabalhador em funções públicas”. De facto, a relação de subvenção não comporta as características elementares da relação de emprego público⁽³⁷⁾: não há subordinação jurídica, nem há remuneração. A actividade do bolseiro está apenas constringida pelo “plano de actividades”, definido pelo próprio, e ao poder de supervisão (não de direcção, nem tão-pouco disciplinar) do orientador científico⁽³⁸⁾. Para o efeito, recebe uma quantia mensal que não se subsume a uma remuneração, uma vez que não há uma correspondência entre as actividades desenvolvidas e a quantia auferida a título de bolsa. A prestação de serviços está igualmente excluída, uma vez que a bolsa não pode ser considerada um preço pela aquisição de serviços, mas tão-somente uma comparticipação do investimento realizado pelo bolseiro.

A esta luz, as bolsas e as demais subvenções periódicas devem considerar-se impenhoráveis, graças à sua afectação a uma actividade com repercussões no interesse público, renovando-se, nesta sede, os argumentos *supra* esgrimidos.

III. Conclusões

- A. As subvenções constituem um meio de fomento administrativo, isto é, um instrumento de que a Administração Pública se pode

⁽³⁶⁾ Sobre a ausência de contra-prestação nas subvenções, cf. FARRERES, GERMÁN FERNÁNDEZ, “Aspectos diferenciales entre las subvenciones y las medidas de fomento económico” in *Revista Española de la Función Consultiva*, n.º 13, 2010, p. 41; SÁNCHEZ, BEGOÑA SESMA, *Las subvenciones...*, ob. cit., pp. 397-998.

⁽³⁷⁾ Cf. art. 6.º, n.º 2 da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas («LGTFP»), aprovada pela Lei n.º 35/2014, de 20 de Junho, sucessivamente alterada.

⁽³⁸⁾ Cf. art. 5.º, n.º 1 do EBI.

servir para incentivar o desenvolvimento de actividades privadas com repercussões, directas ou indirectas, no interesse público.

- B. As subvenções-fomento consistem na entrega de uma quantia pecuniária, não sujeita a reembolso, pela Administração Pública do Fomento a um sujeito privado para ser destinada à realização de uma determinada actividade que este exerce de *motu proprio*, contribuindo ambos, dessa forma, para a prossecução do interesse público.
- C. A discussão doutrinal e jurisprudencial em torno da (im)penhorabilidade das quantias atribuídas a título de subvenção passa, por um lado, pela fungibilidade do dinheiro entregue e pelo facto de o mesmo ou o respectivo direito de crédito passarem a integrar o património do sujeito beneficiário, ficando, assim, à mercê de penhoras e, por outro, pela sua necessária afectação à realização futura de uma concreta e determinada actividade com repercussões no interesse público, o que poderá constituir o factor diferenciador e determinante da impenhorabilidade das subvenções.
- D. De acordo com o n.º 3 do art. 14.º do Decreto-Lei n.º 195/2012, de 23 de Agosto (institui o IFAP, I.P.) e com o art. 22.º do Decreto-Lei n.º 140/2013, de 18 de Outubro (institui a Agência para o Desenvolvimento e Coesão, I.P) os pagamentos, realizados por uma e outra entidades, relativos a regimes de apoio, nacionais ou europeus, são, quando devidos, integralmente liquidados aos respectivos beneficiários ou aos seus representantes, não sendo, tais pagamentos, susceptíveis de arresto, de penhora ou de cessão de créditos.
- E. Por conseguinte, as subvenções pagas pelo IFAP, I.P. e pela Agência para o Desenvolvimento e Coesão, I.P. estão a salvo de penhoras, por força das disposições especiais citadas e nos termos do prómio do art. 736.º do CPC.
- F. No entanto, a *ratio* que preside à impenhorabilidade das subvenções outorgadas por aquelas entidades impõe-se, de igual forma, às subvenções outorgadas por outras entidades que também exerçam a actividade administrativa do fomento, pelo que não é aceitável que umas subvenções se considerem impenhoráveis e outras não.
- G. Neste sentido, pugna-se pela aplicação analógica das normas do n.º 3 do art. 14.º do Decreto-Lei n.º 195/2012, de 23 de Agosto e do art. 22.º do Decreto-Lei n.º 140/2013, de 18 de Outubro às

subvenções-fomento atribuídas pelas demais entidades que prosseguem à actividade administrativa de fomento, quer se considere a presença de uma lacuna oculta na regulação da impenhorabilidade das subvenções, quer se considere a violação do princípio da igualdade e a consequente discriminação negativa dos executados beneficiários de subvenções-fomento atribuídas pelo IFAP, I.P. e pela Agência para o Desenvolvimento e Coesão, I.P. — isentas de penhora por disposição especial — e as subvenções pagas pelas demais entidades que integram a Administração Pública do Fomento.

- H. A esta luz, defende-se a tese da impenhorabilidade de todas as subvenções-fomento, incluindo as subvenções periódicas, como é o caso das bolsas de investigação, as quais não podem ser vistas como uma remuneração, salário ou subsídio social destinado a assegurar a subsistência do respectivo beneficiário, para efeitos do disposto no n.º 1 do art. 738.º do CPC.

A FIGURA DA RESIDÊNCIA FISCAL PARCIAL(*)

Por Diogo Novo(**)

SUMÁRIO:

1. Introdução. **2. Relevância do conceito de residência para efeitos de tributação do rendimento.** **3. A determinação da residência à luz do atual art. 16.º do CIRS.** **3.1.** Ponto prévio. **3.2.** As alterações introduzidas pela Lei n.º 82-E/2014. **4. A residência fiscal parcial.** **4.1.** Ponto prévio. **4.2.** A figura propriamente dita. **4.3.** Restrições normativamente impostas à “residência fiscal parcial”. **5. Conclusões.**

1. Introdução

O quadro legal respeitante aos critérios para a determinação do conceito de residente para efeitos da tributação do rendimento pessoal foi relativamente alterado pela recente Reforma do IRS ocorrida entre nós e entrada em vigor em 1 de janeiro de 2015.

Em termos gerais poder-se-á afirmar que a reforma do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares, aprovada pela Lei n.º 82-E/2014, de 31 de dezembro, surge da necessidade de ajustar o modelo de sistema

(*) Volvidos praticamente 3 anos após a entrada em vigor desta figura, parece-nos interessante revisitar esta temática e aqui deixar algumas reflexões. Aproveitamos a oportunidade para renovar, também, o agradecimento pelos contributos dados pelo Dr. Manuel Faustino na construção das ideias-chave. Texto finalizado em julho de 2018.

(**) Jurista. Pós-graduado em Direito Tributário pela Escola de Direito da Universidade do Minho, 2015.

de tributação pessoal, criado em 1989 e objeto de sucessivas reestruturações ao longo dos últimos 25 anos⁽¹⁾ à atual realidade económico-social do país e às soluções técnicas que internacionalmente têm vindo a ser trabalhadas e adotadas.

Mandatada a cumprir, entre outros, o objetivo da promoção da mobilidade social e geográfica, a Comissão de Reforma do IRS⁽²⁾, avança, designadamente, com a figura da residência fiscal parcial, posteriormente materializada, embora com alguns cambiantes, no art. 16.º do CIRS. Enquanto figura inovadora e igualmente complexa, entendemos justificar-se a sua análise ao longo deste artigo.

Num primeiro ponto será feita uma breve exposição sobre as relevantes funções da residência para efeitos de tributação do rendimento pessoal, adiantando-se desde já a essencialidade na determinação do âmbito de sujeição a imposto. Seguir-se-á uma abordagem, de índole igualmente expositiva, das principais alterações introduzidas no art. 16.º do CIRS. E, num momento final, far-se-á uma análise crítico-compreensiva da figura da residência fiscal parcial.

2. Relevância do conceito de residência para efeitos de tributação do rendimento

Antes de entrarmos naquele que será o objeto principal da reflexão, impõe-se precisar que, no que respeita à compreensão da residência sob o prisma do Direito Fiscal, esta poderá desempenhar diversas funções relevantes quer no direito interno⁽³⁾, quer no direito convencional⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ Para uma análise retrospectiva crítica da vigência do imposto sobre o rendimento pessoal (IRS), vd., com especial interesse, MANUEL FAUSTINO, «O IRS 25 anos depois» in RFPDF, ano VII, n.º 2, Verão, Almedina, julho de 2014, pp. 67-111. Com uma perspectiva igualmente crítica do atual estado do imposto, aliás, com a qual concordamos, vide, PAULO DE PITTA E CUNHA, «Sobre o modelo do imposto único: a trajetória involutiva do IRS», in RFPDF, ano XVIII, n.º 2, verão, Almedina, 2015, pp. 13-21.

⁽²⁾ Comissão de Reforma nomeada pelo Despacho n.º 4168-A/2014, publicado em 19 de março de 2014.

⁽³⁾ Para uma correta delimitação do conceito de direito interno, vide CARLOS MARÍA LÓPEZ ESPADAFOR, «Recorrido transnacional de la soberanía tributaria», Cuadernos de Derecho Transnacional-CDT, (marzo 2018), Vol. 10, n.º 1, Universidad Carlos III de Madrid, pp. 312-313.

⁽⁴⁾ Entre outros, GUSTAVO LOPES COURINHA, *A Residência no Direito Internacional Fiscal: Do Abuso Subjetivo das Convenções*, Coleção Teses, Almedina, pp. 28-30 e ss; SALDANHA SANCHES, *Manual de Direito Fiscal*, 3ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 78, ss; CARLOS MARÍA LÓPEZ ESPADAFOR, «El papel de la residencia, no residencia, nacionalidad y extranjería en la configuración de las actuales figuras tributarias», Cuadernos de Derecho Transnacional (marzo 2017), Vol. 9, n.º 1, pp. 236-

No direito interno, a residência apresenta-se classicamente como o elemento de conexão subjetivo por excelência, delimitando por um lado a extensão do poder de tributar do Estado e por outro, em sentido mais estrito, a própria geometria da relação jurídica tributária⁽⁵⁾. Em termos simples, no primeiro caso — a residência assumindo uma configuração principiológica —, aparecerá associada, regra geral, à ideia de tributação universal ou ilimitada⁽⁶⁾. O Estado terá o direito de tributar os rendimentos obtidos pelos seus residentes tanto no seu território como também fora deste. No segundo, a residência surge a desempenhar um importante papel modelador da relação jurídica, sendo que, em matéria de Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares, revela-se mesmo como o critério decisivo e demarcador dos sujeitos passivos — verifica-se a bipartição estrutural entre residentes e não-residentes —, colocando-se de parte outros critérios como, por exemplo, o da nacionalidade. Em termos práticos, é a partir da consideração ou não da residência que se afere qual o regime jurídico aplicável em concreto.

No plano convencional⁽⁷⁾, e centrando-nos nas convenções sobre dupla tributação (CDT), a residência surge simultaneamente a definir o âmbito pessoal de aplicação e a distinguir a posição dos Estados para efeito da aplicação das normas reguladoras do poder de tributar assim como da eliminação da dupla tributação. Acede à convenção quem é resi-

-264; MARÍA TERESA SOLER ROCH, «Una reflexión sobre el principio de residencia como criterio de sujeción al poder tributario del Estado», in Antonio Miguel Cayón Galiardo/Juan Arrieta Martínez de Pisón (Coord.), *Presente y futuro de la imposición directa en España*, Lex nova, 1997, pp. 63-78.

(5) Cf., nomeadamente, ALBERTO XAVIER, *Direito Tributário Internacional*, 2.^a ed. atualizada, Almedina, 2009, pp. 223-224 e 280-288; GUSTAVO LOPES COURINHA, *A Residência no Direito Internacional Fiscal...*, op. cit., pp. ; PAULA ROSADO PEREIRA, *Princípios do Direito Fiscal Internacional — Do Paradigma Clássico ao Direito Fiscal Europeu*, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 98-101; RUI DUARTE MORAIS, *Sobre o IRS*, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 11-12; e RITA CALÇADA PIRES, *Tributação Internacional do Rendimento Empresarial gerado através do Comércio Eletrónico — Desvendar mitos e construir realidades*, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 214-217.

(6) Note-se que nem sempre se verifica a reunião entre o princípio da residência e a universalidade de tributação. Ver, a propósito, LUÍS EDUARDO SCHOUERI, «Residência Fiscal da Pessoa Física» in *Direito Tributário Atual*, n.º 28, São Paulo: Dialética, 2012, pp. 152-153; e PAULA ROSADO PEREIRA, *Princípios do Direito...*, op. cit., p. 89.

(7) Sobre o papel da residência no plano convencional, vide, entre outros, GUSTAVO LOPES COURINHA, *A Residência no Direito Internacional...*, op. cit., pp. 66-109; do mesmo autor, «Relatório nacional de Portugal», in Fernando Serrano Antón/Eugenio Antonio Simón Acosta/Helena Taveira Torres (dir.), *Fiscalidad y globalización*, Aranzadi, Pamplona, 2012, pp. 499-500. Cf., igualmente, MARÍA TERESA SOLER ROCH, «La residencia como punto de conexión en los convenios de doble imposición. Algunas cuestiones a resolver en el futuro», in Manuel Lucas Durán / Álvaro del Blanco García (directores), *Residencia y establecimiento permanente como puntos de conexión en la fiscalidad internacional: reflexiones y propuestas de futuro*, Instituto de Estudios Fiscales, 2018, pp. 47-54, disponível em: <http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/documentos_trabajo/2018_03.pdf> [13-06-2018].

dente, operando-se a aquisição da residência por remissão (condicionada) para o direito interno. O art. 4.º da Convenção Modelo da OCDE⁽⁸⁾, enquanto ponto referencial comum aos vários acordos bilaterais, espelha esta técnica ao remeter para o direito interno dos Estados contratantes, no momento da determinação concreta da residência, tanto das pessoas singulares como coletivas. Contudo, relembramos que o preceito estabelece restrições à natureza dos elementos de conexão adotados pelos Estados intervenientes que, quando não observadas, acarretam a ilegitimidade da tributação. Normativamente surge condicionada quer a estatuição, quer a previsão, no sentido em que nem todos os critérios serão simplesmente aceites para efeitos convencionais⁽⁹⁾.

(8) As convenções celebradas por Portugal baseiam-se, em geral, na Convenção Modelo da OCDE, tendo esta sido objeto de uma atualização profunda em novembro último. As alterações levadas a cabo são o reflexo do tempo que vivemos, sobretudo dos trabalhos encetados nas ações BEPS (*Base Erosion Profit Shifting*), particularmente, ação 2 (*Neutralise the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*), 6 (*Prevent Treaty Abuse*), 7 (*Prevent the Artificial Avoidance of PE Status*) e 14 (*Make Dispute Resolution Mechanisms More Effective*). Pese embora a importância da residência na definição da jurisdição fiscal competente para tributar os rendimentos (e tudo o que isso implica), o projeto BEPS apenas, marginalmente, se ocupou desta matéria. Ou seja, o seu cotejo surge apenas enquanto elemento de suporte, nomeadamente no tratamento de conteúdos como a transparência fiscal e assimetrias híbridas. Sobre o movimento BEPS, vide, ALLISON CHRISTIANS/STEPHEN SHAY, *Assessing BEPS: origins, standards and responses (General Report)*, Volume 102 a), IFA, Cahiers, 2017, pp. 15-64; com proveito, ainda, vd., o nosso «O movimento BEPS: breve reflexão», *Contabilista, Revista da OCC*, n.º 215, fevereiro, 2018, pp. 36-40 e EVA ESCRIBANO, «Is the OECD/G20 BEPS Initiative Heading in the Right Direction? Some Forgotten (and Uncomfortable) Questions», *Bulletin for International Taxation*, 2017 (Volume 71), N.º 5, Abril 2017, pp. 250-258. De notar, para o que aqui nos interessa, que o impacto para as pessoas singulares das alterações efetuadas ao art. 4.º da Convenção Modelo, bem como aos seus comentários, é residual (de salientar, sobretudo, a alteração efetuada ao parágrafo 17 e 19 e ainda a adição do parágrafo 19.1 com vista a clarificar o conceito de “*habitual abode*” para efeitos da aplicação da *tiebreaker rule* presente na alínea c) do n.º 2 do preceito em causa. O mesmo juízo se aplica às pessoas coletivas, sendo de relevar, nomeadamente, a alteração ao parágrafo 3 do art. 4.º, com a substituição da regra dirimente da sede de direção efetiva por um acordo entre as jurisdições fiscais envolvidas. Na prática, a regra da direção efetiva continua a ser válida como critério definidor da residência para efeitos da sua determinação (art. 4.º, n.º 1), mas perde a sua qualidade enquanto *tiebreaker rule*. Para mais informação, vide, <<http://www.oecd.org/ctp/treaties/2017-update-model-tax-convention.pdf>> [14-06-2018]. Para uma análise abrangente do art. 4.º da Convenção Modelo da OCDE, cf., ROLAND ISMER/KATHARINA RIEMER, «Article 4. Resident», in Ekkehart Reimer/Alexander Rust (editores), *Klaus Vogel on Double Taxation Convention*, Vol. 1, 4.ª ed., Kluwer Law International, pp. 217-291 e NÉSTOR CARMONA FERNÁNDEZ, «Ámbito de Aplicación de los Convenios de Doble Imposición» in Néstor Carmona Fernández / José Manuel Calderón Carrero (coord.), *Convenios fiscales internacionales y fiscalidad de la Unión Europea 2015*, pp.87-101; e MICHAEL LANG, *Introduction to the Law of Double Taxation Conventions*, Linde Verlag, 2010, pp. 71-80.

(9) Cf., entre outros, ALBERTO XAVIER, *Direito Tributário...*, op. cit, pp. 284, ss.; RUI DUARTE MORAIS, «A Residência e as Convenções de Dupla Tributação: Comentário ao Acórdão do STA, de 25 de Março, proc. n.º 068/09, 2.ª Secção», in RFPDF, ano II, n.º 2, Verão, Almedina, Julho de 2009, pp. 220-222 e ainda «Dupla tributação internacional em IRS: notas de uma leitura em jurisprudência», in RFPDF, ano I, n.º 1, Primavera, Almedina, Abril de 2008, pp. 114-118; GUSTAVO LOPES COU-

Na ausência de convenções de dupla tributação a que se possa recorrer para a resolução de eventuais conflitos de residência, bem como obviamente na ausência de uma situação plurilocalizada, importará ter em atenção os critérios indicados nas disposições respetivas do CIRS e CIRC⁽¹⁰⁾ portugueses.

3. A determinação da residência à luz do atual art. 16.º do CIRS

3.1. Ponto prévio

Não existindo qualquer dúvida quanto ao relevo da residência na formatação do ordenamento jurídico-tributário nacional e internacional, optamos — também fruto da brevidade que nos é imposta no presente trabalho — por deixar à margem todo o enquadramento dogmático relativo ao caráter mais subjetivista ou objetivista da opção político-fiscal no momento da ponderação do conceito de residência para fins fiscais⁽¹¹⁾.

A caracterização da residência fiscal no ordenamento jurídico português, nos termos do art. 16.º do CIRS exige, antes de mais nada, que se precise expositivamente as principais alterações introduzidas pela Lei

RINHA, «Ainda a propósito da tributação dos trabalhadores portugueses na Alemanha — algumas notas», in RFPDF, ano I, n.º 1, Primavera, Almedina, Abril de 2008, pp. 292-293; e KLAUS VOGEL, «Double Tax Treaties and Their Interpretation», in *Berkeley Journal of International Law*, 1986, pp. 51-54.

⁽¹⁰⁾ No tocante às sociedades, o código de imposto sobre o rendimento de pessoas coletivas (CIRC), apresenta-nos dois critérios alternativos: o teste do local de direção efetiva e o teste da sede da sociedade. Importa, a este propósito, salientar que no presente estudo só serão objeto de análise disposições contidas no CIRS. Para uma análise geral e devidamente atualizada sobre esta matéria, vd., MARIA DOS PRAZERES LOUSA, «National Report Portugal», in Edoardo Traversa (editor), *Corporate Tax Residence and Mobility*, EATLP International Tax Series, June 2018, pp. 487-503; também disponível em: <<http://www.eatlp.org/uploads/public/2017/National%20Report%20Portugal.pdf>> [19-06-2018].

⁽¹¹⁾ Sobre o tema, vide, ALBERTO XAVIER, *Direito Tributário...*, op. cit., pp. 283-284; PAULA ROSADO PEREIRA, *Princípios do Direito...*, op. cit., pp. 100-101. Para uma análise mais ampla da questão, bem como dos problemas associados à residência e à fonte enquanto elementos de conexão, vd., ANGEL SCHINDEL / ADOLFO ATCHABAHIAN, «General report», in International Fiscal Association, *Source and Residence: New Configuration of their Principles*, Cahiers de Droit Fiscal International, vol. 90a, Sdu Fiscale & Financiele Uitgevers, Amersfoort, 2005, pp. 21-99; e o inevitável KLAUS VOGEL, «Worldwide vs. source taxation of income — A review and re-evaluation of arguments (Part I)», *Intertax*, n.º 8/9, 1988, pp. 216-229, «Worldwide vs. source taxation of income — A review and re-evaluation of arguments (Part II)», *Intertax*, n.º 10, 1988, pp. 310-320 e «Worldwide vs. source taxation of income — A review and re-evaluation of arguments (Part III)», *Intertax*, n.º 11, 1988, pp. 393-402.

n.º 82-E/2014, de 31 de dezembro, que procedeu a uma reforma da tributação das pessoas singulares, orientada para a família, para a simplificação e para a mobilidade social.

3.2. As alterações introduzidas pela Lei n.º 82-E/2014

Com a entrada em vigor da Lei n.º 82-E/2014, no ordenamento jurídico português, o conceito de residência surge relativamente alterado, tendo-se passado a contemplar a figura da residência fiscal parcial. Genericamente poder-se-á dizer que agora é possível ser-se residente em parte do ano e não residente na parte restante do mesmo⁽¹²⁾. A questão exige ponderadas reflexões e pode mostrar-se complexa, motivos que levam à sua autónoma análise em diferente apartado.

Os critérios-base previstos no n.º 1 do art. 16.º foram, assim, objeto de modificação. Nos termos da alínea *a*), são residentes em território português as pessoas que, no ano a que respeitam os rendimentos, “*hajam nele permanecido mais de 183 dias, seguidos ou interpolados, em qualquer período de 12 meses com início ou fim no ano em causa*”⁽¹³⁾ (sibli-

⁽¹²⁾ A figura parece surgir entre nós primeiramente equacionada no ano de 2004 por Ricardo Palma Borges, sendo posteriormente referida, em 2009, no relatório do Grupo para o Estudo da Política Fiscal. Vd., RICARDO HENRIQUES DA PALMA BORGES, «Em torno do “investimento estrangeiro e contratos fiscais”: uma visão sobre a competitividade fiscal portuguesa», in Associação Fiscal Portuguesa, *15 Anos de Reforma Fiscal de 1988/89, Jornadas de Homenagem ao Professor Doutor Pitta e Cunha*, Almedina, novembro, 2005, pp. 400-404; ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS/ ANTÓNIO M. F. MARTINS (coord.), *Competitividade, Eficiência e Justiça do Sistema Fiscal — Relatório do Grupo para o Estudo da Política Fiscal*, in Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, n.º 209, 2009, pp. 300-301. No plano convencional, assiste-se a uma política paradoxal: por um lado a ideia surge perfilhada na Convenção para Evitar a Dupla Tributação, celebrada entre Portugal e Áustria, em 1971, no art. 4.º, ao estabelecer que “*Sempre que uma pessoa singular tenha transferido a sua residência de um Estado Contratante para o outro Estado Contratante, o direito do primeiro Estado de tributar essa pessoa com base na residência é limitado aos rendimentos relativos ao período anterior à transferência da residência e o direito do outro Estado Contratante de tributar essa pessoa com base na residência é limitado aos rendimentos respeitantes ao período posterior a essa transferência de residência*”, e por outro, preceito idêntico é revogado com a aprovação do protocolo modificativo da Convenção entre Portugal e a Suíça para Evitar a Dupla Tributação, em 3 de maio de 2013. Vd., ainda, MICHAEL LANG, «Reflexões sobre a Política Austríaca de Tratados para evitar a Dupla Tributação», in *Direito Tributário Atual*, n.º 27, São Paulo: Dialética, 2012, pp. 105-131.

⁽¹³⁾ A expressão parece inspirada na disposição 15.2 da Convenção Modelo da OCDE, subvertendo-a. Tal como surge configurada no ordenamento jurídico português, sobretudo com as alterações introduzidas pelo Governo, a norma trará inúmeros problemas de implementação. Salvo melhor entendimento, o nosso ano fiscal continua a coincidir, geralmente, para todos os efeitos, com o ano civil, sendo que regras como estas que fazem prevalecer o “período de doze meses” são meramente

nhado nosso). Igualmente se alterou o critério da alínea b) em relação à disponibilidade de habitação em condições que façam supor a intenção de a manter e ocupar como residente habitual. Enquanto até aqui a apreciação era feita em relação ao último dia do ano a que respeitassem os rendimentos, agora passou a reportar-se a qualquer dia do período de doze meses definido na alínea a)⁽¹⁴⁾.

A técnica legislativa empregue nos números 3 e 4 da nova redação do artigo revela-se, no mínimo, curiosa. Ora se introduz, na globalidade, na primeira parte de ambos os preceitos, a figura da residência fiscal parcial, determinando-se que o sujeito apenas se tornará residente a partir do primeiro dia do período de permanência em território português e perderá essa qualidade a partir do último dia de permanência no mesmo território, ora se a autolimita, respetivamente na segunda parte dos normativos, ficionando-se a permanência física do indivíduo. A residência fiscal parcial poderá desta forma ser afastada caso o indivíduo tenha sido considerado residente fiscal no ano anterior, situação que o qualifica como residente desde o primeiro dia no ano seguinte — situação prevista na 2.^a parte do n.º 3 do art. 16.º. Também no ano de saída, sob determinadas condições, poderá ser afastada a residência fiscal parcial e ser considerado residente para todo o ano — situações previstas nos n.ºs 14 e 16 por remissão do art. 16.º, n.º 4⁽¹⁵⁾.

Assim — e fixando desde já algumas coordenadas lógicas —, em primeiro lugar, será necessário apurar se o sujeito passivo é residente ou não, para só depois se determinar o período de residência parcial. O sujeito será considerado residente⁽¹⁶⁾ se permanecer em território nacional mais de 183 dias, seguidos ou interpolados, não durante o ano, mas em qualquer período de 12 meses contados a partir da sua chegada, com início ou fim no mesmo. A contagem dos 183 dias fica suspensa se durante este prazo, todavia, o sujeito se ausentar do país, uma vez que esta leva em consideração a efetiva permanência. Não se completando os 183 dias de permanên-

instrumentais e o mais que pode suceder, quando aplicadas, é que tenham efeitos em dois anos fiscais (com problemas de aplicação associados, como vamos ver). Cf. KEES VAN RAAD, *Materials on International and EC Tax Law*, Volume 2, International Tax Centre Leiden, 2010-2011, p. 23.

⁽¹⁴⁾ De notar que o último dia do ano fiscal de um residente parcial será sempre e por natureza, dentro do ano civil, aquele em que, no calendário, o mesmo se verificar. Isto é, não haverá, no IRS, por se ter passado a falar num período de doze meses, um “ano fiscal”, como existe no IRC, diferente do ano civil. Ao criar-se a figura do “residente parcial” acabou por criar-se, implicitamente, um ano fiscal, que embora coincida com o ano civil, não coincide em toda a sua extensão, sem, todavia, nunca sair dele.

⁽¹⁵⁾ Ver, neste sentido, ponto 3.3 do presente trabalho.

⁽¹⁶⁾ Quanto ao critério da alínea a).

cia em Portugal, novo período de 12 meses será contado do ingresso seguinte àquele em que se iniciou a contagem anterior. É importante ter sempre bem determinado os dias de permanência em território português por forma a poder enquadrar com o período de referência⁽¹⁷⁾. Situação distinta será o recorte do período de residência parcial, podendo num mesmo período de tributação verificar-se dois estatutos de residência, ou seja, dois períodos de residência parcial nos quais os rendimentos aí obtidos serão tributados numa base mundial.

Voltando à linha expositiva, para efeitos do disposto no n.º 2 do art. 16.º, é esclarecido, por correlato ao já previsto na Convenção Modelo da OCDE⁽¹⁸⁾, o critério de determinação da contagem dos dias de presença em território nacional, passando a considerar-se como tal, qualquer dia, completo ou parcial, que inclua dormida em território português.

Por outro lado — e positivamente —, assiste-se à revogação do regime de residência fiscal por atração. Enquanto até agora a circunstância de uma das pessoas a quem incumbia a direção do agregado familiar ser tida como residente implicava que o fossem todos os restantes membros desse agregado, agora a residência fiscal é aferida em relação a cada sujeito passivo do agregado (art. 16.º, n.º 5).

Nos termos do disposto nos números 6 e 7 do normativo em análise, quanto às pessoas de nacionalidade portuguesa⁽¹⁹⁾ que deslocalizem a sua residência fiscal para um país, território ou região sujeita a um regime fiscal claramente mais favorável constante de portaria do Ministro das finanças⁽²⁰⁾, continuam a ser consideradas residentes no ano da mudança e nos

(17) Ver comentário ao art. 15.º da CMOCDE (n.º 4). Neste sentido, *vide*, KEES VAN RAAD, *Materials on...*, *op cit.*, p. 354.

(18) *Idem*, pp. 354-355.

(19) Pelos vistos não parece ser indiferente para o IRS a nacionalidade do sujeito passivo. Tal como está configurado o preceito, o legislador parece, embora de forma confusa, introduzir o requisito da nacionalidade enquanto elemento de conexão subjetivo. No fundo, visa justificar a ficção que efetua *in fine*, isto é, embora o sujeito deslocalize a residência, continua a ser considerado “residente” durante determinado hiato temporal. Aqui, em rigor, parece-nos ser, ao contrário da residência e apesar da redação da norma, a nacionalidade o elemento de ligação e fundamentante da pretensão tributária nacional. O sujeito deixa de ser residente fiscal em Portugal, mas continua a possuir uma ligação pessoal e jurídica com o nosso território através da nacionalidade (não é, em *ultima ratio*, a residência ficcionada que sustenta a ligação entre o nosso ordenamento jurídico-fiscal e a situação da vida que vai ser objeto de regulação por parte das normas materiais, mas, como dissemos, a nacionalidade). Sobre estas questões e, previamente, sobre a necessidade de um *nexus* entre o sujeito e o território, *vide*, com muito interesse, STJEPAN GADŽO, «The Principle of ‘Nexus’ or ‘Genuine Link’ as a Keystone of International Income Tax Law: A Reappraisal», *Intertax*, Volume 46, Issue 3, Kluwer Law International BV, The Netherlands, 2018, pp. 194-209.

(20) Portaria n.º 150/2004, de 13-02, alterada pelo art. 1.º da Portaria n.º 345-A/2016. Para os critérios que estão na base da elaboração da lista, *vide*, art. 63.º-D da LGT.

quatro anos seguintes, salvo se demonstrarem que a mudança se deveu a razões atendíveis. Estabelece-se agora que a qualidade de residente deixa de ser atribuída no ano em que porventura o sujeito em causa passe a residir em país, território ou região distinto da lista⁽²¹⁾.

Nos números 14 a 16, como veremos *infra*, parece-nos que foram criadas disposições antiabuso⁽²²⁾ para o regime da residência parcial, ficionando-se, como já deixamos antever, a presença física do sujeito no território. Em primeiro lugar, estabelece-se que um sujeito passivo é considerado residente durante a totalidade do ano no qual perca a qualidade de residente quando se verificarem, cumulativamente, as seguintes condições: “a) Permaneça em território português mais de 183 dias, seguidos ou interpolados, nesse ano; e b) Obtenha, no decorrer desse ano e após o

(21) Estamos, aqui, nestes dois números do art. 16.º, na presença dum alargamento da incidência fiscal subjetiva por via da criação dum *trailing tax* (imposto de perseguição ou, como gosta de chamar a doutrina espanhola, dum período de «cuarentena fiscal»). Os *trailing taxes* são concebidos com a finalidade de “agarrar” o sujeito ao ordenamento fiscal de origem por intermédio da criação legal dum residência que, de outra forma, não existiria juridicamente. Durante este período de quarentena fiscal, o rendimento que, no futuro, venha a ser obtido pelo sujeito será, assim, tributado pelo estado de origem. Esta situação fiscal, tal como se apresenta nestes números, suscita-nos algumas questões. Por um lado, parece-nos um preceito relativamente fácil de eludir pelo contribuinte mais avisado, ou seja, bastará ao sujeito primeiramente transferir a residência para outro território que não um dos designados na lista negra e daí, utilizando-o como ponte, efetuar uma nova transferência, no seguinte exercício fiscal, para um, vulgarmente designado paraíso fiscal. Por outro, não se pode deixar de assinalar que a simplicidade da remissão para a lista aprovada por portaria pelo legislador contrasta com a ambiguidade que a mesma é suscetível de gerar sempre que no decurso do período de quarentena fiscal seja celebrado acordo de dupla tributação com um Estado ou Território aí presente, por exemplo. Veja-se, igualmente, o que se passou, recentemente, com a consideração (novamente — tinham sido retiradas à menos de um ano através da portaria n.º 345-A/2016, de 30 de dezembro) de Jersey, Ilha de Man e o Uruguai como paraísos fiscais e o seu impacto prático, para além da incerteza jurídica que sempre suscita e pelo facto desta opção não ser totalmente coerente com as orientações emanadas pela UE neste domínio (cf., lista da UE de jurisdições não cooperantes em matéria fiscal, aprovada pelo Conselho, de 5 de dezembro de 2017, disponível em <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-5121_pt.htm> [29-06-2018]. Vd., sobre isto, GUSTAVO LOPES COURINHA, *A Residência no Direito Internacional Fiscal...*, op. cit., pp. 169-173; GIORGIO BERETTA, «Mobility of Individuals after BEPS: The Persistent Conflict between Jurisdictions», Bulletin for International Taxation, 2018 (Volume 72), n.º 7 e NESTOR CARMONA FERNÁNDEZ, *Guía del Impuesto sobre la Renta de No Residentes*, CISS (ed), Wolters Kluwer, 2007, p. 92.

(22) Quanto ao arsenal antiabuso disponível no ordenamento fiscal português, vd., GUSTAVO LOPES COURINHA, «National Report Portugal», *Anti-avoidance measures of general nature and scope — GAAR and other rules*, Volume 103 a), IFA, Cahiers, 2018. Sobre os trabalhos encetados pela União Europeia e pelo Conselho da Europa neste domínio, vide, ALFREDO GARCIA PRATS, et al., *Anti-avoidance measures of general nature and scope — GAAR and other rules (EU Report)*, Volume 103 a), IFA, Cahiers, 2018, pp. 61-93 e ANA PAULA DOURADO, “The EU Anti Tax Avoidance Package: Moving Ahead of BEPS”, *Intertax*, 2016, n.ºs 6-7, pp. 440-446 e “May you live in interesting times”, *Intertax*, 2016, n.º 1, pp. 2-5, ambos disponíveis em <<http://www.cideeff.pt/pt/quem-somos/Profa-Doutora-Ana-Paula-Dourado/15/>> [29-06-2018].

último dia de permanência em território português, quaisquer rendimentos que fossem sujeitos e não isentos de IRS, caso o sujeito passivo mantivesse a sua qualidade de residente em território português". A disposição não será aplicável caso o sujeito passivo demonstre que os rendimentos a que se refere a alínea b) são tributados por um imposto sobre o rendimento idêntico ou substancialmente similar ao IRS aplicado devido ao domicílio ou residência "a) *Noutro Estado membro da União Europeia ou do Espaço Económico Europeu, desde que, neste último caso, exista intercâmbio de informações em matéria fiscal e que se preveja a cooperação administrativa no domínio da fiscalidade; ou b) Noutro Estado, não abrangido na alínea anterior, em que a taxa de tributação aplicável àqueles rendimentos não seja inferior a 60 % daquela que lhes seria aplicável caso o sujeito passivo mantivesse a sua residência em território português*". No último número considera-se que o sujeito passivo é residente em território português durante a totalidade do ano sempre que volte a adquirir a qualidade de residente durante o ano subsequente àquele em que perdeu aquela mesma qualidade.

O regime aplicável a residentes não habituais mantém-se no essencial⁽²³⁾.

De acordo com as disposições transitórias da Lei de Reforma, o novo regime de determinação da residência é aplicável apenas a situações de alteração de residência que ocorram após a entrada em vigor da já referida Lei.

(23) Sobre o regime português aplicável a residentes não habituais, cf., RICARDO DA PALMA BORGES/PEDRO RIBEIRO DE SOUSA, «O novo regime fiscal dos residentes não habituais», in Paulo Otero/Fernando Araújo/João Taborda da Gama (organizadores), *Estudos em memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches*, Coimbra Editora, pp. 709-772. Para uma interessante discussão sobre as diferentes políticas levadas a cabo pelos Estados para abordar a mobilidade transfronteiriça dos indivíduos, bem como as principais estratégias defensivas adotadas cada vez mais pelas jurisdições relacionadas com a introdução de regimes fiscais preferenciais, vd., novamente, GIORGIO BERETTA, «Mobility of Individuals after BEPS: The Persistent Conflict between Jurisdictions», *Bulletin for International Taxation*, 2018 (Volume 72), No. 7. Sobre a confiança dos investidores e o investimento direto estrangeiro em Portugal, com interesse, EY's Attractiveness Survey Portugal, disponível em: <<https://www.ey.com/pt/en/home/ey-attractiveness-survey-portugal-june-2018>> [09-07-2018].

4. A residência fiscal parcial

4.1. Ponto prévio

Após identificarmos as principais alterações introduzidas, chegou o momento de reduzir a escala analítica e trazer ao discurso um tema mais concreto: a residência fiscal parcial.

Atualmente, fruto da existência de uma realidade cada vez mais desmaterializada e multimodal, associada ao fenómeno da globalização e da liberalização das relações de carácter socioeconómico, assiste-se ao surgimento de um sem número de factos tributários transfronteiriços, geradores de relações obrigacionais complexas, suscetíveis de dar azo, em determinadas situações, ao fenómeno de dupla tributação⁽²⁴⁾. No contexto da União Europeia, este é particularmente visível, onde se denota uma intensa circulação de pessoas, designadamente para exercerem as suas atividades profissionais⁽²⁵⁾.

Como bem se diz no Relatório da Comissão para a Reforma do IRS, “A legislação interna portuguesa não t[inha] uma disposição que incorpor[asse] os comentários da Convenção Modelo da OCDE em matéria de resolução de conflito de residências fiscais. Nos termos destes comentários, sempre que existe um conflito de residências fiscais, a solução deve ser aferida relativamente a diferentes momentos do ano, podendo assim o estatuto de residente, relativamente a determinado sujeito passivo, ser diferente em diversos períodos do mesmo ano. Ou seja, de acordo com tais

⁽²⁴⁾ Quanto ao fenómeno da dupla tributação, *vide*, entre outros, ALBERTO XAVIER, *Direito Tributário...*, *op. cit.*, pp. 31-49 e MANUEL PIRES, *Da Dupla Tributação Jurídica Internacional sobre o Rendimento*, Imprensa Nacional, Casa da Moeda, Lisboa, 1984; RAMÓN FALCÓN Y TELLA e ELVIRA GUERRA PULIDO, *Derecho fiscal internacional*, Madrid, Marcial Pons, 2010, pp. 87-90; e, ainda, LUCA CERIONI, «Tax Residence Conflicts and Double Taxation: Possible Solutions?», *Bulletin for International Taxation*, Vol. 66, n.º 12, 2012, pp. 647-658 e Michael Lang, *Introduction to the Law of Double Taxation...*, *op. cit.*, pp. 23-26.

⁽²⁵⁾ A mobilidade fiscal, no Direito Europeu, aparece intimamente relacionada com o exercício das liberdades fundamentais previstas no Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE). Cfr., neste sentido, ANA PAULA DOURADO, «Tax Mobility in the European Union: Present and Future Trends», in Ana Paula Dourado (ed.), *Movement of Persons and Tax Mobility in the EU: Changing Winds*, IBFD, february 2014, pp. 3-25; e, da mesma autora, *Governança Fiscal Global*, Almedina, 2017, pp. 199-292; Vd., também, LUC DE BROE, «The Relevance of Residence Under EC Tax Law», in Guglielmo Maisto (ed.), *Residence of Individuals Under Tax Treaties and EC Law*, IBFD, Amsterdam, 2010, pp. 107-131. Para um estudo detalhado do Direito Fiscal da União Europeia, cfr., novamente, ANA PAULA DOURADO, *Governança Fiscal...*, *op. cit.*; JOÃO SÉRGIO RIBEIRO, *Direito Fiscal da União Europeia. Tributação Direta*, Almedina, março de 2018 e BEN TERRA/PETER WATTEL, *European Tax Law*, 6.ª ed., Kluwer Law International, 2012.

comentários, a resolução deste conflito de residências fiscais faz-se com recurso ao conceito conhecido como “residência fiscal parcial”.

Vejamos, então, em que consiste tal conceito.

4.2. A figura propriamente dita

O estudo da “residência fiscal parcial” deve arrancar antes de mais nada de uma cuidada identificação das suas bases materiais em que surge colocada. Ora, neste sentido, afigura-se-nos aconselhável o fornecimento de uma breve noção prévia definitiva, para, a partir daí, detetar na normatividade relevante os casos em que o legislador reputou como implicando residência fiscal parcial.

Dir-se-á que a questão da denominada “residência fiscal parcial” surge como uma tentativa para distribuir, no mesmo período fiscal, por mais do que um Estado, o poder ilimitado de tributar o rendimento pessoal. A funcionar idealmente, este mecanismo daria cabal cumprimento ao princípio da tributação universal. Na situação mais simples, fornecida pelo exemplo dado nos comentários ao art. 4.º da CMOCDE (n.º 10)⁽²⁶⁾, temos o indivíduo que reside no Estado A de 1 de janeiro a 31 de março, transferindo-se em seguida para o Estado B onde residirá mais de 183 dias, aqui sendo considerado residente o ano inteiro. Mas “as regras especiais”, estabelecidas nos Estados A e B, permitem que o indivíduo deixe de ser residente no Estado A a 1 de abril, sendo aí residente entre 1/1 e 31/3 e no Estado B que ele aí comece a ser residente a 1 de abril, sendo residente entre 01/04 e 31/12. Com a justaposição destas duas “residências parciais”, resolve-se, distribuindo-a por dois Estados, a “tributação mundial”.

Já a solução clássica apontaria para que, no exemplo dado, apenas o Estado B pudesse exercer a soberania tributária ilimitada, uma vez que só ele, à luz do critério material da permanência no seu território por mais de 183 dias, podia invocar a residência do indivíduo, o que estaria vedado ao Estado A. A este restaria o poder de tributar exclusivamente os rendimentos de fonte nele situado (princípio da limitação territorial)⁽²⁷⁾.

Como sucede na grande maioria dos Estados, tivemos, até 31 de dezembro de 2014, consagrada entre nós a solução “clássica”, no art. 16.º

⁽²⁶⁾ Cf. KEES VAN RAAD, *Materials on International...*, *op. cit.*, p. 118.

⁽²⁷⁾ Neste sentido, *vide*, PAULA ROSADO PEREIRA, *Princípios do Direito...*, *op. cit.*, pp. 89-90, quanto às razões para a utilização do termo “princípio da limitação territorial” no que diz respeito à amplitude ou extensão do poder de tributar.

do Código do IRS⁽²⁸⁾. Assinale-se, aliás, que o conceito de “residente fiscal em Portugal”, apresentado pela comissão como “essencial para determinar o âmbito de sujeição pessoal das pessoas singulares”, não existe. O que a lei consagra é o conceito de *residente em território português para efeitos de IRS* no art. 16.º do respetivo Código e nenhuma lei geral o assumiu como um “conceito geral” sistémico (nem, provavelmente, faria sentido). Também se não confunda a titularidade do número de identificação fiscal com a condição de residente ou não residente em território português. Nos termos do art. 3.º do DL 14/2003, “O NIF é obrigatório para as pessoas singulares e coletivas ou entidades legalmente equiparadas que, nos termos da lei, se encontrem sujeitas ao cumprimento de obrigações ou pretendam exercer os seus direitos junto da Autoridade Tributária e Aduaneira (AT)”.

Posto isto, o que se pode dizer é que se a solução agora consagrada resolve um problema, certamente poderá criar muitos mais⁽²⁹⁾. Desde logo, porque, como se referiu, a solução mundial e geralmente ainda aceite é a solução clássica⁽³⁰⁾. De onde resulta que a criação da “residência parcial” gerará também conflitos de dupla residência. Se a solução clássica

(28) Sobre o anterior regime, vd., MANUEL FAUSTINO, «Os residentes no imposto sobre o rendimento pessoal (IRS) português», CTF, n.º 424, 2009, pp. 99-147 e ANDRÉ SALGADO MATOS, *Código do Imposto do Rendimento das Pessoas Singulares (IRS) — Anotado*, Instituto Superior de Gestão, 1999, pp. 205-2011.

(29) Para uma crítica generalizada à consagração da figura da “residência parcial”, cf., MANUEL FAUSTINO, «Sobre a Reforma do IRS (II)», in RFPDF, ano VIII, n.º 1, Inverno, Almedina, 2016, pp. 136-145. Em sentido contrário, RUI DUARTE MORAIS, «Reforma do IRS (2014): uma primeira reflexão», in *Cadernos de Justiça Tributária*, n.º 07, janeiro-março 2015, Cejur, Braga, pp. 3-23.

(30) Cf. M. SCHELLEKENS (ed.), *European Tax Handbook 2015*, IBFD, Amsterdam 2015; FEDERICA PITRONE, «Tax Residence of Individuals within the European Union: Finding New Solutions to Old Problems», *World Tax Journal*, 2016 (Volume 8), n.º 3., 2016; e EY, 2017-18 *Worldwide Personal Tax and Immigration Guide*, disponível em: <<https://www.ey.com/gl/en/services/tax/worldwide-personal-tax-and-immigration-guide—country-list>> [14-06-2018]. Em sentido diverso, refira-se, por exemplo, o Brasil e a Bélgica, que atualmente contemplam o que se pode designar de residência fiscal parcial. Em termos simples, no caso brasileiro, se o sujeito passivo não adquirir a condição de residente, os rendimentos recebidos no Brasil serão tributados de forma definitiva ou exclusiva na fonte. Caso adquira a condição de residente no país, a partir dessa data, os rendimentos recebidos de fontes situadas no território nacional ou no exterior serão tributados de acordo com as mesmas normas aplicáveis aos residentes no Brasil — cf. arts. 2.º a 6.º do Imposto de Renda de Pessoa Física (IRPF). Relativamente à Bélgica, em termos breves, é estipulado no parágrafo 1 do art. 203.º do respetivo Código do imposto sobre rendimento que, no caso de pessoas singulares que apenas reúnam as condições para serem sujeitas a imposto após 1 de janeiro ou que cessem essas condições antes de 31 de dezembro, o período de tributação corresponderá à parte do ano em que tais condições se encontrem reunidas. Ver também ainda o estipulado no art. 204.º que prevê as formas de determinação do rendimento objeto de tributação imputáveis a esse período. Para uma análise mais detalhada, incluindo outros ordenamentos que admitem a figura da residência fiscal parcial, vide, ANABELA SILVA, *et al.*, *O Novo IRS*, Ernst & Young, Almedina, 2014, pp. 28-30.

gerava conflitos internacionais de dupla residência, fundamentalmente com a conflitualidade de elementos de conexão territorial permanentes, tais como a dupla residência ou a denominada residência por atração⁽³¹⁾, a nova solução, só por si, também não os resolve. Isto é, temos um problema de praticabilidade, chamemos-lhe “externa”.

Com efeito, e sobretudo nos casos em que não existe convenção para eliminar a dupla tributação internacional, antevê-se que nem o Estado que no ano anterior considerou, à luz do critério da permanência por mais de 183 dias, o indivíduo residente e como tal o tributou numa base pessoal e mundial, face à pretensão de Portugal também o considerar residente nesse ano, ainda que parcial, reveja a sua situação para o tributar segundo um critério territorial e real, nem Portugal a aceitar eliminar a dupla tributação jurídica internacional tendo por base a dedução do imposto pessoal que o indivíduo pagou no Estado onde também foi considerado residente⁽³²⁾.

Existindo convenção de dupla tributação com o Estado em causa⁽³³⁾, pela fórmula operativa da unicidade da residência, o assunto será desem-

(31) V., a respeito, JOÃO FÉLIX PINTO NOGUEIRA, «A Dupla Residência Fiscal de Pessoas Singulares — Enquadramento da questão nos planos internos, europeu e internacional à luz da recente orientação do Supremo Tribunal Administrativo», in *RFPDF*, ano IV, n.º 1, Almedina, maio 2011, pp. 210-247.

(32) Se se fixar num Estado que não tem “regras especiais” e que acabará por considerá-lo como residente o ano inteiro, terá direito, caso exista CDT com esse Estado, a eliminar a dupla tributação jurídica internacional. Como irá o Estado da residência aplicar a convenção e eliminar a dupla tributação? Será que ele vai dar o crédito de imposto que Portugal cobrou por eventuais rendimentos obtidos fora do território português e que aqui tenham sido declarados? Temos muitas dúvidas — não é esse o espírito das Convenções. A eliminação da dupla tributação jurídica internacional tem por objeto o rendimento “que possa ser tributado nesse outro Estado” e, à luz da convenção, o “rendimento que possa ser tributado nesse outro Estado” tem sempre na base o princípio da fonte. Isto para não falarmos naqueles casos em que a residência fiscal parcial é afastada, operando-se a manutenção da regra da residência anual. Note-se, contudo, que nestes últimos fenómenos como o mencionado — em que ocorre a sobreposição de residências, arrogando-se ambos os Estados ao direito de tributar o sujeito em causa numa base universal — poderão até nem ocorrer se perspetivamos a sua resolução a montante. Ora, equacionada corretamente a questão no plano interno, à luz da doutrina da exigência de limites jurídicos à extensão da lei nacional — devendo as normas nacionais que visem sujeitar a tributação de factos ocorridos fora das fronteiras desse Estado respeitar o princípio da razoabilidade —, poder-se-á considerar o elemento de conexão previsto na lei ilegítimo, sendo o dispositivo em crise desaplicado, deixando por conseguinte o sujeito de ser havido como residente em Portugal. Nestas situações, em que o abuso de conexão é ilegítimo, dissipa-se a pretensão de tributabilidade ilimitada nacional, não ocorrendo aliás qualquer conflito positivo de residência. Não constitui nossa pretensão esgotar o assunto, pelo que, sobre este, vide, entre outros, RUI DUARTE MORAIS, *imputação de lucros de sociedades não residentes sujeitas a um regime fiscal privilegiado*, PUC, 2005, p. 44, ss.

(33) Portugal tem atualmente em vigor 76 Convenções para Evitar a Dupla Tributação. Sobre a política convencional portuguesa, vide, MARIA MARGARIDA CORDEIRO DE MESQUITA, «A política Convencional Portuguesa em Matéria de Dupla Tributação», *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Soares Martinez*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2000. É de destacar, aqui, a recente aprovação da Con-

patado através das “tie-break rules” nela inserida. Quanto às pessoas singulares, tais regras de desempate, nas convenções celebradas por Portugal, seguem de perto o estipulado no art. 4.º, n.º 2 da CMOCDE⁽³⁴⁾. Trata-se, contudo, de um processo moroso em termos de resolução, sendo que, infelizmente, na *praxis* comum, o que sucede é que a maior parte dos sujeitos passivos ignora quer a lei interna do Estado, quer a solução que pode ser dada pelas convenções de dupla tributação, acabando por consoante lhes parece declarar os rendimentos num sítio e os outros noutra, na grande maioria das vezes, à margem da lei⁽³⁵⁾.

Mais complicados são, ou parecem ser, ainda os problemas de “praticabilidade interna”, quer do ponto de vista da aplicação da norma na situação mais simples (nada se dispôs na lei sobre o fracionamento de deduções “anuais”, como, por exemplo, as deduções à coleta, a que os residentes têm direito)⁽³⁶⁾, quer nas situações anuais já dadas como estabilizadas mas

venção Multilateral para Prevenir a Erosão das Bases Tributáveis e a Transferência de Lucros (no original “Multilateral Instrument” ou “MLI”) que dará operacionalidade a várias recomendações contidas no projeto BEPS. Ao todo mais de 68 jurisdições assinaram a convenção, incluindo Portugal (atualmente já vamos com 81): <<http://www.oecd.org/tax/treaties/beps-ml-signatories-and-parties.pdf>>. Relembramos, contudo, que estamos perante um instrumento internacional que, naturalmente, permite reservas, contém opções, sendo evidente que nem todos os Estados que fazem parte da OCDE o assinarão; para além de que nem todas as ações deram origem a recomendações estritas. Sobre este instrumento, ALEXANDER BOSMAN, «General Aspects of the Multilateral Instrument», Intertax, Volume 45, Issue 10, Kluwer Law International, The Netherlands, 2017, pp. 642-659.

⁽³⁴⁾ Sobre os métodos de eliminação da dupla tributação, *vide*, entre outros, MANUEL PIRES, *Da Dupla Tributação...*, *op. cit.*, pp. 338-412; ALBERTO XAVIER, *Direito Tributário...*, *op. cit.*, pp. 741-759; RAMÓN FALCÓN Y TELLA e ELVIRA GUERRA PULIDO, *Derecho fiscal...*, *op. cit.*, pp. 90-112; MANUEL PIRES, *Direito Fiscal — Apontamentos*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2008, pp. 194-198; e CASALTA NABAIS, *Introdução ao Direito Fiscal das Empresas*, 2. Ed, Almedina, 2013, pp. 89, ss ; MICHAEL LANG, *Introduction to the Law of Double Taxation...*, *op. cit.*, pp. 121-132.

⁽³⁵⁾ Na verdade, a última coisa com que alguém (salvo raras exceções) se preocupa quando tem que partir é com os impostos: quer com os que deixa de pagar, quer com os que vai pagar.

⁽³⁶⁾ Levantam-se muitas dúvidas no plano da personalização do imposto. No nosso entender deveria ter sido aditada uma norma com vista a uma clarificação do art. 78.º, relativamente às deduções à coleta. Ao não o ter sido, temos muitas dúvidas sobre se a AT tem legitimidade para conceder proporcionalmente ao período em causa as deduções aí consagradas, o mínimo de existência e, eventualmente, alguns benefícios fiscais. Cremos que quanto às deduções específicas não poderá fazê-lo, a não ser na medida em que se limitem em função do rendimento. Quanto às restantes, que são “anuais” e aproveitáveis por “residentes”, não distinguindo a lei entre parciais e anuais, parece, à luz dos princípios da hermenêutica jurídica, que a AT não poderá fazer a sua aplicação proporcional, sem ilegalidade. Mas também não parece justo o seu benefício por inteiro a quem é tributado como residente por 6 meses! Trata-se, certamente, de matéria a ser objeto de aperfeiçoamento legislativo futuro. Acresce, que hoje em dia, na verdade, o atual modelo de deduções à coleta em IRS parece estar ferido de morte, tendo perdido a lógica de personalização intrínseca pertencente à família dos impostos que representa, prosseguindo objetivos fiscais que não cabem na matriz da tributação do rendimento pessoal. Cf. MANUEL FAUSTINO, «O IRS perante uma encruzilhada: o actual modelo de deduções à coleta: uma visão crítica», *in* RFPDF, ano IX, n.º 2, verão, Almedina, Coimbra, 2016, pp. 129-150.

que, por força de um facto superveniente e certamente inesperado, voltam a ter de ser requalificadas — afastando-se a figura da residência fiscal parcial — e a gerar, certamente, novos conflitos de dupla residência internacional, com uma provavelmente inevitável dupla tributação jurídica internacional — forma-se uma espécie de *circulus in demonstrando*. Por outro lado, temos que levar em linha de conta que estamos no âmbito de um imposto com taxas preferencialmente progressivas, pensadas para um rendimento coletável anual, portanto, coloca-se a questão de como aplicar num ano fracionado, em que alguém seria residente numa parte do ano e não residente na outra. Apesar da reforma, tudo continua a ser pensado numa ótica anual!

Pois bem, tendo presentes estas considerações, poder-se-á dizer que, no limite, se assiste a uma violação sistemática do que na doutrina e jurisprudência constitucional alemã se chama o imperativo da coerência, esta ideia que o professor BIRK identificou como a grande esperança da justiça tributária para o futuro⁽³⁷⁾.

Para além disso, e como já deixamos antever, não nos parece que esta seja, na sua essência, uma medida de desburocratização, nem uma medida redutora de conflitualidade como afirmam os prosélitos reformistas, quer no plano convencional, quer num plano estritamente interno, tendo apenas em vista a relação entre os sujeitos passivos e a Autoridade Tributária. Vejamos.

O indivíduo que queira deixar Portugal para se fixar noutra território continua a ter de partir sem poder deixar a sua situação fiscal regularizada: não pode apresentar, com autoliquidação, uma declaração de rendimentos relativamente ao período de “residente parcial”. Terá, portanto, de deixar em Portugal um representante, ou se não for obrigado, ele próprio não poderá deixar de, no ano seguinte, providenciar para cumprir as suas obrigações declarativas relativamente à situação fiscal do ano transato⁽³⁸⁾. O fator fiscal surge, assim, como um elemento obstaculizante da mobilidade internacional.

(37) Cf. DIETER BIRK, «Verfassungsfragen im Steuerrecht. Eine Zwischenbilanz nach den jüngsten Entscheidungen des BHF und des BVerfG», Deutsches Steuerrecht, 2009, p. 881, *apud*. VÍCTOR MANUEL SÁNCHEZ BLÁZQUEZ, «Igualdad, capacidad económica y coherencia en las limitaciones a la deducibilidad de los gastos de desplazamiento entre el domicilio y el centro de trabajo en el Derecho alemán», *in* Revista Española de Derecho Financiero, n.º 164, Outubro/Dezembro de 2014, pp. 127-174. Ver, também, SÉRGIO VASQUES, *Manual de Direito Fiscal*, Reimpressão, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 301-304.

(38) Em matéria de obrigações declarativas, em virtude da criação do regime da residência parcial, sempre que, no mesmo ano, o sujeito passivo tenha, em Portugal, dois estatutos de residência, deve proceder à entrega de uma declaração de rendimentos relativa a cada um deles, sem prejuízo da possibilidade de dispensa, nos termos gerais (arts. 57.º, 58.º e 60.º do CIRS). A alteração do estatuto de residência deve ser comunicada no prazo de 60 dias (art.º 19.º, n.º 5 da LGT).

Por último, julgamos ainda que o princípio da tributação de base mundial tendo por referência a residência do titular dos rendimentos começa a estar em crise, também quanto às pessoas singulares⁽³⁹⁾. Estamos em tempos de reformas permanentes⁽⁴⁰⁾ e assiste-se hoje, com frequência, à expressão pessoal do sentimento de injustiça pelo facto de o Estado da residência, não sendo o Estado da fonte da obtenção dos rendimentos, pretender levar deste espessa fatia, sem dar contraprestações, em serviços públicos aceitáveis, satisfatórias. Num mundo globalizado e numa economia internacionalizada e à escala mundial, estas ideias propagam-se velozmente, estando também em causa os próprios alicerces do Estado Social.

4.3. Restrições normativamente impostas à “residência fiscal parcial”

Basta um exame perfunctório da normatividade em causa para imediatamente se detetar que o conceito de residência parcial é, pelo legislador, primeiro introduzido em todo o seu esplendor para, depois, lhe serem introduzidas severas restrições que o desfiguram na sua essência:

1.ª Situação — N.º 3 do art. 16.º

Residência parcial no ano N pelo exato número de dias (mais de 183) que o indivíduo permaneceu em território português. Mas, descontinuando a residência no ano N e retomando a permanência em Portu-

⁽³⁹⁾ Cf., CLAUDIO SACCHETTO, «The evolution of the principle of territoriality and the crisis of taxation of global income in the country of residence», *Rivista di Diritto Tributario Internazionale*, 2/2001, maio-agosto, pp. 58-78. KLAUS VOGEL, «Worldwide vs. source...», *op. cit.*, pp. 259-261. Recentemente, contribuindo, igualmente, para o debate, vd., SERGIO ANDRÉ ROCHA, «Old Bottles or New Bottles: Time to Break the Bottle! In Favor of Broader Source Country Taxing Rights», *in* Kluwer International Tax Blog, disponível em: <<http://kluwertaxblog.com/2018/06/20/old-bottles-new-bottles-time-break-bottle-favor-broader-source-country-taxing-rights/>> [21-03-2018].

⁽⁴⁰⁾ Cf., CASALTA NABAIS, *Direito Fiscal*, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2014, pp. 445-446. Sobre o volume e a extensão das alterações fiscais em Portugal durante os últimos 26 anos (período 1989-2014), relativamente aos códigos fiscais IRS, IRC, IVA, RITI, Contribuição Autárquica (mais tarde substituída pelo IMI), IMT, Imposto de Selo e Estatuto dos Benefícios Fiscais, vd., JOAQUIM MIRANDA SARMENTO e INÉS DUARTE, «A Instabilidade do sistema fiscal Português: uma retrospectiva entre 1989 e 2014», *Julgar Online*, dezembro de 2015, disponível em: <<http://julgar.pt/a-instabilidade-do-sistema-fiscal-portugues-uma-retrospectiva-entre-1989-e-2014/>> [10-07-2018]. E a tendência não parece mudar neste domínio: forças disruptivas como a globalização, transparência e digitalização, naturalmente, reforçam a necessidade de transformação, implicando novos desafios na economia e na sociedade com o qual o legislador terá que lidar por via da intervenção legislativa.

gal no ano N+1 em abril até ao fim de outubro, este mesmo indivíduo é residente desde 1 de janeiro até 31 de outubro.

2.^a Situação — *N.º 14 do art. 16.º*

Manutenção da (ou eventual alargamento para) residência anual pelo simples facto de o indivíduo, que reunia todas as condições para ser qualificado como residente parcial, obter em território português rendimentos sujeitos a IRS (inaplicação discriminatória em função do Estado da nova residência — n.º 15).

3.^a Situação — *N.º 16 do art. 16.º*

Manutenção da (ou eventual alargamento para) residência anual pelo facto de o indivíduo que foi qualificado como residente parcial no ano anterior, no ano seguinte voltar a ser considerado residente em território português.

Trata-se da amputação do âmbito do conceito que se quis introduzir e manter quase intocável a regra clássica. Melhor, parece é que se está perante normas antiabuso⁽⁴¹⁾, sobretudo o n.º 16, uma vez que da sua aplicação vai decorrer uma requalificação de uma situação anterior já estabilizada, e por um facto totalmente imprevisto. Conviria, de resto, que a doutrina e a jurisprudência⁽⁴²⁾ fosse olhando para esta norma nesta perspetiva, tendo em vista evitar o automatismo da sua aplicação, pois como antes expressamos, tal automatismo será extremamente gravoso para o sujeito passivo. Teremos de fazer estas “restrições interpretativas”, sob pena de criarmos um “inferno residencial” quer para os contribuintes, quer para a própria administração⁽⁴³⁾. Mais, não se pode partir do princípio de que o contribuinte anda “a brincar às residências fiscais”; ele tem de poder pro-

(41) No mesmo sentido, MANUEL FAUSTINO, «Sobre a Reforma do IRS...», *op. cit.*, pp. 139-140 e RUI DUARTE MORAIS, «Reforma do IRS (2014): uma primeira...», *op. cit.*, pp. 19-20.

(42) Embora não estritamente relacionado com este número, já são conhecidas decisões, designadamente proferidas pelo CAAD, em que a figura da residência fiscal parcial, nomeadamente a alínea *a*) do art. 16.º, foi objeto de análise. Destacamos, infelizmente, pela negativa, na linha do reparo efetuado pelo Dr. Manuel Faustino, o Processo n.º 267/2015-T, em que o árbitro, ao arrepio do que é ensinado nos bancos das faculdades de direito do país, chega à conclusão que o sujeito passivo e o elemento de conexão subjetivo de que depende a sua qualificação como residente ou não residente não é, pasme-se o leitor, “um elemento essencial da relação jurídica de imposto”.

(43) A AT, sobre a residência fiscal parcial, até ao momento, emitiu um entendimento (que julgamos, com o devido respeito, de pouca utilidade prática), *vide* Ofício-Circulado n.º 20176 — 02/04, Reforma do IRS_2015 — Perguntas Frequentes (FAQ).

var que não visou obter qualquer benefício ou tratamento fiscal preferencial com a alteração da sua residência fiscal⁽⁴⁴⁾.

Não se procedendo a uma alteração propriamente dita do elemento de conexão, procurou-se, no essencial, alterar o seu conteúdo por forma a alargar a tributação a factos anteriormente não abrangidos pelo elemento. Fica, contudo, e desde já, a dúvida se será legítimo face ao Direito da União Europeia e ao Direito Internacional Público a adoção por parte dos Estados-membros de elementos de conexão cujo conteúdo opere uma ligação ténue entre um sujeito e uma ordem jurídica, e se a resposta para a prevenção de problemas nas finanças públicas dos Estados-Membros não poderá ser encontrada numa harmonização dos elementos de conexão tributária, do seu conteúdo e, principalmente, dos seus efeitos ao nível da extensão do âmbito de incidência espacial das leis tributárias.

5. Conclusões

Cumpre-nos, agora, em sede de sistematização final, alinhar os seguintes tópicos conclusivos:

- O conceito de residência enquanto trave-mestra do direito fiscal, nos planos interno e convencional, apresenta-se como o fator determinante para definir se e em que medida um determinado sujeito fica submetido à soberania tributária de um ou mais Estados;
- Das alterações efetuadas pela Lei n.º 82-E/2014 ao CIRS, destaca-se sobretudo a figura da “residência parcial”, sendo agora possível ser-se residente em parte do ano e não residente na parte restante do mesmo;
- A figura é primeiramente introduzida em todo o seu esplendor para depois lhe serem colocadas severas restrições mantendo-se, em boa verdade, quase intocável a regra clássica da residência anual;
- Tais normas que operam o alargamento para a residência anual visam a proteção de um sistema de residência prévia e anterior-

(44) Para uma análise da residência fiscal enquanto elemento de planeamento fiscal, vd., JUAN ZORNOZA, «Mudança de Residência como Forma de Planeamento Tributário», *Revista de Direito Tributário Atual*, n.º 30, Dialética, 2014, pp. 33-49. Cf., também, em geral, LUC DE BROE, *General Report on The tax treatment of transfer of residence by individuals*, Volume 87b), IFA, Cahiers, 2002, pp. 23-78.

mente fixado, devendo ser perspectivadas na sua veste de norma antiabuso, sob pena de um automatismo aplicativo extremamente gravoso para o sujeito passivo;

- Na sua globalidade, a figura da residência fiscal parcial, para além de complexa, levanta inúmeros problemas quer de ordem “externa” quer de ordem “interna”, surgindo dúvidas, nomeadamente, sobre a sua validade à luz da coerência do sistema fiscal português.
- Sendo que a necessidade de proceder a um alargamento da tributação no presente e/ou no futuro por parte dos Estados acaba por se refletir no aumento deste tipo de estruturas normativas que visam, subtilmente, a modelação dos elementos de conexão.

PORTUGAL E AS “IBA GUIDELINES”: DESINVESTIR NA VIRTUDE?(*)

Por Duarte Gorjão Henriques

SUMÁRIO:

Introdução. Breve referência ao regime aplicável aos conflitos de interesses. A internacionalização da arbitragem Portuguesa. Regulação Deontológica e a incorporação das “IBA Guidelines”. Os pedidos de recusa de árbitros e as “Guidelines” nos Tribunais Portugueses. As “IBA Guidelines” nos Tribunais Administrativos. O sentido e abrangência das “IBA Guidelines”. Considerações finais.

Introdução

1. Os conflitos de interesses em arbitragem têm sido e seguramente serão uma das mais importantes matérias para todos os que estão envolvidos nesta área do direito. Nem se pode congeminar que qualquer sistema jurídico que prevê esta forma jurisdicional de resolução de litígios admita não dispensar um tratamento de primazia a tal assunto.

Na verdade, quando o Estado abdica do seu poder fundamental de administrar a justiça, admitindo formas não *judicializadas* de interpretar e aplicar coercivamente a lei aos casos concretos, está a pressupor tudo menos um comportamento do decisor que possa constituir um desvio em relação ao que deve ser uma actuação independente e imparcial. Por isso, os árbitros terão de se pautar por critérios de isenção intelectual — portanto, livre de dependência e de parcialidade — da mesma forma que um juiz do tribunal estadual também o terá.

(*) Este artigo foi já divulgado *online* na <revistadedireitocomercial.com>.

Trata-se de um princípio estruturante de qualquer Estado de Direito, revelador da independência e separação de poderes, mas é também, sobretudo, uma garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos. Afinal de contas, como refere o n.º 1 do art. 6.º da Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais,

“Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial (...)”

No caso específico de Portugal, este princípio encontra-se previsto no n.º 4 do art. 20.º da Constituição da República Portuguesa, ao dispor que

“Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo.”

Sem independência e imparcialidade dos árbitros não existe processo equitativo⁽¹⁾. Faltando tal atributo, deixamos de poder falar numa actividade jurisdicional mas, talvez e quanto muito, poderemos congeminar uma acção puramente adjudicativa em que os sujeitos processuais encarregam outrem de dispor dos seus direitos, pouco importando a forma e o conteúdo dessa postulação. Se não existe uma actividade jurisdicional, conformada pelos seus princípios estruturantes, não temos também arbitragem, mas uma outra coisa qualquer.

2. Como poderá ser uma evidência, a noção de independência e imparcialidade poderá por sua vez assumir diversas formas e contornos consoante o país onde nos encontremos. Lembremos o adágio de Pascal: verdade aquém dos Pirinéus, erro além.

Isto, só por si, poderia constituir um argumento para que a apreciação das questões ligadas à isenção e imparcialidade fosse deixada ao critério de cada paróquia.

Soluções absurdas para um canto da Europa civilizada podem ser bem acolhidas, vividas e perpetuadas noutro canto completamente diferente.

A variável do tempo também entra nessa equação: uma solução hoje adoptada pode ter sido considerada demasiado desajustada dez anos antes

⁽¹⁾ Sobre a independência e imparcialidade dos árbitros como princípio fundamental do direito, v. entre outros, MÁRIO RAPOSO, *Imparcialidade dos Árbitros*, in “Estudos sobre Arbitragem Comercial e Direito Marítimo”, Almedina, 2006, p. 75 e ss. e também MANUEL P. BARROCAS, in *Manual de Arbitragem*, 2.ª ed., Almedina, 2013, p. 299 e ss. A nível da literatura internacional, v. entre outros CATHERINE A. ROGERS, in *Ethics in International Arbitration*, Oxford, 2014, p. 90 e ss.

e o inverso é também verdadeiro. O que antes existia como prática comum pode ser agora para nós inaceitável.

Tomemos o exemplo Português nesta matéria.

O n.º 1 do art. 10.º da Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto (Lei da Arbitragem Voluntária de 1986) dispunha que:

“Aos árbitros não nomeados por acordo das partes é aplicável o regime de impedimentos e escusas estabelecido na lei de processo civil para os juízes”.

Este não é seguramente o local para abordar a forma como tal preceito foi sendo interpretado e aplicado desde a sua promulgação até ao seu ocaso, ocorrido vinte e cinco anos depois. Será apenas interessante anotar que, aparentemente, para o legislador de 1986 o relevante era que o árbitro não nomeado pelas partes estivesse submetido ao regime de impedimentos e recusas. Aparentemente, o chamado “árbitro de parte”, com tudo o que isso representa, estava no sub-consciente do legislador⁽²⁾.

3. Não é que tal opção seja absolutamente inaceitável sob o ponto de vista da actividade jurisdicional, conquanto que estivesse assegurado que pelo menos o “umpire” fosse independente e imparcial, livre portanto de qualquer impedimento ou escusa aplicável aos juízes. Podem até aceitar-se gradações desta forma de resolução de litígios baseada na existência de verdadeiros representantes das partes na actividade judicativa.

A título de exemplo, será interessante citar o modelo imaginado pelo Presidente da Associação Suíça de Arbitragem na sua mensagem de Abril de 2014 sob o título “*Let’s Get Rid of the Presiding Arbitrator*” onde é sugerido um modelo em que cada uma das partes nomeia o seu “árbitro”, sendo escolhido um “umpire” apenas para dirimir pontos de facto ou direito onde aqueles dois não consigam chegar a acordo quanto à solução jurídica. A formulação da proposta é feita sob a forma de um interessante diálogo entre um jurista da “common law” (Sir Reginald Muddle, QC) e outro da “civil law” (Me. Paul Philibert Confus, Avocat à la Cour), acabando este último por reconhecer que a solução funciona na prática mas questionando se também funciona ... em teoria⁽³⁾.

⁽²⁾ Sem prejuízo, a doutrina e a jurisprudência foram solidamente afirmando a necessidade de os árbitros serem imparciais e independentes das partes.

⁽³⁾ Mensagem publicada em 32 ASA Bulletin 2/2014 (Junho) e acessível em <<http://www.arbitration-ch.org/en/asa/asa-presidents-messages/index.html>>, acedido em 14 de Abril de 2017. Esta sugestão foi por nós comentada em <<http://kluwerarbitrationblog.com/2014/07/25/get-rid-of-the-presiding-arbitrator/>> em Julho de 2014.

Alegorias postas de parte, a verdade é que, à partida, nada haveria de fundamentalmente errado em soluções onde às partes fosse permitido nomear o “seu” árbitro, que funcionaria como verdadeiro representante de interesses, eventualmente até exercendo uma determinada actuação de advocacia em prol da defesa de tais interesses. Ponto é, repete-se, que o terceiro seja e se mantivesse independente e imparcial (mais uma vez, sob pena de não existir arbitragem mas uma outra realidade qualquer). No fundo, não teríamos nada de absolutamente diferente do que existe num sistema de decisão por árbitro único, havendo apenas a introdução de mais um nível de “advogado de parte” no processo. Fundamental seria, igualmente, que o legislador e a comunidade que ele regula aceitassem tal modelo expressamente e sem equívocos.

Breve referência ao regime aplicável aos conflitos de interesses

4. Não foi, porém, esse o caminho seguido pelo legislador no ano de 2011 quando promulgou a nova Lei da Arbitragem Voluntária⁽⁴⁾. Nem era, como se disse, a orientação uniforme e pacífica da doutrina e jurisprudência Portuguesas.

Neste novo quadro legal, é agora claro e inequívoco que “os árbitros devem ser independentes e imparciais” (n.º 3 do art. 9.º da LAV).

Tal dever é ainda concretizado noutras disposições aplicáveis ao fundamento de recusa e que aqui se sintetizam.

Salientando o dever de revelação inicial, o árbitro que “for convidado para exercer funções de árbitro deve revelar todas as circunstâncias que possam suscitar fundadas dúvidas sobre a sua imparcialidade e independência” (n.º 1 do art. 13.º da LAV).

Acentuando que tal dever é permanente e se mantém durante todo o processo, “o árbitro deve, durante todo o processo arbitral, revelar, sem demora, às partes e aos demais árbitros as circunstâncias referidas no número anterior que sejam supervenientes ou de que só tenha tomado conhecimento depois de aceitar o encargo” (n.º 2 do mesmo preceito).

Quanto ao direito de recusa que qualquer das partes pode exercer, “um árbitro só pode ser recusado se existirem circunstâncias que possam

(4) Lei n.º 63/2011 de 14 de Dezembro (de ora em diante referida como “LAV”).

suscitar fundadas dúvidas sobre a sua imparcialidade ou independência ou se não possuir as qualificações que as partes convencionaram” e “uma parte só pode recusar um árbitro que haja designado ou em cuja designação haja participado com fundamento numa causa de que só tenha tido conhecimento após essa designação” (n.º 3 do apontado preceito).

Não sofre dúvida, porém, que o dever de revelação que incumbe aos árbitros é pautado por critérios que lhe são exteriores: não releva o que o árbitro julgue que possa suscitar dúvidas sobre a sua imparcialidade e independência, mas antes aquilo que o árbitro deva esperar que seja o critério das partes em confronto (“aos olhos das partes”, como é comumente dito). No limite, aplicar-se-á um critério “supra partes” — mas em qualquer caso exterior ao árbitro — baseado numa actuação de um “bom pai de família”.

Por outro lado, o dever de revelação e os fundamentos que levam a concluir pela existência de parcialidade e dependência aplicam-se indistintamente a qualquer tipo de arbitragem submetida à lei Portuguesa. Estão, por isso, ao abrigo dos mesmos cânones as arbitragens domésticas e internacionais, quer envolvam entidades privadas ou públicas.

A internacionalização da arbitragem Portuguesa

5. A novidade legislativa, os concretos contornos dos deveres decorrentes da “imparcialidade e independência” dos árbitros e o seu significado para a comunidade jurídica arbitral Portuguesa foram — e têm sido — alvo de intenso e aprofundado debate.

Com efeito, o tema é recorrente em colóquios, debates e congressos organizados em Portugal. A edição de 2013 da Revista Internacional de Arbitragem e Mediação publicada pela Associação Portuguesa de Arbitragem foi toda ela dedicada a temas ligados ao estatuto dos árbitros, onde a matéria dos conflitos de interesses não passou despercebida. Um dos articulistas dessa edição, Agostinho Pereira de Miranda, produziu em título a sublimação do tema — “Investir em virtude: dever de revelação e processo de recusa do árbitro”⁽⁵⁾ — título esse cuja antinomia serve de mote ao presente trabalho.

(5) *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Vol. VI — 2013, Almedina.

Sem preocupação de analisar agora com exaustão e rigor, pode-se no entanto recolher uma ideia que perpassa por todas estas iniciativas e abordagens: a de que a jurisdição Portuguesa caminha — e deve caminhar — na direcção da sua internacionalização e acompanhar o passo da evolução verificada nas mais importantes jurisdições arbitrais estrangeiras. Este aspecto não pode de forma alguma ser descurado.

A internacionalização arbitral Portuguesa é, assim, um desígnio que está inexoravelmente em marcha, assentando nas ideias e revelando-se nos fenómenos que se narram.

6. Entre outros, o fenómeno de *internacionalização arbitral Portuguesa* assenta na ideia de uma localização geográfica conveniente. Portugal é visto como a porta para Europa para quem vem das Américas e de África. A ligação umbilical linguística a países como o Brasil e Angola reforça essa ideia.

Por outro lado, anualmente crescem e repetem-se eventos dedicados à arbitragem nos quais participam especialistas de renome internacional, incluindo académicos e arbitralistas Brasileiros, Angolanos e Moçambicanos que se unem à comunidade arbitral Portuguesa. O Congresso Anual do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa e os “Encontros de Coimbra” encontram-se já sedimentados no panorama internacional e, em especial, nos países de língua oficial Portuguesa.

Em sentido inverso, são vários os académicos e arbitralistas Portugueses que se deslocam ao estrangeiro para aí divulgar a cultura e práticas arbitrais de Portugal, sendo o Brasil e Angola dois países especialmente “importadores” do contingente Português.

Várias obras académicas e científicas destes países são publicadas em simultâneo nos diversos territórios, encontrando-se também a crescer o número de materiais de divulgação (artigos e “blog posts”) da arbitragem e arbitralistas portugueses em países anglófonos, francófonos e, como não poderia deixar de ser, nos países da língua de Cervantes.

7. Este esforço de internacionalização tem também sido acompanhado pelas instituições que administram arbitragens, havendo pelo menos dois centros que dispõem de toda a sua informação em inglês (incluindo as suas regras de arbitragem) e que administram também casos em língua

Inglesa: o Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa e o Arbitrare⁽⁶⁾.

A Associação Portuguesa de Arbitragem promoveu também a tradução, para diversas línguas, da nova Lei da Arbitragem Voluntária⁽⁷⁾ e tem também o seu website disponível em versão inglesa.

Vários escritórios de advocacia local promovem igualmente esse movimento, recebendo e recrutando juristas de língua nativa estrangeira e/ou promovendo acções de “secondment” dos seus advogados em firmas estrangeiras. Regularmente, advogados e especialistas em arbitragens comparecem em encontros e eventos da mais variada espécie em terras que à partida lhes seriam linguisticamente mais hostis. Os anos de 2017 e 2018 assistiram à participação de equipas de universidades portuguesas no já famoso *Vis Moot* que decorre todos os anos em Viena, feito este que, muito embora não se assemelhe à participação de universidades Brasileiras, é no entanto assinalável.

Em suma e repisando a ideia anteriormente deixada, em Portugal assiste-se a um esforço verdadeiramente hercúleo de internacionalização da sua arbitragem.

Regulação Deontológica e a incorporação das “IBA Guidelines”

8. Tal esforço foi naturalmente acompanhado de iniciativas de regulação de vários aspectos da arbitragem. Sem abordar agora todas⁽⁸⁾, uma suscita particular atenção: a regulação dos conflitos de interesses dos árbitros ou, se quisermos usar uma maior abrangência, o “Código Deontológico” do árbitro.

As regras “deontológicas” aplicáveis à actividade dos árbitros na resolução de litígios são, como não poderia deixar de ser, uma constante preocupação de todas as instituições que administram arbitragens. Contudo, não tem sido uniforme o movimento de “codificação” nesta área. Com efeito, nem todas as instituições promulgaram ou adoptaram expressamente um código de conduta (“Code of Ethics”).

(6) Centro de Arbitragem para a Propriedade Industrial, Nomes de Domínio, Firms e Denominações.

(7) Cf. Lei da Arbitragem Voluntária acessível em <<http://arbitragem.pt/legislacao/>>, acedido em 27 de Abril de 2017.

(8) A título de exemplo, o “Centro de Arbitragem Comercial” de Lisboa, aprovou regras alinhadas com os padrões internacionais em algumas áreas importantes: nomeação de árbitros em arbitragens “ad hoc”, arbitragens expeditas e árbitro de emergência.

A título de exemplo, as regras de instituições como a DIS (Alemanha), SCC (Estocolmo), ICSID (Washington), ou mesmo arbitragens administradas sob a égide das “Swiss Rules” (as Swiss Rules of International Arbitration da “Swiss Chambers’ Arbitration Institution”), não contêm qualquer referência a um “Code of Ethics”. Outras instituições, porém, adotaram um tal código de conduta: ICC, Chartered Institute of Arbitrators (CI Arb), American Arbitration Association (AAA), Singapore International Arbitration Centre (SIAC), Judicial Arbitration and Mediation Services (JAMS), European Court of Arbitration (ECA), Camare Arbitrale Milano (CAM), Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC), China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC), a GAFTA, a Brasileira CONIMA, o CAM-CCBC (“Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá”), o Club Español del Arbitraje e o Kuala Lumpur Regional Centre for Arbitration⁽⁹⁾.

Dos casos em que não se verificou a “codificação” aqui referida, foi considerado suficiente o quadro legal existente aplicável ao exercício da actividade e profissão de árbitro (nomeadamente para o tema que aqui nos interessa). Nos restantes casos, a regulamentação promulgada abrange

⁽⁹⁾ Podem consultar-se os seguintes documentos: The ICC Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration under the ICC Rules of Arbitration — <<https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/03/ICC-Note-to-Parties-and-Arbitral-Tribunals-on-the-Conduct-of-Arbitration.pdf>>; The Chartered Institute of Arbitrators Code of Professional and Ethical Conduct for Members — <<http://www.ciarb.org/docs/default-source/ciarbdocuments/guidance-and-ethics/practice-guidelines-protocols-and-rules/code-of-professional-and-ethical-conduct-october-2009>>; The Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes (American Arbitration Association) — <https://www.adr.org/aaa/ShowProperty?nodeId=/UCM/ADRSTG_003867>; The Singapore International Arbitration Centre Code of Ethics for an Arbitrator — <<http://www.siac.org.sg/our-rules/code-of-ethics-for-an-arbitrator>>; The Judicial Arbitration and Mediation Services JAMS Arbitrators Ethics Guidelines — <<https://www.jamsadr.com/arbitrators-ethics/>>; EUROPEAN COURT OF ARBITRATION, Arbitrators Code of Ethics — <<http://cour-europe-arbitrage.org/archivos/documentos/8.pdf>>; Camara Arbitrale Milano (CAM) CODE OF ETHICS OF ARBITRATORS — <<http://www.camera-arbitrale.it/en/Arbitration/Arbitration+Rules/Code+of+ethics.php?id=104>>; The Hong Kong International Arbitration Centre — Code of Ethical Conduct — <<http://www.hkiac.org/arbitration/arbitrators/code-of-ethical-conduct>>; The China International Economic and Trade Arbitration Commission, Code of Conduct for Arbitrators — <<http://www.cietac.org/index.php?m=Page&a=index&id=113&l=en>>; The GAFTA RULES AND CODE OF CONDUCT FOR QUALIFIED ARBITRATORS AND QUALIFIED MEDIATORS, <http://www.gafta.com/write/MediaUploads/Arbitration/RULES_AND_CODE_OF_CONDUCT_FOR_QUALIFIED_ARBITRATORS_AND_QUALIFIED_MEDIATORS.pdf>; Code of Ethics of the Brazilian CONIMA — National Council of Mediation and Arbitration Institutions — <http://www.cbma.com.br/us/codigo_de_etica>; Código de Ética do CAM-CCBC — <<http://www.ccbc.org.br/Materia/1384/codigo-de-etica-do-arbitro>>; Recomendaciones del Club Español del Arbitraje relativas a al Independencia e Imparcialidade de los Árbitros — <http://www.clubarbitraje.com/sites/default/files/recomendaciones_0.pdf>; Code of Conduct for Arbitrator of the Kuala Lumpur Regional Centre for Arbitration <<https://klrca.org/uploads/imguploadckc691e4fc>>

matérias tão díspares como a condução do processo, os honorários e, como não poderia deixar de ser, os deveres de imparcialidade e independência.

Contudo, de todos os casos de “Code of Ethics” anteriormente citados, apenas um operou um fenómeno que poderei designar de “incorporação” ou “importação” das “IBA Guidelines”⁽¹⁰⁾, mandando dar relevo a estas linhas orientadoras quando se trate de interpretar, integrar e aplicar as disposições do apontado conjunto normativo.

Esse caso é o do Kuala Lumpur Regional Centre for Arbitration, que no n.º 2.1 do seu “Code of Conduct for Arbitrator determina que,

“The International Bar Association (IBA) Guidelines on Conflict of Interest will be a point of reference in determining the disclosure requirement and whether an Arbitrator is conflicted”.

9. Para além deste caso isolado no panorama internacional, em Portugal verifica-se a existência de três exemplos do apelidado fenómeno de “incorporação”.

O primeiro consiste no Código Deontológico do Árbitro das arbitragens submetidas ao Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa (Centro de Arbitragem Comercial):

“O presente Código Deontológico deve ser interpretado e integrado tendo presente as Directrizes da International Bar Association relativas a Conflitos de Interesses em Arbitragem Internacional” — n.º 3 do art. 1.º do “Código Deontológico”⁽¹¹⁾.

Também o “Arbitraré”⁽¹²⁾ e a Associação Portuguesa de Arbitragem⁽¹³⁾ aprovaram Códigos Deontológicos contendo disposições decalcadas da anteriormente citada.

A par de Kuala Lumpur, Portugal contém assim três casos de “incorporação” ou “importação” das “IBA Guidelines.

Porém, a designação dada pode parecer inapropriada à primeira leitura.

10. Na verdade, os preceitos deontológicos invocados não dizem rigorosamente isso. Afirmam antes que, na “interpretação e integração” deve ter-se “presente” as “Guidelines” (ou que estas são um “point of reference”).

Essa “incorporação” ou “importação” decorre, no entanto, do sentido com que tais “Guidelines” forem recebidas na comunidade a que se destinam.

Foi por essa razão que este autor, na ocasião da aprovação dessa medida pelo “Centro de Arbitragem Comercial” de Lisboa, questionou a bondade da mesma⁽¹⁴⁾.

Não que houvesse — ou haja — qualquer relutância em relação às “Guidelines” em si mesmas. Neste aspecto, cumpre reforçar que adiro em absoluto à existência, pertinência e conteúdo das “IBA Guidelines”.

O problema reside noutro lado, como tive ocasião de escrever: por um lado, poderia (e pode ainda) existir uma tendência para cristalizar normativamente as “Guidelines” e aplicá-las matematicamente; por outro lado, a sua aplicação pode ser potencialmente inadequada a comunidades arbitrais pequenas, como a Portuguesa, onde é praticamente impossível evitar a existência de relações pessoais mais ou menos estreitas entre os diversos atores.

Esta visão acabou por ser criticada como “paroquial”⁽¹⁵⁾, mas o certo é que a comunidade arbitral Portuguesa é realmente assim e a “pool” de especialistas é na verdade limitada.

11. Para ilustrar as dificuldades que, no plano dos conflitos de interesses, decorrem destas características da jurisdição Portuguesa, atente-se na solução legislativa encontrada para alguns tipos de litígios emergentes de direitos de propriedade industrial quando estejam em causa medicamentos de referência e medicamentos genéricos.

Tendo em vista o descongestionamento dos tribunais administrativos, o legislador Português instituiu um sistema de arbitragem necessária através da Lei n.º 62/2011, de 12 de Dezembro de 2011.

⁽¹⁰⁾ Mais rigorosamente, as “IBA Guidelines” on Conflicts of Interest in International Arbitration”, na sua versão de 2014 e que poderão ser acedidas em <http://www.ibanet.org/ENews_Archive/IBA_July_2008_ENews_ArbitrationMultipleLang.aspx>, último acesso em 28 de Abril de 2017.

⁽¹¹⁾ O Código encontra-se acessível em <http://centrodearbitragem.pt/images/pdfs/Legislaçao_e_Regulamentos/Regulamento_de_Arbitragem/Codigo_Deontologico_2014.pdf>, último acesso em 28 de Abril de 2017.

⁽¹²⁾ Cf. Código Deontológico do Árbitro em arbitragens submetidas ao “Arbitraré” acessível em <https://www.arbitrare.pt/sub_regulamentos.php?id=47&sbid=59>, último acesso em 28 de Abril de 2017, que se encontra também publicado e comentado por Sofia Martins, na “Lei da Arbitragem

Ao fazê-lo, talvez não tivesse prestado suficiente atenção ao facto de os especialistas em tal matéria serem em número reduzido. Ao mesmo tempo, o legislador deixou o sistema de arbitragem totalmente ao abrigo da autonomia privada, não tendo tornado obrigatório o recurso a instituições arbitrais que de alguma forma pudessem organizar e manter listas de árbitros especializados neste tipo de litígios e assim mitigar o risco de percepção de “distorções”⁽¹⁶⁾.

Ao fim de cinco anos de vigência do citado diploma legal, foi já sugerido que os números de casos submetidos a esta arbitragem ultrapassam o milhar, verificando-se igualmente um elevado teor de concentração dos mesmos em algumas (poucas) sociedades de advogados.

Como resultado não totalmente inesperado, os árbitros especializados e disponíveis viram o seu “case load” aumentar exponencialmente. Também sem qualquer surpresa, os “conflitos sobre conflitos de interesses” aumentaram.

É o que se verá já no primeiro dos casos que aqui abordo para analisar a experiência nos tribunais Portugueses a propósito da intersecção entre os problemas de conflitos de interesses dos árbitros e as “Guidelines”.

Os pedidos de recusa de árbitros e as “Guidelines” nos Tribunais Portugueses

12. De facto, a situação chegou a assumir alguns contornos exagerados: em 2015 o Tribunal da Relação de Lisboa decidiu o caso em que um só árbitro, nos três anos anteriores, havia sido nomeado pela mesma sociedade de advogados em 50 arbitragens, sendo que em 19 delas havia sido nomeado pela mesma parte⁽¹⁷⁾.

Nessa ocasião, o Tribunal da Relação de Lisboa não teve qualquer hesitação em socorrer-se das “IBA Guidelines”:

“A nível internacional relevam especialmente as Diretrizes da IBA relativas a Conflitos de Interesses em Arbitragem Internacional, aprovadas em 22/05/2004 pelo Conselho da *Internacional Bar Association* (IBA), e revistas em 23/10/2014, que, apesar de não terem carácter vinculativo, estabelecem um conjunto de princípios relativos à imparcialidade, independência e dever de revelação dos árbitros, orientadores nesta

Voluntária Anotada”, 3.ª ed., 2017, Almedina, pp. 187 e ss.

⁽¹³⁾ Cf. Código Deontológico do Árbitro da “APA” acessível em <<http://arbitragem.pt/projetos/cda/2014-04-11-cda.pdf>>, último acesso em 28 de Abril de 2017.

matéria, onde consta, desde logo, o dever do árbitro ser imparcial e independente e o dever de revelação das circunstâncias que aos olhos das partes possam suscitar dúvidas quanto à imparcialidade e independência do árbitro (cf. (1) Princípio Geral (1) e (3) Divulgação pelo Árbitro)⁽¹⁸⁾.

O Tribunal não deixou de olhar para as listas das várias situações que são exemplificadas nas “IBA Guidelines” sob cores vermelha, amarela e verde. E, na verdade, neste caso não haveria seguramente uma qualquer “guideline” ou orientação que resistisse a tamanha repetição de nomeações, sendo apropriado afirmar que só com uma grande dose de criatividade plástica o tribunal estadual poderia ter uma visão daltónica dos factos e considerar não existir conflito de interesses.

13. Seja como for, o recurso às “IBA Guidelines” pelos Tribunais Portugueses não havia sido uma novidade, sendo interessante dar aqui conta dos casos em que este instrumento de “soft law” foi referenciado nas decisões judiciais.

Em 2011 e ainda no domínio da “LAV” de 1986, o Supremo Tribunal de Justiça teve ocasião de abordar o tema da validade de uma cláusula de arbitragem em que se previa, *inter alia*, que os árbitros seriam nomeados nos seguintes termos:

“Numa primeira abordagem, serão árbitros por parte do Primeiro Outorgante o seu advogado e um representante da fiscalização da empreitada e por parte do Segundo Outorgante o seu advogado e um engenheiro responsável pelo acompanhamento técnico da obra.

Se, por essa via, não for obtida uma resolução maioritária, o desempate será obtido por intervenção de um quinto árbitro escolhido por acordo dos quatro ou, se não houve acordo nessa nomeação, indicado pelo Tribunal Arbitral de Centro de Arbitragem da Associação dos Industriais da Construção Civil e Obras Públicas, e caso este não se pronuncie, pelo Tribunal da Relação do Porto, como previsto na lei que regula a arbitragem voluntária”.

Ou seja, era aqui claro que os árbitros nomeados por cada uma das partes (dois por cada uma delas) seriam sempre e em qualquer caso delas dependentes, porque por elas contratados para outras actividades que não a resolução de diferendos (advogado e fiscal de obra).

Nesta ocasião, o Supremo Tribunal de Justiça considerou que não estariam assegurados os princípios de independência e imparcialidade da maioria do tribunal, tendo tido oportunidade de invocar as “IBA Guideli-

(14) Cf. DUARTE GORJÃO HENRIQUES, *Incorporating IBA Guidelines Into A “Code of Ethics”*:

nes”, na versão vigente à data (2004), concluindo que não podem ser nomeados árbitros onde exista uma “identidade entre o árbitro e a parte”, o que manifestamente se verificava na situação em juízo⁽¹⁹⁾.

14. Apreciando um caso ainda submetido à “LAV” de 1986, mas já no ano de 2014, o Tribunal da Relação do Porto julgou uma situação muito idêntica à anterior, tendo considerado que haveria que conjugar as disposições da “LAV” e do regime de impedimentos e escusas dos magistrados com “*outras fontes não legais, tais como a Lei Modelo da UNCITRAL, as Rules of Ethics da IBA, e o Código Deontológico da APA*”.

Ao considerar tais “fontes”, o Tribunal da Relação concluiu, em sumário auto-explicativo da situação que se lhe havia sido colocada para decisão, que

“O facto de o árbitro, nomeado pelas demandantes, e de o respetivo mandatário, fazerem ambos parte da administração de uma instituição bancária (um como presidente do conselho fiscal e outro como presidente executivo), instituição esta da qual duas das demandantes são as suas maiores acionistas, configura um caso de objetivo conflito de interesses, pondo em causa a sua independência”⁽²⁰⁾.

15. Em 2015, o Tribunal da Relação de Lisboa decidiu um caso que se pode considerar um sucedâneo daquele que havia sido decidido em março desse mesmo ano (o famoso caso das cinquenta nomeações). E digo que é um sucedâneo porque respeita ao mesmo árbitro e ao mesmo tipo de litígios.

Nesse caso, a parte recusante (a demandada) veio invocar justamente o facto de tal árbitro ter sido nomeado por variadíssimas vezes pela mesma sociedade de advogados, em litígios respeitantes à mesma patente, envolvendo substancialmente o mesmo tipo de interesses, tendo o dito árbitro recusado previamente proceder a tal revelação.

O Tribunal da Relação considerou que a participação de tal árbitro “*por duas vezes em arbitragens cujo objecto reside na substância activa aqui em litígio e dezenas de vezes em outras arbitragens em que também se visava dirimir conflitos entre titulares de patentes e pedidos de comercialização dos chamados genéricos baseados na mesma substância activa,*

A Step Too Far?, em Kluwer Arbitration Blog, *post* de 31 de Janeiro de 2014, acessível em <<http://kluwerarbitrationblog.com/2014/01/31/incorporating-iba-guidelines-into-a-code-of-ethics-a-step-too-far/>>, último acesso em 28 de Abril de 2017.

⁽¹⁵⁾ Cf. MICHAEL McILWRATH, *A Step in the Right Direction — Why National Arbitration Institutions Will Benefit from Adopting International Ethics Standards*, em Kluwer Arbitration Blog, *post* de 1 de Fevereiro de 2014, acessível em <<http://kluwerarbitrationblog.com/2014/02/01/a-step-in-the->

obrigava o “recusado” a “revelar previamente” as posições que já tomara, anteriormente, sobre a mesma matéria ou afins”⁽²¹⁾.

O Tribunal, depois de ponderar o resultado de várias regras sobre a independência e imparcialidade dos árbitros (entre as quais as “IBA Guidelines”), veio a considerar que a falta de revelação prévia das circunstâncias atrás mencionadas foi a sua *“falha, na medida em que, só após a decisão proferida no Acórdão desta Relação de Lisboa, de 24-3-2015, (...) veio comunicar a recusa aí declarada, precisamente, alicerçada no não cumprimento do analisado dever de revelação”*.

Consciente das particularidades da comunidade jurídica-arbitral Portuguesa, o Tribunal da Relação de Lisboa “colocou o dedo na ferida”, anotando que essa falta de revelação implicou que,

“aquilo que podia ser uma “mais-valia” em termos de conhecimentos técnicos revelados pelo árbitro posto em causa, redundou numa “suspeição” aos “olhos da demandada”, por entender que dessa omissão poderá aferir-se a existência dum interesse coincidente entre o árbitro e a parte que o indicou, contagiando objectivamente a sua independência e imparcialidade”⁽²²⁾.

Concluiu assim, decidindo, que

“Não tendo o Ex.^{mo} Árbitro recusado divulgado, aquando da sua indigitação ou nomeação, as suas anteriores participações em arbitragens idênticas ou similares, bem como o parecer emitido ou quaisquer outras actividades profissionais relacionadas com o mesmo tema, incorreu o mesmo na violação do dever de revelação, susceptível de criar fundadas dúvidas sobre a sua independência e imparcialidade “aos olhos da demandada””.

As “IBA Guidelines” nos Tribunais Administrativos

16. Em Portugal não têm sido raros os casos de arbitragens de litígios no domínio do direito administrativo (relativos, sobretudo, a concessões de infra-estruturas e serviços públicos), nos quais estiveram envolvidos o Estado Português e/ou outras entidades colectivas de direito público. Tais arbitragens estão genericamente submetidas à “LAV” de 2011 e os “tribunais estatais de apoio” são os administrativos⁽²³⁾.

right-direction-why-domestic-arbitration-institutions-will-benefit-from-adopting-international-ethical-standards/>, último acesso em 28 de Abril de 2017.

Também neste domínio se verificaram pedidos de recusa (“challenge”) de árbitros e também aqui os tribunais administrativos não ignoraram as “IBA Guidelines”. Porém, estes tribunais fizeram-no de forma diametralmente oposta.

Efectivamente, é precisamente a partir destes Tribunais Administrativos que se começa a sentir uma certa “rebeldia” que a comunidade jurídica-arbitral Portuguesa (ou pelo menos uma parte dela) empresta aos instrumentos da chamada “soft law”. Vozes críticas das mesmas parecem terem encontrado eco nestes tribunais.

17. Com efeito, num primeiro caso, o Tribunal Central Administrativo Sul veio dar relevo às ditas regras de “soft law” (e especificamente às “IBA Guidelines”) apenas para concluir que as mesmas não servem a Portugal.

Nesse primeiro caso estava em crise uma situação em que o árbitro nomeado pela parte demandante havia ocupado o cargo de “vice-presidente” da assembleia geral de accionistas da entidade bancária financiadora e sócia da concessionária (demandante)⁽²⁴⁾.

Após considerar que “(...) *no domínio da soft law assumem relevância as Guidelines da IBA (International Bar Association — associação fundada em 1947 com sede em Londres) sobre Conflitos de Interesse em Arbitragem Internacional, aprovadas em 2004 e objecto de revisão em 2012/2014 (...)*”, o Tribunal Central Administrativo Sul postulou que delas não se retirava qualquer contributo.

Decidindo o pedido de recusa de árbitro, o Tribunal Central Administrativo Sul concluiu que “*a titularidade da situação jurídica de vice-presidente da mesa da assembleia-geral da entidade bancária financiadora e accionista da concessionária do “TGV” por parte do árbitro designado pela demandante, por si só, constitui um facto juridicamente irrelevante para fundamentar o juízo conclusivo, pela negativa, de fundadas dúvidas sobre a independência objectiva (do árbitro relativamente à parte que o designou) e imparcialidade subjectiva (favorecimento da parte pelo árbitro que o designou)(...)*”⁽²⁵⁾.

(16) Tal como acontece, por exemplo, com o “Hong Kong International Arbitration Centre” que dispõem de uma lista de árbitros especializados em matérias de propriedade intelectual.

(17) Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 24 de Março de 2015, acessível em <www.dgsi.pt>, último acesso em 28 de Abril de 2017.

Contudo, não chegou a tal desiderato sem ter deixado uma consideração peculiar. Citando Menezes Cordeiro, o Tribunal salientou

“(…) as cautelas que parte da doutrina evidencia deverem ser tomadas no que respeita às *Guidelines*, pois, para além de serem meras directrizes, como tal, não aplicáveis por si, há que (…) ter em conta as dimensões do [nosso] País. Textos como o das *Guidelines* da IBA foram pensados para arbitragem internacionais, num universo económico e humano sem paralelo no Ocidente Peninsular (…)”⁽²⁶⁾.

18. A crítica às “IBA Guidelines”, no entanto, subiu de tom no caso que se seguiu.

Os factos concretos deste caso não são particularmente cruciais para a análise do tema que aqui abordo — nunca sendo demais notar que o foco deste artigo é a forma como as “IBA Guidelines” têm sido encaradas em Portugal mas não já o seu conteúdo ou os problemas decorrentes dos conflitos de interesses que as mesmas visam “regular”. Em qualquer caso, será interessante referi-los para que se possa ter uma compreensão global da animosidade manifestada pelo Tribunal que decidiu o pedido de recusa de árbitro.

19. Este caso foi decidido pelo Tribunal Central Administrativo Sul, em acórdão datado de 16 de fevereiro de 2017⁽²⁷⁾, podendo ser sumariado como se segue.

Em 2005 teve início um litígio judicial (em Tribunal Administrativo) entre o Município de Lisboa e uma empresa (“Sociedade PM”) criada para a promoção de um projecto imobiliário no centro desta cidade. Esse litígio veio a terminar por acordo entre as partes em 2014, as quais acordaram também num compromisso arbitral para o cálculo da indemnização a pagar pelo Município de Lisboa à “Sociedade PM”.

Anteriormente, a “Sociedade A” e a “Sociedade B” haviam celebrado um contrato nos termos do qual a Sociedade A prometia vender à Sociedade B, e esta por sua vez prometia comprar àquela, as ações representativas do capital social da “Sociedade PM”. Este contrato previa também uma cláusula compromissória destinada a regular eventuais litígios futuros entre essas partes.

Assim, em 2009, a “Sociedade A” iniciou um processo arbitral contra a “Sociedade B” que teve como objecto a condenação desta última no

⁽¹⁸⁾ Cf. *cit.* acórdão.

pagamento do preço acordado para a prometida compra e venda. O tribunal arbitral foi composto pelos árbitros Prof. C, Prof. J e Prof. A.

Nesta “primeira arbitragem”, o Município de Lisboa não teve qualquer intervenção nem tão pouco teve conhecimento dela.

Posteriormente, foi iniciada uma “segunda arbitragem” pela “Sociedade B” contra a “Sociedade A” destinada a rever a anterior decisão arbitral e a condenação de que a “Sociedade B” havia sido objecto⁽²⁸⁾.

O tribunal arbitral foi constituído pelos árbitros Dr. M, Prof. M e Juiz Conselheiro J. Tomando conhecimento dos contornos do litígio, o Árbitro Dr. M (indicado pela parte demandante) proferiu a seguinte declaração:

“pela presente, o declarante afirma, por sua honra, que não se encontra em qualquer situação que nos termos do n.º 1 do art. 13.º da Lei de Arbitragem Voluntária pudesse fundar dúvida sobre a sua imparcialidade e a sua independência”.

Essa acção arbitral veio a ser julgada parcialmente procedente, tendo o Árbitro Dr. M votado favoravelmente. Na respectivo sentença é feita alusão à possível pretensão indemnizatória da “Sociedade B” contra o Município de Lisboa.

É assim que, num momento posterior, surge a “terceira arbitragem” instaurada pela “Sociedade B” contra o Município de Lisboa, ao abrigo do compromisso arbitral que antes havia sido outorgado e a que acima se faz referência⁽²⁹⁾.

Nessa arbitragem foram nomeados árbitros o Dr. M (nomeado pela parte demandante e antes nomeado pela mesma empresa ou grupo de empresas na “segunda arbitragem”), o Dr. L (nomeado pelo demandado) e o Dr. A (presidente).

Esta arbitragem teve como objecto o pedido de condenação do Município de Lisboa a pagar à parte demandante a quantia de € 345.000.000.

Enquanto decorria esta arbitragem, veio a ser proferido acórdão pelo Tribunal da Relação de Lisboa que confirmou a sentença arbitral proferida na “segunda arbitragem” acima mencionada. O Município de Lisboa, tendo consultado o processo no Tribunal da Relação, chegou à conclusão de que o árbitro Dr. M havia participado nessa arbitragem precedente.

De imediato, o Município de Lisboa pediu alguns esclarecimentos a este “terceiro” tribunal arbitral, nomeadamente, a razão pela qual o Dr. M

⁽¹⁹⁾ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de julho de 2017, acessível em <www.dgsi.pt>, acedido em 28 de Abril de 2017.

⁽²⁰⁾ Cf. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 3 de junho de 2014, acessível em <www.dgsi.pt>, acedido em 28 de Abril de 2017.

não tinha revelado que havia sido nomeado árbitro em outras arbitragens envolvendo as mesmas sociedades demandantes, saber se havia alguma relação desse árbitro com as empresas do Grupo da Sociedade B (e seus legais representantes ou acionistas) e se teve conhecimento prévio, em outra arbitragem, de factos relacionadas com a arbitragem então em curso.

Em resposta, o Dr. M limitou-se a afirmar que “não desempenhou nenhuma função para o Grupo da Sociedade B, ou para sócios ou associados seus, nem recebeu, dessas entidades, qualquer benefício patrimonial ou pessoal”.

O “terceiro” tribunal arbitral considerou assim “satisfeito” o requerimento do Município demandado.

Contudo, no âmbito dos esclarecimentos que foram prestados ao “terceiro” tribunal arbitral, o Município de Lisboa ficou a conhecer que o Dr. M havia sido nomeado como árbitro por empresas do Grupo da Sociedade B em pelo menos duas outras arbitragens (uma contra o Município de Tomar e outra contra o Município da Covilhã).

Em face destes elementos, o Município de Lisboa requereu a destituição do árbitro Dr. M.

O tribunal arbitral veio a indeferir tal pretensão sustentado, *inter alia*, não haver qualquer efeito de “contaminação” entre as arbitragens em causa na medida em que o árbitro em recusa não teria utilizado quaisquer conhecimentos obtidos fora do estrito âmbito do processo. Mais referiu o tribunal arbitral que o árbitro Dr. M tem “um perfil de árbitro sénior, muito solicitado, com provas dadas e reconhecidas pelo universo dos especialistas ligados à arbitragem”, pelo que “não põe esse capital em jogo com atuações parciais”.

Mais sustentou o tribunal arbitral que não existiu violação do dever de revelação porque “estamos em face de um árbitro com um círculo muito lato de nomeações, de excelente reputação nos meios municipais e da arbitragem e que foi objeto de duas nomeações, pelo próprio Município Demandado”.

Em face desta decisão do tribunal arbitral, o Município de Lisboa requereu ao Tribunal Central Administrativo Sul que decidisse o competente pedido de recusa de árbitro, tendo este Tribunal Administrativo negado provimento a tal pretensão.

20. Volta a referir-se aqui que o propósito deste texto não é discutir o “fundo da questão” relativa à existência ou não de conflitos de interesses, ou se existem ou não dúvidas sérias que coloquem em causa a inde-

pendência e imparcialidade do árbitro aqui referenciado. O propósito, como se disse, é analisar a forma como os tribunais Portugueses trataram os instrumentos de “soft law”, em concreto as “IBA Guidelines”.

Por isso e para os efeitos da discussão neste texto, não importa aqui desenvolver qualquer apreciação crítica quanto à existência ou não de conflitos de interesses e quanto à alegada violação do dever de revelação.

Em todo o caso, não pode deixar de se observar que todos aqueles que são considerados para nomeação como árbitro e todos os que são nomeados como tal têm a legítima pretensão de se considerarem acima de qualquer suspeita. E a grande esmagadora maioria deles são-no efectivamente, não se duvidando que o árbitro aqui em causa também o seja. No entanto, tal como o adágio diz, à “mulher de César não basta ser, há também que parecer ser séria” — ainda para mais quando estão em causa interesses ligados ao erário público. Por isso, o dever de revelação—cujo cumprimento incumbe ao próprio — tem de ser exercido com um padrão de elevadíssimo rigor e exigência: não basta o que o próprio árbitro julga que poderia colocar em causa a sua independência e imparcialidade, devendo haver um esforço de sobre-elevação até ao patamar daquilo que uma parte, colocada nas mesmas circunstâncias, poderia julgar se a situação lhe fosse colocada. Neste caso, não me parece que esteja em causa tanto o facto de terem existido nomeações anteriores — que seriam, aliás, contrabalançadas com as “contra-nomeações” pela parte recusante, *in casu* o Município de Lisboa que já havia nomeado o árbitro em recusa em outras arbitragens — mas antes a inobservância do dever de revelação da existência dessas anteriores nomeações. Tenho poucas ou nenhuma dúvida que qualquer pretensão de recusa do árbitro ali em discussão cairia por terra tão logo o mesmo revelasse que havia sido nomeado como árbitro em duas anteriores arbitragens pelas empresas demandantes e ... outras tantas pelo Município de Lisboa recusante. Mas o árbitro em causa optou por não revelar essa circunstância. E essa, como afirmou o Tribunal da Relação de Lisboa em 24 de março de 2015, terá sido “a sua falha”.

21. Seja como for, voltando ao tema que motiva este artigo, é importante olhar agora para o acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 16 de fevereiro de 2017. Depressa chegaremos à conclusão que as “IBA Guidelines” foram ela próprias “julgadas” no âmbito da apreciação do caso do árbitro recusado. Nesse desiderato, o Tribunal Administrativo teceu sérias críticas às “Guidelines”.

Seria, talvez, desnecessário ir a tal ponto até porque, lidas convenientemente as “Guidelines”, poder-se-á chegar ao mesmo resultado final uma

vez que, ao fim e ao cabo, esta “guias” não são mais que isso e não obrigam a qualquer solução matemática. Lidas convenientemente, também se poderia chegar à conclusão que elas não são um qualquer subproduto da “common law”, venha ela de Londres ou de Nova Iorque. Já lá irei.

Entretanto e como se disse, o Tribunal Administrativo negou provimento à pretensão do Município de Lisboa, cumulando também um ataque frontal às “IBA Guidelines”⁽³⁰⁾. Nessa decisão, o Tribunal Administrativo começou por notar que as normas da lei Portuguesa são diferentes do “quase-direito de instituições privadas internacionais de arbitragem”, pelo que será necessária cautela por forma a “evitarem injustificadas comparações e importações acríticas de teorias e usos privados estrangeiros, *maxime*, de economias de países com *common law*”.

Considerou depois que “como é sabido, as ordens jurídicas anglo-saxónica e internacional (muito influenciadas pelo direito da *common law* e por formas peculiares — ora pretorianas, ora privatísticas — de criação de normas jurídicas com projeção geral e abstrata) são bem distintas e regem-se por parâmetros e tradições muito diversas das da Europa continental (herdeiras do Direito Romano e da Pandectística alemã). Exemplo disso são as diretrizes eventualmente emitidas por associações internacionais de advogados, que, obviamente aliás, nunca vinculariam o Direito público nacional ou os árbitros não advogados”.

Sendo assim, notou o Tribunal Administrativo que “é, no mínimo, insensato importar para a arbitragem interna ou nacional os usos estrangeiros surgidos no âmbito restrito do comércio internacional ou da vida económica privada de Londres e Nova Iorque” e que o *quase-direito* ou *soft law* provindo da tradição anglo-saxónica (estranha ao direito europeu continental) é especialmente influenciado pela realidade londrina e norte-americana.

(21) Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 29 de setembro de 2015, acessível em <www.dgsi.pt>, acedido em 28 de Abril de 2017.

(22) Cf. citado acórdão.

(23) Cf. n.º 5 do art.º e n.º 2 do art. 59.º da “LAV”.

O Tribunal Administrativo registou depois a “preocupação autorreguladora da entidade privada “I.B.A.” para a arbitragem internacional (...) acriticamente copiada ou importada por alguma doutrina e alguma jurisprudência da Europa continental para a arbitragem nacional”.

Passou depois a salientar que “tais diretrizes privadas da arbitragem internacional não se aplicam na arbitragem nacional” e “muito menos são fonte de direito português”.

“O Estado português e o Direito português da arbitragem nacional ou interna”, diz o Tribunal Administrativo, “não se regem por diretrizes e usos privados da arbitragem internacional ou de entidades, de sociedades, de mercados e de ordens jurídicas anglo-saxónicas e de *common law*”.

22. Analisando depois a situação concreta do árbitro em recusa, o Tribunal Administrativo sublinhou que “o facto de o Dr. M ter sido indicado pelo Grupo da Sociedade B como *seu* árbitro em outras 3 arbitragens só poderá ser sinal de dependência ou parcialidade se tal quantificação for entendida à moda americana ou transnacional privada, em que o objetivo da fixação de um limite numérico exato infundamentado terá necessariamente a ver com a autorregulação (privada) de um mercado concorrencial de arbitragem jurídica voluntária, de modo a que juristas e advogados que sejam “árbitros profissionais” possam viver da arbitragem jurídica”.

E acrescenta: “não vemos outra “racionalidade” no número limite de 2 ou de 3. Por que não 4 ou 5 arbitragens? Por que não em 4 ou 5 anos?”

Termina o Tribunal Administrativo por concluir que “não é possível afirmar, objetiva ou subjetivamente, que 3 ou 4 arbitragens com a mesma parte e o mesmo juiz-árbitro por ela designado, em 2 ou 3 ou anos seguidos, implica por si ou automaticamente um perigo sério de tal árbitro ser dependente e estar do lado da parte que o designou. Há sempre que exigir outras circunstâncias para se obter alguma substância e racionalidade no juízo leve de censura que conduz à recusa ou à destituição”.

O sentido e abrangência das “IBA Guidelines”

23. Esta última conclusão parece acertada (embora, como referi acima, possa estar contaminada pela desconsideração da falta de revelação prévia). O caminho percorrido e, sobretudo, as considerações que se teceram a propósito das “IBA Guidelines” é que estarão um pouco fora de tom.

Não será necessário grande esforço interpretativo e analítico para, lendo as “IBA Guidelines”, se chegar a algumas importantes conclusões.

Desde logo, a promulgação das “Guidelines” não decorre da pressão auto-reguladora de países de “common law”. Na verdade, a “IBA” (International Bar Association) é uma associação privada que conglomerava advogados de todo o mundo. Tem mais de 80.000 membros, representando mais de 190 ordens de advogados e cobrindo 160 países, regendo-se por princípios de participação e envolvimento de todos os seus membros. Em especial, se consultarmos as suas “Guidelines” para conflitos de interesses de árbitros, verificamos que o seu Comité de Redação foi composto por sete membros da “common law”, dez membros da “civil law” e dois de *sistemas híbridos* (por exemplo, o Canadá apresenta aspectos de common law em alguns estados e de civil law noutros). Do grupo alargado (subcomité de conflitos de interesses) constam nove membros da “common law”, sete de *sistemas híbridos* e quinze da “civil law”. Logo, a componente da “common law” não é preponderante. Além do mais, o produto final que as mesmas representam é o resultado da análise de normas e jurisprudência de diversos países, sendo também um reflexo da experiência de diversos especialistas em arbitragem internacional.

Acrescenta-se que o propósito das “IBA Guidelines” não é o de impor uma solução da “common law” mas antes o de potenciar um maior nível de consistência e coerência na apreciação das situações que dão lugar ao dever de revelação e/ou podem dar causa a pedido de recusa de árbitro.

Depois e como consequência, as “IBA Guidelines” contêm dois cenários fundamentais de situações que podem dar origem a “dúvidas sobre a imparcialidade e independência” dos árbitros: um cenário é o aplicável à “revelação” de situações; outro, é o aplicável aos fundamentos da recusa do árbitro. Como será facilmente apreensível, o último é bastante mais rigoroso que o primeiro e, por essa mesma razão, o dever de revelação deve ser mais extenso (deve abranger mais situações) que o âmbito da norma que prevê os factos que poderão dar causa à recusa do árbitro. A revelação, do mesmo passo, protege o árbitro contra futuros pedidos de recusa e diminui o risco de ações de anulação da decisão arbitral.

Finalmente, as “Guidelines” não são “lei”, nem têm pretensão de o ser, não substituindo as normas legais ou as disposições contratuais acordadas pelas partes. Não tendo essa valia e, do mesmo modo, não tendo também carácter exaustivo, não se pode pretender que as mesmas tenham a pretensão de serem aplicadas matematicamente.

Evidentemente que existem situações específicas e concretas que não permitem qualquer variação na apreciação, como parece ser evidente no caso acima indicado em que os árbitros eram o advogado e o representante da parte na fiscalização da obra. Situações existem, em qualquer parte do mundo, em que não se pode pretender que o tribunal é composto por árbitros imparciais e independentes. Nesse sentido, será quase matemática a aplicação da respectiva “guideline”.

Isso, contudo, é algo diferente de se pretender que as “Guidelines” são mais que isso mesmo: guias ou orientações.

Considerações finais

24. Um dos propósitos da decisão do Tribunal Central Administrativo Sul parece ter sido a condenação das “IBA Guidelines” ou, no mínimo, a censura da sua aplicação em Portugal. As considerações atrás tecidas parecem demonstrar que o Tribunal Administrativo não terá ponderado as “guias” em toda a sua real dimensão e não terá também ponderado o efeito da falta de revelação de circunstâncias que, ao olhos das partes, poderiam colocar dúvidas sobre a imparcialidade e independência do árbitro em causa.

25. Seja como for, esta decisão parece também confirmar os receios que manifestei quando questionei a “incorporação” das “IBA Guidelines” nos “Code of Ethics”, em especial no Código Deontológico do Árbitro das arbitragens submetidas ao Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa⁽³¹⁾. A leitura imediata que se faz — que o Tribunal Administrativo parece ter feito — é que a simples referência às Guidelines tem a pretensão de constituir uma verdadeira “importação” e “incorporação”, que parece torná-las imperativas e de aplicação matemática.

Na verdade, o primeiro impulso seria justamente o de considerar que regulações como as “IBA Guidelines” são um instrumento de aplicação objectiva e automática, de carácter cogente e acrítico em relação às particularidades de cada sistema jurídico nacional e que são um produto das

⁽²⁴⁾ O caso tem particularidades que, embora numa versão mais “suave”, trazem à memória o famoso “challenge” apresentado pela República da Argentina contra a Professora Gabrielle Kaufmann-

nações Inglesa e Norte-Americana que pretendem estender o seu poder às restantes nações.

26. Ora, esta decisão revela que a (pelo menos uma parte da) comunidade arbitral Portuguesa, por paroquial ou “acolhedora” que seja, parece que não está ainda totalmente preparada para receber instrumentos de regulamentação que têm em vista o estabelecimento de critérios que são aceitáveis e aceites em múltiplas outras jurisdições. Todos e cada um se considera acima de qualquer suspeita, sem no entanto considerar que os olhos de terceiras pessoas podem captar outras cores. A reacção naturalmente compreensível é a de rejeição.

27. As “Guidelines”, com todo o seu mérito — reforço aqui a minha convicção de que são um instrumento fundamental para o progresso de um país no quadro de uma arbitragem que se pretende internacional — saem assim maltratadas.

O argumento de que tais instrumentos se aplicam apenas a “arbitragens internacionais” não deve merecer acolhimento. Um conflito de interesses como aquele que foi objecto da decisão do Tribunal Administrativo e a falta de cumprimento do dever de revelação que lhe está subjacente, independe da localização geográfica onde o mesmo ocorre e do carácter nacional ou transnacional do litígio onde ocorre.

A opção tomada — “incorporar” as Guidelines no “Code of Ethics” — foi, quanto a mim, questionável.

Mas a existência e utilidade das “Guidelines” não é nem pode ser colocada em cheque, se é que Portugal pretende acompanhar o passo da evolução do cenário arbitral internacional e tornar-se um “hub” de referência internacional.

Espera-se, no entanto, que a jurisprudência do Tribunal Administrativo não se espalhe e que estes casos não signifiquem um “desinvestimento na virtude”.

Nota de actualização

Entretanto, o Decreto Lei n.º 110/2018, de 10 de Dezembro, aprovou o novo Código da Propriedade Industrial e, com ele, eliminou o sistema de arbitragem necessária que antes vigorava para “litígios emergentes de direitos de propriedade industrial quando estejam em causa medicamentos

de referência e medicamentos genéricos”, tal como havia sido aprovado pela Lei n.º 62/2011, de 12 de Dezembro. Espera-se que, agora, o caudal de casos ligados aos conflitos de interesses de árbitros venha a diminuir consideravelmente.

Entretanto, também, o pendor crítico em relação às “IBA Guidelines” veio a estender-se ao Tribunal da Relação de Lisboa que, em acórdão datado de 22 de Janeiro de 2019, veio a decidir que as Guidelines da IBA “são regras norte-americanas, mal adaptadas às regras europeias, sendo úteis como qualquer documento deontológico, não vinculando, no entanto, as partes, a observá-las, e muito menos os árbitros”⁽³²⁾.

É caso para questionar se, na verdade, não estaremos a desinvestir na virtude...

Kohler (ICSID Case No. ARB/03/23, com decisão do tribunal arbitral de 25 de junho de 2008, acessível em <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0262.pdf>>, acedido em 28 de abril de 2017.

⁽²⁵⁾ Cf. Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 30 de agosto de 2016, acessível em <www.dgsi.pt>, acedido em 28 de Abril de 2017.

O PRINCÍPIO DA REVERSIBILIDADE DOS CASINOS PARA O DOMÍNIO PRIVADO DO ESTADO NO TERMO DA CONCESSÃO

Análise, em especial, do caso da concessão do Casino de Lisboa

Por João Pacheco de Amorim⁽¹⁾

SUMÁRIO:

1. O princípio da reversibilidade nas concessões. 2. O regime da reversão, antes e depois do Código dos Contratos Públicos. 2.1. O regime da reversão anterior ao CCP. **2.2.** O regime da reversão no CCP. **3. O regime da reversão para o domínio privado do Estado dos bens afetos ao funcionamento dos casinos no DL n.º 422/89, de 2 de dezembro («Lei do Jogo»).** **4. O progressivo desvirtuamento do princípio da reversão dos bens afetos à concessão de exploração de jogos de fortuna ou azar em casino. 4.1.** A regra que se converte em exceção. **4.2.** Breve resenha da evolução legislativa. **4.3.** O regime transitório do art. 2.º do DL 40/2005. **5. A hipótese de o Estado ter «perdido» a propriedade de todos os casinos «reversíveis», por força da aplicabilidade do regime do art. 27.º da «Lei do Jogo», na sua atual redação, aos contratos de concessão em vigor à data do DL n.º 40/2005. 5.1.** Colocação da questão pela sociedade concessionária do Casino de Lisboa. **5.2.** A interpretação alvitrada pela concessionária e «oficializada» pelo Governo. **5.3.** Posição adotada.

1. O princípio da reversibilidade nas concessões

É um princípio clássico do direito administrativo das concessões, aplicável também à concessão de exploração de jogos de fortuna ou azar

(1) Professor da Faculdade de Direito da Universidade do Porto e Advogado.

em casino⁽²⁾, o da reversibilidade para o domínio privado do Estado, no final da concessão, de todos os bens afetos à concessão, mais precisamente — e nos termos do art. 419.º do Código dos Contratos Públicos (CCP) — da universalidade dos bens móveis e imóveis “indispensáveis ao adequado desenvolvimento das atividades concedidas” e que nessa medida se considerem integrados no estabelecimento correspondente à concessão.

Segundo o n.º 2 do referido artigo do CCP, são abrangidos por tal universalidade quer os bens propriedade do concedente já “existentes à data da celebração do contrato” de concessão, quer os posteriormente “criados, construídos, adquiridos ou instalados pelo concessionário em cumprimento” do mesmo contrato.

O princípio da reversibilidade nas concessões de obras públicas e de serviços públicos está consagrado no art. 425.º, n.os 3 e 4 do CCP, onde, depois da óbvia consagração da gratuitidade da devolução pelo concessionário ao concedente dos bens deste (ou seja, dos já existentes à data da celebração do contrato), mais dispõe o Código que, caso exista uma «cláusula de transferência», e consoante o que, nessa matéria, o contrato dispuser, gratuita também, ou, ao invés, onerosa, será a reversão dos demais bens, designadamente dos bens próprios do concessionário afetos por este à concessão no decurso da execução do contrato.

O princípio da reversibilidade conforma também tradicionalmente o regime de concessão de exploração de jogos de fortuna ou azar em casino, enunciando ainda hoje o primeiro segmento do art. 27.º/2 do DL n.º 422/ /89, de 2 de dezembro («Lei do Jogo») o princípio de que “[o]s casinos integram o domínio privado do Estado ou, quando assim não suceda, são para ele reversíveis (...)”.

Mais determina, especificamente, o art. 23.º do referido diploma («Bens reversíveis para o Estado») a reversão, no termo da concessão, dos bens próprios do concessionário, a saber: (i) de *todos aqueles a afetar à concessão, já existentes ou a adquirir, cuja reversão seja acordada pelas partes no contrato*, mesmo que não sejam indispensáveis e que não se subsumam às categorias indicadas nas alíneas seguintes [dos bens que obrigatoriamente terão que reverter para o Estado uma vez finda a concessão — n.º 1, al. a)]; (ii) dos *bens a adquirir pelo concessionário* no decurso da

(2) Sobre a figura, em geral, do contrato de concessão de exploração de jogos de fortuna ou azar em casino, ver FREITAS DO AMARAL, *O Caso do Tamariz — Estudo de Jurisprudência*, in «O Direito», ano 96, n.os 3 e 4, Lisboa, 1964-65; OLIVEIRA ASCENSÃO & MENEZES CORDEIRO, *Das concessões de Zonas de Jogo*, in «Revista de Direito Público», ano II, n.º 3, 1988, pp. 53 e ss.; PEDRO GONÇALVES, *A Concessão de Serviços Públicos*, Coimbra, 1999, pp. 95-97; e FREITAS DO AMARAL & LINO TORGAL, *Estudos sobre Concessões*, Coimbra, 2002, pp. 531-539.

concessão a fim de serem utilizados para fazer funcionar os casinos respectivas dependências e anexos, o mesmo é dizer, a esta *afetos* e com caráter de indispensabilidade [n.º 1, al. b)]; (iii) das *benfeitorias em bens do Estado* [n.º 1, al. c)]; e (iv) do *material e utensílios de jogos* [n.º 1, al. d)].

Mas vejamos com mais pormenor o regime da reversão nas concessões de obras públicas e de serviços públicas até à data de entrada em vigor do CCP, e depois desta data, assim como o regime da reversão na concessão de exploração de jogos de fortuna ou azar em casino.

2. O regime da reversão, antes e depois do Código dos Contratos Públicos

2.1. O regime da reversão até ao CCP

Como é sabido, até à publicação do DL 18/2008, de 29.01.08, que aprovou o Código dos Contratos Públicos, não existia um regime geral das concessões, designadamente estaduais: cada concessão (estadual) assentava num específico diploma legal, onde se definiam as respetivas bases, sendo a adjudicação em regra precedida de procedimento concursal (conforme de resto se dispunha no art. 183.º do Código do Procedimento Administrativo de 1992 para todos os contratos administrativos).

Pois bem, no regime dos bens próprios do concessionário, era usual a distinção entre os «bens sujeitos à cláusula de transferência» (a transferir para o concedente finda a concessão) e «bens não sujeitos à cláusula de transferência».

Como estas expressões indicam, a categoria dos bens próprios do concessionário (por ele adquiridos e afetados à concessão) que no final seriam transferidos para o concedente *dependia da existência de uma cláusula de transferência* — que podia ser uma simples e obrigatória reprodução do já disposto no diploma legal regulador da concessão (como acontecia no regime especial da concessão de jogos de fortuna ou azar em casino, vulgo «Lei do Jogo») ou uma verdadeira cláusula contratual (cuja existência não era por conseguinte e à partida obrigatória para a entidade pública concedente).

Todavia, a norma, nestes regimes avulsos, era a da transferência dos bens afetos à concessão no final desta (ainda que adquiridos pelo concessionário), traduzindo-se tal prática numa efetivação do *princípio da continuidade dos serviços públicos*: a ideia era (é) que a manutenção de bens —

sobretudo imóveis — na propriedade do concessionário prejudica o Estado na hora da renovação da concessão, por poder este ficar dependente da boa vontade do ex-concessionário. Configurava-se (e configura-se) assim a propriedade destes bens como uma *propriedade temporária e precária*: eles podiam (podem) ser vendidos, hipotecados, etc., etc., sendo todos estes atos inclusive objeto de registo — mas tinham (têm) sempre «geneticamente» um destino especial.

2.2. O regime da reversão no CCP

Como já acima aludimos, o novo regime do Código dos Contratos Públicos (arts. 407.º a 430.º — «Concessões de obras públicas e de serviços públicos») não diverge muito do que anteriormente era norma, limitando-se a consagrar em letra de lei a prática e os princípios jurídicos até então vigentes.

Dispõem os n.ºs 3 e 4 do art. 425.º («Efeitos da extinção do contrato no termo previsto»):

“3 — *No termo da concessão, revertem gratuitamente para o concedente todos os bens deste que integram o estabelecimento da concessão, obrigando-se o concessionário a entregá-los em bom estado de conservação e funcionamento, sem prejuízo do normal desgaste resultante do seu uso para efeitos de execução do contrato.*

4 — *No caso de o contrato prever a **transferência, gratuita ou onerosa**, para o concedente de bens do concessionário afetos à concessão, este é obrigado, no termo do prazo de vigência do contrato, a entregá-los, livres de quaisquer ónus ou encargos, nos termos referidos na parte final do número anterior.”*

Comece por se esclarecer que se nos afigura algo impróprio o uso pelo n.º 3 do art. 425.º do termo «reversão» para designar a devolução pelo concessionário dos bens integrantes do estabelecimento concessionado originalmente pertencentes ao concedente e cujas temporárias utilização e fruição este atribui ao concessionário nos termos fixados no contrato, pois tal conceito é normalmente empregado para assinalar o ser determinada transferência de um bem caracterizada por uma alteração na respetiva propriedade.

Quanto à reversão (propriamente dita) dos bens do concessionário afetos à concessão (ou seja, quanto à transferência da propriedade dos

mesmo bens para o Estado), fica esta, uma vez finda concessão, dependente da existência de uma «cláusula de transferência», a qual, pela importância que apresenta, não pode deixar de estar previamente prevista nas peças do procedimento concursal, mais precisamente no caderno de encargos.

Note-se que, quando a lei refere que a transferência pode ser onerosa ou «gratuita» — assim se limita o Código a dizer, sem especificar qualquer condição —, o adjetivo «gratuita» é uma expressão simplificadora: a reversão nunca é gratuita, por força do princípio do equilíbrio financeiro dos contratos administrativos, apenas se querendo dizer com isso que o concessionário será compensado por outra via⁽³⁾.

Dizem por seu turno os n.ºs 4 e 5.º do art. 419.º («Bens afetos à concessão»):

“4 — O concessionário só pode alienar ou onerar bens próprios essenciais ao desenvolvimento das atividades concedidas mediante autorização do concedente, que deve acautelar a compatibilidade daquela oneração com o normal desenvolvimento das atividades concedidas.

“5 — O concessionário pode alienar ou onerar bens próprios não essenciais ao desenvolvimento das atividades concedidas desde que garanta a existência de bens funcionalmente aptos à prossecução daquelas atividades”.

“6 — Tratando-se de bens abrangidos, nos termos do contrato, por cláusula de transferência, à respetiva alienação ou oneração, é aplicável o disposto no n.º 4”.

A meu ver deverá o n.º 6 ser lido em articulação com os dois números anteriores. Assim, de entre os bens previstos no n.º 5, relativamente aos quais este preceito dispensa, para a respetiva alienação, a prévia autorização do concedente (bastando-se com a obrigação decorrente *ex lege* para o concessionário de este assegurar a existência de bens substitutos dos alienados, ou seja, de bens igualmente aptos, em termos funcionais, aos aspetos não essenciais ou acessórios da atividade concedida), aplica-se o disposto no n.º 4 àqueles que, ainda assim, estiverem abrangidos por cláusula

(3) Obviamente, o equilíbrio financeiro do contrato é definido à partida: mas se qualquer imprevisto que não se reconduza ao risco próprio da atividade concessionada forçar o concessionário a despesas que alterem esse equilíbrio, então terá que haver um reequilíbrio financeiro do contrato à custa do concedente.

de transferência, ou seja, quanto a tais bens é também necessária a autorização ali prevista.

E reza por sua vez o n.º 7.º:

“7 — O concessionário pode tomar de aluguer, por locação financeira ou por figuras contratuais afins, bens e equipamentos a afetar à concessão, desde que seja reservado ao concedente o direito de, mediante contrapartida, aceder ao uso desses bens e suceder na respetiva posição contratual em caso de sequestro, resgate ou resolução da concessão, não devendo, em qualquer caso, o prazo de vigência do respetivo contrato exceder o prazo de vigência do contrato de concessão a que diga respeito”.

Este normativo permite que o concessionário tome de aluguer a terceiros, sem quaisquer ónus, os bens necessários ao desenvolvimento da atividade concedida, tendo aquele tão só que estipular no contrato em causa (i) a transmissibilidade da sua posição contratual para o concedente se a concessão se extinguir antes de expirado o respetivo prazo de vigência, e (ii) uma data de termo do contrato de locação nunca superior à do contrato concessório.

Como se pode ver, a preocupação é a mesma: garantir a continuidade do serviço público qualquer que seja a forma através da qual a concessão se extinga e o momento em que isso aconteça — assegurando este preceito tal continuidade caso a concessão não chegue ao seu termo, e isto em qualquer das hipóteses legalmente previstas de suspensão ou extinção prematura do contrato.

3. O regime da reversão para o domínio privado do Estado dos bens afetos ao funcionamento dos casinos no DL n.º 422/89, de 2 de dezembro («Lei do Jogo»)

Analisemos agora este regime com o devido detalhe.

Comece por se dizer que o diploma agora em causa, diferentemente do CCP, estabelece uma correta distinção conceitual, no conjunto dos bens afetos e a afetar à concessão, entre os bens próprios do concedente afetos à concessão e os bens próprios do concessionário a afetar também à concessão e para aquele (concedente) reversíveis no final da concessão.

Assim, e nos termos do art. 19.º/1, com a adjudicação definitiva são disponibilizados ao concessionário todos os bens propriedade do Estado afetos à concessão, a fim de aquele os utilizar e fruir durante o período de execução do contrato — bens esses que, juntamente com os que o concessionário vier a adquirir e que devam reverter para o Estado no termo da concessão, terão ainda constar de inventário a anexar ao auto de entrega (cf. arts. 20.º e 21.º).

Como vimos acima, está consagrado no primeiro segmento do art. 27.º/2 do DL n.º 422/89, de 2 de dezembro («Lei do Jogo») o princípio de que “[o]s casinos integram o domínio privado do Estado ou, quando assim não suceda, são para ele reversíveis (...)”. Dispõe por seu turno o n.º 1, al. a), do art. 23.º («Bens reversíveis para o Estado») que “[s]ão reversíveis para o Estado: “[o]s bens como tal considerados no contrato de concessão”; e, segundo a alínea b) do mesmo número, também “[o]s bens adquiridos pelas concessionárias no decurso das concessões e que sejam utilizados para fazer funcionar, nos termos legal e contratualmente estabelecidos, quaisquer dependências dos casinos e seus anexos, que sejam propriedade do Estado ou para ele reversíveis”.

Note-se antes do mais que a reversibilidade para o Estado dos bens do concessionário afetos à concessão depende de ser o próprio estabelecimento (o casino) já propriedade do Estado ou de ser para ele (para o seu domínio provado) reversível.

Quanto aos bens previstos na alínea a) no n.º 1 do art. 23.º, trata-se de quaisquer bens, como vimos e por definição *próprios do concessionário* e por este afetos à concessão, cuja reversão para o concedente as partes acordem no contrato, isto mesmo que a lei o não determine.

Diferentemente do que uma leitura apressada poderia sugerir, não faz este preceito depender a reversibilidade dos bens nele referidos (de quaisquer bens afetos à concessão) de uma expressa previsão contratual: ali se previne tão só «à cabeça» a reversão para o concedente de quaisquer bens que as partes acordem no contrato, mesmo que não integrem as categorias discriminadas nas alíneas seguintes (cuja reversão no final do contrato já é, segundo esses mesmos preceitos, imperativa).

No que se refere às categorias de bens identificados nas b), c) e d) do n.º 1 do mesmo art. 23.º, e como se acaba de aludir, serão os bens que a elas se reconduzam sempre reversíveis para o concedente. E procuram os n.ºs 2, 3 e 4 do mesmo artigo assegurar a efetividade da reversão: assim, comina o n.º 2 a sanção de nulidade de “*quaisquer ónus ou encargos*” que se constituam sobre tais bens; e o n.º 3 previne por seu turno que “*no termo da concessão, ainda que em resultado da rescisão da mesma, todos os*

bens referidos na alínea b) do n.º 1 reverterem para o Estado, mesmo quando postos ao serviço normal da exploração através de contratos de aluguer ou de quaisquer outros donde conste cláusula de reserva de propriedade”; e, enfim, obriga o n.º 4 a fazer-se menção, nestes últimos contratos, “de que os bens locados ou cedidos, a qualquer outro título, à concessionária reverterem para o Estado no termo da concessão, sob pena de nulidade”.

Como se pode constatar, este regime é mais rigoroso do que o das concessões de obras e serviços públicos que acima analisámos. O que se pretende com os transcritos números 3 e 4 do art. 23.º — e que aquele outro regime não assegura — é evitar a subtração de bens ao mecanismo da reversão (com efeito, poderia simular-se uma venda com reserva de propriedade, um simples arrendamento ou locação, etc.).

Assim, e para proteger terceiros de boa-fé, o n.º 4 obriga o concessionário adquirente ou locatário/arrendatário a fazer constar de qualquer contrato de aquisição que não tenha por efeito a transferência total e definitiva da propriedade do bem para a sua esfera, ou mesmo de qualquer contrato de locação ou arrendamento, o destino que em qualquer hipótese tal bem terá no termo da concessão (à laia de aviso à contraparte...). Ou seja, este regime, na prática, impede a celebração pelo concessionário de outro tipo de contrato tendente à utilização de bens a afetar à concessão que não de total e definitiva aquisição desses mesmos bens.

Relativamente à nulidade prevista no n.º 2, pode a nosso ver constituir-se um ónus ou encargo sobre um bem reversível para o Estado, desde que os respetivos efeitos operem apenas entre as ambas as partes do contrato gerador desse ónus ou encargo, sem pôr em causa portanto o direito do Estado à plena propriedade do bem no final da concessão — devendo obviamente ter o outro contraente perfeito conhecimento do destino final do bem.

O mesmo é dizer que tais ónus ou encargos caducarão (terão que caducar) uma vez finda a concessão. Isso mesmo resulta a nosso ver dos n.ºs 3 e 4 (que obrigam a uma interpretação restritiva do n.º 2): é possível a celebração de um contrato de compra e venda com reserva de propriedade (ou com qualquer outro ónus ou encargo, acrescente-se, recorrendo aqui à analogia), em que o concessionário figure como comprador e um terceiro como vendedor (n.º 3), desde que seja feita menção no contrato a esse destino final do bem.

Decorre também de uma interpretação conjugada dos n.ºs 2 e 4 do art. 27.º que, caso o outro contraente não conheça a situação do bem sobre o qual se constitui o ónus ou encargo, por não lhe ter o concessionário

dado conhecimento dessa situação (não fazendo designadamente constar do contrato que consagre tal ónus ou encargo o destino que em qualquer hipótese tal bem terá no termo da concessão), a nulidade não afetará então apenas a cláusula geradora do ónus ou encargo, mas todo o contrato.

Assim sendo, e em nossa opinião, ou o outro contraente (por exemplo, um banco financiador em benefício de quem se haja constituído uma garantia hipotecária sobre o imóvel adquirido pelo concessionário ou uma cláusula de reserva de propriedade) prova a sua boa-fé, e todo o contrato é nulo — devendo então o Estado assacar as devidas consequências (rescindindo a concessão ou obrigando o concessionário a celebrar novo contrato sem esse vício) —, ou a contraparte está (também) de má-fé, e então opera segundo cremos o n.º 2, considerando-se nulo e sem efeito apenas o ónus ou encargo que as partes tentaram constituir sobre o bem adquirido.

4. O progressivo desvirtuamento do princípio da reversão dos bens afetos à concessão de exploração de jogos de fortuna ou azar em casino

4.1. A regra que se converte em exceção

Não obstante a manutenção da vigência dos preceitos que se acaba de analisar relativos aos bens afetos à concessão, no que respeita à reversibilidade do estabelecimento (do casino e seus anexos), da qual depende, reitere-se, a reversibilidade também dos bens do concessionário afetos à concessão, as coisas foram tomando, gradualmente, um rumo de desvirtuamento do princípio. E foram tomando esse rumo até chegarmos à atual redação do citado art. 27.º/2: com efeito, logo a seguir à enunciação da regra “[o]s casinos integram o domínio privado do Estado ou, quando assim não suceda, são para ele reversíveis”, foi introduzida pelo DL n.º 40/2005, de 17 de fevereiro, a ressalva de que, afinal, *isso apenas sucederá se vier a ser determinado por decreto-lei ou pelo regulamento do concurso* — o que esvazia a (suposta) regra, tornando-a (e por arrastamento o disposto no art. 27.º)... exceção!

De algum modo, e se nos abstrairmos das particularidades desta específica modalidade de concessão (que apontam, todas elas, para um regime mais severo), pode-se justificar tal evolução, no sentido de uma harmonização com o regime da reversão nas concessões reguladas no Código dos

Contratos Públicos. Assim, também na concessão de exploração de jogos de fortuna ou azar em casino se passa a exigir, para a reversão dos bens imóveis e móveis adquiridos, construídos e/ou instalados pelo concessionário (o mesmo é dizer, do casino propriamente dito e, por arrastamento, dos bens móveis do concessionário afetos à atividade concedida), uma «cláusula de transferência» que terá que estar prevista nas peças do procedimento⁽⁴⁾ (ou em decreto-lei).

Mas procedamos a uma breve recapitulação das modificações que a «Lei do Jogo» foi sofrendo nas últimas décadas quanto a este específico aspeto, tendo presente que foram introduzidas alterações à versão originária do art. 27.º do DL 422/89, de 2 de dezembro, sucessivamente, pelo DL n.º 10/95, de 19 de janeiro e pelo DL n.º 40/2005, de 17 de fevereiro.

4.2. Breve recapitulação da evolução legislativa

Disponha a versão originária do art. 27.º, n.º 1, do DL 422/89 («Lei do Jogo») o serem os casinos, salvo casos excecionados, “*estabelecimentos do património privado do Estado ou para ele reversíveis, por este afetados à exploração e prática dos jogos de fortuna ou de azar e atividades complementares, em regime de concessão, nas condições estabelecidas no presente diploma (...)*».

Na hipótese de os casinos (leia-se universalidade de bens móveis e imóveis afetos à concessão de jogo no local autorizado para o exercício da atividade reservada — cf. arts. 22.º e 23.º) não pertencerem ao domínio privado do Estado, consagrava pois o n.º 1 do art. 27.º do DL 422/89 a regra da respetiva reversão para este acervo dominial no termo da concessão, sem qualquer exceção.

Não continha por conseguinte este diploma qualquer norma similar à do atual n.º 2 do mesmo artigo (redação do DL 40/2005, de 12.02), que condiciona agora tal reversão a uma expressa previsão no regulamento de abertura

⁽⁴⁾ A «Lei do Jogo», nessa parte redigida anteriormente ao CCP (mais precisamente em 2005) — num momento em que não estava ainda «normativizado» o esquema bipartido das regras do procedimento, entre «programa do concurso» e o «caderno de encargos» — refere a necessidade da previsão da reversibilidade, genericamente, no «regulamento do concurso». Mas deve hoje entender-se que a chamada «cláusula de transferência» deverá constar do caderno de encargos — pelo menos desde que, a partir de 2015, com as alterações introduzidas ao art. 10.º pelo DL n.º 64/2015, de 29 de abril, aí se fixou a regra (que não contempla exceções) da atribuição da concessão mediante concurso público ou concurso limitado por prévia qualificação, de acordo com o regime do CCP relativo a estes dois específicos procedimentos.

de concurso ou em decreto-lei: apenas se previa genericamente no art. 10.º, n.º 2 a possibilidade de o Governo, «*em casos especiais devidamente justificados, adjudicar a concessão independentemente de concurso público, estabelecendo em decreto-lei as obrigações da concessionária*», podendo em tese, e por definição, tal decreto-lei afastar a regra da reversibilidade⁽⁵⁾.

A primeira alteração a este diploma (levada a cabo pelo DL 10/95, de 19.01) veio assim acrescentar às demais disposições do art. 27.º um preceito que já contemplava a possibilidade de exceções à regra da reversão: era ele um aditado n.º 3.º ao referido artigo, o qual dispunha que, «*[s]em prejuízo do disposto no n.º 1, o decreto regulamentar a que se refere o art. 11.º, ao determinar a abertura do concurso*», poderia: (...) b) *Determinar que os casinos que não sejam do domínio privado do Estado não venham a reverter para este no termo da concessão*».

Finalmente, o DL 40/2005 desfere a machadada final na regra da reversão, com a novíssima (e ainda vigente) redação dada ao art. 27.º da «Lei do Jogo», rezando agora o novo n.º 2 deste artigo que «*[o]s casino integram o domínio privado do Estado ou, quando assim não suceda, são para eles reversíveis, no termo da concessão, sempre que tal seja determinado por decreto-lei ou pelo decreto-regulamentar a que se refere o art. 11.º*».

Reitere-se, as coisas agora invertem-se, pese a aparência do contrário, pois a norma é capciosa: começa por afirmar solenemente a tradicional regra da reversão, para... desmenti-la logo de seguida, tornando-a exceção.

4.3. O regime transitório do art. 2.º do DL 40/2005

Importa finalmente ter presente o art. 2.º do referido DL 40/2005, e que diz o seguinte: «*As alterações às normas do Decreto-Lei n.º 422/98, de 2 de Dezembro, com a redação que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 10/95, de 19 de Janeiro, efetuadas pelo presente diploma, aplicam-se a todos os contratos de concessão em vigor*».

Pois bem, as repercussões da articulação deste regime transitório com a nova redação do art. 27.º, são (podem ser, segundo uma interpretação já aventada) extremamente gravosas para o interesse público e para o património do Estado, como melhor veremos a seguir.

(5) Recorde-se que esta previsão desapareceu entretanto do diploma, prevendo hoje como vimos o art. 10.º, na redação que lhe foi dada pelo DL n.º 64/2015, de 29 de abril, a regra sem exceção da atribuição da concessão mediante concurso público ou concurso limitado por prévia qualificação.

5. A hipótese de o Estado ter «perdido» a propriedade de todos os casinos «reversíveis», por força da aplicabilidade do regime do art. 27.º da «Lei do Jogo», na sua atual redação, aos contratos de concessão em vigor à data do DL n.º 40/2005

5.1. Colocação da questão pela sociedade concessionária do Casino de Lisboa

- a)** A atribuição à Estoril Sol SA do direito de exploração de um novo casino a instalar na cidade de Lisboa

A hipótese da aplicabilidade do regime do art. 27.º da «Lei do Jogo», na sua atual redação, aos contratos de concessão em vigor foi suscitada no ano de 2008 pela concessionária dos Casinos do Estoril e de Lisboa, a Estoril Sol, SA, nos termos que abaixo se explanarão.

Mas procedamos, antes do mais, a uma breve síntese do historial e do contexto jurídico do alargamento desta concessão.

Na sequência da renovação da concessão de exploração de jogos de fortuna ou azar na zona de jogo do Estoril, operada em 2003 por força do Decreto-Lei n.º 15/2003, de 30 de janeiro, adquiriu a Estoril Sol, SA o direito de explorar um segundo casino na zona concessionada: não só o à época já existente Casino do Estoril, mas também um futuro «Casino de Lisboa», a instalar na capital, no «Parque das Nações», mais precisamente no edifício denominado «Pavilhão do Futuro», adquirido pela concessionária para esse específico fim⁽⁶⁾.

Esclareça-se, ainda, o não ter sido a concessão da zona de jogo do Estoril excecionada *ab initio* da regra da reversão nos termos do referido n.º 2 do art. 10.º da Lei do Jogo.

Isto posto, e como vimos, deu o DL n.º 10/95 uma nova redação ao art. 27.º da «Lei do Jogo»: «3 — *Sem prejuízo do disposto no n.º 1, o*

⁽⁶⁾ A concessão da Zona de Jogo do Estoril, a que hoje pertencem quer o Casino do Estoril, quer o Casino de Lisboa (por força como vimos do DL n.º 15/2003, de 30 de janeiro, que renova a concessão da zona de jogo do Estoril), iniciou-se a 1 de Janeiro de 1987 (contrato de concessão publicado no DR n.º 197, III Série, de 28 de Agosto de 1985) e foi prorrogada através de novo contrato celebrado entre o Estado português e a Estoril Sol, SA, em 14 de Dezembro de 2001 (contrato de concessão publicado no DR n.º 27, III Série, de 1 de Fevereiro de 2002). Refira-se também que a exploração do Casino de Lisboa foi adjudicada à concessionária da Zona de Jogo do Estoril, sem concurso, em termos a aditar em documento complementar ao contrato de concessão de 14 de Dezembro de 2001 (ao abrigo do art. 3.º do DL 422/89, conjugado com o art. 4.º do DL 274/84, de 09.08, diploma que estabelece uma área territorial de proteção com um raio de 300 km a partir do local onde se encontra o Casino do Estoril). Os parâmetros do novo casino ficaram definidos na Portaria n.º 1311/2004, de 13 de outubro.

*decreto regulamentar a que se refere o n.º 11.º, ao determinar a abertura de concurso, poderá determinar: a) (...); b) Determinar que os casinos que não sejam do domínio privado do Estado **não venham a reverter para este no termo da concessão**».*

Ora, o mais recente contrato de concessão da Zona de Jogo do Estoril data de 14 de Dezembro de 2001, estando já abrangido pela versão de 1995 da «Lei do Jogo» — sendo que este contrato não foi antecedido por um decreto regulamentar de abertura de concurso que haja determinado a não reversão para o Estado dos casinos abrangidos por esta Zona de Jogo, até porque se tratou de uma mera prorrogação da concessão de 1987, e não de uma nova concessão precedida por um procedimento concursal.

A questão da reversibilidade ou não do Casino de Lisboa, suscitada nos termos que a seguir se explanarão, deve pois ser resolvida à luz do contrato de concessão de 14 de Dezembro de 2001 — o mesmo é dizer, por aplicação das normas legais que regulam este último, já que do contrato nada consta quanto a essa matéria.

- b)** Uma inusitada interpretação dos normativos legais aplicáveis adotada pela concessionária ... e prontamente subscrita pelo Ministro do Turismo!

Pois bem, viu-se a Estoril Sol, SA na necessidade de obter financiamento bancário para custear as obras de adaptação do referido edifício. Acontece que as instituições bancárias — as quais, como é norma, exigiam, como condição para a concessão dos empréstimos solicitados, uma garantia hipotecária sobre os imóveis em causa (o edifício propriamente dito e uma fração autónoma destinada a estacionamento) — suscitaram fundadas dúvidas acerca da possibilidade legal de tal ónus, atento o disposto no art. 23.º/3 da «Lei do Jogo», que, como vimos, comina com a nulidade a constituição de quaisquer ónus ou encargos sobre os bens reversíveis para o Estado.

Face a esta dificuldade, apresentou a Estoril Sol SA, em requerimento datado de 22 de fevereiro de 2008, um «pedido de esclarecimento» ao Inspetor-Geral de Jogos, onde veicula o entendimento que se enunciará no ponto seguinte, e que termina com a solicitação de uma «confirmação» pelas competentes autoridades administrativas dessa interpretação dos referidos normativos legais, isto a fim de “demonstrar junto das entidades bancárias a correção desta interpretação” — confirmação interpretativa essa que efetivamente obteve do Inspetor-Geral de Jogos, em parecer por

este emitido a 22 de fevereiro de 2008, o qual viria a ser homologado pelo Ministro do Turismo⁽⁷⁾.

5.2. A interpretação alvitrada pela concessionária e «oficializada» pelo Governo

É o seguinte o *iter* da interpretação alvitrada pela concessionária e «confirmada» pelo Ministro do Turismo.

Segundo o n.º 2 do art. 27.º do DL 422/89, com a redação que lhe foi dada pelo DL 40/2005, «*os casinos integram o domínio privado do Estado ou, quando assim não suceda, são para ele reversíveis, no termo da concessão, sempre que tal seja determinado por decreto-lei ou pelo decreto regulamentar a que se refere o art. 11.º*»).

(7) No começo do ano de 2008, na sequência de uma investigação jornalística ao Casino de Lisboa, foi levantada uma suspeição relativa aos termos da respetiva concessão à «Estoril Sol», mais precisamente à suposta não-reversibilidade do casino para o domínio privado do Estado, no termo da concessão. Gerou-se então uma natural e inevitável confusão jurídica, com a disparidade das notícias que iam surgindo e o desencontro das declarações dos responsáveis políticos do anterior governo que haviam gerido o processo conducente à concessão da exploração deste novo casino. Coube à concessionária Estoril Sol, SA, por já não estarem em funções governativas os responsáveis políticos que haviam conduzido o procedimento de renegociação da concessão, o principal esforço de sustentar perante a opinião pública a legitimidade da não reversão do Casino de Lisboa, tendo adiantado em defesa da sua posição, e em extrema síntese, e para além dos fundamentos estritamente jurídicos que de seguida se explanarão no texto, os argumentos que se seguem. Segundo a concessionária, nas primeiras negociações travadas com o Governo Durão Barroso (nomeadamente com o Ministro José Luís Arnaut e com o Secretário de Estado Pedro de Almeida, quando a localização prevista para o Casino era o Parque Mayer), era um dado assente que o Edifício do Casino e o parque de estacionamento, cujas aquisição e/ou construção ou remodelação a concessionária se obrigava a assegurar, não reverteriam para o Estado no termo da concessão — o que aliás constava expressamente do anteprojecto do diploma legal a publicar, no seguimento de proposta da concessionária nesse sentido. À época, e ainda segundo a concessionária, o Casino de Lisboa não deveria reverter para o Estado, uma vez finda a concessão, por se ter proposto aquela financiar integralmente as obras a realizar no imóvel por si adquirido para o efeito, assim como a construção do parque de estacionamento, e não apenas em 50% (desonerando o Estado do desembolso dos outros 50%), como seria seu direito, isto na medida que se aplicaria ao Casino de Lisboa, «por extensão», a regra consagrada dessa percentagem constante do contrato de concessão do Casino do Estoril. Outra razão para não dever lugar à reversão teria a ver com o facto de as contrapartidas (a inicial e as periódicas) a pagar ao Estado pela concessionária serem demasiado elevadas, o que (a haver reversão) desequilibraria financeiramente o contrato em prejuízo da Estoril Sol — estando essas contas «feitas» em Parecer Económico de dois professores solicitado pelo próprio Estado. Aliás, a regra no nosso país seria essa: outros casinos propriedade dos concessionários (porque construídos pelos respetivos concessionários ou instalados em imóveis seus) e já em funcionamento também não eram «reversíveis», como era o caso do da Praia da Rocha. Enfim, alegou ainda a concessionária a existência de um nível de receitas substancialmente inferior ao expectado, gerador de um défice de exploração, como argumento suplementar, também em sede de equilíbrio financeiro do contrato, para não dever operar a reversão do casino.

Por seu turno, dispõe o art. 2.º do DL 40/2005: «*[a]s alterações às normas do Decreto-Lei n.º 422/89, de 2 de Dezembro, com a redação que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 10/95, de 19 de Janeiro, efetuadas pelo presente diploma, aplicam-se a todos os contratos de concessão em vigor.*»).

Tenha-se também presente que **nenhum dos decretos regulamentares que regularam a atribuição de cada uma das atuais concessões de zonas de jogo** (todas elas anteriores ao Decreto-Lei n.º 10/95, de 19 de Janeiro, que admitiu a possibilidade de a reversão dos casinos ser excecionada por aqueles regulamentos governamentais) **determina a reversibilidade dos casinos para o domínio privado do Estado**, por tal possibilidade estar completamente arredada do DL 422/89, na sua versão originária (anterior aos DL 40/2005 e 10/95).

Isto posto, se forem imediatamente aplicáveis às concessões em curso as modificações operadas pelo DL 49/2005, e por conseguinte também o art. 27.º do DL 422/89 com a sua atual redação (dada por aquele diploma), e uma vez que nenhum dos decretos-regulamentares que precederam as atuais concessões determinou a reversão dos casinos abrangidos pelas zonas de jogo em questão, pode-se sustentar — e quer a concessionária quer o Governo acabaram por sustentar efetivamente tal entendimento — *o não haver já lugar à reversão dos casinos que não sejam já propriedade do Estado para o domínio privado deste (e por consequência também dos bens do concessionário afetos à atividade), no termo das atuais concessões de exploração que envolvam imóveis adquiridos e/ou construídos pelos concessionários!*

Enfim, e em reforço deste entendimento, relativamente à específica situação do Casino de Lisboa, invoca ainda a concessionária (e subscreve o Governo...) o argumento do «silêncio» do DL n.º 15/2003 (que renova a concessão da zona de jogo do Estoril e integra nesta o direito de exploração de um segundo casino na cidade de Lisboa) sobre a matéria em causa.

A ideia agora é a seguinte: uma vez que o art. 23.º, n.º 1, al. a), como vimos, prescreve que (apenas) “*são revertíveis para o Estado, no termo da concessão: a) os bens como tal considerados no contrato de concessão*”, deveria esta regra (de uma suposta exigência de expressa previsão contratual para os bens afetos serem revertíveis) prevalecer sobre a do art. 27.º, n.º 1 (na versão anterior à que lhe viria a ser dada pelo controverso DL 40/2005, de 17 de Fevereiro), o qual (aparentemente) dizia o contrário: «*Os casinos, salvo casos excecionados, são estabelecimentos do património privado do Estado ou para ele reversíveis, por este afetados à exploração e prática dos jogos de fortuna ou de azar e atividades complementa-*

res, em regime de concessão, nas condições estabelecidas no presente diploma (...)».

Mas este possível entendimento, todavia, não procede, como se passa a demonstrar⁽⁸⁾.

5.3. Posição adotada

a) O argumento do «silêncio» do DL n.º 15/2003

Começando pela invocação do «silêncio» do DL n.º 15/2003 sobre a questão da reversibilidade dos imóveis nele identificados para o domínio pri-

⁽⁸⁾ Note-se — e antes de passarmos no texto à análise propriamente jurídica desta controvérsia — que os argumentos de contexto esgrimidos pela concessionária e que referimos na nota anterior também são, a nosso ver, inconsistentes. Senão vejamos. Relativamente às primeiras negociações travadas com o Governo Durão Barroso, em cujo âmbito teria ficado assegurada a não obrigatoriedade, no termo da concessão, da reversão para o Estado do imóvel do casino e do parque de estacionamento anexo, o que aliás constava expressamente do anteprojeto do diploma legal a publicar, o facto é que tal referência veio a ser suprimida pelo Governo (Durão Barroso) no decreto-lei de criação do casino (DL 15/2003, de 30 de janeiro), não tendo o clausulado do contrato de concessão acolhido por sua vez qualquer disposição nesse sentido — contrato esse cujos termos foram aceites sem reserva pela concessionária, e que ambas as partes (Estado e Estoril-Sol) celebraram de livre e esclarecida vontade. E deveu-se essa supressão à circunstância de não querer o mesmo Governo afrontar uma opinião pública vigilante e que seria certamente contrária à concessão de tal benefício à concessionária — e não a um (duplo!) lapso ou esquecimento dos governantes, porquanto, reitero-se, foi inclusive assumida uma razão de ordem política para não ser dado qualquer passo nesse sentido. Acresce que os governantes que sucederam aos ditos Arnaut e Almeida na gestão deste processo — o Ministro Carlos Tavares e o Secretário de Estado Correia da Silva, um e outro membros ainda do Governo Durão Barroso — assumiram então com toda a clareza um entendimento oposto à interpretação jurídica imputada pela Estoril Sol aos seus antecessores, tendo-o o Secretário de Estado inclusive vertido por escrito em despachos proferidos no âmbito do procedimento concessório. Quanto ao ser regra no nosso país a não reversibilidade dos casinos — o que aconteceria com outros casinos propriedade dos concessionários (porque construídos pelos respetivos concessionários ou instalados em imóveis seus) já instalados e a funcionar, como o da Praia da Rocha — são bem distintas a situação dos casinos referidos face ao Casino de Lisboa, pois trata-se de casinos que estavam (e estão) instalados em hotéis, configurando uma situação especial que a «Lei do Jogo» contempla no seu art. 27.º/3, abrindo caminho a que o Estado autorize expressamente tal funcionamento sem exigir em troca (compreensivelmente) a apropriação pública do hotel. No que respeita às razões económico-financeiras também invocadas, do nível de receitas inferior ao esperado, não consta, dez anos decorridos sobre o desencadeamento desta polémica (em 2008), e quando só faltam dos anos para o termo da concessão, que pelo menos hoje tal corresponda à realidade. Aliás, já à época foram prestadas declarações a órgãos de comunicação social por responsáveis pela sua principal concorrente nesta atividade — a Solverde, SA —, onde se sublinhava a elevadíssima rentabilidade da exploração do Casino de Lisboa, o que (a confirmar-se) anula toda e qualquer reivindicação de reequilíbrio financeiro do contrato através da não reversão das instalações no final da concessão. Sobre toda a *petite histoire* deste caso, ver as reportagens dos jornalistas CARLOS LIMA no semanário «Expresso», edições de 16/02/2008 e 23/02/2008, RICARDO FELNER no «Público» também de 16/02/2008, e de NUNO MAIA no «Jornal de Notícias» de 26 de fevereiro de 2008.

vado do Estado, diga-se desde já que a tal «silêncio» não pode ser atribuído, à época, qualquer significado como o sugerido por aqueles documentos.

Desde logo, e como vimos, segundo uma correta interpretação teleológica e sistemática, o sentido do disposto na al. *a*) do n.º do art. 23.º não é (não pode ser) o de fazer depender a reversibilidade de quaisquer bens afetos à concessão para o domínio privado do Estado de expressa previsão contratual, mas tão só o de prever «à cabeça» a reversão para o concedente de quaisquer bens que as partes acordem no contrato, *mesmo que tais bens não integrem as categorias discriminadas nas alíneas seguintes (cuja reversão no final do contrato já é, segundo esses mesmos preceitos, imperativa)*.

Já quanto às categorias de bens identificados nas *b*), *c*) e *d*) do n.º 1 do mesmo art. 23.º, serão os bens que a elas se reconduzam sempre reversíveis para o concedente.

Assim sendo, resta o disposto no n.º 3 do art. 27.º da «Lei do Jogo», na redação à época vigente, dada pelo DL n.º 10/95: «*[s]em prejuízo do disposto no n.º 1, o decreto regulamentar a que se refere o n.º 11.º, ao determinar a abertura de concurso, poderá: a) (...); b) [d]eterminar que os casinos que não sejam do domínio privado do Estado não venham a reverter para este no termo da concessão*» — redação essa, reitera-se, que vigorava ainda à data de início de vigência do DL n.º 15/2003.

Ora, o significado do «silêncio» do DL 15/2003 só pode ser, só podia ser, o que se acaba de ler: uma vez que este diploma **não determinava** que o dito casino não reverteria para o domínio privado do Estado no final da concessão, **não era de todo possível** a interpretação alvitrada pela concessionária e subscrita pelo Governo.

Estamos pois perante um silogismo simples, em que *(i)* a **premissa maior** é a transcrita norma legal, *(ii)* a **premissa menor** a subsequente asserção de que **o Casino de Lisboa reverterá seguramente para o domínio privado do Estado no final da concessão**, e *(iii)* a **conclusão** a sujeição dos imóveis adquiridos pela concessionário para o funcionamento do Casino ao disposto no n.º 2 do art. 23.º da Lei do Jogo, ou seja, **à cominação da nulidade de qualquer ónus ou encargo que se constitua sobre os ditos imóveis**.

b) A questão da aplicação no tempo do DL n.º 40/2005

Se tivermos presentes os diplomas que se têm vindo a citar (e não consta que existam outros normativos específicos que disponham em contrário), à data da entrada em vigor do DL n.º 40/2005, todos os casinos portugueses que não fossem já propriedade do Estado eram «reversíveis», ou seja, o acervo de bens móveis e imóveis afetos a cada concessão revertiam

para o Estado uma vez finda a concessão, isto na suposição de nenhum deles ter sido «excecionado» dessa regra nos termos e para os efeitos do n.º 2 do art. 10.º da Lei do Jogo, na sua redação originária.

E, a nosso ver, as coisas não mudaram de figura com a entrada em vigor do dito DL 40/2005, de 17.02, cujo art. 2.º/2 dispõe, recorde-se, que “[a]s alterações às normas do Decreto-Lei n.º 422/89, de 2 de Dezembro, com a redação que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 10/95, de 19 de Janeiro, efetuadas pelo presente diploma, aplicam-se a todos os contratos de concessão em vigor», porquanto se deverá entender que o legislador visou tão só uma aplicação imediata do conjunto de preceitos que incidem sobre o desenvolvimento da atividade concessionada, no caso sobre o funcionamento dos casinos

Referimo-nos, mais precisamente, às alterações e aditamentos introduzidos pelo DL 40/2005 aos arts. 29.º, 32.º, 35.º, 37.º, 39.º, 40.º, 41.º, 58.º, 126.º e 146.º da «Lei do Jogo», sobre o funcionamento e utilização dos casinos pelos respetivos clientes, regras estas a que se tinham que sujeitar uns e outros (concessionários e clientes) ao tempo em que celebraram os contratos de concessão, e que agora (com o DL 40/2005) são (passaram a ser) outras.

Claro está que a aplicação imediata destas alterações relativas ao funcionamento dos casinos consubstancia também um efeito retroativo, que o legislador poderia ter evitado. Todavia, rege nesta matéria um princípio clássico das concessões de serviços públicos — também aplicável, com as devidas adaptações, à figura próxima daquela, e que ora nos ocupa, da concessão de jogos de fortuna e azar em casino — que é o *princípio da adaptação do serviço às necessidades do momento*, o qual “explica a ausência de um direito adquirido à manutenção da regulamentação que rege o serviço público”⁽⁹⁾.

Esta lógica já não se aplica todavia às alterações introduzidas pelo referido DL 40/2005 ao art. 27.º da «Lei do Jogo» — preceito que, recorde-se, reafirma o princípio universal em matéria de concessões da reversibilidade para o domínio privado do Estado dos bens a elas afetos, mas cuja concretização se passa a fazer caso a caso através de um diploma específico (decreto-lei ou, à época, decreto regulamentar, que era a forma que tinha obrigatoriamente que assumir o «regulamento do concurso») —, isto na medida em que tal artigo, diferentemente, incide apenas sobre as condições contratuais iniciais, de carácter económico-financeiro, estabelecidas entre o contraente público e o cocontratante, e não sobre um qualquer aspeto de funcionamento do casino.

(9) PROSPER VEIL, *O Direito Administrativo*, Coimbra, 1978, p. 86.

A referência ao decreto-regulamentar «*a que se refere o artigo 11.º*» (ou a um alternativo decreto-lei), que é o que fixa as condições de abertura dos concursos para a outorga das concessões, parece-nos de resto clara no sentido de que o legislador pretendeu estatuir sobre as *condições iniciais de futuras concessões*, e não alterar as condições iniciais das concessões em vigor. O «*...sempre que tal seja determinado...*» é, pois, tempo futuro: quer dizer *sempre que tal venha a ser determinado*, valendo aqui o princípio geral de que «*a lei só dispõe para o futuro*» (art. 12.º do Código Civil — «Aplicação da lei no tempo. Princípio geral»).

Por outras palavras, a aplicação do novo art. 27.º da «Lei do Jogo» às atuais concessões traduziria, no fundo, um efeito retroativo, pois iria incidir sobre factos passados que deram origem a essas concessões, mais precisamente sobre as condições contratuais iniciais de carácter económico-financeiro estabelecidas entre os contraentes, nos termos da lei então aplicável e do próprio contrato, alterando as ditas condições; ora, tal efeito retroativo teria, no nosso entendimento, que estar especificamente previsto na lei nova, o que não acontece.

Em suma, o art. 27.º da «Lei do Jogo», nas suas sucessivas versões, integra por definição o bloco de preceitos reguladores das condições iniciais da concessão, devendo por isso este normativo, também na sua mais recente redação, aplicar-se apenas às futuras concessões, e não às antigas. Note-se que o referido preceito se não aplica a meras extensões ou aditamentos aos contratos de concessão existentes, como o referente ao Casino de Lisboa (simples extensão da concessão do Casino do Estoril), nem às simples prorrogações (ainda que contratualizadas) das velhas concessões: abrangerá apenas os próximos procedimentos concursais para novas concessões.

Outra interpretação seria absurda, quanto mais não fosse na medida em que constituiria, por um lado, um injustificado favorecimento *a posteriori* dos candidatos que ganharam os concursos (dos atuais concessionários), defraudando os outros concorrentes que não contaram nos concursos com tal fator, e na medida também em que se traduziria, por outro lado, num sério e de todo infundamentado prejuízo para o Estado — consequências essas que (e de acordo com o cânone interpretativo de que o intérprete deve presumir “*que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados*” — art. 9.º, n.º 3, CC) o legislador não quis certamente que se produzissem⁽¹⁰⁾.

⁽¹⁰⁾ Na verdade, não revertendo os casinos para o Estado (nomeadamente os imóveis), as próximas concessões — por implicarem desde logo a aquisição ou disponibilização pelos futuros concessionários de terrenos em sítios por definição muito valorizados, mas também e ainda a construção e

Traduzir-se-ia por isso tal entendimento numa manifesta lesão pela lei assim interpretada de princípios jurídicos que se impõem também ao legislador (e não apenas à Administração Pública), como os princípios constitucionais da imparcialidade e da vinculação da função legislativa à realização do interesse geral⁽¹¹⁾.

Enfim, na pior das hipóteses, e se por hipótese académica não fosse possível o aproveitamento das normas legais em causa a esta luz interpretativa, o diploma padeceria então de inconstitucionalidade por desvio de poder legislativo (nomeadamente por utilização do poder legislativo para injustificado e infundamentado benefício de interesses privados, com simétrico prejuízo para o Estado).

apetrechamento do casino propriamente dito — teriam que ser postas a concurso em condições muito menos vantajosas para o Estado. Ao invés, e independentemente da maior ou menor bondade do regime do DL 40/2005 (a meu ver, menor...), se no final das próximas concessões os casinos ingressarem no património dos concessionários (ou se dele não saírem), conforme a lei agora prevê, sendo essa uma das condições iniciais dessas futuras concessões, já o Estado poderá (deverá) então elaborar cadernos de encargos muito mais favoráveis aos seus interesses, tendo em conta tal importante vantagem de que beneficiarão os futuros concessionários.

⁽¹¹⁾ E o que é que vale o despacho interpretativo homologado pelo Ministro? Se for tido como um verdadeiro e próprio ato administrativo, será ele absolutamente inválido a nosso ver — e portanto, os ónus e encargos que impendem sobre os imóveis do Casino de Lisboa nulos por «direta» força da lei. Mais precisamente, padecerá ele dos vícios de incompetência absoluta por falta de atribuições e de forma, na sua modalidade agravada de carência absoluta da forma legal exigida (cf. art. 161.º, n.º 2, als. b) e g) e do CPA). Com efeito, a competência nesta matéria pertence ao Governo, só podendo as transformações jurídicas que se possa entender ter o ministro seu autor visado produzir ser levadas a cabo por ato do governo, emanado em conselho de ministros restrito presidido pelo primeiro-ministro (e revestido neste caso com a forma de decreto-regulamentar) ou pelo Conselho de Ministros propriamente dito, na sua formação normal (assumindo neste caso a forma de decreto-lei). Já se o ato em causa, diferentemente, for um simples ato que fixa uma determinada interpretação da lei adotada pelo seu autor, não tem efeitos *erga omnes*, não vinculando obviamente nem o Governo, nem os tribunais, que fixarão soberanamente, e em *ultima ratio*, o seu próprio entendimento na matéria. De todo o modo, poderia tal ato vir a ser causa de responsabilização do Estado, se a Estoril Sol não tivesse conseguido liquidar a sua dívida junto dos bancos financiadores, como tudo indica que conseguiu. Pois é (seria) razoável entender-se que as instituições financeiras, de boa-fé, confiaram numa espécie de garantia que o Estado lhes concedeu — ainda que desta forma bizarra, e através de ato nulo.

DOS CONTRATOS DE CONSUMO EM ESPECIAL

Por José Engrácia Antunes

SUMÁRIO:

§1. Introdução. §2. **Contratos de Compra e Venda de Bens de Consumo.** 1. Noção. 2. Requisitos. 3. Cumprimentos. 4. Garantias. §3. **Contratos Fora do Estabelecimento Comercial.** 1. Noção. 2. Requisitos. 3. Modalidades. 4. Regime. §4. **Contratos à Distância.** 1. Noção. 2. Requisitos. 3. Modalidades. 4. Regime. §5. **Contratos Eletrónicos B2C.** 1. Noção. 2. Requisitos. 3. Negociação. 4. Formação. 5. Forma e Prova. 6. Outros Aspetos. §6. **Contratos de Prestação de Serviços Públicos Essenciais.** 1. Noção. 2. Modalidades. 3. Requisitos. 4. Regime. §7. **Contratos de Crédito ao Consumo.** 1. Noção. 2. Requisitos. 3. Negociação e Formação. 4. Conteúdo. 5. Cumprimento. §8. **Contratos Turísticos.** 1. Noção. 2. Viagem Organizada. 3. Habitação Periódica. 4. Alojamento Turístico. 5. Alojamento Local. 6. “Catering”. **Abreviaturas**

§1. Introdução

I. Define-se genericamente como *contrato de consumo* o contrato concluído entre um consumidor e um empresário ou profissional, que tem por objeto um bem, serviço ou direito destinado a um uso não profissional por parte do primeiro.

II. Tal como os contratos comerciais são um instituto jurídico central do Direito Comercial⁽¹⁾, também assim os contratos de consumo se

(1) Sobre os contratos comerciais, vide ANTUNES, J. ENGRÁCIA, *Direito dos Contratos Comerciais*, 5.^a reimp., Almedina, Coimbra, 2017.

encontram em pleno *cerne* do Direito do Consumo: como sublinha CHRISTIAN ALEXANDER, “o contrato constitui o instrumento jurídico do processo económico em mercado e a proteção do consumidor no e através do direito contratual representa o cerne do direito do consumo”⁽²⁾. O estudo dos contratos de consumo implica a consideração simultânea da sua disciplina jurídica própria ou comum (contratos de consumo em geral) e dos diversos tipos contratuais singulares existentes (contratos de consumo em especial). Depois de em trabalho anterior termos já analisado o regime geral da contratação de consumo⁽³⁾, o presente estudo versará sobre a inventariação e a análise dos *contratos de consumo em especial*⁽⁴⁾. Tal inventariação, todavia, deve ter presente previamente duas importantes condicionantes metodológicas.

III. Por um lado, tendo como contraparte natural um empresário, os contratos de consumo são frequentemente também, “ex definitione”, verdadeiros e próprios *contratos comerciais*. Com efeito, pese embora a legislação nacional tenha construído a contraparte contratual com recurso ao conceito mais amplo de “profissional” (art. 2.º, n.º 1 da LDC), constitui um dado insofismável que a esmagadora maioria dos contratos consumeristas correspondem hoje a negócios celebrados entre empresários e consumidores⁽⁵⁾: como é sabido, uma boa parte destes contratos é celebrada entre uma empresa — creditícia, seguradora, de investimento ou transpor-

(2) *Verbraucherschutzrecht*, 11, Beck, München, 2015.

(3) Cf. ANTUNES, J. ENGRÁCIA, *O Regime Geral da Contratação de Consumo*, in: 96 “Revista Portuguesa de Direito do Consumo” (2018), em publicação.

(4) CARVALHO, J. MORAIS, *Manual de Direito de Consumo*, 197 e ss., 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2018; FROTA, ÂNGELA, *Dos Contratos de Consumo em Especial: Colectânea de Legislação*, Coimbra Editora, Coimbra, 2000.

(5) ANTUNES, J. ENGRÁCIA, *O Conceito Jurídico de Consumidor*. Esta proeminência natural (embora não necessária ou exclusiva) da figura do empresário, como contraparte contratual consumerista, é reconhecida pacificamente na generalidade da *doutrina*, nacional ou estrangeira. Assim, entre nós, C. FERREIRA DE ALMEIDA afirma que “quase todos os textos (legais) caracterizam os contratos de consumo (...) como contratos celebrados entre um consumidor e uma empresa (ou profissional)” (*Direito do Consumo*, 87, Almedina, Coimbra, 2005), pelo que “a generalidade dos contratos de consumo corresponde, nas ordens jurídicas onde a classificação jurídica existe, ao perfil dos atos de comércio, quase sempre por força da qualidade de comerciante do fornecedor que confere ao contrato a qualificação de ato de comércio unilateral ou misto” (*op. cit.*, 200). Na literatura estrangeira, sublinha LEOPOLDO SAMBUCCI, que “é hoje claro que os contratos de consumo são, ao mesmo tempo, «contratos de empresa»” (*Il Contratto dell'Impresa*, 65, Giuffrè, Milano, 2002). Existem mesmo *legislações* onde esta proeminência da figura do empresário nos contratos de consumo foi objeto de consagração expressa: vejam-se assim, por exemplo, o § 1 da “Konsumentenschutzgesetz” austríaca, os §§13 e 14 do “Bürgerliches Gesetzbuch” alemão, o sec. 2(2) do “Consumer Rights Act” inglês e a sec. 2-103 (1) (c) do “Uniform Commercial Code” norte-americano.

tadora — e um consumidor — o cliente, o segurado, o investidor ou o transportado⁽⁶⁾. Isso explica que uma boa parte da contratação de consumo se integra ou reconduz a alguns dos principais tipos ou famílias de contratos comerciais, tais como os contratos bancários, os contratos de seguro, os contratos financeiros, ou os contratos de transporte, entroncando no regime juscomercial geral destes últimos⁽⁷⁾.

IV. Por outro lado, o regime jurídico das relações de consumo tem uma natureza *abstracta*, e não causal, no sentido em que é apto a aplicar-se a uma pluralidade indeterminada de contratos do direito civil ou comercial comum, não se confinando, à partida, exclusivamente a algum ou alguns deles em especial. Quer isto significar que, desde que estejam preenchidos os elementos (subjetivos, objetivos, teleológicos) caraterísticos das relações jusconsumeristas previstos no art. 2.º da LDC, qualquer negócio jurídico, típico ou atípico, poderá constituir um contrato de consumo.

V. Por estas razões, não se pode falar, com plena propriedade, dos contratos de consumo como um setor autónomo ou uma “classe” específica de contratos, nem tão pouco pretender proceder a uma inventariação exaustiva dos mesmos⁽⁸⁾. Tudo o que é possível — e faremos em seguida — é destacar e analisar, de um modo sucinto, as *principais figuras contratuais do mundo do consumo*, ou seja, alguns dos tipos legais ou sociais de contrato que maior frequência ou relevo possuem no domínio das relações consumeristas. São eles:

- os *contratos de compra e venda de bens de consumo*;
- os *contratos celebrados fora do estabelecimento comercial*;
- os *contratos à distância*;

⁽⁶⁾ Sobre os contratos de consumo como contratos comerciais mistos ou unilateralmente comerciais, *vide* ANTUNES, J. ENGRÁCIA, *Direito dos Contratos Comerciais*, 72 e ss., reimpressão, Almedina, Coimbra, 2017.

⁽⁷⁾ Esta ligação tendencial entre os contratos comerciais e de consumo — quase como se de duas faces de uma mesma moeda se tratasse no mundo da moderna contratação mercantil em massa — explica assim que o estudo de alguns destes contratos releve simultaneamente das normas juscomerciais gerais e das normas jusconsumeristas especiais: assim sucede, apenas para um exemplo, com o contrato de crédito ao consumo (cf. *infra* § 7).

⁽⁸⁾ Tal como o direito do consumo não é um “direito de classe”, respeitando a categoria autónoma ou própria de sujeitos (ALMEIDA, C. FERREIRA, *Direito do Consumo*, 44 e ss., Almedina, Coimbra, 2005; LIZ, A. PEGADO, *Introdução ao Direito e à Política do Consumo*, 216 e ss., Ed. Notícias, Lisboa, (1999), também assim os contratos de consumo não são uma “classe” ou categoria autónoma de contratos: parafrazeando a celeberrima e estafada tirada de J. FITZGERALD KENNEDY, se “todos somos consumidores”, então todos os contratos são (ou podem ser, em abstrato) de consumo.

- os *contratos eletrónicos B2C*;
- os *contratos de prestação de serviços públicos essenciais*;
- os *contratos de crédito ao consumo*, e
- os *contratos turísticos*.

§2. Contratos de Compra e Venda de Bens de Consumo

1. Noção

I. Designa-se por compra e venda de bens de consumo (“sale of consumer goods”, “Verbrauchsgüterkaufe”, “vente de biens de consommation”, “vendita dei beni de consumo”, “compraventa de bienes de consumo”) o *contrato de compra e venda celebrado entre um empresário/profissional e um consumidor que tenha por objeto um bem imóvel ou móvel corpóreo*⁽⁹⁾.

II. A figura e o regime legal dos contratos de compra e venda de bens de consumo encontram-se previstos no Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de abril, o qual, tendo vindo transpor a Diretiva 1999/44/CE, de 25 de maio⁽¹⁰⁾ e em linha com as demais legislações europeias congéneres⁽¹¹⁾, aprovou a chamada *Lei da Venda de Bens de Consumo* (LVBC). Entre os aspetos fundamentais desse regime legal, estão a noção e os requisitos do

⁽⁹⁾ Sobre esta figura, *vide* CARVALHO, J. MORAIS, *Direitos do Consumidor na Compra de Bens de Consumo*, in: 12 “Estudos de Direito do Consumidor” (2017), 35-74; PINTO, A. MOTA, *Venda de Bens de Consumo e Garantias: O Direito Vivido nos Tribunais*, in: AAVV, “I Congresso de Direito do Consumo”, 189-209, Almedina, Coimbra, 2016; LEITÃO, L. MENEZES, *O Novo Regime da Venda de Bens de Consumo*, in: II “Estudos do Instituto de Direito do Consumo” (2005), 37-73; LIZ, J. PEGADO, *Acerca das Garantias na Venda de Bens de Consumo*, in: I “Forum Instituitiae” (2000), 50-56; SILVA, J. CALVÃO, *Venda de Bens de Consumo*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010. Noutros quadrantes, GARCÍA, J. AVILEZ, *Los Contratos de Compraventa de Bienes de Consumo*, Ed. Comares, Madrid, 2007; MANTOVANI, PAOLA, *La Vendita dei Beni di Consumo*, Ed. Scientifiche Italiana, Milano, 2009; SOYKA, JULIA, *Der Verbrauchsgüterkauf: Anwendungsbereich und Umgehungsprobleme*, Nomos, Baden-Baden, 2011.

⁽¹⁰⁾ Sobre esta Diretiva e sua transposição para o direito português, *vide* LEITÃO, L. MENEZES, *Caveat Venditor? A Directiva 1999/44/CE do Conselho e do Parlamento Europeu sobre a Venda de Bens de Consumo e Garantias Associadas e Suas Implicações no Regime Jurídico do Contrato de Compra e Venda*, in: AAVV, “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor I. Galvão Telles”, Vol. I, 263-303, Almedina, Coimbra, 2002; PINTO, P. MOTA, *Conformidade e Garantias na Venda de Bens de Consumo. A Directiva 1999/44/CE e o Direito Português*, in: 2 “Estudos de Direito do Consumidor” (2000), 197-331.

⁽¹¹⁾ HOWELLS, GERAIN/TWIGG-FLESNER, CHRISTIAN/MICKLITZ, HANS/LEI, CHEN (eds.) *Comparative Consumer Sales Law*, Routledge, London, 2017.

contrato (subjetivo e objetivo), o cumprimento do contrato (conformidade do bem), e os direitos do consumidor (garantias legais e voluntárias).

2. Requisitos

I. Quanto à figura contratual propriamente dita, importa distinguir os requisitos relativos aos seus sujeitos (requisitos subjetivos) e ao seu objeto (requisitos objetivos).

II. Quanto aos *requisitos subjetivos*, estão aqui abrangidos os contratos celebrados entre empresários/profissionais e consumidores: ou seja, os contratos pelos quais uma pessoa singular ou coletiva (“vendedora”), no exercício profissional da respetiva atividade económica e lucrativa, vende bens (ou celebra outros negócios equiparados) a outra pessoa (“consumidor”) para uso privado ou não profissional desta última (art. 1.º-B, *a*) e *c*) da LVBC). Estão assim excluídas as compras e vendas puramente civis (entre consumidores: v.g., venda de um bem usado entre meros particulares), puramente comerciais (entre empresários), ou invertidas (entre consumidor-vendedor e empresário-comprador)⁽¹²⁾.

III. Já quanto aos seus *requisitos objetivos*, a delimitação é mais complexa, envolvendo a consideração simultânea de objetos relevantes, excluídos e equiparados. Entre os primeiros (objetos *relevantes*), a lei é clara em considerar aqui abrangidos os bens imóveis — v.g., prédios rústicos, prédios urbanos, as respetivas partes integrantes — e os bens móveis corpóreos — incluindo todo o tipo de bens materiais, duradouros ou consumíveis (v.g., mobiliário, alimentos, etc.), sujeitos ou não a registo (v.g., automóveis, navios), fontes de energia (v.g., contratos de fornecimento de eletricidade, de gás, etc.) —, independentemente de se tratar de bens novos ou em segunda mão [arts. 1.º-B, *b*) e 5.º, n.º 2 da LVBC]⁽¹³⁾ e independentemente de o bem ser posteriormente transmitido a um terceiro (art. 6.º, n.º 4 da LVBC)⁽¹⁴⁾. Em contrapartida, devem considerar-se como objetos

(12) Sobre as vendas de bens de consumo entre sujeitos domiciliados e sediados em diferentes países, GUIMARÃES, M. RAQUEL, *A Compra e Venda “Transnacional” de Bens de Consumo*, in: 1 “Revista Electrónica de Direito” (2013), 1-19.

(13) PRATA, ANA, *Venda de Bens Usados no Quadro da Diretiva 1999/44/CE*, 147, in: II “Themis — Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa” (2001), 145-153.

(14) Desde que o terceiro preencha os requisitos da qualidade de consumidor, ele poderá também beneficiar da proteção conferida pelo regime legal em circunstâncias idênticas às do titular origi-

excluídos ou irrelevantes para estes efeitos todos os demais, incluindo os bens incorpóreos (v.g., obras literárias e artísticas, criações de aplicação industrial, etc.), os serviços (ressalvadas as exceções previstas na lei: cf. art. 1.º-A, n.º 2, art. 34.º, n.º 3 do RJACSR), e os direitos⁽¹⁵⁾. Finalmente, alargando consideravelmente o âmbito de aplicação do regime legal, foram ainda considerados como *equiparados* os contratos de empreitada de consumo (art. 1.º-A, n.º 2 da LVBC)⁽¹⁶⁾, de prestação de serviços em que sejam fornecidos bens de consumo (art. 1.º-A, n.º 2 da LVBC) e de serviços regulados pelo RJACSR (art. 34.º, n.º 3), e ainda de locação de bens de consumo, v.g., arrendamento, aluguer, “leasing”, ALD (art. 1.º-A, n.º 2 da LVBC), devendo ainda ter-se por implicitamente abrangidos certos contratos mistos de compra e venda de bens de consumo, v.g., bens com serviços de instalação pelo vendedor (art. 2.º, n.º 4 da LVBC), e outros contratos onerosos de transmissão de bens de consumo, “*maxime*”, troca de bens de consumo (“*ex vi*” do art. 939.º do CCivil)⁽¹⁷⁾.

3. Cumprimento

I. Em matéria de cumprimento do contrato, assume relevância central o conceito de *conformidade com o contrato* (“conformity with the contract”, “Vertragsmäßigkeit”, “conformité au contrat”). Tal conceito — que se vem transformando num conceito-chave do regime do cumprimento dos contratos de consumo e até dos próprios contratos comerciais em geral⁽¹⁸⁾

nário, mormente para efeitos de prazos de garantia: cf. Acórdão do STJ de 28-IX-2010 (FERREIRA DE ALMEIDA), *in*: <www.dgsi.pt>.

⁽¹⁵⁾ Alguma doutrina tem considerado que esta exclusão abrange todos os bens incorpóreos ou imateriais, inclusive quando estes se encontrem num suporte material (v.g., CD ou DVD de “software” informático, jogos, música, vídeos, etc.): cf. PINTO, P. MOTA, *Conformidade e Garantias na Venda de Bens de Consumo. A Directiva 1999/44/CE e o Direito Português*, 217, *in*: 2 “Estudos de Direito do Consumidor” (2000), 197-331.

⁽¹⁶⁾ Particularmente relevante na “praxis” comercial e judicial: cf. CABINDA, H. ANDRÉ, *Empreitada para Consumo*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015; MARIANO, J. CURA, *Responsabilidade Contratual do Empreiteiro pelos Defeitos da Obra*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2013; MARTINEZ, P. ROMANO, *Empreitada de Bens de Consumo*, *in*: II EIDC (2005), 11-35; na jurisprudência, *vide* os Acórdãos do STJ de 1-X-2015 (ABRANTES GERALDES) e de 14-X-2010 (ÁLVARO RODRIGUES), ambos *in*: <www.dgsi.pt>; o Acórdão da RL de 30-VI-2011 (M. JOÃO AREIAS), *in*: <www.dgsi.pt>; e os Acórdãos da RC de 21-IV-2015 (BARATEIRO MARTINS), *in*: <www.dgsi.pt>, e de 12-I-2016 (JORGE ARCANJO), *in*: XLI CJ (2016), I, 280-280.

⁽¹⁷⁾ É discutido na doutrina a aplicabilidade do regime legal a outros casos, designadamente às vendas de bens de consumo no quadro de processo executivo: sobre tal questão, SILVA, J. CALVÃO, *Venda de Bens de Consumo*, 61 e ss., 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010.

⁽¹⁸⁾ Sobre o relevo e a função deste conceito nos contratos de consumo em geral, *vide* ANTUNES, J. ENGRÁCIA, *O Regime Geral da Contratação de Consumo*, em curso de publicação.

— foi expressamente acolhido pelo art. 2.º, n.º 1 da LVBC, ao dispor que “o vendedor tem o dever de entregar ao consumidor bens que sejam conformes com o contrato de compra e venda”⁽¹⁹⁾.

II. Em sede geral, tal obrigação do vendedor significa que os bens de consumo objeto do contrato *devem possuir as características acordadas pelos contraentes (qualidade, quantidade, tipo, etc.), ser funcionalmente adequados às utilizações habituais de bens idênticos e servir as finalidades específicas a que se destinam.*

III. A lei consagrou um elenco de *presunções* indiciárias, de natureza absoluta ou “iuris et de iure”, da desconformidade contratual, consubstanciadas em parâmetros ou circunstâncias cuja verificação é suficiente para integrar inilidivelmente um incumprimento por parte do vendedor⁽²⁰⁾. “Primus”, a falta de conformidade do bem vendido com “a descrição que deles é feita pelo vendedor” [art. 2.º, n.º 1, a), “*ab initio*”, da LVBC]: saliente-se que aqui se incluem as declarações de vontade ou de ciência, dirigidas ao público consumidor através de anúncios publicitários ou qualquer outra forma de comunicação comercial com o comprador, ressalvado o caso de descrições genéricas ou subjetivas que um declaratório normal não pudesse ter razoavelmente tomado como característica ou qualidade do bem (“*maxime*”, publicidade hiperbólica: v.g. o “melhor gelado do mundo”)⁽²¹⁾. “Secundus”, a falta de conformidade “com as qualidades do bem que o vendedor tenha apresentado ao consumidor como amostra ou modelo” [art. 2.º, n.º 1, a), “*in fine*” da LVBC]: por exemplo, quando o bem vendido não é idêntico ao da foto-

(19) Sobre a figura e seus requisitos, *vide* ASSUNÇÃO, A. FILIPA, *Os Direitos do Consumidor em Caso de Desconformidade do Bem com o Contrato na Compra e Venda de Bens de Consumo*, Diss., Universidade Nova, Lisboa, 2016; CARVALHO, J. MORAIS, *Direitos do Consumidor em Caso de Falta de Conformidade do Bem com o Contrato*, in: 145 “Revista de Legislação e de Jurisprudência” (2016), 237-248; PINTO, P. MOTA, *Conformidade e Garantias na Venda de Bens de Consumo*, in: 2 “Estudos de Direito do Consumidor” (2000), 197-331; SILVA, J. CALVÃO, *Venda de Bens de Consumo*, 80 e ss., 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010.

(20) Ao invés do legislador europeu (cf. art. 2.º da Diretiva 1999/44/CE), que presumiu a conformidade do bem com o contrato no caso de todos os referidos parâmetros se encontrarem preenchidos (embora sem prejuízo de o consumidor vir ainda a ilidir tal presunção provando a desconformidade contratual com outros fundamentos), o legislador português presumiu a não conformidade contratual se algum desses parâmetros se verificar (sem possibilidade de o vendedor elidir a desconformidade mediante prova em contrário): por outras palavras, no lugar de critérios necessários de uma presunção relativa de conformidade, os critérios do art. 2.º da LVBC funcionam como *critérios suficientes de uma presunção absoluta de desconformidade*.

(21) Cf. ANTUNES, J. ENGRÁCIA, *O Direito da Publicidade — Uma Introdução*, 796, in: XCIII “Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra”, (2017), 771-848.

grafia de catálogo ou ao modelo em exibição que este mostrou diretamente ao comprador [podendo tal integrar ainda uma prática comercial desleal e contratual abusiva: cf. art. 8.º, *h*) da LPCD, art. 21.º, *c*) da LCCG]⁽²²⁾. “*Tertium*”, a falta de adequação “ao uso específico para o qual o consumidor os destine” [art. 2.º, n.º 1, *b*) da LVBC]: por tal entende-se aquele uso ou aplicação particular que, não se podendo considerar abrangido pelas suas aplicações habituais, tenha sido objeto de acordo prévio, expresso ou tácito, entre comprador e vendedor (v.g., a utilização de um “*segway*” dentro da residência do comprador). “*Quartus*”, a falta de adequação “às utilizações habitualmente dadas aos bens do mesmo tipo” [art. 2.º, n.º 1, *c*) da LVBC]: aqui se abrangem todos os usos e aplicações que permitem retirar do bem vendido todas as suas utilidades objetivas próprias e normais (v.g., leitura e anotações no caso de livro, múltiplas funcionalidades informáticas e comunicacionais num computador, etc.). “*Quintus*”, e por último, a falta das “qualidades e o desempenho habituais nos bens do mesmo tipo” [art. 2.º, n.º 1, *d*) da LVBC]: estão aqui em causa as propriedades, atributos e características identitárias do próprio bem vendido, com que o comprador poderia razoavelmente contar atendendo à natureza do bem concreto (v.g., um automóvel deve funcionar tanto em climas frios como quentes) ou até às declarações públicas ou promocionais objetivas do vendedor (v.g., um automóvel usado vendido “em stand” que o anuncia como novo e que deixa de funcionar dias depois da sua entrega)⁽²³⁾.

IV. A disciplina legal da conformidade contratual completa-se com a previsão da sua extensão aos *contratos mistos* de venda e prestação de serviços de bens de consumo — nos casos em que a desconformidade resulta de deficientes instalação ou instruções da responsabilidade do vendedor (art. 2.º, n.º 4 da LVBC) —, da *transferência do risco* no momento da respetiva entrega — respondendo o vendedor por qualquer falta de conformidade do bem existente no momento em que o bem foi entregue ao com-

(22) Sobre a venda sob amostra, vide SENDIN, P. MELERO, *Compra e Venda Comercial por Amostra, por Qualidade Conhecida no Comércio e sob Exame*, in: “Estudos em Honra do Prof. Doutor J. Oliveira Ascensão”, Vol. II, 1113-1157, Almedina, Coimbra, 2008; na jurisprudência, vide os Acórdãos do STJ de 11-XII-1970 (CAMPOS DE CARVALHO), in: 202 BJM (1971), 223-228, de 31-V-1990 (ALBERTO BALTAZAR), in: 397 BJM (1990), 512-517, e de 12-VI-1991 (TATO MARINHO), in: 408 BJM (1991), 603-607.

(23) Sobre a relevância contratual das mensagens publicitárias, vide ANTUNES, J. ENGRÁCIA, *Direito dos Contratos Comerciais*, 119 e ss., reimpressão, Almedina, Coimbra, 2017; ANTUNES, J. ENGRÁCIA, *O Direito da Publicidade*, 798, in: XCIII “Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra” (2017), 771-848.

prador (art. 3.º, n.º 1 da LVBC)⁽²⁴⁾ — e do *onus da alegação e prova* da desconformidade — bastando ao comprador-consumidor alegar e provar o facto em que se consubstancia a desconformidade do bem (“*maxime*”, funcionamento deficiente) exceto no caso de desconformidades que, no momento da entrega, lhe sejam imputáveis, “*maxime*”, por decorrer de materiais por si fornecidos (v.g., projeto arquitetónico deficiente fornecido pelo dono da obra ao empreiteiro) ou que aquele não podia razoavelmente ignorar, “*maxime*”, por serem ostensivas ou notórias (v.g., compra de automóvel usado com vidros partidos) (art. 2.º, n.º 3 da LVBC)⁽²⁵⁾.

4. Garantias

I. Finalmente, funcionando como o outro lado da moeda do (in)cumprimento contratual, estão os *direitos do consumidor*, de natureza legal (garantias legais: cf. arts. 4.º a 8.º da LVBC) e de natureza voluntária (garantias comerciais: cf. art. 9.º da LVBC)⁽²⁶⁾.

II. Quanto aos primeiros (*garantias legais*), de longe os mais importantes, o princípio geral é o de que a falta de conformidade da prestação debitória com o contrato investe o consumidor/comprador numa série de garantias legais exercitáveis em face do empresário (ou profissional)/vendedor. Tais garantias consistem num feixe de direitos especiais — o direito à reparação do bem desconforme, o direito à substituição do bem desconforme, o direito à redução do preço, e o direito à resolução do contrato (art. 4.º da LVBC) — e, cumulativamente, num direito de indemnização por perdas e danos (art. 12.º, n.º 1 da LDC, art. 798.º do CCivil).

(24) VASCONCELOS, M. PESTANA, *Considerações sobre a Transferência do Risco na Venda de Bens de Consumo*, in: “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Heinrich Ewald Hörster”, 463-478, Coimbra, Almedina, 2012.

(25) MARTINEZ, P. ROMANO, *Empreitada de Bens de Consumo*, 29, in: II “Estudos do Instituto de Direito do Consumo” (2005), 11-35; Acórdão da RL de 24-II-2012 (LUÍS LAMEIRAS), in: <www.dgsi.pt>.

(26) Sobre estes direitos ou garantias, vide ATAÍDE, R. MASCARENHAS, *Direitos e Garantias do Comprador: Meios de Tutela*, in: V “Estudos de Direito do Consumo” (2017), 149-171; CARVALHO, J. MORAIS, *Direitos do Consumidor na Compra de Bens de Consumo*, in: 12 “Estudos de Direito do Consumidor” (2017), 35-73; LEITÃO, L. MENEZES, *O Novo Regime da Venda de Bens de Consumo*, 57 e ss., in: II “Estudos do Instituto de Direito do Consumo” (2005), 37-73; SILVA, J. CALVÃO, *Venda de Bens de Consumo*, 104 e ss., 150 e ss., 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010. Noutros quadrantes, IURILLI, CRISTIANO, *Le Garanzie Legali e Commerciali nella Vendita di Beni di Consumo*, in: LII “Giurisprudenza Commerciale” (2002), 271-289.

III. É objeto de controvérsia na doutrina e jurisprudência portuguesas a existência ou não de uma ordem de hierarquia entre aqueles direitos especiais⁽²⁷⁾. Nos termos do art. 4.º, n.º 5 da LVBC, o princípio geral é o de que o consumidor é livre de exercer em alternativa um qualquer desses direitos, escolhendo aquele que melhor serve os seus interesses, salvo com os limites decorrentes da natureza das coisas (v.g., reparação de eletrodoméstico totalmente destruído por explosão) ou do abuso de direito (fundamental para prevenir exercícios arbitrários e desproporcionados por parte do comprador, em ostensiva lesão dos legítimos interesses do vendedor)⁽²⁸⁾.

IV. A garantia legal de conformidade tem a duração de dois e cinco anos a contar da data da entrega do bem consoante se trate, respetivamente, de coisa móvel ou imóvel (art. 5.º, n.º 1 da LVBC), presumindo-se que quaisquer desconformidades manifestadas durante esse período existiam já na data da entrega (art. 3.º, n.º 2 da LVBC): sob pena de caducidade dos direitos que lhe assistem (art. 5.º, n.º 1 da LVBC), impõe-se que o comprador proceda à denúncia da desconformidade do bem vendido no prazo de 2 meses (bem móvel) ou 1 ano (bem imóvel) a partir da data em que a tenha detetado (art. 5.º-A, n.º 2) e que exerça, judicial ou extrajudicialmente, tais direitos dentro do prazo de 2 anos (bem móvel) ou 3 anos (bem imóvel) a contar da data da denúncia (art. 5.º-A, n.º 3)⁽²⁹⁾. Aspeto relevante é o alargamento do âmbito subjetivo da garantia legal do consumidor: ilustração eloquente da crescente

(27) Sobre a questão, entre outros, LEITÃO, L. MENEZES, *O Novo Regime da Venda de Bens de Consumo*, 58 e ss., in: II “Estudos do Instituto de Direito do Consumo” (2005), 37-73; MORAIS, F. GRAVATO, *A Alternatividade dos Meios de Defesa do Consumidor no Caso de Desconformidade da Coisa com o Contrato de Compra e Venda*, in: “Liber Amicorum Mário Frota”, 155-169, Almedina, Coimbra, 2012; SILVA, J. CALVÃO, *Venda de Bens de Consumo*, 105, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010. No primeiro dos sentidos (sustentando que o consumidor deverá exercer primeiro os direitos que permitem a manutenção do negócio), vide os Acórdãos do STJ de 15-II-2005 (LUCAS COELHO) e de 13-XII-2007 (FONSECA RAMOS); no último dos sentidos (sustentando a liberdade de escolha), vide os Acórdãos do STJ de 5-V-2015 (JOÃO CAMILO) e de 9-XI-2010 (URBANO DIAS), todos in: <www.dgsi.pt>.

(28) Sobre o relevo do abuso de direito nas relações de consumo, vide FLORENÇA, Â. MARQUES, *O Abuso do Direito no Direito do Consumo*, Diss., Universidade Nova de Lisboa, 2015. No caso específico das vendas de bens de consumo, vide ALVES, M. SANTOS, *Os Direitos dos Consumidores em Caso de Desconformidade da Coisa Comprada e Sua Articulação com o Abuso de Direito*, 61 e ss., Diss., Universidade Nova de Lisboa, 2011.

(29) Sobre os prazos legais de conformidade, de denúncia e de caducidade da ação, vide LEITÃO, L. MENEZES, *O Novo Regime da Venda de Bens de Consumo*, 60 e ss., in: II “Estudos do Instituto de Direito do Consumo” (2005), 37-73; SANTOS, P., OLIVEIRA, *A Garantia Legal do Consumidor na Aquisição de Bens*, 45 e ss., Diss., Universidade de Coimbra, 2015; SILVA, J. CALVÃO, *Venda de Bens de Consumo*, 120 e ss., 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010.

responsabilização objetiva dos participantes no circuito económico que caracteriza a contratação mercantil, o consumidor-comprador pode exercer também perante o *produtor* do bem vendido (ou respetivo representante) os seus direitos à reparação ou à substituição (art. 6.º, n.ºs 1 e 3 da LVBC), salvo se tal se mostrar impossível ou desproporcionado (art. 6.º, n.º 1, “*in fine*”, da LVBC) e aquele se puder opor a tal exercício (art. 6.º, n.º 2 da LVBC)⁽³⁰⁾.

V. Finalmente, num plano secundário, cumpre ainda recordar a proteção e os direitos dos consumidores decorrentes de eventuais *garantias voluntárias* (art. 9.º da LVBC). Tais garantias (comumente designadas na gíria “garantias comerciais”) são independentes das garantias legais (art. 10.º da LVBC) — podendo mesmo configurar uma prática desleal quando são utilizadas de forma redundante ou destinada a confundir o consumidor quanto à existência e alcance das últimas [art. 8.º, *m*] da LPCD] — e devem observar um conteúdo mínimo e forma escrita (art. 9.º, n.ºs 2 e 3 da LVBC) — sob pena de eventual responsabilidade civil (art. 798.º do CCivil) e contraordenacional [art. 12.º-A, *b*] da LVBC], sem prejuízo do direito de assistência pós-venda do consumidor (art. 9.º, n.º 5 da LVBC).

§3. Contratos Fora do Estabelecimento Comercial

1. Noção

I. Designa-se por contrato fora do estabelecimento comercial (“off-premises contract”, “außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Vertrag”, “contrat hors établissement”, “contratto negoziati fuori dai locali commerciali”, “contrato celebrado fuera de lo establecimiento mercantil”)

⁽³⁰⁾ Sobre o regime do incumprimento e cumprimento defeituoso dos contratos comerciais em geral, ANTUNES, J. ENGRÁCIA, *Direito dos Contratos Comerciais*, 249 e ss., reimpressão, Almedina, Coimbra, 2017. Destaque-se ainda que, tendo o consumidor optado por exercer os seus direitos contra o vendedor, este é titular de um direito de regresso contra o produtor e outros sujeitos intervenientes no circuito económico, que pode ser exercido inclusive no âmbito da ação judicial movida pelo consumidor (arts. 7.º e 8.º da LVBC): cf. DUARTE, R. PINTO, *O Direito de Regresso do Vendedor Final na Venda para Consumo*, in: II “Themis — Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa” (2001), n.º 4, 173-194; PINTO, P. MOTA, *O Direito de Regresso do Vendedor Final de Bens de Consumo*, in: “Estudos Dedicados ao Prof. Doutor M. J. Almeida Costa”, 1177-1225, UCP Editora, Lisboa, 2002.

o contrato entre um empresário e um consumidor que, tendo por objeto o fornecimento de bens ou a prestação de serviços, foi concluído em lugar diverso do estabelecimento comercial do primeiro com a presença física simultânea de ambos⁽³¹⁾.

II. Este contrato de consumo encontra-se previsto e regulado na *Lei dos Contratos Celebrados à Distância e Fora do Estabelecimento Comercial* (abreviadamente LCCD), aprovada pelo Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro, o qual veio transpor para o direito interno português a Diretiva 2011/83/UE, de 25 de outubro, relativa aos direitos dos consumidores, que teve por objetivo fundamental estabelecer uma harmonização integral das legislações dos Estados-Membros em matérias relativas à informação pré-contratual, aos requisitos formais e ao direito de livre resolução nos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial e contratos celebrados à distância⁽³²⁾.

III. A LCC consagrou a seguinte *noção* de contrato celebrado fora do estabelecimento comercial [art. 3.º, g): “o contrato que é celebrado na presença física simultânea do fornecedor de bens ou do prestador de serviços e do consumidor em local que não seja o estabelecimento comercial daquele, incluindo os casos em que é o consumidor a fazer uma proposta contratual, incluindo os contratos: *i*) Celebrados no estabelecimento

⁽³¹⁾ A designação legal é imperfeita, dado que, como veremos, este contrato pode ser celebrado, nalguns casos, no próprio estabelecimento comercial do empresário [art. 3.º, g), *i*) da LCCD]. Sobre este contrato, vide BARATA, C. LACERDA, *Contratos Celebrados Fora do Estabelecimento Comercial*, in: V “Estudos de Direito do Consumo” (2017), 41-127; CUNHA, CAROLINA, *Métodos de Venda a Retalho Fora do Estabelecimento: Regulamentação Jurídica e Protecção do Consumidor*, in: “Direito Industrial”, Vol. IV, 285-330, Almedina, Coimbra, 2005; DINIS, MARISA, *Contratos Celebrados à Distância e Contratos Celebrados Fora do Estabelecimento Comercial*, in: 77 “Revista Portuguesa de Direito do Consumo” (2014), 11-38; PINTO, P. MOTA, *O Novo Regime Jurídico dos Contratos à Distância e dos Contratos Celebrados fora do Estabelecimento Comercial*, in: 9 “Estudos de Direito do Consumidor” (2015), 51-91; PINTO-FERREIRA, J. PEDRO/CARVALHO, J. MORAIS, *Contratos Celebrados à Distância e Fora do Estabelecimento Comercial*, Almedina, Coimbra, 2014. Noutros quadrantes, GARCÍA, G. BOTANA, *Los Contratos Realizados Fuera de los Establecimientos Mercantiles y la Protección de los Consumidores*, Bosch, Barcelona, 1994; MACRI, CARMINE, *I Contratti Negoziati Fuori dai Locali Commerciali*, Giappichelli, Torino, 1998; STÜRNER, MICHAEL, *Außerhalb von Geschäftsräumen geschlossener Vertrag*, in: 37 “Juristische Arbeitsblätter” (2015), 341-346; SERRANO, L. MARIA, *Los Contratos Celebrados Fuera de los Establecimientos Mercantiles*, Marcial Pons, Madrid, 2001.

⁽³²⁾ Tal diretiva veio substituir e revogar a Diretiva 85/577/CEE, de 20 de dezembro, relativa à proteção dos consumidores nos contratos negociados fora do estabelecimento comercial, e a Diretiva 97/7/CE, de 20 de maio, relativa à proteção dos consumidores nos contratos à distância. Tais diretivas haviam sido transpostas para o direito português, respetivamente, através dos Decreto-Lei n.º 272/87, de 3 de abril e Decreto-Lei n.º 143/2001, de 26 de abril, o qual viria a ser revogado pela atual LCCD.

comercial do profissional ou através de quaisquer meios de comunicação à distância imediatamente após o consumidor ter sido, pessoal e individualmente, contactado num local que não seja o estabelecimento comercial do fornecedor de bens ou prestador de serviços; *ii*) Celebrados no domicílio do consumidor; *iii*) Celebrados no local de trabalho do consumidor; *iv*) Celebrados em reuniões em que a oferta de bens ou de serviços seja promovida por demonstração perante um grupo de pessoas reunidas no domicílio de uma delas, a pedido do fornecedor ou do seu representante ou mandatário; *v*) Celebrados durante uma deslocação organizada pelo fornecedor de bens ou prestador de serviços ou por seu representante ou mandatário, fora do respetivo estabelecimento comercial; *vi*) Celebrados no local indicado pelo fornecedor de bens ou prestador de serviços, a que o consumidor se desloque, por sua conta e risco, na sequência de uma comunicação comercial feita pelo fornecedor de bens ou prestador de serviços ou pelo seu representante ou mandatário”. Desta definição legal retiram-se assim as características e os tipos fundamentais deste contrato.

2. Requisitos

I. Trata-se de um contrato de consumo que exige a verificação cumulativa de três *requisitos*, de natureza subjetiva, objetiva e espacial⁽³³⁾.

II. “*Primus*”, no que concerne aos seus sujeitos do contrato, os contratos celebrados fora do estabelecimento comercial têm como partes o *empresário*, pessoa singular ou coletiva titular de estabelecimento comercial atuando no âmbito da sua atividade profissional diretamente ou através de terceiro [“fornecedor de bens” ou “prestador de serviços”: cf. art. 3.º, *f*) da LCCD]⁽³⁴⁾, e o *consumidor*, ou seja, qualquer pessoa singular atuando

⁽³³⁾ Falamos aqui — neste como nos demais contratos de consumo adiante referidos — dos requisitos específicos do tipo contratual, dado que se pressupõem preenchidos (com as eventuais especializações decorrentes daqueles) os requisitos gerais da existência de um contrato de consumo, relativos ao sujeito ativo (consumidor), sujeito passivo (empresário/profissional), objeto (bens, serviços, direitos) e fim (destino não profissional). Sobre tais requisitos, *vide* ANTUNES, J. ENGRÁCIA, *O Conceito Jurídico de Consumidor*, 777 e ss., in: III “Revista de Direito Civil” (2018), 771-796.

⁽³⁴⁾ Apesar da terminologia legal, mostra a experiência que, na esmagadora maioria dos casos, os fornecedores ou prestadores constituirão empresários individuais ou coletivos — circunstância esta que, de resto, transparece inequivocamente da própria disciplina legal, que se refere amiúde às “empresas fornecedoras” [arts. 20.º, n.ºs 1 e 3, 21.º, n.º 1, *a*), 23.º, n.º 2, *a*) e *b*) da LCCD]. Esse é também o entendimento da doutrina estrangeira para questão congénere: assim VINCENZO BUONOCORE: “A lei sobre contratos celebrados fora do estabelecimento comercial (“*contratti stipulati fuori dei locali com-*

com fins que não se integrem no âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional [art. 3.º, *c*] da LCCD]. Necessário é também que o contrato tenha sido celebrado *com a presença física* simultânea de ambas as partes contratantes, sendo de destacar ter aqui o legislador considerado apenas como relevantes os empresários que disponham de um estabelecimento comercial de retalho (com exclusão dos demais profissionais) [art. 3.º, *g*] e *h*] da LCCD] e os consumidores que sejam indivíduos (com exclusão de pessoas coletivas) [art. 3.º, *c*] da LCCD]⁽³⁵⁾.

III. “*Secundus*”, no que concerne ao objeto do contrato, é ainda necessário que este tenha por objeto *quaisquer bens, serviços ou direitos* negociados por aquele empresário. Sublinhe-se que a lei previu um importante conjunto de exclusões, incluindo os contratos relativos a serviços financeiros, bens imóveis, géneros alimentícios ou outros bens fornecidos regularmente, serviços de saúde, serviços sociais, serviços turísticos, serviços de transporte de passageiros (parcialmente), jogos de fortuna ou azar, máquinas automáticas, viagens organizadas, e direitos reais de habitação periódica, entre outros (art. 2.º, n.º 2 da LCCD).

IV. “*Tertius*”, exige-se ainda, em regra, o preenchimento de um requisito de natureza operativa: que o contrato tenha sido celebrado *fora do estabelecimento do empresário*, entendendo-se por tal quaisquer instalações de venda a retalho onde este exerça a sua atividade de forma permanente (no caso de instalações imóveis) ou habitual (no caso de instalações móveis) [art. 3.º, *h*] da LCCD]. Assim sendo, os espaços públicos, como, por exemplo, as ruas, os centros comerciais, as praias, as instalações desportivas e os transportes públicos, que o empresário/profissional utilize de

mercials”) aplica-se a todos os contratos entre um empresário e um consumidor, concluídos fora da sede da empresa tendo por objeto o fornecimento de bens ou a prestação de serviços” (*Contrattazione d’Impresa e Nuove Categorie Contrattuali*, 85, Giuffrè, Milano, 2000); F. VICENT CHULIÁ: “Estas disposições são aplicáveis aos contratos celebrados fora do estabelecimento mercantil do empresário, diretamente por este ou por terceiro que atue por sua conta” (*Introducción al Derecho Mercantil*, Vol. II, 1241, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010).

⁽³⁵⁾ Este requisito distingue os contratos celebrados fora do estabelecimento dos contratos à distância, distinção esta que, todavia, não pode ser reconduzida à tradicional divisão entre *contratos entre presentes e entre ausentes*. Com efeito, esta última não se baseia no critério da imediatividade física dos contratantes, mas antes na imediatividade temporal das respetivas declarações negociais: um contrato celebrado por telefone, videoconferência ou “skype” entre dois indivíduos muito distantes será um contrato “*inter presentes*”, enquanto um outro concluído presencialmente entre dois indivíduos que emitiram as suas declarações em momentos diferentes será um contrato “*inter absentes*”. Sobre tal distinção, vide FERNANDES, L. CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. II, 92 e ss., 5.ª ed., UC Editora, Lisboa, 2010.

forma excepcional para as suas atividades comerciais, não deverão ser considerados estabelecimentos comerciais para estes efeitos⁽³⁶⁾.

3. Modalidades

I. Concretizando o sentido e alcance deste último requisito, o legislador acabou por consagrar cinco *modalidades típicas* deste contrato [art. 3.º, g) da LCCD].

II. São eles os contratos celebrados no *domicílio* do consumidor [art. 3.º, g), ii) da LCCD] — tomado este num sentido amplo, incluindo a sua residência habitual (art. 82.º, n.º 3 do CCivil) mas também o domicílio de pessoas das suas relações —, os contratos celebrados no *local de trabalho* do consumidor [art. 3.º, g), iii) da LCCD] — tomado também “lato sensu” no sentido do local onde este desenvolve a sua atividade profissional, ao abrigo de contrato de trabalho ou não (v.g., profissional liberal), ou outras atividades regulares (v.g., instalações de universidade no caso de um estudante) —, os contratos celebrados em *reuniões* [art. 3.º, g), iv) da LCCD] — mormente, organizadas pelo empresário para demonstração ou promoção dos seus bens ou serviços —, os contratos celebrados em *excursões* [art. 3.º, g), v) da LCCD] — mormente, em deslocações ou digressões turísticas gratuitas onde o empresário organizador promove a venda dos seus bens ou serviços —, e os contratos celebrados em *local indicado pelo empresário* [art. 3.º, g), i) e vi) da LCCD] — quando, na sequência de um contacto individual direto do consumidor (por via postal, telefónica, eletrónica, na via pública, etc.) por parte de um empresário, aquele celebra um determinado contrato no estabelecimento comercial deste ou noutro local por ele indicado (v.g., uma prática frequente consistindo na atribuição de prémios ao consumidor, que este é convidado a receber em determinado local onde assistirá, simultaneamente, à apresentação de outros produtos ou serviços do mesmo empresário).

(36) Tenha-se presente que as bancas dos mercados e os “stands” das feiras já poderão ser considerados como estabelecimentos comerciais no caso de funcionarem como local de negócios permanente ou habitual para o empresário/ profissional, ainda que em base sazonal. Neste sentido se pronunciou o Acórdão do TJUE de 7-VIII-2018 (“*Verbraucherzentrale Berlin v. Unimatic Vertriebs GmbH*”), que qualificou como estabelecimento comercial um “stand” explorado por um profissional numa feira comercial no qual este exerce as suas atividades alguns dias por ano, se, tendo em conta o conjunto das circunstâncias de facto que rodeiam essas atividades, nomeadamente a aparência desse “stand” e as informações nele disponibilizadas, um consumidor médio e razoável podia esperar que esse profissional exercesse aí as suas atividades e o abordasse a fim de celebrar um contrato (*in*: ECLI:EU: C:2018:642).

III. Dada a natureza exemplificativa do elenco do art. 3.º, g), da LCCD, a estas modalidades típicas podem ainda acrescentar-se outras *modalidades atípicas*. Sublinhe-se que algumas destas modalidades contratuais poderão constituir ou integrar uma prática comercial desleal, nos termos gerais dos arts. 9.º, n.º 1, c) e 12.º, c) da LPCD, originando a consequente invalidade do contrato (art. 14.º da LPCD).

4. Regime

I. O *regime legal* destes contratos encontra-se nuclearmente previsto na LCCD, sendo de destacar as regras relativas à fase pré-contratual, à formação e à extinção do contrato.

II. Relativamente à *fase pré-contratual*, avultam os deveres de informação do empresário perante o consumidor, o qual deve colocar à disposição do consumidor, em tempo útil e previamente à celebração do contrato, um conjunto muito variado e extenso de informações (art. 4.º da LCCD). Tais informações consubstanciam um conteúdo mínimo da declaração negocial do empresário, incluindo, designadamente, a sua identidade e endereço, as características essenciais do bem ou do serviço, o preço total do bem ou do serviço (incluindo taxas e impostos) e o modo de cálculo, os encargos suplementares, as despesas de entrega (caso existam), as modalidades de pagamento, entrega ou execução, a existência de um direito de livre resolução do contrato e seu modo de exercício, a duração do contrato, a existência de prazo da garantia de conformidade dos bens, a assistência pós-venda, e a existência de depósitos ou outras garantias financeiras. Tais informações pré-contratuais devem ser prestadas de forma clara e compreensível (arts. 4.º, n.º 1 e 5.º, n.º 1), através de forma escrita, em papel ou noutro suporte duradouro (arts. 4.º, n.º 5 e 9.º, n.º 1), sendo parte integrante e inalterável do contrato, salvo acordo expresso das partes anterior à respetiva celebração (art. 4.º, n.º 3), e cabendo à empresa fornecedora o ónus da prova do respetivo cumprimento (art. 4.º, n.º 7, todos da LCCD)⁽³⁷⁾.

⁽³⁷⁾ Sobre os deveres de informação pré-contratuais, vide CARVALHO, J. MORAIS, *Prestação de Informações nos Contratos Celebrados à Distância*, 83 e ss., in: AAVV, “Direito Privado e Direito Comunitário — Alguns Ensaio”, 13-144, Âncora Editora, Lisboa, 2007; REBELO, F. NEVES, *O Direito à Informação do Consumidor na Contratação à Distância*, in: “Liber Amicorum Mário Frota”, 103-153, Almedina, Coimbra, 2012. Sobre o quadro comunitário precedente e inspirador da regulação portuguesa (embora relativo à Diretiva 97/7/CE, de 20 de maio, hoje substituída pela Diretiva 2011/83/UE,

III. Relativamente à sua *formação*, merece destaque a exigência de forma especial: sob pena da respetiva nulidade, os contratos fora do estabelecimento comercial devem revestir forma escrita e possuir como conteúdo mínimo um conjunto de elementos informativos obrigatórios, expressos de modo compreensível e em língua portuguesa (art. 9.º, n.º 1 da LCCD, art. 220.º do CCivil), devendo ainda ser entregue ao consumidor uma cópia do contrato assinado ou a confirmação do contrato em suporte de papel ou outro suporte duradouro que este haja autorizado, v.g., chave USB, CD-ROM, DVD, cartões de memória [arts. 3.º, l) e 9.º, n.º 2 da LCCD].

IV. Finalmente, relativamente à sua *extinção*, os contratos celebrados fora do estabelecimento conferem ao consumidor um direito de desistência no prazo de 14 dias contados a partir da data da celebração contratual (no caso de prestação de serviços ou do fornecimento de água, gás ou eletricidade, que não estejam à venda em volume ou quantidade limitados) ou da data da receção do bem (no caso do fornecimento dos demais bens) (arts. 10.º a 17.º da LCCD)⁽³⁸⁾.

§4. Contratos à Distância

1. Noção

I. Designa-se por contrato à distância (“distance contract”, “Fernabsatzvertrag”, “contratto a distanza”, “contrat à distance”, “contrato a distancia”) o *contrato entre um empresário e um consumidor que, tendo por objeto o fornecimento de bens ou a prestação de serviços, foi celebrado no âmbito de um sistema organizado de negociação de comércio à distância, sem a presença física simultânea dos contraentes*⁽³⁹⁾.

de 25 de outubro), vide PINTO, P. MOTA, *Princípios Relativos aos Deveres de Informação no Comércio à Distância*, in: 5 “Estudos de Direito do Consumidor” (2003), 183-206.

⁽³⁸⁾ Para mais desenvolvimentos, SOUSA, A. TEIXEIRA, *O Direito de Arrependimento nos Contratos Celebrados à Distância e Fora do Estabelecimento Comercial*, in: “Estudos de Direito do Consumo — Homenagem a Manuel Ataíde Ferreira”, 18-41, Deco, Lisboa, 2016.

⁽³⁹⁾ Sobre tal contrato, vide CORREIA, M. PUPO, *Contratos à Distância: Uma Fase na Evolução da Defesa do Consumidor na Sociedade de Informação?*, in: 4 “Estudos de Direito do Consumidor” (2002), 165-180; MARTINS, A. SOVERAL, *Contratação à Distância e Contrato de Seguro*, in: 10 “Estudos de Direito do Consumidor” (2016), 91-153; MAIA, PEDRO, *Contratação à Distância e Práticas Comerciais Desleais*, in: 9 “Estudos de Direito do Consumidor” (2015), 143-175; PINTO, P. MOTA, *O Novo Regime Jurídico dos Contratos à Distância e dos Contratos Celebrados Fora do Estabelecimento Comercial*, in: 9 “Estudos de Direito do Consumidor” (2015), 51-91; OLIVEIRA, A. COSTA, *Dos Contra-*

II. Com efeito, sobretudo graças à padronização dos sistemas de distribuição comercial e à emergência de novas técnicas de comunicação e publicidade, verifica-se que os contratos de consumo são frequentemente negociados e concluídos *sem qualquer relação de imediação física e simultânea das partes contratantes*. Hoje, vai sendo cada vez mais raro que a compra de um livro, de um produto alimentar, de uma viagem turística, de ações de uma empresa cotada, e de tantos outros bens ou serviços no mercado, implique a deslocação física do adquirente à sede da empresa produtora, distribuidora ou vendedora: de facto, a aplicação criativa de novas tecnologias de comunicação às transações comerciais (v.g., carta normalizada, catálogos, telefone, telefax, videotexto, correio eletrónico, rádio, televisão, “internet”) vem tornando tal hipótese cada vez mais remota⁽⁴⁰⁾.

III. Este processo alternativo de contratação foi objeto de disciplina jurídica própria, prevista na já citada *Lei dos Contratos Celebrados à Distância e Fora do Estabelecimento Comercial* (LCCD), aprovada pelo Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro, sob o direto impulso da legislação comunitária (Diretiva 2011/83/UE, de 25 de outubro). Do que se trata agora, neste ponto, é de salientar em particular os aspetos jusconsummeristas deste tipo de contrato, analisando os seus requisitos, as suas modalidades mais frequentes, e os traços fundamentais do respetivo regime legal.

tos Negociados à Distância, in: 7 “Revista Portuguesa de Direito do Consumo” (1996), 52-96; PINTO-FERREIRA, J. PEDRO/CARVALHO, J. MORAIS, *Contratos Celebrados à Distância e Fora do Estabelecimento Comercial*, Almedina, Coimbra, 2014; SILVA, D. SOUSA, *Contratos à Distância — O Ciberconsumidor*, in: 5 “Estudos de Direito do Consumidor” (2003), 423-456; para um apanhado jurisprudencial, vide PASSINHAS, SANDRA, *Jurisprudência Relevante em Matéria de Contratação à Distância*, in: 9 “Estudos de Direito do Consumidor” (2015), 251-277. Noutros quadrantes, BRUNEAX, GEOFFRAY, *Le Contrat à Distance au XXI^{ème} Siècle*, LGDJ, Paris, 2010; COEHEN-ADT, GREGOR, *Der Fernabsatzvertrag: Anwendungsvoraussetzungen und -probleme beim Versandhandel*, Logos, Berlin, 2009; FRATERNALE, ANTONIO, *I Contratti a Distanza*, Giuffrè, Milano, 2002; PÉREZ, N. FERNÁNDEZ, *El Nuevo Régimen de Contratación a Distancia con Consumidores*, La Ley, Madrid, 2009.

⁽⁴⁰⁾ Sublinhe-se que este processo contratual abrange todas as técnicas de comunicação à distância, algumas das quais, por seu turno, são ainda objeto de uma regulação específica: assim, por exemplo, a contratação efetuada através de centros telefónicos de relacionamento ou “call centers” (cf. art. 2.º do Decreto-Lei n.º 134/2009, de 2 de junho). Isto é também verdade para a “internet”, conquanto esta última origine uma temática específica — a chamada “contratação eletrónica”: quer isto dizer que os contratos eletrónicos de consumo se encontram simultaneamente sujeitos, para além das suas regras próprias (LCE e LDE: cf. *infra* § 5), às regras gerais em sede da contratação à distância (LCCD).

2. Requisitos

I. O contrato celebrado à distância encontra-se previsto e regulado na LCCD, que o define como “o contrato celebrado entre o consumidor e o fornecedor de bens ou o prestador de serviços sem presença física simultânea de ambos, e integrado num sistema de venda ou prestação de serviços organizado para o comércio à distância mediante a utilização exclusiva de uma ou mais técnicas de comunicação à distância até à celebração do contrato, incluindo a própria celebração” [art. 3.º, *f*]. Trata-se assim de um contrato de consumo que exige a verificação cumulativa de três *requisitos* distintivos, de natureza subjetiva, objetiva e operacional.

II. “Primus”, tal como sucede nos contratos celebrados fora do estabelecimento, são sujeitos dos contratos à distância o *empresário*, pessoa singular ou coletiva titular de estabelecimento comercial atuando no âmbito da sua atividade profissional diretamente ou através de terceiro [“fornecedor de bens” ou “prestador de serviços”: cf. art. 3.º, *f*] da LCCD], e o *consumidor*, ou seja, qualquer pessoa singular atuando com fins que não se integrem no âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional [art. 3.º, *c*] da LCCD]. Decisivo — e nota distintiva desta figura contratual — é que o contrato tenha sido celebrado *sem a presença física* simultânea de ambas as partes contratantes, mediante a utilização exclusiva de uma ou mais técnicas de comunicação à distância, v.g., carta normalizada, catálogos, videotexto, telefone fixo, telemóvel, mensagens gravadas, SMS, “fax”, correio eletrónico, rádio, televisão, redes sociais, “internet”, etc. [art. 3.º, *c*), *f*) e *m*) da LCCD].

III. “Secundus”, no que toca aos requisitos objetivos, o contrato poderá ter por objeto *quaisquer bens, serviços ou direitos* negociados por aquele empresário, sendo de assinalar a previsão de um importante conjunto de exceções [arts. 2.º, n.º 2 e 3.º, *f*] da LCCD]. Destaque particular merecem *os contratos à distância relativos a serviços financeiros*, os quais foram regulados autonomamente pelo Decreto-Lei n.º 95/2006, de 29 de maio⁽⁴¹⁾: sublinhe-se, todavia, que a equiparação legal genérica do investi-

(41) Este diploma legal veio transpor a Diretiva 2002/65/CE, de 23 de setembro, relativa à comercialização à distância de serviços financeiros prestados a consumidores, a qual veio concretizar (porventura de modo parcialmente desnecessário) para o caso específico dos bens e serviços financeiros a disciplina da contratação à distância relativa aos bens e serviços em geral contida na Diretiva 2011/83/UE, de 25 de outubro. Cf. BRAVO, FABIO, *Commercializzazione a Distanza dei Servizi Finanziari ai Consumatori*, Ipsosa, Milano, 2003.

dor não profissional ao consumidor (art. 321.º, n.º 3 do CCVM) não é automática, devendo ser devidamente cotejada caso a caso, quer com a natureza jurídica e económica de cada investidor (“*maxime*”, pessoa singular ou coletiva, objeto legal ou estatutário, natureza profissional ou não da atividade de investimento), quer com os bens e serviços financeiros concretamente prestados, quer ainda com a eventual sobreposição ou duplicação das esferas de proteção das normas jusmobiliárias e jusconsumeristas⁽⁴²⁾.

IV. “*Tertius*”, no que concerne aos requisitos operacionais, é necessário que o contrato tenha sido celebrado no âmbito de um *sistema de negociação ou contratação à distância organizado pelo empresário* [art. 3.º, f) da LCCD]. Não basta, pois, que o contrato haja sido celebrado através de uma técnica de comunicação à distância, sendo ainda necessário que tal celebração haja ocorrido numa plataforma de negociação especialmente predisposta para o comércio à distância (v.g., “call centers”, serviços de televendas, páginas “web” permitindo efetuar transações comerciais).

3. Modalidades

I. Apesar de o legislador não haver consagrado modalidades típicas dos contratos à distância (como o fez para os contratos fora do estabelecimento comercial), a “*praxis*” comercial conhece algumas espécies mais frequentes, as quais se distinguem, fundamentalmente, pela particular técnica de comunicação que está na base da respetiva celebração.

II. Tal é o caso dos contratos celebrados por *correspondência postal* — mormente, através de cartas ou formulários normalizados, catálogos, ou outros documentos enviados por correio para o consumidor —, celebrados por *rádio ou televisão* — mormente, em programas televisivos dedicados à comercialização de bens ou serviços (televendas) —, celebrados por *telefone* — através de sistemas automáticos com mensagens escritas ou orais pré-gravadas, aparelhos de chamada automática, aparelhos de

⁽⁴²⁾ Sobre a questão, *vide* ainda ANTUNES, J. ENGRÁCIA, *Deveres e Responsabilidade do Intermediário Financeiro*, 51 e ss., in: 56 “Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários” (2017), 31-52; RODRIGUES, S. NASCIMENTO, *A Proteção dos Investidores em Valores Mobiliários*, 44 e ss., Almedina, Coimbra, 2001; noutros quadrantes, RIESENHUBER, KARL, *Anleger und Verbraucher*, in: 26 “Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft” (2014), 134-149.

telecópia (v.g., faxes), SMS (serviços de mensagens curtas), EMS (serviços de mensagens melhoradas), e MMS (serviços de mensagem multimédia), enviados para telefones fixos ou móveis dos consumidores⁽⁴³⁾ — e celebrados por *meios eletrónicos* — designadamente, através de correio eletrónico, redes sociais, páginas “web”, e “internet”⁽⁴⁴⁾.

4. Regime

I. O regime legal destes contratos encontra-se previsto na LCCD. Tal regime é essencialmente idêntico ao dos contratos fora do estabelecimento comercial em matéria da fase *pré-contratual* (deveres de informação: cf. arts. 4.º e 5.º, n.º 1 da LCCD) e da *extinção contratual* (direito de desistência: cf. arts. 10.º a 17.º da LCCD), atrás passado em revista⁽⁴⁵⁾, sem prejuízo de alguns traços próprios. Assim, por exemplo, a informação pré-contratual deve incluir o custo de utilização da técnica de comunicação à distância [art. 4.º, n.º 1, *p*] da LCCD] e deve ser prestada através de meio adequado, com respeito pelos princípios da boa-fé, da lealdade nas transações comerciais e da proteção das pessoas incapazes, v.g., menores (art. 5.º, n.º 1 da LCCD). Inversamente, ele já apresenta algumas importantes diferenças e particularidades no que diz respeito à formação e cumprimento contratuais.

II. No plano da sua *formação*, os contratos à distância não se encontram sujeitos a forma especial (com exceção dos celebrados por telefone: cf. art. 5.º, n.º 7 da LCCD), encontrando-se, em contrapartida, sujeitos às normas específicas relativas ao particular meio de comunicação à distância utilizado na sua celebração (designadamente, LI, LTV, LR, CPub, etc.): assim, no que diz respeito a contratos celebrados por correspondência postal, o conteúdo contratual mínimo deve integrar, além dos

⁽⁴³⁾ Sublinhe-se que, no caso de o empresário/profissional utilizar uma linha telefónica para ser contactado em relação ao contrato celebrado, o consumidor, ao contactar o profissional, não fica vinculado a pagar mais do que a tarifa de base (art. 21.º da Diretiva 2011/83/UE, de 25 de outubro, art. 4.º, n.º 1, *o*) da LCCD). Cf. Acórdão do TJUE de 13-IX-2018 (“*Starman AS*”), in: ECLI:EU:C:2018:721.

⁽⁴⁴⁾ Os contratos à distância celebrados por meios eletrónicos constituem, em si mesmo, um tipo contratual autónomo, que será mais adiante estudado — os *contratos eletrónicos com consumidores* ou B2C (cf. *infra* § 5). Trata-se assim de uma figura contratual que se encontra simultaneamente sujeita às regras gerais em sede da contratação à distância (LCCD) e às suas regras próprias em sede de contratação eletrónica (mormente, a LCE). Sobre esta natureza bifronte da sua regulação, *vide infra* § 5-1.

⁽⁴⁵⁾ Cf. *supra* § 3-4.

elementos gerais do art. 4.º, n.º 1, os elementos adicionais previstos no art. 21.º da LCCD, sendo ainda de ter presentes as normas do art. 23.º do CPub e da Lei n.º 6/99, de 27 de janeiro; no que respeita a contratos celebrados por telefone, refira-se que a identidade do empresário/ profissional e o objetivo comercial da chamada devem ser comunicados ao consumidor no início de qualquer contacto telefónico com este (art. 5.º, n.º 6 da LCCD), além de se fazer depender a celebração do contrato de assinatura ou aceitação escrita do consumidor (exceto nos casos em que o primeiro contacto telefónico seja efetuado pelo próprio consumidor: cf. art. 5.º, n.º 7 da LCCD), além de outras normas especiais porventura aplicáveis (v.g., Decreto-Lei n.º 134/2009, de 2 de junho, relativo aos centros telefónicos de relacionamento ou “call centers”); e, no que respeita a contratos celebrados por rádio ou televisão, a celebração do contrato deve ser precedida da prestação de um conteúdo mínimo de informação (art. 5.º, n.º 5 da LCCD), além de observar as regras previstas no CPub (art. 8.º), na LTV (arts. 40.º e ss.) e na LR (art. 40.º).

III. Por outro lado, no que toca ao seu *cumprimento*, há que salientar a existência de uma obrigação de confirmação do contrato (art. 6.º da LCCD) — obrigação contratual acessória a cargo do empresário/profissional que se traduz no dever de este entregar ao consumidor, em qualquer suporte duradouro [papel, chave USB, CD-ROM, DVD, cartões de memória: cf. art. 3.º, l) da LCCD], uma confirmação da celebração contendo todas as informações pré-contratuais previstas no art. 4.º, n.º 1 da LCCD⁽⁴⁶⁾ — e ainda uma obrigação de execução do contrato (art. 19.º da LDDC) — que investe o empresário/profissional num dever de fornecer o bem ou prestar o serviço no prazo máximo de 30 dias, a contar do dia seguinte à celebração do contrato (n.º 1), sob pena de ser obrigado a reembolsar o consumidor dos montantes pagos ou mesmo a devolver o preço em dobro (n.ºs 2 e 3), sem prejuízo da possibilidade de poder prestar bem ou serviço de qualidade e preço equivalentes se tal houver sido convencionado e o consumidor nisso tenha consentido expressamente (n.º 4).

⁽⁴⁶⁾ Salvo, naturalmente, se aquele empresário/profissional já tiver prestado essa informação, em suporte duradouro, antes da celebração do contrato (art. 6.º, n.º 2, “*in fine*”). Sobre a noção de suporte duradouro, DEMOULIN, MARIE, *La Notion de «Support Durable» dans les Contrats à Distance*, in: 4 “Revue Européenne de Droit de la Consommation” (2000), 361-377.

§5. Contratos Eletrônicos B2C

1. Noção

I. Designam-se genericamente por contratos eletrônicos B2C (“B2C e-contracts”), também denominados contratos de consumo eletrônicos, *os contratos celebrados por via eletrônica entre um empresário e um consumidor*⁽⁴⁷⁾.

II. O “*comércio eletrônico*” (“e-commerce”) — que abrange hoje o conjunto das atividades, relações ou transações juseconómicas realizadas por via telemática através de equipamentos de processamento e transmissão eletrônica de dados (computadores, “tablets”, “smartphones”) — representa um dos vetores primordiais de evolução da atividade comercial e do próprio Direito Comercial no dealbar do séc. XXI⁽⁴⁸⁾. Dentro do universo do comércio eletrônico, e a par de outros institutos (“*maxime*”, documento eletrônico, moeda eletrônica), destaca-se a chamada *contratação eletrônica*, que designa um processo especial e alternativo de contratação caracterizado pelas declarações de vontade dos contraentes serem produzidas e transmitidas por meios informáticos, “*maxime*”, através dos sítios “web” colocados em rede (“internet”) e do correio eletrônico (“e-

(47) Sobre os contratos de consumo eletrônicos, *vide* ASCENSÃO, J. OLIVEIRA, *A Sociedade Digital e o Consumidor*, in: VIII “Direito da Sociedade de Informação” (2009), 123-153; BARBIERI, DIOVANA, *A Proteção do Consumidor no Comércio Eletrônico: Estudo Comparado à luz dos Ordenamentos Jurídicos Brasileiro e Português*, Editorial Juruá, Lisboa, 2013; BARROS, J. LEITE, *Os Contratos de Consumo Celebrados pela Internet*, in: 3 “Revista Jurídica Luso-Brasileira” (2017), 781-843; CASTRO, M. GABRIEL, *Direito dos Contratos — Contrato Eletrônico de Consumo*, in: 8 “Estudos de Direito do Consumidor” (2006/2007), 559-615; LARCHER, SARA, *Contratos Celebrados através da Internet: Garantias dos Consumidores contra Vícios na Compra e Venda de Bens de Consumo*, in: II “Estudos do Instituto de Direito do Consumo” (2005), 152-166; LEITÃO, A. MENEZES, *Comércio Eletrônico e Direito do Consumo*, in: “Liber Amicorum Mário Frota — A Causa dos Direitos dos Consumidores”, 31-39, Almedina, Coimbra, 2012; OLIVEIRA, E. DIAS, *A Protecção dos Consumidores nos Contratos Celebrados através da Internet*, Almedina, Coimbra, 2002; OLIVEIRA, E. DIAS, *Contratação Eletrônica e Tutela do Consumidor*, in: V “Estudos de Direito do Consumo” (2017), 129-148; PEREIRA, A. DIAS, *Comércio Eletrônico e Consumidor*, in: 6 “Estudos de Direito do Consumidor” (2004), 341-400; PEREIRA, A. DIAS, *Novos Direitos do Consumidor no Mercado Digital*, in: 10 “Estudos de Direito do Consumidor” (2016), 155-173. Noutros quadrantes, LAWAND, J. JOSÉ, *Teoria Geral dos Contratos Eletrônicos*, Ed. Juarez, São Paulo, 2003; LEHMANN, MICHAEL (Hrsg.), *Rechtsgeschäfte im Netz — Electronic Commerce*, Schäffer-Poeschel, Stuttgart, 1999; OLAVE, R. PINOCHET, *Contratos Electrónicos y Defensa del Consumidor*, Marcial Pons, Madrid, 2001; PASSA, JÉRÔME, *Commerce Electronique et Protection du Consommateur*, in: 178 “Recueil Dalloz” (2002), 555-564.

(48) Sobre o relevo do comércio eletrônico no âmbito do Direito Comercial moderno, *vide* ANTUNES, J. ENGRÁCIA, *Direito Comercial*, em curso de publicação.

-mail”)(⁴⁹). Os contratos eletrônicos, por sua vez, podem revestir uma enorme variedade de modalidades e tipologias, mormente em função da natureza das partes contratantes(⁵⁰): aqui interessam-nos apenas os chamados *contratos eletrônicos B2C* (“*business-to-consumer*”), celebrados entre empresários e consumidores.

III. Tais contratos têm inegáveis *vantagens* para empresários e consumidores. Os primeiros rapidamente descobriram nas novas tecnologias de comunicação um poderoso instrumento de expansão das suas atividades e transações comerciais, alcançando novos clientes e negócios sem fronteiras físicas e geográficas: a contratação eletrônica funciona 24 horas por dia, 7 dias por semana, e 365 dias por ano, com consumidores de todo o mundo, representando atualmente um volume de negócios global superior a 1,8 trilhões de dólares em todo o mundo(⁵¹). Quanto aos últimos, se, como vimos atrás, já a partir de meados do século passado se tornou cada vez menos frequente que um consumidor tivesse de esperar na fila do estabelecimento do empresário para negociar ou adquirir um determinado produto ou serviço (contratação à distância), nos inícios deste novo século uma boa parte destes produtos e serviços passou a estar ao alcance de um simples “click” de computador, operando em micromilésimos de segundo: hoje, é mais fácil, mais rápido e mais barato um consumidor português adquirir a uma empresa “virtual” sediada nos Estados Unidos da América ou na China um determinado bem (v.g., livro, peça de vestuário, ficheiro digital) do que encomendar essas obras numa loja da própria cidade onde vive. Mas, porque não há bela sem senão, os cibercontratos encerram também *riscos* novos e especiais relativamente aos contratos de consumo tradicionais: dirigindo a sua oferta eletrônica ao mercado virtual mundial, aos empresários passa a ser difícil, senão impossível, conhecer previamente a identidade das suas contrapartes, a sua

(⁴⁹) Sobre a noção, as aceções e as modalidades da contratação eletrônica, vide ASCENSÃO, J. OLIVEIRA, *Contratação Eletrônica*, in: IV “Direito da Sociedade de Informação” (2003), 43-68; LUELMO, A. DOMÍNGUEZ, *Contratação na Internet. Regime Jurídico da Contratação na Internet*, in: “Temas de Direito da Informática e da Internet”, 137-160, Coimbra Editora, Coimbra, 2004; PEREIRA, A. DIAS, *Comércio Eletrónico na Sociedade da Informação*, 14 e s., Almedina, Coimbra, 1999; ROSA, V. CASTRO, *Contratação Eletrónica*, in: AAVV, “Lei do Comércio Electrónico Anotada”, 191-208, Coimbra Editora, Coimbra, 2005.

(⁵⁰) Tendo em conta a natureza ou “status” dos sujeitos neles intervenientes — empresários (B), consumidores (C), Administração ou Estado (A), trabalhadores (E), particulares (P) —, tornou-se assim usual distinguir entre as modalidades “business-to-business” (B2B), “business-to-consumer” (B2C), “business-to-administration” (B2A), “administration-to-consumer” (A2C), “business-to-employee” (B2E) e “peer-to-peer” (P2P). Cf. ANTUNES, J. ENGRÁCIA, *Direito Comercial*, em curso de publicação.

(⁵¹) ECOMMERCE FOUNDATION, *Global B2C ECommerce Country Report 2017*, New York, 2018.

capacidade (v.g., menores, insolventes) ou o local do seu domicílio (e, logo, qual a lei reguladora do contrato); negociando com uma empresa virtual, o ciberconsumidor não conhece frequentemente a real identidade do empresário, não resiste à facilidade assombrosa do processo negocial (ao alcance de um clique no botão digital “Comprar” ou similar), não viu o produto antes de o encomendar e pagar, e fornecerá dados pessoais e bancários que poderão passar a circular sem a sua autorização⁽⁵²⁾.

IV. O regime jurídico dos contratos eletrónicos B2C consta hoje de uma pluralidade de *fontes legais* específicas. Muito embora haja quem considere aqui suficientes as normas tradicionais dos contratos previstas no CCivil⁽⁵³⁾, afigura-se que a contratação eletrónica constitui uma nova e alternativa modalidade de contratação cujas especificidades justificam a existência de uma regulação própria, a qual contribuirá aliás para o avanço e renovação do próprio direito contratual clássico (sem prejuízo de, no futuro, uma vez sedimentada, poder vir a integrar aquele). Entre aquelas fontes, destaca-se o Decreto-Lei 7/2004, de 7 de janeiro, relativo aos serviços na sociedade da informação e ao comércio eletrónico (abreviadamente *Lei do Comércio Eletrónico* ou LCE)⁽⁵⁴⁾, além de outros diplomas legais complementares, mormente, o Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 2 de agosto, relativo aos documentos eletrónicos e à assinatura digital (abreviadamente *Lei dos Documentos Eletrónicos* ou LDE). Além disso, os contratos de consumo eletrónicos constituem uma modalidade dos contratos à distância (a qual, como vimos atrás, abrange todas as técnicas de comunicação à distância), revestindo frequentemente a natureza de contratos de adesão, encontrando-se assim também sujeitos, com as necessárias adaptações, às regras gerais previstas na LCCD (Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro), na LCCG (Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro) e na LPCD (Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março)⁽⁵⁵⁾.

⁽⁵²⁾ Para uma visão de conjunto das vantagens e riscos da contratação eletrónica do consumo, vide TAPSCOTT, DON, *The Digital Economy: Promises and Perils in the Age of Networked Intelligence*, McGraw-Hill, New York, 1997.

⁽⁵³⁾ PINTO, P. MOTA, *Declaração Tácita e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico*, 444, Coimbra, Almedina, 1995; SILVA, P. COSTA, *Transferência Eletrónica de Dados: A Formação dos Contratos*, 216, in: I “Direito da Sociedade de Informação” (1999), 217-222.

⁽⁵⁴⁾ Esta lei veio transpor para o direito interno a Diretiva 2000/31/CE, de 8 de junho, relativa a certos aspetos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio eletrónico, no mercado interno (vulgarmente conhecida por “Diretiva sobre o Comércio Eletrónico” ou DCE). No plano internacional, vide ainda a “Lei Modelo UNCITRAL sobre o Comércio Eletrónico” de 1996 e as “OECD Guidelines for Consumer Protection in the Context of Electronic Commerce” de 1999.

⁽⁵⁵⁾ Sobre esta natureza bifronte, vide SILVA, D. SOUSA, *Contratos à Distância — O Ciberconsumidor*, 433, in: 5 “Estudos de Direito do Consumidor” (2003), 423-456; OLIVEIRA, E. DIAS, *Tutela do Con-*

2. Requisitos

I. Os contratos eletrónicos B2C são contratos de consumo cuja existência está subordinada a requisitos subjetivos e objetivos. No que concerne ao seu *âmbito subjetivo*, como sucede com os demais contratos de consumo, os contratos B2C têm como partes intervenientes um empresário (sujeito passivo) e um consumidor (sujeito ativo).

II. Relativamente ao sujeito ativo, a lei fala genericamente em “*prestador de serviço*” da sociedade de informação (art. 3.º, n.º 1 da LCE). Todavia, à semelhança do que sucede com os demais contratos de consumo em geral⁽⁵⁶⁾, os contratos B2C serão usualmente concluídos por *empresários* singulares ou coletivos: para além das referências da lei às “empresas prestadoras de serviços da sociedade de informação” (v.g., art. 38.º, n.ºs 2 e 3 da LCE), é também isso que de algum modo resulta, quer da exigência expressa da lei da natureza económica da atividade por aquelas desenvolvida e da própria amplitude do conceito de serviço da sociedade de informação (art. 3.º, n.º 1 da LCE), quer ainda da exigência implícita de tal prestação ocorrer no quadro de um sistema de vendas ou prestação de serviços organizado para o comércio à distância [art. 3.º, f) da LCCD]⁽⁵⁷⁾. Sublinhe-se, aliás, que as empresas prestadoras de serviços da sociedade da informação, reguladas pela LCE, podem ser de dois tipos: por um lado, as empresas operativas propriamente ditas que são parte nos contratos B2C e que exercem a sua atividade económica por meios eletrónicos, de modo parcial (empresas “tradicionais”) ou exclusivo (empresas “virtuais”), e cuja atividade não depende de qualquer autorização prévia especial (art. 3.º, n.º 3 da LCE), sem prejuízo, naturalmente, das regras

sumidor na Internet, 337, in: V “Direito da Sociedade de Informação” (2004), 335-358. Sublinhe-se que as referidas leis reguladoras possuem um âmbito subjetivo e objetivo mais vasto do que os contratos em apreço: a LCE não regula apenas os contratos e as relações jurídicas de consumo (aplicando-se a outras vertentes do comércio eletrónico) e a LCCD não regula apenas os contratos celebrados por meios eletrónicos (abrangendo outros meios de comunicação à distância, v.g., correio, telefone, televisão).

⁽⁵⁶⁾ ANTUNES, J. ENGRÁCIA, *O Conceito Jurídico de Consumidor*, 781 e ss., in: III “Revista de Direito Civil” (2018), 771-796. Para uma ilustração, *vide supra* §3-2 (nota 34).

⁽⁵⁷⁾ Como sublinha J. OLIVEIRA ASCENSÃO, “com esta amplitude qualquer exercício de comércio eletrónico em rede é um serviço da sociedade da informação” (*Contratação Eletrónica*, 50, in: IV “Direito da Sociedade de Informação” (2003), 43-68). Sobre o empresário como contraparte natural (embora não obrigatória) dos contratos B2C, *vide* PIZARRO, S. NÓBREGA, *Comércio Eletrónico — Contratos Eletrónicos e Informáticos*, 73, Almedina, Coimbra, 2005; TUPAN, S. CHRISTOFFOLI, *Alguns Aspectos Jurídicos do Comércio Eletrónico entre Empresas*, 58 e ss., Diss., Porto, 2004; noutros ordenamentos, DE ROS, R. MATEO/LÓPEZ-MONIS, M. GALLEGU, *Derecho de Internet*, 115, Aranzadi, Cizur Menor, 2003.

gerais de acesso ao exercício de certas atividades económicas (v.g., art. 1.º, n.º 3 do Decreto-Lei n.º 10/2015, de 16 de janeiro); por outro lado, as empresas prestadoras intermediárias de serviços de transmissão de comunicações em rede (arts. 11.º, ss., da LCE)⁽⁵⁸⁾. Sublinhe-se ainda que esta natureza tipicamente empresarial dos sujeitos ativos dos contratos B2C não é desmentida pelo art. 24.º da LCE, segundo o qual o regime legal é aplicável “a todo o tipo de contratos celebrados por via eletrónica ou informática, sejam ou não qualificáveis como comerciais”: com tal disposição terá o legislador pretendido fundamentalmente esclarecer o princípio da universalidade da contratação eletrónica e do respetivo regime — o qual, salvo as exceções previstas na lei (“*maxime*”, art. 25.º, n.º 2 da LCE), não conhece limitações nas tradicionais divisões do direito privado e até do direito em geral (v.g., contratos civis, comerciais, administrativos) —, de modo algum infirmando que a esmagadora maioria dos atuais contratos de consumo relativos ao comércio eletrónico é celebrada por prestadores de serviços que revestem a natureza de empresas.

III. Relativamente ao sujeito passivo, a lei fala aqui de “*destinatário*” (arts. 3.º, n.º 1 e 28.º, n.º 1 da LCE), para designar qualquer pessoa singular ou coletiva que solicitou e a quem é prestado o serviço, definindo ainda o legislador comunitário como tal “qualquer pessoa, singular ou coletiva, que, para fins profissionais ou não, utilize um serviço da sociedade da informação, nomeadamente para procurar ou para tornar acessível determinada informação” [art. 2.º, *d*) da DCE]. Por conseguinte, os destinatários dos serviços da sociedade de informação poderão ou não ser consumidores, já que o regime legal é aplicável independentemente da finalidade ou destino final dos mesmos (privado ou profissional), abrangendo assim também, e salvo disposição expressa em contrário, os destinatários que sejam empresários (contratos “business-to-business” ou B2B): na contratação eletrónica ou em rede, um consumidor será sempre destinatário de um serviço da sociedade de informação, mas nem todo o destinatário será necessariamente um consumidor. Por outra banda, no caso dos contratos B2C, o conceito de ciberconsumidor e a sua tutela jurídica reconduzem-se à noção geral de consumidor (art. 2.º da LDC) e aos quadros jurídicos gerais da sua proteção (art. 3.º da LDC), sem prejuízo naturalmente das

(58) Tal significa também a existência de um feixe de outros contratos, que aqui não serão naturalmente objeto de atenção: pense-se, designadamente, nos contratos de prestação de serviços de telecomunicações, contratos de assinatura ou acesso à “internet”, contratos de organização de páginas “web”, ou contratos de hospedagem de “home pages”.

especificidades próprias adiante assinaladas⁽⁵⁹⁾: assim sendo, serão “ciber-consumidores” ou consumidores internautas, partes de um contrato B2C, as pessoas (em regra, singulares) que tenham solicitado e utilizado tais serviços para fins privados, com exclusão de quaisquer fins empresariais ou profissionais.

IV. No que diz respeito ao seu *âmbito objetivo*, os contratos B2C devem preencher os requisitos que resultam da própria definição legal: é considerado como serviço da sociedade de informação “qualquer serviço prestado à distância por via eletrónica, mediante remuneração ou pelo menos no âmbito de uma atividade económica na sequência de pedido individual do destinatário” (art. 3.º, n.º 1 da LCE).

V. Assim sendo, tais contratos contradistinguem-se por determinadas características próprias. Trata-se, desde logo, de contratos *à distância*, isto é, celebrados sem a presença simultânea dos contraentes (“inter absentes”) no âmbito de um sistema de negociação organizado pelo empresário/prestador: estão assim excluídos os contratos B2C que sejam executados entre presentes ou através de contacto imediato (v.g., videoconferência, “skype”, “chat rooms”, etc.), além dos contratos B2B (que, como vimos, não estão abrangidos pela disciplina geral dos contratos à distância prevista na LCCD)⁽⁶⁰⁾. Depois, trata-se de contratos celebrados por *via eletrónica*, isto é, cujos nascimento, formação e execução são realizados mediante o processamento eletrónico de dados através de equipamentos

⁽⁵⁹⁾ Como sublinha E. DIAS OLIVEIRA, “o consumidor internauta não é merecedor de menor nem de maior proteção do que o consumidor tradicional” (*A Protecção dos Consumidores nos Contratos Celebrados Através da Internet*, 58, Almedina, Coimbra, 2002). Em sentido convergente, J. MORAIS CARVALHO, ao sublinhar que, não contendo a LCE uma noção de consumidor, deve prevalecer o conceito geral da LDC para efeitos da sua aplicação (*Comércio Eletrónico e Protecção dos Consumidores*, 43, in: II “Themis — Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa” (2006), 41-62).

⁽⁶⁰⁾ Relembre-se que o art. 3.º, f) da LCCD define contrato celebrado à distância como “um contrato celebrado entre o consumidor e o fornecedor de bens ou o prestador de serviços sem presença física simultânea de ambos, e integrado num sistema de venda ou prestação de serviços organizado para o comércio à distância mediante a utilização exclusiva de uma ou mais técnicas de comunicação à distância até à celebração do contrato, incluindo a própria celebração” (sobre tal conceito, *vide supra* § 4-1). Além disso, refira-se ainda que o art. 2.º, b) (i) do Decreto-Lei n.º 58/2000, de 18 de abril, define como serviço à distância “um serviço prestado sem que as partes estejam simultaneamente presentes”. Considerando também os contratos eletrónicos como uma submodalidade dos contratos à distância, *vide* ainda ASCENSÃO, J. OLIVEIRA, *Contratação Electrónica*, 46, in: IV “Direito da Sociedade de Informação” (2003), 43-68; CARVALHO, J. MORAIS, *Comércio Eletrónico e Protecção dos Consumidores*, 42, in: II “Themis — Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa” (2006), 41-62; noutros quadrantes, NAVARRETE, M. MORENO, *Derecho-e: Derecho del Comercio Electrónico*, 47, Marcial Pons, Madrid, 2002.

próprios (computadores, “smartphones”, etc.)(⁶¹): em via de princípio, são indiferentes as características particulares da contratação eletrónica — abrangendo-se indistintamente a contratação eletrónica direta (“on line”) e indireta (“off line”), nacional ou internacional, aberta ou fechada (v.g., rede fechada EDI), individualizada ou massificada (v.g., através de cláusulas contratuais gerais) — e as modalidades operativas da sua realização — por exemplo, correio eletrónico (“e-mail”), páginas ou sítios “web” colocados na rede (“internet”), leilões eletrónicos, etc.(⁶²). Depois ainda, trata-se de contratos de carácter *económico-empresarial*, isto é, de carácter oneroso (mediante contrapartida ou vantagem patrimonial para as partes, mormente o pagamento de um preço) ou até gratuito, sempre que os serviços sejam prestados no âmbito da atividade económica geral do prestador do serviço (v.g., publicidade comercial). Por fim, trata-se de contratos negociados a *pedido do destinatário*, isto é, nos quais o serviço seja prestado mediante prévia ligação ou contacto em linha estabelecido pelo consumidor: estão assim excluídos, por exemplo, os serviços de rádio ou de televisão, que são prestados independentemente de uma solicitação eletrónica individual. Muito embora se trate de uma característica natural, embora não essencial, os contratos B2C serão também frequentemente (e, no caso dos contratos celebrados através de páginas ou sítios “web” na rede, necessariamente) contratos de adesão, padronizados através de cláusulas contratuais gerais, sujeitos aos deveres e controlo resultantes da LCCG(⁶³).

VI. Além disso, quanto ao objeto contratual propriamente dito, a formulação legal ampla (“qualquer serviço da sociedade da informação”) permite aqui abranger, em linha com a noção geral do art. 2.º, n.º 1 da LDC, o fornecimento de *bens* (v.g., corpóreos ou incorpóreos, duradouros ou perecíveis), a prestação de *serviços* (v.g., comerciais, financeiros, turís-

(⁶¹) O art. 2.º, b) (ii) do citado Decreto-Lei n.º 58/2000 define como serviço por via eletrónica “um serviço enviado da origem e recebido no destino através de meios eletrónicos de processamento e de armazenamento de dados que seja inteiramente transmitido, encaminhado e recebido por cabo, rádio, meios óticos ou outros meios eletromagnéticos”.

(⁶²) É importante salientar, todavia, que existem certos aspetos do regime legal que apenas são aplicáveis a determinadas modalidades operativas de contratos B2C: assim, como veremos, o regime da formação contratual, previsto nos arts. 27.º e ss., da LCE, apenas se aplica a contratos de adesão do comércio eletrónico indireto (cf. *infra* §5-6).

(⁶³) Sobre os contratos B2C como contratos de adesão, vide OLIVEIRA, A. RITA, *A Contratação Eletrónica: As Cláusulas Contratuais Gerais (Em Especial, nas Transações Realizadas via Internet) e Outros Desafios Colocados pelo Comércio Eletrónico ao Direito dos Contratos*, Diss., Univ. de Coimbra, 2016; noutros quadrantes, NAVARRETE, M. MORENO, *Derecho-e: Derecho del Comercio Electrónico*, 47 e ss., Marcial Pons, Madrid, 2002. Na jurisprudência, vide o Acórdão da RL de 21-VI-2018 (JORGE LEAL), in: <www.dgsi.pt>.

ticos, educativos, digitais, etc.) e a transmissão de *direitos* (v.g., atribuição de licenças de utilização).

3. Negociação

I. Tal como nos demais contratos de consumo, a tutela do “ciberconsumidor” faz-se logo sentir, de um modo especialmente nítido, na fase de negociação dos contratos eletrónicos B2C, consubstanciando-se numa significativa densificação das obrigações pré-contratuais da contraparte. Entre tais obrigações, destaque especial merecem os *deveres de informação pré-contratual* do prestador do serviço, cujo regime resulta da aplicação simultânea da LCE e da LCCD⁽⁶⁴⁾.

II. Constituindo os contratos B2C uma modalidade dos contratos à distância, o prestador do serviço está obrigado a fornecer ao ciberconsumidor, em tempo útil e de forma clara e compreensível, um extenso elenco de *elementos informativos gerais* (art. 4.º, n.º 1 da LCCD)⁽⁶⁵⁾. Muito embora tais deveres informativos pré-contratuais não sejam fonte, para o prestador de serviço, de uma obrigação de garantia do seu conhecimento efetivo por parte do ciberconsumidor (desde que tenham sido observados os princípios e regras gerais que regem o cumprimento de tais deveres: art. 5.º, n.º 1 da LCCD)⁽⁶⁶⁾, há que atentar na tutela especial conferida a este no âmbito dos contratos eletrónicos de consumo. Desde logo, e para além da regulação das comunicações eletrónicas não solicitadas (“spam”) (art. 8.º da LCCD, Lei n.º 46/2012, de 9 de agosto, relativa ao tratamento de dados

⁽⁶⁴⁾ Sobre os deveres de informação nestes contratos, *vide* BARROS, J. LEITE, *Os Contratos de Consumo Celebrados pela Internet*, 798 e ss., in: 3 “Revista Jurídica Luso-Brasileira” (2017), 781-843; OLIVEIRA, E. DIAS, *A Protecção dos Consumidores nos Contratos Celebrados Através da Internet*, 65 e ss., Almedina, Coimbra, 2002. Para maiores desenvolvimentos, GIL-DELGADO, M. CORRIPIO, *Los Contratos Informáticos. El Deber de Información Precontratual*, Comillas, Madrid, 1991; MUSIO, IVANA, *Obblighi di Informazione nel Commercio Elettronico*, in: Sica, Salvatore/Stanzione, Pasquale (eds.), *Commercio Elettronico e Categorie Civilistiche*, 117-136, Giuffrè, Milano, 2002.

⁽⁶⁵⁾ Sobre tais amplos deveres de informação, *vide supra* §§ 3-4 e 4-4.

⁽⁶⁶⁾ Com efeito, se o prestador tem um dever de informar, o consumidor também tem um dever de se informar. Tudo o que se afigura ser exigível ao prestador é que este assegure que o consumidor teve acesso fácil e claro à informação pré-contratual (arts. 4.º, n.º 1 e 5.º, n.º 1 da LCCD) — vedando assim práticas que impeçam ou dificultem esse acesso (v.g., hiperligações complexas) —, mas já não que dela efetivamente o consumidor se inteirou (“maxime”, confirmando a leitura ou aceitação de informação prestada que, todavia, não leu). Negando também um “direito à passividade” dos consumidores, OLIVEIRA, E. DIAS, *A Protecção dos Consumidores nos Contratos Celebrados Através da Internet*, 82, Almedina, Coimbra, 2002; Acórdão do STJ de 4-VI-2015 (OLIVEIRA VASCONCELOS), in: <www.dgsi.pt>.

pessoais e à proteção da privacidade no setor das comunicações eletrónicas), o legislador obrigou os prestadores de serviços, nos respetivos sítios da “internet” dedicados ao comércio eletrónico, à “indicação, de forma clara e legível, o mais tardar no início do processo de encomenda, da eventual existência de restrições geográficas ou outras à entrega e aos meios de pagamento aceites” (art. 7.º da LCCD). Além disso, sempre que, como é o caso normal, a encomenda pelo consumidor implicar uma obrigação de pagamento, o prestador do serviço deve assegurar a existência de uma confirmação expressa e consciente dessa obrigação por parte do consumidor e de um conjunto muito vasto dos referidos elementos informativos contratuais (art. 5.º, n.ºs 2 e 3 da LCCD) — designadamente, através do fornecimento de todo o clausulado contratual, diretamente ou através de hiperligação, no sítio da “internet” reservado ao processo de contratação, de cuja aceitação pelo ciberconsumidor fica dependente a encomenda eletrónica — e a existência de uma funcionalidade que informe o ciberconsumidor, de forma facilmente legível e inequívoca, que a realização da encomenda implica uma obrigação de pagamento para aquele (art. 5.º, n.º 4 da LCCD) — designadamente, através da ativação de botão ou função semelhante, com a expressão «encomenda com obrigação de pagar» ou uma formulação equivalente.

III. Por outra banda, nos termos do art. 28.º, n.º 1 da LCE, todo o prestador de serviços que celebre contratos eletrónicos deve facultar às respetivas potenciais contrapartes, antes de ser dada a ordem de encomenda, informação mínima inequívoca sobre um variado naipe de *aspectos específicos* relativos à negociação eletrónica, incluindo o processo de celebração contratual, o arquivamento ou não do contrato (bem como a respetiva acessibilidade pelo contraente), a língua ou línguas em que o contrato pode ser celebrado, os meios técnicos disponibilizados para a identificação e correção de erros de digitação da ordem de encomenda (cf. ainda art. 27.º da LCE), os termos contratuais e as cláusulas gerais do contrato a celebrar, e os códigos de conduta de que o empresário em linha seja subscritor⁽⁶⁷⁾.

⁽⁶⁷⁾ Tenha-se ainda presente que, nos termos do art. 10.º da LCE, os prestadores estão sujeitos a um *dever de disponibilização permanentemente de informação em linha*, relativamente a um conjunto de elementos de identificação que incluam, nomeadamente, o seu nome, forma ou denominação, endereço geográfico em que se encontra estabelecido e endereço eletrónico, inscrições em registos públicos e número de identificação fiscal.

4. Formação

I. Os contratos eletrónicos contradistinguem-se por constituírem um processo de contratação no qual as declarações de vontade dos contraentes são produzidas e transmitidas por meios informáticos, “*maxime*”, através de correio eletrónico (“e-mail”) e da rede (“internet”) (art. 25.º, n.º 1 da LCE). Acresce a isto que o legislador, ao contrário das habituais duas etapas do tradicional “iter” formativo dos contratos (proposta e aceitação), previu aqui quatro diferentes etapas ou momentos: a oferta em linha, a ordem de encomenda, o aviso de receção e a confirmação da ordem de encomenda (arts. 29.º a 32.º da LCE). Compreende-se assim que deva ser objeto de atenção este regime especial de formação dos contratos B2C⁽⁶⁸⁾.

II. Esse regime especial do processo formativo, que se encontra previsto nos arts. 29.º a 32.º da LCE, não prima pela clareza, originando dúvidas, quer quanto à qualificação ou especialidade do próprio processo formativo “in toto”, quer quanto à natureza jurídica e caracterização das suas etapas constitutivas (mormente, no que diz respeito às proposta e aceitação contratuais). Antes disso, advirta-se que este regime especial é apenas aplicável em toda a sua plenitude aos contratos B2C celebrados na rede (“internet”), e não já aos contratos B2C celebrados por outras modalidades eletrónicas (v.g. correio eletrónico, leilões eletrónicos, etc.)⁽⁶⁹⁾: especial destaque merecem aqui os chamados “clickwrap agreements” ou “clickthrough agreements”, que são contratos eletrónicos de consumo concluídos nas páginas “web” da empresa prestadora dos produtos ou serviços contratados, mediante um simples “clique” digital do consumidor (“I agree”,

⁽⁶⁸⁾ Sobre a formação dos contratos eletrónicos B2C, vide HOMEM, M. CARVALHO, *A Formação dos Contratos no Comércio Eletrónico*, in: 1 “Revista Eletrónica de Direito” (2013), 1-49; LARCHER, SARA, *A Formação dos Contratos Celebrados por Consumidores através da Internet*, DISS., Lisboa, 2005; OLIVEIRA, E. DIAS, *A Protecção dos Consumidores nos Contratos Celebrados através da Internet*, 116 e ss., Almedina, Coimbra, 2002; PIZARRO, S. NÓBREGA, *Comércio Electrónico — Contratos Electrónicos e Informáticos*, 80 e ss., Almedina, Coimbra, 2005; SILVA, P. COSTA, *Transferência Eletrónica de Dados: A Formação dos Contratos*, in: I “Direito da Sociedade de Informação” (1999), 217-222; VENÂNCIO, P. DIAS, *O Contrato Eletrónico e o Momento da sua Conclusão*, in: IV “Maia Jurídica — Revista de Direito” (2006), 61-76. Noutros quadrantes, BARCELÓ, R. JULIÀ, *Comercio Electrónico entre Empresários — La Formación y Prueba del Contrato Electrónico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000; DAVIES, LARS, *Contract Formation on the Internet: Shattering a Few Myths*, in: AAVV, “Law and the Internet — Regulating Cyberspace”, 97-120, Hart, Oxford, 1997; MORENO, Á. GUISSADO, *Formación y Perfección del Contrato en Internet*, Marcial Pons, Madrid, 2004; SIMPSON, ANDREW/KYNSSELLA, STEPHAN, *Online Contract Formation*, Oceana Publications, New York, 2004.

⁽⁶⁹⁾ Sobre esta exclusão parcial, vide *infra* § 5-6.

“I accept”), em que este se limita a aceitar o conteúdo e as condições contratuais predispostas nessas páginas⁽⁷⁰⁾.

III. Relativamente ao primeiro momento do “iter” formativo” (*oferta eletrônica de produtos ou serviços*), é controvertido se esta oferta reveste a natureza de uma proposta contratual ou de mero convite a contratar⁽⁷¹⁾. O art. 32.º, n.º 1 da LCE dispõe que “a oferta de produtos ou serviços em linha representa uma proposta contratual quando contiver todos os elementos necessários para que o contrato fique concluído com a simples aceitação do destinatário”. Ora assim sendo, tendo ainda presente a amplitude dos deveres informativos pré-contratuais a que está sujeito o autor da oferta em linha (art. 4.º, n.º 1 da LCCD), a regra geral será a de que as ofertas eletrônicas “on line” constituídas ou integradas por enunciados contratuais completos corresponderão a verdadeiras propostas contratuais (considerando-se tais contratos concluídos e perfeitos com a respetiva aceitação pelos destinatários, a chamada “ordem de encomenda”)⁽⁷²⁾, desde que relativamente a elas um declaratório normal pudesse deduzir a vontade do prestador ofertante de se vincular juridicamente ao negócio — reservando a qualificação de mera “*invitatio ad offerendum*” para o caso (mais raro mas ainda assim possível) das demais ofertas⁽⁷³⁾. Qualquer

⁽⁷⁰⁾ KIM, NANCY, *Wrap Contracts*, Oxford University Press, London, 2013.

⁽⁷¹⁾ A qualificação jurídica da oferta eletrônica é discutida na doutrina portuguesa, havendo quem a qualifique como proposta contratual ao público (ALMEIDA, C. FERREIRA, *Direito do Consumo*, 97, Almedina, Coimbra, 2005; ASCENSÃO, J. OLIVEIRA, *Contratação Electrónica*, 63, in: IV “Direito da Sociedade de Informação” (2003), 43-68; PIZARRO, S. NÓBREGA, *Comércio Electrónico — Contratos Electrónicos e Informáticos*, 82, Almedina, Coimbra, 2005), como convite a contratar (SILVA, J. CALVÃO, *Banca, Bolsa e Seguros*, Tomo I, 100, Almedina, Coimbra, 2005) e até como nem uma coisa nem outra, preferindo remeter a solução para os casos concretos (OLIVEIRA, E. DIAS, *A Protecção dos Consumidores nos Contratos Celebrados Através da Internet*, 89, Almedina, Coimbra, 2002). A questão, de resto, não divide apenas os autores nacionais, sendo também bastante controvertida além-fronteiras: cf. LEHMANN, MICHAEL (Hrsg.), *Rechtsgeschäfte im Netz — Electronic Commerce*, 83 e ss., Schäffer-Poeschel, Stuttgart, 1999; TURNER, CATRIN/BRENNAN, SEAN, *Commercial Lawyers Guide to the Internet*, in: VIII “International Company and Commercial Law Review” (1997), 120-123 e 382-386.

⁽⁷²⁾ Aspeto relevante é o da chamada integração publicitária contratual, que confere validade e eficácia contratuais às declarações contidas nas mensagens publicitárias, já prevista para os contratos de consumo em geral pelo art. 7.º, n.º 5 da LDC. Sobre o relevo jurídico-negocial da publicidade na “internet” (arts. 20.º e 21.º da LCE, art. 2.º, f) da DCE), vide ANTUNES, J. ENGRÁCIA, *O Direito da Publicidade — Uma Introdução*, 822 e ss., in: XCIII “Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra” (2017), 771-848; CORREIA, M. PUPO, *Conformação dos Contratos pela Publicidade na Internet*, in: VIII “Direito da Sociedade de Informação” (2009), 189-209; LEITÃO, A. MENEZES, *Publicidade na Rede*, in: VIII “Direito da Sociedade de Informação” (2009), 263-279. Para outros desenvolvimentos, CASTILLO, V. SÁNCHEZ, *Publicidad en Internet*, La Ley, Madrid, 2007.

⁽⁷³⁾ Há até quem vá mais longe, considerando que a amplitude dos deveres informativos pré-contratuais, a que estão sujeitos os prestadores em linha, obrigará estes a que as respetivas ofertas ele-

outra solução de princípio, além de se coadunar mal com a lógica da própria contratação em linha e ser contrária ao objetivo de tutela do consumidor, desaguaria necessariamente num sistema de qualificação casuística do nascimento dos contratos eletrónicos, cuja conclusão ficaria assim também, em última instância, dependente da vontade do próprio prestador ofertante (mediante a emissão ou não do aviso de receção)⁽⁷⁴⁾.

IV. Relativamente ao segundo momento do ritual formativo (*ordem de encomenda*), é também controvertida a natureza jurídica a associar-lhe, mormente se estaremos aqui ou não diante de uma aceitação que torna perfeito o contrato eletrónico. A razão fundamental para tal controvérsia — para além da terminologia utilizada, proveniente do legislador europeu (art. 11.º da DCE) e estranha à tradição jurídica portuguesa — reside na circunstância de o legislador português ter vindo prever a existência de atos posteriores à própria “ordem de encomenda” enviada pelo consumidor, designadamente a emissão de um “aviso de receção” por parte do prestador (“logo que que receba uma ordem de encomenda por via exclusivamente eletrónica, o prestador de serviços deve acusar a receção igualmente por meios eletrónicos, salvo acordo em contrário com a parte que não seja consumidora”: cf. art. 29.º, n.º 1 da LCE) e a “confirmação” por parte do destinatário (“a encomenda torna-se definitiva com a confirmação do destinatário, dada na sequência do aviso de receção, reiterando a ordem emitida”: cf. art. 29.º, n.º 5 da LCE)⁽⁷⁵⁾.

V. Quanto ao *aviso de receção* — declaração receptícia do prestador do serviço dirigida ao consumidor ordenador da encomenda que se

trónicas revistam necessariamente a natureza de verdadeiras propostas contratuais: cf. CARVALHO, J. MORAIS, *Comércio Electrónico e Protecção dos Consumidores*, 47, in: II “Themis — Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa” (2006), 41-62; PEREIRA, A. DIAS, *Comércio Electrónico e Consumidor*, 352, in: 6 “Estudos de Direito do Consumidor” (2004), 341-400.

⁽⁷⁴⁾ É consabido que a “proposta ao público” e o “convite a contratar” constituem modalidades com regime diferenciado em matéria da formação e perfeição negociais: no caso da proposta ao público, o proponente fica imediatamente colocado numa situação de sujeição perante o destinatário, o qual, enquanto titular de um direito potestativo à conclusão do contrato, tem nesta matéria a última palavra; inversamente, na “*invitatio ad offerendum*” existe um mero convite endereçado ao destinatário no sentido de este apresentar uma proposta, que o oferente poderá ou não aceitar, pelo que é agora a este (oferente) que cabe a última palavra quanto à conclusão do contrato. Sobre a distinção entre as duas figuras, ALMEIDA, C. FERREIRA, *Contratos*, Vol. I, 121 e ss., 6.ª ed., Almedina, Coimbra, 2018.

⁽⁷⁵⁾ Repare-se que a determinação do momento da celebração ou perfeição contratual não é questão meramente académica, possuindo relevância para diversos efeitos da economia dos contratos eletrónicos [pense-se, por exemplo, no direito de desistência do consumidor, cujo prazo se conta a partir da data da celebração: cf. art. 10.º, n.º 1, a) da LCCD].

encontra sujeita à observância de requisitos próprios (arts. 29.º, n.ºs 1, 3 e 4, 31.º, n.º 1 da LCE) —, afigura-se estarmos aqui diante de um dever legal pós-contratual do prestador do serviço: ou seja, tal aviso não constitui uma formalidade “ad substantiam” ou pressuposto da formação do contrato eletrónico, o qual se deve considerar assim perfeito e concluído com a ordem de encomenda emitida pelo consumidor destinatário, tratando-se antes de uma formalidade “ad probationem” ulterior a cargo do empresário prestador do bem ou serviço, imposta por razões de segurança no comércio eletrónico e tutela dos consumidores⁽⁷⁶⁾. Tal conclusão, não apenas é aquela que se melhor se coaduna com as regras gerais relativas à formação dos contratos — cuja aplicação na contratação eletrónica parece ser de algum modo corroborada pelo art. 32.º, n.º 2 da LCE, ao dispor que “o mero aviso de receção da ordem de encomenda não tem significado para a determinação do momento da conclusão do contrato” —, como também é a única que permite assegurar um modelo formativo uniforme e coerente — tendo presente, em especial, que nem sempre o aviso de receção da encomenda é exigido nos contratos B2C, mormente nos relativos ao comércio eletrónico direto (art. 29.º, n.º 2 da LCE)⁽⁷⁷⁾.

VI. Maiores são ainda porventura as perplexidades quanto à *confirmação da encomenda* — declaração receptícia emitida pelo consumidor na sequência do recebimento do aviso de receção da ordem de encomenda —, que resultam essencialmente de se tratar do derradeiro momento do “iter” negocial a que o legislador associou enigmaticamente o significado de “reiterar a ordem de encomenda” e tornar esta “definitiva” (art. 29.º, n.º 5 da LCE). A doutrina portuguesa encontra-se dividida quanto à natureza jurídica a atribuir-lhe: se alguns consideram tratar-se de um verdadeiro ato de aceitação contratual, de que dependeria a validade e perfeição

⁽⁷⁶⁾ Convergentemente, ALMEIDA, C. FERREIRA, *Contratos*, Vol. I, 171, 6.ª ed., Almedina, Coimbra, 2018; CARVALHO, J. MORAIS, *Comércio Eletrónico e Protecção dos Consumidores*, 49, in: II “Themis — Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa” (2006), 41-62; PEREIRA, A. DIAS, *A Via Eletrónica da Negociação (Alguns Aspetos)*, 281, in: 8 “Estudos de Direito do Consumidor” (2006-07), 275-290; HOMEM, M. CARVALHO, *A Formação dos Contratos no Comércio Eletrónico*, 24 e ss., in: 1 “Revista Eletrónica de Direito” (2013), 1-49. Em sentido oposto, sustentando tratar-se de uma formalidade necessária para a perfeição do contrato, SILVA, P. COSTA, *Contratação Eletrónica*, 188, in: AAVV, “Lei do Comércio Eletrónico Anotada”, 181-189, Coimbra Editora, Coimbra, 2005; VENÂNCIO, P. DIAS, *O Contrato Eletrónico e o Momento da sua Conclusão*, 72, in: IV “Maia Jurídica — Revista de Direito” (2006), 61-76.

⁽⁷⁷⁾ Sublinhe-se que este dever legal de emissão do aviso de receção apenas existe no caso do comércio eletrónico indireto (em que os bens ou serviços objeto da encomenda eletrónica são fornecidos pelos canais físicos tradicionais, v.g., serviços postais), já sendo dispensado no comércio eletrónico direto. Sobre esta exclusão, *vide* ainda *infra* § 5-6.

do contrato⁽⁷⁸⁾, outros sustentam tratar-se do momento terminal de uma “*facti-species*” complexa dessa aceitação contratual (sistema do “duplo clique”, em que tal aceitação dependeria simultaneamente da ordem de encomenda e da confirmação)⁽⁷⁹⁾, e outros ainda que veem nela uma condição suspensiva da eficácia do contrato (o qual, tendo-se validamente celebrado com a ordem de encomenda, apenas produziria os seus efeitos após a confirmação)⁽⁸⁰⁾. Em nossa opinião, e à semelhança do que vimos também suceder com o aviso de receção, a confirmação constitui um mero ato pós-contratual do consumidor, que não corresponde a qualquer requisito adicional da formação do contrato, representando antes um simples ato de reconhecimento ou atestação da perfeição contratual ocorrida com a ordem de encomenda⁽⁸¹⁾: a “*ratio*” deste dever legal é, de resto, nebulosa, afigurando-se uma formalidade complementar em larga medida inócua da perspetiva da segurança do comércio eletrónico e até da própria tutela do consumidor (salvo se lhe quisermos atribuir o significado de uma espécie de prazo suplementar de desistência ou “livre resolução contratual”, para além do já conferido em via geral ao consumidor pelo art. 9.º, n.º 7 da LDC e art. 10.º da LCCD).

5. Forma e Prova

I. No plano da *forma* e da *prova* das declarações de vontade dos contraentes, cumpre sublinhar os princípios da equivalência e progressiva neutralidade das formas (físicas ou eletrónicas) dos negócios jurídicos que decorrem da Lei dos Documentos Eletrónicos e da Assinatura Digital (LDE), aprovada pelo Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 2 de agosto⁽⁸²⁾.

⁽⁷⁸⁾ ROSA, V. CASTRO, *Contratação Eletrónica*, in: AAVV, “Lei do Comércio Eletrónico Anotada”, 191-208, Coimbra, Coimbra Editora, 2005.

⁽⁷⁹⁾ SILVA, P. COSTA, *Contratação Eletrónica*, 187 e ss., in: AAVV, “Lei do Comércio Eletrónico Anotada”, 181-189, Coimbra, Coimbra Editora, 2005; VENÂNCIO, P. DIAS, *O Contrato Eletrónico e o Momento da sua Conclusão*, 72, in: IV “Maia Jurídica — Revista de Direito” (2006), 61-76.

⁽⁸⁰⁾ CARVALHO, J. MORAIS, *Comércio Eletrónico e Protecção dos Consumidores*, 50 e ss., in: II “Themis — Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa” (2006), 41-62; PEREIRA, A. DIAS, *Comércio Eletrónico e Consumidor*, 355 e ss., in: 6 “Estudos de Direito do Consumidor” (2004), 341-400.

⁽⁸¹⁾ Também neste sentido genérico, vide ALMEIDA, C. FERREIRA, *Contratos*, Vol. I, 171, 6.ª ed., Almedina, Coimbra, 2018; HOMEM, M. CARVALHO, *A Formação dos Contratos no Comércio Eletrónico*, 29, in: I “Revista Eletrónica de Direito” (2013), 1-49; SILVA, H. LANÇA, *Conclusão dos Contratos no Comércio Eletrónico*, 13, Verbo Jurídico, 2007.

⁽⁸²⁾ Sobre a forma dos contratos eletrónicos, vide AAVV, *Leis do Comércio Eletrónico*, 46 e ss., Centro Atlântico, Lisboa, 2000; CORREIA, M. PUPO, *Comércio Eletrónico: Forma e Segurança*,

II. Designa-se genericamente por *documento eletrónico* todo aquele que foi gerado através do processamento eletrónico de dados [art. 2.º, a) da LDE]: abrangem-se aqui, quer os documentos eletrónicos em sentido estrito — que são aqueles que, sendo criados através de computador, apenas são acessíveis através deste (v.g., ficheiros em memória RAM, em discos magnéticos ou óticos) —, quer os documentos eletrónicos em sentido amplo — também conhecidos por documentos informáticos, que são todos aqueles reproduzíveis pelos órgãos periféricos de saída do computador (“*maxime*”, impressora ou “fax”)(⁸³). Por um lado, os documentos eletrónicos são verdadeiros *documentos*. Ao dispor que “o documento eletrónico satisfaz o requisito legal da forma escrita quando o seu conteúdo seja suscetível de representação como declaração escrita” (art. 3.º, n.º 1 da LDE), o legislador veio reconhecer expressamente que as declarações negociais geradas, transmitidas e conservadas através de processamento eletrónico de dados, são documentos escritos no sentido do art. 363.º, n.º 1 do CCivil. Por outro lado, os documentos eletrónicos com assinatura eletrónica qualificada certificada possuem a *força probatória plena* dos documentos particulares assinados (art. 3.º, n.º 2 da LDE)(⁸⁴). A assinatura eletrónica qualificada consiste numa espécie de “selo eletrónico”, a qual, uma vez aposta no documento e preenchidos os requisitos cumulativos previstos na lei (aposição de assinatura eletrónica qualificada, certificação por uma entidade certificadora credenciada), faz prova material e plena das declarações constantes desse documento, sem prejuízo

in: “As Telecomunicações e o Direito na Sociedade da Informação”, 223-258, IJC, Coimbra, 1999; PIZARRO, S. NÓBREGA, *Comércio Electrónico — Contratos Electrónicos e Informáticos*, 76 e ss., Almedina, Coimbra, 2005. Noutros quadantes, MOSCARINI, LUCIO, *Formalismo Negoziale e Documento Informatico*, *in*: “Studi in Onore a Pietro Rescigno”, Vol. V, 1045-1070, Giuffrè, Milano, 1998; ORTIZ, R. ILLESCAS, *Derecho de la Contratación Electrónica*, Civitas, Madrid, 2000; STALLONE, FRANCESCO, *La Forma dell’Atto Giuridico Elettronico*, *in*: VI “Contratto e Impresa” (1990), 756-778.

(⁸³) Sobre os documentos eletrónicos, *vide* ainda FINOCCHIARO, GIUSELLA, *Documento Elettronico*, *in*: X “Contratto e Impresa” (1994), 433-450; TAGLINO, DANIELA, *Il Valore Giuridico del Documento Elettronico*, Diss., Roma, 1996. Tratamos aqui dos documentos escritos, diretamente pertinentes à contratação de consumo, dado que os documentos não escritos, físicos (v.g., fotografias, registos fonográficos) ou digitais (v.g., ficheiros informáticos de áudio, de imagem), se encontram sujeitos a um regime próprio: cf. art. 368.º do CCivil e art. 3.º, n.º 3 da LDE.

(⁸⁴) Sobre a prova eletrónica, *vide* MENDES, A. RIBEIRO, *Valor Probatório dos Documentos Emitidos por Computador*, *in*: 47/48 “Documentação e Direito Comparado” (1991), 487-527. Noutros ordenamentos jurídicos, *vide* AAVV, *Empresa y Prueba Informatica*, Bosch, Barcelona, 2007; BARCELÓ, R. JULIÀ, *Comercio Electrónico entre Empresários — La Formación y la Prueba del Contrato Electrónico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000; PUILLET, YVES/AMORY, BERNARD, *Le Droit de la Preuve face à l’Informatique et à la Télématique*, *in*: 37 “Revue Internationale de Droit Comparé” (1985), 331-352; GRAZIOSI, ANDREA, *Premesse ad una Teoria Probatoria del Documento Informatico*, *in*: 50 “Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile” (1998), 481-529.

naturalmente da arguição e prova da falsidade deste, nos termos gerais do art. 376.º do CCivil⁽⁸⁵⁾.

III. Nos termos da própria LCE, “é livre a celebração de contratos por via eletrónica, sem que a validade ou eficácia destes seja prejudicada pela utilização deste meio” (art. 25.º, n.º 1 da LCE). É sabido que, relativamente aos contratos civis (art. 219.º do CCivil) e comerciais (art. 3.º do CCom), vigora o princípio geral da liberdade de forma, ou consensualismo, segundo o qual a validade das declarações negociais não está sujeita a qualquer forma especial, podendo a vontade das partes ser exteriorizada por qualquer via juridicamente relevante. O referido preceito veio assim estabelecer, ao lado dos veículos ou suportes tradicionais das declarações negociais (via oral, documento escrito, documento autêntico), a *relevância da forma eletrónica* para efeitos da contratação eletrónica (já decorrente, aliás, do art. 6.º da LDE) e, conseqüentemente, a equiparação dos contratos tradicionais e eletrónicos (cf. também art. 9.º da DCE): pelo que, sempre que o concreto negócio “on line” não esteja sujeito a uma forma especial imposta por lei e ressalvados certos casos excecionais (v.g., contratos reais sobre imóveis, etc.: cf. art. 25.º, n.º 2 da LCE), as suas validade e eficácia ficam dependentes apenas da observância dos restantes requisitos materiais de celebração (partes, objeto, consentimento, etc.)⁽⁸⁶⁾.

IV. Nos termos ainda da mesma LCE, “as declarações emitidas por via eletrónica satisfazem a exigência legal de forma escrita quando contidas em suporte que ofereça as mesmas garantias de fidedignidade, inteligibilidade e conservação” (art. 26.º, n.º 1). Tal significa agora que as declarações contidas em documento eletrónico que reúnam tais garantias (“*maxime*”, documento com assinatura eletrónica qualificada, certificada por entidade credenciada) *preenchem integralmente o requisito legal de forma escrita, cominado pela lei (forma legal) ou pelas partes (forma con-*

⁽⁸⁵⁾ Relativamente aos demais documentos eletrónicos a que falem todos ou algum desses requisitos legais (v.g., falta de assinatura eletrónica, aposição de assinatura eletrónica não qualificada, entidade certificadora não credenciada em conformidade com a lei portuguesa), valerá o princípio da *livre apreciação da prova pelo julgador*, nos termos gerais do art. 366.º do CCivil (art. 3.º, n.º 5 da LDE).

⁽⁸⁶⁾ Como refere J. VEGA VEGA, “encontramo-nos diante de uma nova forma de manifestação (transmissão) do consentimento, que não é nem a voz (contrato oral) nem um escrito (contrato escrito)”, falando então de “um princípio de equivalência funcional” entre os suportes eletrónicos e os demais suportes tradicionais [*La Forma en el Negocio Jurídico Electrónico*, in: 23 “Revista de Estudios Económicos y Empresariales” (2011), 125-163]. Cf. ainda SILVA, H. LANÇA, *Conclusão dos Contratos no Comércio Eletrónico*, 5, Verbo Jurídico, 2007.

vencional) para a formação contratual. Além disso, tenha-se ainda em conta que o mesmo diploma contém disposições relevantes em sede da perfeição jurídico-negocial das declarações de vontade contidas em documentos eletrónicos (no caso de existência de convenção, expressa ou tácita, de endereço eletrónico: cf. art. 6.º, n.ºs 1 e 4), do valor jurídico da validação cronológica aposta nesses documentos (permitindo assim fixar com extrema precisão o momento da produção dos respetivos efeitos: cf. art. 6.º, n.º 2), e do valor formal da respetiva equiparação (permitindo integrar as normas, muito abundantes na lei positiva e em contratos duradouros, que exigem comunicações por carta registada sem ou com aviso de receção: cf. art. 6.º, n.º 3, todos da LCE).

V. Por último, saliente-se que, sem prejuízo dos limites imperativos decorrentes da LCCG, as partes dos contratos B2C têm a faculdade de incluir nos seus contratos *convenções em matéria probatória*, “*maxime*”, atribuindo valor de prova plena a documentos eletrónicos que não preencham tais requisitos, mormente a outras modalidades de assinatura eletrónica (v.g., mera assinatura digitalizada), a outras entidades certificadoras (v.g., entidades estrangeiras não reconhecidas oficialmente em Portugal) ou a outros meios de prova (v.g., acesso mediante “password” no âmbito de contratação bancária “on-line”).

6. Outros Aspetos

I. O regime dos contratos de consumo eletrónicos é vasto e complexo, envolvendo diversas outras importantes especialidades e encerrando problemas de difícil resolução, a que aqui se fará uma mera alusão breve.

II. Um dos aspetos mais relevantes diz respeito às questões da *lei aplicável e jurisdição competente* nos litígios de consumo. O comércio eletrónico, e a contratação eletrónica em particular, é, carateristicamente, global e transnacional: tal como a rede mundial ou “world wide web” ignora fronteiras políticas e nacionalidade dos internautas, também assim os contratos eletrónicos de consumo são celebrados entre contratantes domiciliados e localizados fisicamente em diferentes estados. São aqui particularmente relevantes diversas normas em matéria de determinação da lei aplicável (“choice of law”) e da competência judiciária (“jurisdiction”), de fonte nacional (v.g., arts. 4.º e 5.º da LCE), europeia (v.g.,

arts. 17.º a 19.º do Regulamento UE/1215/2012, de 12 de dezembro) e internacional (com destaque para o art. 6.º do Regulamento CE/593/2008, de 17 de junho, que veio substituir o art. 5.º da Convenção de Roma de 1980)⁽⁸⁷⁾. Saliente-se, todavia, que as tradicionais normas internacional-jusprivatísticas, centradas no critério da localização geográfica para efeitos da determinação da lei aplicável e da jurisdição competente, mostram-se algo desajustadas à ubiquidade da contratação eletrónica, em especial à tutela dos ciberconsumidores em contratos B2C internacionais ou transfronteiriços: o problema crucial é que, “in cyberspace, here or there is everywhere”⁽⁸⁸⁾.

III. Quanto à *celebração, execução e à extinção* dos contratos B2C, existem várias especialidades a ter em conta, que o legislador não chegou a resolver ou esclarecer na sua totalidade. Tal o caso do momento relevante da *recepção das declarações negociais eletrónicas*. Nos termos do art. 31.º, n.º 2 da LCE, “a ordem de encomenda, o aviso de recepção e a confirmação da encomenda consideram-se recebidos logo que os destinatários têm a possibilidade de aceder a eles” (cf. também art. 11.º, n.º 1 da DCE). Acolheu-se assim uma versão mitigada da teoria da recepção, já dominante entre nós para os negócios jurídicos em geral (art. 224.º do CCivil), pelo que uma declaração eletrónica se considera eficaz logo que seja acessível ou se encontre à disposição do respetivo destinatário ou contraparte: todavia, questão discutida — atenta a especificidade das comunicações eletrónicas — é a de saber se tal acessibilidade se dá com a entrada da mensagem no servidor do destinatário ou apenas quando a mesma é descarregada na sua caixa de correio eletrónico⁽⁸⁹⁾. Mas existem muito outros exemplos.

⁽⁸⁷⁾ Sobre tais regras, vide desenvolvidamente GONÇALVES, A. SOUSA, *Evolução da Regulamentação Europeia dos Contratos de Consumo Internacionais Celebrados por Via Electrónica*, in: 162 SI (2013), 5-32; OLIVEIRA, E. DIAS, *A Protecção dos Consumidores nos Contratos Celebrados Através da Internet*, 176 e ss., Almedina, Coimbra, 2002; OLIVEIRA, E. DIAS, *Lei Aplicável aos Contratos Celebrados com os Consumidores através da Internet e Tribunal Competente*, in: 4 EDC (2002), 219-239; PINHEIRO, L. LIMA, *Direito Aplicável aos Contratos Celebrados Através da Internet*, in: 66 ROA (2006), 131-190. Para mais desenvolvimentos, TANG, Z. SOPHIA, *Electronic Consumer Contracts in the Conflict of Laws*, 2.ª edição, Hart Publishing, New York, 2015.

⁽⁸⁸⁾ KRONKE, HERBER, *Applicable Law in Torts and Contracts in Cyberspace*, 65, in: “Internet — Which Court Decides? Which Law Applies?”, 65-97, Kluwer, Hague/London/Boston, 1998.

⁽⁸⁹⁾ Sobre tal questão, entre outros, vide OLIVEIRA, E. DIAS, *A Protecção dos Consumidores nos Contratos Celebrados Através da Internet*, 125 e ss., Almedina, Coimbra, 2002; PEREIRA, A. DIAS, *Princípios do Comércio Electrónico*, 98 e ss., in: “Miscelâneas do IDET”, n.º 3, 77-112, Almedina, Coimbra, 2004; ROSA, V. CASTRO, *Contratação Eletrónica*, 195, in: AAVV, “Lei do Comércio Eletrónico Anotada”, 191-208, Coimbra Editora, Coimbra, 2005; VENÂNCIO, P. DIAS, *O Contrato Eletrónico e o Momento da sua Conclusão*, 70, in: IV “Maia Jurídica — Revista de Direito” (2006), 61-76.

Pense-se assim, designadamente, na questão da *capacidade negocial* dos contraentes (v.g., no caso de ciberconsumidores menores, ciberconsumidores insolventes: cf. art. 16.º, n.º 1 da DCE); da *privacidade e proteção dos dados pessoais*, disciplinada por um complexo emaranhado de disposições contidas nas Lei n.º 67/98, de 26 de outubro, relativa à proteção dos dados pessoais, Lei n.º 32/2008, de 17 de junho, relativa à conservação de dados gerados ou tratados no contexto da oferta de serviços de comunicações eletrónicas, e Lei n.º 41/2004, de 18 de agosto, relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das comunicações eletrónicas); do *tempo, prazo e lugar do cumprimento* das prestações contratuais, em especial a execução da encomenda por parte do prestador de serviço (sendo em princípio aplicáveis, com as necessárias adaptações, as regras aplicáveis aos contratos à distância: cf. art. 19.º da LCCD); ou da *extinção* do contrato, muito em particular no regime do direito de desistência dos ciberconsumidores (também regido, “mutatis mutandis”, pelas normas relativas ao direito de livre resolução dos arts. 10.º e segs. da LCCD)⁽⁹⁰⁾.

IV. Por fim, mas não menos relevante, é ainda necessário ter presente a existência de certas formas de contratação eletrónica de consumo que se encontram, total ou parcialmente, excluídas do âmbito de aplicação de algumas das regras da LCE, atrás referidas. Estão neste caso os *contratos eletrónicos B2C “puros”*, ou seja, que são integralmente concluídos e cumpridos por via eletrónica: com efeito, nos contratos do comércio eletrónico direto, que têm por objeto produtos ou serviços de conteúdo incorpóreo e digital que são fornecidos imediatamente em linha ao consumidor, é dispensado o aviso de receção da ordem da encomenda por parte do prestador e, implicitamente, a confirmação do destinatário (art. 29.º, n.º 2 da LCE)⁽⁹¹⁾. Estão

⁽⁹⁰⁾ BARROS, J. LEITE, *O Direito de Arrependimento nos Contratos Eletrónicos de Consumo como Forma de Extinção das Obrigações — Um Estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro*, in: 14 “Estudos de Direito do Consumidor” (2018), 117-183.

⁽⁹¹⁾ Por conseguinte, o processo formativo dos contratos B2C, mais atrás descrito (*infra* § 5-4), apenas vale para a contratação relativa ao comércio eletrónico indireto, em que o fornecimento dos bens ou serviços objeto da encomenda eletrónica se processa fora da rede ou “off line” (v.g., serviços postais na encomenda de um livro, transporte de eletrodoméstico encomendado), mas já não para a relativa ao comércio eletrónico direto, em que as prestações das partes são realizadas imediata e diretamente em linha ou “on line”, caracteristicamente no caso dos chamados “bens informáticos” de conteúdo incorpóreo e digital (“electronic delivered products”), v.g., livro eletrónico (“e-book”), ficheiro multimédia (v.g., “mp3”, “avi”), “software” informáticos, ficheiros digitais, bases de dados, etc. Esta última dimensão origina interessantes, mas espinhosos, problemas adicionais: pense-se, por exemplo, nos “shrinkwrap agreements”, que designam genericamente os acordos relativos às condições de uso de licença de “software” informático fornecido pela empresa virtual ao consumidor final, cuja aceitação por este apenas ocorre após a abertura, instalação, ou primeira utilização do dito produto.

também neste caso os *contratos B2C por e-mail*, que são contratos eletrônicos entre empresários e consumidores celebrados exclusivamente através de correio eletrônico ou outros meios de comunicação individual equivalente: tais contratos constituem, no essencial, negócios de consumo sujeitos às regras gerais, com as necessárias adaptações, a que não são aplicáveis as normas especiais relativas à negociação e formação previstas na LCE (art. 30.º)⁽⁹²⁾. Estão ainda, e por fim, neste caso os *contratos eletrônicos automáticos*, que designam os contratos celebrados exclusivamente através de computadores e sem qualquer intervenção humana (v.g., negociação de alta frequência)⁽⁹³⁾: tais contratos, nuclearmente assentes na transferência eletrónica de dados (“eletronic data interchange” ou EDI) e relevantes na contratação B2B (v.g., operações interbancárias, operações entre intermediários financeiros, raramente envolvendo por via direta, por conseguinte, consumidores ou contratos B2C), encontram-se sujeitos ao regime dos arts. 33.º, 25.º, e 26.º do diploma legal em referência⁽⁹⁴⁾.

⁽⁹²⁾ A razão de ser desta exclusão parece residir na circunstância de o correio eletrônico, tal como os meios de comunicação tradicionais, constituir um veículo da declaração negocial suficientemente individualizado para permitir às partes (mormente, ao consumidor) influenciar os termos do contrato, reclamando assim uma tutela menos intensa. Já mais discutível, todavia, parece ser a inaplicabilidade dos deveres informativos previstos no art. 28.º da LCE: cf. HOMEM, M. CARVALHO, *A Formação dos Contratos no Comércio Eletrónico*, 31, in: 1 “Revista Eletrónica de Direito” (2013), 1-49; SILVA, H. LANÇA, *Conclusão dos Contratos no Comércio Eletrónico*, 8, Verbo Jurídico, 2007.

⁽⁹³⁾ Sobre negociação de alta frequência (“high-frequency trading” ou HFT), forma sofisticada de negociação algorítmica que permite efetuar operações em escala de compra e venda de instrumentos financeiros em milésimos de segundo, vide ANTUNES, J. ENGRÁCIA, *Os Instrumentos Financeiros*, 99, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2017.

⁽⁹⁴⁾ SILVA, P. COSTA, *A Contratação Automatizada*, in: IV “Direito da Sociedade de Informação” (2003), 289-305. Sobre as novas formas de contratação automatizada, assentes nas tecnologias criptográficas e “distribution ledger technologies” (DLT), de que os “*smarts contracts*” constituem uma importante ilustração, vide BATALHA, D. FERNANDES, *Criptografia: Uma Nova Forma de Contratação Automatizada?*, in: V “Cyber Law” (2018), 10-60; para mais desenvolvimentos, BRAEGELMANN, T. HINRICH/KAULARTZ, MARKUS, *Rechtshandbuch Smart Contracts*, Beck Verlag, München, 2019. Figura paralela, mas não idêntica, é a da contratação automática, que designa genericamente o processo de contratação realizado por intermédio de autómatos ou máquinas automáticas destinadas ao fornecimento de produtos ou à prestação de serviços (cf. ANTUNES, J. ENGRÁCIA, *Direito dos Contratos Comerciais*, 148 e ss., reimp. Almedina, Coimbra, 2017).

§6. Contratos de Prestação de Serviços Públicos Essenciais

1. Noção

I. Designam-se por contratos de prestação de serviços públicos essenciais (“general economic interest service contracts”, “Daseinver-sorge Verträge”) os contratos celebrados entre empresários prestadores de certos serviços de interesse económico geral e os respetivos utentes⁽⁹⁵⁾.

II. Os contratos de prestação de serviços públicos essenciais — que melhor seriam designados de contratos de prestação de serviços de interesse económico geral — encontram-se essencialmente previstos e regulados na Lei n.º 23/96, de 26 de julho, doravante designada *Lei dos Serviços Públicos Essenciais (LSPE)*. Vindo dar cumprimento à missão cominada no art. 9.º, n.º 8 da LDC, a LSPE veio estabelecer um conjunto de mecanismos específicos de proteção dos sujeitos passivos de tais contratos, os quais, conjuntamente com as diferentes leis reguladoras de cada um dos serviços abrangidos (v.g., LCE para os serviços de comunicações eletrónicas, Lei do Sistema Elétrico Nacional para os serviços de eletricidade, etc.), integram o regime deste tipo contratual.

III. Os contratos de prestação de serviços públicos essenciais são *contratos de direito privado*, e não de direito público. Segundo um entendimento doutrinal e jurisprudencial, ao menos quando os prestadores do serviço revestissem a forma de entidade pública, estaríamos diante de contratos administrativos, dado que, prosseguindo aqueles fins de interesse

⁽⁹⁵⁾ ALMEIDA, C. FERREIRA, *Serviços Públicos, Contratos Privados*, in: “Estudos em Homenagem à Prof. Doutora I. Magalhães Collaço”, Vol. II, 117-143, Almedina, Coimbra, 2002; BARBOSA, A. MIRANDA, *Acerca do Âmbito da Lei dos Serviços Públicos Essenciais: Taxatividade ou Carácter Exemplificativo do Artigo 1.º, n.º 2, da Lei n.º 23/96, de 26 de Julho*, in: 6 “Estudos de Direito do Consumidor” (2004), 401-434; CARDOSO, ELIONORA, *Os Serviços Públicos Essenciais — A Sua Problemática no Ordenamento Jurídico Português*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010; COSTA, R. AMARAL, *Os Serviços Públicos Essenciais: Perspetiva Geral*, in: 70 “Revista Portuguesa de Direito do Consumo” (2012), 52-83; FALCÃO, PEDRO, *A Tutela do Prestador de Serviços Essenciais no Ordenamento Jurídico Português*, in: 12 “Estudos de Direito do Consumidor” (2017), 389-421; FROTA, MÁRIO, *Serviços Públicos Essenciais*, in: V “Estudos de Direito do Consumo” (2017), 173-285; MENDES, C. RAMOS, *O Contrato de Prestação de Serviços de Fornecimento de Água*, Diss., Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2015; MONTEIRO, A. PINTO, *A Protecção do Consumidor de Serviços Públicos Essenciais*, in: 2 “Estudos de Direito do Consumidor” (2000), 333-350; SIMÕES, F. DIAS/ALMEIDA, M. PINHEIRO, *Lei dos Serviços Públicos Essenciais — Anotada e Comentada*, Almedina, Coimbra, 2012. Na jurisprudência, vide o Acórdão da RL de 15-XI-2007 (I. SACARRÃO MARTINS), in: XXXII CJ (2007), V, 90-92.

público e encontrando-se munidos de poderes de autoridade, jamais poderiam dar origem a relações jurídicas entre iguais⁽⁹⁶⁾. Este entendimento não se afigura de acolher. Com efeito, apesar da (equivoca) terminologia legal (“serviços públicos”), encontramos-nos diante de verdadeiros contratos privados, usualmente reconduzíveis ao contrato de compra e venda ou ao contrato de fornecimento, sujeitos enquanto tais às disposições da lei civil e comercial — mormente, da LDC (quando nele intervenha um utente-consumidor), mas também das demais leis comerciais, v.g., LCCG [cf. arts. 3.º, n.º 1, c) e 9.º, n.º 3] — e sujeitos também à jurisdição dos tribunais comuns — independentemente de serem celebrados por entidades públicas ou entidades privadas concessionárias⁽⁹⁷⁾.

2. Modalidades

I. Este tipo contratual pode revestir uma pluralidade de modalidades concretas, cuja disciplina resultará da articulação das regras gerais previstas da LSPE com o regime especial e próprio regulador do *concreto serviço* abrangido pelo contrato. Entre tais modalidades, podem referir-se os contratos de serviço de fornecimento de água (Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto), os contratos de fornecimento de energia elétrica (Decreto-Lei n.º 29/2006, de 2 de fevereiro), os contratos de fornecimento de gás natural (Decreto-Lei n.º 30/2006, de 15 de fevereiro), os contratos de serviços de comunicações eletrónicas (Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro), os contratos de serviços postais (Decreto-Lei n.º 448/99, de 4 de novembro, Lei n.º 17/2012, de 26 de fevereiro), ou os contratos de serviços de recolha e tratamento de águas residuais (Decreto-Lei n.º 152/97, de 19 de junho) e de serviços de gestão de resíduos sólidos urbanos (Decreto-Lei n.º 73/2011, de 17 de junho)⁽⁹⁸⁾.

⁽⁹⁶⁾ AMARAL, D. FREITAS, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, 164, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2014; LEITÃO, A. MENEZES, *A Proteção dos Consumidores no Setor das Telecomunicações*, 147, in: I “Estudos do Instituto de Direito do Consumo” (2002), 131-152; na jurisprudência, vide o Acórdão do Tribunal de Conflitos de 13-XI-2014 (A. SÃO PEDRO) e o Acórdão da RG de 2-V-2013 (CARVALHO GUERRA), ambos in: <www.dgsi.pt>.

⁽⁹⁷⁾ Convergentemente, ALMEIDA, C. FERREIRA, *Serviços Públicos, Contratos Privados*, 124, in: “Estudos em Homenagem à Prof. Doutora I. Magalhães Collaço”, Vol. II, 117-143, Almedina, Coimbra, 2002; GONÇALVES, P. COSTA, *A Concessão de Serviços Públicos*, 318 e ss., Almedina, Coimbra, 1999; na jurisprudência, vide os Acórdãos da RG de 19-2-2013 (A. BEÇA PEREIRA) e da RP de 29-V-2014 (JUDITE PIRES), ambos in: <www.dgsi.pt>.

⁽⁹⁸⁾ Para alguns destes contratos, vide MENDES, C. RAMOS, *O Contrato de Prestação de Serviços de Fornecimento de Água*, Diss., Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2015; SÁ, F. COSTA, *Con-*

II. Conquanto constituindo um tipo contratual tipicamente associado às relações de consumo, é mister sublinhar que — como vimos suceder com outros (“*maxime*”, contratos eletrónicos) — ele não reveste sempre e necessariamente a natureza jurídica de um contrato de consumo, dado que também pode ser celebrado por utentes que não sejam consumidores.

3. Requisitos

I. Quanto à figura contratual propriamente dita, importa distinguir os requisitos relativos aos seus sujeitos (requisitos subjetivos) e ao seu objeto (requisitos objetivos).

II. Relativamente aos requisitos objetivos, este tipo contratual tem por objeto a prestação dos *serviços de interesse económico geral* compreendidos no elenco do art. 1.º, n.º 2 da LSPE, sendo de salientar alguns aspetos a este respeito. Por um lado, apesar da terminologia legal (“serviços públicos essenciais”), encontramos-nos diante um conjunto de serviços de interesse económico geral, ou seja, de atividades económicas de prestação de bens ou serviços de interesse geral ou coletivo⁽⁹⁹⁾. Por outro lado, de entre tais serviços, apenas são atualmente abrangidos os serviços de fornecimento de água, de energia elétrica, e de gás natural, os serviços de comunicações eletrónicas, os serviços postais, os serviços de recolha e tratamento de águas residuais, e os serviços de gestão de resíduos sólidos urbanos⁽¹⁰⁰⁾. Finalmente, os serviços legalmente elencados são apenas

tratos de Prestação de Serviços de Comunicações Eletrónicas, Diss., Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2014.

⁽⁹⁹⁾ Sobre a noção de serviços de interesse económico geral (SIEG), bem com a sua distinção de serviço público e de serviço universal, vide D’ALTE, S. TOMÉ, *A Nova Configuração do Sector Empresarial do Estado e a Empresarialização dos Serviços Económicos*, 91, ss., Almedina, Coimbra, 2007; no domínio jusconsumerista, LIZ, J. PEGADO, *Serviços Públicos Essenciais: Públicos ou Privados?*, in: 81 “Revista Portuguesa de Direito do Consumo” (2015), 13-79.

⁽¹⁰⁰⁾ O elenco legal reveste natureza taxativa, sem prejuízo da possibilidade de a LSPE ou lei especial virem futuramente a considerar relevantes outros serviços de interesse económico geral, v.g., gás de petróleo liquefeito (Decreto-Lei n.º 5/2018, de 2 de fevereiro), transportes [cf. BARBOSA, A. MIRANDA, *Acerca do Âmbito da Lei dos Serviços Públicos Essenciais: Taxatividade ou Carácter Exemplificativo do Artigo 1.º, n.º 2, da Lei n.º 23/96, de 26 de Julho*, in: 6 “Estudos de Direito do Consumidor” (2004), 401-434]. Sublinhe-se que os serviços de comunicações eletrónicas abrangem, quer os serviços de “internet” fixa e móvel, quer os serviços de televisão, rádio, e telefone fixo ou móvel [cf. CARDOSO, ELIONORA, *Os Serviços Públicos Essenciais — A Sua Problemática no Ordenamento Jurídico Português*, 102 e ss., Coimbra Editora, Coimbra, 2010; SILVA, J. CALVÃO, *Serviços Públicos Essenciais*, 168, in: 137 “Revista de Legislação e de Jurisprudência” (2008), 165-181].

relevantes na medida em que origem contratos duradouros, cuja existência e cumprimento se prolonga no tempo mediante prestações contínuas realizadas aos utentes (excluindo-se, por exemplo, os fornecimentos em quantidade determinada, v.g., uma botija de gás ou uma garrafa de água, que serão tratados como compras e vendas)⁽¹⁰¹⁾.

III. Já relativamente aos seus requisitos subjetivos, são *sujeitos* deste tipo contratual o prestador de serviço e o utente. Por um lado, temos o *prestador de serviço*, que a lei define como “toda a entidade pública ou privada que preste ao utente qualquer dos serviços referidos no n.º 2, independentemente da sua natureza jurídica, do título a que o faça ou da existência ou não de contrato de concessão” (art. 1.º, n.º 4 da LSPE): abrangem-se aqui assim todas as empresas que prestam em mercado um dos serviços previstos na lei, sendo irrelevante se se trata de entidades de natureza privada (“*maxime*”, sociedades anónimas) ou pública (“*maxime*”, entidades públicas empresariais, empresas municipais), atuantes em setores económicos privados ou reservados (“*maxime*”, sob reserva de propriedade ou de controlo) e no exercício da livre iniciativa económica ou de autorização pública (“*maxime*”, concessão)⁽¹⁰²⁾. Aspeto relevante é ainda o *dever legal de contratar* que impende sobre o prestador do serviço: ao arrepio da regra geral do art. 405.º, n.º 1 do CCivil, ainda quando a lei não tenha previsto expressamente tal obrigação, as empresas prestadoras de serviços de interesse económico geral (em particular, as concessionárias) encontram-se vinculadas a fornecer os serviços aos utentes que assim o solicitem, concluindo com estes o contrato respetivo⁽¹⁰³⁾. Por outro lado, temos o *utente*, que a lei definiu singelamente como “a pessoa singular ou coletiva a quem o prestador do serviço se obriga a prestá-lo” (art. 1.º, n.º 3 da LSPE): daqui resulta, como já atrás se referiu, que este tipo contratual não reveste necessariamente a natureza de contrato de consumo, já que, conquanto o seu regime legal tenha sido primacialmente inspirado pela finalidade de proteção dos utentes-consumidores, ele se aplica indistinta-

⁽¹⁰¹⁾ MENDES, C. RAMOS, *O Contrato de Prestação de Serviços de Fornecimento de Água*, 23, Diss., Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2015.

⁽¹⁰²⁾ COSTA, R. AMARAL, *Os Serviços Públicos Essenciais: Perspetiva Geral*, 58, in: 70 “Revista Portuguesa de Direito do Consumo” (2012), 52-83; SIMÕES, F. DIAS/ALMEIDA, M. PINHEIRO, *Lei dos Serviços Públicos Essenciais — Anotada e Comentada*, 56, Almedina, Coimbra, 2012.

⁽¹⁰³⁾ CARDOSO, ELIONORA, *Os Serviços Públicos Essenciais*, 54 e 63, Coimbra Editora, Coimbra, 2010. Sobre esta obrigação em geral, TELES, M. GALVÃO, *Obrigação de Emitir Declaração Negocial*, Almedina, Coimbra, 2012; na doutrina estrangeira, HACKL, KARL, *Vertragsfreiheit und Kontrahierungszwang*, Duncker & Humblot, Berlin, 1980; NIVARRA, LUCA, *L'Obbligo a Contrattare e il Mercato*, Cedam, Padova, 1989.

mente a todos os demais indivíduos ou entes coletivos independentemente do destino final do serviço, incluindo, pois, os próprios empresários individuais ou coletivos no exercício das suas atividades económicas ou profissionais⁽¹⁰⁴⁾.

4. Regime

I. O cerne jusconsumerista dos contratos de prestação de serviços públicos essenciais reconduz-se a um *regime especial* associado aos direitos e obrigações nucleares das partes contratantes.

II. No plano do sujeito ativo, a obrigação nuclear do prestador do serviço (prestação do serviço de interesse económico geral convencionalizado) é reforçada por vários deveres especiais ou secundários. São eles o *dever de boa fé* (art. 3.º da LSPE), que vincula o prestador a atuar em conformidade com a boa fé e os ditames que decorram da natureza pública do serviço, tendo igualmente em conta a importância dos interesses dos utentes que se pretende proteger; o *dever de informação* (art. 4.º da LSPE), que vincula o prestador a informar os utentes das condições em que o serviço é fornecido e a prestar-lhes todos os esclarecimentos necessários, obrigando-se ainda em particular a informar estes diretamente, de forma atempada e eficaz, sobre as tarifas aplicáveis pelos serviços prestados; o *dever de continuidade* do serviço prestado (art. 5.º da LSPE), que proíbe a suspensão do serviço sem pré-aviso adequado (é o designado “corte” da luz, água, etc.), salvo caso fortuito ou de força maior, vedando, além disso, que a mesma possa ocorrer em consequência de falta de pagamento por parte do utente de qualquer outro serviço (salvo se forem funcionalmente indissociáveis) e apenas admitindo que o mesmo possa ocorrer em consequência da mora do utente após advertência tempestiva e fundamentada (ressalvadas disposições legais específicas de determinados serviços: cf. art. 52.º da LCE); e o *dever de qualidade* (art. 7.º da LSPE), vinculando o prestador do serviço a elevados padrões de qualidade, neles se incluindo o grau de satisfação dos utentes, especialmente quando a fixação do preço varie em função desses padrões.

⁽¹⁰⁴⁾ BARBOSA, A. MIRANDA, *Acerca do Âmbito da Lei dos Serviços Públicos Essenciais*, 407, in: 6 “Estudos de Direito do Consumidor” (2004), 401-434; SIMÕES, F. DIAS/ALMEIDA, M. PINHEIRO, *Lei dos Serviços Públicos Essenciais — Anotada e Comentada*, 48, ss., Almedina, Coimbra, 2012.

III. No plano do sujeito passivo, a obrigação nuclear do utente (pagamento do preço) é rodeada de um conjunto de medidas especiais de tutela do utente⁽¹⁰⁵⁾. Entre tais medidas, destacam-se as relativas aos *consumos mínimos* (art. 8.º da LSPE), que proibem a imposição e a cobrança de consumos mínimos, bem como de quaisquer importâncias a título de preço, aluguer, amortização ou inspeção periódica de instrumentos de medição dos serviços utilizados (v.g., contadores) ou de outras taxas de efeito equivalente; à *faturação detalhada e acertada* (arts. 9.º e 12.º da LSPE), que investe o utente no direito ao recebimento de uma fatura com periodicidade mensal que especifique os valores que apresenta, discrimine os serviços prestados e as correspondentes tarifas (sem prejuízo das regras particulares aplicáveis aos diferentes tipos de serviços, v.g., art. 39.º, n.º 3, c) da LCE para os serviços de comunicações eletrónicas), além do direito ao abatimento dos excessos cobrados relativamente ao consumo efetuado sempre que estes resultem do método de faturação utilizado; e à *prescrição* do crédito do prestador do serviço (art. 10.º da LSPE), sendo que o direito ao recebimento do preço do serviço prestado ou ao recebimento de pagamentos adicionais prescreve no prazo de seis meses após a prestação do serviço ou o pagamento inicial. Trata-se, neste último caso, de uma prescrição ordinária, a qual, nos termos gerais (art. 323.º do CCivil), se interrompe com a propositura da ação ou injunção judiciais pelo credor: tal significa que tais ações ou injunções deverão ser intentadas no prazo legal de 6 meses, prazo esse que começa a correr a partir do último dia do período mensal de faturação em referência (art. 10.º, n.º 4 da LSPE, 306.º, n.º 1 do CCivil) — pressupondo que o prestador haja enviado tempestivamente a fatura ao utente, cabendo àquele o ónus da prova desse envio (arts. 10.º, n.ºs 3 e 4, e 11.º da LSPE) — e que apenas se interrompe no caso de tentativa de resolução extrajudicial do conflito (art. 15.º, n.º 2 da LSPE)⁽¹⁰⁶⁾.

⁽¹⁰⁵⁾ Para além destas medidas gerais, poderão ainda existir medidas particulares para certos consumidores em especial: é o caso do regime de *tarifa social* nos contratos de serviço de fornecimento de água com utentes em situação de carência económica (Decreto-Lei n.º 147/2017, de 5 de dezembro).

⁽¹⁰⁶⁾ Sobre o regime da prescrição, muito glosado na doutrina e jurisprudência portuguesas, vide entre muitos, com posições por vezes divergentes, CARVALHO, J. MORAIS, *Prescrição do Direito de Exigir o Pagamento do Preço nos Contratos Relativos a Serviços Públicos Essenciais*, in: LX “Scientia Iuridica” (2011), 81-99; CORDEIRO, A. MENEZES, *Da Prescrição de Créditos das Entidades Prestadoras de Serviços Públicos Essenciais*, in: 133 “O Direito” (2001), 769-810; SILVA, J. CALVÃO, *Aplicação da Lei n.º 23/96 ao Serviço Móvel de Telefone e Natureza Extintiva da Prescrição Referida no seu Art. 10.º*, in: 132 “Revista de Legislação e de Jurisprudência” (1999-2000), 135-160; na jurisprudência, vide o AUJ do STJ n.º 1/2010, de 3-XII-2009 (M. PRAZERES BELEZA), in: DR, I Série, n.º 14, de 21 de janeiro.

§7. Contratos de Crédito ao Consumo

1. Noção

I. Designa-se por contrato de crédito ao consumo (“consumer credit loan”, “Verbraucher kreditgeschäft”, “contrat de consommation de crédit”, “contratto de credito al consumo”) *o contrato pelo qual um banco, ou outra instituição creditícia ou financeira, concede ou promete conceder um crédito a um consumidor*⁽¹⁰⁷⁾.

II. Este contrato desempenha uma *função* primordial nas modernas economias de produção em série e consumo em massa, caracterizadas pela aquisição financiada de bens de consumo. Após um período originário em que os consumidores adquirentes eram financiados diretamente pelos próprios vendedores (v.g., venda a prestações), tornou-se frequente a intervenção de empresas especializadas no financiamento, usualmente uma instituição de crédito ou uma sociedade financeira.

III. O regime jurídico dos contratos de crédito ao consumo encontra-se nuclearmente previsto no Decreto-Lei n.º 133/2009, de 2 de junho, doravante designado *Lei do Crédito ao Consumo* (LCC). Frise-se que, ao lado do regime geral fixado na LCC, haverá ainda que ter em conta a existência de *regimes especiais* para certos tipos particulares de crédito ao consumo: tal o caso, designadamente, dos contratos de crédito relativos a imóveis garantidos por hipoteca (Decreto-Lei n.º 74-A/2017, de 23 de junho, Avisos do BdP n.ºs 4/2017 e 5/2007, de 22 de setembro)⁽¹⁰⁸⁾.

2. Requisitos

I. O âmbito desta figura contratual encontra-se delimitado, simultaneamente, pela positiva (requisitos subjetivos e objetivos) e pela negativa (exclusões).

⁽¹⁰⁷⁾ Sobre a figura, com especial incidência na sua dimensão jusconsumerista, vide CASTELO, HIGINA, *Crédito ao Consumo e Diversidade de Tipos Contratuais*, in: “Direito do Consumo”, 103-111, CEJ, Ebook, 2014; COELHO, N. RIBEIRO, *O Consumidor e a Tutela do Consumo no Âmbito do Crédito ao Consumo*, in: 103 “Revista do Ministério Público” (2005), 70-109; FROTA, ÂNGELA, *Crédito ao Consumidor*, in: V “Estudos de Direito do Consumo” (2017), 375-393; MORAIS, F. GRAVATO, *Contratos de Crédito ao Consumo*, Almedina, Coimbra, 2007; MORAIS, F. GRAVATO, *Proteção do Consumidor a Crédito na Celebração e Execução do Contrato*, in: “Direito do Consumo”, 115-128, CEJ, Ebook, 2014.

⁽¹⁰⁸⁾ DUARTE, R. PINTO, *O Novo Regime do Crédito Imobiliário a Consumidores*, Almedina, Coimbra, 2018.

II. Do ponto de vista do seu âmbito subjetivo de aplicação, trata-se de um tipo contratual concluído entre “*credores*” e “*consumidores*” [art. 4.º, n.º 1, *c*] da LCC]. Quanto aos primeiros (“credores”), que a lei define como “qualquer pessoa singular ou coletiva que concede ou que promete conceder um crédito no exercício da sua atividade comercial ou profissional”, estarão aqui abrangidos, em primeira linha, os bancos, as instituições financeiras de crédito, e as sociedades financeiras para aquisições a crédito, enquanto empresas que exercem profissionalmente atividades de financiamento [art. 4.º, n.º 1, *b*] da LCC, arts. 3.º, *a*) e *f*), 6.º, n.º 1, *b*) (*i*) do RGIC]. Quanto aos últimos (“consumidores”), corroborando o sentido restrito do conceito na legislação portuguesa, a lei abrangeu apenas os mutuários que revestem a natureza de pessoa singular [art. 4.º, n.º 1, *a*] da LCC]: em regra, tratar-se-á de clientes individuais de bancos ou de outras instituições ou sociedades financeiras creditícias que com estas possuam uma relação jurídica ou comercial no exercício da atividade própria destas, mormente na base de um contrato de conta bancária⁽¹⁰⁹⁾.

III. Do ponto de vista do seu âmbito objetivo de aplicação, tais contratos podem ter por objeto qualquer *concessão ou promessa de concessão de crédito*, designadamente sob a forma de diferimento de pagamento, mútuo, utilização de cartão de crédito, ou qualquer outro acordo de financiamento semelhante [arts. 4.º, n.º 1, *c*), 8.º, 15.º, e 23.º da LCC]: isto significa que eles podem ser realizados através de figuras negociais tão variadas quanto a venda a prestações, o mútuo bancário, a abertura de crédito, o descoberto bancário, a emissão de cartão bancário, a locação financeira, ou o aluguer de longa duração⁽¹¹⁰⁾.

IV. Em contrapartida, o referido regime legal tem a sua aplicação excluída ou limitada em determinadas situações, v.g., financiamento de aquisição imobiliária, créditos de montante muito baixo ou elevado, créditos garantidos por hipoteca imobiliária, créditos resultantes de transação judicial, etc. (arts. 2.º e 3.º da LCC).

⁽¹⁰⁹⁾ Sobre o contrato de conta bancária, também designado de “abertura de conta”, enquanto contrato-quadro que estabelece a disciplina geral de formação e regulação dos diversos negócios bancários individuais que venham futuramente a ser celebrados entre banco e cliente, *vide* ANTUNES, J. ENGRÁCIA, *Os Contratos Bancários*, 84 e ss., *in*: AAVV, “Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida”, Vol. II, 71-155, Almedina, Coimbra, 2011.

⁽¹¹⁰⁾ CASTELO, HIGINA, *Crédito ao Consumo e Diversidade de Tipos Contratuais*, *in*: “Direito do Consumo”, 103-111, CEJ, Ebook, 2014.

V. O regime legal é bastante complexo. Ilustração do caráter bifronte dos contratos de consumo como contratos (unilateralmente) comerciais, este tipo contratual reveste, simultaneamente, uma natureza jusbancária e jusconsumerista: em seguida, analisaremos apenas as notas distintivas do seu regime jusconsumerista, analisando sucessivamente a regulação da sua negociação e formação, do seu conteúdo e do seu cumprimento⁽¹¹¹⁾.

3. Negociação e Formação

I. Desde logo, no que concerne à *negociação e formação* dos contratos de crédito ao consumo, deve ser sublinhada a existência de um vasto conjunto de deveres pré-contratuais e contratuais a cargo do credor mutuante.

II. Entre eles, salientem-se os *deveres publicitários*, com particular destaque para a TAEG (art. 5.º da LCC), sem prejuízo da sujeição geral às disposições relevantes do CPub e da LPCD; os *deveres de informação* (arts. 6.º a 9.º da LCC), que compreendem uma ampla gama de informações visando permitir ao consumidor tomar uma decisão esclarecida, substanciadas num formulário ou ficha padronizada («Informação Normalizada Europeia em Matéria de Crédito a Consumidores» (Anexo II da LCC)⁽¹¹²⁾; e o *dever de avaliação da solvabilidade do consumidor* (arts. 10.º e 11.º da LCC), o qual, com vista a assegurar a tutela dos interesses individuais do consumidor (prevenção do crédito irresponsável e insolvência) e os próprios interesses gerais (prevenção do sobre-endividamento dos particulares e do crédito bancário malparado), obriga a entidade mutuante a proceder a uma avaliação da capacidade do mutuário manter a sua solvabilidade, reunindo e ponderando um conjunto de informações relevantes para este efeito (v.g., situação familiar, situação laboral, patri-

⁽¹¹¹⁾ Sobre o regime jusbancário deste contrato, *vide* ANTUNES, J. ENGRÁCIA, *Os Contratos Bancários*, 107 e ss., *in*: AA.VV., “Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida”, Vol. II, 71-155, Almedina, Coimbra, 2011.

⁽¹¹²⁾ Frise-se que a entidade mutuante não está apenas vinculada por deveres informativos, mas também por um dever de assistência pré-contratual perante o consumidor mutuário, que lhe impõe uma atitude pró-ativa de esclarecimento com o objetivo de permitir a este último avaliar se o contrato de crédito proposto se adapta às suas necessidades e à sua situação financeira, devendo os esclarecimentos orais ser-lhe ainda entregues em documento escrito ou noutro suporte duradouro (art. 7.º da LCC).

mónio e rendimentos, consulta de bases de dados de responsabilidades de crédito, etc.)(¹¹³).

III. Por seu turno, no plano da formação contratual, a celebração do contrato deve revestir *forma especial*, mediante a sua redução a documento escrito ou eletrónico assinado pelas partes e dotado de um conteúdo mínimo imperativo (art. 12.º, n.os 1, 3 a 5 da LCC)(¹¹⁴), acarretando a respetiva inobservância uma invalidade atípica do contrato (ou seja, a sua nulidade não é de conhecimento oficioso e apenas é invocável pelo consumidor: cf. art. 220.º do CCivil, art. 13.º, n.os 1 e 5 da LCC)(¹¹⁵). Sublinhe-se que a lei prevê ainda, expressamente, a obrigação de entrega ao consumidor e eventuais garantes (v.g., fiador, cônjuge)(¹¹⁶) de um exemplar do documento escrito do contrato — obrigação essa aplicável indistintamente aos contratos de crédito ao consumo presenciais (em que a entrega deve ocorrer no momento da assinatura) e à distância (em que a mesma poderá ocorrer em momento posterior) (art. 12.º, n.º 2 da LCC)(¹¹⁷), cabendo ao mutuante o ónus da prova dessa entrega(¹¹⁸), sem prejuízo de

(¹¹³) Sobre este dever, que conhece concretizações (v.g., arts. 16.º e ss. do Decreto-Lei n.º 74-A/2017, de 23 de junho, sobre crédito imobiliário a consumidores) e que se encontra regulamentado pelo Aviso do BdP n.º 4/2017, de 20 de setembro, e cujo incumprimento acarreta sanções contraordenacionais (art. 30.º da LCC), vide SALAZAR, C. MOREIRA, *Crédito Responsável e Dever de Avaliação da Solvabilidade do Consumidor*, Diss., UCP, Porto, 2012.

(¹¹⁴) Ao invés do que sucedia anteriormente [cf. Acórdão da RP de 12-X-2000 (COELHO DA ROCHA), in: XXV CJ (2000), IV, 208-210], tal documento contratual perdeu força executiva à luz do atual art. 703.º do CPC.

(¹¹⁵) Sem prejuízo dos casos em que, tendo o consumidor atuado em conformidade com a aceitação do contrato, venha mais tarde frustrar as legítimas expectativas comprovadamente criadas na contraparte ao invocar abusivamente a sua nulidade com fundamento na inobservância da forma (sobre o abuso de direito como limite de exercício dos direitos dos consumidores, vide já *supra* nota 28). Noutros quadrantes, AMAYUELAS, E. ARROYO, *La Forma del Crédito al Consumo y las Sanciones para el Caso de Contravención*, in: 1 “Revista Electrónica de Direito” (2014), 1-28.

(¹¹⁶) Muito embora mantendo-se o contrato de crédito, são nulas as garantias prestadas se o garante ou garantes não receberem um exemplar do mesmo (art. 13.º, n.º 2 da LCC). Cf. CAMPOS, I. MENÉRES, *Notas Breves sobre os Mecanismos de Garantia do Cumprimento no Crédito ao Consumo*, in: “Liber Amicorum Mário Frota”, 291-310, Almedina, Coimbra, 2012.

(¹¹⁷) Em sentido inverso, dispensando a entrega nos contratos à distância, vide MORAIS, F. GRAVATO, *Proteção do Consumidor a Crédito na Celebração e Execução do Contrato*, 119, in: “Direito do Consumo”, 115-128, CEJ, Ebook, 2014. Sobre o ponto, vide ainda os Acórdãos da RL de 29-I-2008 (ARNALDO SILVA), in: XXXIII CJ (2008), I, 85-87, e da RP de 19-I-2010 (HENRIQUE ANTUNES), in: XXXV CJ (2010), I, 11-19.

(¹¹⁸) CARVALHO, J. MORAIS/TEIXEIRA, MICAEL, *Crédito ao Consumo — Ónus da Prova de Entrega de Exemplar e Abuso de Direito de Invocar a Nulidade*, in: 42 “Cadernos de Direito Privado” (2013), 36-52; na jurisprudência, os Acórdãos do STJ de 5-12-2006 (SOUSA LEITE) e de 7-I-2010 (M. PRAZERES BELEZA), da RL de 14-III-2013 (PEDRO MARTINS), e da RC de 4-V-2010 (GONÇALVES FERREIRA), in: <www.dgsi.pt>.

requisitos adicionais para certas formas especiais do crédito ao consumo (cf. pontos 9.º e 10.º do Aviso do BdP n.º 11/2001, de 20 de novembro, relativo à emissão de cartões de crédito e débito) —, além de prever implicitamente a obrigação de entrega da quantia mutuada para a perfeição do contrato — que assim se afigura revestir uma natureza real “quod constitutionem”⁽¹¹⁹⁾.

4. Conteúdo

I. Quanto ao conteúdo do contrato, merecem destaque especial as normas relativas à taxa anual de encargos efetiva global [arts. 4.º, n.º 1, g), 6.º, n.º 3, g), e 24.º da LCC] e aos juros (art. 28.º da LCC).

II. *A taxa anual de encargos efetiva global (TAEG)* constitui um elemento essencial da tutela do consumidor, funcionando como um parâmetro objetivo que permite àquele conhecer o custo real global do crédito a conceder e simultaneamente compará-lo com ofertas congêneres e concorrentes no mercado: por TAEG entende-se o custo integral do crédito para o consumidor expresso em percentagem anual do montante total do crédito, abrangendo todos os valores a pagar no pressuposto de que o contrato será integralmente cumprido, incluindo os montantes atuais das obrigações assumidas, os juros remuneratórios, os encargos atuais e futuros que tenham sido acordados, os custos de manutenção da conta, os custos das operações de pagamento, etc. [arts. 4.º, n.º 1, g), 24.º e Anexo I da LCC]. Trata-se de um aspeto fundamental da fase pré-contratual — devendo constar da publicidade comercial (art. 5.º da LCC) e da ficha de informação normalizada [arts. 6.º, n.º 3, g), 8.º, n.º 2, a) da LCC] — e do conteúdo contratual — devendo ser objeto de menção obrigatória expressa [art. 12.º, n.ºs 3 e 5, a) da LCC] —, sob pena da nulidade do contrato (art. 13.º, n.º 5 da LCC)⁽¹²⁰⁾.

⁽¹¹⁹⁾ Esta natureza real deve ser habilmente entendida, tanto no sentido em que se basta com a mera entrega eletrónica da quantia mutuada (de modo algum pressupondo a sua entrega física), como no sentido em que se considera satisfeita com a entrega realizada à empresa vendedora do bem (de modo algum se pressupondo que ela seja feita diretamente ao consumidor). Cf. Acórdão do STJ de 22-VI-2005 (OLIVEIRA BARROS), in: XIII CJ/STJ (2005), II, 134-140.

⁽¹²⁰⁾ Sobre a TAEG, vide os Acórdãos da RL de 7-VII-2001 (FARINHA ALVES) e de 9-II-2006 (OLINDO GERALDES), bem como da RC de 6-VII-2010 (CARLOS GIL), todos in: <www.dgsi.pt>. No direito europeu, LUTZ, PAUL, *Taux Débitteur et TAEG dans la Directive Européenne sur le Crédit aux Consommateurs*, in: 44 “Recueil Dalloz” (2009), 2955-2958.

III. Relevante é também o regime especial previsto em matéria de *juros usurários* (art. 28.º da LCC). Assim sendo, para além dos limites gerais decorrentes dos arts. 559.º-A e 1146.º do CCivil (aplicáveis por força do §2 do art. 102.º do CCom)⁽¹²¹⁾, serão também havidos como usurários os contratos que, no momento da respetiva celebração, fixem uma TAEG superior em 25% à taxa média praticada no mercado pelas instituições de crédito no trimestre anterior para cada tipo de contrato de crédito ao consumo (v.g., crédito pessoal, crédito automóvel, etc.) ou em 50% à taxa média dos contratos de crédito ao consumo no seu conjunto (sendo tais taxas médias divulgadas periodicamente pelo Banco de Portugal: cf. Instrução do BdP n.º 14/2013, de 17 de junho). A estipulação de TAEG usurárias não ocasiona a invalidade do contrato, originando antes a sua redução automática para metade do limiar legal máximo ultrapassado (art. 28.º, n.º 6 da LCC) e a responsabilidade contraordenacional da entidade mutuante (art. 30.º, n.º 1 da LCC)⁽¹²²⁾.

5. Cumprimento

I. Finalmente, no que concerne ao cumprimento do contrato, destacam-se as normas relativas à revogação do contrato (art. 17.º da LCC), ao cumprimento antecipado do contrato (art. 19.º da LCC) e ao incumprimento do contrato (art. 20.º da LCC).

II. O direito à “revogação” do consumidor de crédito representa mais um afloramento concreto do *direito de desistência contratual*, característico dos negócios juscomerciais celebrados com consumidores em geral. O seu regime encontra-se previsto no art. 17.º da LCC, conferindo ao consumidor o direito de, no prazo de 14 dias após a data da celebração (ou, se posterior, da receção pelo consumidor do exemplar do contrato e das informações devidas), se desvincular livremente do contrato de crédito ao consumo mediante declaração escrita ou eletrónica, devendo o consu-

⁽¹²¹⁾ O que significa que não serão lícitas as cláusulas de juros ou cláusulas penais superiores em, respetivamente, 3% e 5%, ou 7% e 9%, à taxa supletiva de juros legais, consoante exista ou não garantia real. Sobre tais limites gerais, vide ANTUNES, J. ENGRÁCIA, *Direito dos Contratos Comerciais*, 243, reimpressão, Almedina, Coimbra, 2017.

⁽¹²²⁾ Sobre os juros usurários, CARVALHO, J. MORAIS, *Usura nos Contratos de Crédito ao Consumo*, in: 36 SubJ (2006), 35-53; CARVALHO, J. MORAIS, *Limites das Taxas de Juro e Usura*, in: “Direito do Consumo — Ebook”, 186-203, CEJ, Lisboa, 2014; LOUREIRO, C. SILVA, *Juros Usurários no Crédito ao Consumo*, in: 8 “Revista de Estudos Politécnicos” (2007), 265-280; na jurisprudência, Acórdão da RL de 11-II-2010 (A. LUÍSA GERALDES), in: <www.dgsi.pt>.

midor devolver ao mutuante o montante do crédito entretanto já eventualmente disponibilizado, acrescido dos respetivos juros, no prazo máximo de 30 dias⁽¹²³⁾.

III. Por outra banda, o consumidor pode ainda desembaraçar-se do contrato de crédito ao consumo em momento posterior, mediante o respetivo *cumprimento antecipado* total ou parcial. O seu regime encontra-se previsto no art. 19.º da LCC, permitindo ao consumidor uma redução do peso da sua dívida, seja mediante o pagamento total do valor do crédito em dívida, seja mediante amortizações parciais desse valor em dívida, através da redução dos juros e outros encargos relativos ao período contratual remanescente⁽¹²⁴⁾.

IV. Por fim, em caso de *incumprimento do contrato* pelo consumidor, a entidade mutuante tem o direito de exigir a resolução do contrato ou o vencimento antecipado das prestações em atraso. O regime legal desse direito encontra-se previsto no art. 20.º da LCC, o qual, ao invés do regime geral do art. 781.º do CCivil, fica dependente da falta de pagamento de duas prestações sucessivas de valor superior a 10% do montante total do crédito e do decurso infrutífero de um prazo suplementar mínimo de 15 dias concedido ao consumidor para realizar tal pagamento, sem prejuízo dos eventuais direitos fundados no contrato e em responsabilidade contratual⁽¹²⁵⁾.

§8. Contratos Turísticos

1. Noção

I. Designam-se genericamente por contratos turísticos os *contratos relativos ao exercício e à exploração empresariais de atividades de*

(123) MORAIS, F. GRAVATO, *O Direito de Revogação nos Contratos de Crédito ao Consumo: Confronto entre os Regimes Jurídicos Português e Alemão*, in: 307 “Scientia Iuridica” (2006), 457-491. Sobre o “direito de desistência” como traço característico dos contratos de consumo, vide ANTUNES, J. ENGRÁCIA, *O Regime Geral da Contratação de Consumo*, em curso de publicação.

(124) DUARTE, PAULO, *O Direito do Consumidor ao Cumprimento Antecipado nos Contratos de Concessão de Consumo*, in: “Liber Amicorum Mário Frota”, 409-437, Almedina, Coimbra, 2012.

(125) PEREIRA, A. PATRÍCIA, *O Incumprimento do Contrato de Crédito ao Consumo pelo Consumidor*, 63 e ss., Diss., Univ. Nova de Lisboa, 2015. Saliente-se que o vencimento antecipado das prestações contratuais não implica a obrigação de pagamento dos juros remuneratórios relativos às prestações vincendas: cf. Acórdão de Uniformização de Jurisprudência n.º 7/2009, de 25 de março (CARDOSO DE ALBUQUERQUE), in: Diário da República, I Série, n.º 86, de 5 de maio.

turismo, em especial ao fornecimento de bens ou à prestação de serviços turísticos⁽¹²⁶⁾.

II. O turismo — enquanto atividade de deslocação temporária de indivíduos para locais distintos da sua residência habitual, por motivos de lazer, negócios e outros⁽¹²⁷⁾ — constitui hoje uma atividade empresarial de primeira grandeza⁽¹²⁸⁾. Os contratos turísticos constituem uma *categoria contratual heterogénea*, de contornos muito fluidos e duvidosa autonomia⁽¹²⁹⁾. Trata-se indubitavelmente de contratos comerciais, já que, por regra, são celebrados por “operadores turísticos”, os quais constituem empresas singulares ou coletivas que têm objeto a produção, exercício, gestão, intermediação e prestação de atividades, produtos e serviços de turismo, incluindo agências de viagens e turismo, empresas titulares de empreendimentos turísticos (“*maxime*”, hotéis), empresas de animação turística, etc. (art. 18.º do Decreto-Lei n.º 191/2009, de 17 de agosto). Todavia, num sentido amplo, tal categoria abrange tanto os contratos bilateralmente comerciais ou celebrados entre empresários — por exemplo, os contratos de exploração de empreendimentos turísticos (v.g., contratos de gestão hoteleira) — como os contratos unilateralmente comerciais, concluídos entre empresários e consumidores — enquanto destinatários finais ou utentes dos serviços turísticos (v.g., contratos de viagem organizada, contratos de “time sharing”, contratos de alojamento turístico e local, contratos de “catering”, etc.).

⁽¹²⁶⁾ Sobre os contratos turísticos, vide DUARTE, PAULO, *A Protecção Jurídica do Consumidor nos Contratos de Aquisição de Cartões Turísticos*, in: 0 “Revista Portuguesa de Direito do Consumo” (1994), 25-34; FERREIRINHA, PEDRO, *Os Condomínios Turísticos*, in: “Estudos de Advocacia em Homenagem a Vasco Vieira de Almeida”, 491-499, Almedina, Coimbra, 2017; OLIVEIRA, F. PAULA/ABREU, A. VASSALO, *Instalação de Empreendimentos Turísticos em Propriedade Plural*, Almedina, Coimbra, 2014; PAIVA, R. MOURA, *Direito, Turismo e Consumo*, Renovar, Rio de Janeiro, 2012; PATRÍCIO, MANUELA, *Direito do Turismo e Alojamento Turístico*, Almedina, Coimbra, 2016. Noutros quadrantes, MINERVINI, GUSTAVO, *Il Contratto Turistico*, in: 72 “Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obliligazioni” (1974), 275-282; PUIG, V. JULIÁN, *Contratos Turísticos*, in: AAVV, “Contratos Mercantiles”, Vol. II, 909-982, 2.ª ed., Bosch, Barcelona, 2009.

⁽¹²⁷⁾ O art. 2.º, a) do Decreto-Lei n.º 191/2009, de 17 de agosto, define turismo como “o movimento temporário de pessoas para destinos distintos da sua residência habitual, por motivos de lazer, negócios ou outros, bem como as atividades económicas geradas e as facilidades criadas para satisfazer as suas necessidades”.

⁽¹²⁸⁾ De acordo com a Organização Mundial de Turismo (OMT), o número de chegadas de turistas internacionais atingiu 1,2 biliões em 2016, representativas de um volume de negócios de quase 700 biliões de dólares, após uma sequência de sete consecutivos aumentos anuais, que não se verificava desde 1960. Cf. *UNWTO Annual Report 2016*, Madrid, 2017.

⁽¹²⁹⁾ Nesse sentido, PATRÍCIO, MANUELA, *Direito do Turismo e Alojamento Turístico*, 34, ss., Almedina, Coimbra, 2016; noutros países, PUIG, V. JULIÁN, *Contratos Turísticos*, in: AAVV, “Contratos Mercantiles”, 2.ª ed., Vol. II, 909-982, Bosch, Barcelona, 2009.

III. Em seguida, serão referidas algumas das mais relevantes figuras contratuais da “praxis” do consumo turístico, com particular enfoque nos mecanismos de tutela jurídica do consumidor⁽¹³⁰⁾.

2. Viagem Organizada

I. Por contrato de viagem organizada (“package travel contract”, “Pauschalreisevertrag”, “contratto di pacchetto turistico”, “contrat de voyage à forfait”, “contrato de viaje combinado”) designa-se *o contrato celebrado entre uma empresa singular ou coletiva (agência de viagens e turismo) e um cliente (viajante) que tem por objeto uma prestação unitária e complexa consistente num plano previamente organizado de viagem, que combine pelo menos dois serviços (transporte, alojamento, aluguer de veículos, e/ou serviços não subsidiários), contra o pagamento de um preço global*⁽¹³¹⁾.

II. O contrato de viagem organizada — que constitui porventura o contrato turístico por excelência dos nossos dias — encontra-se hoje previsto e regulado no Decreto-Lei n.º 17/2018, de 8 de março, tendo assim por objeto um serviço específico das atuais sociedades de consumo: o “pacote turístico”, produto acabado e unitário que, contra um preço global, coloca à disposição do viajante (“*maxime*”, turista) uma ampla gama de serviços relacionados com um programa de viagem previamente preparado por empresas especializadas. Tal contrato pode revestir duas modalidades fundamentais: uma modalidade mononegocial — correspondente ao contrato de viagem organizada “*stricto sensu*”, celebrado entre um operador e um viajante relativo à globalidade da viagem organizada — e uma modalidade plurinegocial — que envolve uma pluralidade de contratos distintos celebrados com diferentes prestadores de serviços de viagem, designadamente, diferentes operadores interligados de reserva em linha

⁽¹³⁰⁾ FROTA, MÁRIO, *Turismo e Direitos do Consumidor*, in: 78 “Revista Portuguesa de Direito do Consumo” (2014), 123-152; no plano europeu, FRAGOLA, MASSIMO, *La Figura del «Consumatore-Turista» e i Diritti ad Esso Riconosciuti nell’Ordinamento Comunitario*, in: 40 DCSI (2001), 5-58.

⁽¹³¹⁾ Sobre este contrato, vide MIRANDA, MIGUEL, *O Contrato de Viagem Organizada*, Almedina, Coimbra, 2000; RIBEIRO, J. SOUSA, *O Contrato de Viagem Organizada na Lei Vigente e no Anteprojeto do Código do Consumidor*, in: 8 “Estudos de Direito do Consumidor” (2006/07), 127-164; SANTO, L. ESPÍRITO, *O Contrato de Viagem Organizada*, Almedina, Coimbra, 2016; na jurisprudência, vide os Acórdãos da RL de 8-V-2014 (FÁTIMA GALANTE) e de 24-VI-2008 (M. ROSÁRIO MORGADO), da RP de 13-X-2009 (JOÃO PROENÇA), e da RC de 6-XI-2011 (ARTUR DIAS), todos in: <dgsl.pt>. Noutros quadrantes, VALDÉS-BLANCO, A. SOLER, *El Contrato de Viaje Combinado*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2005.

[arts. 2.º, n.º 1, *d*) e *p*)]⁽¹³²⁾. Além de ser típico e nominado, é também um contrato *comercial* (já que apenas pode ser celebrado ativamente por empresas singulares ou coletivas inscritas no RNAVT: cf. arts. 4.º e 8.º, n.º 2, *a*), um contrato de *adesão* (já que o viajante dispõe apenas da possibilidade de aderir ou rejeitar em bloco um conjunto de cláusulas contratuais padronizadas prévia e unilateralmente elaboradas pela agência no programa de viagens: cf. arts. 17.º e 20.º), e um contrato *consensual* (cuja celebração e validade não estão sujeitas à observância de forma especial, exceto diferente vontade das partes: cf. art. 20.º, n.º 1)⁽¹³³⁾.

III. O regime legal deste tipo contratual é vasto, merecendo destaque, do ponto de vista dos interesses do consumidor (viajante), um conjunto de normas relativas à negociação, celebração, conteúdo e extinção do contrato⁽¹³⁴⁾.

IV. Assim, em *sede pré-contratual*, as normas que obrigam a agência a disponibilizar ao público informação normalizada relativa à viagem organizada (art. 17.º e Partes A e B do Anexo II), mormente no contexto dos chamados “programas de viagem” (art. 18.º), as cláusulas contratuais a incluir no contrato (art. 15.º, n.º 2), e ainda outros deveres informativos e materiais acessórios (arts. 15.º, n.º 1 e 16.º). Tal informação pré-contratual reveste uma natureza vinculativa e de oferta pública no que diz respeito às principais características da viagem organizada (v.g., destino, itinerário, períodos de estadia, meios de transporte, locais e datas da partida e regresso, localização, categoria turística do alojamento, refeições fornecidas, etc.), ao preço total da viagem organizada (incluindo impostos, taxas, encargos e outros custos adicionais), às modalidades de pagamento (incluindo os eventuais montantes ou percentagens do preço a pagar a

⁽¹³²⁾ Sublinhe-se que com a viagem organizada não se confundem *outras modalidades de viagem* — onde se incluem as viagens *por medida* (em que a organização ou o programa da viagem é da iniciativa do cliente), as viagens *turísticas “stricto sensu”* (que são viagens organizadas de duração inferior a 24 horas ou sem dormida, v.g., excursões “domingueiras”) ou as *viagens de negócios* (celebradas ao abrigo de contrato duradouro para uma pluralidade de serviços de viagem) —, cumprindo ainda distingui-la de *outros tipos de serviços turísticos* prestados pelas agências de viagens — por exemplo, a intermediação na venda ou reserva de serviços de viagem, reservas de alojamento turístico ou local, receção e assistência a turistas, etc.

⁽¹³³⁾ Inversamente, ainda quando celebrado no âmbito de um sistema de negociação à distância e sem a presença física simultânea dos contraentes, este contrato não será considerado como um contrato à distância para efeitos da aplicação do regime da LCCD [cf. art. 2.º, n.º 2, *h*) e n.º 3].

⁽¹³⁴⁾ Sobre tal regime, vide OLIVEIRA, E. DIAS, *A Proteção do Consumidor nas Viagens Organizadas*, in: “Estudos de Direito do Consumo — Homenagem a Manuel Ataíde Ferreira”, 208-232, Deco, Lisboa, 2016.

título de adiantamento e o calendário de pagamento do remanescente), ao número mínimo de pessoas exigido para a realização da viagem organizada (bem como a data limite para o respetivo cancelamento) e à informação relativa ao direito de rescisão do contrato pelo viajante (art. 19.º).

V. Em sede da *formação contratual*, sublinhe-se que o contrato, caso revista forma escrita, deve ser redigido de forma clara e compreensível (arts. 15.º, n.º 2 e 20.º, n.º 1), considerando-se concluído com a entrega ao cliente do documento de reserva e (caso exista) do programa de viagem e o pagamento, ainda que parcial, do preço (art. 20.º, n.º 2).

VI. Em sede do *conteúdo contratual*, merece destaque a exigência de um vasto conjunto de menções obrigatórias, onde se incluem, para além das requeridas na fase pré-contratual (art. 17.º), elementos informativos relativos às eventuais exigências do viajante que a agência tenha aceite, à responsabilidade da agência pela correta execução de todos os serviços de viagem contratados e pela prestação de assistência ao viajante, à identificação do nome da entidade responsável pela proteção em caso de insolvência, à identificação do representante local da agência, aos procedimentos de tratamento de reclamações e aos mecanismos de resolução alternativa de litígios, e ao direito de cessão de posição contratual (art. 20.º, n.º 3).

VII. Finalmente, em sede dos *efeitos contratuais*, saliente-se a imposição legal de deveres de informação e prestação pós-contratuais (art. 20.º, n.º 9), bem assim como a disciplina das modificações subjetivas e objetivas do contrato (arts. 22.º a 24.º) e da rescisão do contrato por iniciativa da agência ou do viajante, que inclui um direito de retratação no caso de contratos celebrados fora do estabelecimento comercial (arts. 25.º a 27.º): destaque especial merece a questão, sempre relevante, da responsabilidade civil da agência por incumprimento ou cumprimento defeituoso das prestações devidas (arts. 28.º, 35.º a 37.º, todos do citado diploma legal)⁽¹³⁵⁾. Refira-se ainda que a lei prevê, como garantias especiais dos consumidores, a existência obrigatória de um fundo de garantia de viagens e turismo (FGVT), destinado a responder solidariamente pelos créditos dos consumidores relativamente a serviços contratados a agências de viagens e turismo (arts. 37.º a 40.º), e de seguros de respon-

⁽¹³⁵⁾ SERRAT, J. BECH, *La Responsabilidad Contratual de los Organizadores y los Detallistas de Viajes Combinados*, Diss., Girona, 2001.

sabilidade civil, destinados a cobrir os riscos associados ao ressarcimento dos danos patrimoniais e não patrimoniais causados àqueles (arts. 41.º e 42.º).

3. Habitação Periódica

I. Por contratos relativos a direitos de habitação periódica (“time-share contracts”, “Teilzeitwohnrechtverträge”, “contrats de jouissance d’immeuble à temp partagé”, “multiproprietà immobiliare”) designa-se genericamente aquele *conjunto de contratos, preliminares ou definitivos, que têm por objeto a aquisição ou transmissão de direitos reais ou obrigacionais de gozo ou utilização periódica sobre unidades de alojamento integradas em empreendimentos turísticos*⁽¹³⁶⁾.

II. Com vista a permitir uma exploração plena dos empreendimentos turísticos, o legislador português, à semelhança de outros, criou uma nova modalidade de direitos reais de gozo: o *direito real de habitação periódica*, vulgarmente conhecido por “time-sharing” e previsto e regulado no Decreto-Lei n.º 275/93, de 5 de agosto, que consiste num direito de utilização temporária e periódica sobre unidades de alojamento integradas em hotéis-apartamentos, aldeamentos turísticos e apartamentos turísticos (arts. 1.º e 3.º)⁽¹³⁷⁾. Ora, o legislador e a “praxis” conhecem um conjunto de figuras contratuais surgidas em torno deste novel direito.

III. A mais relevante é, sem dúvida, a dos *contratos sobre direitos reais de habitação periódica*, que têm por objeto a aquisição e a transmis-

⁽¹³⁶⁾ Sobre a figura, BASTOS, M. MANUEL, *Direito Real de Habitação Periódica: Direito de Arrendimento*, in: AAVV, “Conflitos de Consumo”, 145-146, Almedina, Coimbra, 2006; COSTA, C. FELÍCIO/FLORIM, JOSÉ, *Do Time Sharing ou do Direito Real de Habitação Periódica*, Livraria da Universidade, Coimbra, 1997; MENDES, I. PEREIRA, *Direito Real de Habitação Periódica*, Almedina, Coimbra, 1993; na jurisprudência, *vide* os Acórdãos do STJ de 21-I-2016 (JOÃO TRINDADE), de 10-IV-2014 (GRANJA DA FONSECA), de 6-III-2012 (MARTINS DE SOUSA), bem como o Acórdão da RL de 2-VII-2015 (M. TERESA ALBUQUERQUE), todos in: <www.dgsi.pt>. Noutros países, *vide* ERMINI, MARIO/LASCIALFARI, MASSIMO, *I Contratti di Multiproprietà*, 39, ss., Giuffrè, Milano, 2003; HENZE, MARK, *The Law and Business of Time-Share Resorts*, Clark Boardman Callaghan, New York, 1982; KELP, ULLA, *Time-Sharing-Verträge*, Nomos, Baden-Baden, 2005.

⁽¹³⁷⁾ MESQUITA, HENRIQUE, *Uma Nova Figura Real: O Direito de Habitação Periódica*, in: VII “Revista de Direito e Economia” (1982), 39-69. Para mais desenvolvimentos, *vide* ANTUNES, H. SOUSA, *Direitos Reais*, 491, ss., UCP Editora, Lisboa, 2017; LEITÃO, L. MENEZES, *Direitos Reais*, 7.ª ed., 385 e ss., Almedina, Coimbra, 2016; VIEIRA, J. ALBERTO, *Direitos Reais*, 749 e ss., 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2018.

são do direito real de habitação periódica (arts. 12.º a 24.º). Entre alguns dos aspetos jusconsumeristas mais relevantes do seu regime legal, podem referir-se os relativos à *informação pré-contratual* — entre os quais se destacam a entrega obrigatória aos potenciais adquirentes de formulários normalizados (art. 9.º) e à publicidade relativa à venda ou comercialização (arts. 43.º e 44.º)⁽¹³⁸⁾ —, à *formação* do contrato — cuja celebração é efetuada mediante declaração das partes, com reconhecimento presencial das assinaturas de comprador e vendedor, aposta no certificado predial que titula o direito real, além da entrega ao primeiro do documento complementar e de um formulário de resolução (art. 13.º)⁽¹³⁹⁾ —, e à *extinção* do contrato — com destaque para o direito conferido ao adquirente de resolver o contrato de aquisição no prazo de 14 dias após a respetiva celebração, por mera declaração de vontade unilateral e discricionária (arts. 13.º-A, 16.º e 17.º)⁽¹⁴⁰⁾.

IV. Mas são ainda importantes os *contratos sobre direitos de habitação turística*, que são contratos com duração superior a um ano que têm por objeto a constituição ou transmissão de direitos obrigacionais de habitação periódica em empreendimentos turísticos (arts. 45.º a 53.º-B). Tais contratos podem revestir duas modalidades fundamentais: os “contratos de utilização periódica de bens”, pelos quais o consumidor adquire, a título oneroso, o direito de utilizar uma ou mais unidades de alojamento, por mais do que um período de ocupação, que não configure um direito real de habitação periódica [art. 45.º, n.º 2, a)]; e os” contratos de aquisição de produtos de férias de longa duração”, pelos quais o consumidor adquire, a título oneroso, o direito a beneficiar de descontos ou outras vantagens a nível de alojamento, por si só ou em combinação com serviços de viagens ou outros, nomeadamente contratos referentes a cartões e clubes de férias,

⁽¹³⁸⁾ Cf. Acórdão da RL de 21-IV-1998 (FRANCISCO DE SÁ), *in*: <www.dgsi.pt>. Sublinhe-se que em toda a publicidade, contratos e documentos relativos aos direitos de habitação periódica não pode ser utilizada a palavra “proprietário” ou outras expressões suscetíveis de criar nos adquirentes desses direitos a convicção (errónea) de serem comproprietários do empreendimento (art. 47.º): cf. Acórdão da RL de 29-II-2000 (JORGE SANTOS), *in*: <www.dgsi.pt>.

⁽¹³⁹⁾ Sobre a forma e os requisitos da celebração, vide, em sentidos parcialmente divergentes, os Acórdãos da RL de 12-X-2000 (F. ISABEL SANTOS) e da RP de 25-VI-1996 (DURVAL MORAIS), ambos *in*: <www.dgsi.pt>.

⁽¹⁴⁰⁾ GOMES, J. COSTA, *Sobre o Direito de Arrependimento do Adquirente do Direito Real de Habitação Periódica (Time Sharing) e a sua Articulação com Outros Direitos Similares noutros Contratos de Consumo*, *in*: 3 “Revista Portuguesa de Direito do Consumo” (1995), 70-86; Acórdão da RL de 19-II-2002 (PIMENTEL MARQUES), *in*: <www.dgsi.pt>. A lei previu ainda uma regulação para os próprios *negócios preliminares*, ao disciplinar os contratos-promessa de transmissão de direitos reais de habitação periódica (arts. 17.º a 20.º): cf. Acórdão do STJ de 21-I-2016 (JOÃO TRINDADE), *in*: <www.dgsi.pt>.

cartões turísticos ou outros de natureza semelhante [art. 45.º, n.º 2, b), todos do citado diploma legal]⁽¹⁴¹⁾.

4. Alojamento Turístico

I. Por contrato de alojamento turístico designa-se o *contrato celebrado entre uma empresa turística (titular de empreendimento turístico) e um utente (turista) que tem por objeto a prestação de serviços de alojamento temporário, com ou sem fornecimento de refeições, e outros serviços acessórios (v.g., receção, limpeza, guarda de bagagens e valores, alimentação), mediante remuneração*⁽¹⁴²⁾.

II. Trata-se de um contrato nominado e atípico, cujo regime deve ser integrado, para além das regras civis e comerciais comuns (com destaque para a LCCG), pelas disposições do “Regime Jurídico dos Empreendimentos Turísticos” (RJET), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 39/2008, de 7 de março. Nos termos desta lei, consideram-se “empreendimentos turísticos” os estabelecimentos hoteleiros, os aldeamentos turísticos, os apartamentos turísticos, os conjuntos turísticos (“resorts”), os empreendimentos de turismo de habitação e de turismo no espaço rural, e ainda os parques de campismo e de caravanismo, que tenham um fim lucrativo e disponham de adequado conjunto de estruturas, equipamentos e serviços complementares (arts. 2.º e 4.º do RJET): com exceção do alojamento local, apenas estas entidades podem prestar serviços de alojamento turístico (art. 43.º do RJET), podendo as unidades de alojamento consistir (consoante os casos) em quartos, suites, apartamentos ou moradias, destinados ao uso exclusivo e privativo dos hóspedes⁽¹⁴³⁾.

⁽¹⁴¹⁾ Sobre estes contratos, vide DUARTE, PAULO, *A Proteção Jurídica do Consumidor nos Contratos de Aquisição de Cartões Turísticos*, in: 0 “Revista Portuguesa de Direito do Consumo” (1994), 25-37; na jurisprudência, o Acórdão da RL de 13-XI-2007 (R. RIBEIRO COELHO), in: <www.dgsi.pt>. A lei consagrou um regime próprio para este feixe de contratos, que inclui igualmente a disciplina jurídica das informações pré-contratuais (art. 47.º-A), da formação do contrato (art. 48.º) e do direito de desistência contratual (art. 49.º).

⁽¹⁴²⁾ Sobre este contrato, vide PAIVA, R. MOURA, *Direito, Turismo e Consumo*, 103 e ss., Renovar, Rio de Janeiro, 2012; PATRÍCIO, MANUELA, *Direito do Turismo e Alojamento Turístico*, 34 e ss., Almedina, Coimbra, 2016; na jurisprudência, vide os Acórdãos do STJ de 22-I-2015 (JOÃO BERNARDO) e da RC de 21-III-2006 (CURA MARIANO), ambos in: <www.dgsi.pt>. Para mais desenvolvimentos, GONZÁLEZ, I. CABRERA/MARTEL, R. PÉREZ, *El Alojamiento Turístico: Problemática y Soluciones en la Ejecución del Contrato de Hospedaje*, Dyckinson, Madrid, 2008.

⁽¹⁴³⁾ Contrato diferente, embora conexo, é o *contrato de reservas turísticas*, que consiste no contrato celebrado entre um empreendimento turístico e um operador turístico (“maxime”, uma agên-

III. Este contrato possui importantes incidências jusconsumeristas, destacando-se as obrigações pré-contratuais (mormente, publicidade: cf. art. 42.º do RJET), as obrigações contratuais (mormente, o âmbito do serviço de alojamento e dos deveres acessórios), a formação do contrato (“*maxime*”, em sede do relevo da reserva feita pelo utente) e a extinção do contrato por iniciativa do empreendimento (“overbooking”) ou do utente (cancelamento de reserva)⁽¹⁴⁴⁾.

5. Alojamento Local

I. Figura vizinha, embora autónoma, é a do contrato de alojamento local, também tradicionalmente denominado contrato de hospedagem, que *designa o contrato celebrado entre uma pessoa singular ou coletiva titular de um estabelecimento de alojamento local (hospedeiro) e um utente (hóspede) que tem por objeto a prestação de serviços de alojamento temporário, mediante remuneração*⁽¹⁴⁵⁾.

II. Trata-se igualmente de um contrato nominado e atípico — cujas raízes históricas, todavia, remontam ao “contrato de albergaria” do CCivil de 1867 (art. 1419.º) e ao “contrato de hospedagem” reconhecido pela nossa jurisprudência —, que reveste a natureza jurídica de um contrato misto decorrente da combinação de elementos característicos da locação, da prestação de serviços ou outros, consoante o âmbito das prestações do hospedeiro, que vai desde a mera cedência do gozo de imóveis mobilados até serviços vários, v.g., fornecimento de refeições, limpeza diária, transporte, guia turístico⁽¹⁴⁶⁾. Além disso, encontramos-nos diante de um contrato

cia de viagens) através do qual o primeiro reserva em favor do último um conjunto de unidades de alojamento para um determinado período temporal. Cf. MARTÍNEZ-NADAL, APPOLONIA, *El Contrato de Reserva de Plazas de Alojamiento en Régimen de Contingente*, Bosch, Barcelona, 1995.

⁽¹⁴⁴⁾ CASTRO, P. CASTAÑOS, *Derechos y Deberes de los Consumidores en los Hoteles*, Dyckinson, Madrid, 2015.

⁽¹⁴⁵⁾ Sobre este contrato, vide ALMEIDA, A. RODRIGUES, *A Actividade de Exploração de Estabelecimento de Alojamento Local*, in: 3 “Revista Electrónica de Direito” (2017), 1-30; OLIVEIRA, F. PAULA/PASSINHAS, SANDRA/LOPES, DULCE, *Alojamento Local e Uso de Fração Autónoma*, Almedina, Coimbra, 2017; FERNANDES, Marília, *Residência Fiscal e Alojamento Local*, Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas, Lisboa, 2016; na jurisprudência, vide os Acórdãos do STJ de 28-III-2017 (SALRETA PEREIRA), da RL de 20-X-2016 (I. SACARRÃO MARTINS) e de 5-IV-2011 (GOUVEIA DE BARROS), e da RP de 27-4-2017 (A. LUCINDA CABRAL) e de 15-IX-2016 (A. RODRIGUES DE ALMEIDA), todos in: <www.dgsi.pt>.

⁽¹⁴⁶⁾ Sustentando a distinção, no universo do alojamento particular para turistas, entre contratos de alojamento local e contratos de arrendamento de curta duração, GARCIA, M. OLINDA, *Arrendamento de Curta Duração a Turistas: Um (Impropriamente) Denominado Contrato de Alojamento Local*, in: 3 “Revista Electrónica de Direito” (2017), 1-23.

comercial: a atividade de alojamento local constitui “uma *atividade comercial* no sentido de que o prestador disponibiliza o serviço ao público em geral, de forma organizada e numa lógica de mercado, visando com essa atividade obter lucro”⁽¹⁴⁷⁾.

III. O regime jurídico deste tipo contratual veio a ser densificado e complexificado pelo legislador, devendo ser hoje integrado pelas disposições do “Regime Jurídico do Alojamento Local” (RJAL), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 128/2014, de 28 de setembro, o qual veio procurar disciplinar o mercado paralelo de oferta de alojamento turístico ao mesmo tempo que conferiu tratamento jurídico próprio a um tipo de oferta turística de crescente relevância. Nos termos desta lei, consideram-se “estabelecimentos de alojamento local” aqueles que prestam serviços remunerados de alojamento temporário, nomeadamente a turistas (art. 2.º, n.º 1 do RJAL), em determinadas unidades de alojamento, incluindo sob a forma de moradias, apartamentos, estabelecimentos de hospedagem (incluindo “hostels”) e quartos (art. 3.º do RJAL): aspeto relevante é o de que se presume ser esse o caso dos imóveis ou respetivas frações que sejam publicitados ou disponibilizados como alojamento temporário ou para turistas, ou daqueles em que, estando mobilados ou equipados, sejam oferecidos dormida e serviços complementares ao alojamento por períodos inferiores a 30 dias (art. 4.º, n.º 2 do RJAL)⁽¹⁴⁸⁾.

IV. O contrato de alojamento local tem como por *sujeitos* o titular singular ou coletivo do estabelecimento de alojamento local (devidamente licenciado e registado: cf. arts. 6.º e 7.º do RJAL) e o utente ou hóspede (usualmente um turista, mas não necessariamente, v.g., simples visitantes, locais, indivíduos em deslocação de trabalho) e como *objeto* típico uma

⁽¹⁴⁷⁾ ALMEIDA, A. RODRIGUES, *A Actividade de Exploração de Estabelecimento de Alojamento Local*, 11 e ss., in: 3 “Revista Electrónica de Direito” (2017), 1-30. Embora para outros efeitos, alguma jurisprudência tem qualificado tais contratos como civis, e não comerciais, com fundamento em não estarmos aqui diante de um ato de comércio (art. 2.º do CCom) (Acórdão do STJ de 28-III-2017 (SALRETA PEREIRA), in: <www.dgsi.pt>). Tal entendimento, todavia, não parece de subscrever. Para além de a maior parte dos atos de comércio objetivos se encontrarem hoje previstos fora do CCom (cf. ANTUNES, J. ENGRÁCIA, *Direito dos Contratos Comerciais*, 31 e ss., reimp., Almedina, Coimbra, 2017), a natureza empresarial de uma partes contratantes (“estabelecimento de alojamento local”) e a afinidade deste contrato com o contrato de alojamento turístico parecem justificar a sua qualificação (unilateralmente) comercial: saliente-se que isto nada tem que ver com o fim do contrato, que se destina indubitavelmente a fins habitacionais e não a fins comerciais.

⁽¹⁴⁸⁾ Trata-se de uma presunção relativa: os contratos celebrados por período inferior a 30 dias presumem-se de alojamento local, sem prejuízo de os interessados poderem demonstrar que se trata de contratos de arrendamento (“*maxime*”, através da exibição do seu registo no serviço de finanças).

prestação de serviço de alojamento ou dormida (sem prejuízo de serem convencionados serviços complementares ao alojamento: v.g., limpeza, televisão e internet, pequeno-almoço, etc.), revestindo uma natureza onerosa (que implica o pagamento de um preço ou contrapartida pelo hóspede ou alojado) e temporária (sendo o serviço de alojamento de curta-duração, nunca superior a 30 dias: cf. implicitamente art. 4.º, n.º 2 do RJAL).

6. “Catering”

I. Designa-se por contrato de “catering” o *contrato pelo qual uma das partes se obriga, mediante remuneração, a assegurar um serviço de fornecimento de refeições coletivas, durante um determinado período de tempo ou para um determinado tipo de evento específico, bem como outros serviços complementares (v.g., escolha e decoração do espaço, equipamentos, empregados de mesa, serviços de limpeza, coordenação do evento)*⁽¹⁴⁹⁾.

II. Contrato legalmente inominado e atípico, embora socialmente típico, o “catering” tornou-se numa figura contratual muito difundida no domínio das atividades turísticas (v.g., companhias de aviação, eventos sociais e desportivos, etc.), embora a estas não esteja confinada (v.g., hospitais, cantinas escolares, restaurantes empresariais, etc.). Tal contrato reveste, em regra, uma natureza mercantil (envolvendo uma empresa singular ou coletiva especializada), consensual (sem prejuízo da forma voluntária, frequentemente revestindo a natureza de um contrato de adesão) e mista (que combina usualmente a prestação de serviços, a empreitada e o fornecimento).

⁽¹⁴⁹⁾ Sobre este contrato, vide COALLIER, JULIEN, *Catering Services Agreement — Legally Binding*, CreateSpace Independent Publishing Platform, London, 2017; PITTALIS, MARGHERITA, *Catering*, in: 1 “Contratto e Impresa” (1989), 265-307.

Abreviaturas

- BMJ** Boletim do Ministério da Justiça
- B2B** Business to Business
- B2C** Business to Consumer
- CCivil** Código Civil
- CCom** Código Comercial
- CJ** Colectânea de Jurisprudência
- CJ/STJ** Colectânea de Jurisprudência — Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça
- CPub** Código da Publicidade
- CRP** Constituição da República Portuguesa
- CVM** Código dos Valores Mobiliários
- DCE** Diretiva do Comércio Eletrónico
- LCC** Lei do Crédito ao Consumo
- LCCD** Lei dos Contratos Celebrados à Distância
- LCCG** Lei das Cláusulas Contratuais Gerais
- LCE** Lei do Comércio Eletrónico
- LDC** Lei de Defesa do Consumidor
- LCE** Lei do Comércio Eletrónico
- LCS** Lei do Contrato de Seguro
- LDE** Lei dos Documentos Eletrónicos e da Assinatura Digital
- LI** Lei da Imprensa
- LPCD** Lei das Práticas Comerciais Desleais
- LPDP** Lei de Proteção de Dados Pessoais
- LR** Lei da Rádio
- LSPE** Lei dos Serviços Públicos Essenciais
- LTV** Lei da Televisão
- LVBC** Lei das Vendas de Bens de Consumo
- RC** Relação de Coimbra
- RG** Relação de Guimarães
- RL** Relação de Lisboa
- RP** Relação do Porto
- STJ** Supremo Tribunal de Justiça
- TJUE** Tribunal de Justiça da União Europeia
- UE** União Europeia

DA NULIDADE DA DECLARAÇÃO DE DESERÇÃO DA INSTÂNCIA SEM PRECEDÊNCIA DE ADVERTÊNCIA À PARTE

Por José Lebre de Freitas

SUMÁRIO:

1. No CPC de 1961. 2. No CPC de 2013. 3. Os princípios gerais na interpretação do art. 281.º-1, CPC. 4. A consequência da nulidade.

1. No CPC de 1961

A deserção da instância constitui uma das causas de extinção da instância (art. 277.º-*c*, CPC). Era também assim nos CPC de 1939 e de 1961, onde, porém, tinha como pressuposto (agora desaparecido) uma anterior interrupção da instância.

No CPC de 1939 e, no de 1961, até à revisão de 1995-1996, impendia sobre o autor o *onus de impulso processual subsequente*, de acordo com o qual “o desenvolvimento do processo tem de ser continuamente estimulado pelas partes”(1). Já ALBERTO DOS REIS dizia, porém, que, apesar de incumbir “ao autor e ao réu, e principalmente ao primeiro, exercer a atividade necessária para que o processo siga os seus termos”, tal não quer dizer que a atitude do juiz seja de “inércia e passividade”(2). Mas, nomeadamente no campo da *citação*, a prática, embora rigorosamente a lei não a impusesse, era no sentido de, sempre que fosse encontrado um obstáculo à

(1) MANUEL DE ANDRADE, *Noções de processo civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 1956, p. 360.

(2) Comentário ao art. 266.º do CPC anotado.

sua realização, ter o autor de requerer a diligência adequada para o remover, ainda que só ao tribunal coubesse promovê-la⁽³⁾.

A situação alterou-se com a revisão de 1995-1996 do CPC de 1961, que passou, no então art. 265.º-1, a referir apenas o “ônus de impulso *especialmente* imposto pela lei às partes” e a fazer incidir sobre o juiz a incumbência de providenciar pelo andamento do processo, promovendo oficiosamente as diligências necessárias ao normal prosseguimento da ação e recusando o que seja impertinente ou meramente dilatório — norma que passou para o art. 6.º-1 do CPC atual. Assim, na falta duma *lei especial* que lho imponha relativamente a determinado ato, o autor não tem que impulsionar a instância; e, no caso específico da citação, houve o cuidado de expressamente determinar que incumbe à secretaria a promoção *oficiosa* das diligências adequadas à efetivação da citação pessoal do réu e à rápida remoção das dificuldades que obstem à realização do ato (art. 234.º-1 — atual art. 226.º-1).

Voltemos ao regime da deserção da instância anterior à revisão de 1995-1996. Dava-se a *interrupção* da instância quando o processo estivesse parado durante mais de um ano por negligência das partes em promover os seus termos, ou os de algum incidente de que dependesse o seu andamento (art. 290.º do CPC de 1939; art. 285.º do CPC de 1961), e tinha lugar a *deserção* da instância ao fim de 5 anos de interrupção (art. 296.º do CPC de 1939; art. 291.º do CPC de 1961); era facultado ao autor fazer cessar a interrupção, requerendo algum ato do processo ou do incidente de que dependesse o andamento dele (art. 291.º do CPC de 1939; art. 286.º do CPC de 1961)⁽⁴⁾. No CPC de 1939, ao fim de 5 anos de interrupção da instância, a deserção era *declarada pelo juiz*, sem o que não se produzia⁽⁵⁾; no CPC de 1961, terminados os 5 anos, a deserção dava-se *automaticamente*, não sendo preciso despacho judicial, mas o prazo de 5 anos contava a partir da notificação do *despacho* que declarava a instância interrompida, pelo que este despacho era necessário para a produção dos efeitos processuais (já não dos efeitos substantivos)⁽⁶⁾ da interrupção⁽⁷⁾.

⁽³⁾ Cf. LEBRE DE FREITAS, *Parecer da Comissão de Legislação da Ordem dos Advogados sobre o Projeto de Código de Processo Civil*, Revista da Ordem dos Advogados, 1990, III, p. 763.

⁽⁴⁾ Com uma diferença importante no regime de um e outro código: no de 1939 os próprios efeitos civis da prescrição e da caducidade deixavam de se verificar quando cessasse a interrupção pela declaração do autor de querer a continuação do processo, a menos que o réu se antecipasse a invocar a prescrição ou a caducidade; no de 1961 os efeitos de direito civil da caducidade mantinham-se, enquanto os da prescrição, depois de 1967, ficaram sujeitos ao regime definido no Código Civil.

⁽⁵⁾ JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *CPC anotado*, comentário ao art. 296.º. Em consequência, *enquanto a instância não fosse declarada extinta, as partes podiam dar impulso ao processo* (JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Comentário ao Código de Processo Civil*, III, p. 440).

⁽⁶⁾ JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Comentário*, *cit.*, III, p. 342.

⁽⁷⁾ Ver, por exemplo, os acs. do TRE de 12.3.98 (JOSÉ GERALDES DE CARVALHO) e de 17.11.98 (FERNANDO BENTO), respetivamente em *BMJ*, 475, p. 799, e *CJ*, 1998, V, p. 263.

A revisão de 1995-1996 do CPC de 1961 manteve incólume a norma sobre a interrupção da instância. Mas, atendendo a que o autor deixou de ter, em geral, o ónus do impulso subsequente, pôs-se o problema de saber se, quando, não obstante a parte não ter o ónus, o juiz determinasse que o processo ficaria aguardando determinado ato da parte, o prazo de um ano contaria *a partir da notificação desse despacho* e a interrupção se produziria *automaticamente* com o seu decurso. Quanto à citada norma sobre a deserção, a revisão de 1995-1996 limitou-se a encurtar de 5 para 2 anos o período de interrupção a ela conducente.

Entretanto, foi-se consolidando a jurisprudência no sentido de que a interrupção da instância dependia de *despacho judicial*, pois as razões da paralisação deviam ser apreciadas pelo julgador⁽⁸⁾, embora se entendesse bastar um despacho que mandasse aguardar o decurso do prazo da interrupção, por conter uma decisão implícita⁽⁹⁾. Era, porém, controvertido se o despacho tinha natureza *constitutiva*, só com a sua notificação se *iniciando* o cômputo do prazo conducente à interrupção, ou natureza *declarativa*, limitando-se a *alertar* a parte para a pendência do prazo já iniciado⁽¹⁰⁾.

(8) Acs. do STJ de 13.5.03 (MOREIRA ALVES), <www.dgsi.pt>, proc. 03A584, de 15.6.04 (SILVA SALAZAR), <www.dgsi.pt>, proc. 04A1992, de 8.6.06 (SEBASTIÃO PÓVOAS), <www.dgsi.pt>, proc. 06A1519, e de 28.2.08 (SALVADOR DA COSTA), <www.dgsi.pt>, proc. 08B520.

(9) Ac. do STJ de 14.9.06, DUARTE SOARES, <www.dgsi.pt>, proc. 06B2400.

(10) No primeiro sentido: acs. do STJ de 12.1.99 (RIBEIRO COELHO), *BMJ*, 483, p. 167, de 30.10.02 (DUARTE SOARES), <www.dgsi.pt>, 02P2756, de 15.6.04 (SILVA SALAZAR), <www.dgsi.pt>, proc. 04A1992, e de 8.6.06 (SEBASTIÃO PÓVOAS), <www.dgsi.pt>, proc. 06A1519. No segundo sentido: acs do STJ de 2.12.93 (MIGUEL MONTENEGRO), <www.dgsi.pt>, proc. 084236), de 13.5.03 (MOREIRA ALVES), <www.dgsi.pt>, proc. 03A584, de 31.1.07 (GIL ROQUE), <www.dgsi.pt>, proc. 06B3632, de 28.2.08 (SALVADOR DA COSTA), <www.dgsi.pt>, proc. 08B520, e de 12.2.09 (SILVA SALAZAR), <www.dgsi.pt>, proc. 09A0150). Quanto à deserção, era pacífico que operava *ope legis*. A diferença entre os regimes da interrupção e da deserção retirava-se, literalmente, da diferente redação dos arts. 285.º (“A instância interrompe-se, quando o processo estiver parado durante mais de um ano por negligência das partes em promover os seus termos ou os de algum incidente do qual dependa o seu andamento”) e 291.º-1 (“Considera-se deserta a instância, independentemente de qualquer decisão judicial, quando esteja interrompida durante dois anos”). Ver os bem documentados acs. do TRC de 14.12.10 (GREGÓRIO SILVA JESUS), <www.dgsi.pt>, proc. 48/2000.C2, e do TRG de 13.10.11 (ANTERO VEIGA), <www.dgsi.pt>, proc. 1789/03.0TBESP.G1. Embora as razões adiante deduzidas, por decorrência dos princípios gerais a respeitar, apontassem já para a maior adequação da primeira interpretação, a segunda era defensável com o argumento de que, abstraindo dos efeitos civis da caducidade, uma decisão de natureza declarativa sempre poria o autor de sobreaviso para as consequências do decurso dos subsequentes dois anos de interrupção, realizando a função admonitória a que a seguir me refiro. Aliás, continuava a entender-se que o prazo para a deserção se contava *a partir do despacho que declarasse a interrupção* (acs. do TRG de 13.10.11, <www.dgsi.pt>, proc. 1789/03).

2. No CPC de 2013

No novo código, seis meses de negligência do andamento do processo, quando ele dependa do impulso processual das partes, bastam para que a deserção *diretamente* ocorra. Este drástico encurtamento do período a decorrer até à extinção da instância (de 3 anos para 6 meses) acentua a finalidade de promoção da celeridade processual, que passa por evitar que os processos se conservem pendentes sem qualquer movimentação, nomeadamente mantendo a eles ligada a parte não onerada com o impulso processual⁽¹¹⁾. Mas, por outro lado, este encurtamento obriga a particulares cautelas na interpretação do art. 281.º-1, CPC, e força (para além da razão decorrente da necessidade de apreciação do requisito da negligência da parte) a que não seja dispensável um despacho judicial a *alertar* previamente a parte para o risco de ocorrência da deserção da instância.

Para a sua necessidade apontam logo, aliás, três elementos literais: contrariamente à norma do art. 291.º-1 do CPC de 1961, mas em termos semelhantes aos da do art. 285.º do mesmo código, a norma do n.º 1 do art. 281.º não contém o segmento “*independentemente de qualquer decisão judicial*”; esta expressão aparece, ao invés, no n.º 5 do mesmo artigo, segundo o qual a deserção opera na ação executiva independentemente de decisão judicial, sendo que esta situação aparece ressalvada, como excepcional, no n.º 1 (“sem prejuízo do n.º 5”); o n.º 4 do art. 281.º determina que a deserção seja *julgada* no tribunal onde se verifique a falta. Estes elementos tornam indiscutível a necessidade de despacho judicial, subsis-

⁽¹¹⁾ Paralelamente, as normas dos arts. 156.º, CPC, n.ºs 4 e 5 (atuações compulsórias que têm como escopo o cumprimento dos prazos dos magistrados), e 162.º, CPC, n.ºs 4 e 5 (*idem*, relativamente aos prazos da secretaria), têm finalidade semelhante. Trata-se de realizar uma *função compulsória*, de natureza semelhante àquela que, no direito civil, realiza a sanção pecuniária do art. 829.º-A CC: à ordem jurídica interessa que seja praticado determinado ato processual, assegurando o prosseguimento do processo. Por isso não faz sentido declarar deserta a instância depois de praticado, pela parte, *sponte sua* e ainda que após o decurso do prazo de seis meses do art. 281.º-1 CPC, o ato cuja omissão tenha estado na origem da paragem do processo. Já assim, embora perante prazos bem mais longos, em JOSÉ ALBERTO DOS REIS (cf. nota 5 *supra*). E assim tem sido entendido nos tribunais, como se vê, por último, nos acs. do TRG de 30.4.15 (JOSÉ ESTELITA DE MENDONÇA), <www.dgsi.pt>, proc. 230/11, e do TRC de 16.3.16 (ARLINDO OLIVEIRA), <www.dgsi.pt>, pproc. 131/04, e de 17.5.16 (FONTE RAMOS), <www.dgsi.pt>, proc. 2/14. Conseguida a finalidade compulsória, a subordinação do processo civil à função de realização dos direitos materiais (sempre frustrada quando, em vez dela, o processo desemboca numa decisão meramente processual) impõe que o ato seja aproveitado e o processo prossiga. Algo de semelhante se dirá se, depois de decorrido o prazo de seis meses do art. 281.º-1 CPC, forem praticados no processo atos do tribunal (do juiz ou da secretaria) que importem o prosseguimento do processo (PAULO RAMOS DE FARIA, *O julgamento da deserção da instância declarativa/Breve roteiro jurisprudencial*, Julgar, Abril 2015, n.º 4.4, pp. 15 e 16).

tindo a questão de saber se de natureza constitutiva ou meramente declarativa, nas aceções da jurisprudência anteriormente formada.

Desaparecida a figura da interrupção da instância, a primeira solução, consistente em contar o prazo de 6 meses desde a notificação dum despacho judicial que alerte para as consequências do seu decurso sem a prática do ato com que a parte é onerada, equivale, *sob o prisma da extinção da instância*, à configuração como declarativo do despacho de interrupção da instância no direito anterior: a parte fica alertada para a cominação que se lhe aplicará se não impulsionar o processo dentro desse prazo. Goza, além disso, das vantagens que apresentava a configuração como constitutivo do anterior despacho de interrupção da instância quando considerados os *efeitos de direito civil* que eram próprios da interrupção (e que agora passaram a ser consequência da deserção, por devida adaptação do disposto no art. 332.º-2, CC)⁽¹²⁾.

Mas a segunda solução previne também a possibilidade destes efeitos desvantajosos se se entender que, embora o prazo de 6 meses se inicie automaticamente, os efeitos do seu decurso integral não se produzem sem uma prévia *advertência* judicial, que deve ter lugar antes de terminado o prazo, sob pena de *nulidade*⁽¹³⁾, ou implicará que o ato possa ser ainda praticado dentro dum *prazo adicional* que o tribunal razoavelmente fixe⁽¹⁴⁾.

(12) O prazo de caducidade do direito tem-se por suspenso com a propositura da ação, retomando a partir da deserção da instância. Na 1.ª (1998) e na 2.ª ed. (2008) do meu (com outros) *CPC anotado*, Coimbra, Coimbra Editora, I, n.º 2 da anotação ao art. 291.º (do CPC de 1961), entendi que a deserção operava sem necessidade de despacho judicial. Mas, perante a supressão da figura da interrupção no CPC de 2013, passei a entender que um despacho prévio com efeito constitutivo da deserção é indispensável, dado o drástico encurtamento do prazo conducente à deserção (*CPC anotado*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, n.º 2 da anotação ao art. 281.º).

(13) Ac. do TRL de 20.12.16 (LUÍS FILIPE PIRES DE SOUSA), <www.dgsi.pt>, proc. 3422/15, que só não pôde considerar verificada a nulidade decorrente da omissão desse despacho por o autor não a ter arguido nos termos dos arts. 195.º e ss, limitando-se a invocá-la (diretamente) em recurso. Também o ac. do TRL de 9.7.15 (MARIA TERESA ALBUQUERQUE), <www.dgsi.pt>, proc. 886/06, entende que a deserção da instância não pode ser declarada sem essa prévia advertência, tendo julgado procedente a nulidade invocada em virtude da sua falta.

(14) Ac. do TRL de 26.2.15 (ONDINA CARMO ALVES), <www.dgsi.pt>, proc. 2254/10, que fixou 15 dias para o efeito. Em PAULO RAMOS DE FÁRIA, *cit.*, n.º 5.2 (p. 18), lê-se que o prazo será de 10 dias, se outro o juiz não fixar, o que também entendeu o ac. do TRP de 2.2.15 (MANUEL DOMINGOS FERNANDES), proc. 4178/12.

3. Os princípios gerais na interpretação do art. 281.º-1, CPC

Constitui imperativo constitucional que os tribunais assegurem a tutela dos direitos e interesses legalmente protegidos, o que implica o *primado da decisão de mérito* na decisão dos conflitos de interesses privados (art. 203.º-2 da Constituição da República).

Dáí decorre que a composição dos litígios por modo diverso da *aplicação da lei material ao caso concreto* (art. 203.º da Constituição da República) só constitui finalidade autónoma do processo civil no julgamento de equidade⁽¹⁵⁾ e que, mesmo quando falte um pressuposto processual, o tribunal deve promover a sua sanção (art. 6.º-2, CPC), bem como dele prescindir quando, no momento da sua apreciação, nenhum outro motivo obste ao conhecimento de mérito e a decisão deva ser inteiramente favorável à parte cujo interesse a exceção dilatória se destine a tutelar (art. 278.º-3, CPC).

Pela mesma razão, o direito de defesa postula o tempero da rigidez das preclusões e cominações decorrentes da revelia⁽¹⁶⁾ e os princípios da preclusão e da autorresponsabilidade das partes são temperados por deveres de cooperação entre elas e o tribunal, para que o processo realize a sua função (de tutela dos direitos subjetivos e dos interesses legalmente protegidos) com brevidade e eficácia (art. 7.º-1, CPC). Este *princípio da cooperação*, finalmente introduzido no CPC de 1961 em 1995-1996, aparece acentuado no CPC de 2013 no que respeita aos deveres do juiz⁽¹⁷⁾, entre os quais o *dever de prevenção*⁽¹⁸⁾.

A *advertência* às partes das possíveis consequências desvantajosas de certas atuações (cf. arts. 590.º-4, CPC e 591.º-c, CPC) e a própria garantia, pelo juiz, dum contraditório efetivo (art. 3.º-3, CPC) são manifestações também deste dever de cooperação. O mesmo se pode dizer da imposição

⁽¹⁵⁾ LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, n.ºs I.3.4.

⁽¹⁶⁾ *Idem*, n.ºs I.2.31 e I.2.3.4.

⁽¹⁷⁾ Assim, por exemplo, no art. 590.º-4, CPC quanto ao poder, agora *vinculado*, de convidar a aperfeiçoar os articulados, ou no art. 6.º-1, CPC, quanto à direção formal do processo (“cumpre ao juiz ...”). A cooperação era já afirmada como dever geral do juiz, desde a revisão de 1995-1996, no art. 265 do CPC de 1961, de cujo n.º 1 foi transposta a regra do art. 7.º-1 do atual código.

⁽¹⁸⁾ Sobre ele: TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre o novo processo civil*, Lisboa, Lex, 1997, p. 66. Em *Jurisprudência (75)* — Teixeira de Sousa, <<https://blogippc.blogspot.pt/>>, este autor aplica o dever de prevenção ao caso da deserção da instância, entendendo que o juiz deve prevenir a parte quando, por exemplo, ela “tiver demonstrado, pelo seu anterior comportamento processual, que está interessada na continuação do processo e se, por isso, for surpreendente a falta de impulso processual”.

de *transparência* nos atos de comunicação entre o tribunal e as partes (cf., por exemplo, os arts. 131.º-4 e 219.º-3 do CPC), as garantias destas perante as omissões e erros do tribunal (cf. arts. 157.º-6 e 191.º, n.ºs 2 e 3, do CPC) e a imposição das formalidades a observar no ato de citação (art. 227.º, CPC).

Fora do Direito Processual Civil, a imposição ao credor da fixação ao devedor dum prazo admonitório antes de poder invocar o incumprimento definitivo do contrato, apesar da mora já ocorrida (art. 808.º-1, CC), a concessão ao promitente perante o qual foi feita a resolução do contrato da faculdade de excepcionar ainda a vontade de o cumprir (art. 830.º-5, CC) ou o dever de supressão oficiosa, pelos órgãos e agentes administrativos, das deficiências dos requerimentos dos interessados, a fim de evitar que estes sofram prejuízos decorrentes de irregularidades ou imperfeições (art. 76.º-2, CPA), são manifestações paralelas dum *princípio geral do sistema jurídico* que limita as consequências desvantajosas dos atos e omissões dos sujeitos de direito com o fim de lhes possibilitar ainda a efetivação dos seus direitos. Ora, ao longo dos anos, este princípio geral tem sido *progressivamente acentuado* na lei processual e na sua interpretação. Com ele de modo algum se conciliam interpretações da lei que, longe de se inserirem no percurso histórico atrás sumariado, recuam a soluções há muito afastadas⁽¹⁹⁾.

O despacho judicial que advirta a parte para a possibilidade da deserção da instância não é, pois, dispensável, quer se entenda que só a partir dele correm os seis meses do art. 281.º-1, CPC, quer se entenda que basta que o juiz o profira, no decurso desse prazo ou depois dele concluído, desde que a parte tenha a possibilidade de praticar seguidamente o ato omitido⁽²⁰⁾. A jurisprudência, acima referida, que se tem formado em torno da interpretação do art. 281.º-1, CPC, na linha da anterior interpretação dominante do art. 285.º do CPC de 1961, é, pois, aquela que se conforma com a Constituição da República e com os princípios gerais do atual sistema do processo civil português.

A norma do art. 281.º-1, CPC, tem assim sete requisitos, dos quais seis evidenciados na letra do seu texto e o último decorrente da sua interpretação à luz dos referidos princípios gerais:

⁽¹⁹⁾ Veja-se, designadamente, as notas 4 e 5 *supra*, bem como os cuidados havidos, na vigência do CPC de 1961, com a interpretação do regime da interrupção da instância.

⁽²⁰⁾ Para PAULO RAMOS DE FARIA, *cit.*, n.º 5 (pp. 16 a 18), violado este dever de prevenção do juiz, a decisão que declare deserta a instância constitui uma *decisão-surpresa*, não afastada com o contraditório subsequente à deserção, chegando ele assim, com outro fundamento, a um resultado idêntico (a subsequente nulidade).

1. Que lei especial, ou o tribunal por despacho de adequação formal do processo, imponha à parte um ónus de impulso processual subsequente;
2. Que o ato que a parte deva praticar seja por ela omitido;
3. Que o processo fique parado em consequência dessa omissão;
4. Que a omissão se prolongue durante mais de seis meses;
5. Que o processo se mantenha, por isso, parado durante este período de tempo;
6. Que a omissão seja imputável à parte, por dolo ou negligência;
7. Que o juiz alerte a parte onerada para a deserção da instância que ocorrerá se o ato não for praticado (segundo a corrente mais exigente, só a partir da notificação deste despacho de advertência se contando os seis meses).

4. A consequência da nulidade

Ocorrendo os sete requisitos da norma do art. 281.º-1, CPC, que acabam de ser apontados, o juiz julga deserta a instância.

Ocorrendo os seis primeiros requisitos, mas não sendo feita a advertência judicial à parte, se o juiz proferir o despacho a declarar deserta a instância, verifica-se a omissão de um ato que devia ser praticado antes dessa declaração, pelo que este é *nulo* nos termos do art. 195.º-1, CPC: o ato processual da notificação à parte constitui *pressuposto* do despacho de deserção.

Não é que os outros requisitos não sejam também pressupostos do ato jurisdicional de declaração da deserção da instância; mas só esse constitui a prática dum ato processual e é por isso o único cuja falta integra o conceito de nulidade processual do art. 195.º-1, CPC, que tem como referência a *sequência processual* e como elemento definidor (fora a omissão de formalidades), não só a prática dum ato totalmente proibido ou a omissão dum ato necessário do processo, mas também o desrespeito pelo *momento processual* em que o ato pode ou deve ser praticado⁽²¹⁾: a lei, na interpre-

(21) LEBRE DE FREITAS/ISABEL ALEXANDRE, *CPC anotado*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, I, n.º 2 da anotação ao art. 195.º. Para determinar a ocorrência da nulidade consistente na prática dum ato processual, há que verificar se a forma do processo em que o ato foi praticado o consentia *naquele momento sequencial* (LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao processo civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, n.º 1.2.3, p. 23).

tação acabada de fazer, só admite que o despacho de deserção seja proferido depois da advertência à parte. A prolação do despacho de deserção sem que se verifiquem os seis restantes pressupostos fere-o, sem dúvida, de nulidade à luz do conceito geral do direito civil (art. 294.º, CC), mas processualmente tal constitui um *erro de julgamento*, só sindicável em recurso.

O DIREITO DO TRABALHO E A PROTEÇÃO DA VÍTIMA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

Por José Noronha Rodrigues[©]
e Cátia Filipa Carreiro Sousa[®]

SUMÁRIO:

Resumo/Abstract. 1. Introdução. 2. Cooperação das Entidades Empregadoras. 3. O Regime das faltas e justificação das faltas. 4. Possibilidade da suspensão do contrato de trabalho e da transferência do trabalhador. 5. Do Teletrabalho. 6. Das falsas declarações. 7. Considerações finais.

Resumo

Muitas vezes, a vítima de violência doméstica vê-se impossibilitada de exercer a sua atividade profissional, pelo que, foram criados e disponibilizados certos mecanismos ou possibilidades, que as vítimas podem recorrer, nomeadamente, a possibilidade de justificação de faltas, de suspensão do contrato de trabalho, a transferência do trabalhador, o aumento ou diminuição da carga horária, a transferência de tempo parcial para inteiro ou vice-versa, e a possibilidade de exercer a sua atividade profissional por teletrabalho.

[©] Cátedra do Centro de Política para a Convenção dos Direitos das Crianças das Nações Unidas, investigador do CEEAplA, CEIS20, IUS GENTIUM COIMBRIGAE e membro colaborador do CEDIS, IDILP, CINETS, CEDUE, IDCLB, Professor Auxiliar na Universidade dos Açores, email: <jose.n.rodrigues@uac.pt>.

[®] Mestre em Ciências Económicas e Empresariais, com dissertação intitulada “*A Violência Doméstica e as implicações sócio-laborais*”, defendida e aprovada na Universidade dos Açores, em 2018, advogada, vereadora da Câmara Municipal de Ribeira Grande, email: <catiacarrirosousa@gmail.com>.

Abstract

Often, the victim of domestic violence is unable to exercise their professional activity, in which mechanisms, possibilities and possibilities have been created and made available to victims, such as the possibility of justification of absences in these cases, the possibility of the suspension of the employment contract, the transfer of the worker, the possibility of increasing or decreasing the workload, moving from part time to whole or vice versa, and still be granted the possibility of exercising his professional activity by telecommuting.

1. Introdução

Em consequência das sequelas e lesões físicas e psicológicas derivadas das agressões, a vítima, fica, muitas vezes, impossibilitada de exercer a sua atividade profissional. Seja também por ter que ser recolhida em casa de abrigo⁽¹⁾, por ter que procurar um “porto seguro” para que não seja encontrada pelo agressor, seja por medo de sair de casa para não se arriscar a ser novamente agredida⁽²⁾. Por estes motivos e para precaver a situação profissional da vítima, a lei consagrou certos mecanismos e faculdades a que a vítima pode recorrer.

É importante salientar a alteração que a Lei n.º 112/2009, de 16 de setembro trouxe ao Código de Trabalho, no que concerne à proteção do trabalhador vítima de violência doméstica, relativa ao regime de trabalho e de mobilidade geográfica⁽³⁾. O trabalhador vítima de violência doméstica tem o direito a ser transferido, temporariamente ou definitivamente, para outro estabelecimento da empresa desde que se verifique a apresentação de denúncia e saída da casa de morada de família. A vítima pode ainda suspender o contrato de trabalho de imediato até se verificar a transferência, e pode ainda haver uma alteração relativamente ao tempo de trabalho. A vítima pode também sofrer alterações do regime de trabalho, podendo

⁽¹⁾ As condições de organização e funcionamento das estruturas de atendimento, das respostas de acolhimento de emergência e das casas de abrigo que integram a rede nacional de apoio às vítimas de violência doméstica são reguladas pelo Decreto Regulamentar n.º 2/2018, publicado no Diário da República n.º 17/2018, Série I, de 2018-01-24.

⁽²⁾ Cf. RAVARA, DIOGO, “Violência Doméstica — Implicações sociológicas, psicológicas e jurídicas do fenómeno”, *Manual Pluridisciplinar do Centro de Estudos Judiciários e Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género*, abril de 2016, p. 339, in <http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebook_penal.php, consultado a 18/09/2017>.

⁽³⁾ Cf. arts. 41.º a 43.º da Lei n.º 112/2009, de 16 de setembro.

haver uma diminuição ou aumento do tempo de trabalho, havendo ainda a possibilidade de a vítima vir a exercer a sua atividade em regime de tele-trabalho.

Neste artigo iremos aprofundar todas estas possibilidades, requisitos e formas.

2. Cooperação das Entidades Empregadoras

Sob a epígrafe “Cooperação das Entidades Empregadoras”, a Lei n.º 112/2009, de 16 de setembro, trouxe alguma relevância ao tempo de trabalho nos seus arts. 41.º e 44.º. Diz-nos o art. 41.º que *“sempre que possível, e quando a dimensão e a natureza da entidade empregadora o permitam, esta deve tomar em consideração de forma prioritária:*

- a) *O pedido de mudança do trabalhador a tempo completo que seja vítima de violência doméstica para um trabalho a tempo parcial que se torne disponível no órgão ou serviço;*
- b) *O pedido de mudança do trabalhador a tempo parcial que seja vítima de violência doméstica para um trabalho a tempo completo ou de aumento do seu tempo de trabalho”.*

Ora, a pedido da vítima, esta pode passar de tempo parcial para tempo inteiro, aumentar a carga horária ou então passar de tempo inteiro a tempo parcial, devendo isso ser apreciado de forma prioritária. Porém, depende de *“quando a dimensão e a natureza da entidade empregadora o permitam”*, ou seja, não faz sentido numa empresa que, por exemplo, empregue apenas um trabalhador, e que este trabalhador, sendo vítima de violência doméstica, passe de tempo inteiro para tempo parcial. Isso importaria um elevado prejuízo para a empresa caso não tivessem quem substitua ou caso tivessem que contratar alguém para substituir.

Por sua vez, se se tratar de uma empresa com 100 trabalhadores, não afetará, em princípio, o bom e normal funcionamento da empresa se um trabalhador reduzir o tempo de trabalho. Temos que atender ao caso concreto. Acho uma boa medida, no sentido em que, a vítima pode optar como pretende exercer o seu horário de trabalho, sendo dada a possibilidade de redução ou aumento da carga horária. Por sua vez, o art. 44.º da mesma lei, diz-nos que *“os instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho, sempre que possível, devem estabelecer, para a admissão em regime de*

tempo parcial e para a mobilidade geográfica, preferências em favor dos trabalhadores que beneficiem do estatuto de vítima”.

A lei pede que haja uma colaboração das entidades empregadoras para proteção das vítimas, tendo criado mecanismos para o efeito. Relativamente a esta questão de alteração do tempo de trabalho, o Código do Trabalho é omissivo, porém, sendo a Lei 112/2009 uma lei especial, aplicamos a mesma, mas como já vimos, temos que atender que só é possível haver esta alteração quando a natureza e a dimensão da empresa o permita. É uma boa medida, porém, poderá não ter muitos efeitos práticos. No caso de uma redução da carga horária é provável que a entidade empregadora ponha entraves, uma vez que não vai querer pagar a totalidade para que o funcionário, ao abrigo da lei, faça um horário reduzido. Relativamente ao aumento da carga horária, e o conseqüente pagamento de horas extraordinárias⁽⁴⁾, admite-se que sejam postos entraves pela entidade empregadora.

3. O Regime das faltas e justificações de faltas

Muitas vezes, a vítima vê-se obrigada a faltar/ausentar-se ao trabalho, e o art. 248.º, n.º 1, do CT classifica as faltas como *“a ausência de trabalhador do local em que devia desempenhar a atividade durante o período normal de trabalho diário”*.

Nos termos do art. 249.º, n.º 1, do CT, estas podem ser consideradas como justificadas ou injustificadas, sendo que o n.º 2 do mesmo artigo elenca as que são consideradas justificadas, considerando no seu n.º 3, como injustificadas todas as demais, sendo que a lei impõe, nos termos do n.º 1 do art. 253.º do CT que a ausência do trabalhador, quando previsível, seja, acompanhada de motivo justificado, comunicada à entidade empregadora com a antecedência mínima de cinco dias, dizendo-nos o n.º 2 do mesmo artigo que, não sendo a ausência previsível com a antecedência de cinco dias, o empregador terá que comunicar à entidade empregadora logo que possível, sendo que a falta de comunicação da ausência do trabalhador determina que esta seja considerada falta injustificada. Importa salientar que, nos quinze dias seguintes à comunicação da ausência, a entidade empregadora pode exigir ao trabalhador prova do facto invocado para a justificação, que deverá ser apresentada em prazo considerado razoável.

(4) Cf. arts. 203.º, n.º 1, 226.º e 268.º do CT.

A não apresentação da prova, quando seja solicitada, leva a que a ausência seja considerada injustificada⁽⁵⁾.

As faltas justificadas, nos termos do art. 255.º, n.º 1, do CT, não afetam qualquer direito do trabalhador, podendo, porém, nos termos do n.º 2⁽⁶⁾ do mesmo artigo, determinar a perda da retribuição as faltas subsumíveis naquele preceito. Por sua vez, as faltas injustificadas, para além de determinar a perda da retribuição nos termos do art. 256.º, n.º 1, do CT, constituem ainda, uma violação do dever de assiduidade, contemplado no art. 128.º, n.º 1, alínea *b*) do CT, podendo ainda constituir infração disciplinar, podendo no limite dar lugar a justa causa de despedimento do trabalhador nos termos do art. 351.º, n.ºs 1 e 2, alínea *g*), do CT.

É de constatar que não são consideradas, neste preceito, faltas justificadas as motivadas por situações de violência doméstica, e como já foi referido, o estatuto de vítima só é atribuído quando se é apresentada denúncia do crime de violência doméstica⁽⁷⁾, nos termos do art. 14.º, n.º 1 da LVD. Porém, diz-nos o art. 43.º da LVD, que “*as faltas dadas pela vítima que sejam motivadas por impossibilidade de prestar trabalho em razão da prática do crime de violência doméstica são, de acordo com o regime legal aplicável, consideradas justificadas*”; logo, deve entender-se que cabem na estatuição do art. 249.º, n.º 2, alínea *j*) do CT.

Podemos ainda considerar que cabem na estatuição do art. 249.º, n.º 2, alínea *d*) do CT, uma vez que, infelizmente, as vítimas de violência doméstica muitas vezes sofrem lesões físicas ou psíquicas, que impossibilitam a prestação da atividade laboral. Porém, a aplicação do motivo de justificação da ausência patente na alínea *d*) deste preceito suscita muitas dúvidas. As situações a que esta norma alude serão, como é entendimento de alguns autores⁽⁸⁾, de plena impossibilidade física, ou seja, quando o trabalhador não reunir as condições necessárias e essenciais para a execução da atividade, por motivos de saúde. Todavia, ao justificar-se as faltas nos termos das alíneas *d*) do n.º 2, do art. 249.º do CT, estas implicam perda de

(5) Cf. art. 254.º do CT.

(6) 2 — Sem prejuízo de outras disposições legais, determinam a perda de retribuição as seguintes faltas justificadas: *a*) Por motivo de doença, desde que o trabalhador beneficie de um regime de segurança social de proteção na doença; *b*) Por motivo de acidente no trabalho, desde que o trabalhador tenha direito a qualquer subsídio ou seguro; *c*) A prevista no art. 252.º; *d*) As previstas na alínea *j*) do n.º 2 do art. 249.º quando excedam 30 dias por ano; *e*) A autorizada ou aprovada pelo empregador.

(7) Cf. art. 14.º, n.º 1 da Lei 112/2009, de 16 de setembro.

(8) Cf. MARTINEZ, PEDRO ROMANO; MONTEIRO, LUÍS MIGUEL; VASCONCELOS, JOANA; BRITO, PEDRO MADEIRA DE; DRAY, GUILHERME; SILVA, LUÍS GONÇALVES DA, *Código do Trabalho Anotado*, 9.ª ed., Almedina, 2013, pp. 575-577 (*Nota*: já existe 11.ª ed., de 2017).

retribuição desde que o trabalhador beneficie de um regime de segurança social de proteção de doença (art. 255.º, n.º 2, alínea *a*) do CT), no caso da alínea *j*) do mesmo preceito, implicam a perda de retribuição se excederem os 30 dias por ano [art. 255.º, n.º 2, alínea *d*) do CT].

A vítima de violência doméstica deverá, logo que possível, comunicar ao empregador a impossibilidade de comparecer ao trabalho e remeter a cópia da declaração que lhe atribuiu o estatuto de vítima (anexo III).

Tal como já foi referido, as faltas dadas pela vítima de violência doméstica são consideradas justificadas; porém, se ultrapassar os 30 dias por ano, implicam perda de retribuição⁽⁹⁾, pelo que, há que acionar outro mecanismo, nomeadamente a suspensão do contrato de trabalho, a transferência do local de trabalho ou então o exercício da sua atividade profissional na modalidade de teletrabalho.

4. A possibilidade da suspensão do Contrato de Trabalho e da transferência do trabalhador

Nas situações em que o impedimento de prestação de trabalho se prolongue por mais de um mês, a lei faculta a possibilidade de suspensão do contrato de trabalho nos termos do art. 296.º, n.º 1 do CT.

Diz-nos este artigo que “*determina a suspensão do contrato de trabalho o impedimento temporário por facto respeitante ao trabalhador que não lhe seja imputável e se prolongue por mais de um mês, nomeadamente doença, acidente ou facto decorrente da aplicação da lei do serviço militar*”. Estes exemplos não são taxativos, ou seja, podem ser admitidos outros factos respeitantes ao trabalhador que possam determinar a suspensão do contrato de trabalho.

Por outro lado, cumpre notar que, nos termos do n.º 4 do mesmo artigo, o contrato de trabalho suspenso caduca no momento em que seja certo que o impedimento se torna definitivo, o que é benéfico para a vítima, ou seja, vamos supor que a vítima tem que mudar de residência, indo viver para outra cidade, em vez de denunciar o contrato, nos termos dos arts. 400.º e seguintes do CT, “aproveita” a caducidade uma vez que, denunciando o contrato, tem que dar aviso prévio, e, na falta deste aviso prévio, tem que indemnizar o empregador. É benéfica no sentido que não terá que indemnizar o empregador. Se o impedimento se tornar definitivo,

(9) Cf. art. 255.º, n.º 2, alínea *d*) do CT.

o contrato de trabalho caduca, sem haver necessidade de a vítima resolver o contrato.

Ora, a suspensão do contrato de trabalho por facto respeitante ao trabalhador pressupõe que seja um impedimento temporário que o afeta, que seja prolongado, que tenha uma duração efetiva ou previsivelmente superior a um mês, e que seja insuscetível de se resolver por aplicação do regime de faltas⁽¹⁰⁾. Atendendo que as situações de violência doméstica podem ser qualificadas como factos respeitantes ao trabalhador que não lhe são imputáveis, pode aplicar-se aqui esta suspensão do contrato de trabalho.

Diz-nos o n.º 2 do mesmo artigo que o trabalhador pode suspender, de imediato, o contrato de trabalho na situação referida no n.º 1 do art. 195.º, quando não exista outro estabelecimento da empresa para o qual possa pedir transferência e nos casos previstos no n.º 2 do art. 195.º, até que ocorra a transferência.

Ou seja, o trabalhador, no caso da alínea *a*) deste preceito, pode suspender imediatamente o contrato de trabalho no caso de ser vítima de violência doméstica, uma vez que tem o direito a ser transferido, temporária ou definitivamente, a seu pedido, para outro estabelecimento da empresa, nos termos do art. 195.º, n.º 1 do CT e 42.º, n.º 1⁽¹¹⁾ da LVD, desde que tenha apresentado queixa-crime e tenha saído da casa de morada de família no momento que se efetive a transferência e que o empregador tenha vários estabelecimentos em locais diferentes, ou seja tem que tratar-se de uma empresa plurilocalizada.

O pressuposto de se tratar de uma empresa plurilocalizada é um pressuposto de facto, necessário para que se efetive o direito de transferência do trabalhador. O pressuposto de apresentação de queixa-crime por violência doméstica, é um pressuposto de direito, para que o trabalhador possa justificar a transferência como um meio preventivo para que não haja a violação dos direitos de personalidade da vítima.

Salvo melhor opinião, a apresentação de queixa-crime pelo trabalhador não tem cabimento, uma vez que o crime de violência doméstica é um crime público, sendo apenas necessária a simples denúncia para que se dê

(10) Cf. MARTINEZ, PEDRO ROMANO; MONTEIRO, LUÍS MIGUEL; VASCONCELOS, JOANA; BRITO, PEDRO MADEIRA DE; DRAY, GUILHERME; SILVA, LUÍS GONÇALVES DA, *Código do Trabalho Anotado*, 9.ª ed., Almedina, 2013, pp. 650-625.

(11) *1 — Nos termos do Código do Trabalho, o trabalhador vítima de violência doméstica tem direito a ser transferido, temporária ou definitivamente, a seu pedido, para outro estabelecimento da empresa, verificadas as seguintes condições:*

a) Apresentação de denúncia;

b) Saída da casa de morada de família no momento em que se efetive a transferência.

início ao inquérito judicial. Por último, a saída da casa de morada de família só tem que concretizar-se até a transferência se efetivar⁽¹²⁾.

Admitindo ainda a hipótese de não existir outro estabelecimento da empresa para o qual o trabalhador possa ser transferido, este pode suspender de imediato o contrato de trabalho, nos termos da lei.

No caso da alínea *b*) do n.º 2 do art. 296.º do CT, esta suspensão ocorre no caso de o trabalhador requerer a transferência para outro estabelecimento da entidade empregadora, sendo que a mesma só pode adiar a transferência com fundamento em exigências imperiosas ligadas ao funcionamento da empresa ou serviço, ou até que exista posto de trabalho compatível disponível, nos termos do art. 195.º, n.º 2 do CT, sendo conferida, nos termos do n.º 3 do mesmo preceito, a possibilidade de suspender de imediato o contrato de trabalho até que ocorra a transferência, sendo garantida a confidencialidade da situação se o interessado assim o solicitar.

O n.º 2 do art. 195.º do CT permite ao empregador “adiar” a transferência, tendo por base uma vasta possibilidade de fundamentos invocáveis. Por outro lado, a lei não estabelece nenhum limite temporal, logo, é de temer que esta norma não venha a ser muito efetiva, falhando o objetivo de proteção para que foi criada. Verificados os pressupostos da transferência, o empregador não pode recusar, mas só adiar a mesma.

A recusa do empregador em transferir ou adiar a transferência do trabalhador por motivos diferentes dos previstos no n.º 2 do art. 195.º do CT, constitui, nos termos do seu n.º 5, contraordenação grave, o que legitima o trabalhador a recorrer judicialmente do cumprimento, podendo resolver o contrato de trabalho com justa causa, nos termos do art. 394.º, n.º 2 do CT, e assim, terá direito a indemnização calculada nos termos do art. 396.º do CT.

O alcance desta suspensão é mais lato que o sugerido pela letra da lei dos arts. 296.º, n.º 2 e 195.º, n.º 3 do CT, pois trata-se de um mecanismo de que a vítima de violência doméstica pode lançar mão, verificadas as condições descritas no n.º 1 do art. 195.º do CT.

O art. 41.º da LVD⁽¹³⁾, evidencia não ser a transferência a única via aberta à vítima de violência doméstica. Há também a possibilidade de

(12) Cf. OLIVEIRA, ANTÓNIO SARMENTO, *Mobilidade de Trabalhadores Intraempresas e Interempresas*, pp. 968-970, disponível em <<https://portal.oa.pt/upl/%7Be033c022-e11c-438c-a19f-50cadd75910c%7D.pdf>>, consultado a 08/10/2017.

(13) Art. 41.º — Cooperação das entidades empregadoras.

Sempre que possível, e quando a dimensão e a natureza da entidade empregadora o permitam, esta deve tomar em consideração de forma prioritária:

a) O pedido de mudança do trabalhador a tempo completo que seja vítima de violência doméstica para um trabalho a tempo parcial que se torne disponível no órgão ou serviço;

mudança do trabalhador para um trabalho a tempo parcial ou ainda para um trabalho a tempo completo ou aumento do seu tempo de trabalho. Autores suportam este entendimento enquanto solução destinada a libertar a vítima de constrangimentos inerentes ao cumprimento do contrato de trabalho⁽¹⁴⁾.

Atendendo então ao facto da vítima de violência doméstica poder justificar as faltas nos termos do art. 43.º da LVD ou então poder pedir a suspensão do contrato de trabalho nos termos do art. 296.º, n.º 2 do CT e ainda pedir a transferência para outro estabelecimento da empresa, cabe à vítima escolher o que pretende e o que melhor se adequa ao seu caso concreto. Porém, temos que ressaltar o caso de, se as faltas justificadas atingirem os 30 dias, nos termos do art. 296.º, n.º 1 do CT, há, automaticamente, a suspensão do contrato de trabalho.

A vítima pode ainda acionar o mecanismo de exercício da sua atividade no regime de teletrabalho, verificados todos os requisitos.

5. Teletrabalho

Se não houver a possibilidade de transferência do trabalhador, vítima de violência doméstica, a lei confere, no seu art. 166.º, n.º 2 do CT, a possibilidade do trabalho ser prestado em regime de teletrabalho, desde que este seja compatível com a atividade desempenhada e verificados os requisitos previstos no n.º 1 do art. 195.º do CT, podendo sempre a vítima optar pela suspensão do contrato de trabalho nos termos do art. 296.º do CT.

Uma vez que um dos requisitos a que refere o art. 195.º do CT é a saída da casa de morada de família do trabalhador vítima de violência doméstica, o teletrabalho aqui não será desenvolvido na modalidade típica, que é no domicílio habitual do trabalhador. O teletrabalho é definido pelo art. 165.º do CT como “a prestação laboral realizada com subordinação jurídica, habitualmente fora da empresa e através do recurso a tecnologias de informação e de comunicação”.

Parece-nos bem que seja dada esta hipótese, uma vez que é também uma salvaguarda à integridade física e psíquica da vítima de violência

b) O pedido de mudança do trabalhador a tempo parcial que seja vítima de violência doméstica para um trabalho a tempo completo ou de aumento do seu tempo de trabalho.

⁽¹⁴⁾ Cf. MARTINEZ, PEDRO ROMANO; MONTEIRO, LUÍS MIGUEL; VASCONCELOS, JOANA; BRITO, PEDRO MADEIRA DE; DRAY, GUILHERME; SILVA, LUÍS GONÇALVES DA, *Código do Trabalho Anotado*, 9.ª ed., Almedina, 2013, pp. 473-474.

doméstica, mantendo-se longe do agressor. Porém, é de ressaltar que não se aplica sempre esta possibilidade. Um dos requisitos é que esta modalidade seja compatível com a atividade desempenhada. Por exemplo, uma funcionária de limpeza não pode, por razões óbvias, aproveitar esta possibilidade.

Porém, nem todas as denúncias/queixas realizadas pelo crime de violência doméstica são verídicas, havendo situações em que são prestadas declarações falsas, não havendo fundamento para acusar e julgar o “suposto” agressor. Prestadas falsas declarações, a “suposta” vítima não pode sair impune, devendo arcar com algumas consequências.

6. Das falsas declarações

Muitas vezes, os crimes de violência doméstica levam à absolvição, ao arquivamento do processo, ou ao despacho de não-pronúncia por não haver provas suficientes para a condenação, sendo que, muitas vezes são prestadas também falsas declarações pela vítima. Nestes casos, há a cessação do estatuto da vítima nos termos do art. 24.º da LVD e, no caso de prestação de falsas declarações, sem prejuízo da responsabilidade penal, a lei estabelece que há a cessação das prestações económicas e sociais previstas na lei, tendo de ser restituídas todas as prestações sociais e económicas recebidas indevidamente, nos termos dos arts. 51.º e 52.º da LVD. A entidade empregadora, pode ainda, no caso de prestação de falsas declarações, em que a suposta vítima justificou as suas faltas nos termos do art. 43.º da LVD, instaurar processo disciplinar para justa causa de despedimento do trabalhador nos termos do art. 351.º, n.º 1 e n.º 2, alínea *f*) do CT, por falsas declarações relativas à justificação de faltas.

É impossível averiguar, numa fase inicial, se a vítima presta ou não falsas declarações, sendo comum que, muitas vezes, sejam feitas queixas infundadas de violência doméstica, sendo frequente serem apresentadas denúncias por mera vingança. É justo que, nos casos supra descritos, ou seja, nos casos de absolvição, arquivamento do inquérito e despacho de não pronúncia, em que não houve provas suficientes para a condenação do agressor, a vítima, ou melhor dizendo, a “suposta vítima”, tenha que devolver/restituir todas as prestações sociais e económicas recebidas indevidamente.

7. Considerações finais

A LVD apela para que haja uma colaboração das entidades empregadoras para proteção das vítimas, sendo que o próprio CT também criou mecanismos de proteção às vítimas de violência doméstica.

Como sabemos, a lei confere à vítima de violência doméstica a possibilidade de pedir transferência do local de trabalho, podendo suspender o contrato até se efetivar a transferência. Porém, isso implica que estejamos perante empresas plurilocalizadas, sendo que mesmo nestes casos o empregador pode adiar esta transferência com o fundamento de exigências imperiosas ligadas ao funcionamento da empresa ou serviço. Ou seja, é dada a possibilidade ao empregador de adiar tendo por base muitos fundamentos, não lhe sendo imposto qualquer limite temporal para o efeito, o que é descabido e não vai no seguimento da salvaguarda que o legislador queria criar. Por sua vez, o contrato de trabalho suspenso caduca no momento em que seja certo que o impedimento se torne definitivo, podendo o trabalhador valer-se esta caducidade em vez de denunciar o contrato, que implica um aviso prévio e na falta deste uma indemnização ao empregador.

A vítima tem, tal como já foi referido, também a possibilidade de suspensão do contrato de trabalho, seja até se efetivar a transferência do local de trabalho, seja quando não exista outro estabelecimento da empresa para o qual possa pedir a transferência, ou então, quando o impedimento temporário por facto respeitante ao trabalhador, que não lhe seja imputável, se prolongue por mais de um mês.

Relativamente à alteração do regime de trabalho, nomeadamente, passar de tempo parcial para tempo inteiro ou vice-versa, o Código do Trabalho é omissivo relativamente a esta situação, sendo que é instalada no sentido e no âmbito do apelo feito pela LVD à colaboração das entidades empregadoras. Defendemos, por outro lado, que as faltas dadas pelas vítimas, apesar de não elencadas nos termos do art. 249.º, n.º 2, cabem na alínea *d*) do mesmo artigo; porém, também podemos justificar nos termos da alínea *j*) e art. 43.º da LVD. Contudo, se ultrapassar os 30 dias por ano, determinam a perda de retribuição. Foi ainda apresentada a possibilidade de prestação do trabalho em regime de teletrabalho, sendo certo, todavia, que nem todas as profissões e funções podem ser prestadas por este meio.

Cabe à vítima decidir o que pretende, atendendo, é claro, à estrutura da empresa em que exerce atividade.

Por sua vez, a utilização indevida destes mecanismos, baseando em falsas declarações e falsas denúncias, para além da obrigação de devolver

tudo o que foi recebido indevidamente, pode dar lugar a processo disciplinar; todavia, se o empregador despedir a vítima em consequência das suas ausências, depois de informado acerca do estatuto de vítima de violência doméstica, e se mostrar que não há fundamento válido, o despedimento é ilícito⁽¹⁵⁾ e abusivo⁽¹⁶⁾, quando tenha lugar nos 6 meses posteriores à cessação do estatuto da vítima. Perante uma situação destas, para além do Tribunal declarar o despedimento ilícito e abusivo, o trabalhador pode optar por indemnização ou reintegração, sendo que a indemnização é majorada, nos termos do arts. 392.º, n.º 3 *ex vi* 331.º, n.º 4, ambos do Código do Trabalho (em vez de uma indemnização de 15 a 45 dias e retribuição base e diuturnidades por cada ano completo ou fracção de antiguidade, não podendo ser inferior a três meses de retribuição base e diuturnidades (art. 391.º), a vítima de VD tem direito a indemnização, determinada pelo tribunal entre 30 e 60 dias de retribuição base e diuturnidades por cada ano completo ou fracção de antiguidade, não podendo ser inferior ao valor correspondente a seis meses de retribuição base e diuturnidades (art. 392.º)

Ser vítima de violência doméstica, na maior parte das vezes, cria traumas físicos e psicológicos. Havendo esta “abertura” por parte da legislação laboral, a vítima pode sentir-se mais salvaguardada relativamente à sua situação laboral.

(15) Cf. art. 381.º, alínea *b*) do CT.

(16) Cf. art. 331.º, n.º 1, alínea *d*) do CT.

TENDÊNCIAS DE DESENVOLVIMENTO NO RECONHECIMENTO DE DECISÕES ARBITRAIS “ESTRANGEIRAS” AO ABRIGO DA CONVENÇÃO DE NOVA IORQUE

Por Luís de Lima Pinheiro(*)

SUMÁRIO:

Introdução. **I.** Tribunal competente para o reconhecimento. **II.** Fundamentos de recusa de reconhecimento — invalidade substancial da Convenção de Arbitragem. **III.** Fundamentos de recusa de reconhecimento — decisão anulada no país de origem. **IV.** Fundamentos de recusa de reconhecimento — Inarbitrabilidade. **V.** Fundamentos de recusa de reconhecimento — Contrariedade à Ordem Pública Internacional. **VI.** Outros aspectos. **VII.** Considerações finais.

Introdução

O reconhecimento de decisões arbitrais “estrangeiras” é objeto na ordem jurídica portuguesa de uma pluralidade de regimes: Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, Acordos bilaterais com países de língua portuguesa e regime interno (contido da Lei da Arbitragem Voluntária — Lei n.º 63/2011, de 14/12, doravante LAV).

Portugal fez a reserva prevista no art. 1.º/3/ 1.ª parte da Convenção de Nova Iorque no sentido de só a aplicar ao reconhecimento e execução de decisões proferidas noutros Estados Contratantes. A Convenção tem um

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

elevadíssimo número de Estados Contratantes razão por que, quando não relevem outros instrumentos internacionais, o regime nela contido é geralmente aplicável. Acresce que o regime interno se baseia na Lei-Modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional que, por seu turno, se inspirou na Convenção de Nova Iorque ⁽¹⁾. Por estas razões, o presente estudo examinará as tendências de desenvolvimento nesta matéria exclusivamente perante o regime da Convenção de Nova Iorque.

No art. 5.º da Convenção são taxativamente fixadas as condições de que depende a obrigação de reconhecer e executar as sentenças arbitrais “estrangeiras”. O art. 5.º está formulado negativamente, indicando os fundamentos para a recusa de reconhecimento e de execução. Uma parte destes fundamentos de recusa de reconhecimento e de execução depende de alegação e prova pela parte requerida (n.º 1). Os restantes fundamentos (inarbitrabilidade e contrariedade à ordem pública internacional) são de conhecimento oficioso (n.º 2).

O escopo deste estudo não abrange o estudo sistemático do regime convencional, mas apenas um apontamento sobre alguns dos aspetos em que tem registado uma evolução na interpretação e aplicação deste regime, ou que têm suscitado controvérsia.

I. Tribunal competente para o reconhecimento

O tribunal português competente para o reconhecimento da decisão arbitral “estrangeira” sujeita ao regime da Convenção de Nova Iorque é o mesmo que no reconhecimento ao abrigo do regime interno. Nos termos do art. 59.º/1/h LAV (como já o era perante o art. 1095.º CPC antigo) é competente o Tribunal da Relação em cujo distrito se situe o domicílio da pessoa contra quem se pretenda fazer valer a sentença ⁽²⁾, ou, tratando-se de litígio que, segundo o Direito português, esteja compreendido na esfera da jurisdição dos tribunais administrativos, o Tribunal Central Administrativo em cuja circunscrição se situe o domicílio da pessoa contra quem se pretenda fazer valer a sentença (art. 59.º/2 LAV).

(1) Ver LUÍS DE LIMA PINHEIRO — *Direito Internacional Privado*, Vol. III — *Competência Internacional e Reconhecimento de Decisões Estrangeiras*, 2.ª ed., Coimbra, 2012, §§ 102-104, para um exame sistemático da matéria.

(2) Cf. RPt 22/2/1996, Proc. n.º 9520399 in <<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf>>.

Não tinha qualquer fundamento jurídico-positivo a posição, seguida pela jurisprudência antes da LAV de 2011, que atribuía essa competência ao tribunal de 1.^a instância (3). A jurisprudência posterior corrigiu esta orientação no sentido atrás exposto(4).

II. Fundamentos de recusa de reconhecimento — invalidade substancial da Convenção de Arbitragem

Nos termos do art. 5.º/1/a/2.^a parte da Convenção, constitui fundamento de recusa de reconhecimento a *invalidade substancial da convenção de arbitragem* perante a lei a que as partes a subordinaram ou, na falta de designação, a lei do país em que a sentença foi proferida(5). A validade substancial prevista nesta alínea limita-se essencialmente à formação e validade do consentimento(6).

Com efeito, a admissibilidade da convenção de arbitragem decorre diretamente da Convenção e a questão da arbitrabilidade está contemplada no n.º 2/a (7). Como a Convenção delega na vontade das partes a regulação da constituição do tribunal arbitral e do processo de arbitragem (art. 5.º/1/d), só muito limitadamente se pode suscitar um problema de determinação do Direito aplicável quanto à validade substancial. Será o caso, além das questões de formação e validade do consentimento, de requisitos do conteúdo da convenção da arbitragem que não digam respeito à determinação da relação jurídica, nem à constituição do tribunal, nem ao processo de arbitragem(8). Inclui-se aqui o controlo

(3) Ver STJ 22/4/2004 [CJ/STJ (2004-II) 50] e 20/6/2006 [CJ/STJ (2006-I) 117], RCB 19/1/2010, Proc. n.º 70/09.6TBCBR.C1 in <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf>, REv 31/1/2008 [CJ (2008-I) 252], RLx 20/2/1997 [CJ (1997-I) 135] e RPt 22/10/1998, Proc. n.º 9730232 in <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf>, 29/6/1999 [BMJ 488: 411], 2/10/2001, Proc. n.º 0120965 in <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf>, 24/10/2002 [CJ (2002-IV) 186], 26/10/2004, Proc. n.º 0325170 in <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf>, 5/5/2005 [CJ (2005-III) 159] e 21/6/2005 in <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf>. O art. 3.º da Convenção não fornece qualquer apoio à posição da jurisprudência, visto que pressupõe que a eficácia das decisões arbitrais nacionais está subordinada a um processo prévio de reconhecimento, nada dispondo, quanto ao reconhecimento, quando este pressuposto não se verifique.

(4) Cf. STJ 25/2/2014, Proc. n.º 29/13.9YPRT.S1 in <www.dgsi.pt>.

(5) Ver ALBERT VAN DEN BERG — *The New York Arbitration Convention of 1958. Towards a Uniform Judicial Interpretation*, Deventer, et. al., 1981, 287, ss.

(6) Cf. ALBERT VAN DEN BERG, *op. cit.*, 290.

(7) Cf. VAN DEN BERG, *op. cit.*, 288, ss.; cp. JEAN-FRANÇOIS POUURET e SÉBASTIEN BESSON — *Droit comparé de l'arbitrage international*, Zurique, Basileia e Genebra, 2002, 883.

(8) Ver, relativamente ao “controlo do conteúdo”, PETER SCHLOSSER — “10. Buch. Schiedsrichterliches Verfahren”, in *Stein/Jonas ZPO*, 22.^a ed., Vol. IX, Tubinga, 2002, *Anhang* § 1061 n.º 42.

instituído pelo regime das cláusulas contratuais gerais, conforme o ilustra decisão proferida recentemente pelo Tribunal da Relação de Coimbra⁽⁹⁾.

A designação pelas partes do Direito aplicável ao contrato principal também vale, em princípio, para a cláusula compromissória⁽¹⁰⁾. Não se vê razão para apreciar a formação e a validade do consentimento e a interpretação da cláusula compromissória segundo um Direito diferente daquele que rege essas questões com respeito ao conjunto do contrato. Alguns autores pronunciam-se em sentido contrário⁽¹¹⁾, mas a sua argumentação não toma em conta que estão essencialmente em causa questões relativas à formação e validade do consentimento, à interpretação e à eficácia obrigacional das convenções de arbitragem internacionais. Claro que o problema se colocaria a uma outra luz se a admissibilidade ou a eficácia processual da convenção colocassem um problema de Direito aplicável. Mas não é isso, como vimos, que se verifica dentro do âmbito de aplicação da Convenção de Nova Iorque⁽¹²⁾.

É igualmente claro que nada impede as partes de submeterem a cláusula compromissória a um Direito diferente daquele que rege o conjunto o contrato⁽¹³⁾.

Já se defendeu que só é relevante, neste contexto, uma designação expressa⁽¹⁴⁾. Todavia, não se vê razão alguma para negar a relevância de uma vontade real tacitamente manifestada⁽¹⁵⁾.

(9) Cf. RCB 19/6/2013, Proc. n.º 1630/06.2YRCBR.C2 in <www.dgsi.pt>, embora se afigure errada a qualificação que o tribunal fez da cláusula de arbitragem como cláusula contratual geral, a decisão é acertada quando reconduz esta questão ao fundamento de recusa de reconhecimento do art. 5.º/1/a da Convenção, na parte em que se refere à invalidade da convenção de arbitragem. Na verdade, parece que este conceito deve abranger todas as questões relacionadas com a existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem que não sejam reguladas por outros preceitos da Convenção ou digam respeito à capacidade das partes, incluindo o controlo das cláusulas contratuais gerais.

(10) Cf. PIERRE MAYER — “La sentence contraire a l’ordre public au fond”, *R. arb.* (1994) 615-652; Id. — “Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire”, *R. arb.* (1998) 359-368, 367, ss.; NIGEL BLACKBAY, CONSTANTINE PARTASIDES, ALAN REDFERN e MARTIN HUNTER — *Redfern and Hunter on International Arbitration Law*, Londres, 2009, n.ºs 3. 12, ss.

(11) Ver PHILIPPE FOUCHARD, EMMANUEL GAILLARD e BERTHOLD GOLDMAN — *Traité de l’arbitrage commercial international*, Paris, 1996, 239; VAN DEN BERG, *op. cit.*, 293; PETER SCHLOSSER — *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, Tubinga, 1989, 192, ss., e *op. cit.* [2002], *Anhang* § 1061 n.º 77; e BERND VON HOFFMANN — “Der internationale Schiedsrichtervertrag — Eine kollisionsrechtliche Skizze”, in *FS Ottoarndt Glossner*, 143-153, 1994, 151.

(12) Cf., fora do âmbito de aplicação da Convenção de Nova Iorque, o art. 51.º, LAV.

(13) Cf. MAYER, *op. cit.*, 367.

(14) Neste sentido, ANTONIO REMIRO BROTONS — “La reconnaissance et l’exécution des sentences arbitrales étrangères”, *RCADI* 184 (1984) 169-354, 224.

(15) Cf. SCHLOSSER, *op. cit.* [2002] *Anhang* § 1061, n.º 77.

A estipulação do lugar da arbitragem também não constitui um indício importante de uma vontade tácita de aplicação do Direito do lugar da arbitragem à cláusula compromissória⁽¹⁶⁾.

III. Fundamentos de recusa de reconhecimento — decisão anulada no país de origem

Nos termos do art. 5.º/1/e da Convenção, constitui fundamento de recusa de reconhecimento que *a sentença não se tenha tornado “obrigatória” para as partes ou tenha sido anulada ou suspensa* por uma autoridade competente do país no qual, ou segundo a lei do qual, a sentença foi proferida (n.º 1/e).

Alguns autores criticam esta condição de reconhecimento, por entenderem que o reconhecimento de uma decisão arbitral não deve depender dos fundamentos de impugnação estabelecidos no “país de origem” e que esta dependência prejudica a “verdadeira internacionalização da arbitragem”⁽¹⁷⁾. Esta crítica suscita reservas perante sistemas nacionais que admitem a impugnação das decisões arbitrais proferidas em arbitragens que têm lugar ou sede no seu território, como sucede com a maioria dos principais sistemas. Pelas razões adiante expostas, a solução retida pela Convenção é de aprovar.

De resto, em última análise o reconhecimento e a execução de uma decisão anulada no Estado onde foi proferida dependem sempre do Direito interno do Estado de reconhecimento, por duas razões. Por um lado, o art. 5.º limita-se a obrigar os Estados Contratantes a reconhecer e executar as decisões arbitrais que preencham certos pressupostos. Nada obsta a que os Estados Contratantes sejam mais permissivos no reconhecimento e execução⁽¹⁸⁾. Por outro, o art. 7.º/1 da Convenção permite que o requerente promova o reconhecimento e a execução com base no Direito interno do Estado de reconhecimento⁽¹⁹⁾.

Portanto, os tribunais de um Estado Contratante da Convenção de Nova Iorque podem reconhecer e executar decisões anuladas no Estado

⁽¹⁶⁾ Cf. VAN DEN BERG, *op. cit.*, 293.

⁽¹⁷⁾ Ver BLACKABY/PASTASIDES/REDFERN/HUNTER, *op. cit.*, n.ºs 11.87, ss.; e P. MARIA CRISTINA PIMENTA COELHO — “A Convenção de Nova Iorque de 10 de Junho de 1958 Relativa ao Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras”, *R. Jur.*, n.º 20 (1996) 37-71, 68.

⁽¹⁸⁾ Ver, designadamente, SCHLOSSER, *op. cit.* [2002] *Anhang* § 1061, n.º 73.

⁽¹⁹⁾ Cf. VAN DEN BERG, *op. cit.*, 81, ss.

onde foram proferidas se o Direito interno o permitir⁽²⁰⁾. É o que se tem verificado, entre outros, com os tribunais franceses⁽²¹⁾ e com alguns tribunais estadunidenses⁽²²⁾.

Contudo, é dificilmente compreensível que o façam se o requerente não invocar o Direito interno e se o regime da Convenção Nova Iorque vigorar na ordem jurídica interna sem quaisquer modificações. O entendimento, seguido pela *Cour de cassation* francesa⁽²³⁾ e pelo BGH alemão⁽²⁴⁾, segundo o qual a regra do Direito mais favorável contida no art. 7.º/1 pode ser aplicada oficiosamente, não tem apoio na letra do preceito⁽²⁵⁾.

Perante um sistema, como o português, que alinha o regime interno com o regime da Convenção de Nova Iorque, o Direito interno não dá uma resposta conclusiva à questão de saber se podem ser reconhecidas decisões anuladas no Estado de origem. Com o efeito, o regime interno, ao basear-se na Lei-Modelo da CNUDCI e, por esta via, na Convenção de Nova Iorque, admite uma interpretação que permita a mesma “flexibilidade” na apreciação dos fundamentos de recusa de reconhecimento que é permitida pela Conven-

⁽²⁰⁾ Cf. BLACKABY/PASTASIDES/REDFERN/HUNTER, *op. cit.*, n.º 11.91; FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, *op. cit.*, 993, ss.; e GARY BORN — *International Commercial Arbitration*, 2 vols., Austin, *et al.*, 2009, 2676-2677. Para um panorama das soluções adotadas a este respeito em diversos sistemas, ver HERBERT KRONKE, PATRICIA NACIMIENTO, DIRK OOTTO e NICOLA PORT (orgs.) — *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. A Global Commentary on the New York Convention*, Austin *et al.*, 2010, 324, ss.

⁽²¹⁾ Cf. FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, *op. cit.*, 154, ss. e 929; e EMMANUEL GAILLARD — “L’exécution des sentences annulées dans leur pays d’origine”, *Clunet* 125 (1998) 645-67, 649, ss., e referências aí contidas. Os autores sugerem que só as decisões internas anuladas no país de origem não podem ser reconhecidas com base no Direito interno francês. Mas a *Cour de cassation* no ac. 17/10/2000, proferido no caso *Asecna* [*R. arb.* (2000) 648 an. crítica de MAYER], entendeu que esta distinção não é relevante e que pode ser atribuída força executiva em França à decisão interna suspensa no país de origem. Ver ainda acs. da *Cour de cassation* 29/6/2007 no caso *Putrabali* (2007) [*R. arb.* (2007) 508], afirmando que “la sentence internationale, qui n’est rattachée à aucun ordre juridique étatique, est une décision de justice internationale dont la régularité est examinée au regard des règles applicables dans le pays où sa reconnaissance et son exécution sont demandées”.

⁽²²⁾ Cf. *Chromalloy Aeroservices Inc. v. Egypt* (1996) [Yb. Comm. Arb. 22 (1997) 1001] USDC D., *Columbia e Karaha Bodas Company (Cayman Islands) v. Persusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara et al. (Indonésia)* (2003) [335 F.3d 357] USCA, Fifth Circuit, n.º 101. Mas cp., em sentido contrário, *Baker Marine Ltd v. Danos & Curole Marine Contractors* (1999) [14 *Mealey’s International Arbitration Report* (1999/8) D-1] USCA, Second Circuit, *Spier v. Calzaturificio Technica* (1999) [ASA Bulletin 18/1 (2000) 159] USDC S.D. New York, e *Termorio SA v. Electranta SP*, 487 F.3d 928 (D.C. Cir. 2007).

⁽²³⁾ Cf. *Cour de cassation* 9/10/1984, no caso *Norsolor* [*R. arb.* (1985) 431 an. aprovadora de GOLDMAN], e FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, *op. cit.*, 154, ss.

⁽²⁴⁾ Cf. BGH 25/9/2003 III ZB 68/02, disponível in <<http://www.bundesgerichtshof.de>>.

⁽²⁵⁾ Nada parece obstar, porém, a que o requerente invoque simultaneamente o Direito interno e o regime da Convenção — cf. KARL SCHWAB e GERHARD WALTER — *Schiedsgerichtsbarkeit*, 7.ª ed., Munique, 2005, 376.

ção⁽²⁶⁾. Nos termos do art. 56.º/1, LAV, o reconhecimento e a execução “só podem ser recusados” nos casos aí tipificados. Não decorre necessariamente do texto do preceito que o reconhecimento e a execução devam ser recusados nesses casos. No entanto, há razões que pesam em sentido contrário⁽²⁷⁾.

O não-reconhecimento de decisões anuladas no Estado de origem conforma-se com a competência do Estado do lugar ou sede da arbitragem para a impugnação judicial da decisão arbitral. Com efeito, a decisão deve considerar-se proferida no Estado em que a arbitragem teve lugar⁽²⁸⁾. Se o Direito português atribui competência aos seus tribunais para a impugnação judicial das decisões proferidas em arbitragens que têm lugar em Portugal, também deve respeitar a competência exercida pelos tribunais estrangeiros do lugar da arbitragem⁽²⁹⁾.

O reconhecimento de decisões anuladas no país de origem conduziria à desarmonia de soluções entre a ordem jurídica de reconhecimento, por um lado, e, por outro, a ordem jurídica de origem e todas as ordens jurídicas que reconhecerem a segunda decisão arbitral que venha a ser proferida no Estado de origem⁽³⁰⁾.

Enfim, o reconhecimento de decisões anuladas no país de origem sujeitaria a parte vencida a sucessivas tentativas de reconhecimento e execução em vários países, forçando-a a cumprir uma decisão questionável ou a suportar os custos de uma oposição ao reconhecimento em todos estes países⁽³¹⁾.

(26) Cf. HOWARD HOLTZMANN E JOSEPH E. NEUHAUS — *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, A Haia, 1989, 1058. Cf. SCHWAB/WALTER, *op. cit.*, 456.

(27) Ver, em sentido convergente, REMIRO BROTONS, *op. cit.*, 236, ss., e POUURET/BESSON, *op. cit.*, 904, ss. e 963, ss.

(28) Ver, na ordem jurídica portuguesa, art. 42.º/4, LAV, e, mais em geral, LIMA PINHEIRO, *op. cit.*, 580, ss., com mais referências.

(29) Ver, REMIRO BROTONS, *op. cit.*, 236, ss., e ROY GOODE — “The Role of the Lex Loci Arbitri in International Commercial Arbitration”, in *Lex Mercatoria: Essays on International Commercial Law in Honour of Francis Reynolds*, 245-268, Londres, 2000, 265, ss.

(30) O reconhecimento de decisão anulada no país de origem obriga, para ser coerente, ao não reconhecimento da decisão judicial de anulação e da segunda decisão arbitral que venha a ser proferida, como entendeu a *Cass. fr.* no ac. 10/6/1997 (segunda decisão no caso *Hilmarton*) [*R. arb.* (1997) 376 an. aprovadora de FOUCHARD]. Ver também DÁRIO MOURA VICENTE — “A execução de decisões arbitrais em Portugal”, in *Direito Internacional Privado*. Ensaios, Vol. III, 373-381, Coimbra, 2010, 377, ss.

(31) Ver VAN DEN BERG, *op. cit.*, 355, ss.; REMIRO BROTONS, *op. cit.*, 236, ss.; WILLIAM PARK — “Duty and Discretion in Commercial Arbitration”, *Am. J. Int. L.* 93 (1999) 805-823, 818, ss.; JEAN-FRANÇOIS POUURET — “Conflicts entre juridictions étatiques en matière d’arbitrage international ou les lacunes des Conventions de Bruxelles et Lugano”, in *FS Otto Sandrock*, 761-780, Heidelberg, 2000, 775, ss.; e POUURET/BESSON, *op. cit.*, 904, ss. e 963, ss. Cf., a favor da reconhecibilidade das decisões arbitrais anuladas no país de origem, PHILLIPE FOUCHARD — “La portée internationale de l’annulation de la sentence arbitrale dans son pays d’origine”, *R. arb.* (1997) 329-352, 345, ss.; GAILLARD, *op. cit.*, 667, ss. e 2007: 184, ss.; e JAN PAULSSON — “L’exécution des sentences arbitrales en dépit d’une annulation en fonction d’un critère local (ACL)”, *Bull. CCI 9/1* (1998) 14-32, 28.

Ressalva-se a hipótese excepcional de a anulação da decisão arbitral no país de origem ser contrária à ordem pública internacional do Estado de reconhecimento, caso em que a anulação não deve impedir o reconhecimento da decisão arbitral⁽³²⁾.

Uma outra solução possível, a ponderar *de lege ferenda*, seria um controlo dos fundamentos de anulação relevantes para efeitos de reconhecimento, designadamente a irrelevância da anulação com fundamento que não seja admitido perante a lei do Estado de reconhecimento⁽³³⁾.

PAULSSON defendeu que o art. 5.º/1/e da Convenção de Nova Iorque seja interpretado no sentido de só uma anulação baseada em fundamentos internacionalmente reconhecidos, que corresponderiam essencialmente aos enunciados nas primeiras quatro alíneas do art. 5.º/1, poder justificar a recusa de reconhecimento⁽³⁴⁾. A favor desta posição pode dizer-se que uma anulação baseada em critérios locais, que podem não ser considerados legítimos pelo Estado de reconhecimento, não deve constituir um impedimento absoluto à eficácia da decisão arbitral neste Estado. Mas este entendimento não resiste a uma análise mais atenta. Por um lado — como assinalam PLOUDRET/BESSON⁽³⁵⁾ —, o apelo a critérios internacionalmente reconhecidos não é suficiente para neutralizar uma atuação parcial ou abusiva do tribunal do Estado de origem da decisão, sendo para o efeito indispensável o exame concreto da decisão de anulação. Por outro, podem estar em jogo “interesses” do Estado de reconhecimento que não correspondem a critérios internacionalmente reconhecidos. Tudo ponderado, é preferível convocar o critério da ordem pública internacional do Estado de reconhecimento como limite à relevância da anulação proferida no Estado de origem da decisão arbitral.

(32) Ver, em sentido convergente, PARK, *op. cit.*, 823, e OTTO SANDROCK — “Neue Lehren zur internationalen Schiedsgerichtsbarkeit und das klassische Internationale Privat- und Prozeßrecht”, in *FS Hans Stoll*, 661-689, Tubinga, 2001, 687, ss.

(33) Esta solução encontra precedente no art. 9.º/1 da Convenção de Genebra sobre Arbitragem Comercial Internaciopnal (1961). Ver ainda REMIRO BROTONS, *op. cit.*, 264.

(34) 1998: 29, ss. Ver ainda BORN, *op. cit.*, 3641, ss.

(35) *Op. cit.*, 905, ss.

IV. Fundamentos de recusa de reconhecimento — Inarbitrabilidade

Nos termos do art. 5.º/2/a da Convenção, constitui fundamento de recusa de reconhecimento que *o objeto do litígio não seja arbitrável* segundo a lei do Estado de reconhecimento.

A aplicação do Direito do Estado de reconhecimento à arbitrabilidade do litígio é criticada por alguma doutrina recente, que faz valer que o Estado de reconhecimento pode não ter qualquer ligação significativa com o objeto do litígio⁽³⁶⁾.

No entanto, a competência do Direito material do Estado de reconhecimento para determinar se o litígio é suscetível de ser resolvido por árbitros é justificada, visto que está em causa a eficácia da decisão arbitral na sua ordem jurídica. Isto não obsta a que na aplicação das normas locais sobre arbitrabilidade o tribunal possa ter em conta a conexão espacial entre a relação controvertida e o Estado do foro, designadamente quando se trate de normas que sejam explícita ou implicitamente “autolimitadas” (i.e., só sejam aplicáveis quando se verifique uma conexão especial)⁽³⁷⁾. A existência de uma ligação significativa com outro Estado que tenha regras semelhantes às do Estado de reconhecimento também poderá, neste caso, ser relevante.

É irrelevante que se trate de matéria da exclusiva competência dos tribunais portugueses, visto que a competência exclusiva não afasta a arbitrabilidade do litígio⁽³⁸⁾.

V. Fundamentos de recusa de reconhecimento — Contrariedade à Ordem Pública Internacional

Por último, nos termos do art. 5.º/2/b da Convenção, o reconhecimento pode ser recusado se for *contrário à “ordem pública” do país em que é pedido o reconhecimento*⁽³⁹⁾.

⁽³⁶⁾ Ver REMIRO BROTONS, *op. cit.*, 243; e George A. BERMAN — *International Arbitration and Private International Law*, sl., 2017, n.ºs 675, ss.

⁽³⁷⁾ Ver considerações convergentes de BORN, *op. cit.*, 3700, ss.

⁽³⁸⁾ Ver LIMA PINHEIRO, *op. cit.*, § 84 B, com mais referências.

⁽³⁹⁾ Sobre esta condição de reconhecimento ver as Recomendações da ILA sobre a ordem pública como limite à execução das sentenças arbitrais estrangeiras e, sobre elas, PIERRE MAYER e AUDLEY SHEPPARD — “Final ILA Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards”, *Arb. Int.* 19 (2003) 249-263.

Segundo a intencionalidade do legislador internacional que se infere dos trabalhos preparatórios da Convenção, *este fundamento de recusa de reconhecimento deve ser interpretado restritivamente*⁽⁴⁰⁾.

Daqui decorre, em primeiro lugar, que nos sistemas em que há uma dualidade de conceitos de ordem pública — ordem pública interna e ordem pública internacional —, a ordem pública que está aqui em causa não é a ordem pública interna (ou de Direito material), que compreende o conjunto das regras e princípios imperativos, mas a *ordem pública internacional* relevante para o Direito Internacional Privado⁽⁴¹⁾. Mas tem-se verificado uma tendência convergente, mesmo perante sistemas que não estão familiarizados com esta distinção, no sentido de só relevar uma manifesta incompatibilidade com proposições fundamentais da ordem jurídica do Estado de reconhecimento⁽⁴²⁾.

Para este efeito a ordem pública internacional portuguesa inclui as normas e princípios constitucionais e internacionais que reclamem aplicação ao caso, bem como certas normas e princípios do Direito da União Europeia⁽⁴³⁾.

A violação de normas e princípios em matéria de direitos fundamentais justifica, ao abrigo deste preceito, a recusa de reconhecimento,

⁽⁴⁰⁾ Cf. BORN, *op. cit.*, 3646, ss.; ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA e JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ — *Derecho Internacional Privado*, Vol. I, Granada, 2017, 887; SYMEON SYMEONIDES — *American Private International Law*, Austin, *et al.*, 2008, 352; REINMAR WOLFF (org.) — *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards — Commentary*, Munique, 2012, Article V n.º 504; e ANTON MAURER — *The Public policy Exception Under the New York Convention*, Huntington, Nova Iorque, 2012, 62, ss.

⁽⁴¹⁾ Cf. VAN DEN BERG, *op. cit.*, 359, ss.; UDO KORNBLUM — “‘Ordre public transnational’, ‘ordre public international’ and ‘ordre public interne’ im Recht der privaten Schiedsgerichtsbarkeit”, in *Fest. Heinrich Nagel*, 141-156, 1987, 142, ss.; KLAUS PETER BERGER — *International Economic Arbitration*, Deventer e Boston, 1993, 541; PIERRE MAYER — “La sentence contraire a l’ordre public au fond”, *R. arb.* (1994) 615-652, 637, ss.; FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, *op. cit.*, 1012, ss.; *Dicey, Morris and Collins on The Conflict of Laws*, 15.ª ed., Londres, 2012, 897; SCHLOSSER, *op. cit.* [2002], Anhang § 1061 n.º 135, acentuando a necessidade de uma perspetiva universalista dos critérios de valorização da *lex fori*; CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, 887, ss.; MIGUEL VIRGÓS SORIANO e FRANCISCO GARCÍA-MARTÍN ALFÉREZ — *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional*, 2.ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2007, 779; S; PIERO BERNARDINI — *L’arbitrato nel commercio e negli investimenti internazionali*, Milão, 2008, 240; BORN, *op. cit.*, 3655, ss.; BERNHARD BERGER e FRANZ KELLERHALS — *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, 2.ª ed., Londres, 2010, n.os 1919-1920; e SERAGLINI/ORTSCHEIDT, *op. cit.*, n.os 979 e 997.

⁽⁴²⁾ Ver, designadamente, BORN, *op. cit.*, 3655, ss., e BERGMANN, *op. cit.*, n.os 683, ss.

⁽⁴³⁾ Ver, em apreciação geral, REMIRO BROTONS, *op. cit.*, 247, ss.; no mesmo sentido, na perspetiva do Direito inglês, *Dicey, Morris and Collins*, *op. cit.*, n.º 16-152. Verifica-se a contrariedade do reconhecimento à ordem pública internacional de um Estado-Membro da União Europeia quando a decisão arbitral não tenha acatado a pretensão de aplicabilidade de certas normas e princípios do Direito da União Europeia, designadamente as normas de Direito da Concorrência — cf. TCE 1/6/1999, no caso *Eco Swiss* [*R. arb.* (1999) 631 an. aprovadora de IDOT]. Ver também MAURO RUBINO-SAMMARTANO — *Il diritto dell’arbitrato*, 5.ª ed., Pádua, 2006, 236, ss.

mas esta violação pressupõe que se trata de direitos universais de todos os seres humanos ou que se verifica uma conexão suficiente com o Estado português (ou com outro Estado que adote princípios semelhantes)⁽⁴⁴⁾.

Da interpretação restritiva deste fundamento de recusa de reconhecimento decorre ainda que ele *não pode ser invocado com base na simples violação de uma qualquer norma de aplicação imediata ou necessária*⁽⁴⁵⁾, i.e., uma norma do Estado de reconhecimento que reclama aplicação a certas situações regidas por Direito estrangeiro⁽⁴⁶⁾.

A posição contrária aparentemente assumida no n.º 1 (d) das Recomendações aprovadas na Conferência da *International Law Association* que teve lugar em Nova Deli (2002) não representa mais do que a opinião de uma associação privada, que estaria em contradição com o conceito de ordem pública internacional e com a interpretação restritiva que resulta dos relevantes elementos e critérios de interpretação da Convenção de Nova Iorque. Todavia, as Recomendações acrescentam que um tribunal só deverá recusar o reconhecimento de uma decisão arbitral contrária a uma “*rule of public police*” quando esse reconhecimento sacrifique manifestamente interesses essenciais políticos, sociais ou económicos protegidos pela regra (n.º 3/b), o que significa que, mesmo segundo esta opinião, não basta a violação de uma qualquer norma de aplicação imediata ou necessária⁽⁴⁷⁾.

A jurisprudência dos tribunais dos Estados Unidos da América e da França tem sido particularmente eloquente quanto à insuficiência da contrariedade a uma qualquer norma de aplicação imediata ou necessária vigente na ordem jurídica do Estado do foro para desencadear a atuação da reserva de ordem pública internacional contra o reconhecimento de uma decisão arbitral “estrangeira” ou como fundamento de impugnação de uma

(44) Ver ainda SCHLOSSER, *op. cit.* [2002] *Anhang* § 1061 n.º 144] e JORGE MIRANDA — *Manual de Direito Constitucional*, T. IV — *Direitos Fundamentais*, 6.ª ed., Coimbra, 2015, 426-427.

(45) Neste sentido, implicitamente, a maioria dos autores referidos na n. 41, e, explicitamente, PIERRE LALIVE e EMMANUEL GAILLARD — “Le nouveau droit de l’arbitrage international en Suisse”, *Journal du droit international* 116 (1989) 905-957; 953-954, 953-954; AUDLEY SHEPPARD — “Interim ILA Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards”, *Arb. Int.* 19 (2003) 217-248, 231-232; LUCA RADICATI DI BROZOLO — “Arbitrage commercial international et lois de police”, *RCADI* 315 (2005) 265-501, 341-342; LUCA RADICATI DI BROZOLO e ALEXIS MOURRE — An. ao Tribunal de Primeira Instância de Bruxelas 8/3/2007, *Revue de l’arbitrage* (2007) 303-339, 326, ss.; ALEXIS MOURRE — an. a Cass. civ. 4/6/2008, *Journal du droit international* (2008) 1107-1134, 1122; BORN, *op. cit.*, 3663, ss.; BERGER/KELLERHALS, *op. cit.*, n.º 1920; Wolff (org.), *op. cit.*, Article V n.º 574.

(46) Ver, sobre estas normas, Luís de LIMA PINHEIRO — *Direito Internacional Privado*, vol. I — *Introdução e Direito de Conflitos/Parte Geral*, 3.ª ed., Coimbra, 2014, § 13B, com mais referências.

(47) Como observa RADICATI DI BROZOLO, *loc. cit.*

decisão arbitral “nacional”⁽⁴⁸⁾. Também na Suíça a jurisprudência aponta claramente no mesmo sentido⁽⁴⁹⁾.

A violação de uma norma de aplicação imediata ou necessária só é relevante para este efeito quando, simultaneamente, esta norma constituir a concretização de um princípio fundamental estruturante da ordem jurídica portuguesa (o que inclui os princípios fundamentais da ordem jurídica internacional e da ordem jurídica da União Europeia) e o resultado do reconhecimento for manifestamente incompatível com esta norma.

Assim, por exemplo, não constitui fundamento de recusa de reconhecimento de uma decisão arbitral “estrangeira” a circunstância de ter negado uma indemnização de clientela pedida por um concessionário português perante a cessação do contrato pelo concedente, porque o alegado direito a tal indemnização não resulta de uma proposição legal fundamental⁽⁵⁰⁾. Também nada obsta ao reconhecimento de uma decisão arbitral que condenou no pagamento de uma compensação prevista numa cláusula penal quando não se demonstre que ela seja manifestamente exces-

(48) Cf., nos EUA, *United States Court of Appeal, Second Circuit* 23/12/1974, no caso *Parsons & Whitmore v. RAKTA* [508 F. 2d 969 (2d Cir. 1974)], 8, em que embora não estivesse em causa a aplicabilidade de uma norma de aplicação imediata ou necessária, o tribunal estabeleceu um critério, seguido em casos seguintes, segundo o qual ao abrigo do art. 5.º/2/b da Convenção de Nova Iorque “Enforcement of foreign arbitral awards may be denied on this basis only where enforcement would violate the forum state’s most basic notions of morality and justice”; *United States Court of Appeals, Second Circuit* 9/2/2004, no caso *MGM Productions v. Aeroflot Russian Airlines* [2003 US Dist. LEXIS 8174 (SDNY 2003)] (o recurso desta decisão foi considerado inadmissível pelo *Supreme Court of the United States* 1/11/2004 [543 U.S. 956]); e *United States District Court, E.D. New York* 23/4/2004, no caso *Karen Maritime v. Omar International* [322 F. Supp. 2d 224 (EDNY 2004)]; ver ainda *United States District Court, D. Delaware* 15/3/1990, no caso *National Oil Corp. v. Libyan Sun Oil Corp.* [733 F. Supp. 800 (D. Delaware, 1990)]; em França, *Cassation* 4/6/2008 [*Journal du droit international* (2008) 1107] com anotação aprovadora de MOURRE, que contém indicações mais amplas de Direito Comparado sobre a restrição do controlo da compatibilidade com a ordem pública internacional relativamente à aplicabilidade de normas de Direito de Concorrência, mais referências da jurisprudência francesa dominante que entende que a inaplicação de normas de aplicação imediata ou necessária do foro é insuficiente para desencadear a atuação da reserva de ordem pública internacional e um exame crítico da tese “maximalista” que se opõe a esse entendimento; *Cour d’appel de Paris* 18/11/2004 [*Journal du droit international* (2005) 357] com anotação aprovadora de MOURRE.

(49) Cf., na linha de decisões anteriores, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em 8/3/2006 [ATF 132 III 389] que, considerando que “une sentence est incompatible avec l’ordre public si elle méconnaît les valeurs essentielles et largement reconnues qui, selon les conceptions prévalant en Suisse, devraient constituer le fondement de tout ordre juridique”, concluiu, relativamente às normas de Direito da Concorrência, que são o exemplo mais paradigmático de normas de aplicação imediata ou necessária, que “les dispositions du droit de la concurrence, quel qu’il soit, ne font pas partie des valeurs essentielles et largement reconnues qui, selon les conceptions prévalant en Suisse, devraient constituer le fondement de tout ordre juridique”.

(50) Cf. RLx 16/1/2014 e STJ 23/10/2014, proc. n.º 1036/12.4YRLSB.S1, in <www.dgsi.pt>.

siva⁽⁵¹⁾. Mas já contraria a ordem pública internacional portuguesa o reconhecimento de uma decisão arbitral “estrangeira” que condenou um advogado português ao pagamento de uma compensação manifestamente excessiva resultante de uma cláusula penal por violação de um pacto de não concorrência⁽⁵²⁾.

Neste contexto, a ordem pública internacional permite também controlar a observância de um padrão mínimo de justiça processual, por forma concorrente com o fundamento de recusa de reconhecimento estabelecido na al. b) do n.º 1 do art. 5.º⁽⁵³⁾. Quer isto dizer, designadamente, que mesmo que o requerido não alegue ou prove uma violação do princípio do contraditório, o tribunal pode recusar o reconhecimento se verificar que há uma violação grave deste princípio com base no n.º 2⁽⁵⁴⁾.

A decisão do mérito da causa com base em regras ou princípios extra-estaduais (designadamente a *lex mercatoria* ou o Direito Internacional Público) não constitui, por si, uma violação da ordem pública internacional⁽⁵⁵⁾. O que conta, para efeito de compatibilidade com a ordem pública

⁽⁵¹⁾ Cf. RLx 11/12/2018, proc. n.º 2004/08.6TVLSB.12-7).

⁽⁵²⁾ Cf. RLx 2/6/2016 e STJ 14/3/2017, proc. n.º 103/13.1YRLSB.S1, in <www.dgsi.pt>. Estas decisões são inteiramente corretas, embora a fundamentação do acórdão do STJ mereça em alguns pontos reservas, designadamente quando reflete alguma confusão entre princípios gerais de Direito e princípios fundamentais no sentido relevante para a ordem pública internacional.

⁽⁵³⁾ Ver REMIRO BROTONS, *op. cit.*, 231; ANTÓNIO FERRER CORREIA — “Da arbitragem comercial internacional”, in *Temas de Direito Comercial. Arbitragem Comercial Internacional. Reconhecimento de Sentenças Estrangeiras. Conflitos de Leis*, 173-227, Coimbra, 1989, 196, ss.; e POUDET/BESSON, *op. cit.*, 909, ss. Sobre as concretizações desta ordem pública processual, ver SCHLOSSER, *op. cit.* [2002], *Anhang* § 1061 n.ºs 84, ss.

⁽⁵⁴⁾ Cf. VAN DEN BERG, *op. cit.*, 376, ss.

⁽⁵⁵⁾ Ver ARTHUR VON MEHREN — “To What Extent is International Commercial Arbitration Autonomous?”, in *Études Berthold Goldman*, 217-227, Paris, 1982, 224; BERTHOLD GOLDMAN — “Lex Mercatoria”, *Forum internationale* n.º 3, 15, ss.; SCHLOSSER, *op. cit.* [1989] 626 e [2002] *Anhang* §1061 n.º 119; FELIX DASSER — *Internationales Schiedsgerichte und Lex mercatoria. Rechtsvergleichender Beitrag zur Diskussion über ein nicht-staatliches Handelsrecht*, Zurique, 1989, 354, ss., e “Lex mercatoria: Werkzeug der Praktiker oder Spielzeug der Lehre”, *SZIER* (1991) 299-322, 314, ss.; DAVID RIVKIN in *Transnational Rules in International Commercial Arbitration, ICC Institute of International Business Law and Practice*, Paris, 1993, 78, ss. e 82, ss., assinalando o reconhecimento quase universal da exequibilidade de sentenças arbitrais baseadas em cláusulas designando princípios transnacionais e considerando ser provável que os tribunais estadunidenses sigam este entendimento; PIERO BERNARDINI — *L’arbitrato commerciale internazionale*, Milão, 2000, 203; e H.-P. SCHROEDER e B. OPPERMANN — “Anerkennung and Vollstreckung von Schiedsprüchen nach lex mercatoria in Deutschland, England und Frankreich”, *ZVglRWiss* 99 (2000) 410-443, 431, ss. Cf. VAN DEN BERG, *op. cit.*, 34, ss., que, além de sublinhar que na preparação da Convenção houve a preocupação de não fomentar a “anacionalidade” das sentenças, se baseia principalmente nos poderes dos tribunais estaduais referidos na Convenção para negar o reconhecimento de sentenças cuja vinculatidade se basearia na *lex mercatoria*; Id. — “Non-domestic arbitral awards under the 1958 New York Convention”, *Arbitration International* 2 (1986) 191-219, 442, ss.; PETER GOTTWALD — “Internationale

internacional, é a solução dada ao caso e não a fonte dos critérios de decisão⁽⁵⁶⁾.

Schiedsgerichtsbarkeit”, in *Internationale Schiedsgerichtsbarkeit*, org. por Peter Gottwald, 3-160, Bielefeld, 1997, 87, no sentido de o reconhecimento poder ser recusado com base no art. 5.º/1/c no caso de decisão segundo regras anacionais não autorizada pelas partes autores adiante citados com respeito à obrigação de reconhecer e executar estas decisões e, ainda, SCHROEDER/OPPERMANN, *op. cit.*, 434, ss. Observe-se que o STJ, no ac. 11/1/1977 [BMJ 263: 195], adotou uma posição particularmente favorável à reconhecibilidade de sentenças arbitrais baseadas em regras extra-estaduais, parecendo inegável que o STJ, na esteira da decisão da RCb., não viu, na circunstância de a decisão se fundar exclusivamente no contrato e nas regras da *Liverpool Cotton Association* (segundo a sua interpretação do texto do laudo arbitral), fundamento de oposição ao reconhecimento. A mesma orientação foi seguida pelo STJ no ac. 9/5/1978 [BMJ 276: 187].

⁽⁵⁶⁾ A doutrina dominante na Alemanha, que se opõe ao recurso à *lex mercatoria*, segue entendimento diferente. Segundo SCHWAB/WALTER, *op. cit.*, 361, as decisões que decidam segundo a *lex mercatoria* sem expressa autorização das partes não podem ser reconhecidas por violarem a ordem pública internacional. Também CHRISTIAN VON BAR e PETER MANKOWSKI — *Internationales Privatrecht*, Vol. I, 2.ª ed., Munique, 2003, 87], entendem que estas decisões violam a ordem pública internacional alemã, que não pode aceitar que no seu território pessoas privadas “produzam” Direito objetivo. Sem prejuízo, segundo os autores, de uma remissão expressa das partes para a *lex mercatoria* seja convertida numa autorização dada aos árbitros para que decidam segundo a equidade; uma decisão “baseada” na *lex mercatoria* contra uma parte alemã será em qualquer caso inaceitável do ponto de vista da ordem pública internacional quando provenha de um tribunal arbitral “estrangeiro”. Em sentido convergente, A. SPICKHOFF — “Internationales Handelsrecht vor Schiedsgerichten und staatlichen Gerichten”, *RabelsZ.* 56 (1992) 116-140, 134, ss. e 136, ss., admitindo que possa ser convertida em autorização para decidir segundo a equidade uma designação tácita da *lex mercatoria*, que se poderia inferir, designadamente, de as partes, a que os árbitros tenham comunicado a intenção de decidirem nessa base, não se lhe terem oposto. Cf. SCHLOSSER, *op. cit.* [1989: 533] e 65.ª Conferência da *International Law Association* (Cairo, 1992) in *Transnational Rules in International Commercial Arbitration*, 29], sustentando que não há, em princípio, impedimento à execução de sentenças arbitrais baseadas em regras transnacionais. DÁRIO MOURA VICENTE — *Da arbitragem comercial internacional. Direito aplicável ao mérito da causa*, Coimbra, 1990, 276, defendia que os tribunais portugueses podem recusar a confirmação de sentenças proferidas por árbitros no estrangeiro segundo a *lex mercatoria*, dentro do âmbito de aplicação da Convenção de Genebra (1927), com fundamento na al. c) do art. 2.º e, fora deste âmbito, na hipótese prevista na al. g) do art. 1096.º CPC antes da reforma de 1995/1996. Relativamente a esta última hipótese, o autor baseava-se numa interpretação do art. 33.º LAV 1986 que exclui a possibilidade de as partes ou, na sua omissão, os árbitros, escolherem a *lex mercatoria* para reger o fundo da causa. A al. g) do art. 1096.º foi entretanto eliminada e parece que o art. 1100.º/2 CPC antigo não se aplicava ao reconhecimento de decisões arbitrais. Em qualquer caso, entendendo que o art. 52.º LAV (à semelhança do art. 33.º LAV 1986) admite, dentro de certos limites, uma referência à *lex mercatoria* — ver LIMA PINHEIRO — *Direito Internacional Privado*, Vol. II — *Direito de Conflitos/Parte Especial*, 4.ª ed., Coimbra, 2015, § 77. No que toca à al. c) do art. 2.º da Convenção de Genebra (hoje com um âmbito de aplicação exíguo), há fundamento de oposição ao reconhecimento se “a sentença não tem relação com o desacordo visado no compromisso ou nas previsões da cláusula compromissória, ou contém decisões que ultrapassam os termos do compromisso ou da cláusula compromissória”. Parece que este fundamento de oposição poderia, quando muito, ser invocado nos casos em que as partes não submeteram o litígio à *lex mercatoria*. MOURA VICENTE, *op. cit.* [1990] 271 e 275, entende que os árbitros, ao decidirem nesta base sem o consentimento das partes, violaram o “mandato” que por elas lhes foi confiado. Contudo, o art. 2.º/c) da Convenção de Genebra, à semelhança do art. 5.º/1/c da Convenção de Nova Iorque, não parece abranger as hipóteses de violação da convenção

De resto, face a um sistema como o nosso que admite, dentro de certos limites, a aplicação de Direito extra-estadual na decisão do mérito da causa (art. 52.º/1 LAV), não há qualquer motivo para questionar o reconhecimento de decisões “estrangeiras” que procederam da mesma forma, pelo menos quando os árbitros respeitaram a designação das regras de Direito aplicáveis feita pelas partes.

VI. Outros aspetos

A *litispendência* e o *caso julgado* nacionais não são fundamento autónomo de oposição ao reconhecimento perante a Convenção de Nova Iorque. Os tribunais dos Estados Contratantes e os autores têm-se dividido sobre a questão de saber se a incompatibilidade com uma sentença anterior proferida no Estado de reconhecimento ou nela reconhecida é reconduzível à contrariedade à ordem pública internacional do Estado de reconhecimento⁽⁵⁷⁾.

No entanto, faz-se valer que mesmo que seja reconhecida uma decisão arbitral que contrarie uma decisão anterior proferida em Portugal ou reconhecida na ordem jurídica portuguesa, esta decisão prevalece nos termos do art. 625.º/1, CPC, e constitui fundamento de oposição à execução nos termos do art. 729.º/f conjugado com o art. 730.º, CPC. O resultado a que se chega é semelhante ao da recusa de reconhecimento e evita alargar o fundamento da contrariedade à ordem pública internacional a uma hipótese que não diz respeito à observância de um padrão mínimo de justiça substantiva e processual pela decisão sujeita a reconhecimento e que é geralmente autonomizada nos regimes aplicáveis ao reconhecimento de decisões judiciais estrangeiras.

Em todo o caso, parece que se deverá distinguir conforme a decisão arbitral posterior contraria uma decisão judicial anterior ou uma decisão

de arbitragem na decisão do mérito de causa. Por outro lado, a aplicação pelos árbitros de regras e princípios jurídicos extra-estaduais não constitui uma violação da convenção de arbitragem se as partes não designaram um Direito estadual.

⁽⁵⁷⁾ Ver WOLFF (org.), *op. cit.*, Art. V n.º 555. A questão é respondida afirmativamente por SHEPPARD, *op. cit.*, 242; SERAGLINI/ORTSCHEIDT, *op. cit.*, n.º 980; e ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO — *O Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras perante a Convenção de Nova Iorque e a Lei de Arbitragem Voluntária*, Coimbra, 2016, 215, com mais referências. Em sentido contrário, DÁRIO MOURA VICENTE — “A Convenção de Bruxelas de 27 de Setembro de 1968 Relativa à Competência Judiciária e à Execução de Decisões em Matéria Civil e Comercial e a Arbitragem”, *ROA* 56 (1996) 595-618, 1996, 618.

arbitral anterior. Se as partes aceitarem participar num novo processo arbitral com o mesmo pedido e a mesma causa de pedir, e não estiverem em causa direitos de terceiros, haverá razão para fazer prevalecer a decisão proferida no processo arbitral anterior?

Um outro problema que se colocou recentemente foi o do reconhecimento de decisões arbitrais que proibem uma das partes de propor ou prosseguir uma ação judicial (*anti-suit injunctions*)(⁵⁸). O Tribunal Justiça da União Europeia apreciou este problema na perspetiva da compatibilidade do reconhecimento com o Regulamento (CE) n.º 44/2001 Relativo à Competência Judiciária, ao Reconhecimento e à Execução de Decisões em Matéria Civil e Comercial (conhecido como Regulamento Bruxelas I), tendo concluído que este regulamento não se opõe a que um órgão jurisdicional de um Estado-Membro reconheça e execute, ou recuse reconhecer e executar, tais decisões arbitrais(⁵⁹). O mesmo entendimento vale perante o Reg. (UE) n.º 1215/2012 (Regulamento Bruxelas I *bis*) que veio substituir o Regulamento Bruxelas I. Por conseguinte, o reconhecimento destas decisões nos Estados-Membros fica inteiramente dependente do regime internacional ou interno aplicável na ordem jurídica do Estado de reconhecimento, mormente o regime interno aplicável ao reconhecimento de providências cautelares decretadas por tribunais arbitrais.

Por último, a execução da decisão arbitral reconhecida ao abrigo da *Convenção de Nova Iorque* rege-se pelo disposto no Direito processual vigente na ordem interna, sem prejuízo do disposto na Convenção, designadamente nos arts. 3.º a 5.º. Haverá que atender ao disposto no novo CPC, e designadamente ao art. 730.º deste código, que no que toca aos fundamentos de oposição à execução deve ser objeto de ajustamentos. Em princípio, não são admitidos fundamentos de oposição à execução mais exigentes que os fundamentos de recusa de reconhecimento e execução enunciados na Convenção. Todavia, ressalvam-se os fundamentos de oposição à execução estabelecidos pelo Direito interno que, embora não encontrem correspondência na Convenção de Nova Iorque, tenham caráter processual ou digam respeito a factos supervenientes extintivos ou modificativos da obrigação. Parece que os fundamentos de recusa de reconhecimento que tenham sido julgados improcedentes ou que poderiam ter sido conhecidos na ação de reconhecimento não podem ser invocados em oposição à execução.

(⁵⁸) Sobre a competência dos tribunais para decretarem estas medidas, ver BORN, *op. cit.*, 2501-2503.

(⁵⁹) TUE 13/5/2015, no caso *Gazprom* [*in curia.europa.eu*].

VII. Considerações finais

O presente estudo não tem por objeto indagar da necessidade de uma revisão da Convenção de Nova Iorque. Diversas propostas têm sido formuladas nesse sentido, mas o enorme sucesso da Convenção aconselha à maior prudência num eventual processo de revisão. Sem dúvida que podem ser introduzidos alguns melhoramentos e complementos, mas as tendências de desenvolvimento atrás assinaladas apontam mais para uma consolidação dos princípios estruturantes da Convenção, e para a sua correta articulação com o Direito interno dos Estados Contratantes, do que para uma alteração da filosofia subjacente ao regime convencional.

MAIORES ACOMPANHADOS: DA INCAPACIDADE À CAPACIDADE?

Por Mafalda Miranda Barbosa

SUMÁRIO:

1. Introdução. 2. O regime do acompanhamento de maiores — a razão de ser da alteração legislativa. 3. Acompanhamento de maiores — princípios ordenadores. 4. Os requisitos do acompanhamento. 5. O conteúdo do acompanhamento. 6. A capacidade do acompanhado. 7. O valor dos atos do acompanhado. 8. Breve reflexão conclusiva.

1. Introdução

Em 14 de Agosto de 2018, foi publicada a Lei n.º49/2018, que introduziu importantes alterações ao Código Civil. Em causa está, com a aprovação do diploma, a consagração do regime do maior acompanhado e a revogação dos clássicos institutos da interdição e da inabilitação⁽¹⁾. O portador de anomalia psíquica, o surdo-mudo, o cego, o pródigo, o que abusa do consumo de bebidas alcoólicas e de estupefacientes deixam de poder ser, *a priori*, considerados incapazes de exercício de direitos, no termo de um processo (de interdição ou de inabilitação, consoante os fundamentos e, no caso de dizerem respeito a ambas as incapacidades, consoante a gravidade dos mesmos) que visava protegê-los contra si próprios. A regra, agora, é a da capacidade de todos os que sejam maiores de dezoito anos,

(1) Cf., a este propósito, A. MENEZES CORDEIRO, “Da situação jurídica do maior acompanhado. Estudo de política legislativa relativo a um novo regime das denominadas incapacidades dos maiores”, *Revista de Direito Civil*, III/3, 2018, 473, ss.

prevendo-se, contudo, medidas de acompanhamento que garantam a salvaguarda dos interesses dos sujeitos em questão, quando se mostrem impossibilitados, por razões de saúde, deficiência, ou pelo seu comportamento, de exercer, plena, pessoal e conscientemente, os seus direitos ou de cumprir os seus deveres.

Nas páginas que se seguem pretendemos refletir um pouco sobre o novo regime de acompanhamento dos maiores. Ponderada a razão de ser da alteração ao quadro legal, compreendido o conteúdo do acompanhamento e assumidos os princípios que o regem, estaremos, finalmente, em condições de perceber se efetivamente se proscreve, ou não, do âmbito da maioridade toda e qualquer hipótese de incapacidade. *In fine*, teceremos, ainda, algumas considerações acerca dos atos praticados pelo maior acompanhado. A reflexão que se abre urge: na verdade, tradicionalmente, fomos ensinados a pensar que as incapacidades de exercício são impostas em nome da salvaguarda do próprio incapaz. Quererá o modelo agora consagrado implicar uma menor proteção? E o que pensar da constatação empírica de que existem, efetivamente, sujeitos que não se mostram aptos a movimentar a sua esfera de direitos e deveres, por falta de discernimento ou outras características? Ficcional-se-á uma qualquer capacidade que pouco apego tem à dimensão do ser?

2. O regime do acompanhamento de maiores — a razão de ser da alteração legislativa

Ao lidarmos com a teoria geral dos sujeitos da relação jurídica, somos confrontados com o conceito de capacidade de exercício (e, inversamente, de incapacidade de exercício). Trata-se, de acordo com uma formulação amplamente aceite⁽²⁾, da idoneidade para atuar juridicamente, adquirindo e exercendo direitos, assumindo e cumprindo obrigações, por ato próprio e exclusivo ou através de um representante voluntário.

A regra é a de que todas as pessoas, em nome da ineliminável dignidade que se lhes reconhece, e como decorrência da capacidade de gozo (atinentes não à suscetibilidade de pôr em movimento uma esfera de direitos, mas à titularidade desses mesmos direitos, traduzindo-se na suscetibilidade para ser titular de um círculo mais ou menos amplo de direitos e

(2) Cf., por todos, C. A. MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed., por A. PINTO MONTEIRO e PAULO MOTA PINTO, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, 220.

obrigações) que se lhes reconhece, têm capacidade de exercício. Porém, esta, ao contrário daquela, só se adquire quando o sujeito perfaz dezoito anos, isto é, aos menores não é reconhecida capacidade de exercício. Significa isto que, embora sejam titulares de direitos, os menores não podem exercê-los por ato próprio, carecendo de ser representados, em regra, pelos seus pais ou, em alternativa, pelo seu tutor. Havendo exceções, previstas no art. 127.º, CC, a implicar que, em nome da gradual maturação que ao menor é reconhecida, se permita que ele pratique autonomamente determinados atos, via de regra, o negócio celebrado pelo menor de dezoito anos é anulável a requerimento do representante legal (no prazo de um ano a contar do conhecimento, mas nunca depois de aquele ter atingido a maioria ou ser emancipado), do próprio menor (no prazo de um ano a contar da maioria ou emancipação), ou dos herdeiros (no prazo de um ano a contar da morte do menor, caso esta ocorra antes de terminado o prazo em que o próprio poderia arguir a invalidade).

Atingidos os dezoito anos, a pessoa adquire plena capacidade de exercício de direitos. Contudo, entendeu o legislador de 66 que, em determinadas situações, seria importante salvaguardar o sujeito contra si mesmo, contra a sua imperícia, contra a sua inabilidade, contra as suas fragilidades, retirando-lhe ou diminuindo-lhe a capacidade de exercício. As hipóteses ficariam contidas pela tipicidade dos fundamentos das incapacidades dos maiores, a dividir-se, segundo a gravidade, em interdição e inabilitação, conhecendo o regime uma feição excecional, a única que se compatibilizaria com as exigências ditadas pela dignidade da pessoa.

A evolução da estrutura social, a consciência da gravidade que os remédios referidos comportam para o incapaz e a influência de instrumentos de direito internacionais ditaram que, paulatinamente, se fosse questionando a bondade da solução consagrada no Código Civil. Esse processo reflexivo, primeiro com ecos apenas na doutrina e depois com projeção no plano político, culminou com a aprovação, pela Lei n.º 49/2018, de 14 de Agosto, do regime do maior acompanhado e a conseqüente revogação do regime da interdição e da inabilitação.

Vários foram, de facto, os aspetos dos regimes da interdição e da inabilitação que suscitaram críticas à doutrina.

Não obstante a maleabilidade que os regimes da interdição e da inabilitação ofereciam, por via de uma adequada interpretação do art. 127.º, CC, o certo é que correspondiam a uma solução rígida, pensada em abstrato para todas as situações em que os sujeitos se mostrassem, por força dos fundamentos taxativamente previstos, incapazes de reger a sua pessoa

e bens (no caso da interdição) ou os seus bens (no caso da inabilitação)^(3/4)

Entenderam os autores que, sobretudo, o interdito, em quase todos os negócios, ficava privado do exercício da sua vontade, que era manifestada exclusivamente pelo representante legal. E se é verdade que o ordenamento jurídico estabelecia limites para a atuação do tutor no que respeitava à esfera patrimonial, parecia deixar sem regulamentação a representação no campo pessoal, facto que a doutrina vinha a salientar como negativo. Por outro lado, porque o sistema era gizado em abstrato, sem ter em conta as especificidades de cada sujeito concreto, a solução que se dispensava era globalizante: havendo fundamento para a interdição e sendo esta decretada pelo Tribunal competente, o sujeito via-se impossibilitado de praticar qualquer ato, fosse ele próprio da sua vida pessoal, dissesse ele respeito ao seu património. Restava a inabilitação como solução mais ténue. Mas, na prática, ela poderia conduzir aos mesmos resultados⁽⁵⁾.

⁽³⁾ Cf. A. PINTO MONTEIRO, “O Código Civil Português entre o elogio do passado e um olhar sobre o futuro”, *Volume comemorativo do cinquentenário do Código Civil Português*, no prelo, e A. PINTO MONTEIRO, “O Código Civil Português entre o elogio do passado e um olhar sobre o futuro”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 146, n.º 4002, 2017, depondo no sentido da necessidade de alteração legislativa e considerando que a interdição é uma medida radical e rígida, que não corresponde a um «fato à medida».

⁽⁴⁾ Cf. PAULA VÍTOR, *A administração do património das pessoas com capacidade diminuída*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008; PAULA VÍTOR, “Pessoas com capacidade diminuída: promoção ou/ e protecção”, 175, ss.; JORGE DUARTE PINHEIRO, “As pessoas com deficiência como sujeitos de direitos e deveres. Incapacidades e suprimento — a visão do jurista”, *O Direito*, 142, 3, 2010, 465, ss. (também publicado em *Interdição e inabilitação*, coleção formação permanente, CEJ, 2005, 32, ss.). Para um elenco muito contundente das posições que se foram afirmando a propósito da interdição, cf. RAÚL GUICHARD ALVES, “Alguns aspetos do instituto da interdição”, *Direito e Justiça*, 9, Tomo 2, 1995, 131, ss., também publicado em *Interdição e inabilitação*, coleção formação permanente, CEJ, 2005, 39, ss., aqui 42:

“não falta quem critique o “carácter automático, global e estático” dos efeitos da interdição: “um sistema ablativo”, instaurando “uma permanente condição de verdadeira inferioridade jurídica”, que não atenderia à idoneidade ou aptidão concreta do sujeito, na “imponência qualitativa e quantitativa dos seus efeitos”. Quem deplora o pendor “patrimonialístico” da disciplina dos dois institutos; a que acresceria o facto de a administração do património, consentida ao tutor ou colocada sob controlo do curador, obedecer a critérios predominantemente “conservatísticos”. Quem acentue outros aspetos do regime legal que se traduzem num verdadeiro desfavorecimento do incapaz. Quem assinala ainda, como consequência perversa, o seu carácter antiterapêutico e disruptivo, a forte resistência com que amíude depara por parte do doente, ao arrepio da ideia médica de que a colaboração e empenho deste constituem, a maior parte das vezes, condição primeira da eficácia do tratamentos e cura; quem chame a atenção para a estigmatização, segregação e, em geral, abandono, a que o incapaz se encontra exposto. Quem denuncie a funcionalização dos institutos aos interesses dos familiares e de terceiros”.

Sobre o ponto, *vide*, igualmente, A. PINTO MONTEIRO, “O Código Civil Português entre o elogio do passado e um olhar sobre o futuro”, *Volume comemorativo do cinquentenário do Código Civil Português*, no prelo, considerando que “uma pessoa maior com deficiências deve poder ser ajudada sem que para isso tenha de perder a sua capacidade de exercício” e encontrando aqui o maior inconveniente dos regimes passados.

⁽⁵⁾ Cf. RAÚL GUICHARD ALVES, *Alguns aspetos do instituto da interdição*, 92. A questão é a de saber se, na prática, o regime de acompanhamento de maiores também não pode conduzir ao mesmo resultado.

Por outro lado, entendeu-se que o regime das incapacidades dos maiores acabava por não ter em conta a natureza gradual de algumas demências, *maxime* as que têm como causa a idade. É certo que a interdição e a inabilitação não surgiam *ex abrupto*, emergindo, antes, no termo de um processo judicial para o efeito, com a sua tramitação mais ou menos lenta. Daí que o regime dos atos praticados pelo interdito e pelo inabilitado não fosse o mesmo consoante a fase do processo em que nos encontrássemos: anuláveis depois do registo da sentença; anuláveis no período de pendência da ação, mas apenas se a interdição ou a inabilitação viessem a ser efetivamente decretadas e se mostrasse que o ato tinha causado prejuízo (aferido por referência ao momento da celebração do negócio e não por referência ao momento do julgamento) ao futuro incapaz; anuláveis segundo a disciplina da incapacidade acidental, caso tivessem sido celebrados antes da publicidade da ação. Mas, em nada se salvaguardava a possibilidade de o sujeito poder acautelar para o futuro, num momento em que ainda não se encontrava privado das suas capacidades intelectivas e/ou volitivas, como deveria ser feita a gestão do seu património. O problema foi debatido na doutrina, tendo-se defendido a possibilidade de celebração de um *mandato em previsão da incapacidade*(⁶). Eram, porém, muitos os problemas que se tinham de enfrentar, no plano do direito constituído e a constituir. Desde logo, deixava de ser possível revogar a procuração e deixava de haver controlo sobre a atuação do mandatário(⁷).

Apontava-se, igualmente, como inconveniente dos regimes uma certa rigidez no tocante aos fundamentos das incapacidades dos maiores, a deixar de fora as situações de incapacidade temporária, ainda que pudessem ser resolvidas por uma adequada compreensão do sistema.

Acresce que as medidas começaram a ser vistas como contraproducentes: para além do efeito estigmatizador que muitos lhes reconhecem, entendeu-se que contrariariam uma perspetiva de recuperação do incapaz, vendo-se na “interdição um instrumento antiterapêutico, suscetível de se repercutir desfavoravelmente no estado do paciente, muitas vezes considerada por este como uma intrusão injusta, com conotações discriminatórias e infamantes”(⁸).

No mais, os regimes apresentavam um forte pendor patrimonial e conservador, não oferecendo soluções congruentes no que respeita à esfera

(⁶) PAULA VÍTOR, *A administração do património das pessoas com capacidade diminuída*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008; PAULA VÍTOR, “Pessoas com capacidade diminuída: promoção ou/e proteção”, *Direito da Infância, da Juventude e do Envelhecimento*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, 175, ss.

(⁷) Por referência ao ordenamento jurídico alemão, cf. RAÚL GUICHARD ALVES, *Alguns aspetos do instituto da interdição*, 95.

(⁸) RAÚL GUICHARD ALVES, *Alguns aspetos do instituto da interdição*, 92.

pessoal do incapaz e orientando a atuação do representante legal pelos atos conservatórios do património do interdito⁽⁹⁾.

As diversas críticas foram orientadas por e determinaram uma mudança de paradigma⁽¹⁰⁾. De acordo com Pinto Monteiro, a pergunta agora já não é “aquela pessoa possui capacidade mental para exercer a sua capacidade jurídica?”, mas “quais os tipos de apoio necessários àquela pessoa para que ela exerça a sua capacidade jurídica?”⁽¹¹⁾. Parte-se de uma ideia de capacidade, para dotar a pessoa dos instrumentos necessários para a sua tutela nos casos pontuais — e sempre tendo em conta as particularidades de cada atuação ou domínio de atuação — em que dela careça. A solução já não é generalizante, procurando, pelo contrário, preservar até ao limite a possibilidade de atuação autónoma do sujeito. No fundo, pretende-se proteger sem incapacitar⁽¹²⁾.

3. Acompanhamento de maiores — princípios ordenadores

As medidas de acompanhamento visam, assim, assegurar o bem-estar e a recuperação do maior, garantir o pleno exercício dos seus direitos e o cumprimento dos seus deveres. Nessa medida, regem-se por uma *ideia de subsidiariedade*. A medida de acompanhamento só tem lugar quando as finalidades que com ela se prosseguem não sejam garantidas através dos deveres gerais de cooperação e assistência.

Além disso, procura-se salvaguardar a vontade do sujeito, em sintonia com as orientações internacionais, de tal modo que, consoante prescreve o art. 141^o/1, CC, o acompanhamento tem de ser requerido pelo próprio maior carecido de proteção ou, mediante autorização deste, pelo cônjuge, pelo unido de facto ou por qualquer parente sucessível. Prescinde-se, contudo, da autorização do beneficiário, quando este não possa livre e conscientemente prestá-la ou quando se considere existir um funda-

⁽⁹⁾ Novamente, RAÚL GUICHARD ALVES, *Alguns aspetos do instituto da interdição*, 42. Note-se, porém, que no tocante aos atos de natureza pessoal era possível mobilizar o art. 127.^o, CC, para, numa interpretação corretiva, encontrarmos nele o sustentáculo para o enquadramento daqueles.

⁽¹⁰⁾ A. MENEZES CORDEIRO, *Da situação jurídica do maior acompanhado. Estudo de política legislativa relativo a um novo regime das denominadas incapacidades dos maiores*, 542.

⁽¹¹⁾ A. PINTO MONTEIRO, *O Código Civil Português entre o elogio do passado e um olhar sobre o futuro*.

⁽¹²⁾ A. PINTO MONTEIRO, *O Código Civil Português entre o elogio do passado e um olhar sobre o futuro*.

mento atendível. Nessas hipóteses, o tribunal pode suprir a referida autorização. É ainda possível requerer-se o acompanhamento sem qualquer autorização por iniciativa do Ministério Público.

Por outro lado, na procura do *respeito pela autonomia da pessoa*, o acompanhante, sendo designado judicialmente, é escolhido pelo acompanhado ou pelo seu representante legal, e, só na falta de escolha, é que passa a ser deferido à pessoa que melhor salvaguarde o interesse do beneficiário, designadamente uma das previstas nas diversas alíneas do n.º 2 do art. 143.º, CC. Repare-se que a possibilidade de a escolha do acompanhante recair no representante legal do acompanhado explica-se pelo facto de, nos termos do art. 142.º, CC, o acompanhamento poder ser requerido e instaurado dentro do ano anterior à maioridade, para produzir efeitos a partir desta data. Nessa hipótese, atingida a maioridade, mantêm-se as responsabilidades parentais ou a tutela até ao trânsito em julgado da sentença que decreta o acompanhamento.

Para além de uma ideia de subsidiariedade, o acompanhamento de maiores rege-se por um *princípio de necessidade*. Nos termos do art. 145.º/1, CC, o acompanhamento limita-se ao necessário. Entre os diversos poderes que podem ser atribuídos ao acompanhante, contam-se: o exercício das responsabilidades parentais ou dos meios de as suprir; a representação geral ou especial, com indicação expressa das categorias das categorias de atos para que seja necessária; administração total ou parcial de bens; autorização prévia para a prática de determinados atos ou categorias de atos. O acompanhamento pode, assim, conduzir à representação legal, aplicando-se o regime da tutela, com uma diferença não desprecienda relativamente à interdição: é que enquanto esta era decretada de forma generalizante, a representação subjacente ao regime do acompanhamento é determinada em função das necessidades concretamente constatadas do beneficiário, podendo ser geral ou especial⁽¹³⁾.

A possibilidade de agir autonomamente por parte do acompanhado fica, assim, dependente do específico recorte que o juiz defina para a medida adotada. Em qualquer caso, e de acordo com o art. 147.º/1, CC, o acompanhado não fica privado do exercício de direitos pessoais⁽¹⁴⁾ nem impedido de celebrar negócios da sua vida corrente, com a ressalva

⁽¹³⁾ Sublinhe-se que os atos de disposição de bens imóveis ficam dependentes de autorização judicial prévia e específica — cf. art. 145.º/3, CC, numa solução muito criticável, como veremos.

⁽¹⁴⁾ O n.º 2 do art. 147.º especifica, de forma não taxativa, alguns dos direitos pessoais: direito de casar, direito de constituir uma união de facto, direito de procriar, direito de perfilhar, direito de adotar, direito de cuidar e educar os filhos, direito de escolher a profissão, direito de se deslocar no país ou no estrangeiro, direito de fixar o domicílio e residência, direito de testar.

de a decisão judicial dispor em sentido contrário ou de a própria lei o prever.

O princípio da necessidade justifica, ademais, que, à semelhança do que já acontecia com os regimes da interdição e da inabilitação, o acompanhamento cesse quando cessarem as causas que o justificaram. Pode ainda ser modificado, sempre que as causas que o fundam se modifiquem, o que só se explica pelo caráter particular que cada situação de acompanhamento conhece. Exige-se, igualmente, nos termos do art. 155.º, CC, que haja uma revisão periódica da situação de acompanhamento.

A autonomia do sujeito é ainda salvaguardada pela previsão do mandato com vista a acompanhamento, previsto no art. 156.º, CC, nos termos do qual “o maior pode, prevenindo uma eventual necessidade de acompanhamento, celebrar um mandato para a gestão dos seus interesses, com ou sem poderes de representação” (n.º 1). O mandato deve especificar os direitos envolvidos e o âmbito da eventual representação, sendo-lhe aplicável o regime geral do mandato (n.º 2). Ao decretar o acompanhamento, o tribunal aproveita o mandato, no todo ou em parte, pelo que o mesmo releva para a definição quer do acompanhante, quer do âmbito da proteção. O mandato é revogável a todo o tempo pelo mandante, podendo o tribunal fazê-lo cessar a qualquer momento, sempre que seja razoável presumir que a vontade do mandante seria no sentido da revogação⁽¹⁵⁾.

4. Os requisitos do acompanhamento

Importa, então, compreender quando é que se pode decretar uma medida de acompanhamento.

Com as alterações introduzidas pela Lei n.º 49/2018, o art. 138.º, CC, passa a dispor que “o maior impossibilitado, por razões de saúde, deficiência ou pelo seu comportamento, de exercer, plena, pessoal e conscientemente, os seus direitos ou de, nos mesmos termos, cumprir os seus deveres beneficia das medidas de acompanhamento previstas n[o] Código”.

A lei, ao contrário do que ocorria a propósito da previsão dos regimes de interdição e inabilitação, não descreve de modo fechado os fundamentos para a adoção da medida. Compreende-se que assim seja: se, no pas-

⁽¹⁵⁾ A. MENEZES CORDEIRO, *Da situação jurídica do maior acompanhado. Estudo de política legislativa relativo a um novo regime das denominadas incapacidades dos maiores*, 550, considerando a importância de o mandato passar sempre pelo crivo do Tribunal.

sado, o caráter gravoso das medidas — a importar a privação ou a restrição da capacidade de exercício — impunha um cumprimento rigoroso de uma ideia de proporcionalidade e necessidade que passaria, imperiosamente, pela natureza excecional dos remédios, a apontar para a tipicidade dos seus fundamentos, agora, não obstante a mesma natureza excecional (e de uma ideia de necessidade que continua a presidir ao regime), porque se parte da capacidade e não da incapacidade e porque se acolhe a vontade do beneficiário (relembre-se, para estes efeitos, que o acompanhamento tem de ser requerido pelo próprio maior carecido de proteção ou mediante autorização deste, só podendo ser decretado independentemente dessa vontade quando seja requerido por iniciativa do Ministério Público e só podendo ser suprida aquela autorização quando o maior não possa livre e conscientemente prestá-la ou quando se considere existir um fundamento atendível), o intérprete não tem de ficar limitado por um elenco rígido de fundamentos. O legislador optou, por isso e bem, pela delimitação do âmbito de relevância do instituto através de conceitos indeterminados.

São dois os requisitos para que possa ser decretado o acompanhamento, um de ordem subjetiva e outro de ordem objetiva.

No que ao primeiro respeita, haveremos de considerar *a impossibilidade de exercer plena, pessoal e conscientemente os direitos ou cumprir os deveres*. Em causa está, portanto, a possibilidade de o sujeito formar a sua vontade de um modo natural e são. Por um lado, há-de ter as capacidades intelectuais que lhe permitam compreender o alcance do ato que vai praticar quando exerce o seu direito ou cumpre o seu dever. Por outro lado, há-de ter o suficiente domínio da vontade que lhe garanta que determinará o seu comportamento de acordo com o pré-entendimento da situação concreta que tenha⁽¹⁶⁾. Em suma, trata-se da possibilidade de o sujeito se autodeterminar, no que respeita ao exercício dos seus direitos e ao cumprimento dos seus deveres.

A formulação legal deve, porém, ser compreendida com cautelas. Em primeiro lugar, cremos não estar apenas em causa o exercício (em sentido estrito) de direitos, mas também a própria aquisição de direitos. Do mesmo modo, não deverá estar apenas em causa o cumprimento (em sentido estrito) de deveres, mas a própria assunção desses mesmos deveres.

⁽¹⁶⁾ Pode não ter tal domínio da vontade porque ela está fragilizada ou porque não consegue torna-la atuante. Pense-se, por exemplo, na situação de um tetraplégico ou de uma pessoa que, sofrendo de uma atrofia muscular que não o afeta intelectualmente, não consegue pôr em marcha a sua vontade, de modo que dela se poderá dizer que não tem o domínio da vontade que lhe permita determinar o seu comportamento de acordo com o seu entendimento.

Em segundo lugar, e de modo relevantíssimo, haveremos de considerar que, contra o que poderia ser sugerido pela explicitação do requisito, não se trata da impossibilidade de se autodeterminar em relação a um exercício concreto de um particular direito (ou ao correspondente cumprimento concreto de um particular dever). Dito de uma forma mais direta, a lei prescinde agora dos requisitos da habitualidade e da durabilidade e permite que o acompanhamento seja decretado em relação a um especial domínio da vida do beneficiário. Mas, ainda assim, não se trata de definir uma medida de proteção para a prática de um pontual ato, de forma a suprir uma incapacidade (ou, de acordo com a intencionalidade do regime atual, uma menor capacidade) accidental, específica, também ela pontual. Significa isto que, embora desapareçam os referidos pressupostos (habitualidade e durabilidade), não se pode prescindir de uma certa ideia de constância, que, não obstante, com aquelas não se confunde. Admite-se, por isso, que o acompanhamento possa ser decretado em relação a situações transitórias e temporárias. Pense-se, por exemplo, no internamento subsequente a um acidente, tratamento ou intervenção cirúrgica, que deixa a pessoa impossibilitada de exercer os seus direitos por um período de tempo relativamente curto.

Quanto ao requisito de índole objetiva, exige-se que a impossibilidade para exercer os direitos ou cumprir os deveres se funde em *razões de saúde, numa deficiência ou no comportamento do beneficiário*. Novamente, a formulação afigura-se ampla, dando margem ao julgador para cumprir as finalidades normativas do regime em função das especificidades dos casos com que se depare. A jurisprudência terá, estamos seguros disso, um papel fundamental na densificação deste tríptico de fundamentos. Mas, enquanto os Tribunais (maxime os Tribunais superiores) não se pronunciarem judicativamente sobre estas questões, cabe à doutrina ensaiar algumas respostas. Para tanto, será fundamental quer o conhecimento da base sociológica que subjaz à disciplina jurídica em apreço, quer do quadro regulativo anterior.

Nas razões de saúde integram-se quer as patologias de ordem física, quer as patologias de ordem psíquica e mental. Parece, portanto, haver um alargamento em relação ao quadro de fundamentos das interdições e inabilitações. Deixamos de estar limitados pela noção de anomalia psíquica e pelas dificuldades de recondução de algumas doenças que, afetando sistemicamente o corpo humano, podem não contender diretamente com a mente. Pense-se, por exemplo, nas doenças do sistema nervoso periférico que, provocando uma atrofia muscular absolutamente incapacitante, não alteram o pensamento. Por outro lado, e como já referido anteriormente,

porque se abandona o requisito da durabilidade da situação, podemos reconduzir às razões de saúde um estado de coma transitório provocado por um acidente ou uma intervenção cirúrgica envolta em problemas.

Aquém deste alargamento, integram-se no âmbito de relevância do requisito todas as hipóteses que já antes eram contempladas pelas incapacidades dos maiores, v.g. esquizofrenias, depressões, psicoses maníaco-depressivas, doenças senis, demências pré-senis, parafilias, esclerose lateral amiotrófica⁽¹⁷⁾.

A deficiência, por seu turno, não tem de ser congénita, mas aponta, segundo a definição da OMS, para “qualquer perda ou anomalia da estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatómica, contemplando quer as alterações orgânicas, quer as funcionais”⁽¹⁸⁾, e integrando três dimensões, física (somática), mental (psíquica) e situacional (*handicap*)⁽¹⁹⁾. Integram-se na previsão normativa os cegos e os surdos-mudos, a que já se referia o anterior regime das interdições e inabilitações, tal como se integram as deficiências mentais, aí também contempladas. Fundamental é que a deficiência limite o desempenho do sujeito em termos volitivos e/ou cognitivos. Serão, por isso, residuais as situações de cegueira ou surdez-mudez que possam fundar o regime do acompanhamento, na medida em que dificilmente determinarão a limitação da possibilidade de exercer direitos e cumprir deveres. Mas tal não significa que sejam inexistentes. Do mesmo modo, se em concreto uma qualquer deficiência redundar em tal *handicap* pode lançar-se mão da medida.

Mais complexa parece ser a interpretação do segmento *pelo seu comportamento*. Se dúvidas parece não haver no tocante à possibilidade de, por essa via, se contemplarem os casos de comportamento pródigo, comportamento condicionado pelo abuso de bebidas alcoólicas e estupefacientes, hesita-se em saber se o regime se queda nestas hipóteses ou se permite que outros comportamentos inviabilizadores do exercício de direitos e do cumprimento de deveres possam ser tidos em conta para efeitos de decréscimo do acompanhamento.

(17) Retoma-se aqui a lista exemplificativa oferecida por Capelo de Sousa — Rabindranath CAPELO DE SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, II, 40.

(18) OMS, *International Classification of Impairments, Disabilities and Handicaps*, 1989. Para uma análise do conceito, em relação com o regime do acompanhamento, *vide*, entre nós, o parecer do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, 100/CNECV/2017, 11, ss.

(19) A tripartição a que se alude é-nos oferecida no parecer do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, 100/CNECV/2017, 11. O *handicap* é, aí, definido como “o resultado de uma deficiência ou de uma incapacidade limitativa do desempenho de uma atividade do indivíduo, em concreto, tendo em conta a sua idade, o sexo e a realidade sociocultural em que se insere, refletindo a sua adaptação e a interação”.

A questão não é, contra o que se poderia pensar, absolutamente nova. Já no passado se ponderou se determinados vícios comportamentais poderiam conduzir à exclusão da capacidade de exercício do sujeito. Na vigência do Código de Seabra, Ferrer Correia e Eduardo Correia consideravam que a vida viciosa, desregrada e dissoluta constituía um indício de que o sujeito não conseguiria gerir os seus interesses pessoalmente, embora ligassem as hipóteses a formas de perturbação psíquica que afastavam a possibilidade de autodeterminação⁽²⁰⁾. Mas a solução suscitou inúmeras críticas. Raul Guichard pronuncia-se expressamente contra ela⁽²¹⁾. E acrescenta outras hipóteses que, segundo o seu posicionamento, não poderiam dar lugar à interdição ou, sequer, à inabilitação. O autor oferece-nos inúmeros exemplos: “anormalidade constitucional, unida à megalomania”⁽²²⁾, “desvios das orientações sexuais, como a pedofilia, o sadomasoquismo”, forma de comportamento que revele desinteresse pela gestão dos próprios assuntos, “desleixo na cura da própria pessoa (no vestuário, na limpeza, etc.)”, “formas alternativas de condução de vida”, “atitudes excêntricas”, “comportamentos socialmente indesejáveis”⁽²³⁾.

No mais, Raul Guichard afastava do âmbito de relevância da inabilitação

“situações de prodigalidade ‘motivada ou ideológica’, por ‘lúcida determinação’ ou por ‘gozo solipsista’. Por exemplo, alguém decide, consciente e livremente, começar a esbanjar todos os seus bens com o plano de ir viver como ermitão andrajoso num local remoto ou tencionado juntar-se a uma comunidade *hippie*; ou um filantropo despoja-se do seu património; ou alguém oferece tudo o que é seu a uma instituição da caridade, na previsão de ingressar numa ‘ordem mendicante’; ou, numa ‘crise de meia-idade’, entrega-se ao desfrute imoderado dos ‘prazeres da vida’”⁽²⁴⁾.

Convergimos com o autor em alguns dos exemplos apresentados. Mas não em todos. E, para tanto, contribuirá por certo a alteração de paradigma a justificar um modelo de proteção com uma intencionalidade diversa. Vejamos.

Parece-nos claro que alguém que oferece tudo o que é seu a uma instituição da caridade, na previsão de ingressar numa “ordem mendicante”, no exemplo de Raul Guichard, não deveria, no passado, ser submetido ao

⁽²⁰⁾ FERRER CORREIA/EDUARDO CORREIA, “Fundamento da interdição por demência”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 86, 1954, 289, ss.

⁽²¹⁾ RAUL GUICHARD, *Alguns aspectos do instituto da interdição*, 70.

⁽²²⁾ RAUL GUICHARD, *Alguns aspectos do instituto da interdição*, 70. Abre, porém, a porta a que pudesse haver lugar à inabilitação.

⁽²³⁾ RAUL GUICHARD, *Alguns aspectos do instituto da interdição*, 71.

⁽²⁴⁾ RAUL GUICHARD, *Alguns aspectos do instituto da interdição*, 71.

regime da inabilitação, como não deve, hoje, ser alvo de uma medida de acompanhamento. É que neste caso o sujeito não se mostrava incapaz de reger os seus bens, nem se mostra impossibilitado de, pelo seu comportamento, exercer os seus direitos ou cumprir os seus deveres. Pelo contrário, a pessoa, no exercício da sua absoluta (e mais radical) liberdade, autodetermina-se e orienta a sua vida por uma vocação concreta a que é chamado. Ponderação diversa há-de ser feita nas situações em que o indivíduo tem uma compulsão para determinado tipo de comportamento que coarta a sua liberdade ou em que, fruto de um dado comportamento, perde a possibilidade de, sem qualquer condicionante de tipo aditivo ou de outro tipo, dominar a sua vontade, vendo-se, por isso, impossibilitado de exercer os seus direitos de forma livre.

Acresce que, diante do novo regime, não estamos balizados, na tarefa interpretativa, por um princípio de tipicidade que limite a autónoma constituição normativa, pelo que podemos ir, orientados por este critério-guia, além das hipóteses clássicas de prodigalidade, de consumo de bebidas alcoólicas e de estupefacientes. Fundamental é que o comportamento concreto se repercuta na impossibilidade de exercer direitos e cumprir deveres, isto é, que o comportamento seja causa, em concreto, pelo menos num domínio específico da vida, da falta de autodeterminação da pessoa. Pense-se por exemplo no sujeito A que é viciado em jogo, condicionando a gestão dos seus interesses patrimoniais por causa dessa adição. Mas pense-se, também, numa solução que dista daquela a que chegaríamos no quadro do regime da interdição e inabilitação, na hipótese tratada pela jurisprudência da pessoa que tinha um “enorme *deficit* cultural, fruto do anterior *modus vivendi* (pastorícia e amanho da terra, de manhã à noite), paupérrimo em possibilidades de aquisição de conhecimentos”. Repare-se que em causa não pode estar, apenas, o *deficit cultural*, mas o comportamento generalizado do sujeito na sua vida que, ao gerá-lo, determina a impossibilidade de se autodeterminar livremente, uma vez que retira uma adequada compreensão da realidade que deve ser pressuposta na celebração dos diversos negócios jurídicos ou, pelo menos, de alguns deles.

Na determinação do âmbito de relevância do acompanhamento, haveremos de ter em conta uma outra ideia. O regime é edificado com base num princípio de subsidiariedade. Visando assegurar o bem-estar e a recuperação do maior, garantir o pleno exercício dos seus direitos e o cumprimento dos seus deveres, a medida de acompanhamento só é decretada quando as finalidades que com ela se prosseguem não sejam garantidas através dos deveres gerais de cooperação e assistência, o que significa que, independentemente da verificação dos requisitos subjetivo e objetivo da

medida de acompanhamento, pode não se justificar normativamente a nomeação de um acompanhante.

Por último, reforçamos uma nota: porque a ideia não é incapacitar o sujeito, mas auxiliá-lo, dando-lhe o apoio necessário, para que exerça na plenitude a sua capacidade jurídica, o intérprete deixa de estar preso a uma lógica de taxatividade, o que torna viável uma maior flexibilidade. Acresce que o acompanhamento é decretado a pedido do beneficiário ou mediante sua autorização. Assim sendo, o julgador poderá ser menos restritivo. E se é verdade que, em situações residuais, a mencionada autorização pode ser suprida pelo tribunal e que, noutras, o Ministério Público pode requerer o acompanhamento independentemente de autorização, então, haveremos de reservar para essas hipóteses um maior rigor no controlo dos fundamentos da adoção da medida. Institui-se, portanto, um sistema móvel, em que a falta de manifestação de vontade por parte do acompanhado deve ser compensada por uma maior exigência na verificação dos requisitos que se analisam neste ponto expositivo.

5. O conteúdo do acompanhamento

O conteúdo do acompanhamento é variável de acordo com as necessidades concretamente evidenciadas pelo sujeito beneficiário. O acompanhamento corresponde, na expressão de Pinto Monteiro, a um *fato à medida*⁽²⁵⁾ e, assim sendo, o desenho concreto que conheça fica dependente das necessidades específicas do acompanhado.

Inultrapassável é, com efeito, a regra segundo a qual o acompanhamento se deve limitar ao necessário. Orientado por este padrão de necessidade, o Tribunal pode atribuir ao acompanhante um ou vários poderes, consoante o que seja requerido pela concreta situação do acompanhado, fazendo, assim, intervir diversos regimes jurídicos. Entre as funções que se podem atribuir ao acompanhante, destacam-se, nos termos do art. 145.º/2, CC, como já tínhamos referido *supra*, o exercício das responsabilidades parentais ou dos meios de as suprir; a representação geral ou especial, com indicação expressa, neste caso, das categorias de atos para que seja necessária; a administração total ou parcial de bens; a autorização

(25) A. PINTO MONTEIRO, “O Código Civil Português entre o elogio do passado e um olhar sobre o futuro”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 146, n.º 4002, 2017. No mesmo sentido, cf. A. MENEZES CORDEIRO, *Da situação jurídica do maior acompanhado. Estudo de política legislativa relativo a um novo regime das denominadas incapacidades dos maiores*, 542.

prévia para a prática de determinados atos ou categorias de atos; intervenções de outro tipo.

Significa isto que as situações de acompanhamento podem ser muito díspares, indo desde um mínimo até um máximo, em que o acompanhado é representado na celebração dos diversos negócios jurídicos em que seja parte. No meio-termo, encontramos situações de assistência.

No que diz aos atos de disposição de bens imóveis, determina o art. 145.º/3, CC, que eles carecem sempre de autorização judicial específica. Tratando-se de um ato do acompanhante em nome do acompanhado, tal já resultava das regras do art. 1938.º, CC, conjugado com o art. 1889.º, CC. Estes preceitos são, aliás, mais amplos. De facto, enquanto a norma do art. 145.º/3, CC, fala da disposição⁽²⁶⁾ de bens imóveis, o art. 1938.º/1 a), CC, refere-se a alienação e oneração de bens não suscetíveis de deterioração. E, embora o conceito de disposição pareça ser, em certa medida, mais amplo do que o de alienação, as restantes alíneas dos artigos citados contemplam hipóteses que se integrariam no conceito de disposição⁽²⁷⁾. A verdade é que os preceitos em questão se continuam a aplicar ao maior acompanhado, não pela equiparação ao menor — que inexistente — mas por expressa determinação do art. 145.º/4, CC. Resta, portanto, a questão de saber se o n.º 3 do art. 145.º se deve ou não aplicar às situações em que o acompanhante se limita a dar a sua autorização para que o acompanhado atue⁽²⁸⁾.

No exercício das suas funções, e de acordo com o art. 146.º/1, CC, o acompanhante privilegia o bem-estar e a recuperação do acompanhado, com a diligência requerida a um *bonus pater familiae*, tendo em conta as circunstâncias da situação concreta. O instituto orienta-se, como não pode-

(26) O conceito de ato de disposição não se confunde com o de ato de alienação. Basta pensar que a doação, configurando uma alienação da coisa, escapa à distinção entre os atos de disposição e os atos de mera administração, por não ser um ato de gestão patrimonial — nesse sentido, cf. C. A. MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 406, ss., em especial 410. Pense-se, ainda, que alguns atos que, sendo considerados atos de disposição (arrendamento superior a 6 anos), não envolvem qualquer alienação e que determinados atos de alienação podem não se configurar como atos de disposição (quanto a estes veja-se, contudo, as demais alíneas dos citados arts. 1889.º e 1938.º). Nessa medida, o recurso às regras da tutela pode ser importante não só pela delimitação mais ampla do objeto em questão, como pela própria natureza do negócio em causa.

(27) Note-se, porém, que quem compra também celebra um negócio de disposição, donde o art. 145.º/3 acaba por, nessa perspetiva, ser mais amplo do que os restantes artigos citados. Mas só nessa perspetiva.

(28) Não cremos que a resposta deva ser positiva. Se assim fosse, a situação do acompanhado ficaria mais limitada do que a do inabilitado, contra aquela que era a intencionalidade da lei. Se o acompanhado apenas necessita de assistência, isso significa que ele próprio pode funcionar como controlo da atuação do acompanhante. O art. 145.º/3, CC, visa isso mesmo: impedir abusos por parte do acompanhante. Simplesmente, a atuação conjunta nas hipóteses de assistência parece afastar a relevância da intencionalidade normativa.

ria deixar de ser, pelo supremo interesse do acompanhado. Por isso, em caso de conflito de interesses, deve o acompanhante abster-se de agir ou, em caso de necessidade, solicitar ao Tribunal a autorização para a prática do ato. Caso não o faça, o negócio celebrado é considerado anulável, nos termos do art. 261.º, CC, por remissão do art. 150.º/2, CC.

Prevê-se no art. 261.º, CC, a invalidade do negócio consigo mesmo. No seio da representação voluntária, o representante não pode celebrar, em nome do representado, negócios consigo mesmo, já que, dessa forma, acabaria por preterir o interesse de quem lhe havia outorgado poderes de representação. Comina-se, por isso, o negócio consigo mesmo com a anulabilidade, considerando-se, porém, que ele pode ser válido quando o representado haja especificamente consentido na celebração, ou quando, pela sua natureza, se exclua o conflito de interesses.

O âmbito de relevância do art. 150.º, CC, é mais amplo. Não está em causa a específica celebração de negócios jurídicos, mas qualquer forma de atuação que envolva um conflito de interesses. Em causa pode estar, por exemplo, a simples autorização para a celebração de um negócio pelo acompanhado.

Por outro lado, a mobilização do regime do art. 261.º, CC, requer algumas cautelas. De facto, quando lidamos com as exceções à anulabilidade do negócio consigo mesmo, havemos de ter em conta que elas não podem ser automaticamente transpostas para o âmbito do acompanhamento. Em primeiro lugar, sempre que em causa esteja uma hipótese de representação pelo acompanhante, haveremos de considerar que não faz sentido falar do específico consentimento que possa ter sido prestado pelo acompanhado: é que nessa hipótese, ao contrário do que sucede ao nível da representação voluntária, estamos num âmbito em que o acompanhante/representante é chamado a agir por o acompanhado não conseguir fazê-lo por si, acautelando os seus interesses. E o mesmo se diga para as situações em que o negócio tem de ser autorizado pelo acompanhante: seria contraditório exigir que, para a sua validade, o acompanhado prestasse a sua autorização para a celebração de um negócio que, depois de autorizado pelo acompanhante, seria celebrado pelo próprio.

Em segundo lugar, estando em causa não a celebração de um negócio consigo mesmo, mas a existência de um conflito de interesses que afete a atuação do acompanhante, teremos de concluir que, inexistindo tal conflito, nem sequer se verifica a previsão normativa que impõe a remissão para o art. 261.º, CC.

6. A capacidade do acompanhado

A capacidade de exercício é entendida como a suscetibilidade para, por ato próprio e exclusivo, ou mediante representante voluntário, adquirir e exercer direitos, assumir e cumprir obrigações⁽²⁹⁾. No quadro do regime do acompanhamento, parte-se da ideia de que o acompanhado mantém a sua capacidade de exercício. Contudo, consoante a modelação que, em concreto, a medida possa conhecer, pode ser atribuído ao acompanhante o poder para representar genérica ou especificamente o beneficiário ou para autorizar a celebrar determinados negócios.

Significa isto que, em determinadas situações, o regime do acompanhamento pode redundar na limitação (mas não exclusão) da capacidade de exercício do indivíduo. Falamos de limitação e não de exclusão por dois motivos. Em primeiro lugar, ao contrário do que sucedia ao nível da interdição, a representação pode não ser determinada em termos genéricos; em segundo lugar, ainda que assim seja, continua a ser livre a celebração de negócios da vida corrente, nos termos do art. 147.º/1, CC, exceto se por decisão judicial ou por prescrição legislativa se determinar o contrário. Donde, afinal, aquela exclusão poderá ter lugar. Serão, porém, hipóteses excecionais e ainda assim determinadas pela necessidade comunicada pelo caso concreto.

O conceito de negócios da vida corrente é familiar ao jurista. O art. 127.º, CC, que antes da aprovação da Lei n.º 49/2018 também se aplicava aos incapazes maiores, refere-se à categoria na alínea *b*) do n.º 1, que considera que são excepcionalmente válidos “os negócios jurídicos da vida corrente do menor que, estando ao alcance da sua capacidade natural, só impliquem despesas, ou disposições de bens, de pequena importância”.

No que respeita ao menor e à interpretação do citado art. 127.º/1, *b*), CC, são três os requisitos de validade dos negócios celebrados pelo menor: o negócio tem de dizer respeito à vida corrente do menor; o negócio tem de estar ao alcance da capacidade natural (entendimento e vontade) do menor; o negócio apenas pode implicar despesas ou disposição de bens de pequena importância. Quanto a este último requisito, a doutrina não é unânime: alguns autores sustentam que se deve aferir da pequena ou grande importância das despesas tendo em conta as circunstâncias do caso concreto e a capacidade financeira do menor e do seu agregado familiar⁽³⁰⁾;

⁽²⁹⁾ Cf., novamente, C. A. MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 221.

⁽³⁰⁾ Nesse sentido, cf. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil anotado*, I, 135; RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, II, 10, nota 13.

outros defendem que a determinação do requisito deve ser feita de acordo com critérios objetivos e absolutos⁽³¹⁾. Independentemente do melhor posicionamento na matéria, a verdade é que o pressuposto estará sempre balizado pela ideia de vida corrente do menor, ou seja, pela ideia do que é habitual e comum a um menor naquelas circunstâncias⁽³²⁾ e pela possibilidade de o menor, pela sua capacidade natural, entender o alcance do negócio e conseguir determinar-se por esse entendimento.

Verdadeiramente, os dois últimos requisitos analisados complementam-se, embora não se confundam, já que, se um ato que esteja ao abrigo da capacidade natural do menor pode não ser um ato da vida corrente, dificilmente este não estará integrado naquela capacidade. Isso mesmo se percebe na explicitação que Luís Carvalho Fernandes faz da noção de negócio da vida corrente do menor. Diz-nos o autor que se tratam dos “negócios que a generalidade das pessoas normalmente celebra, para satisfação das exigências normais do dia-a-dia da vida em sociedade”⁽³³⁾. Não cremos, porém, que tenhamos de estabelecer uma perfeita equivalência entre a noção de negócio da vida corrente e negócio do quotidiano. Atentas as particularidades do caso, podemos considerar que são negócios da vida corrente de um menor aqueles que um menor, naquelas circunstâncias, celebraria, mesmo que não se reconduza ao seu dia-a-dia. Assim, por exemplo, parece ser de considerar válido o negócio de compra e venda de um bilhete que o menor adquire para assistir a um concerto.

Estes dados mais ou menos sedimentados na doutrina e jurisprudência devem ser aproveitados pelo jurista para interpretar o novo art. 147.º/1, CC. Os negócios da vida corrente são, portanto, os negócios que a generalidade das pessoas celebra ou para satisfação das necessidades do dia-a-dia ou para satisfação de necessidades que, ultrapassando o quotidiano, fazem ainda parte do ordinário da vida. Assim, por exemplo, é livre a compra pelo acompanhado de um livro para oferecer a um amigo no seu aniversá-

⁽³¹⁾ Cf. RAUL GUICHARD, “Sobre a incapacidade dos menores no direito civil e a sua justificação”, 39. Repare-se que o autor considera que é necessário ter em conta as circunstâncias do caso concreto. Na verdade, “um critério objetivo, obedecendo ao entendimento normal no tráfego jurídico, pode não se mostrar tão eficaz na proteção do menor (notar-se-á a este propósito que no direito alemão, no § 105.º BGB, onde os pressupostos da eficácia dos negócios da vida corrente do menor são entendidos de maneira objetiva, se excluem as situações onde exista perigo relevante para a pessoa ou património daquele)”. Contudo, no que respeita à consideração da situação económica e social, rejeita tal hipótese, por resultar daí uma diferença de tratamento inadmissível entre um menor com um amplo património e um menor com um património diminuto. Veja-se, ainda, nesta corrente, LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, I, 6.ª ed., Lisboa, UCE, 2012, 254.

⁽³²⁾ Cf. RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, II, 10, nota 11.

⁽³³⁾ LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, 254.

rio, a aquisição de um bilhete para um concerto ou um espetáculo tauromáquico, mas já não a compra de um automóvel⁽³⁴⁾.

Para além destes negócios, o acompanhado mantém, em regra, a sua capacidade para o exercício de direitos pessoais. Como também já tivemos oportunidade de referir, o n.º 2 do art. 147.º, CC, oferece um elenco exemplificativo de direitos pessoais: direito de casar, de constituir uma união de facto, de procriar, de perfilhar, de adotar, de cuidar e de educar os filhos ou os adotados, de escolher a profissão, de se deslocar no país ou no estrangeiro, de fixar domicílio e residência, de estabelecer relações com quem entender e de testar.

A aparente simplicidade enunciativa requer mais esclarecimentos.

Desde logo, importa frisar que há, efetivamente, mais direitos pessoais do que aqueles que são referidos pelo legislador. Em rigor, todos os direitos de personalidade podem ser qualificados como direitos pessoais, o que significa que, por norma, a limitação voluntária destes direitos pode ser exercida livremente pelo acompanhado, exceto se a decisão judicial decretar o contrário ou a lei dispuser de outro modo.

Por outro lado, há que ter em conta preceitos específicos do Código Civil, que dizem respeito a alguns destes direitos.

Nos termos do art. 1601.º/b), CC, é um impedimento dirimente absoluto, obstando ao casamento da pessoa a quem respeita a demência notória, meso durante os intervalos lúcidos, e a decisão de acompanhamento, quando a sentença respetiva assim o determine. Antes da entrada em vigor da Lei n.º 49/2018, a norma falava de demência notória, mesmo durante os intervalos lúcidos, e a interdição ou inabilitação por anomalia psíquica. Não se especificando, agora, o fundamento do acompanhamento que pode dar origem a um impedimento dirimente absoluto, abre-se a possibilidade de o juiz, em atenção às especificidades do caso, vir a excluir o direito ao casamento. Se assim ocorrer e o casamento se vier a celebrar, ele é anulável, podendo ser arguida a anulabilidade, nos termos dos arts. 1639.º e 1643.º/1a), CC pelo acompanhado, no prazo de seis meses a contar da cessação da medida de proteção. A anulabilidade pode ainda ser arguida pelo outro cônjuge, por qualquer parente em linha reta ou até ao quarto grau da linha colateral, pelos herdeiros e adotantes dos cônjuges, pelo Ministério Público e pelo acompanhante, no prazo de três anos a contar da celebração do casamento. O segmento final do art. 1643.º/1a), CC, dispõe que a ação proposta por outra pessoa que não o cônjuge em relação ao qual

(34) O acompanhado pode, porém, manter a sua capacidade para a aquisição do automóvel, consoante o âmbito e conteúdo do acompanhamento que seja definido em concreto.

se verifica o impedimento dirimente não pode ter lugar depois de o menor ter atingido a maioridade ou de ter cessado a incapacidade natural. Não se faz qualquer referência à cessação da medida de acompanhamento, ao contrário do que ocorria na anterior versão do preceito em que se mencionava expressamente o levantamento da interdição ou inabilitação. Cremos, porém, que depois da cessação do acompanhamento, não terá qualquer sentido conferir legitimidade para a ação ao acompanhante. Tal, aliás, contrariaria o sentido e a intencionalidade do regime que se edifica⁽³⁵⁾.

Nos termos do art. 1850.º/1, CC, “têm capacidade para perflhar os indivíduos com mais de 16 anos, se não forem maiores acompanhados com restrições ao exercício de direitos pessoais, nem forem afetados por perturbação mental notória no momento da perflhação”. Caso o acompanhado com restrições ao exercício de direitos pessoais perflhe contra o disposto no art. 1850.º/1, CC, a perflhação é anulável. Pode arguir a anulabilidade de o próprio perflhante ou o seu acompanhante, se assim resultar das medidas de acompanhamento judicialmente decretadas. O prazo é de um ano a contar da data da perflhação, quando intentada pelo acompanhado com poderes de representação ou do termo da limitação, quando a ação seja intentada por quem perflhou sendo acompanhado, de acordo com o art. 1861.º, CC.

Nos termos do art. 2189.º, CC, são incapazes de testar os maiores acompanhados, nos casos em que a sentença de acompanhamento assim o determine, sendo nulo o testamento feito pelo incapaz, de acordo com o art. 2190.º, CC.

Entende-se tradicionalmente que estes três preceitos — o art. 1601.º, 1850.º e 2189.º, CC — lidam com a capacidade de gozo (prevendo, como exceção à regra da plenitude da capacidade de gozo das pessoas singulares, hipóteses de incapacidades de gozo) e não com a capacidade de exercício⁽³⁶⁾. E com razão. Estamos, na verdade, diante de situações em que os atos não podem ser concluídos por outra pessoa em nome do titular do direito, nem por este com autorização de um terceiro. No fundo, não há forma de suprimento da incapacidade⁽³⁷⁾.

Ora, o que se conclui, então, é que o novo regime do acompanhamento de maiores alarga a capacidade de gozo dos sujeitos. É que, enquanto no anterior regime a previsão era, genericamente, a da incapaci-

(35) De notar, no quadro da celebração de casamento, os arts. 1708.º, relativo à celebração de convenções antenupciais; 1769.º, relativo à legitimidade para requerer a separação judicial de pessoas e bens; 1785.º, relativo à legitimidade para requerer o divórcio.

(36) Cf. C. A. MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 220, ss.

(37) C. A. MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 222.

dade para testar dos interditos por anomalia psíquica, da incapacidade para perfilhar dos interditos por anomalia psíquica, e a incapacidade para casar dos interditos e inabilitados por anomalia psíquica, agora a incapacidade fica dependente de ser decretada na sentença que estabelece o acompanhamento, isto é, fica dependente da concreta perturbação (e da específica valoração que o juiz dela faça) do acompanhado.

7. O valor dos atos do acompanhado

Se, porventura, o acompanhado praticar um dos atos para os quais a sentença definiu que ele deveria ser representado ou assistido, tal negócio é anulável, nos termos do art. 154º, CC.

Haveremos, porém, de ter em conta diversos momentos para poder afirmar com segurança qual o valor do ato praticado. Assim, se for levado a cabo *depois do registo do acompanhamento*, a anulabilidade avulta sem outros requisitos adicionais. Porém, se praticado *depois de anunciado o início do processo de acompanhamento, mas antes daquele registo*, o ato é anulável, exigindo-se, contudo, que uma decisão final de acompanhamento seja decretada e que tenha causado prejuízo do acompanhado.

Estas eram já exigências que o Código Civil formulava para a anulabilidade dos atos praticados pelo interdito ou pelo inabilitado, na pendência do processo, nos termos do anterior art. 149.º, CC, aplicado diretamente (no primeiro caso) ou por remissão do art. 156.º, CC (no segundo caso). Colocava-se, então, o problema de saber se o carácter prejudicial se deveria aferir por referência ao momento da prática do ato ou do ajuizamento⁽³⁸⁾. A este propósito, ensinava Carlos Alberto da Mota Pinto que

“A exigência da prejudicialidade do ato constava já do art. 956.º, n.º 2, do Código de Processo Civil. (...) Fosse qual fosse a melhor solução, não há dúvida que a interpretação mais chegada ao texto do art. 956.º do Código de Processo Civil era a que permitia a anulação de negócios que, tendo sido embora celebrados nas condições em que o faria uma pessoa normal e sensata, se vieram a tornar desvantajosos para o interdito por força de eventualidades posteriores. Em face do art. 149.º do Código Civil é de afastar tal solução que, aliás, segundo a melhor interpretação da lei, e não obstante as ilações do elemento literal, já se não poderia admitir para o art. 956.º do Código de Processo Civil”⁽³⁹⁾.

⁽³⁸⁾ C. A. MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 237, ss.

⁽³⁹⁾ C. A. MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 237, ss.

E apresentava, para sustentar a posição segundo a qual a prejudicialidade se deveria aferir, necessariamente, por referência ao momento da prática do facto, dois argumentos:

“a apreciação do prejuízo no momento da conclusão do negócio impõe-se, quer por força do elemento gramatical da interpretação (Art. 149.º: «*causou prejuízo*»), quer por força do elemento racional. É a solução mais conforme a *ratio iuris* do art. 149.º, pois a exigência do requisito visa evitar que, à volta dos interdicendos, se forme um vácuo, que estes sejam postos como que em quarentena pelos restantes indivíduos, perigo particularmente impressionante quanto é certo poder acabar por se reconhecer tratar-se de pessoas normais. Se os atos posteriores à propositura da ação fossem anuláveis sem mais requisitos, ou mediante a simples prova da cognoscibilidade da demência, ninguém quererá contratar com um interdicendo, sujeito, como estaria, a ver o negócio desabar, e, por este motivo, os interdicendos dificilmente poderiam gerir os seus interesses”.

Os dois argumentos não são transponíveis para a interpretação do atual quadro legal. Na verdade, na formulação do art. 154.º/1 b), CC, pode ler-se “e caso se mostrem prejudiciais ao acompanhado”, ao invés de “tenham causado prejuízo”. A alteração do tempo verbal no enunciado da norma, porém, não nos deve perturbar. Na verdade, a interpretação jurídica está longe de ser um exercício hermenêutico que, com apelo aos tradicionais elementos literal, sistemático, histórico e teleológico, e na contemplação da norma como uma entidade autossustentada, composta por letra e espírito, se tenha por concluída. Pelo contrário, e como já referimos, a tarefa deve ser encarada do ponto de vista normativo, olhando para a norma como um problema e confrontando-a com o problema que o caso concreto suscita, para saber se a solução que o legislador pensou se adequa ou não às exigências problemáticas que por este são comunicadas. Ora, é tendo isto em mente, que prescindimos da valoração de um qualquer elemento literal da norma para a encararmos na sua intencionalidade problemática. E nessa medida temos de indagar se as razões para a exigência do requisito da prejudicialidade se mantêm de pé.

No período da pendência do processo de acompanhamento, o futuro acompanhado não tem ainda ao seu lado quem o represente (se for esse o caso) ou quem o assista (se for esse, também, o caso). E não está, sequer, definido o âmbito e o conteúdo desse acompanhamento. Em teoria, poderíamos confrontar com posições extremas. Ou se considerava que o negócio seria sempre válido, exceto se se verificassem os pressupostos da incapacidade acidental, protegendo-se também a confiança da contraparte; ou se considerava que o negócio seria sempre anulável se o acompanhamento viesse a ser decretado. Neste caso, porque o acompanhante não

poderia ainda atuar em nome ou ao lado do acompanhado, aquele que com ele contratasse ver-se-ia sempre na contingência de vir a ser forçado à desvinculação do negócio. Com isto o mercado negocial retrair-se-ia em relação ao futuro acompanhado. Com a primeira posição, não se acautelariam devidamente os interesses do sujeito contraente. Para o evitar, a solução pensada foi exatamente a de impor o requisito da prejudicialidade. Ora, se assim é, então não faz sentido que o caráter prejudicial do ato seja aferido no momento do ajuizamento, porque nesse caso, ficando a valoração dependente das valorizações ou desvalorizações posteriores da coisa ou direito, a contraparte ficaria igualmente com receio da desvinculação negocial e, receando, afastaria a possibilidade de conclusão do negócio com o futuro acompanhado.

É claro que, agora, se determina, em nome da não estigmatização do sujeito, que “a publicidade a dar ao início, ao decurso e à decisão final do processo de acompanhamento é limitada ao estritamente necessário para defender os interesses do beneficiário ou de terceiros, sendo decidida, em cada caso, pelo tribunal”, mas, porque em nome da segurança jurídica e da tutela das expectativas das contrapartes e do mercado ela não pode — mesmo que seja mínima — deixar de existir, parece que o juízo interpretativo que se fazia em face do art. 149.º, CC, se deve manter por referência ao art. 154.º, CC.

Assim, e colhendo os ensinamentos da doutrina anterior às alterações introduzidas pela Lei n.º 49/2018, não devem ser tidas em conta as valorizações ou as desvalorizações do bem ou direito posteriores à celebração do negócio. Nas palavras de Mota Pinto,

“o prejuízo verificar-se-á, quanto aos negócios onerosos, sempre que um contraente sensato e prudente na gestão dos seus bens não teria celebrado o negócio naqueles termos”⁽⁴⁰⁾.

Já no tocante aos negócios gratuitos, devem ser sempre considerados prejudiciais⁽⁴¹⁾.

Aos atos anteriores ao anúncio do início do processo de acompanhamento, aplicar-se-á o regime da incapacidade accidental. O art. 154.º/3, CC, remete, assim, para o art. 257.º, CC, nos termos do qual

“a declaração negocial feita por quem, devido a qualquer causa, se encontrava acidentalmente incapacitado de entender o sentido dela ou não tinha o livre exercício da sua vontade é anulável, desde que o facto seja notório ou conhecido do declaratário”,

⁽⁴⁰⁾ C. A. MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 238.

⁽⁴¹⁾ C. A. MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 238.

sendo o facto notório “quando uma pessoa de normal diligência o teria podido notar”.

A anulabilidade do negócio celebrado antes do anúncio do início do processo de acompanhamento é, assim, aferida caso a caso, em face das circunstâncias existentes no momento dessa celebração. Exige-se para que ele possa ser anulado, em primeiro lugar, que o sujeito estivesse momentaneamente incapacitado, isto é, que, no momento da prática do ato (momento em que a declaração negocial foi emitida), estivesse incapaz de entender o alcance do seu ato e/ou de determinar a sua vontade de acordo com um pré-entendimento que tivesse, e, em segundo lugar, que esse estado de incapacidade fosse conhecido ou notório da contraparte. Sê-lo-á, quando uma pessoa de normal diligência a teria podido notar.

O art. 154.º/2, CC, dispõe que “o prazo dentro do qual a ação de anulação deve ser proposta só começa a contar-se a partir do registo da sentença”. A referência é feita, obviamente, para o caso dos negócios celebrados durante a pendência do processo de acompanhamento. Contudo, nada mais é esclarecido pelo legislador no tocante a prazos para arguir a anulabilidade, por um lado, nem no tocante à legitimidade para o efeito, por outro lado. E, tratando-se de uma anulabilidade (contrariamente ao que sucederia no âmbito da nulidade), não pode deixar de se enfrentar quer a questão relativa a saber quem pode invocá-la, quer a questão de determinar dentro de que período o poderá fazer.

No regime da interdição e da inabilitação, o problema resolvia-se facilmente por determinação do legislador. Sendo o interdito equiparado ao menor, nos termos do art. 139.º, CC, e aplicando-se ao inabilitado o regime da interdição em tudo o que não fosse expressamente consagrado a propósito da inabilitação, nos termos do art. 156º, CC, as questões que agora enunciamos eram resolvidas à luz do art. 125º, CC.

Assim, tendo em conta uma disciplina normativa que determinava a anulabilidade dos atos dos incapazes maiores, quando praticados depois do registo da sentença de interdição ou inabilitação, quando levados a cabo na pendência do processo, desde que a interdição ou inabilitação viessem a ser efetivamente decretadas e o ato causasse prejuízo, quando praticados antes da publicidade da ação, verificados que estivessem os requisitos da incapacidade accidental, considerava-se, no tocante aos negócios celebrados nos dois primeiros períodos, que tinham legitimidade para arguir a sua anulabilidade o representante legal ou o assistente, consoante os casos, no prazo de um ano a contar do conhecimento, mas nunca depois de a incapacidade ter sido levantada; o interdito ou inabilitado, no prazo de um ano a contar do levantamento da interdição ou inabilitação; os herdeiros, no

prazo de um ano a contar da morte do incapaz, desde que ela ocorresse antes de esgotado o prazo a que nos referimos em último lugar.

Quid iuris, depois da aprovação da Lei n.º 49/2018?

O acompanhado é, para todos os efeitos, tido como capaz, ainda que, em concreto, o acompanhamento possa conduzir à limitação da sua capacidade de exercício (e, em última instância, à privação dessa capacidade). Por isso, não é equiparado a um menor. A anterior remissão para o regime da menoridade desaparece e, com a alteração da intencionalidade predica-tiva da medida de proteção dos maiores com debilidades mentais, físicas ou comportamentais, desaparece também o fundamento para, por correção normativa, podermos operar automaticamente essa remissão. O art. 125.º, CC, deixa, por isso, de se aplicar (pelo menos automaticamente) a maiores e vê confinado o seu âmbito de relevância aos menores.

Na falta de previsão expressa do legislador, ter-se-á de aplicar o regime regra contido no art. 287.º, CC. Diz-nos a norma que

“1. Só têm legitimidade para arguir a anulabilidade as pessoas em cujo interesse a lei a estabelece, e só dentro do ano subsequente à cessação do vício que lhe serve de fundamento; 2. Enquanto, porém, o negócio não estiver cumprido, pode a anulabili-dade ser arguida, sem dependência de prazo, tanto por via de ação como por via de exceção”.

Interpretemos, então, a norma à luz do caso concreto.

Pensemos, primeiro, nos atos praticados depois do registo do acom-panhamento e nos atos praticados na pendência do processo de acompa-nhamento.

A anulabilidade prevista no art. 154.º, CC, foi estabelecida no inter-esse do acompanhado. Assim, por princípio, haveremos de considerar que tem legitimidade para arguir a anulabilidade. E o acompanhante terá legiti-midade? Este pode representar o acompanhado ou assisti-lo consoante os casos. Assim, a atuação do acompanhante em nome do acompanhado ou ao lado do acompanhado deve ser entendida como a atuação do próprio sujeito beneficiário da medida de proteção, donde a legitimidade do último deve estender-se ao primeiro. Não está aqui em causa um alargamento da legitimidade ativa, mas a consideração de que o acompanhante age, nos casos em que tem poderes de representação, como se fosse o próprio acompanhado, e orienta-o, sempre que tenha poderes de assistência.

A solução parece, aliás, estar em sintonia com o disposto nos arts. 16.º e 19.º Código de Processo Civil (CPC). Diz-nos o n.º 1 do art. 16.º, CPC, que “os menores e os maiores acompanhados sujeitos a representação só podem estar em juízo por intermédio dos seus represen-tantes, exceto quanto aos atos que possam exercer pessoal e livremente”; e

o art. 19.º, CPC, que “1. Os maiores acompanhados que não estejam sujeitos a representação podem intervir em todas as ações em que sejam parte e devem ser citados quando tiverem a posição de réus, sob pena de se verificar a nulidade correspondente à falta de citação, ainda que tenha sido citado o acompanhante; 2. A intervenção do maior acompanhado quanto a atos sujeitos a autorização fica subordinada à orientação do acompanhante, que prevalece em caso de divergência”.

Mas a solução de “alargamento” da legitimidade ao acompanhante só se compreende na articulação dos prazos de arguição dessa mesma anulabilidade. Esse prazo é de um ano a contar da cessação do vício que lhe serve de fundamento. O vício cessa quando a situação de acompanhamento (e, necessariamente, os fundamentos dela) desaparece. O acompanhado teria um ano a contar do levantamento do acompanhamento para arguir a anulabilidade. Acontece que este levantamento pode nunca vir a ocorrer. Além de que pode haver interesse em que a desvinculação tenha lugar num momento prévio. Assim, surgiria o acompanhante a representar o acompanhado, quando exista essa representação, ou a orientá-lo, nos casos de atos sujeitos a autorização. O prazo seria, nestas hipóteses, de um ano a contar do momento em que cada um deles estivesse em condições de agir, ou seja, a partir do momento do conhecimento, mas nunca depois do levantamento do acompanhamento, por nessa fase deixar de fazer sentido a intervenção do acompanhante.

Além disso, a solução parece também intencionada pelo n.º 2 do art. 154.º, CC. Ou seja, no tocante aos atos praticados na pendência do processo, o prazo a que aludimos só começa a contar depois do registo da sentença, mesmo que o conhecimento seja anterior.

Quer isto dizer que, embora o art. 125.º, CC, apenas se aplique, na sua literalidade e sem a remissão expressa do legislador, a menores, porque a não aplicação da solução que o legislador dispensou aos atos daqueles que ainda não perfizeram dezoito anos aos maiores que beneficiam de acompanhamento viola a intencionalidade normativa da norma, haveremos de considerar que ela se aplica por adaptação aos atos dos acompanhados. A relevância material do caso tem um sentido intencional nuclearmente assimilável à relevância material da norma, muito embora as circunstâncias juridicamente relevantes daquele excedam o tipo de relevância nesta previsto⁽⁴²⁾.

E no que respeita à legitimidade dos herdeiros? Ocupando os sucessíveis a posição jurídica do *de cuius*, dir-se-á que sim, sendo apenas proble-

(42) A. CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica*, 177, ss.

mática a definição do prazo em que poderão atuar. Se o acompanhamento já tiver sido levantado no momento em que ocorre a morte, o prazo há-de ser apenas o tempo que restaria ao *de cuius*; se o acompanhamento ainda não tiver sido levantado quando o acompanhado morrer, então, haveremos de contar o prazo de um ano a contar da morte⁽⁴³⁾.

Resta-nos analisar o problema por referência aos atos praticados antes do anúncio do início do processo de acompanhamento. Quanto à anulabilidade destes, a verificar-se, tem legitimidade para a invocar o sujeito que, no momento da celebração do negócio, estava incapacitado de entender e querer, no prazo de um ano a contar do momento em que as suas capacidades cognitivas e volitivas lhe permitem a correta percepção do alcance do ato que praticou e o perfeito domínio da sua vontade. Quanto ao acompanhante, ele terá legitimidade, desde que o ato em questão seja um daqueles em relação ao qual há necessidade de representação ou de assistência. O prazo será de um ano a contar do conhecimento, não podendo começar a correr, por aplicação analógica do n.º 2 do art. 154.º, CC, antes do registo do acompanhamento. Não se lhe poderá, porém, atribuir legitimidade se o prazo já tivesse expirado no momento em que o acompanhamento tenha sido decretado. No fundo, não decorrido o prazo, ele renova-se a partir do registo do acompanhamento.

8. Breve reflexão conclusiva

Do que ficou dito, podemos concluir que situações pontuais podem conduzir à exclusão da capacidade do sujeito. Porém, tal incapacitação é

⁽⁴³⁾ Poder-se-á questionar por que razão não se alarga a solução do 125.º, CC aos herdeiros do maior acompanhado, no tocante ao prazo. Na verdade, se o acompanhamento já tivesse sido levantado, os herdeiros não passam a dispor do prazo de um ano a contar da morte. Isto pode levantar constrangimentos do ponto de vista da tempestividade processual. Temos de lhes fazer face com base numa interpretação corretiva do regime da caducidade. De facto, não podemos aplicar a solução do art. 125.º automaticamente, porque falta cumprir os dois momentos da analogia jurídica. Se a analogia problemática está presente, parece falhar a analogia judicativa. Enquanto no caso do menor o que está em causa é a salvaguarda do seu interesse, no caso do maior acompanhado, o interesse tem de surgir sempre balizado pela vontade (já que se parte sempre de uma ideia de capacidade e de salvaguarda da autonomia, que leva, inclusivamente, a que, em regra, o acompanhante seja escolhido pelo acompanhado). Isto quer dizer que, caso o levantamento do acompanhamento já tivesse ocorrido, não tendo ainda o antigo acompanhado agido processualmente, ficamos privados de razões para autonomizar um novo prazo (há que atender mais à vontade daquele que agora não é já acompanhado do que ao seu interesse; o prazo há-de ser apenas aquele que ainda não tinha sido completado). Repare-se, portanto, que o art. 125.º, CC sendo mobilizado, por adaptação, não pode aplicar-se automaticamente. Aliás, no que respeita às hipóteses de assistência, a posição do acompanhante tem de ser compreendida com cautelas.

determinada pela real necessidade concreta do sujeito, não sendo imposta de forma generalizante, sempre que se verifique um fundamento do acompanhamento. A esta aliam-se outras vantagens: a preservação da autonomia do beneficiário, conjugada com um princípio de subsidiariedade e de necessidade, determina a ausência de um elenco taxativo de fundamentos do acompanhamento, ao mesmo tempo que nos permite aplicar a medida em situações transitórias. Ademais, garante-se que o próprio beneficiário possa decidir acerca do seu acompanhamento futuro, através da figura do mandato em previsão da incapacidade. Parecem ser estas as grandes vantagens da nova disciplina legal.

Contudo, contra o que era a intenção originária dos estudiosos na matéria, não se garantiu — como não se poderia garantir — que não houvesse uma situação de total incapacidade do sujeito. E, deixando-se nas mãos do julgador a determinação dos atos para os quais o acompanhado necessitará de assistência e/ou de representação, sem uma prévia determinação de categorias de atos, pode-se correr o risco de deixar privado de proteção um sujeito em específicos domínios da sua atuação. É claro que tal não é determinado pelo regime em si, mas pela concreta intervenção do julgador. Simplesmente, e sem que isto implique uma qualquer desconfiança em relação ao poder judicial, o casuísmo a que o sistema conduz não deixa de envolver esse risco.

Talvez este risco seja compensado quer pelas soluções concretas que o acompanhamento de maiores viabiliza (não obstante estarmos cientes das potencialidades que uma adequada interpretação dos regimes da interdição e da inabilitação viabilizava), quer pela preservação, ao limite, da autonomia do sujeito. Mas essa é uma resposta que só o tempo nos poderá facultar.

A RESPONSABILIDADE DO SÓCIO POR ACTOS DOS ADMINISTRADORES

— entre a socialidade e a parassocialidade —(*)

Por Manuel Carneiro da Frada(**)

SUMÁRIO:

1. Introdução. 2. O ponto de partida. 3. A responsabilidade do sócio por actos dos administradores no direito societário geral. 4. (*cont.*) A responsabilidade do sócio como “derivada”, de segundo grau, não assimilável às hipóteses de comissão, ou por auxiliar para o cumprimento de obrigações próprias. 5. Consequências para a compreensão do fundamento e do nexo de causalidade na responsabilidade do sócio por acto do administrador ao abrigo do direito societário geral. 6. A propósito da causalidade relevante havendo condutas humanas de permeio: sobre a teleologia da faculdade de escolha de um administrador conferida por acordo parassocial. 7. Acerca da “determinação para agir” enquanto fonte de responsabilidade do sócio por actos do administrador. 8. Breve observação conclusiva sobre a coerência do modelo do direito societário português e a natureza da responsabilidade *ex vi* do art. 83.º do CSC. 9. Consequências: a interpretação em conformidade dos acordos parassociais que versam a administração de sociedade; a excepcionalidade e a responsabilidade na promessa de facto de terceiro. 10. Considerações finais: parassocialidade, sociedades instrumentais e dever de lealdade dos sócios entre si. 11. Conclusão.

(*) Em homenagem a João Calvão da Silva. A Calvão da Silva se devem algumas importantes reflexões em ordem ao tema que nos ocupa. Veja-se, em especial, o seu «Acordo parassocial respeitante à conduta da Administração», in *Estudos Jurídicos (Pareceres)*, Coimbra, 2001, 233 ss. O texto resulta de uma exposição oral nossa, a que se juntaram algumas notas bibliográficas.

(**) Doutor em Direito. Professor da Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

1. Introdução

É indiscutível que os sócios exercem muitas vezes, particularmente se poderosos, uma grande influência na forma como a sociedade é conduzida.

Ocorre mesmo com muita frequência que tais sócios se comprometem reciprocamente, por acordo parassocial, no que respeita a matérias relacionadas com a indicação dos administradores e o modo como certas decisões da administração devem ser por eles tomadas na sociedade; assumindo uns perante os outros vinculações a respeito de procedimentos então exigíveis, e procurando por essa via assegurar-se a possibilidade de influência na condução dos destinos da sociedade.

Coloca-se nestas hipóteses, com grande acuidade prática, a questão de saber se, e em que termos, podem os sócios incorrer em responsabilidade uns para com os outros por condutas de administradores por eles nomeados, quando estas se tenham afastado, em algum ponto, dos cânones previstos no acordo parassocial subscrito por eles e sejam tidas como danosas por alguns destes.

O tema é complexo e vasto, obrigando evidentemente a considerar as situações e as concretas cláusulas parassociais que tenham sido estabelecidas. Em qualquer caso, a questão da responsabilidade recíproca de sócios por condutas dos titulares do órgão de administração requer uma adequada articulação entre o plano societário e o plano parassocial.

Situamo-nos, portanto, na intersecção entre o estatuto — que poderemos dizer — “societário” do sócio perante os demais sócios, modelado pela lei e pelos estatutos, e os direitos e deveres que, além disso ou diferentemente, para ele possam emergir de um acordo parassocial, em virtude da sua autonomia privada, perante os outros sócios que tenham também outorgado esse acordo.

É certamente reconhecido que, em matéria de administração das sociedades, vigora, como determina o disposto no art. 17.º, n.º 2, do CSC, o *princípio da separação* entre a socialidade e a parassocialidade. Tal não significa, contudo, insensibilidade ou incomunicabilidade, importando muito compreender-se de forma integrada esses dois níveis.

A questão, pois, de saber se e em que termos um sócio pode ser responsabilizado perante outro por condutas de quem se encontra encarregado da administração da sociedade carece de uma reflexão que identifique convenientemente o plano em que se situa e que, no final, abarque e harmonize congruentemente esses dois níveis⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Entre nós, a reflexão central nesta matéria, principalmente numa perspectiva de esclarecimento do disposto no art. 83.º do CSC, pertence a RUI PEREIRA DIAS, *Responsabilidade por exercício de*

Interessa-nos assim averiguar se, no caso de ter sido celebrado um acordo parassocial conferindo, a certos sócios poderosos, a faculdade de indicar administradores e vinculando-se eles reciprocamente a determinados procedimentos quando estejam em causa algumas matérias de administração especialmente sensíveis, há ou não, e até que ponto, para lá do que possa dispor o direito societário geral, uma responsabilidade do sócio por condutas da administração do administrador que por ele tenha sido indicado.

O problema posto pressupõe, naturalmente, que o acordo parassocial tenha passado o crivo da validade disposto pelo art. 17.º do CSC; assim como se compreende que o cerne da resposta dependa do género e do teor dos deveres que tenham sido assumidos pelos subscritores do acordo parassocial, por via desse mesmo acordo.

Mas algumas directrizes gerais podem ser apontadas.

2. O ponto de partida

I — A base não pode deixar de ser a autonomia entre a esfera da administração e a dos sócios; uma base comum a todas as sociedades comerciais, mas especialmente vincada nas sociedades anónimas que de modo principal temos em mente: a representação e a gestão da sociedade está reservada ao conselho de administração, não podendo os sócios interferir nas competências deste⁽²⁾.

O próprio art. 64.º, n.º 1, do CSC — relativo aos deveres fundamentais dos administradores — implica e reclama para os administradores essa autonomia, pois vincula-os a actuar “no interesse da sociedade”, distinguindo-o bem do dos sócios⁽³⁾. Mesmo quando estabelece a necessidade de “atenderem” aos interesses de longo prazo dos sócios — que estarão

influência sobre a administração de sociedades anónimas/Uma análise de direito material e direito dos conflitos, Coimbra, 2007, cujas conclusões subscrevemos na sua grande maioria. Considerando de forma particular a perspectiva dos acordos parassociais, veja-se entretanto o importante estudo de CAROLINA CUNHA, «Acordos parassociais e relações dos sócios com os administradores: análise de algumas cláusulas frequentes», in *Ab instância*, ano III, 5, 2015, 45, ss., com desenvolvida consideração de diversos tipos de estipulações parassociais relevantes no contexto do presente tema. (Não nos tendo este estudo chegado já senão muito tarde ao conhecimento, apraz-nos observar contudo também uma grande convergência no que toca à forma de resolver alguns dos problemas que a seguir se abordam).

(2) Cf. o disposto genericamente no art. 373.º, n.º 3, do CSC.

(3) Analogamente, face à redacção originária do preceito, JOÃO CALVÃO DA SILVA, «Acordo parassocial...», *cit.*, 247.

muitas vezes espelhados no acordo parassocial ao abrigo do qual foram indicados —, tal não legitima os administradores a postergar o interesse social perante o dos sócios, sacrificando-o na ara do destes⁽⁴⁾.

O interesse que “nor-teia” a actividade dos administradores é, portanto, rigorosamente falando, apenas o da sociedade. O art. 64.º, n.º 1, não lhe equipara o dos sócios. É verdade que a sociedade não deve ser gerida contra os interesses de longo prazo dos sócios, mas só na medida em que o interesse da sociedade acomode ou possa ainda acomodar tais interesses. Caso contrário, o interesse da sociedade tem a primazia. Tanto assim que, por exemplo, o administrador deve negar informação ao accionista se o justificar o interesse da sociedade.

Por outro lado, a necessidade de os administradores atenderem também ao interesse de longo prazo dos sócios não é evidentemente suficiente para concluir que entre um administrador e um concreto accionista existe uma relação de representação ou de curadoria de interesses. Esse tipo de relação só se estabelece, por lei explícita, entre o administrador e a sociedade.

Ora, o que se espera é que a ordem jurídica seja coerente e se preocupe em garantir as condições de cumprimento de tais exigências. Porque assim é, compreende-se que os administradores sejam, à luz do Direito português, independentes dos sócios e não se encontrem sujeitos a ordens, indicações ou orientações recebidas por accionistas: nem individualmente, nem o conselho de administração no seu todo, estão ou ficam vinculados por instruções que recebam de um concreto accionista ou grupo de accionistas.

É justamente esta independência que o art. 17.º, n.º 2, do CSC visa decididamente assegurar perante a tentação de os sócios, mediante acordos parassociais que celebrem, quererem interferir no exercício da administração: tais acordos «*podem respeitar ao exercício do direito de voto, mas não — diz-se — à conduta de intervenientes ou de outras pessoas no exercício de funções de administração ou de fiscalização*».

A lei garante, portanto, aos administradores a sua autonomia, protegendo-os (com a arma da invalidade) de qualquer vinculação a instruções ou directrizes de um accionista ou grupo de accionistas, ainda que baseadas num acordo parassocial ou dadas ao abrigo dele⁽⁵⁾.

(4) Alguns elementos para a forma de articulação destes parâmetros podem confrontar-se no nosso «A *business judgment rule* e os deveres fundamentais dos administradores», in *Forjar o Direito*, 2.ª ed., Coimbra, 2019, 327 ss., 337 ss. Para uma panorâmica mais recente da temática, RUI PINTO DUARTE, «Os deveres dos administradores das sociedades comerciais», in *Católica Law Review*, II/2, mai. 2018, 73 ss.

(5) Nesse sentido, com acentos vários, veja-se, precisamente CALVÃO DA SILVA, in «Acordo parassocial...», *cit.*, 246 ss. (aduzindo que «a aceitação de administradores vinculados *ab extra* não seria legítima nem lícita») e, *inter alia*, GRAÇA TRIGO, *Acordos parassociais sobre o exercício do direito*

Quer dizer que todos os compromissos que os sócios possam estabelecer entre si nos acordos parassociais que celebrem relativamente à conduta dos administradores não atingem estes últimos. Semelhante vinculação seria nula face ao disposto no art. 17.º, n.º 2, do CSC.

A sanção da lei é mais forte do que a da ineficácia que sempre representaria, para o administrador, um *contrato de oneração de terceiro* (*Vertrag zu Lasten Dritter*) mediante o qual os sócios pretendessem criar vinculações para administradores da sociedade (terceira) que não intervieram nem se vincularam por esses acordos, como *res inter alios acta* (cf. o art. 406.º, n.º 1, CC). É que nem mesmo a autorização, a “ratificação” ou o consentimento a tal vinculação por parte do interessado (da sociedade ou do administrador) poderia, em obediência ao sentido e à teleologia do art. 17.º, n.º 2, conferir efeitos a semelhante estipulação.

II — Sendo, portanto, os administradores autónomos e independentes dos sócios, os prejuízos que possam ocasionar com a sua conduta a algum ou alguns deles não são transferíveis, em princípio, para os demais sócios, e sequer para os que os elegeram ou designaram.

Tal corresponde à necessidade de separar devidamente as esferas de risco dos sócios, tanto entre si, como na sua relação com a sociedade. Não lhes está, deste modo, consentido alijarem para cima uns dos outros as consequências menos boas ou prejudiciais da actividade social e da conduta da administração da sociedade por ela responsável. Pelo menos sem que ocorram circunstâncias especiais que o justifiquem.

É o que, desta perspectiva, se apresenta conforme com a regra no direito privado de que a responsabilidade de alguém por actos praticados por outrem é, à partida, excepcional: cada um arca com as consequências dos seus próprios actos, e apenas destes. Pode haver desvios, amplos até, e inteiramente justificados, mas este é o princípio. “Cada qual responsável e solvente”⁽⁶⁾. Daqui decorre um ónus de argumentação, e de prova, de quem invoque e pretenda prevalecer-se de um desvio.

de voto, Lisboa, 1998, 175 ss. ANA FILIPA LEAL, «Algumas notas sobre a parassocialidade no direito português», *RDS* 2009, 1, 162-163, e HELENA MORAIS, *Acordos parassociais/Restrições em matéria de administração de sociedades*, Coimbra, 2015, *passim*.

(6) Mote tomado de MIGUEL TORGA, *Portugal*, Coimbra, s/data, 56, a propósito da expressão: “Contas do Porto, amigos!”

3. A responsabilidade do sócio por actos dos administradores no direito societário geral

I — À luz do exposto, não admira que a regra da irresponsabilidade do sócio se não altere pelo simples facto de ele deter, em virtude de um acordo parassocial, a possibilidade de indicar ou eleger certo administrador. Investido na função, tal administrador goza, com efeito, da autonomia de desempenho acima assinalada.

Por isso mesmo, a responsabilidade do sócio pelos actos do administrador que designou ou elegeru, só por si ou em virtude de acordos parassociais que celebrou, depende, face ao Código das Sociedades Comerciais, de requisitos ulteriores, especiais.

Assim, ela apenas se reconhece, de acordo com o disposto no art. 83.º, n.ºs 1 e 3, se se verificarem as seguintes condições suplementares:

- a) Culpa do sujeito na designação ou eleição do administrador;
- b) Uma obrigação de indemnizar a cargo do próprio administrador.

O direito societário português não prevê uma responsabilidade dos sócios pelos actos dos administradores que possam designar ou eleger fora destas precisas circunstâncias.

II — A culpa *in eligendo* (no sentido amplo de uma culpa na “escolha”, por designação ou por eleição) requer, como é óbvio, a previsibilidade, para o sócio, de que a pessoa não reunia à partida as condições ou as aptidões requeridas para exercer o cargo de administração (considerando as responsabilidades em que pudesse incorrer perante outros sócios ou a sociedade pelo seu mau exercício): *vide*, a respeito, o leque das qualidades requeridas que o art. 64.º, n.º 1, *a*), do CSC, apresenta.

Ora, se bem se reparar, o facto de se exigir uma culpa deste tipo mostra que o administrador é tido como autónomo, ainda quando é designado ou eleito para o cargo em virtude de um acordo parassocial. Na verdade, a responsabilidade do sócio que o designou ou elegeru não é automática, havendo de resultar da indigitação negligente de uma pessoa que estava destinada a agir com autonomia, mas que não reunia para as condições requeridas pela função a desempenhar.

Por outro lado, também a circunstância de a lei portuguesa requerer a responsabilidade do próprio administrador como requisito da responsabilidade do sócio evidencia, igualmente, a autonomia deste no exercício das suas funções. Pois, como é evidente, sem assumir como pressuposto tal

autonomia não faria sentido a lei responsabilizá-lo separadamente do sócio que o designou, e fazer dessa sua responsabilidade condição e pressuposto da deste.

Não desenvolveremos este ponto. Falamos com certeza da responsabilidade do administrador perante a sociedade, especialmente nos termos do art. 72.º, n.º 1, do CSC, assim como face a sócios, esta nos termos do art. 79.º, n.º 1, do CSC⁽⁷⁾. Curiosamente, porém, não está prevista a responsabilidade do sócio por actos dos administradores que lesem os credores sociais, nos termos do art. 78.º, n.º 1, do CSC⁽⁸⁾.

III — A lei não ignora nem desconhece, com certeza, que a autonomia do administrador de que partiu paradigmaticamente, e com que quis dotar o seu desempenho, pode, na prática, não ser respeitada nem vivida.

Casos há, com efeito, em que o administrador, apesar de protegido pela arquitectura das disposições legais acima referidas, acaba por ser “determinado” à prática de actos lesivos da sociedade, ou de certos sócios, por outros de entre eles.

Por isso mesmo, o art. 83.º, n.º 4, do CSC comina com a responsabilidade as hipóteses em que o sócio, actuando de forma isolada ou juntamente com outros a quem se encontre ligado por acordos parassociais, usa o seu poder de destituição dos administradores para, empregando a sua influência, os determinar (ou compelir) à prática de actos lesivos que responsabilizem os administradores perante a sociedade ou os demais sócios.

Estamos então perante a conduta de um sócio que, ainda que porventura agindo a coberto de um acordo parassocial, instrumentalizou o seu poder de destituição do administrador, abusando dele de modo a sujeitar o administrador à sua vontade e a transformá-lo em executor do seu desígnio.

Nesta hipótese pressupõe-se, ao contrário das anteriores, a não autonomia do administrador; se a sua liberdade foi coarctada, justifica-se a responsabilidade do sócio.

Nem sempre a realidade corresponde, portanto, ao desejo da lei. Mas esta não se deixa vencer e, quando é assim, o sócio torna-se responsável.

(7) Sobre esta, pode ver-se, desenvolvidamente, CATARINA MONTEIRO PIRES, «Algumas considerações críticas sobre a responsabilidade civil dos administradores perante os accionistas», in *O Direito* 137 (2005), I, 81 ss.; procurando algumas clarificações dogmáticas dos termos dessa responsabilidade pode ver-se o nosso *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Coimbra, 2003, 172 ss., 255 ss., 278 ss., em nota.

(8) Os termos da admissibilidade, aqui, de uma lacuna dependem da interpretação dogmática das situações de responsabilidade previstas. Cf. a propósito, MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A Tutela dos Credores de Sociedades por Quotas e a “Desconsideração da Personalidade Jurídica”*, Coimbra, 2009, v. g., 465, 575, 644.

En passant: seria, no entanto excessivo pretender-se que a lei exige a total ablação da liberdade do administrador. É que, ao fazer depender a responsabilidade do sócio, *apertis verbis*, da responsabilidade pessoal do administrador, o direito objectivo mostra claramente que a determinação considerada, de que é alvo o administrador, não tem de ser tão forte que o ilibe de qualquer culpa pessoal. (Naturalmente que a responsabilidade do sócio deverá, *a fortiori*, afirmar-se se ou quando a liberdade do administrador foi totalmente eliminada. Os casos serão raros, e não derivados de uma problemática especificamente societária, sendo certamente por isso — dir-se-á — que a lei societária, uma vez que protegeu como o fez o estatuto dos administradores, os não concebeu).

4. (cont.) A responsabilidade do sócio como “derivada”, de segundo grau, não assimilável às hipóteses de comissão, ou por auxiliar para o cumprimento de obrigações próprias

I — A responsabilidade do sócio por actos dos administradores que tenha, por acordo parassocial, o direito de designar ou eleger requer pois, *apertis verbis*, segundo o disposto no art. 83.º, n.ºs 1 e 3, do CSC, independentemente ou para lá da culpa de tais sócios na escolha ou na eleição, a responsabilidade do próprio administrador⁽⁹⁾.

Ela é, portanto, dependente da do administrador, não existe sem esta: apresenta-se, nesse sentido, como uma responsabilidade derivada”, de 2.º grau.

O ponto é relevante.

Ele evidencia que o direito português não considera, sequer por regra, os administradores assim designados uma *longa manus* dos sócios que os elegeram ou designaram, como os não configura enquanto mandatários ou curadores dos interesses de tais sócios.

⁽⁹⁾ RUI PEREIRA DIAS matiza a exigência, admitindo uma responsabilidade do sócio independente da responsabilidade do administrador: cf. *Responsabilidade por exercício de influência*, cit., 103-108 e 134-136. Supomos todavia que os casos que pretende abranger relevarão antes do direito comum e dos seus instrumentos dogmáticos (na medida em que o direito comum possa legitimamente complementar as soluções do CSC; *vide* ainda *infra*). Na verdade, cremos que a genealogia do art. 83.º do CSC é especificamente societária, não devendo o preceito ser interpretado como mera expressão singular de um pensamento oriundo do direito comum. A esta luz há boas razões para darmos o devido relevo às condições que a lei (societária) aponta.

Nem capitula perante intenções desse tipo por parte dos sócios.

Ainda, pois, que os sócios o queiram ou tenham querido, escolhendo para a administração pessoas dúcteis aos seus interesses ou instrumentalizáveis aos seus propósitos, não basta semelhante propósito — digamo-lo mais uma vez —, para os responsabilizar.

Sendo, por outro lado, que a sua responsabilidade não exige que os administradores escolhidos pudessem ser antecipadamente vistos como não suficientemente autónomos ou independentes perante quem os nomeou. Se ela depende de que tais administradores tenham eles próprios incorrido em responsabilidade, tal significa que, de uma forma ou de outra, a lei os considera autónomos, por isso podendo conceber a responsabilidade deles enquanto distinta e pressuposto da do sócio (por tais actos).

Daí caber aos administradores precaverem-se de intromissões indevidas por parte dos sócios. Pois não podem justificar-se tão-só com a alegação de que agiam por indicação dos sócios que os designaram ou elegeram.

II — É, conseqüentemente, inviável conceber os administradores como auxiliares dos sócios que tenham o poder de os designar, de modo a fazer responder estes últimos por actos daqueles, e independentemente da responsabilidade deles, ao abrigo do art. 800.º, n.º 1, do Código Civil.

A responsabilidade do devedor por actos daqueles auxiliares de quem se socorre para o cumprimento da obrigação é uma responsabilidade pelo incumprimento de obrigações *próprias* do devedor. Ora, como é bom de ver, os deveres que, infringidos pelo administrador, conduzem à responsabilidade do sócio nos termos desse preceito, não são obrigações do sócio, mas deveres do próprio administrador.

Importa aliás frisar que o Código Civil distingue bem a responsabilidade do devedor por violação de obrigações próprias em virtude de condutas dos seus auxiliares ou representantes aquando do cumprimento da obrigação — o espaço do art. 800.º, n.º 1, citado — de outras hipóteses em que um terceiro indicado pelo devedor para fins ou propósitos diversos do cumprimento de obrigações próprias, acaba por causar danos a outrem (interferindo com a própria realização da prestação a cargo do devedor). Nesses casos, a lei civil apenas responsabiliza o devedor em caso de escolha culposa do terceiro: veja-se, por exemplo, o art. 1197.º, a respeito do subdeposito e dos termos em que o depositário responde pelos actos daquele a quem licitamente confiou a coisa⁽¹⁰⁾. O paralelo é elucidativo.

⁽¹⁰⁾ A propósito da procuração estipula também o art. 264.º, n.º 3, do CC, que, sendo autorizado ao procurador substituir-se por outrem, ele só é responsável se tiver agido com culpa na escolha do

III — E, claro está, face ao direito societário, os administradores não são comissários dos sócios para o efeito de se fazer responder estes últimos, como comitentes, pelos actos daqueles, por aplicação do regime do art. 500.º, n.º 1, do CC.

Não há, na verdade, subordinação alguma dos administradores aos sócios, sequer aos que detêm o poder de os nomear, não podendo dizer-se que lhes cabe executar tarefas ou encargos de que tenham sido incumbidos por estes.

5. Consequências para a compreensão do fundamento e do nexo de causalidade na responsabilidade do sócio por acto do administrador ao abrigo do direito societário geral

I — Ao estabelecer, pois, como requisito da responsabilidade do sócio, a do próprio administrador, quer o direito societário português expressar também que não vê no poder de designação ou de eleição de administradores que seja conferido por um acordo parassocial a um certo sócio uma faculdade destinada a prevenir danos susceptíveis de serem causados por administradores à sociedade, ou dirigida a evitar prejuízos que de outra forma seriam provavelmente infligidos a esse sócio.

Tal poder, que a lei admite seja conferido, não tem, para ela, semelhante finalidade social-típica. Seria absurdo pretender que cada sócio houvesse de ter alguém que cuidasse dos seus interesses, para que não fossem lesados, na administração da sociedade.

E, por outro lado, se assistisse razão a quem assim pensasse, também entre a escolha do administrador e o dano sofrido pelo sócio (ou pela sociedade) nada haveria de requerer-se, no plano normativo, em relação à pessoa do administrador que actua de permeio para construir o juízo de responsabilidade.

Aquela asserção (de que o poder de designação pretende prevenir danos susceptíveis de serem infligidos aos interesses do titular respectivo) é, portanto, totalmente inaceitável *de lege lata*; uma consideração que, coerentemente pensada, levaria — repete-se — à responsabilidade auto-

substituto ou nas instruções que lhe deu. *A fortiori*, não sendo o administrador representante do sócio, como não é. O regime do art. 264.º é aplicável também ao mandato e à subempreitada (cf. arts. 1165.º e 1213.º, n.º 2, CC).

mática, directa ou imediata, do sócio perante outro sócio, ou a sociedade, pelos actos do administrador que designou; algo que a lei societária não previu em parte alguma.

II — Segue-se do exposto que também a violação, por um certo sócio, do direito, fundado em acordo parassocial, de outro sócio indicar um administrador, não responsabiliza automaticamente o primeiro pelos danos provocados pelo administrador nomeado na sequência da referida violação.

É que — insiste-se — tanto o requisito da *culpa in eligendo* como o da responsabilidade do próprio administrador mostram que, para a lei societária portuguesa, da violação do direito de indicação do administrador que tenha sido atribuído por um acordo parassocial a um sócio não deriva, de modo social-típico, um prejuízo para o sócio titular do direito violado (que houvesse de acautelá-lo). Acabamos de ver que tal se não pode afirmar e que o direito português preclui com clareza, devidamente pensado, essa interpretação.

Seria aliás absurdo aceitá-lo, pois teríamos então a ineliminável consequência de que os sócios desprovidos de tal poder eram tidos *ex lege* como especialmente “sujeitos” ou “expostos” a sofrer esse tipo de danos, caucionando o direito objectivo, em termos discriminatórios para com os que tivessem esse poder, a possibilidade agravada de tal lesão. O princípio da igualdade dos sócios entre si perante a administração sairia fortissimamente abalado.

III — O fundamento de qualquer pretensão de responsabilidade civil envolve uma concepção da causalidade. Há que conexionar o dano sofrido por alguém com um outro sujeito que o há-de suportar, indemnizando-o.

Deste modo, se entre o acto responsabilizante do sócio e o dano se tem de interpor, por lei, como condição necessária, a conduta de um outro sujeito — o administrador —, susceptível de gerar uma sua autónoma responsabilidade pelo referido prejuízo, não pode afirmar-se que é inelutável a responsabilidade de quem se tenha limitado a contribuir, por alguma forma que seja, para a escolha desse concreto sujeito (mesmo, porventura, se violou desse modo um acordo parassocial que tivesse subscrito e que atribuía o poder de designação ou de escolha a outro sócio).

E tal, sob pena de se degradar a causalidade jurídica aos termos da doutrina da *condictio sine qua non*, ou de se manipular a doutrina do escopo da norma num sentido que o art. 83.º, n.ºs 1 ou 3, do CSC, não permite.

Não pode ignorar-se que, para a lei societária, há, nos casos de responsabilidade do sócio aí previstos, uma decisão de permeio tomada por

outrem, o administrador, que imediatamente ocasiona o prejuízo. Se tal sujeito actuou, como é de regra, autónoma e livremente, é a ele que se têm de imputar as consequências da sua conduta, não àquele que o escolheu. A sua designação ou eleição apenas pode representar uma condição necessária do prejuízo, nunca uma condição suficiente.

Assim se compreende que um qualquer sócio que queira responsabilizar um consócio por ter indicado um administrador no lugar daquele que, por acordo parassocial, lhe cabia a ele indicar, tenha de demonstrar que o administrador preterido não teria tomado as decisões lesivas em causa. Pois o dano, para a lei societária, não decorre, só por si e inelutavelmente, da forma como o administrador foi escolhido, mas ainda do modo como ele *decidiu* administrar.

É aquela, portanto, a situação hipotética com a qual terá de comparar-se, nessa hipótese, a ocorrência lesiva, de modo a satisfazer as exigências do art. 563.º do Código Civil: «*A obrigação de indemnizar só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão*».

De harmonia com as indicações do direito societário vigente, não basta ao sócio alegar, pois, que um certo dano lhe adveio, ou à sociedade, pela mão de um administrador escolhido por outro sócio; sendo indiferente a conformidade ou não de tal escolha com o acordo parassocial, pois a *culpa in eligendo* não deriva nem pressupõe a violação de tal acordo.

Tal significa que a (chamada) causalidade “preenchedora” (a *haftungsausfüllende Kausalität*)⁽¹¹⁾, cuja prova se requer do sócio lesado, abrange, nos nossos casos, a conduta do administrador indicado, havendo esta de comparar-se com o comportamento que outro administrador teria tomado. Se esse outro tivesse adoptado a mesma conduta ou tomado o mesmo tipo de decisões, não há responsabilidade do sócio, ainda que tenha violado o direito de um consócio de designar ou fazer eleger o administrador. Só se a conduta do administrador hipotético fosse diferente haveria causalidade entre a escolha e o dano. Dito de outra forma: a violação do direito de indicação de um administrador conferido por um acordo parassocial apenas gera, ao abrigo da lei societária, responsabilidade do sócio infractor caso se mostre e prove que a conduta alegadamente lesiva não teria sido tomada por aqueloutro administrador que, no lugar daquele, tivesse sido escolhido. É o que corresponde à exigência, da parte do lesado, da demonstração de uma conduta ilícita e responsabilizadora do administrador.

⁽¹¹⁾ Para a noção, cf. por exemplo o nosso *Contrato e Deveres de Protecção*, Coimbra, 1994, 193.

6. A propósito da causalidade relevante havendo condutas humanas de permeio: sobre a teleologia da faculdade de escolha de um administrador conferida por acordo parassocial

I — Transcendendo o tipo de casos que nos ocupa, é muito problemática a possibilidade de estabelecimento de uma causalidade relevante quando entre a conduta de um sujeito e um dano existe, ou se intercala, uma acção de um terceiro actuando com autonomia e sem subordinação ao primeiro. Nestas situações a causalidade não pode ser acriticamente admitida, e carece de ser cuidadosamente verificada. Trata-se de um tema-chave na responsabilidade civil que já encontramos a outro propósito⁽¹²⁾ e que agora só pode enunciar-se.

O princípio, como recordámos, é o de que cada um responde apenas pelos seus actos, e não pelos dos outros: a autonomia e a auto-responsabilidade (éticas) da pessoa implicam-no. Mas no direito das sociedades comerciais avultam também, naturalmente, exigências funcional-organizativas para a separação entre a actividade do sócio e a dos titulares do órgão de administração da sociedade.

II — São parâmetros importantes para entender o direito português.

Ao contemplar a possibilidade de um sócio poder designar ou fazer eleger administradores em virtude de um acordo parassocial que celebre, a lei societária aceita certamente que os sócios possam ou queiram influenciar de alguma forma a gestão da sociedade.

Não só não o estranha, como, pelo contrário, assume mesmo que essa influência é, em si mesma, lícita⁽¹³⁾, pois de outro modo não o permitiria.

Mas não admite tudo.

Não aceita, por exemplo, que o sócio exerça sobre o administrador uma influência para submeter a actividade social aos seus próprios interesses pessoais (mesmo corporativos, ou, *a fortiori*, extracorporativos), por isso mesmo não consentindo jamais ao administrador preferir os interesses de um sócio aos interesses da sociedade. Tal influência do sócio seria ilegítima face ao disposto no art. 64.º, n.º 1, b) do CSC.

⁽¹²⁾ Cf. o nosso *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, cit., 618 ss.

⁽¹³⁾ Assim também, acertadamente, CAROLINA CUNHA, «Acordos parassociais», cit., 61, desdramatizando, ao lembrar justificadamente que qualquer sócio ou grupo de sócios majoritários tem também o poder de designar administradores, assim como, conclusivamente a pp. 83-84. Analogamente outros autores como TERESA ANSELMO VAZ, «A responsabilidade do acionista controlador», in *O Direito*, 1996, III-IV, 375-376.

Respeitado este limite, a lei portuguesa reconhece, contudo, benefício em que as perspectivas que o sócio que possa designar ou fazer eleger um administrador tenha do interesse social, ou da forma de melhor conduzir a sociedade em ordem a esse mesmo interesse, possam ser consideradas e devidamente ponderadas no seio do órgão de administração, através do administrador que designou. Aliás, a avaliação de tais perspectivas pode ser muito conveniente e benéfica para a sociedade (ou não estivessem em causa, nesses casos, normalmente, as perspectivas de quem detém na sociedade participações sociais relevantes e interesses de longo prazo, muitas vezes misturados com os interesses da própria sociedade, e que também por isso devem ser levados em conta pelos administradores nos termos do art. 64.º, n.º 1, b) do CSC).

Foi por isso que só responsabilizou esse sócio pelos actos do administrador que designou ou elegeu verificadas certas circunstâncias suplementares: precisamente porque a influência que possa exercer na pessoa que escolheu não é, por si só, má, ou sequer mal vista, antes apenas e na medida em que se verifiquem os requisitos dos vários números do art. 83.º do CSC.

III — Pelo que não é seguramente suficiente para estabelecer a responsabilidade do sócio reconhecer-se a possibilidade que ele teve de, mediante a designação de um administrador da sua confiança, a sua percepção do interesse social ou do melhor modo de condução da sociedade ser considerada na gestão da sociedade, nos casos em que as decisões do conselho de administração vieram efectivamente a acolhê-la.

O legislador societário condescende ou aceita, como factor não prejudicial, a influência desse modo exercida pelo sócio na determinação dos destinos da sociedade; reconhece mesmo que a proximidade desejada por um sócio em relação aos destinos da sociedade pode ser útil e merecer tutela. Quando lhe dá a possibilidade de indicar um administrador por via de um acordo parassocial, compreende — como é natural — o poder de facto que desse modo, pela via de um acordo parassocial, se pode depositar nas mãos de um sócio de influenciar a administração. E não se perturba só porque esse poder de facto existe ou existiu, ou possa ser indevidamente exercido, enquanto se não demonstrar que o foi efectivamente, nos moldes que vamos ver.

A fronteira entre a conduta lícita ou ilícita do sócio é decisiva e importa que seja traçada com clareza: a lei societária, para além da hipótese de *culpa in eligendo* que já consideramos, reage apenas quando, nos termos do art. 83.º, n.º 4, ele exerceu uma (autêntica) determinação do administrador mediante o abuso do poder de destituição que detenha, porventura em virtude um acordo parassocial que haja subscrito.

7. Acerca da “determinação para agir” enquanto fonte de responsabilidade do sócio por actos do administrador

I — Vale a pena considerar agora quando ocorre a “determinação para agir”.

O art. 83.º, n.º 4 não o explicita. Contudo, a forma como se encontra gizada a previsão legal aponta para uma turbação da vontade do administrador, mais do que do seu juízo.

É necessário que tenha sido afectada a vontade. A lei negligenciou o elemento intelectual subjacente à sua decisão. Só assim se justifica que se requeira do sócio um abuso do poder de destituir ou fazer destituir o administrador (que por esse modo se determinou). Efectivamente, o dolo do sócio (que vitime as representações do administrador) não é considerado.

Mas, sendo assim, quando poderá dizer-se então que ocorreu tal determinação?

Por certo se, ou na medida, em que a conduta do sócio foi condição necessária e suficiente da actuação lesiva do administrador: na acepção, pelo menos, de *causa operis* deste (se não também de *causa operantis*, da sua conduta).

Sempre, com certeza, que o sócio tenha realmente decidido e determinado o *se*, o *como* e o *quando* de tal conduta. Quando, portanto, lhe coubesse o “domínio do facto” lesivo dos interesses da sociedade ou do consócio (não bastando, desta forma, a mera antecipabilidade ou previsibilidade, por parte dele, de que uma certa conduta viria a ser adoptada pelo administrador naquelas circunstâncias, aspecto relevante apenas para efeito de *culpa in eligendo*).

Pode, naturalmente, ser fina e delicada e, nalguns casos, pouco nítida mesmo, a linha de demarcação entre a licitude e a ilicitude da influência que o sócio está autorizado a exercer, no direito português, sobre um administrador.

Não obstante, certo e indiscutível é que não basta a possibilidade de condicionar ou interferir, directa ou indirectamente, de algum modo na gestão da sociedade mediante a designação, eleição, ou possibilidade de destituição dos administradores para afirmar a sua responsabilidade.

II — Além disso, supomos que o regime civil da coacção moral pode trazer também luz a esta questão: conjugando o disposto no art. 83.º, n.º 4 do CSC com a disciplina da coacção moral constante do art. 255.º do Código Civil, haverá ainda determinação do administrador pelo sócio quando a sua decisão foi resultante de ter sido ilicitamente ameaçado com

o exercício do poder de destituição que assistia a tal sócio; não devendo considerar-se determinação, porém, o que decorre do exercício normal do direito de destituição, nem o simples temor reverencial do administrador perante o sócio.

A determinação pelo sócio pressupõe a alegação e a prova, por parte do lesado que queira responsabilizar aquele, das “razões do agir” do administrador. De todo o modo, não há por si só, como se vê, determinação (relevante) para a ordem jurídica quando, confrontado com uma certa opção de gestão, o sócio comunique ao administrador por ele eleito que essa opção merece o seu desacordo por não corresponder ao que considera ser o interesse social; e mesmo se lhe anuncia a possibilidade de, caso tal opção venha a consumir-se, ponderar propor aos outros sócios a não recondução da administração que se decida por tal opção (substituindo-a por outra que imprima à sociedade uma orientação mais consentânea com o que reputa melhor para os seus interesses).

Como não existe determinação relevante quando o administrador se verga à opinião do sócio por simples receio de lhe desagradar, ou de não vir a ser por ele reconduzido no futuro; ou caso tema uma “destituição” que mais não seja, na realidade, do que uma consequência do exercício normal do poder de eleger os administradores que se considerem mais convenientes para a condução dos negócios da sociedade.

E tal qual a não há, por maioria de razão, só pelo facto de um administrador, antes de tomar decisões importantes, decidir ouvir os conselhos e as opiniões, ou indagar dos interesses dos accionistas mais importantes para a sustentação da sociedade. Estes últimos não se convertem só por isso em *shadow directors*.

III — Do exposto resulta que o administrador, timorato ou não perante o sócio que o elege, se encontra legalmente resguardado das suas tentativas ou investidas de determinação. Pois nunca a sua destituição é susceptível de operar como justificação suficiente da sua conduta, se o respectivo poder for usado para o efeito. Mais do que isso, tal destituição é ilícita, podendo o administrador opor-se-lhe, e sendo que lhe estão sempre garantidas as remunerações a que tem direito e a eventual indemnização dos danos que tiver sofrido em consequência do comportamento inadmissível de um sócio⁽¹⁴⁾.

⁽¹⁴⁾ Consequência que se impõe *a fortiori*, relativamente ao regime da própria destituição lícita (e independente de justa causa). Cf., a respeito desta, DIOGO LEMOS E CUNHA, «A destituição de administradores em sociedades anónimas: em particular o alcance e o sentido da justa causa de desti-

Dir-se-á que a lei padece de uma visão irrealista, e que os administradores se encontram, na prática, expostos e subjugados a quem os designa. A asserção careceria evidentemente de ser empiricamente demonstrada, pois não colherá em muitas situações, e não pode universalizar-se. De todo o modo, o que nos importa é o dever-ser jurídico. E, enquanto um administrador lograr justificar as suas decisões à luz do interesse social e da bússola que para ele constitui o art. 64.º, n.º 1), não só ele, mas também o sócio que o designou encontra-se protegido.

Haverá certamente cépticos a insistir, ainda assim, no cinismo “prático” desta consequência para com quem não designou os administradores e venha a ser prejudicado por estes (pretextando a discricionariedade dos administradores e o facto de a sua responsabilização ao abrigo do art. 64.º, n.º 1, poder ser difícil, para um sócio lesado)⁽¹⁵⁾. Facto é que a lei não é nada ambígua no quadro que traça para o exercício da actividade dos administradores e naquilo a que os vincula. Se o quadro resultante é irrealista ou não, dependerá: a lei, pelo menos, não quer que seja.

IV — Tivemos em mente, até aqui, a perturbação da vontade do administrador. Uma perturbação que tem de ser propositada e intencional por parte do sócio.

Mas claro que a conduta dolosa do sócio que afecte ou condicione, não a dimensão volitiva das decisões do administrador, mas as suas representações na hora de decidir, enganando-o, é susceptível de gerar a sua responsabilidade.

A perturbação intencional do elemento intelectual da sua decisão gera a responsabilidade do sócio; mesmo que o administrador, enquanto vítima também, não possa ser autonomamente responsabilizado, como exige o art. 83.º, n.º 3, CSC (responsabilidade que existirá, todavia, se uma mentira do sócio, por exemplo, gerou um erro do administrador). Pois condutas há (do sócio) que, por representarem uma causação dolosa de danos ofensiva de um mínimo ético-jurídico que de todos se pode e deve reclamar, geram sempre a obrigação de indemnizar: é uma indeclinável exigência do Direito impor a obrigação de indemnizar àquele que provoca prejuí-

tuição», *ROA* 74, II (Abril/Junho 2014), 575 ss. O regime descrito não exige naturalmente o administrador do dilema de que fala COUTINHO DE ABREU — acatar as instruções que receba ou ser destituído (cf. *Governança das sociedades comerciais*, 2.ª ed., Coimbra, 2010, 156).

⁽¹⁵⁾ *Vide*, todavia, o que escrevemos a propósito da distribuição do ónus da prova nas acções de responsabilidade dos administradores, que colhem, por maioria de razão — e que por isso devem estender-se — aos sócios lesados por eles ao abrigo do disposto no art. 79.º: cf. «A *business judgment rule* e os deveres fundamentais dos administradores», in *Forjar o Direito*, cit., 347 ss.

zos com malícia, sem sentido daquela elementar decência que está ou tem de estar na base da vida social, para usar termos que fazem também curso noutras culturas jurídicas.

Uma mentira, assim, que vise enganar e provocar uma certa decisão de outrem (um administrador) para prejudicar um terceiro instrumentaliza-o e é inaceitável, permitindo uma imputação directa do dano por esse terceiro sofrido a quem assim procede. (Sem dependência, aliás — agora ao abrigo de valorações profundas do direito comum —, de uma autónoma responsabilidade do sujeito alvo da manipulação alheia; para lá, portanto, do considerado no art. 83.º, n.º 4, do CSC).

E, como já sublinhámos noutras ocasiões a propósito de outras situações, não é necessário para o efeito da responsabilidade a verificação de qualquer artifício, como se diria requerer *apertis verbis* a disciplina civil do dolo. A pouco justificável estreiteza da formulação do art. 253.º, n.º 1, do CC não é de molde a pôr em causa o princípio elementar de que a mentira (*per se* consciente e voluntária) se encontra proibida na nossa ordem jurídica, gerando responsabilidade⁽¹⁶⁾, por atentar contra a veracidade que é base necessária de toda a convivência humana.

Já não é, via de regra, fonte de responsabilidade a omissão de informações, pelo sócio, ao administrador que elegeu, e que poderiam eventualmente ser importantes para a sua decisão, designadamente tendo em vista os interesses de outro sócio. Pela razão de que, ao contrário do dever de verdade (ou de veracidade) — que implica a verdade (ou a pretensão de verdade) do que se diz —, o dever de falar (de esclarecer ou informar) só existe em circunstâncias especiais, geralmente correspondentes, no direito comum, à incidência da regra de conduta segundo a boa fé no âmbito de “ligações especiais” (*Sonderverbindungen*). Um dever de esclarecer ou informar, e em benefício de outro sócio, não incide, ao menos em geral, sobre aquele que designa o administrador, nem pode ver-se como respectivo do poder que ele tenha de o indicar. Entre este, o administrador e outro sócio não se cria, nem estabelece — via de regra, repete-se —, qualquer “relação especial” da qual emerja um dever desse género.

O sócio não se torna, pois, em virtude de informações que possa facultar ao administrador, seu auxiliar ou, ao invés, seu mandante; nem o administrador deixa de ser, perante a sociedade e os demais sócios, o único e exclusivo responsável pelas decisões que toma como correlato da autonomia e indepen-

⁽¹⁶⁾ Cf., por último, o nosso «A responsabilidade dos administradores perante os credores entre o Direito das Sociedades e o Direito da Insolvência», in *IV Congresso de Direito da Insolvência* (coord. Catarina Serra), Coimbra, 2017, 196-197.

dência de que para o efeito goza. É a ele que cabe informar-se do que se revela necessário para comandar devidamente os destinos da sociedade. Por isso não há responsabilidade do sócio que lhe não faculte essa informação.

Não se exclui naturalmente que, em certas circunstâncias, possa ou deva mesmo afirmar-se uma responsabilidade do sócio por violação da lealdade para com a sociedade ou outro sócio. Estamos, porém, para lá do disposto no art. 83.º do CSC.

8. Breve observação conclusiva sobre a coerência do modelo do direito societário português e a natureza da responsabilidade *ex vi* do art. 83.º do CSC

I — Do exposto resulta, supomos, um quadro globalmente coerente.

O direito das sociedades português não consente ao sócio desenvolver, enquanto tal e apenas por si só, a actividade societária; obter por si mesmo, directamente, os proveitos dela⁽¹⁷⁾. Os lucros que ela gera só fluem para ele mediamente, através da pessoa colectiva; interpondo-se, pois, a conduta da administração. Os proveitos que intenciona com o empreendimento societário fixam-se antes de mais na esfera da sociedade; apenas subsequentemente são objecto de uma atribuição ao sócio (ordinariamente mediante um acto ulterior, a deliberação de distribuição de lucros tomada pelos sócios).

À interposição da sociedade no que toca às vantagens corresponde também uma interposição quanto a prejuízos do sócio no âmbito da actividade social. Estes são antes de mais uma perda da sociedade, reflectindo-se depois no valor da participação dos sócios. Temos uma “interpolação nas perdas” como contra-ponto de uma “interpolação nas vantagens”.

E é a sociedade que actua, através da administração. Compreende-se, pois, que também as responsabilidades do sócio no que toca a danos sofridos pela sociedade ou à desvalorização da participação social de outros sócios não hajam, considerando as apontadas estruturações do direito das sociedades, de estabelecer-se de forma directa, antes pressuponham também a “mediação” da responsabilidade dos administradores, pois é assim que se reflecte a autonomia da própria sociedade perante os sócios.

(17) HANS-CHRISTOPH GRIGOLEIT fala, a propósito, do princípio da prossecução descentralizada do lucro no direito das sociedades): cf. *Gesellschafterhaftung für interne Einflussnahme im Recht der GmbH/Dezentrale Gewinnverfolgung als Leitprinzip des dynamischen Gläubigerschutzes*, München, 2006, 321 ss. Decorre também do exposto a parcimónia com que deve admitir-se a “desconsideração” da personalidade jurídica societária.

Lidamos, no fundo, com expressões do princípio da divisão de competências e estatuto entre sócio e administração societária, que radica na separação entre sócio e sociedade comercial.

Um princípio que, como vimos, a lei societária defende contra a perturbação de tal separação mediante a “determinação para agir”.

Parece, assim, que é essencialmente na medida em que a autonomia da administração da sociedade se não tenha *in casu* verificado — e se não possa, portanto, imputar o dano, ainda, de harmonia com esse modelo, também, minimamente, ao administrador — que será legítimo recorrer às estruturas dogmáticas que o direito comum apresta para formular um juízo de responsabilidade do sócio.

II — Tal como plasmada no art. 83.º do CSC, a responsabilidade do sócio apresenta, portanto, uma individualidade própria. Encontra-se ligada ao estatuto do sócio (e articulada com o dos administradores no seio das sociedades comerciais)⁽¹⁸⁾. O *status socii* é expressão da autonomia privada e tem uma base voluntária, contratual. A responsabilidade de que falamos desvia-se, deste modo, do plano e do paradigma típicos da responsabilidade delitual. Não é uma simples expressão particular dos arquétipos e estruturas que a caracterizam. Muito embora não resulte também da violação de deveres de prestar a que os sócios se vincularam reciprocamente. Assim, pelo menos na medida em que não esteja em causa uma responsabilidade perante a sociedade, antes a dos accionistas uns perante os outros, tal responsabilidade não se reconduz também, linearmente, ao paradigma da responsabilidade *stricto sensu* obrigacional⁽¹⁹⁾.

9. Consequências: a interpretação em conformidade dos acordos parassociais que versam a administração de sociedade; a excepcionalidade e a responsabilidade na promessa de facto de terceiro

I — É altura de tirarmos, para finalizar, alguns corolários.

Do exposto decorrem, com efeito, consequências relevantes no plano da responsabilidade dos sócios, uns perante os outros, pelas condutas dos

⁽¹⁸⁾ Nesse sentido, precisamente, RUI PEREIRA DIAS, *Responsabilidade por exercício*, cit., 123 ss.

⁽¹⁹⁾ Sobre a concepção subjacente, cf. o nosso *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, cit., 270 ss., 757 ss., e *passim*.

administradores que se encontravam legitimados a indicar nos termos de um acordo parassocial por eles subscrito.

Duas delas avultam desde já: retomando considerações já avançadas, a autonomia com que o direito societário português concebe e garante a função dos administradores perante os sócios inviabiliza que os administradores se possam, por via de princípio, considerar auxiliares ou representantes deles no cumprimento de obrigações assumidas reciprocamente pelos sócios no âmbito de acordos parassociais que tenham subscrito.

Mesmo quando compita ou esteja facultado a algum deles designar um administrador, ele não é responsável perante os demais pelos actos de quem indicou. Os deveres relativos à administração são — sublinhe-se — do administrador, que para o efeito actua com autonomia; não pertencem ao sócio que o designou, pelo que aquele não é auxiliar de cumprimento de deveres ou vinculações parassociais que impendam sobre o sócio. (É sabido — diga-se *en passant* — que o art. 800.º, n.º 1, do CC, também responsabiliza o devedor por condutas de auxiliares seus que sejam dele independentes, mas a responsabilidade do devedor por esses auxiliares só existe no âmbito de um cumprimento por ele mesmo devido; ora, nas hipóteses que nos ocupam, ao administrador cabe exclusivamente o dever de administrar a sociedade, não lhe pertencendo por conseguinte nesse âmbito ajudar o sócio, ainda que com autonomia, no cumprimento de vinculações parassociais que tenha subscrito).

II — Do mesmo modo — e repetimos —, é também inviável considerar, face ao direito societário português, os administradores comissários dos sócios, para responsabilizar estes, ao abrigo do art. 500.º, n.º 1, do CC, por lesões perpetradas a outros sócios. Estes não detêm qualquer poder de orientação ou direcção da conduta dos administradores, ainda quando disponham, por acordo parassocial, do poder de os indicar ou fazer eleger. Dito claramente o art. 17.º, n.º 2, do CSC. Não há, portanto, subordinação jurídica alguma a esses mesmos sócios.

III — A autonomia dos administradores perante os sócios que o direito societário português salienta não exime, evidentemente, os sócios de poderem responder, uns perante os outros, por violação de obrigações próprias contraídas entre eles no âmbito de um acordo parassocial.

Em qualquer caso, importa que os acordos parassociais sejam interpretados no respeito das disposições do direito societário com que interagem.

O acordo parassocial, por outras palavras, deve ser alvo, tanto quanto possível, de uma interpretação conforme com a legalidade. Este um critério hermenêutico fundamental.

Na realidade, não adstringe para lá da legalidade, nem dá lugar a uma obrigação de indemnizar por condutas que não possam ser validamente prometidas pelos sócios que o subscrevam.

Assim, não-de recusar-se todos aqueles sentidos dos acordos parassociais — em matéria de responsabilidade dos sócios por actos dos administradores por eles nomeados — que afrontem preceitos imperativos do direito societário, como o art. 17.º, n.º 2, do CSC; sentidos que, por serem inconciliáveis com estes, importariam, afinal, a nulidade das respectivas cláusulas.

Compreende-se. A própria vontade presumível dos subscritores do acordo parassocial é normalmente endereçada à salvaguarda do sentido juridicamente possível, e assim útil, do acordo.

Um acordo parassocial não pode impor aquilo que a lei proíbe, nem proibir o que ela prescreve ou impede. Se o fizer não há, pois, responsabilidade do sócio que o viole (actuando em conformidade com a ordem jurídica). Existindo colisão entre regras do direito objectivo e cláusulas do acordo parassocial, sobrelevam as primeiras, naturalmente. No conflito de deveres em que possa, mediante um acordo parassocial, querer constranger-se o administrador, prevalecem os legais. O domínio dos acordos parassociais é apenas o do *licere*, o dos actos permissivos, à luz da lei.

IV — Mas, além disso, devem evitar-se as interpretações dos acordos parassociais que acabem por atribuir às suas cláusulas um sentido, um alcance ou um efeito totalmente irracional ou despropositado face ao quadro geral da responsabilidade dos sócios por actos dos administradores traçado pela lei societária.

É o critério hermenêutico da razoabilidade a impô-lo⁽²⁰⁾.

Por exemplo: sendo a conduta dos administradores autónoma em relação à dos sócios, ainda quando designados por eles, também não é em princípio curial admitir-se, a não ser que tal resulte inequivocamente das circunstâncias, que os sócios partes num acordo parassocial tenham garantido uns aos outros certos resultados ou procedimentos dependentes, afinal, da decisão e da vontade autónoma desses administradores; mesmo

⁽²⁰⁾ Cf. para semelhante critério, o nosso «Sobre a interpretação do contrato», in *Forjar o Direito*, Coimbra, 2015, 16 ss.

quando pretenderam que tais objectivos ou condutas fossem prosseguidos por eles.

Vinculações deste tipo são em princípio de rejeitar: elas introduziriam um desfasamento entre a ordem primária reguladora das atribuições e comportamentos de sócios e administradores, por um lado, e a ordem secundária da tutela indemnizatória, por outro: delineando por excesso a responsabilidade dos sócios e onerando-os relativamente ao que aqueloutro plano podia razoavelmente implicar. A vontade de vinculação carece de ser provada; sobretudo em caso de escusabilidade de uma oneração, essa prova é evidentemente imprescindível.

Por outro lado, existindo autonomia de desempenho dos administradores, e não se encontrando eles sujeitos a instruções ou a orientações dos sócios, sequer dos que os designaram, percebe-se também que uma vinculação dos sócios a (tão só) diligenciarem no sentido de serem adoptados por tais administradores certos procedimentos ou determinadas decisões aquando da administração da sociedade raramente poderá gerar a responsabilidade do sócio. Não basta, de forma alguma, para tal responsabilização, a não observância de tais procedimentos ou decisões.

Com efeito, não se tratando nem podendo tratar-se aqui de deveres de resultado, e encontrando-se o fim pretendido fora do controlo do sócio — cabendo ao alvedrio de um terceiro (administrador) proporcioná-lo ou não —, certamente que a responsabilidade do sócio só pode afirmar-se caso e na medida em que se prove positivamente um incumprimento de semelhante obrigação: uma obrigação que é de meios (com vista — repete-se — à adopção de um comportamento que há-de ser tomado por terceiro com total autonomia e independência). Sendo que, pela sua natureza, o devedor também só pode vincular-se validamente a usar os recursos legalmente possíveis em relação a um resultado que derradeiramente depende de uma decisão alheia, sem que ele possa nela interferir directamente.

De outro ângulo: os recursos ao dispor do sócio que assim se comprometa serão meramente opinativos e persuasivos, nada mais. Não pode presumir-se a culpa dele apenas porque o interesse ou fim que a obrigação de meios por ele assumida no acordo parassocial visava proporcionar não ocorreu, pois o administrador é livre nas suas decisões.

V — Quer dizer que só raramente, e apenas por excepção, as adstrições dos sócios assumidas num acordo parassocial por eles subscritas a respeito de condutas dos administradores que designem consubstanciarão

promessas de facto de terceiro ou garantias de facto de terceiro (com efeitos responsabilizadores)⁽²¹⁾.

Quando a prestação objecto de uma obrigação inclui ou se refere a uma conduta alheia, que outrem diferente do devedor deve realizar, compreende-se que o devedor não garanta nem prometa via de regra a sua realização, e que sua responsabilidade, quando o terceiro não colabore, só singre demonstrando-se que a sua falta de diligência foi efectivamente a causadora dessa não realização. Havendo, pois, de provar-se que a causa da não adopção da conduta que os sócios desejavam por parte do administrador derivou, não de uma decisão autónoma sua, mas de um incumprimento do sócio (designadamente da ausência de conselho ou opinião dele).

A fortiori quando as decisões alegadamente lesivas pertencem afinal a um órgão colegial, e o administrador designado por um sócio era, por si só e sem o concurso de outros administradores, insusceptível de determinar aquela conduta referente à administração da sociedade que o acordo parassocial visava. Se qualquer sócio raramente aceitará responder por actos autónomos daqueles que nomeia, muito mais dificilmente quererá ou consentirá responder por actos que não dependem (apenas) do administrador que indicou, mas (também) de outros.

10. Considerações finais: parassocialidade, sociedades instrumentais e dever de lealdade dos sócios entre si

I — Duas notas finais.

A primeira para salientar que as linhas de orientação precedentemente apresentadas — para um problema multifacetado, como se disse, em função do teor das adstrições parassociais — não se alteram só pelo facto de o acordo parassocial em causa poder ser “omnilateral”, isto é, vincular entre si todos os sócios.

Embora importe reconhecer que tais acordos podem implicar efectivamente ponderações especiais na articulação entre o plano da socialidade e o da parassocialidade⁽²²⁾, facto é que não é pela circunstância de tais

⁽²¹⁾ A destriça entre obrigações de meios, de resultado e de garantia é fundamental: com idêntica perspectiva, e para a caracterização de cada uma delas, veja-se, no nosso contexto, CAROLINA CUNHA, «Acordos parassociais», *cit.*, 79.

⁽²²⁾ Cf. o nosso «Acordos parassociais omnilaterais», por último *in Forjar o Direito, cit.*, 477 ss. *Vide*, também, as reflexões de DIOGO COSTA GONÇALVES, «Notas breves sobre a socialidade e a parassocialidade», *Revista de Direito das Sociedades*, ano V (2013), 4, 779 ss.

acordos serem, nalguns casos, subscritos por todos os sócios que os administradores por eles designados deixam de haver de exercer com autonomia e independência as suas funções, de harmonia com o disposto no art. 17.º, n.º 2 do CSC.

Ao contrário: será essa, ordinariamente, a vontade dos sócios (na medida em que todos eles queiram envolver-se efectivamente num projecto societário comum, a ser desenvolvido de acordo com as regras do direito societário, com autonomia em relação a qualquer um deles por parte dos administradores). Esse figurino, subjacente às regras do direito societário geral, não é afastado só pela circunstância de todos os sócios se comprometerem reciprocamente nalgum acordo parassocial.

Soluções divergentes apenas podem ser equacionadas, pois, em hipóteses nas quais a constituição de uma sociedade se apresenta como um mero instrumento da realização de outros projectos e fins comuns dos sócios; projectos e fins normalmente plasmados num contrato-quadro que regula então um conjunto de relações em vista das quais se constitui a sociedade e se celebra um acordo parassocial. Por outras palavras, quando a sociedade é uma mera “sociedade-veículo”, tal qual ocorre com múltiplas *joint ventures* ou acordos de *project finance*, em que os sujeitos cooperam entre si em ordem a determinados fins, servindo a sociedade que constituam de simples meio de os atingir. Mas ainda aí havendo de averiguar-se bem até que ponto a instrumentalidade da sociedade implica de facto uma total ausência de autonomia da administração da sociedade face às decisões dos sócios no âmbito do contrato que os une.

Apenas na medida em que tal autonomia não haja (licitamente) de existir se modificarão os termos da responsabilização dos sócios por actos dos administradores que designem, passando ela a reger-se pelo direito comum (dos contratos de fim comum).

II — Interessa, por último, saber se as conclusões expostas podem ser infirmadas ou alteradas mediante o reconhecimento de um dever de lealdade entre os sócios: sustentando-se que a responsabilidade deles poderia estender-se, para lá dos limites acima apontados, caso um dever desse tipo se mostrasse infringido.

Os deveres de lealdade a cargo dos sócios, tanto entre si, como perante a sociedade, são hoje campo importante de debate e reflexão. A discussão extrema-se, contudo, no campo das sociedades anónimas. Aos que os negam contrapõem-se aqueles que os afirmam convictamente. A questão concentra-se, naturalmente, no problema da admissão de deveres não escritos. Não se põe em causa a incontornável redução dogmática

de algumas disposições normativas do direito das sociedades às exigências da lealdade⁽²³⁾.

Persuadimo-nos, contudo, de que ambas as formas de ver se compreendem, e que cada uma delas reflecte, a seu modo, pontos de vista pertinentes⁽²⁴⁾. Supomos tratar-se, em apreciável medida, de uma divergência mais aparente do que real. Na verdade, do que nos não mostraremos suficientemente advertidos é que a controvérsia mistura por vezes dois planos, que importa todavia distinguir bem: por um lado, o do direito societário, corporativo; por outro, o do direito comum, civil geral.

III — É certamente de rejeitar que, mediante a aceitação de deveres de lealdade não escritos qualificados e especiais, as vinculações constantes das específicas e especiais regulações do direito societário possam ser estendidas e intensificadas para além do que o Código das Sociedades Comerciais prevê e consente. Embora várias dessas adstrições constituam expressões de um dever de lealdade corporativo (ou especificamente societário) dos sócios entre si, ou destes para com a sociedade, a extensão de tais deveres para lá dos limites estreitos de uma prudente *analogia legis* é obviamente problemática. Pois um desenvolvimento do Direito *praeter legem* não pode pôr em causa princípios importantes do direito societário como o da autonomia dos sócios perante a sociedade ou entre si, e o da limitação da responsabilidade do sócio pela actividade social.

Especialmente no campo das sociedades anónimas, ao juiz não está consentido acrescentar acriticamente, aos que já constam profusamente do Código das Sociedades Comerciais, novos deveres para os sócios. Nesse sentido se compreende a afirmação de que não há, nas sociedades anónimas, deveres de lealdade dos sócios, entre si ou para com a sociedade, para lá do que a lei prevê.

IV — De qualquer modo, na sua literalidade, uma asserção desse tipo seria patentemente exagerada. Até porque há sempre uma lealdade que os

⁽²³⁾ Tenha-se em mente, por exemplo, o disposto no art. 58.º, n.º 1, b), referente a deliberações abusivas (sendo que o abuso não pode reconduzir-se centralmente à lealdade), o art. 180.º, relativo ao dever de não concorrência dos sócios, o art. 181.º, n.º 5, o art. 214.º, n.º 6 ou o art. 291.º, n.º 6, do CSC (que sanciona o sócio que utiliza as informações recebidas em prejuízo da sociedade ou de outros sócios), o art. 242.º, respeitante à exclusão judicial do sócio quotista por comportamento desleal, etc.

⁽²⁴⁾ Temos presentes alguns contributos de referência para a compreensão da lealdade societária: especialmente os de dois dos seus defensores, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *A Participação Social nas Sociedades Comerciais*, 2.ª ed., Coimbra, 2006, 358 ss., e *passim*, e COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial — Sociedades Comerciais*, 5.ª ed., Coimbra, 2016, 281 ss., 286 ss., e a posição céptica de PAULO OLAVO CUNHA, «(Acerca da) Inexistência do dever (específico) de lealdade entre sócios e accionistas», in *Actas do V Congresso da DSR*, Coimbra, 2018, 20 ss.

sócios se devem entre si enquanto concretização da bitola geral daquelas regras de comportamento que incidem sobre as partes em contratos de organização ou de fim comum: embora nenhuma delas assuma, em virtude de tais contratos, vinculações de prossecução de interesses alheios, também não estamos diante de padrões de comportamento próprios de contratos em que as partes procuram interesses contrapostos e distintos.

Pode é recusar-se reconhecimento a específicos deveres de lealdade (*stricto sensu*) societários entre os sócios enquanto se não se identificarem regras de conduta também especificamente dirigidas aos sócios enquanto tais, *distintas* das que vigoram para a generalidade dos sujeitos no tráfico jurídico.

Só que a disputa se arrisca ociosa: afinal, na concretização vai uma especificação de normas e regras.

A esta luz, se na tipologia das deslealdades se alude por vezes a sócios “corsários”, “abutres” ou “tiranos”, o relevante será indagar se tais epítetos impressivos descrevem realidades particulares, com conteúdo normativo próprio, autonomizável perante os critérios do direito comum.

Dir-se-á que não existe dever de lealdade (especificamente) societário no caso de a adstrição que impende sobre o sócio se apresentar tão somente como refração do dever geral de cooperação ou, pelo menos, de não obstaculização do fim em qualquer contrato de organização ou de fim comum; atingindo desse modo, como dever de lealdade comum, e tal qual é também mister, sujeitos em situações análogas (como, por exemplo, nas associações, os associados, ou os instituidores nas fundações).

Contudo, a adstrição dos sócios a colaborar ou promover o fim da sociedade (ou, pelo menos, numa formulação negativa, a não o impedir) resulta ainda da sua autonomia privada, do programa obrigacional a que se vincularam. Nesta perspectiva, será *stricto sensu* societária⁽²⁵⁾, por isso que radica no comprometimento do sócio em relação à sociedade.

V — Mas tal consideração não esgota o âmbito dos deveres de lealdade, que podem visar perfeitamente interesses, não já da sociedade, antes individuais, corporativos ou não, dos outros sócios. Tais deveres — deveres de consideração, ou de protecção (dos interesses) dos demais sócios — derivam directamente do direito objectivo e das exigências da boa fé, sem necessidade de qualquer vontade que os suporte.

(25) Nesse sentido, se bem interpretamos, COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial — Sociedades Comerciais*, cit., 284-285 (em diálogo com Karsten Schmidt, após ter reconduzido a lealdade ao dever, de conteúdo negativo, de não actuar de modo incompatível com o interesse social). Também para PAIS DE VASCONCELOS o dever de lealdade exige do sócio que não contrarie o interesse social no seu comportamento enquanto sócio (*A Participação Social*, cit., 325).

É nesta acepção que se torna criticável admitir deveres de lealdade especificamente societários, e distintos dos deveres de protecção, ou de consideração⁽²⁶⁾, do direito comum.

Aliás, os sócios podem ter criado ou estabelecido outras relações especiais (*Sonderverbindungen*), em virtude ou por ocasião do seu envolvimento num projecto societário comum e nele assentes: ligações que concitem, ao abrigo do direito comum e das suas valorações, exigências de lealdade recíprocas. A tanto pode conduzir, por exemplo, a regra de conduta segundo a boa fé nas relações contratuais ou pré-contratuais do tráfico jurídico; ou, nas sociedades familiares, a existência de laços de parentesco, ou outros, interferindo com o exercício de posições sociais. É óbvio que os sócios não ficam imunizados pela sua qualidade de sócios de tais exigências em contexto societário. O direito comum aplica-se e não pode ser afastado.

VI — Parece, em qualquer caso, claro que nenhuma ordem jurídica pode prescindir das exigências da lealdade entre os sócios. *Maxime* quando unidos por um acordo parassocial, pois é óbvio que nos contratos de organização e/ou de fim comum, o direito civil impõe aos contraentes deveres de consideração, protecção ou — naturalmente — lealdade. (Com a consequência de que uma deslealdade, numa relação parassocial duradoura, pode dar origem a responsabilidade, bem como à resolução do contrato, nos termos gerais).

VII — No final, fica a convicção de que a querela entre defensores e opositores de um dever de lealdade entre os sócios deve ser relativizada. Para lá do âmbito do dever de lealdade como mera expressão alternativa do dever (elementar) de prosseguir ou não prejudicar o fim do contrato (no caso, do contrato de sociedade), o dever de lealdade do direito comum é susceptível de absorver também muitas das exigências de comportamento que se colocam no contexto societário aos sócios, pois tal dever é função das mais diversas situações relacionais em que os sujeitos se encontram, societárias ou não. Nesse sentido se dirá que não existem deveres de lealdade especificamente societários, mas que a lealdade é — obviamente! — também devida nas relações dos sócios entre si ou com a sociedade.

⁽²⁶⁾ Tomamos estas designações como próximas ou similares, quando não fundamentalmente equivalentes. A terminologia é fluida e espelha genealogias jurídico-culturais não coincidentes. Cf., por exemplo, o nosso *Contrato e Deveres de Protecção*, cit., 36 ss., 143 ss., e *passim*, e mais recentemente, o nosso «Deveres (ditos) Acessórios e o Arrendamento», in *ROA* 73 (Jan./Mar. 2013), 267 ss., assim como, especificamente sobre a lealdade, «A *business judgment rule* e os deveres fundamentais dos administradores», este in *Forjar o Direito*, cit., esp. 330 ss.

Só que — repete-se — todo o processo de concretização de cláusulas gerais ou de conceitos indeterminados conflui na sedimentação de regras particulares para situações típicas, com o que os deveres de lealdade societária tenderão a individualizar-se e afirmar-se especificadamente no discurso doutrinário e jurisprudencial da especialidade.

11. Conclusão

Considerando o exposto, pode concluir-se que a responsabilidade dos sócios *ex vi* do art. 83.º do CSC é uma responsabilidade do plano societário, por violação de deveres (corporativos) do sócio enquanto sócio, beneficiando a sociedade e os demais sócios enquanto tais. Logo, pois, pela circunscrição subjectiva que o preceito opera, ela só atinge os sócios enquanto tais, e apenas beneficia a sociedade ou outros sócios.

Sendo esta a vera natureza do art. 83.º do CSC — de responsabilidade de direito societário —, o equilíbrio nele almejado entre os vários pontos de vista relevantes para um juízo de responsabilidade do sócio por condutas dos administradores (danosas para a sociedade ou outros sócios) não pode ser subvertido ou desfeito pelo direito comum aplicável a acordos parassociais que tenham sido subscritos, sob pena de se ignorarem indevidamente as valorações específicas do direito societário.

Quer dizer que apenas uma avaliação conscienciosa — cotejando atentamente tais valorações com as exigências a que dá expressão o direito comum — pode justificar o alargamento da responsabilidade do sócio perante outros sócios, ou a sociedade, para lá de tais limites.

Não que o direito comum se não possa convocar quando seja efectivamente chamado (e a imputação do dano haja de fazer-se, efectivamente, ao abrigo de regras suas). Não deve é substituir-se ao direito societário ou corô-lo, havendo de respeitar-se o âmbito deste. Por forma a conseguir-se a necessária congruência e harmonização dos dois planos, da socialidade e da parassocialidade.

O ÂMBITO GEOGRÁFICO DO ESGOTAMENTO DO DIREITO À MARCA NA PRIMEIRA DIRECTIVA 89/104/CEE(*)

Por M. Nogueira Serens(**)

SUMÁRIO:

I. Os trabalhos preparatórios. II. O art.7.º, n.º 1: O esgotamento comunitário (*rectius*: no EEE) como *standard* máximo ou como *standard* mínimo? III. A interpretação do TJ. IV. A interpretação do Tribunal EFTA.

I. Os trabalhos preparatórios

1. A Primeira Directiva do Conselho, de 21 de Dezembro de 1988, que harmoniza as legislações dos Estados-Membros em matéria de marcas (doravante, Primeira Directiva ou Directiva 89/104/CEE), resultou de uma Proposta, apresentada pela Comissão, em 25 de Novembro de 1980. O art. 6.º, n.º 1, dessa Proposta, respeitante ao esgotamento do direito à marca⁽¹⁾, apre-

(*) Destinado aos Estudos em Homenagem ao professor Doutor Joaquim de Sousa Ribeiro, Presidente do Tribunal Constitucional entre Outubro de 2012 e Julho de 2016.

(**) Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona (Lisboa).

(1) Antes afirmado, diga-se, pelo TJ na sua jurisprudência sobre a interpretação dos arts. 30.º e 36.º do Tratado CEE (actuais arts. 34.º e 36.º TFUE): acórdão de 31 de Setembro de 1974, Proc. 16/74, *Centrafarm BV et Adriaan de Peijper./Winthrop BV*, ECLI:EU:C:1974:115, acórdão de 23 de Maio de 1978, Proc. 102/77, *Hoffmann-La Roche & Co. AG, Hoffmann-La Roche AG./Centrafarm Vertriebsgesellschaft Pharmazeutischer Erzeugnisse mbH*, ECLI:EU:C:1978:108, e acórdão de 10 de Outubro de 1978, Proc. 3/78, *Centrafarm BV./American Home Products Corporation*, ECLI:EU:C:1978:174. Desenvolvidamente, vide M. NOGUEIRA SERENS, “O fraccionamento do direito à marca e o princípio do esgotamento” (anotação ao acórdão do T.J.U.E, de 17 de Dezembro de 2017), *RLJ*, ano 147.º, n.º 4010 (Maio-Junho de 2018), p. 321, ss.

sentava a seguinte redacção: “Le droit conféré par la marque ne permet pas d’interdire l’usage de celle-ci pour des produits qui ont été mis dans le commerce sous cette marque par le titulaire ou avec son consentement”⁽²⁾. Para que não restassem dúvidas sobre a opção, que assim se fazia, pelo esgotamento internacional (ou global) do direito à marca, o penúltimo considerando da Proposta afirmava expressamente que “*la fonction d’indication d’origine que remplit la marque implique que l’usage de cette dernière ne peut, en principe* [esta ressalva pretendia evidenciar que o referido princípio comportava algumas excepções — as excepções mencionadas no n.º 2 do art. 6.º, e que eram aquelas que o TJ tinha afirmado⁽³⁾], *être interdit ni à un tiers pour des produits qui ont été mis dans le commerce dans la Communauté ou hors de celle-ci, sous la marque, par le titulaire ou avec son consentement, ni sur base du droit des marques à un licencié qui fournit les produits ou les services sous la marque hors du territoire de licences*”^(4/5).

(2) *Bulletin des Communautés Européennes, Supplément n.º 5/80*, p. 10.

(3) Cf. penúltima nota.

(4) *Bulletin des Communautés Européennes, Supplément n.º 5/80*, pp. 8-9.

(5) A proposta de Regulamento sobre a marca comunitária, apresentada pela Comissão, em 25 de Novembro de 1980, contemplava o princípio do esgotamento no art. 11.º, cujo n.º 1 dispunha o seguinte: “Le droit conféré par la marque communautaire ne permet pas à son titulaire d’interdire l’usage de celle-ci pour des produits qui ont été mis dans le commerce sous cette marque par ce titulaire ou avec son consentement” (*Bulletin des Communautés Européennes, Supplément n.º 5/80*, p. 25). Também aqui a opção pelo esgotamento internacional do direito à marca era inequívoca. Deveras impressivo é o trecho, que a seguir se transcreve, da exposição de motivos do referido preceito (para a qual aliás se remetia no comentário ao art. 6.º da proposta de Directiva (cf. *Bulletin des Communautés Européennes, Supplément n.º 5/80*, p. 15): “La règle selon laquelle le droit sur la marque s’épuise par la première utilisation de celle-ci, effectuée ou autorisée par le titulaire, est la conséquence directe de la fonction d’indication d’origine que remplit la marque. Le lieu où le produit de marque est mis en circulation importe peu à cet égard. C’est pourquoi le principe énoncé à l’article 11 s’applique indifféremment, que le produit pourvu de la marque communautaire ait été mis dans le commerce dans la Communauté ou hors de celle-ci./L’application du principe de l’épuisement du droit sur la marque se confond en outre avec la réalisation de deux tâches que le traité a confiées à la Communauté: éliminer les obstacles à la libre circulation des marchandises et à la libre prestation des services entre les États membres d’une part, établir un régime assurant que la concurrence n’est pas faussée dans le Marché commun d’autre part. Il est clair que cette dernière obligation ne pourrait être respectée si la Commission proposait une réglementation posant en principe que les titulaires de marques communautaires sont en droit d’utiliser celles-ci pour cloisonner le marché mondial. Le risque est grand de voir des entreprises, dont le principal établissement se trouve peut-être dans des pays tiers, empêcher que leurs produits soient importés à des prix plus favorables, dans la Communauté, ce qui jouerait au détriment des consommateurs de la Communauté” (*Bulletin des Communautés Européennes, Supplément n.º 5/80*, p. 60). Tudo isto, que era dito pela Comissão, é verdadeiro: tão verdadeiro que “se mete pelos olhos dentro”! Mas tal não impediu que, perante as críticas dos “representantes da indústria europeia” (e da esmagadora maioria dos Estados-Membros) — assim disse o insuspeito F.-K. BEIER, “Gewerblicher Rechtsschutz und freier Warenverkehr im europäischen Binnenmarkt und im Verkehr mit Drittstaaten”, *GRUR-Int.* 1989, p. 614= “Industrial Property and the Free Movement of Goods in the Internal European Market”, *IIC* 1990, p. 159 —, os “Órgãos de Governo” da Comunidade

2. O referido texto do art. 6.º, n.º 1, não sofreu qualquer modificação no *Comité Económico e Social*. Mas chegou a ser votada uma proposta, assim redigida: “(...) le Comité estime qu’au paragraphe 1, l’application du principe de l’épuisement du droit pouvant être exercé sur la marque doit être limité aux seuls produits qui ont été commercialisés pour la première fois dans le Marché commun”. Na respectiva fundamentação dizia-se que “le principe de l’épuisement, au niveau international, du droit exercé sur la marque n’est pas reconnu universellement et, s’il était sanctionné par des règles communautaires, il porterait préjudice aux entreprises de la Communauté dans la concurrence internationale.” E ainda se acrescentava: “Il n’est en effet pas exact que le lieu où le produit de marque est commercialisé pour la première fois n’a pas d’importance, comme le prétend la Commission dans son exposé des motifs./Il convient bien plutôt de faire en sorte que la Communauté dispose éventuellement d’arguments négociables avec le pays tiers dans le cadre d’accords bilatéraux”(6). Esta proposta acabou por ser recusada pela maioria dos membros do *Comité Económico e Social*... mas deixou rasto. Que o Parlamento Europeu seguiu, aprovando uma modificação ao referido preceito: onde antes se lia “produits qui ont été mis dans le commerce sous cette marque (...)”, passava a ler-se “produits qui ont été mis dans le commerce *dans la Communauté européenne* sous cette marque (...)”(7).

(incluindo a própria Comissão) — esses mesmos aos quais compete “promover os interesses dos consumidores e assegurar um elevado nível de defesa destes” (actual art. 169.º TFUE) — tivessem desistido de impor (aos Estados-Membros) a consagração do princípio de esgotamento internacional do direito à marca. E também não impediu que o próprio TJ (cf. *infra*, número 7 e 8), interpretando o art. 7.º, n.º 1, da Primeira Directiva, viesse depois dizer que, por via dele, os Estados-Membros tinham ficado obrigados à consagração do esgotamento comunitário — *rectius*: do esgotamento no Espaço Económico Europeu (cf. *infra*, nota 20) — como *standard* máximo. Vem ao caso referir que a doutrina do esgotamento internacional do direito à marca tinha longa tradição na Alemanha (que sempre foi um dos mais importantes Estados-Membros): acórdão (“*Mariani*”) do RG, de 2 de Maio de 1902. O BGH manteve-se fiel a essa doutrina até meados dos anos noventa do século passado: acórdão (“*Gefärbte Jeans*”) de 14 de Dezembro de 1995 (quase um século de *precedentes*, pois). Mais desenvolvidamente, cf. M. NOGUEIRA SERENS, “O fraccionamento do direito à marca ...”, *RLJ*, *cit.*, p. 328, ss., nota 37; *vide* também *infra*, nota 49.

(6) Anexo ao Parecer do *Comité Económico e Social*, elaborado no decurso da sua 190.ª sessão plenária, realizada em Bruxelas, em 23 e 24 de Setembro de 1981, JO N.º C 310, de 30 de Novembro de 1981, p. 30.

(7) JO N.º C 307, de 14 de Novembro de 1983, p. 63. Igualmente alterado pelo Parlamento Europeu foi o texto do art. 11.º, n.º 1, da Proposta de Regulamento: “Le droit conféré par la marque communautaire ne permet pas à son titulaire d’interdire à un tiers l’usage de celle-ci pour des produits qui ont été mis dans le commerce *dans la Communauté européenne* sous cette marque par ce titulaire ou avec son consentement” (JO N.º C 307, de 14 de Novembro de 1983, p. 51).

Dado o modo como a Comissão justificara a sua opção pelo esgotamento internacional do direito à marca⁽⁸⁾, seria razoável esperar que repelesse esta alteração, que, como disse F.-K. Beier, representava “*an about-face of 180 degrees*”⁽⁹⁾. Tal, porém, não aconteceu. Impressionada com o argumento de que a consagração do esgotamento internacional colocaria “as empresas da Comunidade” em desvantagem em relação às empresas de países-terceiros⁽¹⁰⁾ — a sorte dos interesses dos consumidores é essa mesma: *a de só serem considerados quando não colidem com os interesses empresariais típicos* —, a Comissão aprestou-se a reformular a sua proposta inicial⁽¹¹⁾. Na versão apresentada ao Conselho em 17 de Dezembro de 1985,

⁽⁸⁾ Cf. *supra*, nota 5.

⁽⁹⁾ Cf. “Industrial Property and the Free Movement of Goods...”, *cit.*, IIC 1990, p. 159.

⁽¹⁰⁾ Esse argumento, como há pouco vimos, tinha sido avançado na motivação da proposta de alteração do art. 6.º, n.º 1, que o Comité Económico e Social rejeitara; mais desenvolvidamente, *vide* H. HARTE-BAVENDAMM/EVA SCHELLER “Die Auswirkungen der Markenrechtsrichtlinie auf die Lehre von der internationalen Erschöpfung”, *WRP* 1994, p. 575; R. KLAKA, “Erschöpfung und Verwirkung im Licht des Markenrechtsreformgesetzes”, *GRUR* 1994, p. 325; *ID.*, “Markenrechtliche Erschöpfungslehre in neuen Licht (gestern-heute-morgen)”, *FS für Fritz Traub zum 65. Geburtstag*, Frankfurt am Main, 1994, p. 182, ss.; U. LOEWENHEIM, “Nationale und internationale Erschöpfung von Schutzrechten im Wandel der Zeiten”, *GRUR-Int.* 1996, p. 313, ss.; J. RASMUSSEN “The Principle of Exhaustion of Trade Mark Rights Pursuant to Directive 89/104 (and Regulation 40/94)”, *EIPR* 1995, p. 177; H. COHEN JEHORAM, “International Exhaustion versus Importation Right: a Murky Area of Intellectual Property Law”, *GRUR-Int.* 1996, p. 283.

⁽¹¹⁾ Ao reformular essa proposta, a Comissão, pela voz do Comissário Narjes, avançava com a possibilidade de a Comunidade negociar com os seus parceiros comerciais mais importantes a celebração de acordos bi- ou multilaterais, respeitantes à consagração do princípio do esgotamento internacional (cf. R. KLAKA, “Erschöpfung und Verwirkungen ...”, *cit.*, *GRUR* 1994, p. 325). O Acordo TRIPs (= “*Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*”, em português “*Acordo sobre Aspectos dos Direitos da Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio*” ou ADPIC) terá vindo inviabilizar a concretização dessa política de “*dividir para reinar*”. Releva aqui, em primeiro lugar, o art. 6.º desse Acordo, que dispõe o seguinte: “Para efeitos de resolução de litígios ao abrigo do presente Acordo, e sem prejuízo do disposto nos arts. 3.º e 4.º, nenhuma disposição do presente Acordo será utilizada para tratar a questão do esgotamento dos direitos de propriedade intelectual”. Expressão da “*Realpolitik*” em matéria de comércio internacional — será bom lembrar que o objectivo principal do Acordo TRIPs foi harmonizar a protecção da propriedade intelectual *por cima*, é dizer, pelos padrões dos países mais industrializados, sendo, por isso mesmo, incoerente (é o mínimo que pode dizer-se) que se continuem a tolerar as restrições às importações paralelas (desenvolvidamente sobre este ponto, *vide* S. SOLTYSINSKY, “International Exhaustion of Intellectual Property Rights under the TRIPs, the EC Law and the Europe Agreements”, *GRUR-Int.* 1996, p. 317, ss., e sobre o Acordo TRIPs, em geral, cf., por exemplo, A. CASADO CERVIÑO/B. CERRO PRADA, *GATT y Propiedad Industrial: la tutela de los derechos de propiedad industrial y el sistema de resolución de conflictos en el acuerdo GATT*, Madrid, 1994, J. A. GÓMEZ SÉGADE, “El Acuerdo ADPIC como nuevo marco para la protección de la Propiedad Industrial e Intelectual”, (16) *ADI* 1994-95, p. 33, ss., M. BOTANA AGRA, “Las normas sustantivas del a-adpic (TRIP’s) sobre los derechos de propiedad intelectual”, (16) *ADI* 1994-95, p. 109, ss., M. BLAKENEY, *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights: A Concise Guide to the TRIPs Agreement*, London, 1996, F.-K. BEIER/G. SCHRICKER, *From GATTs to TRIPs: The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*, Weihen/New York, 1996, D. GERVAIS, *The TRIPs Agreement:*

o art. 6.º, n.º 1, apresentava esta outra redacção: “Le droit conféré par la marque ne permet pas à son titulaire d’interdire à un tiers l’usage de celle-ci pour des produits qui ont été mis dans le commerce dans la Communauté sous cette marque par le titulaire ou avec son consentement”⁽¹²⁾. O Conselho fez seu este texto⁽¹³⁾ — na tradução portuguesa: “o direito conferido pela marca não permite ao seu titular proibir o uso desta para produtos comercializados na Comunidade sob essa marca pelo titular ou com o seu consentimento” —, fazendo dele o art. 7.º, n.º 1, da Primeira Directiva⁽¹⁴⁾.

Drafting History and Analysis, London, 1998) —, o art. 6.º do Acordo TRIPS, dizíamos, concede aos membros da OMC inteira liberdade na definição do âmbito (geográfico) do esgotamento do direito à marca (pensemos agora só neste direito de propriedade industrial). Haverá, porém, que ter em conta uma outra norma do Acordo. E essa é a do art. 4.º, primeira parte, que reza assim: “No que respeita à protecção da propriedade intelectual, todas as vantagens, favores, privilégios ou imunidades concedidos por um Membro aos nacionais de qualquer outro país serão concedidos, imediata e incondicionalmente aos nacionais de todos os outros Membros” (*Tratamento da nação mais favorecida*). À luz desta norma, acaso a Comissão decidisse avançar para a celebração de acordos bi- ou multilaterais, respeitantes à consagração do esgotamento internacional, com algum ou alguns dos seus mais importantes parceiros comerciais, disso aproveitariam, quer os nacionais dos Estados envolvidos nesses acordos, quer os nacionais de todos os outros Estados membros da OMC (neste sentido, U. LOEWENHEIM, “Nationale und internationale Erschöpfung ...”, *cit.*, *GRUR-Int.* 1996, p. 316; S. SOLTYSINSKY, “International Exhaustion ...”, *cit.*, *GRUR-Int.* 1996, p. 319; F. ALBERT/CH. HEATH, “Markenrecht und Paralleleinfuhr”, *GRUR* 1998, p. 646, ss.; contra, *vide* J. CH. WICHARD, “Weltweite oder europaweite Erschöpfung von Markenrechten”, *GRUR* 1997, p. 713, ss., que defendeu que os eventuais acordos sobre o esgotamento do direito à marca não são abrangidos pelo art. 4.º TRIPS — lembrando, como há pouco fizemos, que este Acordo visou reforçar a protecção da propriedade intelectual a nível internacional, o Autor concluiu que, na perspectiva do titular da marca, a consagração do esgotamento internacional *enfraquece* o seu direito sobre o sinal e, por conseguinte, não consistiria numa *medida de favor*; no sentido do referido preceito). Por via desses acordos, e supondo, evidentemente, que o art. 4.º TRIPS se lhes aplicaria, a Comissão estaria, afinal, a fazer entrar pela janela o que fizera sair pela porta.

(12) JO N.º C 351, de 31 de Dezembro de 1985, p. 8. Nessa nova versão, o penúltimo considerando da proposta inicial (cf. *supra*, número 1) aparecia modificado, dele deixando de constar qualquer referência à função indicadora de origem da marca. Os dizeres desse considerando passaram a ser os seguintes: “Le principe de la libre circulation des marchandises implique que le titulaire de la marque déposée ne peut interdire ni à un tiers d’utiliser cette dernière pour des produits qui ont été mis dans le commerce dans la Communauté, sous la marque, par le titulaire ou avec son consentement, ni à un licencié, sur la base du droit des marques, de fournir les produits ou les services sous la marque hors du territoire de licences” (JO N.º C 351, de 31 de Dezembro de 1985, p. 6).

(13) Igalmente modificado foi o art. 11.º, n.º 1, da Proposta do Regulamento sobre a marca comunitária (cf. *supra*, nota 5). O art. 13.º, n.º 1, do Regulamento (CE) n.º 40/94 do Conselho, de 20 de Dezembro de 1993 (doravante RegCE 40/949), reflectia essa modificação, nele se estatuiu o seguinte: “O direito conferido pela marca não permite ao seu titular proibir a sua utilização para produtos comercializados na Comunidade sob essa marca pelo titular ou com o seu consentimento”. O preceito teria de ser lido à luz do considerando sétimo, assim redigido: “(...) decorre do princípio da liberdade de circulação de mercadorias que o titular de uma marca comunitária não pode impedir a sua utilização por terceiros relativamente a produtos que tenham sido postos em circulação na Comunidade, sob essa marca, pelo próprio titular ou com o seu consentimento, a menos que motivos legítimos justifiquem a sua oposição à comercialização posterior dos produtos”.

(14) Ao contrário do Regulamento (cf. nota anterior), a Directiva não apresentava qualquer *considerando* relacionado com o princípio do esgotamento.

II. O art. 7.º, n.º 1: O esgotamento comunitário (*rectius*: no EEE)⁽¹⁵⁾ como *standard* máximo ou como *standard* mínimo?

3. A progénie do preceito evidenciava que o legislador comunitário desistira da sua ideia inicial, que era a de *impor* aos Estados-Membros a consagração, nas suas legislações nacionais, do princípio do esgotamento internacional do direito à marca. E só evidenciaria isso? Um importante (e porventura maioritário) sector da doutrina considerou que não, defendendo que, por força do referido preceito, o legislador comunitário *banira* o princípio do esgotamento internacional, para assim obrigar os Estados-Membros à consagração do esgotamento comunitário como *standard* máximo⁽¹⁶⁾. Que dizer desta interpretação (que traduzia a ideia da “*Europa-Fortaleza*” em matéria de tutela do direito à marca)?

(15) Cf. *infra*, nota 20.

(16) Neste sentido (e sem pretensão de sermos exaustivos), H. E. MEISTER, “Die EG-Marken-Richtlinie: Erste Kommentierung”, *MA* 1990, p. 60, ss.; *ID*, “Die EG-MarkenRichtlinie: Zweite Kommentierung”, *MA* 1990, p. 293, ss.; *ID*, “Die EG-Marken-Richtlinie: Dritte Kommentierung”, *MA* 1990, p. 425, ss.; H. P. KUNZ-HALLSTEIN, “Europäisierung und Modernisierung des deutschen Warenzeichenrechts — Fragen einer Anpassung des deutschen Markenrechts an die EG-Markenrecht”, *GRUR-Int.* 1990, p. 747, ss.; *ID*, “Perspektiven der Angleichung des nationalen Markenrechts in der EWG”, *GRUR-Int.* 1992, p. 81, ss.; W. GLOY, “Notwendigkeit und Grenzen der Harmonisierung des Warenzeichensrechts in der Europäischen Gemeinschaft”, *FS für Otto-Friedrich Frhr. von Gamm*, München, 1990, p. 257, ss.; H.-H. SCHMIEDER, “Neues deutsches Markenrecht nach europäischen Standard” *NJW* 1994, p. 1241, ss.; R. SACK, “Die Erschöpfung von Markenrechten nach Europäischen Recht”, *RIW* 1994, p. 897, ss.; H. HARTE-BAVENDAMM/EVA SCHELLER, “Die Auswirkungen der Markenrechtsrichtlinie...”, *cit.*, *WRP* 1994, p. 576, ss.; R. KLAKA “Erschöpfung und Verwirkung ...”, *cit.*, *GRUR* 1994, p. 323, ss.; *ID*, “Markenrechtliche Erschöpfungslehre in neuen Lichte...” *FS für Fritz Traub*, *cit.*, p. 182, ss.; W. TILMANN, “Das neue Markenrecht und die Herkunftsfunktion”, *ZHR*, 1994, p. 387; R. SCHANDA, “Parallelimport und Herkunftsfunktion der Marke”, *ÖBl* 1996, p. 167, ss.; K.-H. FEZER, *Markenrecht*, § 24, nota 15; J. RASMUSSEN, “The Principle of Exhaustion of Trade Mark Rights...”, *cit.*, *EIPR*, 1995, p. 176; G. MINERVINI, “Esaurimento del marchio, comunitario e no (note in margine al nuovo testo della legge marchi)”, *CI* 1994, p. 1, ss.; M. L. GARCÍA-MIJÁN, “El agotamiento del derecho de marca”, *RDMerc* 1997, p. 117, ss. Em sentido diferente, é dizer, considerando que o art. 7.º, n.º 1, da Primeira Directiva não impedia os Estados-membros de manterem ou de introduzirem, nas suas ordens jurídicas, o princípio do esgotamento internacional do direito à marca, *vide* F.-K. BEIER, “Gewerblicher Rechtsschutz und freier Warenverkehr ...”, *cit.*, *GRUR-Int.* 1989, p. 614, ss.; *ID*, “Industrial Property and the Free Movement of Goods...”, *cit.*, *IIC* 1990, p. 159, ss.; V. GAMM, “Zur Warenzeichenrechtsreform”, *WRP* 1993, p. 795; *ID*, “Schwerpunkte des neuen Markenrechts — Referat anlässlich der GRUR- Jahrestagung am 3.6.1994”, *GRUR* 1994, p. 775, ss.; K. PETER MAILÄNDER, “Gemeinschaftsrechtliche Erschöpfungslehre und freier Warenverkehr”, *FS für Alfred Karl Gaedert*, München, 1996, p. 369, ss.; C. TH. EBENROTH, *Gewerblicher Rechtsschutz und europäische Warenverkehrsfreiheit — Ein Betrag zur Erschöpfung gewerblicher Schutzrechte*, Heidelberg, 1992, p. 27, ss.; R. INGERL/CH. ROHNKE, “Die Umsetzung der Markenrechts-Richtlinie durch das deutsche Markengesetz”, *NJW* 1994, p. 1247, ss.; H.-G. KOPPENSTEINER “Markenrechtsentwicklung und Parallelimport”, *ÖBl* 1994, p. 202, ss.; U. LOEWENHEIM, “Nationale und Internationale Erschöpfung von Schutzrechten im Wandel der Zeiten”, *GRUR-*

a) Começamos pelo *elemento histórico*, que foi amiúde invocado para a sustentar⁽¹⁷⁾. Já há pouco vimos que os “trabalhos preparatórios” reflectiam a intenção do legislador comunitário em não impor aos Estados-Membros a consagração do esgotamento internacional — reflectindo isso, não reflectiam, porém, mais do que isso. Faltava, com efeito, um *texto oficial* do qual resultasse que, ao desistir da imposição do esgotamento internacional, o legislador comunitário quisera retirar aos Estados-Membros a possibilidade de estes o consagrarem e, consagrando-o, continuarem a admitir as *importações paralelas* provenientes de países-terceiros⁽¹⁸⁾.

-Int. 1996, p. 307, ss.; F. ALBERT/CH. HEATH, “Markenrecht und Paralleleinfuhr”, *GRUR* 1998, p. 642, ss.; M. LITPHER, *Auswirkungen der ersten Markenrechtsrichtlinie auf die Merkmale der Verwechslungsgefahr und Erschöpfung im deutschen Markenrecht*, Frankfurt am Main/Berlin/Bern/New York/Paris/Wien, 1997, p. 193, ss.; T. DE LAS HERAS LORENZO, *El agotamiento del derecho de marca*, Madrid, 1994, p. 356, ss. Na doutrina portuguesa, P. SOUSA E SILVA, *Direito Comunitário e Propriedade Industrial*, Coimbra Editora, Coimbra, 1996, p. 229, ss., defendendo que o art. 208.º, n.º 1, CPI se não opunha à aplicação do esgotamento internacional — o Autor escrevia antes da prolação do acórdão-“*Silhouette*” (cf. *infra*, número 9) —, inscrevia-se nesta última corrente doutrinária; J. M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, Vol. I, Coimbra, 1998, p. 351, nota 124, referia-se à polémica suscitada pela interpretação do art. 7.º, n.º 1 da Primeira Directiva, sem contudo tomar posição.

(17) Cf. W. GLOY, “Notwendigkeit und Grenzen...”, *FS für Otto-Friedrich Frhr. von Gamm*, *cit.*, p. 265; H. HARTE-BAVENDAMM/EVA SCHELLER, “Die Auswirkungen der Markenrechtsrichtlinie...”, *cit.*, *WRP* 1994, p. 574, ss.; R. KLAKA, “Markenrechtliche Erschöpfungslehre in neuen Lichte...”, *FS für Fritz Traub*, *cit.*, p. 181, ss.; P. KUNZHALLSTEIN, “Die Funktion der Marke nach europäischem und künftigen deutschen Markenrecht”, *DPA-100 Jahr Marken -Amt (Festschrift)*, München, 1994, p. 164, ss.

(18) Cf. H.-G. KOPPENSTEINER, “Markenrechtsentwicklung...”, *cit.*, *ÖBl* 1994, p. 202. Segundo o Autor, que se apoiava na opinião de C. TH. EBENROTH, *Gewerblicher Rechtsschutz...*, *cit.*, p. 29 (no mesmo sentido, cf., ainda M. LITPHER, *ob. cit.*, p. 213, ss., e ALBERT/CH. HEATH, “Markenrecht und Paralleleinfuhr”, *GRUR*, 1998, p. 644, ss.), o legislador comunitário (o Conselho, no caso), no quadro do art. 100.º-A do Tratado CEE — que foi a norma com base na qual a Directiva foi adaptada —, não tinha sequer competência para retirar essa possibilidade aos Estados-Membros. O preceito habilitava o Conselho, deliberando de acordo com o procedimento previsto no art. 189.º-B do Tratado CEE, e após consulta do *Comité Económico e Social*, a adoptar as medidas relativas à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros, que tivessem por objecto o estabelecimento e o funcionamento do mercado interno. Justificava-se, assim, que, ao abrigo desta norma, o Conselho, promulgando uma Directiva, respeitante à aproximação das legislações em matéria de marcas, nela impusesse o esgotamento comunitário como *standard mínimo* (na linha, aliás, da já referida jurisprudência do TJ): sem essa imposição, ou seja, se aos Estados-Membros fosse deixada a opção de não irem além do esgotamento nacional do direito à marca, não se salvaguardaria a liberdade de circulação de mercadorias (arts. 30.º e ss., do Tratado CEE). Diversamente, se o Conselho visasse impor o esgotamento comunitário como *standard máximo* ou, se se tivesse mantido a ideia inicial, visasse impor o esgotamento internacional, essa mesma Directiva já não poderia ser adaptada apenas com base no art. 100.º-A: (i) na primeira hipótese, os Estados-Membros seriam compelidos a reconhecer ao titular da marca a prerrogativa de se opor à importação paralela de produtos provenientes de um país-terceiro, ostentando a marca em causa, e aí comercializados pelo titular desta ou por um terceiro com o seu consentimento; (ii) na segunda hipótese, compelir-se-iam os Estados-Membros ao não reconhecimento dessa mesma prerrogativa. Em ambas as hipóteses, estar-se-ia, afinal, a *regula(menta)r as relações entre os Estados-Membros e países-terceiros*, sendo certo que, com base no art. 100.º-A do

b) O *elemento gramatical* não era menos equívoco⁽¹⁹⁾. A letra do preceito referia que ocorria o esgotamento do direito à marca com a comercialização dos respectivos produtos na Comunidade (depois do acordo sobre o EEE, também no “território de uma Parte Contratante”)⁽²⁰⁾; não encontrávamos aí um termo ou uma expressão que evidenciasse que o esgotamento *só ocorria* se os produtos fossem comercializados na Comunidade (ou num país do EEE)⁽²¹⁾ — esgotamento comunitário como *standard* máximo —, como também não encontrávamos um termo ou expressão que evidenciasse que o facto de o esgotamento ocorrer nesse caso não obstava a que ele *também ocorresse* com a comercialização dos produtos fora da Comunidade: esgotamento comunitário como *standard* mínimo⁽²²⁾. [Da mesma ambiguidade não padecia, note-se, o texto do art. 9.º, n.º 2, da

Tratado CEE, o Conselho não podia arrogar-se essa competência. No acórdão-“*Silhouette*” (de que falaremos adiante, número 7), o Governo sueco, defendendo que o art. 7.º, n.º 1, não impunha aos Estados-Membros a consagração do esgotamento comunitário como *standard* máximo, não deixou de invocar esse argumento, assim sintetizado pelo advogado-geral F.G. Jacobs (no número 45 das suas conclusões — ECLI:EU:C:1998:33): uma directiva baseada unicamente no art. 100.º-A do Tratado não podia regular a questão do esgotamento internacional do direito à marca, já porque se tratava de uma questão respeitante às relações entre os Estados-Membros e os países-terceiros, já porque, de acordo com o Parecer n.º 1/94 do TI, de 15 de Novembro de 1994, sobre o acordo que instituiu a OMC (*Colectânea*- I, 1994, p. 5276, ss.), a Comunidade não gozava de competência externa exclusiva no domínio da propriedade (industrial e) intelectual. Apreciando este argumento, F. G. Jacobs começou por salientar a necessidade de distinguir entre as medidas de política comercial, por um lado, e as disposições que regulam os efeitos do direito à marca na Comunidade, por outro lado; e se era inquestionável que a proibição do esgotamento internacional se reflectiria no comércio externo, já era menos claro que ela regulasse efectivamente esse comércio: contrariamente à tese do Governo sueco, a Directiva, se interpretada no sentido de proibir a consagração do esgotamento internacional, não regularia “as relações entre os Estados-Membros e os países-terceiros”, antes definiria os direitos de que gozam os titulares de marcas na Comunidade, estatuidando sobre as condições em que estes têm o direito de agir contra a comercialização de determinados produtos, que podem ou não ser importados de países-terceiros (cf. o número 46 das referidas conclusões, ECLI:EU:C:1998:33). Quanto ao parecer n.º 1/94 e à competência externa da Comunidade, esta questão só se suscitaria se fossem estabelecidas negociações com países terceiros para regular o esgotamento internacional. Em suma, na opinião de F. JACOBS — que o TJ fez sua (cf. o acórdão de 16 de Julho de 1998, Proc. C-355/96, *Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG./Hartlauer Handelsgesellschaft mbH*, ECLI:EU:C:1998:374, números 29 e 30) —, a Comunidade podia regulamentar, com base no art. 100.º-A do Tratado CEE, os direitos de que gozam os titulares de marcas no seio da própria Comunidade sobre os produtos guarnecidos com a sua marca, independentemente de estes terem sido comercializados no interior ou no exterior da Comunidade.

⁽¹⁹⁾ Cf. von Gamm, “Schwerpunkte ...”, *cit.*, GRUR 1994, p. 778.

⁽²⁰⁾ Com efeito, na sequência do Acordo sobre o Espaço Económico Europeu (EEE), de 2 de Maio de 1992 (JO L 1/1, de 3 de Janeiro de 1994), a comercialização dos produtos num dos três países Partes desse Acordo (actualmente: a Islândia, o Liechtenstein e a Noruega) passou a ser equiparada à sua comercialização na Comunidade (art. 65.º, n.º 1, em conjugação com o anexo XV, ponto 4, alínea c), JO, *cit.*, 483). *Vide tb. infra*, números 9 a 12.

⁽²¹⁾ Cf. nota anterior.

⁽²²⁾ Cf. M. LITPHER, *ob. cit.*, p. 195.

Directiva do Conselho (92/100/CEE), de 19 de Novembro de 1992, relativa ao direito de aluguer, ao direito de comodato e a certos direitos conexos aos direitos de autor em matéria de propriedade intelectual, onde se dizia que “o direito de distribuição só se extingue na Comunidade relativamente a um objecto referido no n.º 1 aquando da primeira venda na Comunidade desse objecto pelo titular do direito ou com o seu consentimento”]⁽²³⁾.

c) Vejamos o *elemento sistemático*. Como se lia no art. 5.º, n.º 1, primeira parte, “a marca registada confere ao seu titular um direito exclusivo”⁽²⁴⁾. Este direito comportava várias prerrogativas, entre as quais se incluía, por força do n.º 3, alínea c), do mesmo preceito⁽²⁵⁾, a de proibir a importação e a exportação de produtos iguais ou semelhantes contradistinguidos com um sinal igual ou semelhante à marca registada (se esta fosse uma “*marca de prestígio*” e o Estado-Membro em causa tivesse feito uso da faculdade do art. 5.º, n.º 2⁽²⁶⁾), o seu titular poderia ainda proibir a importação e a exportação de *produtos não semelhantes* contradistinguidos com um sinal igual ou semelhante). O princípio do esgotamento do

(23) Na “Resposta comum às perguntas escritas E-3482/93, E-3483/93 e E-3484/93, dada por Rariero Vanni d’Archirafi, em nome da Comissão”, salientava-se que “os Estados-Membros não podem exigir que a primeira venda num país não comunitário dê lugar ao esgotamento do direito de distribuição no seu território e, por último, em toda a Comunidade”. “Se os Estados-Membros — assim se continua a ler na referida resposta — pudessem aplicar o princípio do esgotamento internacional, o funcionamento do mercado interno e da concorrência poderiam ser afectados e, em especial, o titular do direito de propriedade intelectual correria o risco de ver o mercado invadido por cópias mais baratas comercializadas legalmente fora da Comunidade” (JO N.º C 340, de 5 de Dezembro de 1994, p. 37).

(24) O art. 10.º, n.º 1, da Directiva (UE) 2015/2436 do Parlamento e do Conselho, de 16 de Dezembro de 2015, que hoje vigora, dispõe o seguinte: “O registo de uma marca confere ao seu titular direitos exclusivos).

(25) A que corresponde a alínea c) do n.º 3 do art. 10.º da Directiva (UE) 2015/2436.

(26) O que não aconteceu, diga-se, no caso de Portugal. Sobre o ponto, *vide*, com várias referências, o nosso “Sobre a ‘teoria da diluição da marca’ no direito norte-americano”, in: *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais — Homenagem aos Prof.ªs Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 222, ss. A actual directiva (UE) 2015/2436 trouxe novidades na matéria. Por um lado, os preceitos relativos à protecção das marcas *nacionais* de “prestígio”, que antes eram de transposição facultativa (arts. 4.º, n.º 4, alínea a), e art. 5.º, n.º 2, da Directiva 89/104/CEE, primeiro, e da Directiva 2008/95/CE, depois), são agora de transposição obrigatória (arts. 5.º, n.º 3, e art. 10.º, n.º 2, alínea c). Por outro lado, *codificou-se* a jurisprudência do acórdão do TJ, de 9 de Janeiro de 2003, Proc. C-229/00, *Davidoff & Cie SA e Zino Davidoff./Gofkid Ltd*, ECLI:EU:C:2003:334: possibilidade de o “risco de diluição” intervir onde o “risco de confusão” pode alcançar (*existência de semelhança/afinidade entre os produtos ou serviços*), e já não apenas a de fazer intervir aquele primeiro risco onde o segundo não alcançava (*inexistência de semelhança/afinidade entre os produtos ou serviços*); para mais desenvolvimentos, permitimo-nos remeter de novo para o nosso “Sobre a ‘teoria da diluição’ ...”, in: *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais*, cit., p. 220, ss.

direito à marca contende necessariamente com essa prerrogativa: obsta à sua invocação e, nessa medida, restringe o próprio conteúdo do referido direito; consagrando esse princípio, o art. 7.º, n.º 1, constituía, pois, uma *norma excepcional*, e que, por isso mesmo, deveria ser *interpretada restritivamente*, é dizer, no sentido de que só permitia a limitação do direito à marca se os produtos fossem comercializados na Comunidade sob essa marca pelo seu titular ou por um terceiro com o seu consentimento (esgotamento comunitário como *standard* máximo). Este argumento, que foi avançado por H.-P. Kunz-Hallstein⁽²⁷⁾, tinha o seu peso⁽²⁸⁾, mas estava longe de ser irrespondível. Impunha-se que olhássemos para o art. 110.º do Tratado CEE. Dizia-se aí o seguinte: “Ao instituírem entre si uma união aduaneira, os Estados-Membros *propõem-se contribuir, no interesse comum*, para o desenvolvimento harmonioso do comércio mundial, *para a supressão progressiva das restrições às trocas internacionais* e para a redução das barreiras alfandegárias”. Porque não interpretar o art. 7.º, n.º 1, da Primeira Directiva à luz deste outro preceito? Por nossa banda, não consideramos que esta metódica interpretativa fosse menos correcta que aquela outra⁽²⁹⁾. E a verdade é que, adoptando-a, chegaríamos a um resultado antagónico ao de há pouco: em vez de concluir que o art. 7.º, n.º 1, consagrava o esgotamento comunitário como *standard* máximo, por ser o *menos desfavorável* para os interesses do titular da marca, ter-se-ia de concluir que o preceito consagrava o esgotamento comunitário como *standard* mínimo, dado que, deixando-se aos Estados-Membros a possibilidade de manterem ou introduzirem, nas suas legislações nacionais, o princípio do esgotamento internacional, contribuir-se-ia, no interesse da Comunidade (*scilicet*: no *interesse comum* dos Estados-Membros), “*para a supressão progressiva das restrições às trocas internacionais*”.

(27) “Europäisierung und Modernisierung ...”, *cit.*, *GRUR-Int* 1992, p. 90. No mesmo sentido, R. KLAKA, “Erschöpfung und Verwirkung ...”, *cit.*, *GRUR* 1994, p. 324.

(28) Chamando a atenção para um *lugar paralelo*, que seria precisamente a posição (inequívoca) a favor do esgotamento comunitário como *standard* máximo no art. 9.º, n.º 2, da Directiva 92/100/CEE, de 19 de Novembro de 1992 (cf. *supra*, nota 23), a Comissão terá querido reforçar a importância do elemento sistemático, assim entendido. Cabe, porém, dizer que a *ratio* da tutela dos direitos de autor e dos direitos conexos não é a mesma da tutela das marcas. E, por conseguinte, não nos parece que o facto de se proibir aos Estados-Membros a consagração, na sua legislação nacional, do princípio do esgotamento internacional em relação àqueles direitos de propriedade intelectual pudesse servir de argumento a favor da obrigatoriedade do esgotamento comunitário como *standard* máximo.

(29) No mesmo sentido, *vide* F. ALBERT/CH. HEATH, “Markenrecht und Paralleleinfuhr”, *cit.*, *GRUR* 1998, p. 644.

4. Dada a *ambivalência* dos elementos de interpretação até agora analisados, não admira que os partidários do esgotamento comunitário (como *standard* máximo) tivessem procurado arrimo no sentido e finalidade da própria Directiva (*elemento teleológico*), determinados a partir do seu Preâmbulo.

a) Na falta de um considerando que aludisse à questão do esgotamento, relevavam a este propósito, fundamentalmente, o considerando terceiro e o considerando nono⁽³⁰⁾. Daquele resultava que a harmonização, sem ser total, visara as disposições nacionais que tivessem “uma incidência mais directa sobre o funcionamento do mercado interno”; por sua vez, do considerando nono resultava que, para facilitar a livre circulação de produtos e serviços, as marcas registadas deviam “passar a usufruir da mesma protecção na legislação de todos os Estados-Membros.”

Como é evidente, se alguns Estados-Membros, podendo optar pela consagração do esgotamento internacional, o viessem efectivamente a consagrar, as marcas registadas nesses Estados-Membros passariam a usufruir de uma tutela diferente da que usufruiriam as marcas registadas nos Estados-Membros, cujas legislações nacionais se quedassem pela consagração do esgotamento comunitário como *standard* máximo. A tutela destas últimas marcas seria mais extensa do que a das primeiras: num caso (esgotamento comunitário como *standard* máximo), os respectivos titulares teriam a prerrogativa de impedir as importações paralelas de produtos “genuínos”⁽³¹⁾ provenientes de países-terceiros, o que não aconteceria no outro caso (esgotamento internacional)⁽³²⁾. Em si mesma, esta *diferença* na tutela das marcas registadas, decorrente do facto de alguns Estados-Membros poderem optar pela consagração do esgotamento internacio-

⁽³⁰⁾ Isto, é claro, na opinião dos partidários do esgotamento comunitário (como *standard* máximo); referindo esses considerandos e, como por vezes também acontecia, o considerando primeiro, mas “esquecendo” o considerando décimo que, na esteira da jurisprudência do TJ, referia que a finalidade da protecção concedida à marca registada é, nomeadamente, garantir a sua função indicadora da origem — esta função da marca era, aliás, a única expressamente mencionada pelo legislador comunitário no Preâmbulo da Directiva... —, esses autores só nos mostravam uma “face da lua”.

⁽³¹⁾ Produtos comercializados, nos países de exportação, pelo titular da marca ou por um terceiro com o seu consentimento, supondo, é claro, que o estado desses produtos não fora alterado ou modificado após a sua colocação no mercado desses mesmos países.

⁽³²⁾ O *valor de mercado* das marcas (*scilicet*: o seu valor enquanto *mercadoria*) passaria, assim, a ser mais elevado naqueles Estados-membros, cujas leis nacionais consagrassem o esgotamento comunitário como *standard* máximo, do que nos Estados-Membros, cujas legislações nacionais consagrassem o esgotamento internacional: podendo proibir as importações paralelas de países terceiros, os titulares das marcas naqueles primeiros Estados-Membros encontrariam mais facilmente quem se dispusesse a ser seu licenciado, suportando uma contraprestação mais elevada.

nal, não assumia qualquer relevância, à luz do considerando nono. Com efeito, esse considerando evidenciava que o legislador comunitário, almejando a *igualização* da tutela das marcas registadas, independentemente do Estado-Membro em que ela se afirmasse, lhe atribuiu *carácter instrumental*: a sua *ratio* era facilitar a livre circulação de produtos e serviços, e não salvaguardar a *par conditio concurrentium* (no mercado interno)⁽³³⁾. Restava, pois, o considerando terceiro e, mais concretamente, a questão de saber se o esgotamento internacional do direito à marca constituía uma das matérias com “incidência mais directa sobre o funcionamento do mercado interno”, e cuja disciplina, por isso mesmo, a Primeira Directiva pretendia harmonizar. À luz da jurisprudência do TJ, pareceria que, para o funcionamento do mercado interno, apenas seria necessário que todos os Estados-membros *não ficassem aquém do esgotamento comunitário*.

Nos Estados-Membros, cujas legislações nacionais não fossem além desse *standard*, o titular da marca poderia, com base no respectivo direito, impedir as importações paralelas de produtos “genuínos” provenientes de países-terceiros. Todavia, e como foi dito no *acórdão-“EMI./CBS”*, mesmo que isso constituísse uma medida de efeito equivalente a uma restrição quantitativa à importação, a verdade é que não afectaria a livre circulação de mercadorias entre os Estados-Membros e, conseqüentemente, não cairia no âmbito das proibições enunciadas nos actuais arts. 34.º, ss., do TFUE — o exercício do direito à marca, numa tal hipótese, não poria em causa a unidade do mercado interno que os referidos preceitos visam assegurar⁽³⁴⁾. Nos Estados-Membros, cujas legislações nacionais consagrassem o esgotamento internacional, dado que o titular da marca não poderia, com base no respectivo direito, impedir as importações paralelas de produtos “genuínos”, provenientes de países terceiros, não se chegaria sequer a pôr a questão da existência de uma medida de efeito equivalente a uma restrição quantitativa à importação susceptível de afectar a livre circulação de mercadorias no mercado interno. A circunstância de não se chegar a pôr essa questão implicaria, porém, que se pusesse esta outra: os produtos “genuínos”, provenientes de países-terceiros, importados paralelamente para o mercado dos Estados-Membros, cujas legislações nacionais consagrassem o esgotamento internacional, poderiam ou não circular livremente no interior da Comunidade?

⁽³³⁾ A provar isso mesmo tínhamos, desde logo, a circunstância, expressamente admitida pelo legislador comunitário, de as (entre nós) chamadas “marcas de prestígio” poderem beneficiar de uma tutela particular(mente monopolística), porque merceologicamente ampliada (*scilicet*: fora do princípio da especialidade), apenas em alguns Estados-Membros; cf. *supra*, nota 26.

⁽³⁴⁾ *Acórdão de 15 de Junho de 1976, EMI Records Limited./CBS United Kingdom*, ECLI:EU:C:1976:85, números 8, ss.

Se esses produtos, uma vez importados para o mercado desses Estados-Membros, beneficiassem do regime de livre circulação, a sua comercialização passaria a ser possível no mercado de *todos* os Estados-Membros, incluindo, obviamente, no mercado daqueles que tivessem consagrado o esgotamento comunitário como *standard* máximo; adoptando-se esta solução, estar-se-ia, afinal, a impor o esgotamento internacional a todos os Estados-membros, assim se contrariando a vontade do legislador comunitário, evidenciada pela génese do art. 7.º, n.º 1⁽³⁵⁾. Se este preceito fosse interpretado no sentido de consagrar o esgotamento comunitário como *standard* mínimo, haveria, pois, que reconhecer ao titular da marca a possibilidade de se opor à livre circulação dos produtos “genuínos” provenientes de países-terceiros, e importados paralelamente para o mercado dos Estados-Membros cujas legislações nacionais consagassem o esgotamento internacional.

Explicaremos melhor, recorrendo a um exemplo. Suponhamos que um empresário alemão registara a mesma marca, para contradistinguir os mesmos produtos na Alemanha, França, Portugal e também num país-terceiro (*v.gr.*, na Suíça, que não integra, lembre-se, o EEE); suponhamos ainda que o legislador alemão optava por consagrar o esgotamento internacional⁽³⁶⁾, enquanto o legislador francês e o legislador português optavam pela consagração do esgotamento comunitário como *standard* máximo. Com base no seu direito à marca na Alemanha, esse empresário não poderia impedir as importações paralelas, para o mercado alemão, de produtos “genuínos” provenientes do mercado suíço; mas, com base no seu direito à marca em França e em Portugal, teria a possibilidade de impedir a comercialização desses produtos no mercado destes outros Estados-Membros. E isto com base no art. 7.º, n.º 1, da Primeira Directiva: tratava-se de *produtos contradistinguidos com uma marca cujo titular não consentira na sua comercialização na Comunidade*⁽³⁷⁾. Por conseguinte, uma disciplina diferente, nas legislações nacionais dos vários Estados-Membros, em matéria de esgotamento do direito à marca — alguma ou algumas dessas legislações consagrando o esgotamento internacional, enquanto as restantes se quedavam pelo esgotamento comunitário —, implicaria que alguns produtos provenientes de países terceiros, apesar de serem legalmente comercializados num Estado-Membro, não fossem colocados em regime

(35) Cf. *supra*, números 1 e 2.

(36) Na linha, aliás, da tradicional orientação do RG e do BGH; cf. *supra*, nota 5.

(37) No mesmo sentido, cf. F. ALBERT/CH. HEATH, “Dyed But Not Exhausted — Parallel Imports and Trade Marks in Germany”, *IIC* 1997, p. 27, ss., e “Markenrecht und Paralleleinfuhr”, *cit.*, *GRUR* 1998, p. 643.

de livre prática na Comunidade. Para os partidários do esgotamento comunitário como *standard* máximo, essa seria uma situação repudiada pelo legislador comunitário, por isso que a Primeira Directiva impusera a aproximação das disposições nacionais que tivessem uma incidência mais directa sobre o funcionamento do mercado interno⁽³⁸⁾.

b) Por nossa banda, entendemos que os entraves às trocas de produtos no seio do mercado interno, decorrentes da *não-uniformização* da disciplina do esgotamento do direito à marca — supondo, evidentemente, que a liberdade que assim era deixada aos Estados-Membros, não comportava a opção pelo esgotamento *nacional* desse direito como *standard* máximo — seriam *um mal menor*. E diremos já porquê. Mas antes disso, chamaremos a atenção para o facto de a “unidade do mercado interno”, a que os opositores do esgotamento internacional passaram a dar tanta importância, não ter sido levada em conta quando estava em causa, não já o alargamento do conteúdo do direito marca — é, obviamente, disso que se trata quando se defende o esgotamento comunitário do direito à marca como *standard* máximo —, mas a sua restrição: lembre-se aqui o caso do “fraccionamento voluntário” do direito à marca⁽³⁹⁾, que não compromete menos a unidade do mercado interno do que a interpretação do art. 7.º, n.º 1, no sentido de não impor o esgotamento comunitário como *standard* máximo.

São duas as razões fundamentais que nos levam a afirmar que os entraves às trocas de produtos, decorrentes da *não-uniformização* da disciplina do esgotamento⁽⁴⁰⁾, seriam um *mal menor*. Em primeiro lugar, a alternativa que se prefigurava não era entre um mercado interno dividido, se alguns Esta-

⁽³⁸⁾ Esse argumento dos partidários do esgotamento comunitário como *standard* máximo, e ao qual F. G. Jacobs reconheceu “muita força” (cf. o número 42 das suas conclusões sobre caso “*Silhouette*”, ECLI:EU:C:1998:33), foi também invocado pelos Governos austríaco, francês, alemão, italiano e do Reino Unido, assim como pela Comissão, no já citado acórdão do TJ, de 16 de Julho de 1998 (cf. as referidas conclusões do advogado-geral F.G. Jacobs, *últ. loc. cit.*).

⁽³⁹⁾ Acórdão do TJ de 9 de Fevereiro de 1994, Proc. C-9/93, *IHT Internationale Heiztechnik GmbH e Uwe Danziger/Ideal Standard GmbH e Wabco Standard GmbH*, ECLI:EU:C:1994:261, em cuja parte dispositiva se lê o seguinte: “Não existe restrição ilícita ao comércio entre Estados-Membros na aceção dos arts. 30.º e 36.º, no caso de ser proibida a uma filial, que opera num Estado-Membro A, de um fabricante estabelecido num Estado-Membro B, a utilização, a título de marca, da denominação *Ideal Standard*, em razão do risco de confusão com o sinal da mesma origem, quando este fabricante utiliza legalmente esta denominação no seu país de origem em virtude de uma marca que aí é protegida, marca que adquiriu por cessão e que pertencia originariamente a uma sociedade-irmã da empresa que se opõe no Estado-Membro A à importação de marcas ostentando a marca *Ideal Standard*.” Sobre a doutrina deste acórdão e, mais em geral, sobre as questões suscitada pelo *fraccionamento voluntário* do direito à marca, vide M. NOGUEIRA SERENS, “O fraccionamento do direito à marca ...”, *RLJ, cit.*, p. 343, ss.

⁽⁴⁰⁾ No sentido há pouco referido, ou seja, deixando aos Estados-Membros a possibilidade de optarem pelo esgotamento internacional.

dos-Membros consagrassem o esgotamento internacional, e um mercado interno sem quaisquer divisões, se todos os Estados-Membros fossem obrigados a quedar-se pelo esgotamento comunitário — associada como está à própria existência de marcas nacionais, a divisão do mercado interno seria uma realidade, qualquer que fosse a interpretação do art. 7.º, n.º 1 —, mas antes esta outra: entre um mercado interno aberto, ainda que de forma limitada, às importações paralelas provenientes de países terceiros e um mercado interno completamente fechado a essas importações. Por outras palavras, a alternativa que se prefigurava era entre a *defesa da liberdade de concorrência* (e do *livre-mercado*), em proveito de alguns consumidores europeus(-comunitários) — dos consumidores dos Estados-Membros que adoptassem o esgotamento internacional, já se vê; nesses Estados-Membros, o titular da marca teria de *acomodar* os preços dos respectivos produtos e os seus sistemas de distribuição à possibilidade das importações paralelas —, e a atribuição ao titular da marca de um *monopólio de importação*, conducente à compartimentação artificial dos mercados a nível internacional, em prejuízo de *todos* os consumidores europeus(-comunitários).

O ideal seria, evidentemente, que estes consumidores não fossem discriminados, e que todos eles pudessem tirar proveito da defesa da liberdade de concorrência, que a opção pelo primeiro termo da alternativa comportava. Mas já que isso não era possível — e não o era porque o art. 7.º, n.º 1, não podia ser interpretado no sentido de impor aos Estados-Membros a consagração do princípio do esgotamento internacional, nas suas legislações nacionais —, descabido seria que, em nome de uma pretensa unidade do mercado interno, os Estados-Membros ficassem impedidos de adoptar uma medida de defesa dos seus consumidores nacionais (cumprindo assim, como aconteceria entre nós, e não só, um *imperativo constitucional* — cf. arts. 81.º, alínea *h*), e 99.º, alínea *e*), CRP). E seria tanto mais descabido quanto é certo que, adaptando essa medida, é dizer, consagrando o esgotamento internacional, os Estados-Membros estariam a agir em conformidade com a jurisprudência do TJ, *posterior à promulgação da Primeira Directiva*, sobre as funções das marcas e o objecto específico do respectivo direito — e esta é a segunda das razões fundamentais que nos levam a afirmar que os entraves às trocas de produtos, decorrentes da não-uniformização da disciplina do esgotamento, seriam um *mal menor*.

No acórdão-“*HAG II*”, reafirmando a sua anterior posição — que inspirou o legislador comunitário —, TJ disse que “o objecto específico do direito à marca consiste, nomeadamente, em assegurar ao titular o direito de usar a marca para a primeira colocação do produto no mercado, protegendo-o assim contra os concorrentes que pretendessem abusar da posição

e da reputação da marca, vendendo produtos que a utilizassem indevidamente”(41). E ainda acrescentou que, “para determinar o alcance exacto deste direito exclusivo reconhecido ao titular da marca, é necessário ter em atenção a função essencial desta, de garantir ao consumidor ou ao utilizador final a identidade de origem do produto que exhibe a marca, permitindo-lhe distinguir, sem confusão possível, aquele produto de outros que tenham proveniência diversa”(42). À luz desta “*função essencial*” da marca e daquele “*objecto específico*” do respectivo direito, nenhum Estado-Membro podia quedar-se pelo esgotamento nacional; mas também nenhum deles poderia ser impedido de ir além do esgotamento comunitário: se o esgotamento com este âmbito aparece concebido como uma simples consequência da *função essencial da marca*, que é a de “*garantir ao consumidor ou ao utilizador final a identidade de origem do produto*”, e do *objecto específico* do respectivo direito, que “*consiste, nomeadamente, em assegurar ao titular o direito de usar a marca para a primeira colocação do produto no mercado*”, afirmando-o, não podia querer excluir-se a afirmação do esgotamento internacional.

No período anterior à promulgação da Primeira Directiva, foi assim que as coisas foram entendidas: os Estados-Membros, que haviam sido obrigados, por força da jurisprudência do TJ (iniciada com o *acórdão-“Centrafarm./Winthrop”*(43), a aceitar o esgotamento comunitário, *não estavam impedidos de manter o esgotamento internacional*. Depois dessa promulgação, *continuando o TJ a atribuir à marca aquela mesma função essencial e a definir do mesmo modo o objecto específico do respectivo direito* — e isso só podia significar que a Primeira Directiva não alterara a jurisprudência sobre os arts. 30.º-36.º do Tratado CEE (actuais arts. 34.º e 36.º TFUE) —, só por *razões de política económica* é que poderia passar a defender-se uma solução diferente, ou seja, a não permitir que os Estados-Membros mantivessem ou introduzissem nas suas legislações nacionais o princípio do esgotamento internacional.

5. E chegamos assim a uma outra linha argumentativa — que já nada tem a ver com o *objectivo* e a *finalidade* da Directiva — dos defenso-

(41) Acórdão do TJ de 17 de Outubro de 1990, *SA CNL-SUCAI NV./HAG GF AG*, ECLI:EU:C:1990:359, número 14. Sobre a relevância da definição do objecto específico do direito à marca, no quadro da jurisprudência comunitária, *vide* M. NOGUEIRA SERENS, “O fraccionamento do direito à marca ...”, *RLJ*, *cit.*, p. 321, ss.

(42) *Id.*, *ibidem*. Cf. ainda M. NOGUEIRA SERENS, “O fraccionamento do direito à marca ...”, *RLJ*, *cit.*, p. 332, ss.

(43) Cf. *supra*, nota 1.

res do esgotamento comunitário como *standard* máximo: a *desvantagem-na-concorrência* que adviria para as empresas — para as empresas-multinacionais, acrescentaríamos nós — com sede nos Estados-Membros, cujas legislações nacionais consagrassem o princípio do esgotamento internacional, em relação às empresas da mesma índole com sede em países-terceiros, nomeadamente, nos Estados Unidos, cujos tribunais só aplicam esse princípio em casos muito contados^(44/45).

a) A ideia de que se parte é a seguinte: Tanto aquelas primeiras empresas como estas últimas fabricam (a custos relativamente baixos, graças sobretudo à *barateza* da mão-de-obra) e comercializam (a preços módicos) muitos dos seus produtos em países menos desenvolvidos, contradistinguindo-os com as suas marcas, registadas nesses países e também naqueles onde têm a sua sede; concorrentes umas das outras, as empresas-multinacionais com sede nos Estados-Membros, cujas legislações consagrassem o esgotamento internacional, não poderiam, com base no seu direito à marca, impedir as importações paralelas para o mercado desses Estados-Membros, ao passo que as empresas-multinacionais com sede nos Estados Unidos teriam (quase) sempre essa possibilidade — entenda-se: a possibilidade de impedirem as importações paralelas para o mercado norte-americano.

Esta diferença faria com que as multinacionais europeias e as multinacionais norte-americanas (digamos agora assim) não gozassem da mesma autonomia no que respeita à fixação do preço dos seus produtos nos mercados dos respectivos países (que são os mercados de consumidores mais ricos). As primeiras, ao fixarem esse preço, teriam necessariamente de ter em conta o preço por que vendiam esses mesmos produtos contradistinguidos com a mesma marca, nos mercados de países terceiros (de consumidores mais pobres, e nos quais, por isso mesmo, esses produtos serão vendidos relativamente baratos): uma diferença significativa entre este preço e aquele outro constituiria um *estímulo* às importações paralelas, que teriam inevitavelmente um “efeito nivelador” desses mesmos preços.

Quanto às multinacionais norte-americanas, encontrando-se (quase sempre) a coberto do “*perigo*” das importações paralelas⁽⁴⁶⁾, a sua política

⁽⁴⁴⁾ Cf., por exemplo, TIMOTHY H. HEBERT, *Parallel Importation in U.S. Trademark Law*, London, 1994, *passim*.

⁽⁴⁵⁾ Recorde-se que esse argumento já fora decisivo para o abandono da ideia inicial da Comissão, que era, com antes vimos, a de obrigar os Estados-Membros à consagração do esgotamento internacional.

⁽⁴⁶⁾ Cf. *supra*, nota 44.

de preços pode ser completamente independente no “mercado doméstico” e nos mercados dos países estrangeiros menos desenvolvidos, o que lhes permite *engordar* os seus proventos — à custa, é claro, dos consumidores norte-americanos —, com o consequente aumento da sua capacidade competitiva.

b) Posta a questão nestes termos, logo se nos deparam as primeiras *vítimas* da interpretação do art. 7.º, n.º 1, da Primeira Directiva no sentido de impor o esgotamento comunitário como *standard* máximo. E essas são os consumidores dos Estados-Membros, que, no caso de prevalecer uma outra interpretação (esgotamento comunitário como *standard* mínimo), viessem a consagrar o esgotamento internacional — esses consumidores, à semelhança do que acontece com os consumidores norte-americanos, passam a pagar por determinados produtos um preço superior àquele que pagariam se as importações paralelas desses produtos fossem consideradas lícitas. Talvez se diga que, perdendo enquanto consumidores, ganharão enquanto trabalhadores: a defesa da competitividade das empresas multinacionais europeias potencia o investimento destas empresas na Comunidade, o que só pode significar *mais e melhor emprego*. Será realmente assim? Há (boas) razões para dizer que não.

c) Por um lado, ninguém pode asseverar que os lucros, que são propiciados pelo “*sobrepreço*” pago pelos consumidores europeus(-comunitários), em vez de serem canalizados para novos investimentos, não sejam repartidos (todos ou a maior parte deles) pelos sócios das sociedades que exploram as referidas empresas — e, se for assim, o empobrecimento de muitos serve apenas para aumentar a fortuna (pessoal) de (muito) poucos. Por outro lado, mesmo que esses lucros sejam canalizados para novos investimentos, o destino destes não será, as mais das vezes, o mercado interno(-europeu), mas os países terceiros menos desenvolvidos, com mão-de-obra barata e com escassas ou nulas preocupações ambientais — o chamado “*processo de deslocalização da produção*” aí está para o provar. Aliás, a proibição do esgotamento internacional encoraja esse processo ou, quando menos, não o refreia.

Uma coisa é as multinacionais europeias saberem que, passando a fabricar (a custos relativamente baixos) e a comercializar (a preços módicos) os seus produtos em países terceiros, mantêm o “*monopólio de importação*” para o mercado interno, outra bem diferente é saberem que, colocando esses produtos no mercado, não importa em que país do mundo, a sua importação paralela para o mercado interno passa a ser lícita. Na primeira situação, e continuando a supor que os lucros, propiciados pelo

“sobrepreço” pago pelos consumidores europeus(-comunitários) são canalizados para novos investimentos, a instalação de capacidade produtiva em países terceiros, pelas multinacionais europeias, será, afinal, *subvencionada* por esses consumidores⁽⁴⁷⁾. Dir-se-ia que estes *pagam* para que haja aumento do desemprego na Comunidade, sendo certo que, pagando para isso, diminui a sua capacidade para pagarem o aumento do emprego na Comunidade: disporão de menos dinheiro para a aquisição dos bens das pequenas/médias empresas, que têm a sua sede nos Estados-Membros, e que neles produzem esses bens.

d) Em resumo, salientaremos que, por via da interpretação do art. 7.º, n.º 1, da Primeira Directiva no sentido de que nele se impôs o esgotamento comunitário como *standard* máximo, obstar-se-á a que as empresas multinacionais, que operam em países terceiros (fabricando e comercializando os seus produtos nesses países), e que têm a sua sede nos Estados-Membros em cujas ordens jurídicas se consagraria o princípio do esgotamento internacional se valesse outra interpretação, sejam colocados em *desvantagem-na-concorrência* em relação às suas congéneres norte-americanas; mas, permitindo a compartimentação do mercado mundial — *globalizado* no que respeita à produção, esse mercado continuará *fragmentado* no que respeita à comercialização —, essa interpretação prejudica os consumidores europeus(-comunitários), põe em perigo o emprego na Comunidade e penaliza as pequenas/médias empresas que aqui produzem os seus bens.

Mas há mais. Para não prejudicar as multinacionais europeias em relação às multinacionais norte-americanas, conceder-se-á uma *vantagem* a esas últimas, visto que também os produtos que elas fabricam e comercializam em países terceiros, e que são contradistinguidos com marcas registadas a seu favor nos vários Estados-Membros (marcas nacionais) ou mesmo a nível da Comunidade (marcas da UE, antes ditas marcas comunitárias) só acederão ao mercado interno através de “*importadores autorizados*”.

6. A divisão da doutrina quanto à interpretação do art. 7.º, n.º 1, da Primeira Directiva explica que a sua transposição não tivesse sido encarada da *mesma forma* ou, se preferirmos, com as *mesmas consequências* pelo legislador nos vários Estados-Membros. Vejamos alguns exemplos.

(47) Cf. F. ALBERT/CH. HEATH, “Dyed But Not Exhausted ...”, *cit.*, IIC 1997, p. 30, ss.; ID, “Markenrecht und Paralleleinfuhr”, *cit.*, GRUR 1988, p. 645, ss.

a) Na Alemanha a exposição de motivos da *Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen* (MarkenG), de 25 de Outubro de 1994 (§ 24 Abs. 1⁽⁴⁸⁾), evidenciava que o legislador se julgou impedido de (continuar a) admitir o esgotamento internacional⁽⁴⁹⁾. E o mesmo acon-

(48) “O titular de uma marca ou de uma designação comercial (*einer geschäftlichen Bezeichnung*) não tem o direito de proibir um terceiro de utilizar a marca ou a designação comercial para produtos que tenham sido comercializados na Alemanha, noutro Estado-Membro da União Europeia ou noutro Estado Parte no Acordo sobre o Espaço Económico Europeu, sob essa marca ou essa designação comercial, pelo seu titular ou com o seu consentimento”.

(49) Transcrito por H. HARTE-BAVENDAMM/EVA SCHELLER, “Die Auswirkungen der Markenrechtsrichtlinie...”, *cit.*, *WRP* 1994, p. 576, é o seguinte trecho da exposição de motivos: “Dever-se-á salientar que, ao contrário do que se verifica no actual direito alemão, o esgotamento apenas ocorrerá se a primeira comercialização dos produtos for feita no país, num Estado membro da Comunidade Europeia ou num dos outros Estados contratantes do Espaço Económico Europeu. Futuramente não haverá mais lugar para o esgotamento internacional no sentido ‘clássico’. Esta é a solução conforme com o art. 7.º, n.º 1, da Directiva em matéria de marcas (...).” Sobre a exposição de motivos do § 24 MarkenG, e para mais desenvolvimentos, *vide* A. von MÜHLENDAHL, *Deutsches Markenrecht — Texte und Materialien*, München, 1995, p. 165, ss. A maior parte dos autores alemães (todos aqueles que defendiam que o art. 7.º, n.º 1, da Primeira Directiva consagrava o esgotamento comunitário como *standard* máximo — *cf. supra*, nota 16 — e muitos outros que não se tinham pronunciado sobre essa questão) abraçou o entendimento de que o § 24 Abs. 1 MarkenG proíbia o esgotamento internacional; neste sentido (e para referir apenas autores que escreveram pouco tempo depois da promulgação da MarkenG, que ocorreu em 25 de Outubro de 1994) *vide* K.-H. FEZER, *Markenrecht*, *cit.*, § 24, anots. 15, ss.; W. ALTHAMMER/P. STRÖBELE/R. KLAKA, *Markengesetz*, 5. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München, 1997, § 24, anot. 5; W. TILMANN, “Das Neue Markenrecht...”, *cit.*, *ZHR* 1994, p. 379; W. BERLIT, *Das Neue Markenrecht*, 2. Aufl., München, 1997, p. 129, ss.; *ID.*, “Markenrechtliche und europarechtliche Grenzen des Markenschutzes”, *GRUR* 1998, p. 427; K. BECHER, *Neues deutsches Markenrecht*, Berlin, 1996, p. 61; G. PICKRAHN, “Die Bekämpfung von Parallelimporten nach dem neuen Markengesetz”, *GRUR* 1996, p. 383 ss.; R. SACK, “‘Doppelidentität’ und ‘gedankliches Inverbindungbringen’ im neuen deutschen und europäischen Markenrecht”, *GRUR*, 1996, p. 674; *ID.*, “Der markenrechtliche Erschöpfungsgrundsatz im deutschen und europäischen Recht”, *WRP* 1998, p. 562, ss.; *ID.*, “Die Erschöpfung von gewerblichen Schutzrechten und Urheberrechten nach europäischem Recht”, *GRUR*, 1999, p. 210, ss.; J. KROHER, “Importe von Originalware nach neuem Markenrecht”, *Festgabe von Freuden und Mitarbeit für F.-K. Beier zum 70. Geburtstag*, Köln/Berlin/Bonn/München, 1996, p. 253, ss.; H. HUBMANN/H.-P. GÖTTING/H. FORKEL, *Gewerbliche Rechtsschutz*, 6. Aufl. München, 1998, p. 296, ss. A generalidade destes autores não se afadigava a justificar a sua posição. Era, porém, recorrente a invocação da *mudança de paradigma* na teoria das funções da marca. O argumento era, em regra, assim apresentado: se o esgotamento internacional colhia justificação à luz da função distintiva da marca, sendo esta a única função juridicamente protegida, o mesmo já não acontece quando, a par dessa função da marca, se protegem *juridicamente* outras das suas funções sócio-económicas, nomeadamente a função publicitária (§14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG — tutela da “marca de prestígio”, na terminologia alemã, “bekannte Marke”). Como vimos (*supra*, nota 16), houve autores alemães que defenderam que o art. 7.º, n.º 1, da Primeira Directiva consagrava o esgotamento comunitário como *standard* mínimo. Alguns desses autores, escrevendo já depois da promulgação da MarkenG, interpretavam o seu § 24 Abs. 1 a essa luz, ou seja, defenderam que os tribunais alemães não ficaram impedidos de (continuar a) aplicar o princípio do esgotamento internacional do direito à marca; neste sentido, *cf.*, por exemplo, U. LOEWENHEIM, “Nationale und internationale Erschöpfung...”, *cit.*, *GRUR* 1996, p. 314, ss.; F. ALBERT/CH. HEATH, *anotação ao acórdão* (“Gefärbte Jeans”) do BGH, de 14 de Dezembro de 1995, *GRUR* 1996, p. 275, ss. No que respeita à jurisprudência, as decisões, proferidas na vigência do § 24 Abs. 1 MarkenG, e mais

teceu com o legislador dos países do Benelux (Bélgica, Holanda e Grão-Ducado do Luxemburgo). A lei uniforme de marcas (desses países), que entrou em vigor em 1 de Janeiro de 1971, consagrava, no seu art. 13.º, A, 3, o princípio do esgotamento internacional⁽⁵⁰⁾. O abandono deste princípio, com a conseqüente consagração do esgotamento comunitário como *standard* máximo, decorre inequivocamente novo art. 13.º, parte A, ponto 8, da referida lei, introduzido na seqüência da transposição da Primeira Directiva⁽⁵¹⁾.

b) Na Dinamarca e na Áustria, a atitude do legislador foi diversa. No § 6 da nova lei dinamarquesa de marcas (de 6 de Junho de 1991), que corresponde ao art. 7.º, n.º 1, da Primeira Directiva, consagra-se o esgotamento comunitário. Mas, como resultava dos trabalhos preparatórios, o objectivo dessa norma foi a “codificação” da anterior jurisprudência do TJ, e não afastar a aplicação do esgotamento internacional. Esta seria uma questão a resolver pela jurisprudência (nacional e comunitária)⁽⁵²⁾. Na Áustria, à data da transposição da Primeira Directiva (MSchG-Novelle de 1992), a jurisprudência era unânime na afirmação do esgotamento internacional do direito à marca [o acórdão (“*Agfa*”) do OGH, de 30 de Novembro de 1971, constituía o *leading case* na matéria⁽⁵³⁾]. Feita essa transposição, o § 10a Abs. 1 MSchG passou a referir expressamente apenas o esgotamento comunitário desse direito⁽⁵⁴⁾. Todavia, e como escreveu

próximas da sua promulgação, foram todas no mesmo sentido: *inadmissibilidade de princípio do esgotamento internacional do direito à marca*. E não foram apenas os tribunais inferiores a decidir assim (LG Düsseldorf, acórdão de 4 de Julho de 1997, *GRUR*, 1996, p. 66, ss.; OLG München, acórdão de 12 de Outubro de 1995, *NJW-RR*, 1996, p. 425, ss.; OLG Stuttgart, acórdão de 15 de Agosto de 1997, *NJW-RR* 1998, p. 482, ss.). O próprio BGH, no seu acórdão (“*Gefärbte Jeans*”), de 14 de Dezembro de 1995, (*GRUR*, 1996, p. 271, ss.), sufragou essa posição, *abjurando*, com já antes dissemos (*supra*, nota 5), *cem anos de precedentes* (... e de favor à liberdade de concorrência).

⁽⁵⁰⁾ Cf. A. BRAUN, *Précis des marques*, 3. éd., Bruxelles, 1995, p. 258, e D. W. FEER VERKADE, “Unlautere Ausnutzung und Beeinträchtigung des guten Rufs bekannter Marken, Namen und Herkunftangaben — Ein Betrag aus den Bellux-Staaten”, *GRUR-Int.* 1986, p. 17, ss.

⁽⁵¹⁾ Cf. A. BRAUN, *ob. cit.*, *loc. ult. cit.*, e D. W. FEER VERKADE, “Angleichung des nationalen Markenrechts in der EWG: Benelux-Staaten”, *GRUR-Int.* 1992, p. 92, ss.

⁽⁵²⁾ Cf. A. KUR, “Das neue dänische Markengesetz als Beispiel für die Umsetzung der EG-Markenrechtsrichtlinie”, *GRUR Int.* 1991, p. 785, ss.; *ID.*, “Die Harmonisierung der europäischen Markengesetz: Resultate — Offene Fragen — Harmonisierungslücken”, *GRUR* 1997, p. 245, ss.; SANDDEL, “The New Danish Trade Marks Act”, *EIPR* 1992, p. 246, ss.

⁽⁵³⁾ *GRUR-Int.* 1971, p. 90, ss.; *vide tb.* H-G. KOPPENSTEINER, “Markenrechtsentwicklung...”, *cit.*, *ÖBl* 1994, p. 195, ss.; *ID.*, *Österreichisches und europäisches Wettbewerbsrecht*, 3. Aufl., Wien, 1997, p. 883 s.; R. SCHANDA, “Parallelimport und Herkunftsfunktion...”, *cit.*, *ÖBl* 1996, p. 167, ss.

⁽⁵⁴⁾ A redacção do preceito é a seguinte: “O direito conferido pela marca não permite ao seu titular proibir a terceiros o seu uso para produtos comercializados sob essa marca pelo seu titular ou com o seu consentimento no Espaço Económico Europeu”.

H. G. Koppensteiner⁽⁵⁵⁾, que se apoiava num trecho da exposição de motivos do referido preceito, ao tomar essa opção, o legislador austríaco não pretendeu banir o princípio do esgotamento internacional; o seu eventual banimento deveria ser decidido pela jurisprudência.

c) Em Portugal, o legislador *transcreveu* (quase *ipsis verbis*) o art. 7.º, n.º 1, da Primeira Directiva⁽⁵⁶⁾, e porque não são conhecidos

⁽⁵⁵⁾ “Markenrechtsentwicklung...”, *cit.*, *ÖBl* 1994, p. 199.

⁽⁵⁶⁾ Fê-lo no art. 208.º, n.º 1, do Código da Propriedade Industrial, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 16/95, de 24 de Janeiro (doravante, CPI/95), que tinha a seguinte redacção: “Os direitos conferidos pela marca não permitem ao seu titular proibir o uso desta para produtos comercializados na Comunidade sob essa marca pelo titular ou com o seu consentimento.” Com o Decreto-Lei n.º 36/2003, de 5 de Março, foi aprovado um novo Código da Propriedade Industrial, que é o que vigora à data em que escrevemos. Neste outro Código, a matéria do esgotamento do direito à marca consta do art. 259.º, cujo n.º 1 tem a seguinte redacção: “Os direitos conferidos pelo registo não permitem ao seu titular proibir o uso da marca em produtos comercializados, pelo próprio ou com o seu consentimento, no espaço económico europeu.” Em relação ao seu predecessor, este preceito trouxe duas novidades: a substituição da expressão “produtos comercializados na Comunidade” pela expressão “produtos comercializados (...) no espaço económico europeu” e a supressão da expressão “sob essa marca”. Sobre a primeira, nada há a dizer (cf. *supra*, nota 20). O mesmo não acontece, porém, quanto à segunda. Vejamos. O TJ ocupou-se, pela primeira vez, da relação entre o art. 7.º da Primeira Directiva e os arts. 30.º e 36.º (na numeração do Tratado CE, então vigente) no acórdão de 11 de Julho de 1996, Procs. Apensos C-427/93, C-429/93 e C-436/93, *Bristol-Myers Squibb./Paranova* (Proc. c-427/93), *C. H. Boehringer Sohn, Boehringer Ingelheim KG, Boehringer Ingelheim A/S./Paranova A/S* (Proc. C-429/93) e *Bayer Aktiengesellschaft, Bayer Danmark A/S./Paranova A/S* (Proc. C-436/93), ECLI:EU:C:1996:282. E, depois de ter recordado que, “quando haja directivas comunitárias que estabeleçam a harmonização das medidas necessárias para assegurar a protecção dos interesses referidos no art. 36.º do Tratado, qualquer medida nacional a elas relativa deve ser apreciada à luz das disposições desta directiva e não dos arts. 30.º e 36.º” (número 25), observou que aquele preceito da Primeira Directiva, “redigido em termos gerais”, regulava de “modo completo a questão do esgotamento do direito de marca no que respeita aos produtos colocados no comércio na Comunidade”, impondo-se, por conseguinte, apreciar “as normas nacionais à luz dessa disposição” (número 26). “Todavia — assim se lê no número 27 do mesmo acórdão —, a directiva deve, como qualquer outra regulamentação de direito derivado, ser interpretada à luz das normas do Tratado relativas à livre circulação de mercadorias e, designadamente, do art. 36.º”. Esta *precedência* do art. 7.º da Primeira Directiva em relação aos arts. 30.º e 36.º tinha como consequência que o esgotamento devia ser apreciado com base nas disposições conjugadas do direito nacional das marcas e daquele mesmo preceito da directiva “interpretado à luz do art. 36.º do Tratado” (número 28 do acórdão). Em certas *fattispecies*, a metódica não podia, porém ser esta. Deveras ilustrativo, a este propósito, é o acórdão do TJ de 12 de Outubro de 1999, Proc. C-379/97, *Pharmacia & Upjohn SA, anteriormente Upjohn SA./Paranova A/S*, ECLI:EU:C:1999:494, cujos factos (no processo principal) eram os seguintes: O grupo Upjohn é titular da marca “Dalacin C”, para assinalar um determinado medicamento (comercializado sob diversas formas, e cujo princípio activo é a clindamicina), na grande maioria dos Estados-Membros; as excepções são a Alemanha, a Espanha e a Dinamarca, onde a marca da titularidade do grupo Upjohn é “Dalacin”, e da França, onde essa marca é “Dalacine”. Um importador paralelo (a Paranova, no caso) adquiriu em França cápsulas de clidamicina, acondicionadas em caixas de 100 e colocadas no mercado pelo grupo Upjohn sob a marca “Delacine”, para as comercializar seguidamente na Dinamarca sob a marca “Delacin” (a marca registada pelo grupo Upjohn, nesse país); o mesmo importador paralelo adquiriu ainda, na Grécia, ampolas injectáveis de clindamicina comercializadas pelo grupo Upjohn

quaisquer trabalhos preparatórios, não é possível determinar que *desígnio* era o seu.

III. A interpretação do TJ

7. Num quadro como o descrito, a intervenção do TJ era inevitável. E foi o Supremo Tribunal austríaco (o *Oberster Gerichtshof* ou OGH) que a suscitou, por via de uma questão prejudicial assim formulada:

“O n.º 1 do art. 7.º da Primeira Directiva do Conselho, de 21 de Dezembro de 1988, que harmoniza as legislações dos Estados-Membros em matéria de marcas (89/104/CEE, JO L 40, p. 1), deve ser interpretado no sentido de a marca conceder ao seu titular o direito de proibir a um terceiro o uso da marca em mercadorias com ela comercializadas num Estado que não é parte contratante?”

sob a marca “Dalacin C”, vindo estes produtos, depois de reembalados pelo importador paralelo, a ser comercializados na Dinamarca sob a marca “Dalacin”. Em situações deste tipo, o art. 7.º da Primeira Directiva não cobrava aplicação. E a razão é simples: o importador paralelo não comercializava os produtos *sob a marca* que os guarnecia no momento em que foram introduzidos no mercado (no caso, os produtos tinham sido introduzidos no mercado guarnecidos com a marca “Dalacine” e com a marca “Dalacin C”, tendo a sua posterior comercialização pelo terceiro sido feita sob a marca “Dalacin”). Mas tal não significava que “os direitos conferidos pela marca” não pudessem sofrer a *mesma limitação* a que poderiam estar sujeitos se o preceito do direito derivado sobre o esgotamento fosse aplicável. A estratégia do registo (e consequente uso) de marcas diferentes, em Estados-Membros diferentes, para assinalar os mesmos produtos, promovida pelo mesmo empresário, que assim se torna titular de vários direitos nacionais, pode, com efeito, contribuir para a *compartimentação* dos mercados nacionais (pense-se, por exemplo, no caso de no país de importação não ser permitido o uso da marca registada no país de exportação, e também no caso de o consumidor no país de importação, que apenas conhece a marca registada e usada nesse país pelo seu titular, não adquirir os produtos assinalados com a marca estrangeira). Dito de outra forma: pode colidir com o princípio da livre circulação de mercadorias, havendo então que conciliar (e não é outra, recorde-se, a finalidade do esgotamento, previsto na directiva) os interesses fundamentais da protecção desse princípio e os da protecção do direito à marca. Para o efeito, ter-se-ia de lançar mão dos arts. 30.º e 36.º (na numeração do Tratado então vigente), *aplicando-os directamente* (cf. acórdão-“*Pharmacia & Upjohn./Paranova*”, número 28). É provável que o nosso legislador tivesse pensado que, suprimindo do texto do art. 259.º, n.º 1, do actual CPI a expressão “*sob essa marca*”, passaria a ser possível a sua aplicação aos casos de *troca de marcas*, evitando-se desse modo o recurso directo aos arts. 30.º e 36.º, como fora defendido pelo TJ. Que dizer? Só podemos dizer *mal*. Com efeito, independentemente da letra do preceito, a sua interpretação não poderia afastar-se da que o TJ fizera do art. 7.º da Primeira Directiva. A isto, que já não seria pouco, acresce que o preceito, sem a referida expressão, ficou ininteligível! (Da mesma *maleita* continuará, aliás, a padecer o art. 253.º, n.º 1, do futuro Código da Propriedade Industrial, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 110/2018, de 10 de Dezembro, por isso que nele se reproduz o texto do actual art. 259.º, n.º 1: “Os direitos conferidos pelo registo da marca não permitem ao seu titular proibir o uso da marca em produtos comercializados, pelo próprio ou com o seu consentimento, no espaço económico europeu”).

a) No processo principal, estava em causa a seguinte *fattispecie*⁽⁵⁷⁾. A “Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG” (autora no processo principal) produz “óculos de moda da gama superior de preços” e comercializa-os a nível mundial sob a marca “Silhouette”, registada a seu favor na Áustria e na maior parte dos países do mundo. A “Hartlauer Handelsgesellschaft mbH” (ré no processo principal) vende óculos, através de vários filiais suas na Áustria, e “os preços baixos que pratica constituem o seu principal argumento de venda”; não era abastecida pela autora, dado que esta considerava que “a distribuição dos seus produtos pela ré seria prejudicial à sua imagem de fabricante de óculos de muito boa qualidade e que estão na moda”. Em Outubro de 1995, a “Silhouette” vendeu 21.000 armações-de-óculos, de modelos desactualizados, a uma sociedade designada “Union Trading”, e encarregou o seu representante de dar instruções aos clientes para apenas venderem essas armações na Bulgária ou nos países da ex-União Soviética e não os exportarem para outros países. O representante afirmou à “Silhouette” ter transmitido estas instruções ao comprador, mas o OGH salientou não ter sido possível apurar se, na realidade, isso aconteceu. A “Silhouette” entregou as referidas armações à “Union Trading” em Sófia em Novembro de 1995, as quais foram depois adquiridas (não se conseguiu apurar a quem) pela “Hartlauer” e por ela postas à venda na Áustria, a partir de Dezembro de 1995; numa campanha publicitária, entretanto iniciada, deu a conhecer que, não obstante não ter sido abastecida pela “Silhouette”, conseguira adquirir 21.000 “armações Silhouette” no estrangeiro.

A “Silhouette” opôs-se à venda desses produtos e intentou, junto do *Landgericht* Steyer, uma acção visando obter a condenação da “Hartlauer” a não vender na Áustria óculos ou armações-de-óculos, contradistinguidos com a marca “Silhouette”, e comercializados pela própria “Silhouette” ou por um terceiro com o seu consentimento fora do território do EEE; segundo a autora, numa tal hipótese, os direitos conferidos pelo registo dessa sua marca não se esgotariam, uma vez que a Primeira Directiva apenas previa esse esgotamento se os produtos fossem comercializados no território do EEE pelo titular da marca ou por um terceiro com o seu consentimento, sendo a esta luz que o § 10a MSchG devia ser interpretado.

b) A acção foi julgada improcedente pelo referido *Landgericht*, cuja decisão foi confirmada pelo *Oberlandesgericht* Linz. Não obstante o § 10a MSchG (na esteira do art. 7.º, n.º 1, da Primeira Directiva)⁽⁵⁸⁾ não

(57) Descrevê-la-emos recorrendo muitas vezes às palavras do advogado-geral F. G. JACOBS (cf. as respectivas conclusões, ECLI:EU:C:1998, 33, números 14, ss.).

(58) Cf. *supra*, nota 54.

referir o princípio do esgotamento internacional do direito à marca, cuja aceitação na ordem jurídica austríaca remontava (já antes o dissemos) ao acórdão-“*Agfa*” do OGH (de 30 de Novembro de 1971), ambos os tribunais consideraram que esse princípio era conforme com o direito comunitário. Sem ter chegado a pronunciar-se sobre a bondade desta interpretação, o OGH, na sequência do recurso interposto pela “*Silhouette*” sobre a decisão do *Oberlandesgericht* Linz, decidiu submetê-la ao veredicto do TJ, nos termos atrás expostos⁽⁵⁹⁾.

Seguindo (como se tornara hábito...) a opinião do advogado-geral F. G. Jacobs⁽⁶⁰⁾, cujas conclusões davam conta dos vários argumentos *pro* e *contra* a interpretação do art. 7.º, n.º 1, da Primeira Directiva no sentido de proibir aos Estados-Membros a consagração do princípio do esgotamento internacional, nas suas legislações nacionais⁽⁶¹⁾, o TJ declarou:

“O art. 7.º, n.º 1, da Primeira Directiva 89/104/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1988, que harmoniza as legislações dos Estados-Membros em matéria de marcas, na redacção do acordo do Espaço Económico Europeu de 2 de Maio de 1992, *opõe-se* a disposições nacionais que prevêm o esgotamento do direito conferido por uma marca para produtos comercializados fora do Espaço Económico Europeu sob essa marca pelo titular ou com o seu consentimento”⁽⁶²⁾.

d) Estávamos perante uma decisão na linha da anterior jurisprudência do TJ, que começou a afirmar-se a partir sobretudo do acórdão-“*HAG II*”⁽⁶³⁾, e cuja característica essencial era o crescente reforço da tutela da marca. Não nos deteremos aqui na sua apreciação. Em bom rigor, ocupámo-nos disso ao analisarmos os argumentos avançados pelos autores que defendiam essa mesma interpretação do art. 7.º, n.º 1, da Primeira Directiva⁽⁶⁴⁾ — para aí remetemos, pois.

⁽⁵⁹⁾ Cf. *supra*, neste número (o texto da questão prejudicial).

⁽⁶⁰⁾ Que era também a da Comissão e dos Governos austríaco, francês, alemão, italiano e do Reino Unido, mas não a do governo sueco.

⁽⁶¹⁾ Já nos referimos a esses argumentos, e tivemos então oportunidade de dar a nossa opinião (*supra*, números 3 a 5).

⁽⁶²⁾ Acórdão de 16 de Julho de 1998, Proc. C-355/96, *Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG./Hartlauer Handelsgesellschaft mbH*, ECLI:EU:C:1998:374.

⁽⁶³⁾ Cf. *supra*, nota 41. Com esse aresto, o TJ renegou a teoria da *origem comum* — uma teoria *amiga* da liberdade de circulação dos produtos, afirmada no acórdão de 3 de Julho de 1974, Proc. C-192/73, *Van Zuylen./HAG AG*, ECLI:EU:C:1974:72 —, passando a valer, em seu lugar, a regra “*chacun chez soi*”; cf. M. NOGUEIRA SERENS, “O fraccionamento do direito à marca...”, *RLJ*, *cit.*, p. 341, ss.

⁽⁶⁴⁾ Aos autores atrás referidos (cf. nota 16), haverá agora que acrescentar alguns outros, que são aqueles que escreveram depois da prolação do acórdão, e que lhe deram o seu apoio (ou, quando menos, que não o criticaram). De modo exemplificativo citaríamos: G. JOLLER, “Zur territorialen Reichweite des Erchöpfungsgrundsatzes im Markenrecht — *Silhouette einer Zwischenbilanz*”, *GRUR*

8. Volvido cerca de um ano (sobre o acórdão-“*Silhouette*”), o TJ voltou a ser confrontado com a questão da interpretação do art. 7.º, n.º 1, da Primeira Directiva. E a verdade é que não houve o *règlement* que alguns (poucos) desejavam e que outros (muitos) recebavam.

a) Falamos do acórdão de 1 de Julho de 1999, Proc. C-173/98, *Sebago Inc., Ancienne Maison Dubois et Fils SA./G-B Unic SA*⁽⁶⁵⁾. O litígio no processo principal pode resumir-se do seguinte modo: A “G-B Unic SA”, ré nesse processo, defendia que o titular de uma marca (no caso, a autora), ao autorizar a comercialização no EEE de produtos guarnecidos com essa marca, esgotava o correspondente direito, não apenas em relação a esses produtos em concreto, mas também em relação a quaisquer outros produtos idênticos ou similares que, ostentando a mesma marca, viessem a ser posteriormente colocados no mercado de um qualquer país-terceiro. Olhando para o art. 13.º, parte A, ponto 8 da Lei Unifome do Benelux, que era a aplicável ao caso — introduzido pelo Protocolo de 2 de Dezembro de 1992, esse preceito tem uma redacção similar à do art. 7.º, n.º 1, da Primeira Directiva —, a “G-B Unic SA”, entendia, pois, que aquele preceito apenas permitia que o titular da marca se opusesse à importação paralela para o EEE de produtos guarnecidos com a marca em causa, e que ele próprio ou um terceiro com um seu consentimento introduzira no mercado do país de exportação, se ainda não tivesse autorizado que produtos idênticos ou similares a esses, guarnecidos com a mesma marca, fossem comercializados no EEE.

A interpretação da “Sebago Inc.” e do “seu distribuidor exclusivo para o Benelux”, a “Ancienne Maison Dubois et Fils SA”, era diferente: consideravam que o esgotamento dos direitos conferidos pelo registo da marca, previsto nos dois referidos preceitos, se afirmava à medida que os produtos fossem sendo colocados no mercado pelo titular da marca ou por um terceiro com o seu consentimento, e não abrangia os (*exemplares* dos)

Int 1998, p. 751, ss., R. M. BECKMANN, “Die Reichweite des Erschöpfungsgrundsatzes nach neuem Markenrecht”, *GRUR Int.* 1998, p. 836, ss., THOMAS HAYS, “The Silhouette Case: The European Union Moves to the Highest Common Denominator on the Gray Market Question” (88) *TMR* 1998, p. 234, ss.; K. HORN BANGER, “EUGH Stoppt Parallelimporte aus Drittländer”, *ecolex* 1998, p. 811, ss.; H. LATTEMAYER, “Erschöpfung von Markenrechten”, *ecolex* 1999, p. 100, ss.; L. PEYRON, “Esaurimento internazionale si esaurimento internazionale no: la Corte di Giustizia tra protezionismo e liberalizzazione dei mercati mondiali”, *GI*, 1998, p. 2323, ss. Os autores que criticaram o acórdão são em menor número. O destaque vai para O. SOSNITZA, “Territoriale Grenzen markenrechtlicher Erschöpfung und Europarecht”, *WRP* 1998, p. 951, ss., W. R. CORNISH, “Trade Marks: Portcullis for the EEA?”, *EIPR* 1998, p. 172, ss. (é verdade que este Autor escreveu antes da prolação do acórdão-“*Silhouette*”, mas o modo como criticou a posição do advogado-geral F. G. Jakobs colocava-o no grupo dos opositores ao aresto).

⁽⁶⁵⁾ ECLI:EU:C:1999:347.

produtos que não esses mesmos, é dizer, não abrangia os (*exemplares* dos) produtos que continuassem nos armazéns do titular da marca (não importando para o caso se já ostentavam ou não a marca em causa), nem aqueles outros que viessem a ser fabricados no futuro, por isso que, em ambos os casos, não tendo ainda sido exercido o *direito (à primeira) comercialização*, não podia afirmar-se o seu esgotamento.

As consequências desta segunda interpretação do art. 7.º, n.º 1, da Primeira Directiva (e, no caso, do art. 13.º, parte A, ponto 8, Lei Uniforme do Benelux) alcançam-se sem custo: o titular de uma determinada marca que comercialize ou que autorize um terceiro a comercializar no EEE os seus produtos, guarnecidos com a marca em causa, poderá, ainda assim, impedir as importações paralelas para o EEE de produtos idênticos ou semelhantes, contradistiguídos com essa mesma marca, e que ele próprio ou um terceiro com o seu consentimento tenha introduzido no mercado do país de exportação (o esgotamento, que se afirma em relação à queles primeiros produtos — os produtos comercializados no EEE —, não abrange estes últimos: os produtos comercializados *fora* do EEE).

b) Na parte dispositiva do acórdão, o TJ *reiterou* que “o art. 7.º, n.º 1, da Primeira Directiva (...) deve ser interpretado no sentido de que o esgotamento dos direitos conferidos pela marca só se verifica caso os produtos tenham sido comercializados na Comunidade (no Espaço Económico Europeu após a entrada em vigor do Acordo sobre o Espaço Económico Europeu) e que este não deixa aos Estados-Membros a possibilidade de preverem na sua legislação nacional o esgotamento dos direitos conferidos pela marca no que toca a produtos comercializados em países terceiros”.

Quanto às duas interpretações antes referidas, o TJ, na esteira, diga-se, da proposta do advogado-geral F. G. Jacobs⁽⁶⁶⁾, optou pela que fora defendida pelo titular da marca (a “Sebago Inc.”) — que tinha o apoio, acentue-se, do Governo francês e da Comissão —, declarando que, “para se verificar o consentimento na acepção do art. 7.º, n.º 1 [da Directiva], *este deve versar sobre cada exemplar do produto para o qual o esgotamento é invocado*”. Por ser a única interpretação que não priva a limitação do princípio do esgotamento ao território do EEE dos seus efeitos práticos ou, dizendo de outra maneira, que *maximiza* os efeitos monopolísticos dessa limitação territorial do referido princípio (afirmada no acórdão-“*Silhouette*”), a sua consagração é, obviamente, a que melhor serve os interesses do titular da marca.

(66) Cf. conclusões, ECLI:EU:C:1999:173, números 19 a 31.

IV. A interpretação do Tribunal EFTA

9. Segundo o art. 65.º, n.º 2, do Acordo sobre o EEE⁽⁶⁷⁾, conjugado com o ponto 4, alínea c), do seu Anexo XVII, o art. 7.º, n. 1, da Primeira Directiva, era aplicável, não apenas aos Estados-Membros da (então) Comunidade Europeia, mas também aos Países-Membros da EFTA, com excepção da Suíça, que não ratificou o referido Acordo, sendo que, desde 1995, dele apenas fazem parte a Islândia, o Liechtenstein e a Noruega.

Existe no Acordo sobre o EEE um outro preceito, que aqui nos importa sobremaneira. Referimo-nos ao art. 2.º, n.º 1, do Protocolo 28 (“relativo à propriedade intelectual”), com a epígrafe “Exhaustion of rights”, e cuja redacção é a seguinte: “To the extent that exhaustion is dealt with in Community measures or jurisprudence, the Contracting Parties shall provide for such exhaustion of intellectual property rights as laid down in Community law. Without prejudice to future developments of case-law, this provision shall be interpreted in accordance with the meaning established in the relevant rulings of the Court of Justice of the European Communities given prior to the signature of the Agreement”⁽⁶⁸⁾.

a) No decurso de 1997, um tribunal norueguês (concretamente, o *Fredrikstad byrett: Fredrikstad City Court*) foi chamado a decidir o seguinte litígio: a autora, “Mag Instrument Inc.”, titular da marca “Maglite”, registada na Noruega para assinalar lanternas de bolso, acusava a ré, a “California Trading Company Norway, Ulsteen”, de violação do seu direito sobre essa marca; fundamentava a acusação na comercialização, à qual não dera o seu consentimento, levada a cabo pela ré no mercado norueguês, de lanternas de bolso guarnecidas com a marca “Maglite”, importadas paralelamente⁽⁶⁹⁾ do mercado norte-americano, e

⁽⁶⁷⁾ Sobre o n.º 1 do art. 65.º desse Acordo, cf. *supra*, nota 20.

⁽⁶⁸⁾ Na versão portuguesa (JO L 1/194), o preceito tem a epígrafe “Caducidade dos direitos”, sendo a redacção do n.º 1 a seguinte: “Na medida em que a *caducidade* é objecto de medidas ou de jurisprudência comunitárias, as Partes Contratantes estabelecerão a *caducidade* dos direitos de propriedade intelectual tal como previsto na legislação comunitária. Sem prejuízo da evolução futura da jurisprudência, a presente disposição será interpretada de acordo com o sentido que lhe é dado pelos acórdãos do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias proferidos antes da assinatura do presente Acordo.” É de pasmar! De todos conhecido é o aforismo *traduttore, traditore*. No caso, porém, não é disso que se trata. Com efeito, traduzir a expressão inglesa “exhaustion of rights” (e a expressão francesa “épuisement des droits”, bem como a expressão italiana “esaurimento dei diritti”, a expressão castelhana “agotamiento de los derechos” e a expressão alemã “Erschöpfung der Recht”) por “caducidade dos direitos” *traduz* ignorância — supina ignorância, diga-se —, quer da dogmática jurídica, quer da linguística.

⁽⁶⁹⁾ Na Noruega, o importador autorizado e único distribuidor dos referidos produtos, fabricados pela “Mag Instrument Inc.” nos EUA, era a “Viking International Products” A/S”.

nele introduzidas pelo titular da marca em causa (tratava-se, pois, de “produtos genuínos”).

A lei norueguesa de marcas (promulgada em 3 de Março de 1961, e alterada em 27 de Novembro de 1992, na sequência da transposição da Primeira Directiva), que vigorava à data dos factos, era silente sobre o esgotamento do direito à marca. Tal não impedira, porém, que o princípio do esgotamento internacional merecesse aceitação generalizada na doutrina e na jurisprudência⁽⁷⁰⁾.

Não contestando que tivesse sido assim, a autora punha, contudo, em causa que pudesse continuar a ser assim depois da adesão da Noruega ao Acordo sobre o EEE, com a sua consequente vinculação ao art. 7.º, n.º 1, da Primeira Directiva. E isto porque este preceito, segundo a sua interpretação, impunha às Partes Contratantes a consagração (legal ou jurisprudencial) do esgotamento no (espaço geográfico do) EEE, e não lhes permitia que fossem além dele: o esgotamento no (espaço geográfico do) EEE constituía, pois, o *standard* máximo.

Ocioso dizer que a interpretação da ré do art. 7.º, n.º 1, da Primeira Directiva era diferente. Por via dele, as Partes Contratantes, estando obrigadas à consagração (legal ou jurisprudencial) do esgotamento no (espaço geográfico do) EEE, eram livres de (continuar a) consagrar (legal ou jurisprudencialmente) o esgotamento internacional: o esgotamento no (espaço geográfico do) EEE constituía, nesta outra interpretação, o *standard* mínimo.

b) Em cumprimento do art. 108.º do Acordo sobre o EEE, os Estados-EFTA (a República da Áustria, a República da Filândia, a República da Islândia, o Principado do Liechtenstein, o Reino da Noruega, o Reino da Suécia e a Confederação Helvética)⁽⁷¹⁾ celebraram entre si um

⁽⁷⁰⁾ Cf. a “Advisory Opinion” do Tribunal EFTA, de 3 de Dezembro de 1997, *Mag Instrument Inc./California Trading Company Norway, Ulsteeen*, Proc. E-2/97, número 4, 1997 Rep. EFTA Court, 127 (desenvolvadamente, sobre esta “Advisory Opinion”, que designaremos “Advisory Opinion”-*Mag Instrument*, vide adiante no texto), e C. BAUDENBACHER, “Erschöpfung der Immaterialgüterrechte in der EFTA und die Rechtslage in der EU”, *GRUR Int.* 2000, p. 587. O próprio Governo Norueguês, no texto que acompanhava a referida lei de transposição da Primeira Directiva, afirmava expressamente o seguinte: “The Trade Mark Act contains no explicit rules on exhaustion. However, it is established Norwegian law that international exhaustion applies for trade marks. (...) Since international exhaustion is the approach which creates the greatest price competition on the Norwegian market and is, therefore, best for the Norwegian consumers, the Ministry is of the view that there should be no aim to switch over to EEA regional exhaustion until the issue is elucidated in more detail in further consultation or by the EFTA Court or the ECJ.”

⁽⁷¹⁾ Depois de 1 de Janeiro de 1995, os Estados-EFTA são a República da Islândia, o Principado do Liechtenstein, o Reino da Noruega e a Confederação Helvética (os restantes tornaram-se Membros da EU), sendo que esta última, como já antes dissemos, não ratificou o Acordo sobre o EEE.

Acordo⁽⁷²⁾ relativo à instituição de um Órgão de Fiscalização (“The EFTA Surveillance Authority”)⁽⁷³⁾ e de um Tribunal de Justiça (“The EFTA Court”)⁽⁷⁴⁾. Como se lê no art. 32.º, este Tribunal “é competente em matéria de resolução de litígios entre dois ou mais Estados da EFTA no que diz respeito à interpretação ou aplicação do Acordo EEE, do Acordo que cria um *Comité* Permanente dos Estados da EFTA ou do presente Acordo”. Sobremaneira relevante, para o que aqui nos importa, é o art. 34.º, cujo texto é o seguinte: “O Tribunal da EFTA é competente para emitir pareceres consultivos [“advisory opinions”, na versão inglesa] sobre a interpretação do Acordo EEE./Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada perante qualquer órgão jurisdicional de um Estado da EFTA, esse órgão jurisdicional pode, se o considerar necessário ao julgamento da causa, solicitar ao Tribunal da EFTA que emita um parecer consultivo./Os Estados da EFTA podem, na sua legislação interna, limitar o direito de solicitar um parecer consultivo a qualquer órgão jurisdicional cujas decisões não susceptíveis de recurso judicial previsto no direito interno”⁽⁷⁵⁾.

c) Confrontado com as duas interpretações antes referidas sobre o art. 7.º, n.º 1, da Primeira Directiva — a da autora, que era a de que o preceito consagrara o esgotamento no (espaço geográfico do) EEE como *standard* máximo, e da ré, que era a de que o preceito consagrara o esgotamento no (espaço geográfico do) EEE como *standard* mínimo —, e sendo claro que a opção por uma ou por outra era decisiva para a solução do caso *sub judice*, o tribunal norueguês socorreu-se do referido art. 34.º, submetendo ao Tribunal EFTA um pedido de “advisory opinion” sobre as duas seguintes questões: “1. *Is Article 7, paragraph 1 of Council Direc-*

(72) Cf. JO L 344/1, de 31 de Dezembro de 1994. Na versão portuguesa do Acordo, à sigla EFTA (European Free Trade Association), que é (e será) a usada por nós, corresponde a sigla AECL (Associação Europeia de Comércio Livre).

(73) “A fim de garantir a correcta aplicação do Acordo EEE, o Órgão de Fiscalização da EFTA controlará a aplicação das disposições do Acordo EEE e do presente Acordo pelos Estados da EFTA” — assim se lê no art. 22.º do Acordo.

(74) Cf. arts. 27.º a 41.º do Acordo.

(75) É flagrante a similitude deste preceito com o do art. 267.º TFUE — que já foi o art. 177.º TCEE e art. 234.º TCE —, respeitante ao processo de reenvio prejudicial. Impõe-se, ainda assim, ter presente que as decisões, proferidas pelo Tribunal-EFTA, ao abrigo do art. 34.º, por isso que se dizem “pareceres consultivos” (“advisory opinions”), não têm força obrigatória — a força obrigatória que se atribui aos acórdãos do TJ, proferidos no quadro do art. 267.º, TFUE. Sobre o processo de reenvio prejudicial, no quadro deste último preceito, cf., por exemplo, M. NOGUEIRA SERENS, “A obrigação de reenvio prejudicial decorrente do art. 234.º, § 3.º (ex-art. 177.º, § 3.º) do Tratado CEE”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Vol. IV, Almedina, Coimbra, 2011, p. 627, ss., com múltiplas referências, e, com maior desenvolvimento, JOÃO MOTA DE CAMPOS, *Direito Comunitário*, Vol. II, 3.ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1990, p. 422, ss.

tive 89/104/EEC to be understood as conferring a right on a trade mark proprietor to prevent an import from a third country outside the EEA, when said import takes place without the consent of the trade mark proprietor? 2. In other words, is the same provision to be understood to the effect that exhaustion of the trade mark right may neither be limited to national exhaustion nor expanded to include international exhaustion?”⁽⁷⁶⁾.

Os intervenientes no processo, que foram vários, dividiram-se sobre o sentido da resposta que devia ser dada pelo Tribunal a estas questões. Como se lê na “Advisory Opinion”-*Mag Instrument*⁽⁷⁷⁾, o Governo do Liechtenstein⁽⁷⁸⁾ e o Órgão de Fiscalização da EFTA “argue that Art 7(1) of the Trade Mark Directive is not relevant for the determination of whether a trade mark proprietor in an EEA/EFTA State is entitled to rely on a national right in order to prevent a product which has been produced and placed on the market by a proprietor or with his consent in a country outside the EEA from being imported without his consent”⁽⁷⁹⁾. Deveras impressionante é o seguinte trecho, que sintetiza a posição do Governo da Noruega, também ele favorável ao esgotamento no (espaço geográfico do) EEE como *standard* mínimo. “*The Norwegian Government states that more limited exhaustion than international exhaustion will allow for price discrimination, stronger segmentation of the markets and reduced price competition, thereby lessening the efficiency of the economy.*”⁽⁸⁰⁾.

A Comissão da Comunidade Europeia, o Governo Francês, o Governo Alemão e o Governo do Reino Unido afinaram por outro diapasão, ou seja, colocaram-se ao lado da autora no processo principal, defendendo que, segundo o art. 7.º, n.º 1, da Primeira Directiva, o esgotamento no (espaço geográfico do) EEE constituía o *standard* máximo.

⁽⁷⁶⁾ O sentido de ambas as questões era, afinal, o mesmo da que foi formulada pelo Supremo Tribunal austríaco ao TJ, e que esteve na base do acórdão-“*Silhouette*” (cf. *supra*, número 7).

⁽⁷⁷⁾ Cf. número 13.

⁽⁷⁸⁾ Refira-se que, no Principado, o princípio do esgotamento internacional do direito à marca tem consagração expressa no art. 13, n.º 6, da lei de 12 de Dezembro de 1996 (*Gesetz über den Schutz von Marken und Herkunftsangaben*; MSchG); sobre o preceito, cf. MARKUS H. WANGER, *Liechtensteinische Markenschutzgesetz*, Vaduz, 2010, p. 50. Na Islândia, releva o art. 6, n.º 2, do *Trade Mark Act No 45/1997* (de 22 de Maio de 1997), no qual se lê: “If the owner of a trade mark has placed on the market goods or services which enjoy trade mark right or authorised such, he may not subsequently hamper the use, sale, rental, import or other distribution of the goods or services.” O preceito é geralmente entendido no sentido de nele se encontrar consagrado o princípio do esgotamento internacional; cf. C. BAUDENBACHER, “Erschöpfung der Immaterialgüterrechte ...”, *cit.*, *GRUR Int.*, p. 587. Sobre a lei de marcas norueguesa, cf. *supra*, nota 70.

⁽⁷⁹⁾ “Advisory Opinion”-*Mag Instrument*, número 13.

⁽⁸⁰⁾ “Advisory Opinion”-*Mag Instrument*, número 14 (o sublinhado é quase todo nosso).

Na sua argumentação sobressai, em primeiro lugar, a referência à letra do preceito, aos trabalhos preparatórios e à finalidade da Primeira Directiva⁽⁸¹⁾.

O Tribunal EFTA não se afadigou, é verdade, na análise desta argumentação. Mas não deixou de apontar as razões essenciais da sua improcedência. Em matéria de esgotamento, a Primeira Directiva *codificara* a anterior jurisprudência do TJ, respeitante à interpretação dos arts. 30.º e 36.º do Tratado sobre o princípio da livre circulação de mercadorias⁽⁸²⁾. E, na conclusão daquele primeiro Tribunal, dessa jurisprudência decorria que “The ECJ has ruled out national exhaustion and established Community-wide exhaustion as a minimum standard”⁽⁸³⁾. Em abono desta sua conclusão, o Tribunal EFTA acentuava (uma “verdade do tamanho do mundo”, diga-se) que “*the principle of international exhaustion is in the interest of free trade and competition and thus in the interest of consumers*”, por isso que “parallel imports from countries outside the European Economic Area lead to a greater supply of goods bearing a trade mark on the market”, sendo que, em resultado desta situação, “price levels of products will be lower than in a market where only importers authorized by the trade mark holder distribute their products”⁽⁸⁴⁾.

E tudo isso assim, como de resto também é referido pelo Tribunal EFTA⁽⁸⁵⁾, em perfeita harmonia com a função essencial da marca e o objecto específico do respectivo direito, tal como o TJ os definira. No caso da primeira, “garantir ao consumidor ou utente final a identidade originária do produto marcado, permitindo-lhe distinguir, sem confusão possível, tal produto de outros, com diversa proveniência”⁽⁸⁶⁾. Quanto ao segundo, o TJ concluiu que, “em matéria de marcas, o objecto específico da propriedade industrial é, designadamente, o de assegurar ao titular o direito exclusivo de utilizar a marca, quando o produto é colocado no mercado pela primeira vez, e de assim o proteger contra os concorrentes que quisessem

⁽⁸¹⁾ Cf. *supra*, números 1 a 6.

⁽⁸²⁾ Expressamente referidos pelo Tribunal-EFTA eram os acórdãos do TJ de 31 de Outubro de 1974, Proc. 16/74, *Centrafarm BV, Adriaan Peijper./Winthrop BV* (números 7 a 11), e de 15 de Junho de 1976, Proc. C-51/75, *EMI Records Limited./CBS United Kingdom Limited* (número 7: “o exercício do direito de marca destinado a impedir a comercialização de produtos com a mesma marca provenientes de países terceiros, apesar de constituir uma medida de efeito equivalente a uma restrição quantitativa, não afecta a livre circulação de mercadorias entre Estados-Membros, não caindo, assim, no âmbito das proibições enunciadas nos arts. 30.º seguintes do Tratado”). Cf. *supra*, notas 1 e 34.

⁽⁸³⁾ “Advisory Opinion”-*Mag Instrument*, número 16.

⁽⁸⁴⁾ “Advisory Opinion”-*Mag Instrument*, número 19 (os sublinhados são nossos).

⁽⁸⁵⁾ “Advisory Opinion”-*Mag Instrument*, número 20.

⁽⁸⁶⁾ Cf. *supra*, nota 42.

abusar da posição e reputação da marca vendendo produtos que indevidamente usassem essa mesma marca”⁽⁸⁷⁾.

Contra a interpretação do art. 7.º, n.º 1, da Primeira Directiva que nele via consagrado o esgotamento no (espaço geográfico do) EEE como *standard* mínimo, a Comissão da Comunidade Europeia, o Governo Francês, o Governo Alemão e o Governo do Reino Unido vieram também alegar que, em consequência dessa interpretação, sendo cada uma das Partes Contratantes do Acordo sobre o EEE, incluindo, pois, os Estados-EFTA, livre de atribuir, ou não, aos titulares de marcas, protegidas na sua própria ordem jurídica, a faculdade de se oporem às importações paralelas provenientes de países-terceiros, os mesmos produtos podiam ser objecto de tais importações nuns Estados-Membros, e não o poderem ser noutros, o que conduziria a disparidades internas no mercado. Este outro modo de argumentar foi, também ele, desconsiderado pelo Tribunal EFTA, que apontou a diferença (de objectivos) entre o Tratado CE e o Acordo sobre o EEE: este último, ao contrário daquele, não estabelece uma união aduaneira, mas uma zona de comércio livre⁽⁸⁸⁾. Esta diferença — e isto também foi dito por aquele Tribunal⁽⁸⁹⁾ — não podia deixar de reflectir-se na aplicação do princípio do esgotamento do direito à marca. Com efeito, nos termos do art. 8.º do Acordo sobre o EEE, a livre circulação de produtos, tal como é definida nos arts. 11.º a 13.º do mesmo Acordo, apenas se aplica aos produtos originários das Partes Contratantes, ao passo que, na Comunidade Europeia (como então se dizia), um produto é considerado em livre prática uma vez legalmente comercializado num Estado-Membro — em geral, no âmbito do EEE, esta última regra só se aplica em relação aos produtos originários desse Espaço Económico (no processo principal, recorde-se, os produtos tinham sido fabricados nos EUA e importados paralelamente para a Noruega; por conseguinte, não estavam sujeitos ao princípio da livre circulação no interior do EEE). A tudo isto acrescia — e sempre na opinião do Tribunal EFTA⁽⁹⁰⁾ — o facto de os Estados-EFTA, Membros do Acordo sobre o EEE, não terem abdicado, a favor de uma instância supranacional (como acontece em relação aos Estados-Membros da UE)⁽⁹¹⁾, da sua autonomia no que respeita à definição da sua política comercial externa.

⁽⁸⁷⁾ Cf. *supra*, nota 41.

⁽⁸⁸⁾ “Advisory Opinion”-*Mag Instrument*, número 25.

⁽⁸⁹⁾ “Advisory Opinion”-*Mag Instrument*, número 26.

⁽⁹⁰⁾ “Advisory Opinion”-*Mag Instrument*, número 27.

⁽⁹¹⁾ Cf., em particular, o actual art. 207.º do TFUE, que já foi o art. 113.º do Tratado CEE e o art. 133.º do Tratado CE.

No quadro desta fundamentação, o Tribunal EFTA proferiu a seguinte *Advisory Opinion*: “Article 7, paragraph 1, of Council Directive 89/104/CEE (Trade Mark Directive) referred to in Annex XVII to the EEA Agreement is, in the EEA context, to be interpreted as leaving it up to the EFTA States to decide whether they wish to introduce or maintain the principle of international exhaustion of rights conferred by a trade mark with regard to goods originating from outside the EEA”.

10. O art. 7.º, n.º 1, da Primeira Directiva foi, pois, objecto de duas interpretações diferentes: a do Tribunal EFTA, a primeira a ser conhecida (“*Advisory Opinion*”, de 3 de Dezembro de 1997), que conferia aos Estados do EEE, que não integrassem a (então) Comunidade Europeia, a liberdade de manter ou introduzir nas suas ordens jurídicas o princípio do esgotamento internacional (ou global) do direito à marca; a do TJ (acórdão-“*Silhouette*”, de 16 de Julho de 1998), que obrigava os Estados do EEE, Membros da Comunidade Europeia, a acolher nas suas ordens jurídicas o princípio do esgotamento no (espaço geográfico do) EEE como *standard* máximo.

No curto período que mediou entre o acórdão-“*Silhouette*” e o acórdão-“*Sebago*”(92), alguns Estados-Membros com a chamada “cultura EFTA”, assente no princípio de *livre comércio*, do qual o esgotamento internacional é *filho dilecto* (falamos, em particular, da Áustria, da Dinamarca, da Finlândia e da Suécia), ainda acreditaram que o *approach* do TJ, naquele primeiro aresto, não seria confirmado. Depois do segundo aresto, essa esperança esfumou-se, sobrevivendo, pois, a certeza de que se estava em presença de mais um caso em que depois de *Roma (scilicet: O TJ ter falado, a causa* (esgotamento internacional v. esgotamento no EEE) *acabou*. Isto, é claro, se o legislador comunitário se abster de intervir. Os referidos Estados-Membros, e não só, tentaram, é verdade, que houvesse essa alteração, que passava por dar ao art. 7.º, n.º 1, da Primeira Directiva uma nova redacção, da qual resultasse claramente que o direito à marca não podia prestar-se para o *isolamento* da mercado da Comunidade em relação às *importações paralelas*. Essas tentativas não tiveram, porém, êxito, ao que se diz, por falta de apoio da Alemanha(93).

(92) Cf. *supra*, número 8.

(93) Refira-se que a Directiva 89/104/CEE foi revogada pela Directiva 2008/95/CE do Parlamento e do Conselho, de 22 de Outubro de 2008 (o art. 7.º, n.º 1, desta última Directiva era em tudo igual ao art. 7.º, n.º 1, daquela outra), sendo que, actualmente, vigora a Directiva (UE) 2015/2436 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Dezembro de 2015, cujo art. 15.º, n.º 1, apresenta a seguinte redacção: “Os direitos conferidos pela marca não permitem ao seu titular proibir a utilização desta para produtos comercializados na União sob essa marca pelo titular ou com o seu consenti-

11. Enquanto subsistiram as duas interpretações sobre o art. 7.º, n.º 1, da Primeira Directiva — e isso aconteceu, diga-se, por cerca de uma década⁽⁹⁴⁾ —, discutiu-se se elas seriam conciliáveis. Um importante sector da doutrina alvitrou uma maneira de lograr a sua conciliação. Como antes vimos⁽⁹⁵⁾, não cabe dúvida de que o legislador comunitário desistiu de impor aos Estados-Membros a consagração do esgotamento internacional do direito à marca. Consequentemente, para não pôr em causa a opção dos Estados-Membros que se decidissem pela consagração, nas suas ordens jurídicas, do esgotamento no (espaço geográfico) EEE como *standard* máximo — estamos agora a supor, já se vê, que o TJ tinha interpretado o art. 7.º, n.º 1, da Primeira Directiva, no sentido de nele se impor o esgotamento no (espaço geográfico) do EEE como *standard* mínimo —, ter-se-ia de aceitar que determinados produtos provenientes de países-terceiros, apesar de terem sido legalmente comercializados num Estado-Membro, não fossem colocados em regime de livre prática no interior da Comunidade. Tais produtos seriam, afinal, os que fossem objecto de *importação paralela* para um dos Estados-Membros, em cujas ordens jurídicas se consagrasse o esgotamento internacional: comercializados legalmente nesse(s) Estado(s)-Membro(s), já que nele(s) o titular da marca não poderia, com base no respectivo direito, barrar a a sua importação paralela, nem por isso esses produtos beneficiariam da livre comercialização nos outros Estados-Membros (entenda-se: nos Estados-Membros que tivessem optado pela consagração do esgotamento no (espaço geográ-

mento”. O regime da marca comunitária (hoje dita “marca da União Europeia” e “marca da UE”) conheceu igualmente diferentes assentos legislativos: o RegCE 40/94 foi revogado pelo Regulamento (CE) n.º 207/2009 do Conselho, de 26 de Fevereiro de 2009 (o art. 13.º, n.º 1, deste Regulamento reproduzia o art. 13.º, n.º 1, daquele outro; cf. *supra* nota 13), o qual, por sua vez, foi revogado pelo Regulamento (UE) 2017/1001 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de Junho de 2017, estabelecendo-se no seu art. 15.º, n.º 1, que “a marca da UE não confere ao seu titular o direito de proibir a sua utilização para produtos que tenham sido comercializados no espaço económico europeu sob essa marca pelo titular ou com o seu consentimento”. Deveras significativo é que o legislador da União, que não se valeu desta sucessão de Directivas e de Regulamentos para *romper* com a ideia da “Europa-Fortaleza”, da qual o TJ se tornara arauto, através da limitação territorial do esgotamento do direito à marca, dela se tenha valido para *fulminar* a jurisprudência desse mesmo tribunal sobre o requisito de “representabilidade gráfica”, de cuja observância dependia o registo de um sinal como marca (art. 2.º da Primeira Directiva e art. 4.º do RegCE 40/94). Poder-se-ia dizer que a *lealdade* do legislador da União à *sagesse* dos Juízes do Luxemburgo se revelou de *escala móvel*: no caso da interpretação do art. 7.º, n.º 1, sendo ela a mais conforme com os interesses do *big business*, *total lealdade*; no caso da interpretação do referido requisito de registabilidade de um sinal como marca (nacional ou comunitária), que afrontava aqueles mesmos interesses, *absoluta deslealdade*. O esclarecimento deste último ponto levar-nos-ia demasiado longe. Decidimos, por isso, deixá-lo para outra ocasião.

⁽⁹⁴⁾ Cf. *infra*, número 12.

⁽⁹⁵⁾ Cf. *supra*, números 1 e 2.

fico do) EEE como *standard* máximo), visto que se tratava de produtos guarnecidos com uma marca cujo titular não consentira a sua comercialização no EEE.

Esta solução — que era a única que, interpretando-se o art. 7.º, n.º 1, da Primeira Directiva no sentido de impor aos Estados-Membros o esgotamento no (espaço geográfico do) EEE como *standard* mínimo, obstava a que se lhes impusesse o esgotamento internacional, assim se contrariando aquele mesmo preceito — teria de valer para os produtos provenientes de fora do EEE, comercializados num dos Estados que, não sendo Membro da Comunidade Europeia, integrasse esse Espaço Económico. Ou seja: um qualquer empresário, titular de uma determinada marca no EEE, que não fosse Membro da CE, e em cuja ordem jurídica o esgotamento internacional obtivera consagração, não poderia, com base no seu direito sobre a marca em causa, barrar as importações paralelas de *produtos genuínos* provenientes do exterior do EEE para o Mercado desse Estado, mas daí não decorria que, com base no seu direito sobre essa mesma marca num ou mais Estados-Membros, não pudesse obstar à comercialização no Mercado deste(s) outro(s) Estado(s)-Membro(s) dos produtos assim importados para o EEE. Revertendo à *fattispecie* que deu azo à “Advisory Opinion”-*Mag Instrument*: A “Mag Instrument Inc.”, titular da marca “Maglite”, registada a seu favor na Noruega, para assinalar lanternas de bolso, não poderia, com base no respectivo direito, impedir que outrem que não o seu importador autorizado importasse esses produtos para a Noruega directamente dos EUA, onde eram por ela fabricados; mas, no caso de ser titular dessa mesma marca num ou mais Estados-Membros, não estaria impedida de invocar o respectivo direito para se opor à comercialização, no mercado desse(s) Estado(s)-Membro(s), dos referidos produtos, ocorrendo a sua importação paralela da Noruega.

Fora desta solução não havia mais caminho que não fosse o de considerar *prejudicada* a interpretação do art. 7.º, n.º 1, da Primeira Directiva, que foi feita pelo Tribunal-EFTA (“Advisory Opinion”-*Mag Instrument*), pela interpretação que desse mesmo preceito fez o TJ (acórdão-*“Silhouette”*)⁽⁹⁶⁾.

12. Existe, desde 8 de Julho de 2008, uma nova “Advisory Opinion” do Tribunal EFTA sobre a interpretação do art. 7.º, n.º 1, da Pri-

⁽⁹⁶⁾ Neste sentido, cf., por exemplo, R. SACK, “Der markenrechtliche Erschöpfungsgrundsatz ...”, *cit.*, *WRP* 1998, p. 566, ss., e *ID.*, “Die Erschöpfung von Gewerblichen Schutzrechten ...”, *cit.*, *GRUR* 1999, p. 213, ss.

meira Directiva⁽⁹⁷⁾. A *fattispecie* correspondia, no essencial, à da “Advisory Opinion”-*Mag Instrument*⁽⁹⁸⁾: importação não autorizada para o mercado norueguês de produtos (no caso, produtos da classe 3 da Classificação de Nice)⁽⁹⁹⁾ guarnecidos com uma determinada marca (no caso, a marca “Redken”), os quais produtos eram provenientes dos EUA, sendo aí produzidos e introduzidos no mercado com o consentimento do titular da marca em causa (“produtos genuínos”, na terminologia já antes usada).

O pedido de “Advisory Opinion”, formulado pelo *Follo District Court*⁽¹⁰⁰⁾, comportava as duas seguintes questões: “1. Is Article 7(1) of Council Directive 89/104/EEC to be understood to the effect that a trade mark proprietor has the right to prevent imports from third countries outside the EEA when such imports take place without the consent of the trade mark proprietor? /2. Is Article 7(1) of Council Directive to be understood to the effect that international exhaustion is permitted?”⁽¹⁰¹⁾.

Em causa estava, afinal, a questão de saber se o Tribunal EFTA mantinha a sua anterior interpretação do referido preceito da Directiva (“Advisory Opinion”-*Mag Instrument*) ou, ao invés, se a abjurava, passando, por conseguinte, a afinar pelo diapasão do TJ (acórdão-“*Silhouette*” e acórdão-“*Sebago*”). No primeiro sentido (para além das rés, já se vê) pronunciaram-se o Governo da Islândia, o Governo do Liechtenstein, o Governo da Noruega e, conquanto não tivesse deixado de reconhecer a existência de argumentos em contrário, o próprio Órgão de Fiscalização da EFTA⁽¹⁰²⁾. A Comissão das Comunidades Europeias sufragou a posição das autoras, cujo entendimento era o de que, depois do acórdão-“*Silhouette*”, o art. 7.º, n.º 1, da Primeira Directiva “must be interpreted to introduce, *also in the context of EEA law*, mandatory EEA-wide exhaustion of trade mark rights regardless of the origin of the goods in question”, isto é, “*the Directive*

(97) Procs. Apensos E-9/97 e E-10/07, *L’Oréal Norge SA, L’Oréal SA./Per Aarskog AS, Nille AS, Smart Club AS* (doravante, “Advisory Opinion”-*L’Oréal*).

(98) Refira-se que em ambas as “Advisory Opinions” foram tribunais noruegueses os solicitantes.

(99) “Preparações para branquear e outras substâncias para lavagem; preparações para limpar, polir, desengordar e raspar; sabões, perfumaria, óleos essenciais, cosméticos, loções para os cabelos; dentríficos”.

(100) Tratava-se do tribunal que conheceu do Proc. E-9/07, no qual intervinham a “*L’Oreal Norge AS*” (autora) e a “*Per Arskog AS*” e a “*Nille AS*” (rés).

(101) Pouco tempo depois, estas mesmas questões foram objecto de novo pedido de “Advisory Opinion”, formulado por um outro tribunal norueguês (o *District Court* de Oslo) no âmbito do Proc. E-10/97, no qual as autoras eram a “*L’Oreal Norge AS*” e a “*L’Oreal SA*” e a ré era a “*Smart Club AS*”.

(102) “*Advsory-Opinion*”-*L’Oréal*, número 23.

does not leave the EEA States with the option of introducing or maintaining international exhaustion”⁽¹⁰³⁾.

O Tribunal EFTA, depois de referir o contexto doutrinal e jurisprudencial em que fora proferida a “Advisory Opinion”-*Mag Instrument*⁽¹⁰⁴⁾, trouxe à colação diversos preceitos do Acordo sobre o EEE e do Acordo (entre os Estados EFTA) relativo à instituição de um Órgão de Fiscalização e de um Tribunal de Justiça⁽¹⁰⁵⁾. No que respeita ao primeiro Acordo, avulta a referência feita ao art. 1.º, n.º 1, que dispõe o seguinte: “O objectivo do presente Acordo de associação é o de promover um reforço permanente e equilibrado das relações comerciais e económicas entre as Partes Contratantes, em iguais condições de concorrência e no respeito por normas idênticas, com vista a criar um Espaço Económico Europeu homogéneo, a seguir designado EEE”. Quanto ao segundo Acordo, o destaque vai, em primeiro lugar, para o art. 3.º, n.º 2, onde se lê: “O Órgão de Fiscalização da EFTA e o Tribunal da EFTA devem, na interpretação e na aplicação do Acordo EEE e do presente Acordo, ter em devida consideração os princípios definidos na jurisprudência pertinente do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias posterior à data de assinatura do Acordo EEE relativos à interpretação do Acordo EEE ou às regras do Tratado que institui a Comunidade Económica Europeia e do Tratado que institui a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço na medida em que sejam idênticas, quanto ao conteúdo, às disposições do Acordo EEE ou às disposições dos actos correspondentes aos actos referidos nos anexos I e II do presente Acordo.” Igualmente relevante, no quadro da argumentação do Tribunal EFTA, era a referência ao art. 2.º, n.º 1, do Protocolo 28, cuja redacção (em inglês)⁽¹⁰⁶⁾ já é nossa conhecida⁽¹⁰⁷⁾; vale, porém, a pena recordá-la aqui: “To the extent that exhaustion is dealt with in Community measures or jurisprudence, the Contracting Parties shall provide for such exhaustion of intellectual property as laid down in Community law. *Without prejudice to future developments of case-law*, this provision shall be interpreted in accordance with the meaning established in the relevant rulings of the Court of Justice of the Communities given prior to the signature of the Agreement”.

⁽¹⁰³⁾ “Advisory Opinion”-*L’Oréal*, número 23 (sublinhados nossos).

⁽¹⁰⁴⁾ A interpretação do art 7.º, n.º 1, da Primeira Directiva era, à época, como antes vimos, muito discutida no seio da doutrina (cf. *supra*, nota 16), sendo que o TJ não se tinha ainda pronunciado.

⁽¹⁰⁵⁾ Cf. *supra*, notas 73 e 74.

⁽¹⁰⁶⁾ Sobre a razão disso, cf. *supra*, nota 68.

⁽¹⁰⁷⁾ Cf. *supra*, número 9.

Dos dois últimos preceitos decorre a obrigação para o Tribunal EFTA de *atender* à jurisprudência do TJ. Esta obrigação, que é afirmada em geral (art. 3.º, n.º 2), é objecto de um previsão específica (art. 2.º, n.º 1) no que respeita à matéria do esgotamento dos “direitos de propriedade intelectual” (que hoje se considera abrangerem o direito à marca)⁽¹⁰⁸⁾. Esses mesmos preceitos não referem, porém, a existência de uma *obrigação correlativa* para o TJ. E a verdade é que estoutro Tribunal terá inferido desse silêncio que era livre de decidir como lhe aprouvesse, isto é, *sem atender* à jurisprudência do Tribunal EFTA, por isso que, nomeadamente em matéria de esgotamento do direito à marca, não se coibiu de defender uma interpretação do art. 7.º, n.º 1, da Primeira Directiva (acórdão-Silhouette”) contrária à *que antes* fora defendida por aquele segundo Tribunal.

É claro, e a todas as luzes, que os *malefícios* para a *homogeneidade* do (mercado do) EEE⁽¹⁰⁹⁾ são os mesmos, quer seja o Tribunal EFTA a contrariar o anterior entendimento do TJ, quer seja este último a contrariar o anterior entendimento daquele. E foi, afinal, para evitar esses malefícios que o Tribunal EFTA entendeu ser seu dever interpretar a “*EEA law in line with new case law of the ECJ regardless of whether the EFTA Court has previously ruled on the question*”⁽¹¹⁰⁾. Dado este passo — contrário, note-se, ao que fora defendido pelos três Estados EFTA, membros do Acordo do EEE —, o sentido da “Advisory Opinion” não podia ser senão o seguinte: “Article 7(1) of First Council Directive of 21 December 1988 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks (89/104/EEC) is to be interpreted to the effect that it precludes the unilateral introduction or maintenance of international exhaustion of rights con-

(108) Hodiernamente, a Propriedade Intelectual constitui uma espécie de “albergue espanhol”. O acordo TRIPS/ADPIC é, a este propósito, paradigmático. Lê-se no seu art. 1.º, n.º 2, o seguinte: “Para efeitos do disposto no presente Acordo, a expressão ‘propriedade intelectual’ refere-se a todas as categorias de propriedade intelectual que constituem objecto das secções 1 a 7 da parte II.” Tais categorias são as seguintes: “direitos de autor e direitos conexos (secção 1: arts. 9.º a 14.º); “marcas” (secção 2: arts. 15.º a 21.º); “indicações geográficas”(secção 3: arts. 22.º a 24.º); “desenhos e modelos” (secção 4: arts. 25.º a 26.º); “patentes” (secção 5: arts. 27.º a 34.º); “configurações (topografias) de circuitos integrados” (secção 6: arts. 35.º a 38.º); “protecção de informações não divulgadas” (secção 7: art. 39.º). Caberia perguntar qual a afinidade, em termos de *merecimento intelectual*, entre, nomeadamente, um romance (por exemplo, o *Memorial do Convento*, de José Saramago) ou uma sinfonia (por exemplo, a *Nona Sinfonia*, de Beethoven) e uma marca, mesmo das mais famosas (por exemplo, “Coca-Cola”)...

(109) Como se lê no art. 1.º, n.º 1, do respectivo Acordo, o objectivo deste “é o de promover um reforço permanente e equilibrado das relações comerciais e económicas entre as Partes Contratantes, em iguais condições de concorrência e no respeito por normas idênticas, com vista a criar um Espaço Económico Europeu homogéneo (...)”.

(110) “Advisory Opinion”-*L’Oréal*, número 29.

ferred by a trade mark regardless of the origin of the goods in question”(111).

13. Ultrapassada a divergência entre o TJ e o Tribunal EFTA, a questão do âmbito geográfico do esgotamento do direito à marca saiu do proscênio. Não pode, porém, excluir-se que, mais tarde ou mais cedo, a ele volte. Bastará, para isso, que o art. 3.º, n.º 5, do TUE, na parte em que diz que a União contribui para o *comércio livre e equitativo*, seja tomada a sério.

(111) “Advisory Opinion”-*L’Oréal*, parte decisória.

A COMPLEXA QUESTÃO DA ESCOLHA DE ÁRBITRO PELAS PARTES

Por Manuel Pereira Barrocas(*)

A escolha de árbitro pelas partes constitui um dos mais importantes atos do processo arbitral, pois dele pode depender, em grande medida, a regularidade do processamento e, muito particularmente, o sentido do veredito final.

A escolha de árbitro parece tarefa simples, mas não é, dado que é muito mais complexa do que à primeira vista pode parecer. O tribunal arbitral é um órgão jurisdicional, pois tem o poder de resolver litígios, mas também é um órgão que denota algumas fragilidades que são, em síntese, as que resultam da sua dependência nuclear da vontade das partes. Deste modo, tal como nasce da convenção de arbitragem termina com ela se for revogada pelas partes ou, ainda, se ela for nula ou ineficaz.. Está também à mercê de transações das partes destinadas a por termo ao litígio por acordo e está também sujeito ao incidente de recusa de árbitro formulado por qualquer das partes, no caso do direito português nos termos do art. 13.º e ss., da LAV. Todas estas questões constituem consequências naturais da natureza voluntária da arbitragem. Nenhuma crítica sobre isto pode, portanto, ser feita.

Neste contexto, e também sem obviamente ser caso de considerar, por aquelas razões, diminuída a autoridade do tribunal arbitral, é todavia indispensável salientar a importância da cooperação ativa das partes para que o tribunal arbitral funcione normalmente, tenha estabilidade e seja útil. Denomino, nos escritos que tenho feito sobre esta matéria, por *compromisso essencial* um conceito que é absolutamente fundamental em arbitragem e que se traduz, em termos práticos no aspeto particular desta temá-

(*) Advogado e Árbitro.

tica, no seguinte: não faz qualquer sentido as partes terem inicialmente optado pela arbitragem e, depois, dificultarem desnecessariamente o trabalho do tribunal mediante práticas contrárias à sua natureza e finalidade. Constitui, pois, violação daquele compromisso qualquer atuação grave em contrário.

A igualdade das partes na escolha dos árbitros é basilar, sem dúvida, a tal ponto que muito diminuído fica este direito quando se elaboram listas de árbitros que são propostas por instituições de arbitragem, felizmente em regra apenas com caráter supletivo, ou seja, no caso de as partes não chegarem a acordo quanto à designação dos árbitros, mas em alguns casos, embora mais limitados, certas instituições arbitrais propendem a proceder, elas próprias, à escolha dos árbitros ou de algum deles, como pode ser o caso do terceiro árbitro, limitando o poder de decisão das partes na matéria, esquecendo que uma das grandes vantagens da arbitragem sobre a jurisdição estadual consiste na possibilidade de as partes escolherem de forma igualitária os julgadores.

Esta faculdade é tão importante quanto é certo que dela depende, em regra, a origem e o fortalecimento do laço de confiança das partes no tribunal arbitral. Uma arbitragem sem gozar da confiança das partes nos árbitros não é salutar e é difícil de conceber.

Mas falar apenas em direito de escolha de árbitros é escasso, porque este direito condicionado é um poder-dever, isto é, as partes não têm apenas o direito de escolher um árbitro, mas têm também deveres relativamente à pessoa que escolhem para constituir o tribunal arbitral. São deveres específicos de todas as partes para com o tribunal arbitral, para com o processo arbitral e para com as co-partes.

Enfim, está em causa o princípio do efeito útil da arbitragem, que implica o poder-dever solidário das partes na nomeação de todos os árbitros, não apenas do árbitro normalmente designado por árbitro de parte. Em síntese, todas as partes nomeiam todos os árbitros, embora por vezes isso não transpareça, mas na realidade é isso que acontece. Para demonstrar melhor esta afirmação, vejamos dois exemplos, entre muitos outros: a obrigação de pagamento dos honorários dos árbitros e a vinculação das partes ao cumprimento das decisões do tribunal arbitral independentemente de quem o constitui.

Na verdade, sobre o primeiro exemplo, a parte condenada pelo tribunal a pagar os honorários dos árbitros paga, salvo acordo em contrário das partes, os honorários de todos os árbitros e não apenas daquele que ela nomeou. Igualmente o regime do art. 17.º, n.º 5, da LAV, é relevante na demonstração exemplificativa do que se deixa dito.

Sobre o segundo exemplo dado, a autoridade dos árbitros relativamente aos atos processuais e ao dever que incumbe às partes de os praticar promana de todos os árbitros, incluindo do árbitro designado pela co-parte ou co-partes.

Portanto, do que se trata é de um dever solidário entre as partes resultante de uma delegação e partilha entre elas do poder de escolha dos árbitros e da assunção concomitante das suas responsabilidades pela boa constituição e funcionamento do tribunal arbitral. Na verdade, como se deixou dito, uma parte não nomeia apenas o árbitro que lhe compete nomear, diretamente quando as partes estão de acordo, ou indiretamente através dos próprios árbitros de parte quando isso não sucede.

É, portanto, devido àquela dupla faceta cristalizada no conceito de poder-dever do fenómeno da escolha de árbitro que o tema se torna mais complexo do que parece de relance.

O fundamento jurídico daquela interdelegação e partilha do poder das partes relativamente à escolha de todos os árbitros reside na convenção de arbitragem, na lei arbitral aplicável e/ou no regulamento de arbitragem de uma câmara arbitral e, ainda, no contrato de árbitro. Por isso uma parte só cumpre devidamente o seu dever se, efetivamente, escolher corretamente o árbitro ou os árbitros.

Escolher corretamente significa eleger um árbitro independente, imparcial e eficiente. Sem que isso se verifique, o que é, como se sabe, uma vantagem da arbitragem relativamente à jurisdição judicial, o processo arbitral pode transformar-se numa grande, penosa e custosa ineficiência, dado que para que isso suceda basta que um dos árbitros seja incorretamente escolhido e exemplos de incorreta escolha encontramos vários, citando: o parcialismo na defesa ativa dos interesses de uma das partes por árbitros que não são independentes ou não são imparciais, a pré-disposição quanto ao sentido da decisão final do processo ou ainda outras faltas graves, tais como a falta ou insuficiência de presença e assiduidade aos atos arbitrais ou o desinteresse pelo processo.

Dois autores de língua inglesa, *Thomas Webster*, in *Arbitration International Kluwer 2003*, escreveu, em resumo: “as partes não devem sistematicamente nomear um co-árbitro, que seja uma pessoa que reflita fielmente a posição assumida pela parte nomeante no processo, porque um árbitro nestas condições arrisca-se a ficar isolado dos restantes membros do tribunal”.

Por sua vez, *DOAK BISHOP*, in *The Art of Advocacy*, escreveu: “Se alguém de entre os árbitros participa no processo arbitral com a decisão já tomada, na verdade atua como um verdadeiro advogado de parte, pois

não partilha de uma mesma atitude relativamente ao caso com os restantes membros do tribunal, e por isso não gozará da mesma credibilidade e capacidade de persuasão nas deliberações”.

Remédios possíveis e necessários para obviar a estas situações anómalas podemos citar, quanto aos árbitros, a sua destituição pelo tribunal arbitral — é o caso da lei portuguesa nos termos do disposto no art. 15.º da LAV — ou pelo tribunal judicial se não for possível obtê-la pelo tribunal arbitral, bem como a responsabilização cível do árbitro que atue de forma deliberada com ausência de independência e/ou de imparcialidade.

Quanto às partes, também elas podem ser responsabilizadas por estas situações, não só pela errada nomeação dos árbitros, mas, sobretudo, por atuação em geral no processo arbitral de má fé, por maliciosa atuação, por “*chicana processual*” ou mediante a prática de guerrilha arbitral.

Os remédios para estes casos são, entre outros: o pagamento de compensação determinada pelo próprio tribunal arbitral pela parte faltosa à outra ou outras partes mesmo sendo aquela a parte vencedora, e também a possibilidade de responsabilização civil apurada em tribunal estadual.

Em ambos os casos existe, todavia, uma barreira, uma dificuldade de monta, que é a distinção precisa entre *atuação ilícita* no processo e *defesa lícita* dos seus direitos pela parte, dado que não é fácil separar as duas realidades, sabendo-se que apenas a primeira constitui violação da lei e/ou da convenção de arbitragem e, eventualmente, do contrato de árbitro. Na verdade, aqueles conceitos podem apresentar facetas comuns no seu exercício e têm frequentemente uma fronteira ténue.

Creemos firmemente que mediante a criteriosa utilização destes remédios pode residir neles um antídoto contra a guerrilha arbitral e outras atuações graves das partes contra o tribunal arbitral e o processo arbitral e logo contra os interesses e direitos legítimos em equação no processo e, bem assim, contra a eficiência e a credibilidade da arbitragem.

O tribunal arbitral é, pois, uma tarefa e uma responsabilidade de todas as partes quanto à sua estabilidade, eficácia e eficiência. A arbitragem não pode, de modo algum, ficar refém das ilícitas anomalias descritas.

OS REGISTOS DE BENEFICIÁRIO EFETIVO

Por Maria Elisabete Ramos⁽¹⁾

SUMÁRIO:

1. Em busca do transparente beneficiário efetivo. 2. Beneficiário efetivo — um conceito moldado em contexto internacional. 2.1. Beneficiário efetivo, segundo o GAFl. 2.2. A harmonização do conceito de beneficiário efetivo. 2.3. A definição de beneficiário efetivo na ordem jurídica portuguesa. 3. Os registos do beneficiário efetivo. 3.1. A concentração de informação em dois registos de beneficiário efetivo. 3.2. O registo societário ou interno do beneficiário efetivo. 3.3. Registo Central do Beneficiário Efetivo. 4. Acesso ao registo central do beneficiário efetivo. 4.1. “Informação pública”, “acesso pelas entidades obrigadas” e “acesso pelas entidades competentes”. 4.2. As objeções expressas pela Comissão Nacional de Proteção de Dados. 5. Sanções para o incumprimento de obrigações declarativas de sócio e da sociedade. 5.1. O registo do incumprimento de obrigações declarativas da sociedade. 5.2. Responsabilidade civil do sócio fundador. 5.3. Amortização de participações sociais do sócio incumpridor. 5.4. Sanções aplicáveis à sociedade. 5.5. Responsabilidade civil e criminal de quem preste falsas declarações para efeitos de registo do beneficiário efetivo. **Conclusão.**

1. Em busca do transparente beneficiário efetivo

A Diretiva (UE) 2015/849 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015⁽²⁾, integra a identificação do beneficiário efetivo e

(1) Professora Auxiliar da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra. Endereço eletrónico: <mgramos@fe.uc.pt>.

(2) Trata-se da Diretiva relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais ou de financiamento de terrorismo e que altera as Diretivas 2009/138/CE e 2013/36/EU. Conhecida internacionalmente como 4.th AMLD (*Anti-Money Laundering Direc-*

o registo de beneficiário efetivo no elenco das medidas destinadas a prevenir a utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo⁽³⁾.

A Lei n.º 89/2017, de 21 de agosto, aprova o Regime Jurídico do Registo Central do Beneficiário Efetivo (daqui em diante, RJRCBE). Este ato legislativo transpõe para a ordem jurídica nacional o Capítulo III da Diretiva (UE) 2015/849 e procede à alteração de vários diplomas legais⁽⁴⁾. A Lei n.º 89/2017, de 21 de agosto⁽⁵⁾, foi regulamentada pela Portaria n.º 233/2018, de 21 de agosto⁽⁶⁾.

Anteriormente, a Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto, relativa às medidas de combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo⁽⁷⁾, anunciou no seu 34.º, 1, que “as informações sobre os beneficiá-

rive). Entretanto, a Diretiva (UE) 2018/843 do Parlamento Europeu e do Conselho de 30 de maio de 2018, vem alterar a Diretiva (UE) 2015/849. A Diretiva (UE) 2018/843 deve ser transposta para as ordens jurídicas nacionais até ao dia 10 de janeiro de 2020.

⁽³⁾ Sobre as técnicas de branqueamento de capitais, v. ALEJANDRO SEGOANE PEDREIRA, *El delito de blanqueo de dinero: Historia, práctica jurídica y técnicas de blanqueo*, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, p. 42, ss. Sobre a proibição penal de terrorismo, PEDRO CAEIRO, “A Decisão-Quadro do Conselho, de 26 de Junho de 2001, e a relação entre a punição do branqueamento e o facto precedente: necessidade e oportunidade de uma reforma legislativa”, in Manuel da Costa Andrade/José de Faria Costa/Anabela Miranda Rodrigues/Maria João Antunes (eds.), *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 1067-1132 [republicado em *Direito Penal Económico e Europeu. Textos Doutrinários. Vol. III*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 377-432]; JORGE DE FIGUEIREDO DIAS/PEDRO CAEIRO, “A Lei de Combate ao Terrorismo (Lei n.º 52/2003, de 22 de agosto). Sobre a transposição, para o direito português, da Decisão-quadro do Conselho, de 13 de junho de 2002, relativa à luta contra o terrorismo”, *Revista de Legislação e Jurisprudência* 135, n.º 3935 (2005), pp. 70-89.

⁽⁴⁾ Para uma síntese dos diplomas legais alterados, v. MARIA ELISABETE RAMOS, “Controlo de identidade dos sócios — alguns problemas recentes”, *V Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Coimbra: Almedina, 2018, p. 79, ss. A Comissão de Coordenação de Políticas de Prevenção e Combate ao Branqueamento de Capitais e ao Financiamento do Terrorismo foi criada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 88/2015, de 1 de outubro, e funciona na dependência do Ministério das Finanças. Tem por missão acompanhar e coordenar a identificação, avaliação e resposta aos riscos de BC/FT a que Portugal está ou venha a estar exposto, contribuindo para a melhoria contínua da conformidade técnica e da eficácia do sistema nacional de combate ao BC/FT. No âmbito desta Comissão, foi criado, em 3 de fevereiro de 2016, o Grupo de Trabalho sobre Beneficiários Efetivos, com o mandato de “Apresentação de relatório contendo as medidas legislativas, regulamentares e operacionais necessárias para a transposição do disposto no n.º 2 do art. 10.º e no Capítulo III da Diretiva (UE) n.º 2015/849 (em particular, a definição dos mecanismos públicos de conservação da informação sobre beneficiários efetivos e a concretização dos termos do acesso àqueles mecanismos), bem como para assegurar as demais alterações que devam ser introduzidas nos registos para garantir a coerência interna do sistema”, cf. <<http://www.portalbcft.pt/pt-pt/content/grupos-de-trabalho>> (acesso em 19 de novembro de 2018).

⁽⁵⁾ O Regime do Registo Central de Beneficiário Efetivo entrou em vigor a 19 de novembro de 2017.

⁽⁶⁾ Retificada pela Declaração de Retificação n.º 33/2018, publicada na *Diário da República* de 9 de outubro de 2018.

⁽⁷⁾ A Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto, transpôs parcialmente as Diretivas 2015/849/UE de 20 de maio de 2015, e 2016/2258/UE, do Conselho, de 6 de dezembro de 2016.

rios efetivos são registadas no registo central do beneficiário efetivo, o qual é regulado por legislação específica”.

A Diretiva 2018/843, de 30 de maio, retomando a linha argumentativa da Diretiva (UE) 2015/849, considera que a “prevenção do branqueamento de capitais e do financiamento do terrorismo só poderá ser eficaz se todo o sistema for hostil aos criminosos que procuram proteger as suas finanças através de estruturas não transparentes. A integridade do sistema financeiro da União depende da transparência das estruturas societárias e de outras pessoas coletivas” (Considerando 4).

Efetivamente, a investigação levada a cabo por instâncias internacionais evidenciou a utilização de “corporate vehicles” como instrumentos de ocultamento da identidade de agentes de atividades ilícitas e especialmente perniciosas, de que se destacam o branqueamento de capitais e o financiamento do terrorismo⁽⁸⁾. O virtuoso anonimato⁽⁹⁾, propiciado em particular pelas sociedades anónimas, é suscetível de ser degradado em expediente de dissimulação de identidade de pessoas singulares, inviabilizando as necessárias perseguição e responsabilidade criminal.

As pessoas que pretendem branquear capitais, praticar crimes fiscais, financiar atividades terroristas querem, a todo o custo, ocultar a sua identidade⁽¹⁰⁾, de modo a escaparem às consequências jurídico-criminais (ou outras) associadas a tais práticas ilícitas. Efetivamente, a lista de técnicas, expedientes, mecanismos tendentes a ocultar a identidade de pessoas singulares é vasta⁽¹¹⁾. Muitos destes instrumentos jurídicos são ou foram em

(8) O “Stolen Asset Recovery Initiative” (uma parceria entre o World Bank Group e o United Nations Office on Drugs and Crime), em estudo datado de 2011, refere que em 150 casos de grande corrupção mostram que as sociedades são o principal veículo para ocultar a identidade dos beneficiários efetivos de tais pessoas coletivas. Trata-se do estudo EMILE VAN DER DOES DE WILLEBOIS, EMILY M. HALTER ROBERT, A. HARRISON, Ji WON PARK, J.C. SHARMAN, *The Puppet Masters. How the corrupt use legal structures to hide stolen assets an what to do about it*, STAR — Stolen Asset Recovery Initiative/The World Bank-Unodoc, 2011, disponível em <www.worldbank.org> (consultado em 9 de novembro de 2018). V. também OECD, *Behind the corporate veil. Using corporate entities for illicit purposes*, 2001, p. 1, ss.

(9) A versão portuguesa da Diretiva (UE) 2018/843 fala de “anonimidade”. Sobre a razão histórica da designação “sociedade anónima”, v. J. M. COUTINHO DE ABREU, “A propósito da eliminação das ações ao portador”, *V Congresso de Direito das Sociedades em Revista*, Coimbra: Almedina, 2018, p. 55, ss.

(10) Sobre as práticas internacionais tendentes a obscurecer o beneficiário efetivo, v. FATF, *Concealment of Beneficial Ownership*, July, 2018, p. 25, ss.

(11) A lista é muito extensa. Veja-se, a título de exemplo, EMILE VAN DER DOES DE WILLEBOIS, EMILY M. HALTER ROBERT, A. HARRISON, Ji WON PARK, J.C. SHARMAN, *The Puppet Masters. How the corrupt use legal structures to hide stolen assets an what to do about it*, STAR — Stolen Asset Recovery Initiative/The World Bank-Unodoc, 2011, disponível em <www.worldbank.org> (consultado em 9 de novembro de 2018), p. 33, ss., relativas à “Part. 3. Where does the beneficial owner hide?”.

dados contexto de tempo e lugar, em si mesmos, *lícitos* — vejam-se os casos das ações ao portador⁽¹²⁾, dos administradores pessoas coletivas⁽¹³⁾, do *trust*⁽¹⁴⁾, dos centros internacionais de interesses ou *off-shores*, das “shell companies” ou das “shelf companies”, dos “shadow directors”, *etc.*⁽¹⁵⁾.

A investigação desenvolvida por várias entidades internacionais — considerem-se, por exemplo, a OCDE, o GAFI, o Banco Mundial — mostram que alguns destes instrumentos são especialmente vulneráveis a serem degradados em engrenagens destinadas à prática de atividades ilícitas (por exemplo, pagamento de atos de corrupção e ocultação identidade do corruptor e dos benefícios obtidos pelo corrompido)⁽¹⁶⁾. É interessante observar que as Diretivas AML não chegam ao ponto de proibir estas figuras jurídicas, reconhecidamente vulneráveis ao risco de branqueamento de capitais ou de outras práticas ilícitas. A aproximação ao problema dos potenciais usos ilícitos, designadamente de instrumentalização de pessoas coletivas, não se faz pela proibição das mencionadas figuras jurídicas, mas sim pela identificação do beneficiário efetivo, pela *transparência*, pela concentração de informação em bases de dados e pelo acesso a essa informação sobre o *beneficiário efetivo*. A utilização desta informação permitirá a diversas entidades (instituições financeiras, autoridade tributária, autoridades judiciais e policiais) e, como veremos, público em geral, conhecer, de forma rápida e concentrada, quem é/são o(s) beneficiário(s) efetivo(s) de determinada sociedade.

A imprescindível prevenção do uso de “corporate vehicles” para práticas de branqueamento de capitais ou financiamento de terrorismo exige *intervenção internacional*, tendo em conta a já identificada dimensão transfronteiriça de tais práticas [Considerando 4 da Diretiva (UE) 2015/849]. A Diretiva (UE) 2015/849 quer alinhar a ação da União Europeia em matéria de combate ao branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo com “as Recomendações do GAFI⁽¹⁷⁾ e instrumentos elaborados por outros organismos

(12) Sobre a eliminação das ações ao portador em Portugal, v. J. M. COUTINHO DE ABREU, “A propósito da eliminação das ações ao portador”, *cit.*, p. 55, ss.

(13) Sobre a designação de pessoas coletivas como administradores, v. RICARDO COSTA, “Artigo 390.º”, *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, Vol. VI, Coimbra: Almedina, 2013, p. 195, ss., e bibliografia aí indicada.

(14) Admitido na Zona Franca da Madeira. V. *infra*.

(15) Sobre estas figuras, enquanto instrumentos de ocultação de identidades, v. EMILE VAN DER DOES DE WILLEBOIS, EMILY M. HALTER ROBERT, A. HARRISON, JI WON PARK, J.C. SHARMAN, *The Puppet Masters. How the corrupt use legal structures to hide stolen assets and what to do about it*, *cit.*, Part. 3.

(16) FATF, *Concealment of Beneficial Ownership*, 2018, p. 25, <<http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/FATF-Egmont-Concealment-beneficial-ownership.pdf>>.

(17) Acrónimo para Grupo de Ação Financeira (em inglês, *Financial Action Task*) que é um organismo intergovernamental instituído em 1989. Sobre outros documentos jurídicos internacionais

internacionais de luta contra o branqueamento de capitais e o financiamento do terrorismo⁽¹⁸⁾. “A fim de reforçar a eficácia da luta contra o branqueamento de capitais e o financiamento do terrorismo, os atos legislativos pertinentes da União deverão, quando adequado, ser alinhados com os Padrões Internacionais de Combate ao Branqueamento de Capitais e ao Financiamento do Terrorismo e da Proliferação adotados em fevereiro de 2012 pelo GAFI (as «Recomendações revistas do GAFI»)⁽¹⁹⁾ (Considerando 4).

O GAFI alerta os países para a necessidade de serem adotadas medidas destinadas a “impedir a utilização abusiva das pessoas coletivas para fins de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo”⁽²⁰⁾. Acrescenta, ainda, o GAFI que “os países deveriam assegurar que existe informação adequada, exata e atualizada sobre os beneficiários efetivos e sobre o controlo das pessoas coletivas, suscetível de ser obtida ou consultada em tempo útil, pelas autoridades competentes”⁽²¹⁾.

A Diretiva (UE) 2015/849 acolheu esta recomendação quando exige que os Estados-Membros assegurem que as *sociedades* constituídas nos seus territórios “obtêm e conservam informações suficientes, exatas e atuais sobre os seus beneficiários efetivos (...) e a estrutura de propriedade” [Considerando (14) da Diretiva]. Por outro lado, a mesma Diretiva requer que os Estados-Membros “devem assegurar o armazenamento das informações sobre o beneficiário efetivo num registo central situado *fora da sociedade*”⁽²²⁾ [Considerando (14) da Diretiva].

Contemporaneamente à criação dos registos de beneficiário efetivo são constituídas *novas obrigações* legais. Uma vinculam as “entidades

dedicados a uma resposta internacional e conjunta ao crime de branqueamento de capitais, v. ALEJANDRO SEOANE PEDREIRA, *El delito de blanqueo de dinero: Historia, práctica jurídica y técnicas de blanqueo*, cit., p. 73, ss.

⁽¹⁸⁾ Em novembro de 2017, o sistema português de prevenção e combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo e da proliferação de armas de destruição em massa foi avaliado com nota máxima no plenário do Grupo de Ação Financeira — GAFI/FATF. O relatório está disponível em <<http://www.fatf-gafi.org/publications/mutualevaluations/documents/mer-portugal-2017.html>> (acesso em 7 de maio de 2018). O relatório é claro em sublinhar que “Progress still needs to be made regarding the understanding of the beneficial ownership (BO) requirements”.

⁽¹⁹⁾ Veja-se as Recomendações, elaboradas em 2012, pelo Grupo de Ação Financeira intituladas na versão original “International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism. & Proliferation” (disponíveis em <[www. http://www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/fatf-recommendations.html](http://www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/fatf-recommendations.html)>. Consultadas em 8 de maio de 2018.)

⁽²⁰⁾ Trata-se da Recomendação 24, inserida no capítulo relativo à “transparência e beneficiários efetivos de pessoas coletivas e entidades sem personalidade jurídica (*legal arrangements*)”. As Recomendações do GAFI estão disponíveis em <<http://www.fatf-gafi.org>>. Veja-se também FATF Guidance Transparency and beneficial ownership”, outubro 2014.

⁽²¹⁾ Recomendação 24 do GAFI.

⁽²²⁾ O itálico não consta do original.

obrigadas”⁽²³⁾, no sentido de estas deverem recolher informações necessárias à identificação dos beneficiários efetivos de seus clientes-pessoas coletivas ou outras organizações⁽²⁴⁾. Outras impõem às *sociedades* (e a outras organizações) obrigações declarativas junto do registo central do beneficiário efetivo. Por fim, ao *sócio* (o “proprietário legal”) é exigido o cumprimento de novas obrigações declarativas para com a sociedade, de modo a que esta possa dispor de informação necessária à permanente atualização do registo societário do beneficiário efetivo.

O presente artigo debruça-se exclusivamente sobre o relevo do *beneficiário efetivo para os efeitos do registo interno ou societário de beneficiário efetivo e do registo central do beneficiário efetivo*⁽²⁵⁾. Por isso, considerará a “obrigação de informação” do sócio perante a sociedade (art. 5.º da Lei 89/2017, de 21 de agosto) e as obrigações declarativas desta perante o registo central do beneficiário efetivo (art. 5.º do RJRCBE). Embora o regime se aplique a outras entidades⁽²⁶⁾, centraremos a nossa análise no universo das sociedades abrangidas pelo RJRCBE.

2. Beneficiário efetivo — um conceito moldado em contexto internacional

2.1. Beneficiário efetivo, segundo o GAFI

A identificação do beneficiário efetivo, seja de sociedades seja de outras organizações, é considerada pela Diretiva (UE) 2015/849 uma medida essencial para “rastrear os agentes do crime que, de outro modo poderão dissimular a sua identidade numa estrutura societária” (Considerando 14).

(23) Para a definição destas, v. art. 2.º, 1, *r*), da Lei 83/2017, de 18 de agosto.

(24) Veja-se os arts. 29.º, ss., da Lei 83/2017.

(25) DELPHINE NOUGAYRÈDE, “Towards a Global Financial Register? The Case for End Investor Transparency in Central Securities Depositories”, *Journal of Financial Regulation*, Volume 4, Issue 2, 10 September 2018, pp. 276-313, discute a proposta de criação de um registo global de ativos financeiros, ou seja um “registo financeiro global”, proposto por economistas como Thomas Piketty e Gabriel Zucman. O artigo examina a viabilidade de tais propostas, no que tange os CSDs (*Central Securities Depositories*) e questiona as vantagens da transparência do investidor final em matéria de investidores em ativos financeiros. A Autora sublinha que a transparência do investidor final “would respond to important public interest objectives already being pursued in the fields of taxation, anti-money laundering and sanctions compliance”.

(26) V. MARIA ELISABETE RAMOS, “As cooperativas e os regimes do beneficiário efetivo”, *Cooperativismo e economia social*, 40 (2017/2018), p. 59, ss.

Se, em regra, o *titular jurídico* — nas palavras da Diretiva (UE) 2015/849, o “proprietário legal” — é o sujeito que, tipicamente, obtém e explora as utilidades económicas próprias de certo bem, outros casos há em que os referidos benefícios económicos são aproveitados por sujeito que não é o “proprietário legal”. Dito de uma outra forma: conhecer ou ter acesso a informação sobre o “proprietário legal” não é suficiente para identificar a pessoa singular beneficiária efetiva ou última beneficiária das utilidades económicas de determinada organização.

Costuma-se localizar a origem do conceito de beneficiário efetivo no contexto do *trust*⁽²⁷⁾. “O “trust” é criado por alguém (setlor) que transmite bens a outrem (trustee) em benefício do “beneficiary”. O “trustee” é investido pelo “setlor” na titularidade de um bem em benefício do “beneficiary”⁽²⁸⁾. É, justamente, esta dissociação entre, por um lado, o sujeito que é o titular jurídico de um bem e outro que é beneficiário económico das utilidades geradas por esse bem⁽²⁹⁾ que é relevante para se compreender quem é o beneficiário efetivo⁽³⁰⁾.

Podem ser identificadas duas abordagens ou compreensões diferentes do conceito de beneficiário efetivo: uma *abordagem formal* e outra *material*⁽³¹⁾. Na abordagem formal, o critério decisivo reside, não na pessoa

(27) A origem do *trust* é incerta, sabendo-se, contudo, que já era praticado no séc. XII, por ocasião das Cruzadas. Sobre a origem histórica do *trust*, V. ALASTAIR HUDSON, *Equity and trusts*, 4.th edition, London, Cavendish London, 2005, p. 8. Na doutrina portuguesa, v. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos atípicos*, 2.^a ed., Coimbra: Almedina, 2009, p. 271, ss.; ANDRÉ FIGUEIREDO, *O negócio fiduciário perante terceiros com aplicação especial na gestão de valores mobiliários*, Coimbra: Almedina, 2014, p. 53, ss.; A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Do trust no direito civil*, Coimbra: Almedina, 2016, p. 237, ss.

(28) PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos atípicos*, cit., p. 272. O *trust* está admitido na Zona Franca da Madeira, nos termos do DL 352-A/88, de 3 de outubro, que caracteriza o *trust* ou gestão fiduciária como a “designação das relações jurídicas resultantes de um ato inter vivos ou mortis causa pelo qual uma pessoa, o settlor, transmite e coloca quaisquer bens — com exceção de bens imóveis localizados em território português — sob o controle e administração de um trustee em proveito de um beneficiário, que pode ser o próprio settlor ou o trustee, ou visando a prossecução de um fim específico”. Nos termos do art. 1.º do DL 352-A/88, de 3 de outubro, o *beneficiary* ou beneficiário é a “pessoa singular ou colectiva a favor da qual se constitui o trust”.

(29) Sobre este aspeto, v. ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, *Cláusulas do contrato de sociedade que limitam a transmissibilidade das ações. Sobre os arts. 328.º e 329.º do CSC*, Coimbra: Almedina, 2006, p. 561, ss.

(30) Veja-se sobre a utilização do conceito no domínio fiscal, RUI MARQUES, “Lembrando o bom samaritano: o novo registo dos beneficiários efetivos”, *Revista de Direito das Sociedades*, 2016, 1, p. 86, ss.

(31) EMILE VAN DER DOES DE WILLEBOIS, EMILY M. HALTER ROBERT, A. HARRISON, JI WON PARK, J.C. SHARMAN, *The Puppet Masters. How the corrupt use legal structures to hide stolen assets and what to do about it*, STAR — Stolen Asset Recovery Initiative/The World Bank-Unodoc, 2011, disponível em <www.worldbank.org> (consultado em 9 de novembro de 2018), p. 24, ss.

que efetivamente exerce o controlo em última instância, mas sim na pessoa que normalmente está em condições de exercer o controlo. A condição suficiente mais usada para identificar alguém como beneficiário efetivo é de natureza *quantitativa*, traduzida na titularidade de certa fração do capital social ou de certa percentagem de votos⁽³²⁾. A esta conceção subjaz a ideia de que na maior parte dos casos o exercício do controlo em última instância exige um instrumento legal.

A abordagem ou *compreensão substantiva* de beneficiário efetivo, de que é exemplo a caracterização desenvolvida pelo GAFI, procurar determinar quem *efetivamente orienta a atividade relevante da sociedade*, mais do que quem legalmente tem os poderes necessários para conduzir a atividade da sociedade. Esta abordagem serve melhor a intenção de interromper o circuito de branqueamento de capitais porque abrange pessoas que podem exercer o controlo em última instância da sociedade fora da estrutura organizatória ou até na ausência de qualquer instrumento legal⁽³³⁾.

Outra das diferenças entre a abordagem substantiva e a abordagem formal reside na circunstância de a primeira tratar os *índices quantitativos* como *critérios indiciários*, não como critérios definitivos. Por outro lado, a abordagem substantiva vai além da investigação sobre os titulares dos cargos ou dos titulares de participações, embora estes indícios sejam importantes, pois convoca todas as circunstâncias económicas para a determinação do beneficiário efetivo. Assim, se percebe que a abordagem substantiva seja “highly context-dependent”⁽³⁴⁾.

O conceito de beneficiário efetivo, relevante para os efeitos de prevenção de utilização do sistema financeiro para o branqueamento de capitais ou financiamento do terrorismo, é *moldado em contexto internacional*, tendo a Diretiva (UE) 2015/249 acolhido o *conceito desenvolvido pelo*

(32) EMILE VAN DER DOES DE WILLEBOIS, EMILY M. HALTER ROBERT, A. HARRISON, JI WON PARK, J.C. SHARMAN, *The Puppet Masters. How the corrupt use legal structures to hide stolen assets an what to do about it*, STAR — Stolen Asset Recovery Initiative/The World Bank-Unodoc, 2011, disponível em <www.worldbank.org> (consultado em 9 de novembro de 2018).

(33) EMILE VAN DER DOES DE WILLEBOIS, EMILY M. HALTER ROBERT, A. HARRISON, JI WON PARK, J.C. SHARMAN, *The Puppet Masters. How the corrupt use legal structures to hide stolen assets an what to do about it*, STAR — Stolen Asset Recovery Initiative/The World Bank-Unodoc, 2011, disponível em <www.worldbank.org> (consultado em 9 de novembro de 2018), p. 25, que informam que esta é também a abordagem escolhida pelo Wolfsberg Group. Sobre esta organização de trinta bancos que procura definir orientações para evitar o branqueamento de capitais, <[v. https://www.wolfsberg-principles.com/](https://www.wolfsberg-principles.com/)>.

(34) EMILE VAN DER DOES DE WILLEBOIS, EMILY M. HALTER ROBERT, A. HARRISON, JI WON PARK, J.C. SHARMAN, *The Puppet Masters. How the corrupt use legal structures to hide stolen assets an what to do about it*, STAR — Stolen Asset Recovery Initiative/The World Bank-Unodoc, 2011, disponível em <www.worldbank.org> (consultado em 9 de novembro de 2018).

GAFI. Como refere a Diretiva (UE) 2015/849, foram determinantes as Recomendações do GAFI e os instrumentos de outros organismos internacionais de luta contra o branqueamento de capitais e o financiamento do terrorismo. “A fim de reforçar a eficácia da luta contra o branqueamento de capitais e o financiamento do terrorismo, os atos legislativos pertinentes da União deverão, quando adequado, ser alinhados com os Padrões Internacionais de Combate ao Branqueamento de Capitais e ao Financiamento do Terrorismo e da Proliferação adotados em fevereiro de 2012 pelo GAFI (as «Recomendações revistas do GAFI»)". (Considerando 4).

Segundo o GAFI, “Beneficial owner refers to the natural person(s) who ultimately owns or controls a customer and/or the natural person on whose behalf a transaction is being conducted. It also includes those persons who exercise ultimate effective control over a legal person or legal arrangement”⁽³⁵⁾.

O primeiro aspeto a sublinhar (e, talvez, dos poucos consensuais) é que o beneficiário efetivo é sempre *pessoa singular*. Porque esta definição se aplica a transações bancárias e a atividades de outros prestadores de serviços que estão obrigados a identificar previamente o beneficiário efetivo, nela surgem as palavras “cliente” e “transação”.

Para a economia do presente trabalho, releva, em particular, a parte final da definição relativa às pessoas coletivas (“legal persons”). Neste caso, é *beneficiário efetivo aquela pessoa singular que exerce o controlo em última instância (“ultimate control”) de uma pessoa coletiva*, o que corresponde a um conceito mais abrangente do que o de “propriedade legal” ou de controlo⁽³⁶⁾. Na caracterização do GAFI, “control refers to the ability of taking relevant decisions within the legal person and impose those resolutions, which can be acquired by several means (for example, by owning a controlling block of shares)”⁽³⁷⁾.

Efetivamente, o conceito de *beneficiário efetivo não pode ser confundido com o conceito de controlo* porque este último pode ser (e frequentemente é) exercido através de pessoas coletivas. E, como já vimos, o bene-

⁽³⁵⁾ FATF (2012-2018), *International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation*, FATF, Paris, France, 2012-2018, p. 111. Para a densificação do conceito de beneficiário efetivo proposta pelo GAFI, v. FATF (2012-2018), *International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation, Interpretive note to recommendation 24 (transparency and beneficial ownership of legal persons)*, p. 84, ss. V. também FATF Guidance, *Transparency and beneficial owner*, 2014, p. 8, ss.

⁽³⁶⁾ Veja-se FATF (2012-2018), *International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation*, Interpretive note to recommendation 24 (transparency and beneficial ownership of legal persons), p. 84, ss. (em particular parágrafo 3).

⁽³⁷⁾ FATF Guidance Transparency and Beneficial Ownership, *cit.*, p. 8.

ficiário efetivo é, para este efeito, sempre pessoa singular (regra sem exceção). Por outro lado, o *elemento essencial* do conceito de beneficiário efetivo é a “propriedade legal” ou o controlo em *última instância*⁽³⁸⁾.

A identificação do beneficiário em última instância de uma sociedade *não se basta* com a informação do registo comercial relativa a sócios ou a titulares do órgão de administração e de representação. Hoje é *lícito* e comum que as sociedades tenham como sócias outras sociedades, constituindo-se, designadamente, relações intersocietárias de controlo⁽³⁹⁾.

Assim, exemplifica o GAFI, se uma sociedade é legalmente detida por uma segunda sociedade (de acordo com os pertinentes registos), o beneficiário efetivo é, de facto, a pessoa física que está por detrás da segunda sociedade ou que, em última instância, está por detrás da *holding* que está no topo da cadeia e a controla. Não podem ser considerados beneficiários efetivos de determinada sociedade pessoas indicadas nos registos como sendo sócios maioritários, mas que, de facto, atuam no interesse de outra pessoa⁽⁴⁰⁾. E não podem ser considerados beneficiários efetivos porque, em última instância, eles estão a ser usados por outra pessoa para exercer o controlo sobre a sociedade⁽⁴¹⁾.

De modo a tornar mais clara a noção de beneficiário efetivo e a facilitar a sua aplicação, o GAFI apresenta alguns exemplos que poderão auxiliar a densificação jurídica desta noção⁽⁴²⁾. Trata-se de exemplos em que *peçoas singulares* podem ser consideradas beneficiárias efetivas, seja através da participação social, seja através de posições detidas na pessoa coletiva, seja através de outros meios.

Considerem-se as seguintes situações de *peçoas singulares que podem controlar a sociedade através da participação social*:

- a) Pessoa física que direta ou indiretamente detém uma percentagem mínima de participação social na pessoa coletiva — o chamado “*threshold approach*”. Nesta aproximação ao beneficiário efetivo, pode haver mais do que um beneficiário efetivo da sociedade — por exemplo, com uma percentagem superior a 25% da participação social pode haver até 3 beneficiários efetivos. Acrescenta o

(38) FATF Guidance Transparency and Beneficial Ownership, *cit.*, p. 8.

(39) Vejam-se os arts. 481.º, ss. Sobre o perímetro do regime das sociedades coligadas, v. RUI DIAS, “Artigo 481.º”, *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord. de J. M. Coutinho de Abreu, Vol. VII, Coimbra: Almedina, 2014, p. 15, ss.

(40) FATF Guidance Transparency and Beneficial Ownership, *cit.*, p. 8.

(41) FATF Guidance Transparency and beneficial ownership, p. 8.

(42) Veja-se FATF *Guidance Transparency and beneficial ownership*, p. 14-16, que aqui acompanhamos.

GAFI que a percentagem do capital social deve ser tomada pelos Estados como “key evidential factor among others”.

- b) Sócios(-pessoas singulares) que exercem o controlo com outros incluindo através de qualquer contrato, entendimento, relação, intermediário ou através de outra pessoa coletiva. Esta abordagem convoca o *controlo indireto* que pode ser mais abrangente do que a titularidade legal da participação social. Este controlo indireto pode ser identificado através de vários meios como sejam acordos parassociais, exercício de influência dominante ou o poder de nomear os membros do conselho de administração. O GAFI apela aos países que considerem as situações das obrigações convertíveis em ações ou os direitos de voto (aqui, em particular, deve ser atendido o voto plural) ou uma dívida convertível em capital social⁽⁴³⁾.

Casos há em que pessoas singulares podem controlar a pessoa coletiva através de *outros meios diferentes da participação social*. O GAFI considera os seguintes exemplos:

- a) Pessoas singulares que exercem o controlo da sociedade através de outros meios como sejam as ligações a pessoas ou a posições descritas acima;
- b) Pessoas que exercem o controlo sem qualquer participação social, tendo em conta a sua participação no financiamento da empresa⁽⁴⁴⁾ ou porque têm relações familiares próximas, relações contratuais ou históricas. Sublinha o GAFI que o controlo pode ser presumido, ainda que não seja de facto exercido, como seja através do uso, gozo ou benefícios de ativos pertencentes à sociedade.

O GAFI também refere situações em que pessoas singulares podem exercer o controlo através de posições detidas na pessoa coletiva:

⁽⁴³⁾ Entre nós, o voto plural é admitido nas sociedades por quotas (art. 250.º, 2, do CSC), mas proibido nas sociedades anónimas (art. 384.º, 5, do CSC). Veja-se, contudo, o regime transitório, previsto no art. 531.º do CSC. Quanto às dívidas convertíveis em capital, vejam-se o regime dos suprimentos convertíveis em capital constante do DL 79/2017, de 30 de junho (que cria o “mecanismo simplificado de aumento de capital social por conversão de suprimentos”), e a Lei 7/2018, de 2 de março, que cria o “regime da conversão em capital de créditos detidos sobre uma sociedade comercial ou sob forma comercial com sede em Portugal”.

⁽⁴⁴⁾ Sobre o *debt governance* e os problemas que ele suscita, v. GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, “Financiamento e governo das sociedades (debt governance): o terceiro poder”, *III Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Coimbra: Almedina, 2014, p. 359, ss.

- a) Pessoas singulares responsáveis por decisões estratégicas que fundamentalmente afetam o negócio da sociedade ou a decisões da sociedade
- b) Pessoas que exercem o controlo diário sobre os negócios da sociedade, enquanto membros do órgão de administração, como sejam o presidente da comissão executiva, os administradores executivos. Em particular, pessoas que têm poder significativo sobre as relações financeiras da pessoa coletiva.

2.2. A harmonização do conceito de beneficiário efetivo

A Diretiva (UE) 2015/849 *harmoniza* a noção de beneficiário efetivo e os critérios aplicáveis, adotando a *caraterização substantiva* tributária da investigação desenvolvida pelo GAFL. O Considerando (12) da Diretiva (UE) 2015/849 sublinha que “é necessário identificar todas as pessoas singulares que detêm a propriedade ou o controlo de uma pessoa coletiva”. Reconhece a Diretiva que “uma percentagem de ações ou de participação no capital social” é “um dos fatores indiciários a ter em conta” na identificação do beneficiário efetivo (Considerando 12 da Diretiva (UE) 2015/849). Reconhece a Diretiva que este não é o único fator indiciário a ter em conta. Outros devem ser ponderados. Em particular, a Diretiva, reconhece que a realidade empresarial apresenta cadeias, por vezes longas e intrincadas, de participações sociais e que “as entidades obrigadas deverão determinar a pessoa ou as pessoas singulares que, em última instância, exercem o controlo, através da propriedade ou através de outros meios, da pessoa coletiva que é cliente” (Considerando 13).

Reconhece também a Diretiva que o controlo exercido pelo beneficiário efetivo pode fundar-se em outros meios, como sejam, “acordo entre acionistas, exercício de uma influência dominante ou o poder de nomear a direção de topo” (Considerando 13). “Pode haver casos em que não seja identificada nenhuma pessoa singular que detenha a propriedade ou o controlo de uma pessoa coletiva. Em tais casos excecionais, depois de esgotarem todo os outros meios de identificação, e na condição de não haver motivos de suspeita, as entidades obrigadas podem considerar o(s) membro(s) da direção de topo como beneficiários efetivos” (Considerando 13).

Nos termos do art. 3.º da Diretiva (UE) 2015/849, *beneficiário efetivo* é a “pessoa ou pessoas singulares que, em última instância, detêm a propriedade ou o controlo do cliente e/ou a pessoa ou as pessoas singulares por conta de quem é realizada uma operação ou atividade”. A Diretiva

(UE) 2015/849 identifica os *critérios* que, no caso das “entidades societárias”, concorrem para a determinação do beneficiário efetivo.

Na primeira alternativa é/são referida(s) *pessoa(es) singular(es)* “que, em última instância, detêm a propriedade ou o controlo, direto ou indireto, de uma percentagem suficiente de ações ou dos direitos de voto ou de participação no capital de uma pessoa coletiva, incluindo através da detenção de ações ao portador, ou que exercem controlo por outros meios sobre essa pessoa coletiva, que não seja uma sociedade cotada num mercado regulamentado sujeita a requisitos de divulgação de informações consentâneos com o direito da União ou sujeita a normas internacionais equivalentes que garantam suficiente transparência das informações relativas à propriedade” [art. 3.º, 6, a), i), da Diretiva (UE) 2015/849]⁽⁴⁵⁾.

Como *segundo* critério (e de modo *residual*), serão considerados beneficiários as *pessoas singulares* que ocupam a *direção de topo* da sociedade, “se, depois de esgotados todos os meios possíveis e na condição de não haver motivos de suspeita, não tiver sido identificada nenhuma pessoa nos termos da subalínea i)⁽⁴⁶⁾, ou se subsistirem dúvidas de que a pessoa ou pessoas identificadas sejam os beneficiários efetivos, a pessoa ou pessoas singulares que detêm a direção de topo (...)” [art. 3.º, 6, a), ii), da Diretiva 2015 (UE) 2015/849].

A “direção de topo” *não corresponde* completamente ao conceito técnico-jurídico de titulares do órgão de administração e de representação da sociedade. Para os efeitos da Diretiva 2015/849, a “direção de topo” é composta por “dirigente ou funcionário com conhecimentos suficientes da

⁽⁴⁵⁾ A Diretiva 2015/849 não exige a eliminação das ações ao portador, embora estas sejam vistas, designadamente pela OCDE, como um dos instrumentos idóneos a dissimular a identidade do titular. Na densificação da sua Recomendação 24, o GAFI conclui que “Countries should take measures to prevent the misuse of bearer shares and bearer share warrants, for example by applying one or more of the following mechanisms: (a) prohibiting Members of the company’s board or senior management may not require specific authorisation by the company. them; (b) converting them into registered shares or share warrants (for example through dematerialisation); (c) immobilising them by requiring them to be held with a regulated financial institution or professional intermediary; or (d) requiring shareholders with a controlling interest to notify the company, and the company to record their identity”. Entre nós, foi proibida a emissão de ações ao portador, por força do disposto na Lei n.º 15/2017, de 3 de maio. Esta medida suscitou muitas dúvidas na doutrina, designadamente quanto ao destino das ações ao portador que não tenham sido convertidas no período transitório. Sobre as diversas interrogações suscitadas pela eliminação de ações ao portador e as suas consequências jurídicas, v. MARIA DE DEUS BOTELHO, “O fim das ações ao portador — O período de conversão do nosso descontentamento”, *DSR*, 9, 19 (2017), p. 181, ss.; J. M. COUTINHO DE ABREU, “A propósito da eliminação das ações ao portador”, *cit.*, p. 55, ss.; ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, “Artigo 299.º”, *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord. de J. M. Coutinho de Abreu, Vol. V, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2018, p. 349, ss.

⁽⁴⁶⁾ Refere-se ao art. 3.º, 6, a), i), da Diretiva (UE) 849/2015.

exposição da instituição ao risco de branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo e com um nível hierárquico suficientemente elevado para tomar decisões que afetem a exposição ao risco, não sendo necessariamente, em todos os casos, um membro do conselho de administração” [art. 3.º, 12), da Diretiva (UE) 2015/849].

A Diretiva harmoniza os *indícios de propriedade direta e de propriedade indireta* de participações. Assim, nos termos do art. 3.º, 6, a), da Diretiva, “a detenção, por uma pessoa singular, de uma percentagem de 25% de ações mais uma ou de uma participação no capital do cliente superior a 25% é um indício de propriedade direta. A detenção de uma percentagem de 25% de ações mais uma ou de uma participação no capital do cliente de mais de 25% por uma entidade societária que está sob o controlo de uma ou várias pessoas singulares, ou por várias entidades societárias que estão sob o controlo da mesma pessoa ou pessoas singulares é um indício de propriedade indireta”.

2.3. A definição de beneficiário efetivo na ordem jurídica portuguesa

A ordem jurídica portuguesa, à data da entrada em vigor da Lei n.º 89/2017, dispunha de vários instrumentos de identificação de sócios, sejam eles pessoas singulares ou pessoas coletivas⁽⁴⁷⁾. A Lei n.º 89/2017 deixa intocados os regimes de publicidade de participações sociais e de sócios previstos no CSC, no CRCOM ou no CVM, vigentes à data da sua entrada em vigor⁽⁴⁸⁾. A identidade dos sócios que participam na constituição da sociedade é objeto de publicidade (não é, portanto, matéria reservada ou confidencial das partes), seja através do *registo obrigatório* do ato constituinte da sociedade [arts. 1.º, 3.º, 1 a), 15.º, 1, do CRCOM.], seja através da publicidade do ato constituinte de sociedade por quotas, anónima e em comandita por ações [art. 70.º, 1, a), do CRCOM.]⁽⁴⁹⁾. Ora, estas nor-

(47) Veja-se MARIA ELISABETE RAMOS, “Controlo de identidade dos sócios — alguns problemas recentes”, *V Congresso Direito das Sociedades em Revista*, (2018), p. 72, ss.

(47) MARIA ELISABETE RAMOS, “Controlo de identidade dos sócios — alguns problemas recentes”, *cit.*, p. 55, ss. Sobre os registos privados e públicos de participações sociais, v. RUI PINTO DUARTE, “Publicidade de participações nas sociedades comerciais”, *DSR*, 2010, 2, p. 80, ss., que recua até ao Código de Ferreira Borges para aí situar as primeiras regras gerais sobre o registo de sociedades. V. também, RUI PINTO DUARTE, “O controlo da identidade dos sócios das instituições de crédito e das sociedades financeiras”, *Revista da Banca*, 26, abril/junho, 1993, p. 73, ss.

(49) Cf. MARIA ELISABETE RAMOS, “Controlo de identidade dos sócios — alguns problemas recentes”, *cit.*, p. 72, ss. Sobre a publicidade do ato constituinte da sociedade, v. MARIA ELISABETE

mas versam o “proprietário legal” da participação social e não o *beneficiário efetivo da sociedade*. Razão pela qual tais normas *não são idóneas* a cumprir a transparência do beneficiário efetivo exigida pela Diretiva (UE) 2015/849.

Na ordem jurídica portuguesa, a definição de *beneficiário efetivo* surge no art. 2.º, 1, *h*), da Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto. Caracteriza-se o *beneficiário efetivo* como “a pessoa ou pessoas singulares que, em última instância, detêm a propriedade ou o controlo do cliente e ou a pessoa singular ou pessoas singulares por conta de quem é realizada uma operação ou atividade, de acordo com os critérios estabelecidos no artigo 30.º”.

O art. 30.º da Lei 83/2017, de 18 de agosto, elege os seguintes *critérios de identificação* do beneficiário efetivo: *a) propriedade* direta ou indireta de uma percentagem suficiente de ações ou dos direitos de voto ou de participação no capital de uma pessoa coletiva; *b) controlo* de uma percentagem suficiente de ações ou dos direitos de voto ou de uma participação no capital de uma pessoa coletiva; *c) exercício* do controlo da sociedade através de outros meios (ou seja através de outros meios que não sejam a propriedade ou o controlo de participações sociais; *d) a direção de topo* (ocupada por pessoas singulares), se depois de esgotados os meios possíveis e na condição de não haver motivos de suspeita: *i) não* tiver sido identificada nenhuma pessoa nos termos das alíneas *a) e b)* do art. 30.º, 1 da Lei 83/2017; *ii) subsistirem* dúvidas de que a pessoa ou pessoas identificadas sejam os beneficiários efetivos.

O art. 30.º, 2, da Lei n.º 83/2017, identifica os *indícios de propriedade direta e indireta*. Assim, para efeitos de identificação de beneficiário efetivo por parte das “entidades obrigadas”⁽⁵⁰⁾ constitui *indício* de propriedade direta “a detenção, por uma pessoa singular, de participações representativas de mais de 25% do capital social do cliente”. Ainda, para efeitos de identificação de beneficiário efetivo de uma entidade societária, considera-se como *indício de propriedade indireta* a detenção de participações representativas de mais de 25% do capital social do cliente por: *i) entidade societária* que esteja sob o controlo de uma ou várias pessoas singulares;

(RAMOS, “Constituição das sociedades comerciais”, *Estudos de direito das sociedades*, coord. de J. M. Coutinho de Abreu, 12.ª ed., Coimbra, Almedina 2015, p. 62, ss; J. M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, Vol. II. Das sociedades, Coimbra: Almedina, 2015, p. 129, ss.; MARIA ELISABETE RAMOS, “Artigo 18.º”, *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord. de J. M. Coutinho de Abreu, Vol. I, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2017, p. 336, ss.; ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, “Artigo 167.º”, *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord. de J. M. Coutinho de Abreu, Vol. I, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2017, p. 778, ss.

⁽⁵⁰⁾ O conceito de “entidade obrigada” consta do art. 2.º, 1, *r*), da Lei n.º 83/2017. São elas as entidades referidas nos arts. 3.º e 4.º desta lei.

ou *ii*) várias entidades societárias que estejam sob o controlo da mesma pessoa ou das mesmas pessoas singulares.

Acresce, ainda, que quando o cliente de determinada entidade obrigada for uma sociedade, aquela verifica “a existência de quaisquer outros indicadores de controlo e das demais circunstâncias que possam indiciar um controlo por outros meios” [art. 30.º, 2, c), da Lei n.º 83/2017].

A Lei 83/2017 parece considerar que os *indícios de propriedade indireta*, previstos no art. 30.º, 2, a) e b), configuram *indícios de controlo*. É o que parece resultar do art. 30.º, 2, c), da Lei 83/2017, quando afirma que as entidades obrigadas “verificam a existência de quaisquer outros indicadores de controlo e das demais circunstâncias que possam indiciar um controlo por outros meios”⁽⁵¹⁾. Não consta da Lei n.º 83/2017 a menção prevista na Diretiva (UE) 2015/849, nos termos da qual, “o controlo através de outros meios pode ser determinado, *inter alia*, segundo os critérios estabelecidos no art. 22.º, n.os 1 a 5, da Diretiva 2013/34/EU do Parlamento Europeu e do Conselho”. No entanto, esta última disposição pode ser convocada para auxiliar na determinação do beneficiário efetivo.

E, por conseguinte, será o conceito de beneficiário efetivo, densificado pelo art. 30.º da Lei 83/2017, relevante para os efeitos de *registo societário de beneficiário efetivo* e de *registo central do beneficiário efetivo*, previstos na Lei n.º 89/2017, de 21 de agosto.

Parece que, à luz da lei portuguesa, *não são sobreponíveis* os conceitos de *beneficiário efetivo* e de *sócio dominante*, relevante este último para os efeitos do art. 486.º do CSC. Para efeitos desta última disposição, sócio dominante é a *sociedade* (sociedade por quotas, anónima ou em comandita por ações, conforme o art. 481.º do CSC) que pode exercer, diretamente ou por pessoas que preencham os requisitos indicados no art. 483.º, 2, sobre outra (também sociedade por quotas anónima ou em comandita por ações, conforme o art. 481.º) uma *influência dominante*⁽⁵²⁾. Desde logo, para os efeitos do regime jurídico-societário de *relação de domínio*, os sujeitos (ativos e passivos) são *sociedades de determinados tipos societários* (art. 481.º CSC) e *não são pessoas singulares*⁽⁵³⁾. Ao

(51) Segundo a section 405 do Exchange Act, “the term control (including the terms controlling, controlled by and under common control with) means the possession, direct or indirect, of the power to direct or cause the direction of the management and policies of a person, whether through the ownership of voting securities, by contract, or otherwise”.

(52) V. JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Os grupos de sociedades*, cit., pp. 555-556. Sobre as características da influência dominante, v. RUI DIAS, “Artigo 486.º”, *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord. de J. M. Coutinho de Abreu, Coimbra: Almedina, 2014, p. 83, ss.

(53) Sobre as dúvidas que esta exclusão de pessoas singulares suscita, v. RUI DIAS,

invés, o beneficiário efetivo, para efeitos da Lei 89/2017, é sempre pessoa ou pessoas singulares.

Ainda que sejam considerados os casos em que normas legais admitem a influência dominante exercida por pessoas singulares, como acontece com o art. 21.º, 1, 2, do CVM, ainda assim *não são sobreponíveis* os conceitos de beneficiário efetivo (relevante para efeitos dos registos de beneficiário efetivo) e de sócio controlador (relevante para efeitos de imputação de direitos de voto).

Ancorando-se em regras de experiência empresarial e societária, o art. 486.º, 2, do CSC prevê *presunções legais (relativas) de dependência*⁽⁵⁴⁾ que, em regra, indiciam a existência de *influência dominante*. São (*presumivelmente*) instrumentos de domínio a detenção de uma participação maioritária no capital social, a detenção de mais de metade dos votos, a possibilidade de designar mais de metade dos membros do órgão de administração ou do órgão de fiscalização. Admite-se, por conseguinte, que uma *participação minoritária*⁽⁵⁵⁾ dotada de *direito especial* de designação de mais de metade dos membros do órgão de administração ou do órgão de fiscalização, possa constituir um instrumento de controlo de sociedade⁽⁵⁶⁾. O art. 21.º, 2, do CVM, convoca o acordo parassocial, mediante o qual determinada pessoa coletiva ou singular “possa exercer a maioria dos direitos de voto”.

Todavia, para efeitos da caracterização do beneficiário efetivo, o *controlo em última instância* que uma pessoa singular tenha de pessoa coletiva *não se pode confinar às situações de influência dominante*, tal como se encontram caracterizadas no art. 486.º, 2, do CSC ou pelo 21.º, 2, do CVM. Se tivermos presente que “o principal meio de exercício de influência na sociedade é o poder de voto”⁽⁵⁷⁾, facilmente percebemos que o controlo em última instância da sociedade, relevante para efeitos da determinação do beneficiário efetivo, é *mais abrangente*.

“Artigo 481.º”, *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord. de J. M. Coutinho de Abreu, Vol. VII, Coimbra: Almedina, 2014, p. 75, ss.

(54) MARIA ELISABETE RAMOS, *Direito comercial e das sociedades — entre as empresas e o mercado*, Coimbra: Almedina, 2018, p. 394, ss.

(55) JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Os grupos de sociedades*, cit., p. nt. 974, p. 505.

(56) J. A. ENGRÁCIA ANTUNES, *Os grupos de sociedades. Estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2002, p. 504; RUI DIAS, “Artigo 486.º”, cit., p. 98, consideram que o direito especial (direito estatutário) de designação da maioria dos membros do órgão de administração ou de fiscalização da sociedade constitui um potencial meio de controlo da sociedade por se apresentar como um poder de controlo do órgão de gestão, “em derrogação do que resultaria do domínio conatural ao poder de voto de outro(s) sócio(s)” (cf. RUI DIAS, *ob. cit., loc. cit.*).

(57) RUI DIAS, “Artigo 486.º”, cit., p. 93.

A experiência empresarial segregou variados instrumentos de controlo das sociedades, alguns ainda radicados na participação social, outros estranhos à participação social. A doutrina identifica, desde logo, os instrumentos de *controlo intersocietário*. São eles “desde instrumentos de natureza financeira [“máxime”, participações intersocietárias de capital), até instrumentos de natureza contratual (“máxime” os chamados “contratos de empresa”, v.g. contratos de domínio, contratos de transferência de lucros), de natureza pessoal (os chamados “interlocking board directorates” (...)], de natureza organizacional (v.g., mecanismos de divergência capital-voto, acordos parassociais, “golden shares”, “proxy rights”) ou até de natureza puramente fáctica (v.g., determinados contratos de direito civil e comercial comum, posições estratégicas de mercado)”⁽⁵⁸⁾.

Engrácia Antunes refere os “contratos de empresa” que têm genericamente por “objeto ou finalidade instituir ou conformar uma relação de integração económica, financeira ou empresarial mais ou menos intensa entre duas empresas societárias”⁽⁵⁹⁾. São muito variados os exemplos de contratos que nesta categoria podem ser integrados: contratos de gestão de empresas, contrato de transferência parcial de lucros, contrato de comunhão de lucros, *etc.*⁽⁶⁰⁾. Embora sendo figuras diversas, é-lhes comum a circunstância de tais vínculos contratuais comprometerem a autonomia da gestão societária, pois, “consoante os casos, esta exploração empresarial passa a estar confiada a terceiros, sendo realizada no nome e até por conta de outra pessoa coletiva, assumindo esta os resultados positivos ou negativos dessa exploração (...)”⁽⁶¹⁾.

São discutíveis, do ponto de vista jurídico-societário, quer a licitude de tais vinculações contratuais quer a idoneidade para, a partir delas, serem construídas relações de domínio⁽⁶²⁾. Para efeitos da determinação da pessoa-singular beneficiário, podem constituir indícios relevantes, tendo em conta que a teleologia das pertinentes normas é a *identificação da pessoa singular que controla em última instância a sociedade* (ou outra pessoa coletiva). Por isso, é cogitável que determinadas relações contratuais possam ser relevantes para a identificação do beneficiário efe-

⁽⁵⁸⁾ J. A. ENGRÁCIA ANTUNES, *Os grupos de sociedades. Estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*, 2.^a ed., Coimbra: Almedina, 2002, p. 110.

⁽⁵⁹⁾ Cf. JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Os grupos de sociedades*, *cit.*, p. 512, ss.

⁽⁶⁰⁾ Cf. JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Os grupos de sociedades*, *cit.*, p. 511, ss.

⁽⁶¹⁾ Cf. JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Os grupos de sociedades*, *cit.*, p. 512. V. também RUI DIAS, “Artigo 486.^o”, *cit.*, p. 99.

⁽⁶²⁾ Sobre estas interrogações, v. JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Os grupos de sociedades*, *cit.*, p. 512, ss. V. também RUI DIAS, “Artigo 486.^o”, *cit.*, p. 99.

tivo⁽⁶³⁾. Sempre considerando, é preciso não esquecer, que esta investigação em torno de factos não formais de controlo em última instância da sociedade que não passam pelos instrumentos formais, é sempre “highly context-dependent”⁽⁶⁴⁾.

Tendo em conta a caracterização de beneficiário efetivo, a questão que se põe é se pode haver sociedades de que não há beneficiário efetivo. Imagine-se o caso de uma sociedade anónima com 100 sócios pessoas singulares, tendo cada um 1% do capital social e os correspondentes votos. Imagine-se, ainda, que não existem outros instrumentos de controlo nem se verificam situações de propriedade indireta. A questão subsequente é se, nestes casos, se deve ou não imputar a qualidade de beneficiário efetivo à “direção de topo”. Repare-se que não se trata de um caso em que não se conseguiu apurar quem é a pessoa singular beneficiário efetivo; trata-se, isso sim, de um caso em que se apurou *transparentemente* que não foram atingidos os *patamares indiciários* de determinação de beneficiário efetivo.

3. Os registos do beneficiário efetivo

3.1. A concentração de informação em dois registos de beneficiário efetivo

A identificação das *personas singulares* beneficiários efetivos de determinada sociedade é tarefa que pode necessitar de significativo acervo de informação que, porventura, pode estar dispersa por várias jurisdições. Obviamente, tornar-se-ia insustentável do ponto de vista do mercado e do funcionamento das organizações exigir que *entidades obrigadas*, *autoridades tributárias* ou *entidades judiciais* realizassem diligências em várias jurisdições tendentes a reunir a informação indispensável à determinação de beneficiário(s) efetivo(s) de cada pessoa coletiva (cliente das entidades obrigadas ou visada pelas entidades judiciais ou tributárias).

Havia que *concentrar* a informação necessária à identificação do beneficiário efetivo, torná-la acessível a várias entidades que dela necessitam para

⁽⁶³⁾ Aliás, o art. 30.º, 1, b), da Lei 83/2017 refere expressamente como beneficiários efetivos “a pessoa ou pessoas singulares que exercem controlo por outros meios sobre essa pessoa coletiva”.

⁽⁶⁴⁾ EMILE VAN DER DOES DE WILLEBOIS, EMILY M. HALTER ROBERT, A. HARRISON, JI WON PARK, J.C. SHARMAN, *The Puppet Masters. How the corrupt use legal structures to hide stolen assets and what to do about it*, STAR — Stolen Asset Recovery Initiative/The World Bank-Unodoc, 2011, disponível em <www.worldbank.org> (consultado em 9 de novembro de 2018).

tomar decisões, e assegurar que tal acervo de informação é *suficiente, exato e atual*⁽⁶⁵⁾. São os resultados que a Diretiva (UE) 2015/849 impõe aos Estados-Membros, deixando, no entanto, como é próprio das diretivas, “às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios” (art. 288.º do TFUE).

O Estado Português, na transposição do Capítulo III da Diretiva (UE) 2015/849, optou por um *modelo de duplo registo* de beneficiário efetivo: o *registo societário ou interno de beneficiário efetivo*⁽⁶⁶⁾ e o *registo central de beneficiário efetivo*⁽⁶⁷⁾. O *primeiro* está previsto no Capítulo II da Lei n.º 89/2017 (epigrafado “Informações sobre o beneficiário efetivo”), caracterizando-se como um *registo privado gerido pela sociedade*⁽⁶⁸⁾. O *segundo* tinha sido anunciado pelo art. 34.º, 1, da Lei 83/2017 quando aí se proclama que “as informações sobre os beneficiários efetivos são registadas no registo central do beneficiário efetivo, o qual é regulado por legislação específica”⁽⁶⁹⁾. A anunciada “legislação específica” consta da Lei n.º 89/2017, de 21 de agosto, que aprova o Regime Jurídico do Registo Central do Beneficiário Efetivo (daqui em diante, RJRCBE), regulamentada pela Portaria n.º 233/2018, de 21 de agosto⁽⁷⁰⁾.

De modo a garantir a concentração, suficiência, exatidão e atualidade da informação sobre beneficiário efetivo, a Lei 89/2017 impôs *novas obrigações declarativas* aos sócios perante a sociedade e a esta perante o registo central do beneficiário efetivo. E, repare-se, que as novas obrigações declarativas *não vinculam* os beneficiário(s) efetivo(s) *não sócios*.

(65) V. art. 30.º, 1, da Diretiva (UE) 2015/849 do Parlamento Europeu e do Conselho.

(66) Esta designação não consta da lei, mas afigura-se-nos que descreve fielmente esta base de dados organizada e gerida pela sociedade.

(67) Este modelo *dual de registos* também é seguido pelo Reino Unido. “Since 6 April 2016 most companies, LLPs, and SEs have been required to hold a register of people with significant control and file the information on their register with Companies House. From 26 June 2017, unregistered companies and some listed companies will also be subject to these requirements. Also from 26 June 2017, eligible Scottish partnerships will be required to file information on their people with significant control (PSCs) with Companies House” — *Guidance for registered and unregistered companies, sociedades europeae, limited liability partnerships, and eligible Scottish partnerships (Scottish limited partnerships and Scottish qualifying partnerships)*, Department for Business, energy and Industrial Strategy, June 2017, p. 1, disponível em <www.gov.uk/government/publications>.

(68) V. MARIA ELISABETE RAMOS, “Controlo de identidade dos sócios — alguns problemas recentes”, *cit.*, p. 79, ss.

(69) Em novembro de 2017, o sistema português de prevenção e combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo e da proliferação de armas de destruição em massa foi avaliado com nota máxima no plenário do Grupo de Ação Financeira — GAFI/FATF. O relatório está disponível em <<http://www.fatf-gafi.org/publications/mutualevaluations/documents/mer-portugal-2017.html>> (acesso em 7 de maio de 2018). O relatório é claro em sublinhar que “Progress still needs to be made regarding the understanding of the beneficial ownership (BO) requirements”.

(70) Retificada pela Declaração de Retificação n.º 33/2018, de 9 de outubro.

Compreende-se a solução acolhida na lei, pois a identificação do beneficiário efetivo é o *resultado de todo este processo*; seria, seguramente, votado ao insucesso um regime jurídico que vinculasse um desconhecido e opaco beneficiário efetivo a expor, em declaração, a qualidade que ele, porventura, quer manter incógnita.

São muito diferentes as regras que regem um e outro registo do beneficiário efetivo⁽⁷¹⁾. Por isso, consideramos cada um separadamente.

3.2. O registo societário ou interno do beneficiário efetivo

O art. 30.º, 1 da Diretiva (UE) 2015/849 determina que “Os Estados-Membros asseguram que (as entidades societárias)⁽⁷²⁾ são obrigadas a apresentar às autoridades obrigadas, além das informações sobre o proprietário legal, informações sobre o beneficiário efetivo, quando as entidades obrigadas tomarem medidas de diligência quanto à clientela nos termos do Capítulo II”⁽⁷³⁾.

O *registo societário* do beneficiário efetivo, previsto no art. 4.º da Lei 89/2017, é criado e gerido por *cada sociedade*, tem *natureza privada* (quer quanto à entidade gestora quer quanto ao acesso à informação) e está ao serviço, *essencialmente*, das obrigações declarativas *da sociedade*⁽⁷⁴⁾. Será dever do órgão de administração e de representação da sociedade preparar a estrutura organizatória desta de modo a que seja “instalado” o registo societário do beneficiário efetivo e assegurar que esta *base de dados privada* cumpre integralmente as funções para que foi criada. No âmbito dos deveres de cuidado dos administradores [art. 64.º, 1, *a*), CSC], em particular do dever de “controlo ou vigilância organizativo-funcional”⁽⁷⁵⁾, compete aos administradores instalar e vigiar o funcionamento desta base de dados da sociedade e eles compete que ela seja devidamente atualizada e cumpra as exigências postas pela lei⁽⁷⁶⁾.

(71) V. *infra*.

(72) Referimos as entidades societárias por serem estas as que nos interessam para os efeitos deste artigo.

(73) A interpolação não consta do texto original.

(74) Veja-se MARIA ELISABETE RAMOS, “Controlo da identidade dos sócios”, *cit.*, p. 80, ss.

(75) J. M. COUTINHO DE ABREU, «Deveres de cuidado e de lealdade dos administradores e interesse social», *Reformas do Código das Sociedades*, Coimbra: Almedina, 2007, p. 20.

(76) Sobre o dever de legalidade dos administradores, v. CARNEIRO DA FRADA, “O dever de legalidade: um novo (e não escrito?) dever fundamental dos administradores”, *DSR*, 8 (2012), p. 65, ss.; MARIA ELISABETE RAMOS, “Práticas restritivas da concorrência e deveres dos administradores de sociedades”, *DSR*, ano 6, Vol. 11 (2014), p. 107, ss.

A sociedade deve promover a inscrição no registo interno ou societário de beneficiário efetivo das informações relativas aos “elementos de identificação” dos sujeitos referidos no art. 4.º, 1, da Lei 89/2017. A Lei 89/2017 é especialmente parcimoniosa em pormenores sobre a organização deste registo societário do beneficiário efetivo e sobre o que se deve entender por “elementos de identificação” dos sujeitos mencionados no art. 4.º, 1, da Lei 89/2017⁽⁷⁷⁾. Designadamente, a lei não prevê qualquer modelo de formulário de que as sociedades se possam servir para recolher as informações que irão ser inscritas neste registo. Não está previsto na Lei qualquer instrumento que padronize quer a forma como a informação é registada quer a forma como este registo interno é organizado e atualizado. Por outro lado, não se identifica especificamente qual o conteúdo da declaração do sócio à sociedade, no cumprimento da sua “obrigação de informação”.

É certo que os comerciantes, conforme o art. 30.º do Código Comercial, na redação dada pelo DL 76-A/2006, beneficiam da *liberdade de organização da escrituração mercantil*⁽⁷⁸⁾. Todavia, parece, que um dos aspetos que os titulares do órgão de administrador devem atender na organização do registo societário do beneficiário efetivo é a lista de informações que a *sociedade*, no cumprimento do seu dever de declarar ao registo central do beneficiário efetivo [arts. 3.º, 1, a), 5.º, do RJRCBE], deve incorporar na “declaração do beneficiário efetivo”, tal como se encontram discriminadas nos arts. 8.º e 9.º do RJRCBE. Na verdade, o art. 4.º, 2, da Lei 89/2017 determina que as informações constantes do registo societário do beneficiário efetivo devem ser “suficientes”. E parece que este requisito da *suficiência* diz respeito ao cumprimento dos deveres declarativos que estão a cargo da sociedade.

Estão sujeitos ao regime do registo societário do beneficiário efetivo *todas as sociedades* civis, tenham ou não forma comercial, e sociedades

(77) MARGARIDA COSTA ANDRADE, “Cessão de quotas no direito comparado”, *Cessão de quotas — Desformalização e registo por depósito*, IDET, Colóquios, n.º 4, Coimbra: Almedina, 2009, p. 85, “Artigo 242.º-A”, *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord. de J. M. Coutinho de Abreu, Vol. III, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2016, p. 608, sugeriu que “se impusesse à sociedade a obrigação de manter um livro de sócios, que permitisse ao público em geral um acesso simples e célere à informação concernente à transmissão e oneração das quotas”. De modo a obviar a crítica da privatização do controlo de factos relativos a quotas, Margarida Costa Andrade acrescenta na sua proposta que “adotando-se a solução do livro de sócios, se assegurasse a veracidade e legalidade destes factos através de um controlo regular por instancias judiciais ou registais” — MARGARIDA COSTA ANDRADE, “Artigo 242.º-A”, *cit.*, p. 608.

(78) Sobre esta liberdade de organização mercantil, v. J. M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, Vol. I. *Introdução, Atos de Comércio, Comerciantes, Empresas, Sinais Distintivos*, 11.ª ed., Coimbra: Almedina, 2018, p. 189, com apreciação crítica da reforma introduzida pelo DL 76-A/2006, de 29 de março.

comerciais, tendo em conta o disposto nos arts. 4.º, 6.º, 7.º, da Lei 89/2017, e art. 3.º, 1, a), do RJRCBE. A lei não faz distinção quanto ao tipo societário, ao capital social, ao carácter unipessoal ou pluripessoal, à natureza de sociedade aberta ou fechada, à dispersão do capital social, sociedades pequenas e médias empresas, sociedades grandes empresas, sociedades empresas públicas ou sociedades empresas municipais ou regionais⁽⁷⁹⁾. *One size fits all*. Não podemos esquecer que o tecido empresarial português é composto 99,9% por pequenas e médias empresas⁽⁸⁰⁾ e que a criação e manutenção do registo privado de beneficiário efetivo de participações sociais constituirá mais uma exigência burocrática a que até as nano-sociedades estão submetidas. Trata-se de uma exigência legal que envolverá a necessidade de adequar organizacionalmente a sociedade e implicará os inerentes custos de cumprimento e de incumprimento.

Excluídas desta obrigação legal (porque excluídas do Registo Central do Beneficiário Efetivo) parecem estar sociedades com ações admitidas à negociação em mercado regulamentado [art. 4.º, e), do RJRCBE] por, em razão das normas aplicáveis, se ter ponderado que se encontrava garantida a suficiente e atualizada transparência.

Uma das questões a resolver era, seguramente, a de saber *quem carrega* a informação para o registo societário de beneficiário efetivo. Para responder a esta questão, há que *distinguir dois momentos*: a) a inscrição dos “elementos de identificação” constantes do *ato constituinte da sociedade*; b) a inscrição da *informação atualizadora* de “elementos de identificação” já inscritos no registo societário do beneficiário efetivo.

Começamos pelo primeiro momento. Resulta do art. 3.º da Lei 89/2017 que “os documentos que formalizam a constituição de sociedades comerciais devem conter a identificação das pessoas singulares que detêm, ainda que de forma indireta ou através de terceiro, a propriedade das participações sociais ou, por qualquer outra forma, o controlo efetivo da socie-

(79) Para algumas destas tipologias, v. MARIA ELISABETE RAMOS, *Direito comercial e das sociedades*, cit., p. 150, ss.

(80) Para a caracterização de pequena e média empresa, veja-se a Recomendação da Comissão, de 6 de maio de 2003, relativa à definição de micro, pequenas e médias empresas que, aliás, se encontra em revisão, conforme informação disponível em <https://ec.europa.eu/info/consultations/public-consultation-review-sme-definition_en> (acesso 10 de maio de 2018). Segundo dados da PORDATA, em 2016, 99,9% das empresas em Portugal são PME, sendo que 96,2% são microempresas, 3,2% são pequenas empresas e 0,5% são médias empresas. Estes dados estão disponíveis em <www.pordata.pt/Portugal/Pequenas+e+médias+empresas+em+percentagem+do+total+de+empresas+total+e+por+dimensão-2859-248025> (acesso em 8 de maio de 2018). V. MARIA ELISABETE RAMOS, “Pequenas e médias empresas. Como a discriminação positiva pode inibir o crescimento”, *Estudos em memória de Ana Maria Rodrigues*, org. António Martins, Isabel Cruz, José Xavier de Basto, Mário Augusto, Coimbra: Almedina, 2018, p. 339, ss.

dade, sem prejuízo dos demais requisitos previstos na lei”⁽⁸¹⁾. Parece, pois, que esta norma consagra um *novo dever legal* a cargo de sócios fundadores⁽⁸²⁾ — o de, no ato constituinte da sociedade, identificarem as pessoas singulares “que detêm, ainda que de forma indireta ou através de terceiro, a propriedade das participações sociais ou, por qualquer outra forma, o controlo efetivo da sociedade (...)” (art. 3.º da Lei n.º 89/2017). Porque o dever de no ato constituinte ser identificada a participação social de cada sócio já resulta do art. 9.º, 1, g), do CSC, que se mantém inalterado⁽⁸³⁾. Pois bem, a informação sobre os “elementos de identificação” de sócio(s) e de beneficiário(s) efetivo(s), constante do ato constituinte da sociedade, é inscrita pela sociedade [parece, sem necessidade de qualquer iniciativa de sócio(s)] no registo societário de beneficiário efetivo (que, como vemos, pese embora o nome, também recolhe informação sobre sócios não beneficiários efetivos). Este é o primeiro fluxo informacional que é inscrito neste registo privado.

Todavia, é imperioso, nos termos do art. 4.º, 2, da Lei 89/2017, manter este registo societário *atualizado*. Parece recair, *em primeiro lugar*, sobre sócio(s) o dever de informar a sociedade sobre as alterações aos elementos de identificação previstos no art. 4.º, conforme o que resulta do art. 5.º da Lei 89/2017. Tendo a sociedade promovido a *primeira inscrição* no registo societário, socorrendo-se das informações colhidas no ato constituinte (art. 3.º da Lei 89/2017), *os sócios são obrigados a* “informar a sociedade de qualquer alteração aos elementos de identificação” previstos

(81) V. o Despacho n.º 36 de 17.11.2017, do Presidente do Conselho Diretivo do Instituto dos Registos e do Notariado, I.P., relativo à entrada em vigor da Lei n.º 89/2017, de 21 de agosto — identificação do beneficiário efetivo nos títulos de constituição de pessoa coletiva.

(82) Entende-se por *sócios fundadores* aqueles que *participam na constituição da sociedade na qualidade de sócio*. Outras pessoas que, em geral, participam no processo de constituição de sociedade, tais como notários, advogados, revisores oficiais de contas, solicitadores, juizes (no caso de constituição de sociedades por saneamento por transmissão, previsto no art. 199.º do CIRE), consultores, não assumem a qualidade de fundadores — J. M. COUTINHO DE ABREU/MARIA ELISABETE RAMOS, “Artigo 71.º”, *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord. de J. M. Coutinho de Abreu, Vol. I, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2017, p. 884. Sobre a evolução recente da identificação do sócio fundador, v. Veja-se, ainda, ALESSIO BARTOLACELLI, “O controlo de identidade do sócio fundador nas mais recentes propostas da Comissão Europeia”, *V Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Coimbra: Almedina, 2018, p. 107, ss.

(83) Para as sociedades anónimas, ver o art. 272.º do CSC sobre o conteúdo do ato constituinte. Sobre o art. 9.º do CSC, v. J. M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, Vol. I. *Das sociedades*, 5.ª ed., Coimbra: Almedina, 2015, p. 103, ss.; MARIA ELISABETE RAMOS, “Constituição das sociedades comerciais”, *Estudos de direito das sociedades*, coord. de J. M. Coutinho de Abreu, 12.ª ed., Coimbra: Almedina, 2015, p. 47, ss.; “Artigo 9.º”, *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord. de J. M. Coutinho de Abreu, Vol. I, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2017, p. 177, ss., *Direito comercial e das sociedades*, cit., p. 187, ss.

no art. 4.º (art. 5.º, 1, da Lei 89/2017). Esta obrigação legal de informação a cargo do sócio deve ser cumprida no (curto) prazo de 15 dias a contar da alteração.

Portanto, quanto à *atualização* da informação constante do registo societário do beneficiário efetivo, a lei parece confiar, em primeiro lugar, na iniciativa de sócio(s) para trazer(em) à sociedade a informação necessária e suficiente. Todavia, é preciso não esquecer que, nos termos do art. 5.º, 2, da Lei 89/2017, a “sociedade pode notificar o sócio para, no prazo máximo de 10 dias, proceder à atualização dos seus elementos de notificação”. À sociedade é atribuída a *faculdade* (parece ser esse o sentido jurídico de “pode notificar”) de notificar o sócio. Compreende-se que a sociedade (mais precisamente, o órgão de administração e de representação) diligencie esta notificação, pois exige-se que ela mantenha este registo privado *permanentemente atualizado*.

O sócio beneficia de um prazo de 15 dias após a *data* da “alteração aos elementos de identificação” — enquanto este prazo não se esgotar, o sócio não está em situação de incumprimento. Parece, pois, que o “prazo máximo de 10 dias”, fixados pela sociedade, não pode substituir (vale por dizer, encurtar) o prazo de 15 dias, previsto no art. 5.º, 1, da Lei n.º 89/2017, fixado em benefício do sócio.

Uma das questões jurídicas que as normas do arts. 4.º e 5.º da Lei 89/2017 suscitam é a de saber *qual ou quais dos sócios é/são obrigado(s) a informar a sociedade* sobre as alterações de “elementos de identificação” de beneficiário efetivo que não seja sócio da sociedade. Efetivamente, a Lei 89/2017 pressupõe a *identificação* de sócio(s) obrigado(s) a tal “obrigação de informação”. É certo que o art. 5.º, 1, da Lei 89/2017 refere *indistintamente* “os sócios são obrigados a informar a sociedade de qualquer alteração aos elementos de identificação” previstos no art. 4.º. O art. 5.º, 2 e 3, pressupõe a identificação de sócio(s) obrigado(s). A questão que se põe é a seguinte: qual é o sócio obrigado a informar a sociedade sobre as alterações aos elementos de identificação da pessoa singular que detém o controlo efetivo da sociedade não radicado na participação social, nem direta nem indiretamente. Em tais situações, a que sócio(s) compete informar a sociedade sobre as alterações nos elementos de identificação do beneficiário efetivo? A resposta a esta pergunta é decisiva porque a aplicação do art. 5.º, 3, da Lei 89/2017, depende da identificação de sócio(s) incumpridor(es).

O registo interno ou societário do beneficiário efetivo é um *registo gerido pela sociedade* que deve assegurar que a informação sobre os “elementos de identificação” nele inscrita é “suficiente, exata e atual”. A neces-

sidade de garantir a exatidão da informação inscrita, suscita, por sua vez, também algumas interrogações. Querirá este requisito significar que ao órgão de administração compete controlar a veracidade e a exatidão das informações que lhe são prestadas pelo sócio, no âmbito do art. 5.º da Lei 89/2017 e, até, eventualmente, não inscrever a informação incompleta/ incorreta prestada por sócio(s), substituindo-a por informação exata colhida em outras fontes? Efetivamente, cabe à *sociedade* o dever legal de garantir a exatidão da informação que ela (só ela) inscreve no registo societário do beneficiário efetivo. A exatidão é de superior importância para o cumprimento das *obrigações declarativas* da sociedade, quer perante o registo central do beneficiário efetivo, quer quando ela a deva comunicar a “entidades competentes nos termos da lei” (art. 4.º, 2, da Lei 89/2017).

Outra das questões que se tem suscitado é se os requisitos da suficiência, exatidão e atualidade exigem que a sociedade registadora inscreva no registo societário toda a cadeia de participações no fim das quais se encontra a(s) pessoa(s) singular(es) beneficiário(s) efetivo(s). O teor literal do art. 4.º, 1, c), da Lei 89/2017 parece induzir o entendimento de que só a identificação do beneficiário efetivo está sujeita a inscrição no registo societário. Todavia, um entendimento alargado dos requisitos da suficiência e da exatidão poderá suscitar algumas dúvidas na aplicação do art. 4.º, 1, c), da Lei 89/2017, sobre as informações a inscrever no registo societário.

A Lei 89/2017 não regula o acesso à informação inscrita no registo societário do beneficiário efetivo. Parece, todavia, que se pode retirar da lei que a informação constante do registo societário do beneficiário efetivo encontra-se *vedada ao acesso público* (esta também é uma das diferenças relativamente ao registo central). Pode, todavia, *questionar-se se é lícito* o acesso de sócio(s) a informações constantes do registo do beneficiário efetivo? A questão põe-se, essencialmente, nas sociedades anónimas que contemplam um regime mais restritivo de acesso à informação. Parece-me que, ao abrigo do “direito mínimo à informação”⁽⁸⁴⁾ e do “direito coletivo à informação”⁽⁸⁵⁾, e no âmbito e limites destes⁽⁸⁶⁾, os acionistas poderão ter acesso às informações contantes

(84) Sobre o direito à informação nas sociedades anónimas, em particular, o chamado “direito mínimo à informação”, v. ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, “Artigo 288.º”, *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord. de J. M. Coutinho de Abreu, Vol. V, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2018, p. 204, ss., e bibliografia aí indicada.

(85) Sobre este v. ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, “Artigo 291.º”, *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord. de J. M. Coutinho de Abreu, Vl. V, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2018, p. 239, ss.

(86) Considerando, designadamente, as restrições impostas pelo CSC ao acesso à informação. As informações solicitadas em assembleia geral “podem ser recusadas se a sua prestação puder ocasionar grave prejuízos à sociedade ou a outra sociedade com ela coligada ou violação de segredo imposto

do registo do beneficiário efetivo, nomeadamente quanto queiram conhecer a identidade de beneficiários efetivos-não sócios⁽⁸⁷⁾.

3.3. Registo Central do Beneficiário Efetivo

Segundo o art. 1.º do RJRCBE, “o Registo Central do Beneficiário Efetivo (RCBE) é constituído por uma base de dados, com informação suficiente, exata e atual sobre a pessoa ou pessoas singulares que, ainda que de forma indireta ou através de terceiro, detêm a propriedade ou o controlo efetivo das entidades a ele sujeitas”. Segundo o art. 27.º do RJRCBE, o RCBE tem por “finalidade organizar e manter atualizada a informação relativa à pessoa ou às pessoas singulares que detêm, ainda que de forma indireta ou através de terceiro, a propriedade ou o controlo efetivo das entidades constantes do art. 3.º, com vista ao reforço da transparência nas relações comerciais e ao cumprimento dos deveres em matéria de prevenção e combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo estabelecidos na Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto”.

O *registo central do beneficiário efetivo* é um *registo público* (distinto do registo comercial), gerido pelo Instituto dos Registos e do Notariado, I.P. (IRN, I.P), nos termos do art. 2.º do RJRCBE. Além da gestão pública, este registo proporciona o *acesso público* a determinadas informações aí contidas, nos termos do art. 19.º do RJRCBE.

O exato perímetro das entidades sujeitas ao RCBE desenha-se pela conjugação de *delimitação positiva*, prevista no art. 3.º do RJRCBE, e da *delimitação negativa*, traduzida na lista de *entidades excluídas* do âmbito de aplicação deste regime (art. 4.º do RJRCBE). No que tange as *sociedades*, são excluídas “as sociedades com ações admitidas à negociação em mercado regulamentado, sujeitas a requisitos de divulgação de informação consentâneos com o direito da União Europeia ou sujeitas a normas internacionais equivalentes, que garantam suficiente transparência das informações relativas à titularidade das ações” [art. 4.º, e), do RJRCBE]. Todas as outras sociedades estão sujeitas ao RJRCBE.

Considerando, agora, exclusivamente *as sociedades sujeitas ao RCBE*, uma das questões que se tem suscitado é a do *âmbito subjetivo* de aplicação

por lei”, segundo o art. 290.º, 2, do CSC. Sobre o sentido jurídico destas restrições, v. ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, “Artigo 290.º”, *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord. de J. M. Coutinho de Abreu, Vol. V, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2018, p. 235, ss.

(87) Vejam-se também as restrições relativas à legislação relativa à proteção de dados pessoais.

do RJRCBE. Uma das interpretações possíveis é a que, apoiando-se no teor do art. 1.º do RJRCBE, defende que o RCBE inscreve informações sobre pessoas singulares beneficiários efetivos, ou seja, os beneficiários efetivos controladores⁽⁸⁸⁾, enquanto o registo societário do beneficiário efetivo inscreve informações sobre os elementos de identificação de todo o sócio.

Ponderado exclusivamente o art. 1.º do RJRCBE parece ser esta a interpretação adequada. Todavia, o art. 8.º do RJRCBE, dedicado ao “conteúdo da declaração” de beneficiário efetivo, a apresentar pela sociedade junto do registo central do beneficiário efetivo, é claro na imposição de que tal declaração contenha, “no caso de sociedades comerciais”, informação relevante sobre “a identificação dos titulares do capital social, com discriminação das participações sociais” [art. 8.º, 1, b), do RJRCBE]. É, justamente, a articulação entre o art. 1.º e o art. 8.º, 1, b), do RJRCBE, que suscita uma das interrogações sobre o âmbito subjetivo do RJRCBE.

O RJRCBE prevê novas *obrigações declarativas* a cargo das entidades indicadas no art. 3.º. É o que resulta do art. 5.º quando determina que as entidades referidas no art. 3.º do RJRCBE devem “declarar, nos momentos previstos e com a periodicidade fixada (...), informação suficiente, exata e atual sobre os seus beneficiários efetivos, todas as circunstâncias indiciadoras dessa qualidade e a informação sobre o interesse económico detido”. Como se percebe, esta é uma obrigação que deve ser cumprida pelo *órgão de administração e de representação da sociedade*, cujos membros, nos termos do art. 6.º, 1, a), do RJRCBE, têm legitimidade para efetuar a declaração de beneficiário efetivo. O órgão de administração e de representação da sociedade pode, ainda, encarregar advogados, notários, solicitadores e contabilistas certificados da tarefa de apresentar a declaração de beneficiário efetivo (art. 7.º do RJRCBE). A organização da sociedade deve adaptar-se de modo a poder responder a esta nova obrigação declarativa.

O art. 8.º do RJRCBE densifica o conteúdo da *declaração de beneficiário efetivo*. Esta declaração, no caso das “sociedades comerciais”, deve conter informação relevante sobre “a identificação dos titulares do capital social, com discriminação das respetivas participações sociais” [art. 8.º, 1, b), do RJRCBE], a identificação dos gerentes, administradores ou de quem exerce a gestão ou a administração da sociedade, os beneficiários efetivos. Assim, de acordo com o *teor literal* do art. 8.º, 1, b), do RJRCBE, *todos os sócios*⁽⁸⁹⁾ (sejam eles pessoas singulares ou pessoas coletivas) são identifi-

(88) Paulo de Tarso Domingues, em diversas intervenções públicas, tem sustentado esta posição.

(89) Parece ser este o sentido do segmento “identificação dos titulares do capital social”. Ou seja, a “declaração de beneficiário efetivo”, apesar do nome que o art. 8.º, 1, do RJRCBE lhe dá, também incorpora informações sobre os “proprietários legais” das participações sociais.

cados na declaração do beneficiário efetivo, e também é identificada a respetiva participação social⁽⁹⁰⁾. Para lá da identificação dos sócios, a declaração apresentada pela sociedade deve conter informação relevante sobre “os beneficiários efetivos” [art. 8.º, 1, e), do RJRCBE].

Na sequência do disposto no art. 8.º, o art. 9.º do RCBE identifica os “dados recolhidos na declaração” do beneficiário efetivo. Esta norma distingue consoante se trate de titulares de participações sociais que sejam *peçoas coletivas* [art. 9.º, n.º 1, a), do RJRCBE] ou se trate de titulares de participações sociais que sejam *peçoas singulares* ou que sejam *beneficiários efetivos* [art. 9.º, 1, b), do RJRCBE].

Esta obrigação declarativa a cargo da sociedade é cumprida “através do preenchimento e submissão de um formulário eletrónico” (art. 11.º do RJRCBE) que deve considerar “as circunstâncias indiciadoras da qualidade de beneficiário efetivo, previstas na Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto” (art. 11.º, 1, do RJRCBE). O referido formulário é mencionado pelo art. 2.º da Portaria n.º 233/2018, de 21 de agosto, mas não é anexado à Portaria. Esta norma não regulamentou os “modelos de formulário” para o cumprimento das obrigações subjacentes ao RJRCBE, antes dispõe que eles serão disponibilizados no “sitio na *Internet* da área da justiça (...) após despacho do presidente do conselho diretivo do Instituto dos Registos e do Notariado, I.P. (IRN, I.P.)”⁽⁹¹⁾.

Os “modelos de formulário” são peças centrais do Registo Central do Beneficiário Efetivo, pois é através deles que as diversas entidades sujeitas ao registo central de beneficiário efetivo cumprem as suas obrigações declarativas, carreando informação para esta base de dados pública. O formulário concretiza as “circunstâncias indiciadoras da qualidade de beneficiário efetivo” (art. 11.º, 1, do RJRCBE). É o que resulta expressamente, também, do art. 4.º da Portaria 233/2018, de 21 de agosto, quando determina que “as circunstâncias indiciadoras da qualidade de beneficiário efetivo, previstas na Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto, e que devem ser consideradas no preenchimento da obrigação declarativa, nos termos do n.º 1 do art. 11.º do Regime Jurídico do RCBE, constam dos modelos de formulário a que se refere o art. 2.º da presente portaria”.

O referido formulário para o cumprimento das obrigações subjacentes ao RJRCBE serve não só para o cumprimento da *declaração inicial de bene-*

⁽⁹⁰⁾ Em sentido técnico-jurídico, a participação social é “o conjunto unitário de direitos e obrigações atuais e potenciais do sócio (enquanto tal)” — J. M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial. Das sociedades*, Vol. II, 5.ª ed., Coimbra: Almedina, 2015, p. 195. A norma do art. 8.º, 1, b), da Lei 89/2017 parece quer referir-se a fração de capital social.

⁽⁹¹⁾ Para o formulário, ver <<https://rcbe.justica.gov.pt/>>.

ficiário efetivo (art. 12.º do RJRCBE)⁽⁹²⁾ das *declarações de atualização*⁽⁹³⁾ (art. 14.º do RJRCBE) como, por fim, da *declaração de confirmação da exatidão, suficiência e atualidade da informação sobre o beneficiário efetivo* (art. 15.º do RJRCBE)^(94/95). Todas estas declarações consideram-se prestadas na data da respetiva submissão por via eletrónica (art. 16.º do RJRCBE).

Cabe, pois, aos formulários concretizar e operacionalizar as circunstâncias indiciadoras da qualidade de beneficiário efetivo previstas no art. 30.º da Lei 83/2017. Teoricamente, os formulários eletrónicos poderão facilitar a tarefa das entidades declarantes, tendo em conta a variedade de circunstâncias indiciadoras da qualidade de beneficiário efetivo. Por outro lado, permitirão, parece, uma certa padronização/comparabilidade da informação. Todavia, o art. 11.º, 2, do RJRCBE, antecipando que as funcionalidades tecnológicas necessárias à submissão das declarações legalmente exigidas, através do formulário eletrónico, ou a complexidade da tarefa declarativa podem constituir *entraves relevantes* ao cumprimento das obrigações declarativas, oferece a alternativa do “preenchimento eletrónico assistido”. O *preenchimento eletrónico assistido* pode ser efetuado “num serviço de registo”, em dois momentos precisos: *a)* conjuntamente com o pedido de registo comercial; ou *b)* pedido de inscrição de qualquer facto no Ficheiro Central de Pessoas Coletivas (art. 11.º, 2, do RJRCBE).

O art. 5.º da Portaria 233/2018, de 21 de agosto, concretiza que este preenchimento eletrónico assistido depende de *agendamento*, realizado mediante requerimento do interessado, apresentado nos termos do art. 5.º, 1, *a)*, *b)* e *c)*, e que os serviços de registo onde é disponibilizado o preen-

(92) Nos termos do art. 12.º, 1, do RJRCBE, em regra, no caso das sociedades comerciais e civis sob forma comercial, a declaração inicial do beneficiário efetivo é efetuada com o registo da constituição da sociedade.

(93) O RJRCBE exige que a informação constante do registo central do beneficiário efetivo seja atualizada no mais curto prazo possível, sem nunca exceder 30 dias, contados a partir da data do facto que determina a alteração.

(94) A confirmação da exatidão, suficiência e atualidade da informação sobre o beneficiário efetivo é feita através de declaração anual, até ao dia 15 do mês de julho. Nos termos do art. 15.º, 2, do RJRCBE, as entidades que devem apresentar a *Informação Empresarial Simplificada* efetuam a declaração anual de confirmação da informação juntamente com a IES. Todavia, “a confirmação anual da informação sobre o beneficiário efetivo é dispensada em 2019, sem prejuízo da atualização da informação a que haja lugar” (art. 17.º, 2, da Portaria 233/2018). O regime da informação empresarial simplificada consta do DL 8/2007, de 17 de janeiro, várias vezes alterado, sendo que a última das alterações foi introduzida pelo art. 15.º da Lei n.º 89/2017, de 21 de agosto.

(95) O art. 26.º do RJRCBE, relativo à comunicação de inexatidões ou desconformidades ao RCBE, não é claro sobre o meio que deve ser usado para cumprir esta comunicação, a ser feita pelos “interessados” referidos no art. 26.º, 1, do RJRCBE.

chimento assistido são designados por deliberação do conselho diretivo do IRN, I.P., os quais são publicitados no sítio na *Internet* da área da justiça (art. 5.º, 4, da Portaria 233/2018, de 21 de agosto).

O Regulamento Emolumentar dos Registos e Notariado foi alterado pelo art. 13.º da Lei 89/2017, que aditou o art. 27.º-B que, nos termos do n.º 3, prevê um emolumento de 15 euros pelo “preenchimento eletrónico assistido da declaração de beneficiário efetivo associada a pedido de registo efetuada presencialmente”⁽⁹⁶⁾.

Havia, também, que definir o prazo para a realização da primeira declaração de beneficiário efetivo (art. 22.º, 1, da Lei 89/2017). A esta questão responde o art. 13.º da Portaria 233/2018, sendo que as *sociedades comerciais e civis em forma comercial* já constituídas no momento da entrada em vigor da Portaria⁽⁹⁷⁾ devem cumprir a obrigação de declaração inicial até ao dia 30 de abril de 2019 [art. 13.º, n.º 1, a)]⁽⁹⁸⁾. A primeira fase para a declaração inicial tem início no dia 1 de janeiro de 2019 (art. 13.º, 2, da Portaria n.º 233/2018, de 21 de agosto).

À entidade que cumpre as obrigações declarativas junto do registo central do beneficiário é entregue *comprovativo* (de declaração submetida e validada), o qual contém a identificação do declarante, bem como a informação do RCBE (art. 6.º, 1, do RJRCBE). O comprovativo pode ser consultado através de código de acesso gerado para o efeito, sendo que a entrega do código de acesso substitui para todos os efeitos a emissão de qualquer comprovativo em papel, “equivalendo a sua consulta ao acesso à informação contida na base de dados prevista no art. 34.º da Lei n.º 83/2014, de 18 de agosto” (art. 6.º, n.º 3, da Portaria 233/2018).

Por fim, nos termos do art. 36.º, 1, do RJRCBE, “a comprovação do registo e das respetivas atualizações de beneficiário efetivo pelas entidades constantes no RCBE deve ser exigida em todas as circunstâncias em que a lei obrigue à comprovação da situação tributária regularizada”.

⁽⁹⁶⁾ V. também o art. 39.º, 5, do RJRCBE.

⁽⁹⁷⁾ A Portaria 233/2018, de 21 de agosto, entrou em vigor no dia 1 de outubro de 2018.

⁽⁹⁸⁾ A data-limite de 30 de abril de 2019 é fixada para “as entidades sujeitas a registo comercial”. Ora, as sociedades comerciais e civis em forma comercial estão sujeitas a registo comercial, como resulta do art. 3.º do CRCCom.

4. Acesso ao registo central do beneficiário efetivo

4.1. “Informação pública”, “acesso pelas entidades obrigadas” e “acesso pelas entidades competentes”

Nos termos do art. 30.º, 5, da Diretiva (UE) 2015/849 “os Estados-Membros asseguram que as informações sobre os beneficiários efetivos estão acessíveis em todos os casos: *a*) às autoridades competentes e às UIF, sem restrições; *b*) às entidades obrigadas, no quadro da diligência quanto à clientela nos termos do Capítulo II; *c*) a quaisquer pessoas ou organizações que possam provar um interesse legítimo. As pessoas ou organizações a que se refere a alínea *c*) têm acesso pelo menos ao nome, mês e ano de nascimento, à nacionalidade e ao país de residência do beneficiário efetivo, bem como à natureza e extensão do interesse económico detido”.

Para cumprir estes *resultados*, o RJRCBE *diferenciou os níveis de acesso* ao registo central do beneficiário efetivo. O *acesso público*, previsto no art. 19.º do RJRCBE, ao contrário do que permitia o art. 30.º, 5, *c*), da Diretiva (UE) 849/2015, não está dependente de invocação do “interesse legítimo”⁽⁹⁹⁾.

Haja ou não *interesse legítimo*, qualquer pessoa pode conhecer o acervo de “informação pública” (art. 19.º, 1, do RJRCBE) relativa à *pessoa singular* beneficiário efetivo. No que tange os *beneficiários efetivos*, a informação pública abrange o nome, o mês e ano de nascimento, a nacionalidade, o país da residência e o interesse económico detido (art. 19.º, 1, do RJRCBE), sendo que o acesso ao RCBE é efetuado pelo número de identificação fiscal do beneficiário efetivo⁽¹⁰⁰⁾.

Acrescenta, ainda, o art. 19.º, 3, do RJRCBE que “a disponibilização referida no n.º 1 é regulada em portaria dos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e da justiça”. A disponibilização pública de informação está regulada no art. 7.º da Portaria 233/2018, de 21 de agosto. Esclarece-se que a disponibilização pública da informação é feita mediante “a autenticação do interessado com meios de autenticação segura”, ou seja, os meios que se encontram previstos no art. 3.º da Portaria 233/2018. Estes meios de autenticação segura “permitem à pessoa singular confirmar

⁽⁹⁹⁾ A Diretiva (EU) 2018/843 do Parlamento Europeu e do Conselho de 30 de maio de 2018 altera o art. 30.º da Diretiva 2015/849, fazendo dispensar o requisito do “interesse legítimo”.

⁽¹⁰⁰⁾ No Parecer n.º 23/2018, de 14 de maio de 2018, a Comissão Nacional de Proteção de Dados reitera a posição de que a pesquisa do beneficiário efetivo deve ser feita mediante a indicação do número de identificação civil e não do número de identificação fiscal.

a sua identidade no serviço do RCBE” (art. 7.º, 1, da Portaria 233/2018, de 21 de agosto).

Também as “entidades obrigadas”⁽¹⁰¹⁾ têm acesso ao acervo de informações constantes do Registo Central do Beneficiário Efetivo, nos termos do art. 20.º do RJRCBE. As entidades obrigadas têm acesso “à informação prevista no n.º 1 do art. 8.º e nos arts. 9.º e 10.º, com exceção dos dados relativos ao declarante, do qual as entidades obrigadas apenas acedem ao nome e à qualidade em que atua”. Por consequência, as entidades obrigadas têm acesso ao nome e participação social dos sócios, à identificação dos administradores (entendidos estes em sentido amplo) ou de quem exerça a gestão ou a administração da entidade sujeita ao RCBE. E, ainda, aos dados elencados no art. 9.º do RJRCBE.

Por fim, as “autoridades competentes” ou seja, as autoridades judiciais, policiais e setoriais previstas na Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto, bem com a Autoridade Tributária, “acedem a toda a informação constante do RCBE, incluindo os dados de auditoria previstos no n.º 6 do artigo anterior, no âmbito das respetivas atribuições legais em matéria de prevenção e combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo” (art. 21.º do RJRCBE).

Antecipando os potenciais efeitos perniciosos de um acesso (essencialmente, o acesso público) a dados de beneficiários efetivos, o art. 22.º RJRCBE vem admitir que, “caso a caso”, o “acesso à informação sobre o beneficiário efetivo seja total ou parcialmente limitado quando se verifique que a sua divulgação é suscetível de expor a pessoa assim identificada ao risco de fraude, rapto, extorsão, violência ou intimidação, ou se o beneficiário efetivo for menor ou incapaz”⁽¹⁰²⁾. A decisão sobre as “restrições especiais de acesso” é tomada, *caso a caso*, “pelo presidente do conselho diretivo do IRN, IP, se necessário precedida da avaliação de risco pelas autoridades competentes, na sequência de requerimento fundamentado do declarante, da pessoa indicada como beneficiário efetivo ou do seu representante legal, ou de indicação de qualquer entidade que prossiga fins de investigação criminal”.

A emissão de certidões e informações que podem ser extraídas do RCBE é regulada pelo art. 11.º da Portaria n.º 233/2018, de 21 de agosto.

(101) Sobre o conceito de “entidades obrigadas”, v. o art. 2.º, 1, *r*), da Lei 83/2017.

(102) Veja-se, atualmente, o regime do maior acompanhado, previsto na Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto de 2018, que cria o regime jurídico do maior acompanhado, eliminando os institutos da interdição e da inabilitação, previstos no Código Civil. Sobre este regime, v. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Maiores acompanhados. Primeiras notas depois da aprovação da Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto*, Coimbra: Gestlegal, 2018.

4.2. As objeções expressas pela Comissão Nacional de Proteção de Dados

São de *acesso público e gratuito* o nome, o mês e o ano do nascimento, a nacionalidade, o país da residência e o interesse económico detido pela *pessoa singular beneficiário efetivo* (arts. 19.º, 39.º, 2, do RJRCBE). Assim, qualquer *pessoa singular* que seja *beneficiário efetivo* de participação social (sócio ou não), tem a sua identidade exposta publicamente na *internet*, com a inevitável e irreparável devassa de informações pessoais. Recorde-se, aliás, que o tecido empresarial português é constituído essencialmente por pequenas e médias empresas, muitas delas empresas familiares. Em tais sociedades (muitas delas sociedades por quotas) *facilmente* os sócios são titulares de participações sociais indiciadoras de controlo efetivo da sociedade (mais de 25% do capital social). Em tais circunstâncias, a identidade de tais pessoas singulares é exposta na Internet, haja ou não “interesse público” no conhecimento de tais informações.

Este nível de *acesso público*, através de *Internet*, desvinculado da invocação de interesse público não é exigido pela Diretiva (UE) 2015/849. Na verdade, o art. 30.º, 5, desta Diretiva determina que “Os Estados-Membros asseguram que as informações sobre os beneficiários efetivos estão acessíveis em todos os casos: a) Às autoridades competentes e às UIF, sem restrições; b) Às entidades obrigadas, no quadro da diligência quanto à clientela nos termos do Capítulo II; c) A quaisquer pessoas ou organizações que possam provar um interesse legítimo. As pessoas ou organizações a que se refere a alínea c) têm acesso pelo menos ao nome, mês e ano de nascimento, à nacionalidade e ao país de residência do beneficiário efetivo, bem como à natureza e extensão do interesse económico detido”.

Ora, é importante referi-lo, o art. 30.º, 5, da Diretiva (UE) 2015/849 determina que “quaisquer pessoas ou organizações que possam provar um interesse legítimo” têm acesso pelo menos “ao nome, mês e ano de nascimento, à nacionalidade e ao país de residência do beneficiário efetivo, bem como à natureza e extensão do interesse económico detido”. No processo de transposição para a ordem jurídica interna, o legislador português franqueou o acesso público a estes dados pessoais, dispensando o requisito do interesse legítimo.

A Comissão Nacional de Proteção de Dados, em parecer que teve por objeto a proposta de lei preparatória do RJRCBE⁽¹⁰³⁾, apreciou muito criti-

(103) Trata-se do Parecer n.º 29/2017, relativo ao Processo n.º 6841/2017.

camente este “nível de acesso público”⁽¹⁰⁴⁾, constante atualmente do art. 19.º do RJRCBE. *Eis as objeções* formuladas pela Comissão Nacional de Proteção de Dados: *a*) a publicação na *internet* do nome, mês, ano de nascimento, nacionalidade, país de residência e interesse económico detido é desnecessária para a prevenção do branqueamento de capitais e do financiamento do terrorismo; *b*) as autoridades encarregadas de combater o branqueamento de capitais e o financiamento do terrorismo já têm acesso a essa informação; *c*) essa publicitação através da *internet* implica a “perpetuação da informação, bem como a sua reprodução e o cruzamento infinitos” que não são travados pelo cancelamento do registo do beneficiário efetivo⁽¹⁰⁵⁾.

Segundo a Comissão Nacional de Proteção de Dados, a exposição na *internet* das referidas informações pessoais restringe excessivamente os direitos fundamentais ao respeito pela vida privada e pela proteção dos dados pessoais, consagrados no arts. 26.º, 1, e 35.º da CRP e arts. 7.º e 8.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. O art. 22.º do RJRCBE prevê restrições especiais de acesso, em caso de risco de fraude, rapto, extorsão, violência ou intimidação, ou quando o beneficiário efetivo for incapaz ou menor.

Parece-me que, no essencial, as fragilidades constitucionais identificadas pela Comissão Nacional de Proteção de Dados se mantêm no vigente Regime Jurídico do Registo Central de Beneficiário Efetivo⁽¹⁰⁶⁾.

(104) Comissão Nacional de Proteção de Dados, Parecer 29/2017, p. 5 v. Segundo este Parecer, o legislador justifica este “«nível de acesso público» em duas vertentes: “promove uma maior transparência e, simultaneamente, assegura a cabal execução das obrigações fixadas na Diretiva (UE) n.º 2015/849, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015, no que tange à garantia de acesso de qualquer interessado a um conjunto fundamental de dado, sem a necessidade de densificação do conceito de «interesse legítimo»”.

(105) Algumas destas objeções foram replicadas no Parecer n.º 23/2018, de 14 de maio de 2018, em que a Comissão Nacional de Proteção de Dados aprecia o projeto da Portaria que regula o Regime Jurídico do Registo Central de Beneficiário Efetivo.

(106) Veja-se o que escrevemos em “Controlo de identidade dos sócios — alguns problemas recentes”, *cit.*, p. 87, ss.

5. Sanções para o incumprimento de obrigações declarativas de sócio e da sociedade

5.1. O registo do incumprimento de obrigações declarativas da sociedade

A Diretiva (UE) 2015/849 determina que “quaisquer sanções ou medidas supervenientes devem ser eficazes, proporcionadas e dissuasivas” (art. 58.º, 1).

Há que distinguir, na ordem jurídica portuguesa, entre, por um lado, as sanções aplicáveis à violação das obrigações declarativas imputáveis a *sócio(s)* e as sanções aplicáveis à *sociedade* (quer por incumprimento da obrigação legal de manter atualizado o registo societário do beneficiário efetivo, quer por incumprimento das obrigações declarativas perante o registo central do beneficiário efetivo).

O incumprimento das obrigações declarativas por parte da entidade sujeita ao *registo central de beneficiário efetivo* gera consequências jurídicas muito severas, que estão tipificadas nos arts. 37.º e 38.º, do RJRCBE. O art. 10.º, *f)*, do Código do Registo Comercial submete a registo comercial “o incumprimento da obrigação de declaração de beneficiário efetivo, nos termos da lei”. Por força da alteração introduzida pela Portaria 233/2018, o art. 8.º, 5, do Regulamento do Registo Comercial passou a determinar que “é igualmente refletida na matrícula a informação de que a entidade não cumpriu a obrigação de declaração do beneficiário efetivo, que seja comunicada pelo Registo Central de Beneficiário Efetivo”. Tal informação será “eliminada após comunicação do Registo Central de Beneficiário Efetivo de que cessou a situação de incumprimento” (n.º 2, do art. 8.º do Regulamento do Registo Comercial).

Acresce que, além destas inscrições, a falta de cumprimento das obrigações declarativas ou a “falta de apresentação de justificação que as dispense após o decurso do prazo estipulado para o efeito, nos termos do n.º 2 do art. 26.º, implica a publicitação no RCBE da situação de incumprimento pela entidade sujeita na página eletrónica prevista no art. 19.º” (art. 37.º, 2, do RJRCBE).

Repare-se, ainda, que, nos termos do art. 36.º, 1, do RJRCBE, “a comprovação do registo e das respetivas atualizações de beneficiário efetivo pelas entidades constantes do RCBE deve ser exigida em todas as circunstâncias em que a lei obrigue à comprovação da situação tributária regularizada (...)”.

Já o *incumprimento das obrigações declarativas do sócio* para com a sociedade (arts. 4.º, 5.º, da Lei 89/2017) *não está sujeito a registo público*.

A Lei 89/2017 não esclarece se tal facto (ou seja, o incumprimento por parte do sócio) está ou não sujeito a inscrição no registo interno do beneficiário efetivo. A circunstância de o art. 4.º da Lei 89/2017 submeter a registo interno do beneficiário efetivo os “elementos de identificação” dos sujeitos aí mencionados pode induzir a interpretação de que a sociedade não está obrigada a inscrever no registo societário o incumprimento do sócio.

5.2. Responsabilidade civil do sócio fundador

Nos termos do art. 3.º da Lei 89/2017, os sócios devem identificar, no ato constituinte da sociedade, as “pessoas singulares que detêm, ainda que de forma indireta ou através de terceiro, a propriedade das participações sociais ou, por qualquer outra forma, o controlo efetivo da sociedade, sem prejuízo dos demais requisitos previstos na lei”. Esta norma suscita a questão da responsabilidade civil de sócio fundador pelas informações inexatas ou incompletas sobre o *beneficiário efetivo* prestadas com vista à constituição da sociedade.

Entende-se por *sócios fundadores* aqueles que *participam na constituição da sociedade na qualidade de sócio*⁽¹⁰⁷⁾. Outras pessoas que, em geral, participam no processo de constituição de sociedade, tais como notários, advogados, revisores oficiais de contas, solicitadores, juízes (no caso de constituição de sociedades por saneamento por transmissão, previsto no art. 199.º, do CIRE), consultores, *não assumem a qualidade de fundadores*.

Ora, os sócios-fundadores da sociedade estão sujeitos ao art. 71.º, do CSC, relativo à “responsabilidade quanto à constituição da sociedade”⁽¹⁰⁸⁾. Efetivamente, o n.º 1 prevê a responsabilidade civil pela “inexatidão e deficiência das indicações e declarações prestadas com vista à constituição da sociedade, apresentando, por comparação ao regime geral da responsabilidade civil, certas particularidades em matéria de *culpa* e de *ilici-*

(107) J. M. COUTINHO DE ABREU/MARIA ELISABETE RAMOS, “Artigo 71.º”, *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord. de J. M. Coutinho de Abreu, Vol. I, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2017, p. 884.

(108) J. M. COUTINHO DE ABREU/MARIA ELISABETE RAMOS, “Artigo 71.º”, *cit.*, p. 882, ss. V. tb. SUSANA AIRES DE SOUSA, “Responsabilidade criminal por informações falsas ou incompletas sobre a vida da sociedade comercial”, *E depois do Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, IDET, Colóquios, n.º 6 (2016), Coimbra: Almedina, p. 67, ss.; SUSANA AIRES DE SOUSA, “Direito Penal das Sociedades Comerciais. Qual o Bem Jurídico?”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 12 (2002), n.º 1, janeiro-março, Coimbra: Coimbra Editora, p. 49, ss.

tude⁽¹⁰⁹⁾. Justamente, o art. 3.º da Lei 89/2017 consagra uma manifestação de tal *dever de exatidão* — o dever de o sócio identificar, para efeitos ato constituinte da sociedade, com exatidão e completude a identificação da pessoa singular que é o beneficiário efetivo ou controla a sociedade. Informação que a sociedade irá inscrever no seu registo privado de beneficiário efetivo.

O art. 71.º, 1, do CSC comina com *responsabilidade civil solidária* a prestação de informações inexatas ou deficientes. Trata-se de uma responsabilidade dos *fundadores perante a sociedade* assente na violação de disposições legais que consagram deveres dos fundadores *perante a sociedade*. E embora tais normas possam garantir também interesses de outros sujeitos (sócios e credores), parece não haver razões que afastem a natureza obrigacional da responsabilidade dos fundadores perante a sociedade⁽¹¹⁰⁾. Da *natureza obrigacional* da responsabilidade resulta que se presume a culpa dos fundadores (art. 799.º, 1, do CCiv.). Esta presunção de culpa beneficia a sociedade, porque, invertendo o ónus da prova da culpa (art. 350.º, 1, do CCiv.), dispensa-a de provar este requisito de responsabilidade civil⁽¹¹¹⁾. Para os efeitos do art. 71.º, 1, os fundadores são responsáveis perante a sociedade a título de dolo ou de negligência.

Efetivamente, a insuficiência ou a inexatidão das informações prestadas pelo sócio sobre a pessoa singular beneficiário efetivo pode ser causalmente adequada a provocar danos no património da sociedade — danos provocados pelas coimas ou outras sanções aplicadas em razão do incumprimento das obrigações a cargo da sociedade (v. arts. 6.º, 22.º, 5, da Lei 89/2017, e art. 37.º, do RJRCBE).

5.3. Amortização de participações sociais do sócio incumpridor

Determina o art. 5.º, n.º 3, da Lei n.º 89/2017 que o “incumprimento injustificado do dever de informação pelo sócio, após a notificação prevista no número anterior, permite a amortização das respetivas participações sociais, nos termos previstos no Código das Sociedades Comerciais, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 262/86, de 2 de setembro, designadamente nos seus arts. 232.º e 347.º”.

⁽¹⁰⁹⁾ J. M. COUTINHO DE ABREU/MARIA ELISABETE RAMOS, “Artigo 71.º”, *cit.*, p. 889.

⁽¹¹⁰⁾ J. M. COUTINHO DE ABREU/MARIA ELISABETE RAMOS, “Artigo 71.º”, *cit.*, p. 888.

⁽¹¹¹⁾ J. M. COUTINHO DE ABREU/MARIA ELISABETE RAMOS, “Artigo 71.º”, *cit.*, p. 889.

A *amortização de participação social* reage ao incumprimento injustificado da “obrigação de informação” do sócio perante a *sociedade*⁽¹¹²⁾. O *incumprimento injustificado* do dever de informação a cargo do sócio permite que a sociedade amortize a participação social, com a consequente *extinção* desta. Extinguindo-se a participação social cessa também a “propriedade indireta” de tais participações sociais e cessa a extração, por essa via, de benefícios económicos. Este parece ter sido o propósito desta inovação legislativa. Perante a opacidade sobre quem é o beneficiário efetivo, resultante da não atualização, da insuficiência e inexatidão da informação, corta-se o mal pela raiz, extinguindo a participação social.

Distingue a doutrina entre a amortização enquanto *facto* e a amortização como *efeito* (ou seja, a extinção da quota)⁽¹¹³⁾. A *amortização da quota* consiste na extinção da quota por meio de deliberação dos sócios, provocando a “extinção da relação jurídica complexa instituída pela participação social”, mantendo-se, todavia, direitos já constituídos na esfera jurídica do sócio⁽¹¹⁴⁾. Repare-se, todavia, que o sócio incumpridor pode ver a participação social extinta, ainda que não haja a mais leve suspeita ou indício de branqueamento de capitais ou de financiamento de terrorismo.

O CSC não apresenta um regime geral de amortização de participações sociais⁽¹¹⁵⁾. O CSC regula, de modo separado, a *amortização de quotas* e a *amortização de ações* que assenta, cada um destes regimes jurídi-

(112) A Lei 89/2017 não densifica o que se deve entender por “incumprimento injustificado”, remetendo, parece, para os quadros gerais do incumprimento. Seja como for, o incumprimento justificado da “obrigação de informação” do sócio impede que a sociedade amortize a participação social. A questão que se põe é se só a impossibilidade objetiva ou absoluta é suscetível de justificar o incumprimento do sócio ou se, em certas situações, também a impossibilidade subjetiva é idónea a produzir essa mesma justificação. Sobre as categorias de impossibilidade objetiva e impossibilidade subjetiva, v. por todos, M. J. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 12.ª ed., Coimbra: Almedina, 2009, p. 1074, ss.

(113) CAROLINA CUNHA, “Artigo 232.º”, *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord. de J. M. Coutinho de Abreu, Vol. III, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2016, p. 505.

(114) CAROLINA CUNHA, “Artigo 232.º”, *cit.*, p. 505.

(115) J. M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial...*, Vol. II, *cit.*, p. 372, nt. 909. Sobre as normas jurídico-penais, inscritas no Código das Sociedades Comerciais, relativas à amortização de quotas e de ações, v. SUSANA AIRES DE SOUSA, “Comentário geral sobre as disposições penais”, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, coord. de J. M. Coutinho de Abreu, Vol. VII, Coimbra: Almedina, 2014, p. 398, ss.; “Artigo 512.º”, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, coord. de J. M. Coutinho de Abreu, Vol. VII, Coimbra: Almedina, 2014, pp. 434-439; “Artigo 513.º”, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, coord. de J. M. Coutinho de Abreu, Vol. VII, Coimbra: Almedina, 2014, p. 440, ss.; SUSANA AIRES DE SOUSA/PAULO DE TARSO DOMINGUES, “Os crimes societários: algumas reflexões a propósito dos arts. 509.º a 526.º do Código das Sociedades Comerciais”, com Paulo Tarso Domingues, *in: Infrações Económicas e Financeiras: Estudos de Criminologia e de Direito*, coord. de José Neves Cruz, Carla Cardoso, André Lamas Leite, Rita Faria, Coimbra Editora: Coimbra, 2014, p. 505, ss.

cos, em diferentes pressupostos, requisitos e desencadeiam efeitos, também eles, diferenciados⁽¹¹⁶⁾.

Perguntar-se-á, todavia, se a amortização de participações sociais, enquanto reação ao incumprimento injustificado da “obrigação de informação” (art. 5.º, 3, da Lei 89/2017) a cargo do sócio constitui a medida *indispensável* à proteção da integridade do sistema financeiro. Não poderiam ser salvaguardadas a atualização do registo societário do beneficiário efetivo e a integridade do sistema financeiro através de medidas menos gravosa para o direito de propriedade do sócio? Significará a amortização de participações sociais a “justa medida” ou, pelo contrário, mostra-se *excessiva e desproporcionada* tendo em conta os fins de preservação da integridade do sistema financeiro que se quer cumprir?⁽¹¹⁷⁾.

5.4. Sanções aplicáveis à sociedade

Nos termos do art. 6.º da Lei n.º 89/2017, o incumprimento pela sociedade do dever de manter um registo atualizado dos elementos de identificação do beneficiário efetivo constitui contraordenação punível com coima de € 1000 a € 50 000. O n.º 2 do art. 6.º da Lei n.º 89/2017 apresenta-se como norma de remissão para a Lei n.º 83/2017 e para o regime geral do ilícito de mera ordenação social. Pois, bem, a Lei 83/2017 *não regula o registo societário ou interno do beneficiário efetivo*; esta Lei previu no art. 34.º o Registo Central de Beneficiário Efetivo. Por conseguinte, parece que se aplicam à contraordenação tipificada no art. 6.º da Lei 89/2017 as “disposições gerais”, previstas nos arts. 160.º a 168.º da Lei 83/2017. Mas já não se aplicarão as disposições constantes da Subsecção II, relativas aos *ilícitos em especial*, pela elementar razão de que a Lei 83/2017 *não prevê* o dever de a sociedade manter atualizado o registo interno do beneficiário efetivo. Ora, sendo assim, parece que não se aplicam ao art. 6.º da Lei 89/2017 as “disposições processuais” previstas nos arts. 173.º e ss. da Lei 83/2017, pois tais “disposições processuais” dizem respeito à competência instrutória e decisória dos procedimentos instaurados pela prática das contraordenações previstas pela Lei 83/2017.

Em síntese: a Lei 83/2017 não responde à questão de saber qual é a entidade competente para aplicar a coima prevista no art. 6.º da Lei 89/2017.

⁽¹¹⁶⁾ Com mais desenvolvimentos, v. MARIA ELISABETE RAMOS, “Controlo de identidade dos sócios — alguns problemas recentes”, *cit.*, p. 89, ss.

⁽¹¹⁷⁾ Com mais desenvolvimentos, MARIA ELISABETE RAMOS, “Controlo de identidade dos sócios — alguns problemas recentes”, *cit.*, p. 96, ss.

Ora, o art. 34.º do Regime Geral das Contraordenações determina que “a competência em razão da matéria pertencerá às autoridades determinadas pela lei que prevê e sanciona as contraordenações”. O n.º 2 do art. 34.º acrescenta que no silêncio da lei serão competentes os serviços designados pelo membro do Governo responsável pela tutela dos interesses que a contraordenação visa defender ou promover”.

Ora, nem a Lei 83/2017 nem a Lei 89/2017 identificam a entidade administrativa competente em razão da matéria para aplicar a contraordenação prevista no art. 6.º da Lei 89/2017. Parece que, por via interpretativa, não se poderá suprir tal omissão pela aplicação do art. 528.º, 8, do CSC, pois tal resultado parece não satisfazer o princípio da legalidade das contraordenações que exige que a lei ou o membro do Governo responsável pela tutela dos interesses que a contraordenação visa defender ou promover identifique a entidade administrativa competente.

São *muito gravosas* [talvez para serem *dissuasoras* , como exige a Diretiva (EU) 2015/849] as sanções previstas no art. 37.º do RJRCBE para o incumprimento das obrigações declarativas da sociedade sujeita ao RJRCBE⁽¹¹⁸⁾. Assim, nos termos do art. 37.º, 1, *a* , do RJRCBE, à sociedade incumpridora é vedado distribuir lucros de exercício ou fazer adiantamentos sobre lucros no exercício⁽¹¹⁹⁾. Enquanto “não se verificar o cumprimento das obrigações declarativas e de retificação previstas no presente regime” (art. 37.º, 1, do RJRCBE), a sociedade está impedida de *distribuir lucros* . Compreende-se esta medida. Perante a opacidade sobre quem é/são os beneficiários efetivos da sociedade, suspende-se o acesso a benefícios económicos gerados pela sociedade, até que, pelo cumprimento das obrigações declarativas a cargo da sociedade, se torne transparente quem é/são o(s) beneficiário(s) efetivos da sociedade. Se olharmos a mesma questão pelo lado dos sócios, observa-se que todos eles são afetados, pois não recebem lucros, ainda que tenham cumprido escrupulosamente as suas obrigações declarativas perante a sociedade⁽¹²⁰⁾.

“Enquanto não se verificar o cumprimento das obrigações declarativas e de retificação” previstas no RJRCBE, a sociedade está impedida de

(118) Veja-se a disposição transitória prevista no art. 22.º, 5, da Lei 89/2017.

(119) Sobre as deliberações de distribuição de lucros nas sociedades por quotas, v. PAULO DE TARSO DOMINGUES, “Artigo 217.º”, *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord. de J. M. Coutinho de Abreu, Vol. III, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2016, p. 331, ss., “Artigo 294.º”, *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, Vol. V, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2018, p. 281, ss., e bibliografia indicada em ambos os comentários.

(120) Paulo de Tarso Domingues sublinhou esta consequência jurídica em sessões públicas dedicadas ao regime do beneficiário efetivo.

celebrar contratos de fornecimentos, empreitada de obras públicas ou aquisição de serviços e bens com o Estado, regiões autónomas, institutos públicos, autarquias locais e instituições particulares de solidariedade social maioritariamente financiadas pelo Orçamento do Estado [art. 37.º, 1, b), da Lei 89/2017]. Através desta proibição de contratação, pretende-se evitar que, perante uma situação não transparente sobre quem é ou quem são os beneficiários efetivos de uma sociedade, eles possam ter acesso a benefícios económicos do Estado, regiões autónomas, institutos públicos, autarquias ou IPSS financiadas maioritariamente pelo Estado.

A sociedade incumpridora de obrigações declarativas perante o registo central do beneficiário efetivo está vedado concorrer à concessão de serviços públicos [art. 37.º, 1, c), do RJRCBE] ou admitir à negociação em mercado regulamentado instrumentos financeiros representativos do seu capital social ou nele convertíveis [art. 37.º, 1, d), do RJRCBE]. Impede-se, designadamente, que a sociedade incumpridora das obrigações declarativas relativas ao beneficiário efetivo se financie no mercado de capitais, porque não é transparente quem é/são o(s) beneficiário(s) efetivo(s).

Por fim, a sociedade incumpridora está impedida de intervir como parte em “qualquer negócio que tenha por objeto a transmissão da propriedade, a título oneroso ou gratuito, ou a constituição, aquisição ou alienação de quaisquer outros direitos reais de gozo ou de garantia sobre quaisquer bens imóveis” [art. 37.º, g), do RJRCBE]. Neste caso, o “titulador procede à consulta do RCBE, fazendo constar do documento de recusa de titulação essa circunstância” (art. 37.º, 3, do RJRCBE).

5.5. Responsabilidade civil e criminal de quem preste falsas declarações para efeitos de registo do beneficiário efetivo

Segundo o art. 38.º do RJRCBE, quem prestar falsas declarações para efeitos de registo do beneficiário efetivo, para além da responsabilidade criminal em que incorre, nos termos do art. 348.º-A do Código Penal, responde civilmente pelos danos a que der causa.

Conclusão

Em Portugal, a transposição do Capítulo III da Diretiva (UE) 2015/849 criou um modelo dual de registo do beneficiário efetivo. A Lei 89/

/2017 instituiu, por um lado, o registo interno ou societário de beneficiário efetivo que configura um *registo privado*, gerido pela sociedade e de acesso privado. Esta base de dados de natureza privada reúne as informações relativas aos “elementos de identificação” dos sujeitos mencionados no art. 4.º da Lei 89/2017, designadamente dos beneficiários efetivos da sociedade. Este registo está funcionalmente vocacionado para permitir o escrupuloso cumprimento dos deveres declarativos da sociedade, designadamente perante o Registo Central do Beneficiário Efetivo. A informação nele recolhida deverá ser “suficiente” para o cumprimento de tais obrigações.

É à sociedade, mais especificamente, ao órgão de administração e de representação, que compete criar este registo interno ou societário e mantê-lo atualizado. Todavia, é ao *sócio* (não ao beneficiário efetivo que não seja sócio) que compete a obrigação de informar a sociedade de todas as alterações aos “elementos de identificação” dos sujeitos mencionados no art. 4.º, nomeadamente do beneficiário efetivo.

O art. 5.º, 2 da Lei 89/2017 sanciona o incumprimento injustificado da “obrigação de informação” do sócio com a amortização de participação social, nos termos previstos nos arts. 232.º e 347.º, do CSC. É questionável se esta medida de reação ao incumprimento injustificado do sócio constitui a “justa medida” ou se, antes, se mostra excessiva e desproporcionada.

Também a sociedade pode ser sancionada pelo incumprimento do dever de manter o registo societário atualizado. Este comportamento ilícito da sociedade é tipificado como contraordenação, sendo prevista uma coima de € 1000 a € 50 000.

O *Registo Central do Beneficiário Efetivo* constitui-se como uma enciclopédica base de dados que concentra informação *suficiente, exata e atual* sobre pessoas singulares beneficiários efetivos. Trata-se de um registo público tanto na *gestão*, confiada ao Instituto Nacional dos Registos e do Notariado, I.P., como no *acesso*, franqueado, quanto a certas informações, também ao público em geral.

O objetivo principal desta base de dados é o reforço da transparência nas relações comerciais e o cumprimento dos deveres em matéria de prevenção e combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo (art. 27.º, do RJRCBE).

Compete à sociedade, de modo periódico, cumprir obrigações declarativas perante o Registo Central do Beneficiário Efetivo. A obrigação declarativa da sociedade cumpre-se através do preenchimento de formulário eletrónico que concretiza as circunstâncias indiciadores da qualidade de beneficiário efetivo, tornando-se, por esta razão uma peça central no processo de recolha de informação sobre o beneficiário efetivo.

O RJRCBE segmentou diversos níveis de acesso à informação constante desta base de dados. O RJRCBE, divergindo da Diretiva, permite o acesso público a informações pessoais sobre o beneficiário efetivo, tenha ou não o utente “interesse legítimo” em tal informação. A Comissão Nacional de Proteção de Dados avaliou muito criticamente este nível de acesso público, tendo em conta a irreparável disseminação de informação pessoal e a conseqüente restrição dos direitos pessoais de beneficiários efetivos.

O incumprimento das obrigações declarativas da sociedade perante o Registo Central do Beneficiário Efetivo está sujeito a registo, sendo gravosas as sanções associadas a tal incumprimento.

EXCEÇÃO E AUTORIDADE DE CASO JULGADO. ALGUMAS NOTAS PROVISÓRIAS

Por Rui Pinto⁽¹⁾

SUMÁRIO:

§1.º Introdução. 1. Aceções de caso julgado: o caso julgado como imutabilidade decisória. A) Noção; caso julgado positivo e negativo. (Continuação). B) Função: estabilidade ordinária de uma decisão. (Continuação). C) Justificação constitucional. 2. (Continuação): o caso julgado como eficácia jurídica da decisão dotada de imutabilidade. A) Vinculação das partes e do tribunal; caso julgado formal e caso julgado material. (Continuação). B) Distinção entre efeito negativo e efeito positivo do caso julgado.

§2.º Efeito negativo do caso julgado em especial (exceção dilatória de caso julgado). 1. Requisitos objetivos e subjetivos: a tríplice identidade (relações de identidade entre causas). 2. Aferição concreta e efeitos processuais da exceção de caso julgado; os casos julgados contraditórios.

§3.º Efeito positivo do caso julgado, em especial (autoridade de caso julgado). 1. Distinção entre efeito positivo interno e efeito positivo externo. 2. Efeito positivo interno. A) Objeto. (Continuação). B) Sujeitos. (Continuação). C) Duração temporal. 3. Efeito positivo externo. A) Delimitação e âmbito. (Continuação). B) Condições objetivas. (Continuação). C) Condição subjetiva. (Continuação). D) Justificação: a decisão como título jurídico recognitivo ou constituição de direitos; a proibição de decisões contraditórias; inexistência de litispendência por autoridade de caso julgado. (Continuação). E) Relações de prejudicialidade entre causas, em especial. (Continuação). F) Relações de concurso entre causas no caso julgado positivo. (Continuação). G) Relações de concurso entre causas no caso julgado negativo.

§4.º Regimes especiais. 1. Exceção e autoridade de caso julgado nos incidentes. 2. Exceção e autoridade de caso julgado na arbitragem.

(1) Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

§1.º Introdução

1. Aceções de caso julgado: o caso julgado como imutabilidade decisória

A) Noção; caso julgado positivo e negativo

I. O caso julgado tanto designa a qualidade de imutabilidade da decisão judicial que *transitou em julgado*, como o conjunto dos efeitos jurídicos que têm o transito em julgado da decisão judicial por condição.

Começemos pela primeira aceção de caso julgado.

II. Diz-se que a decisão transitou em julgado logo que não seja suscetível de recurso ordinário ou de reclamação (cf. art. 628.º)⁽²⁾.

Trata-se, por conseguinte, de uma qualidade formal ou externa ao próprio teor da decisão.

Nas decisões proferidas na sequência de um pedido ou requerimento podemos distinguir, em razão do seu sentido, entre *caso julgado positivo* e *caso julgado negativo*. O caso julgado é positivo quando a decisão julga procedente o pedido do autor; o caso julgado é negativo quando a decisão julga improcedente o pedido do autor⁽³⁾.

(Continuação)

B) Função: estabilidade ordinária de uma decisão

A imutabilidade da decisão permite que esta alcance uma estabilidade, ou seja, uma continuidade, na emissão dos respetivos efeitos jurídicos.

O trânsito em julgado constitui uma técnica de estabilização dos resultados do processo, mas que não é única, integrando-se numa linha gradual de estabilização. Efetivamente, decorre, desde logo, do art. 613.º, n.º 1, que, prolatada a sentença ou despacho, o tribunal não os pode revoGAR, por perda de poder jurisdicional. Trata-se, pois, de uma regra de proibição do livre arbítrio e discricionariedade na estabilidade das decisões judiciais.

⁽²⁾ Todos artigos citados pertencem ao Código de Processo Civil em vigor em Portugal desde 1 de setembro de 2013, salvo indicação diversa.

⁽³⁾ Usamos o termo “autor” em sentido amplo, de modo a abranger qualquer sujeito que deduza um pedido ao tribunal, sobre o qual este decida com valor de caso julgado. Portanto, cabem aqui o autor, o exequente, o requerente, seja este último uma parte ou um terceiro requerente.

Graças a esta regra, antes mesmo do trânsito em julgado, uma decisão adquire com o seu proferimento um *primeiro nível de estabilidade* interna ou restrita, perante o próprio autor da decisão.

No entanto, se o conteúdo da decisão é inalterável quanto ao órgão que a produziu, apenas o será para as demais instancias, quando sobrevir o trânsito em julgado, nos termos do art. 628.º. Aí, a decisão alcança um *segundo nível de estabilidade alargada*, vinculando o tribunal e as partes, dentro do processo (cf. art. 620.º), ou mesmo fora dele, perante outros tribunais (cf. art. 619.º).

Ainda assim, mesmo o trânsito em julgado trará uma estabilidade *condicional* uma vez que o sistema admite recursos extraordinários, nos termos dos arts. 627.º, n.º 2, segunda parte, 688.º, ss. e 696.º, ss. Em sede de ação executiva, também a oposição à execução de sentença (cf. art. 729.º) pode afastar os efeitos que resultariam, *prima facie*, da decisão.

Uma vez que esses recursos extraordinários têm um prazo — cf. arts. 689.º, n.º 1 e 697.º, n.º 2, salvo quanto a direitos de personalidade — pode dizer-se que apenas no termo desse prazo e que a decisão alcança um *terceiro nível de estabilidade alargada*, definitiva. No entanto, e como melhor veremos adiante, será sempre uma estabilidade formal, *i.e.*, do título judicial em si mesmo, pois que o teor de uma decisão transitada em julgado vincula *rebus sic stantibus*: enquanto não sobrevirem alterações subjetivas ou objetivas aos direitos declarados na sentença ou à situação processual objeto do despacho.

(Continuação)

C) Justificação constitucional

A imutabilidade da decisão judicial no termo de um processo que cumpriu os requisitos do *due process of law* constitui uma garantia processual de fonte constitucional, enquanto expressão do princípio da segurança jurídica, próprio do Estado de Direito (cf. art. 2.º da Constituição), à semelhança da referida regra do esgotamento do poder jurisdicional (cf. anotação ao art. 613.º, n.º 1). A garantia de caso julgado consta, aliás, expressamente do art. 2.º, n.º 1 do Código de Processo Civil⁽⁴⁾.

(4) Ver a necessidade de estabilidade da decisão judicial, *por ex.*, no ac. TC 65/88 (23/3/1988), DR 192/II (20/8/1988), 7591 = BMJ 375 (1988), 178, e na doutrina de GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*⁷, 2003 (reimp. 2007), 264 e de ISABEL ALEXANDRE, *O caso julgado na jurisprudência constitucional portuguesa*, “Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa”, 2003, 11-77.

2. (Continuação): o caso julgado como eficácia jurídica da decisão dotada de imutabilidade

A) Vinculação das partes e do tribunal; caso julgado formal e caso julgado material

I. Passemos, agora, à *segunda aceção* de caso julgado.

Alcançada a qualidade de imutabilidade, o enunciado constante da decisão passa a ter “força obrigatória” *dentro* do processo (cf. art. 620.º, n.º 1, sem prejuízo dos despachos do art. 630.º ressalvadas pelo respetivo n.º 2) e (também) *fora dele*, quando julgue do mérito da causa. Note-se que este diferente âmbito do caso julgado tem, pois, que ver com o objeto da decisão, e corresponde, respetivamente, ao *caso julgado formal* e ao *caso julgado material*⁽⁵⁾.

II. A força obrigatória das decisões que gozam de caso julgado formal é absoluta: mantém-se mesmo que o juiz seja substituído por outro ou o processo seja remetido para outro tribunal, *por ex.*, na sequência de alteração do mapa judiciário⁽⁶⁾. Tampouco pode ser afastada por uma mera invocação do princípio da adequação formal, do art. 547.º⁽⁷⁾.

Exemplos: RL 5-11-2013/Proc. 1043/09.4T2AMD.L1-7 (ROSA RIBEIRO COELHO): “A decisão, aceite por ambas as partes, que considerou ser adequada a forma de processo comum sumario, e não a de expropriação que vinha sendo adotada, recaindo sobre a relação processual, concretamente sobre a forma de processo adequada para apreciar e decidir a pretensão deduzida, tem força obrigatória dentro do processo, nos termos do n.º 1 do art. 620.º do CPC — idêntico ao art. 672.º, n.º 1 do CPC então vigente —, pelo que no seu âmbito não é admissível outro despacho sobre a matéria”; RE 21-01-2016/Proc. 2450/10.5TVLSB.E1 (MATA RIBEIRO): “O despacho proferido a indeferir liminarmente o incidente de habilitação, entendendo que o mesmo, tendo sido requerido depois de ter sido proferido o acórdão pelo qual se julgou definitivamente a ação, altura em que estavam já findos os termos desta, era manifestamente intempestivo, uma vez transitado em julgado, faz caso julgado formal, impedindo que posteriormente venha o tribunal a proferir novo despacho de sentido contrário”.

Dito isto, deve ser tido em conta que o n.º 2 do art. 620.º determina que se excluem da regra do caso julgado formal “os despachos previstos

(5) O “caso julgado formal só tem um valor intraprocessual enquanto o caso julgado material além dessa eficácia intraprocessual é suscetível de valer num processo distinto daquele em que foi proferida a decisão transitada”. [RL 5-7-2018/Proc. 26902/13.6T2SNT.L1-2 (MARIA JOSÉ MOURO)].

(6) Ver RC 20-10-2015/Proc. 231514/11.3YIPRT.C1 (MARIA DOMINGAS SIMÕES).

(7) Assim, RC 20-12-2011/545/09.7T2OVR-B.C1 (CARLOS QUERIDO).

no art. 630.^o(⁸). Esta exclusão não significa que esses despachos não tenham força obrigatória dentro do processo. Significa, sim, que o juiz não estará vinculado a eles de modo absoluto, podendo alterá-los.

É certo que o juiz deve respeitar as legítimas expectativas das partes que confiaram no conteúdo da primeira decisão. Ou seja: a proibição de arbítrio decisório, decorrente não só da segurança jurídica, mas também do processo equitativo (cf. art. 20.^o, n.^o 4 da Constituição), sempre limitará a alteração posterior do despacho inicial.

Mas o juiz pode alterar uma decisão ao abrigo do art. 620.^o, n.^o 2 se houver a superveniência de factos ou de direito que tornem essa alteração necessária para bom andamento do procedimento ou a boa decisão da causa. *Por ex.*: o despacho de marcação da data da audiência final [cf. arts. 591.^o, n.^o 1, al. g) e 593.^o, n.^o 2, al. d)], pode ser alterado se o juiz tem de realizar um exame médico, mais tarde agendado; o juiz pode revogar prévio despacho seu em que marcara uma inspeção judicial (cf. art. 490.^o), com fundamento em que a mesma se tornou desnecessária.

(Continuação)

B) Distinção entre efeito negativo e efeito positivo do caso julgado.

I. A força obrigatória desdobra-se numa dupla eficácia, designada por *efeito negativo* do caso julgado e *efeito positivo* do caso julgado.

O *efeito negativo do caso julgado* consiste numa proibição de repetição de nova decisão sobre a mesma pretensão ou questão, por via da exceção dilatória de caso julgado, regulada em especial nos arts. 577.^o, al. i), segunda parte, 580.^o e 581.^o. Classicamente, corresponde-lhe o brocardo *non bis in idem*.

O *efeito positivo* ou autoridade do caso *lato sensu* consiste na vinculação das partes e do tribunal a uma decisão anterior(⁹). Classicamente, corresponde-lhe o brocardo *judicata pro veritate habetur*.

Enquanto, o *efeito negativo* do caso julgado leva a que apenas uma decisão possa ser produzida sobre um mesmo objeto processual, mediante

(⁸) Trata-se dos despachos de mero expediente, dos despachos os proferidos no uso legal de um poder discricionário, das decisões de simplificação ou de agilização processual, proferidas nos termos previstos no n.^o 1 do art. 6.^o, das decisões proferidas sobre as nulidades previstas no n.^o 1 do art. 195.^o e das decisões de adequação formal, proferidas nos termos previstos no art. 547.^o

(⁹) Assim, TEIXEIRA DE SOUSA, *O objecto da sentença e o caso julgado material (O estudo sobre a funcionalidade processual)*, BMJ 325, 159.

a exclusão de poder jurisdicional para a produção de uma segunda decisão, o *efeito positivo* admite a produção de decisões de mérito sobre objetos processuais materialmente conexos, na condição da prevalência do sentido decisório da primeira decisão. Neste sentido, o ac. RG 7-8-2014/ Proc. 600/14TBFLG.G1 (JORGE TEIXEIRA) enunciou que os “efeitos do caso julgado material projectam-se no processo subsequente necessariamente como *excepção de caso julgado*, em que a existência da decisão anterior constitui um impedimento a decisão de idêntico objecto posterior, ou como *autoridade de caso julgado material*, em que o conteúdo da decisão anterior constitui uma vinculação a decisão do distinto objecto posterior”; identicamente, veja-se o ac. RG 17-12-2013/Proc. 3490/08.0TBBCL.G1 (MANUEL BARGADO).

Explicado de outro modo, enquanto com o efeito negativo um ato processual decisório anterior obsta a um ato processual decisório posterior, com o efeito positivo um ato processual decisório anterior determina (ou pode determinar) o sentido de um ato processual decisório posterior.

II. O efeito negativo tem por destinatário os tribunais e apresenta *natureza processual*. Traduz-se na *excepção dilatória de caso julgado*

O efeito positivo tem por destinatário as partes e os tribunais e apresenta diversa natureza, em razão do objeto da decisão. Assim, nas decisões que têm por objeto a relação processual o efeito positivo é estritamente *processual*; já nas decisões sobre o mérito da causa o efeito positivo é *material* — a sentença é título bastante de efeitos materiais.

§2.º Efeito negativo do caso julgado em especial (excepção dilatória de caso julgado)

1. Requisitos objetivos e subjetivos: a tríplice identidade (relações de identidade entre causas).

I. A excepção dilatória de caso julgado, regulada em especial nos arts. 577.º, al. i), segunda parte, 580.º e 581.º do Código de Processo Civil português, dá expressão legal ao *efeito negativo do caso julgado*. No plano constitucional o seu fundamento é o princípio da segurança jurídico ínsito ao Estado de Direito, do art. 2.º da Constituição Portuguesa, à semelhança do que vimos suceder com o trânsito em julgado.

A ocorrência da exceção de caso julgado, supõe uma particular relação entre ações judiciais: uma relação de identidade entre os sujeitos e os objetos de duas causas. Em termos lógicos, pressupõe-se, então, a “repetição de uma causa”, conforme enuncia o art. 580.º, n.º 1.

Justamente, com base no n.º 1 do art. 581.º pode afirmar-se que se dá repetição de causa se *os sujeitos, o pedido e a causa de pedir da segunda ação são os mesmos que os da ação já transitada em julgado*.

Cabe aos restantes números do mesmo art. 581.º definirem cada um dos elementos desta “tríplice identidade” [ac. RC 6-9-2011/Proc. 816/09.2TBAGD.C1 (JUDITE PIRES) e RP 21-11-2016/Proc. 1677/15.8T8VNG.P1 (JORGE SEABRA)], enquanto “requisitos”.

Analiseemos esses requisitos.

II. Para efeitos da exceção de caso julgado (e de litispendência) a lei usa no n.º 4 do art. 581.º um conceito *restrito* de causa de pedir que apenas compara os factos *principais* de duas causas⁽¹⁰⁾.

Diferenças ao nível dos *factos complementares* invocados não são consideradas. Há identidade de causas de pedir mesmo que os factos complementares sejam diversos.

Exemplos: se numa ação por acidente de viação se alega o facto danoso como tendo sido propositado e noutra ação como tendo sido inconsciente, há, ainda assim, identidade de causa de pedir; se numa ação se quantifica o dano em 1 000 e noutra em 10 000 também há identidade de causa de pedir; o mesmo se diga se a data do vencimento for diferente em cada ação pendente relativa a um mesmo crédito; identicamente a aferição das exceções de litispendência e caso julgado perante uma ação de reivindicação não considera uma eventual condição suspensiva de aquisição da propriedade alegada numa ação, mas omitida noutra ação.

Assim, segundo o ac. RP 9-7-2014/Proc. 16/13.7TBMSF.P1 (PEDRO MARTINS) “para efeito da verificação da exceção do caso julgado, se os factos aditados aos factos alegados na outra acção são apenas complementares ou concretizadores de uma causa de pedir que estava suficientemente individualizada, a *causa de pedir é idêntica*”; ou, ainda, se certo Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça em termos definitivos, “julgou improcedente o pedido de condenação do empregador no reconhecimento ao trabalhador da promoção a um nível salarial superior desde uma determinada data e no pagamento das inerentes diferenças salariais e juros de

⁽¹⁰⁾ Ver a nossa anotação ao art. 5.º, feita no *Código de Processo Civil anotado* I, 2018, 46, ss., para a distinção entre as várias aceções de causa de pedir e para a distinção entre categorias de factos alegados.

mora” verifica-se “a exceção dilatória de caso julgado, quando o mesmo trabalhador propõe uma nova Acção em que e reclamada a condenação do mesmo Réu na referida promoção desde idêntica data e no pagamento das diferenças salariais vencidas e respetivos juros de mora, sustentando tais pretensões no *mesmo título jurídico ou causa de pedir*, que não sofre, para esse efeito, modificação relevante pela circunstancia do Autor alegar e procurar provar no segundo processo *factos anteriores ou contemporâneos do primeiro pleito judicial, que então não equacionou articular e demonstrar e que estiveram na base do decaimento dos correspondentes pedidos*” [RL 13-5-2015/Proc. 105/13.8TTALM.L1-4 (JOSÉ EDUARDO SAPATEIRO)].

Também não relevam as diferenças ao nível da *qualificação jurídica* dos factos invocados. Há identidade de causas de pedir mesmo que a qualificação jurídica seja diversa, tanto se a primeira decisão foi de procedência, como se foi de improcedência.

Assim, se o autor obteve a condenação do réu na restituição de quantia pecuniária cedida a título de mútuo fica também impedido de deduzir o mesmo pedido com fundamento nos mesmos factos, agora qualificados como contrato de mandato; se o autor obteve a condenação no pagamento de certo valor a título de indemnização por dano, não pode pedir uma condenação a título de enriquecimento sem causa. Em qualquer dos casos, ser-lhe-á oposta a exceção dilatória de caso julgado.

Isto é assim, porquanto a qualificação jurídica dos factos não integra a causa de pedir. A causa de pedir integra os “factos com relevância jurídica”, mas não as “qualificações jurídicas que podem ser atribuídas”, escreve TEIXEIRA DE SOUSA⁽¹¹⁾.

É certo que o autor tem o ónus de alegar como causa de pedir um facto *jurídico* (n.º 4 do presente artigo) de onde retira a sua pretensão. Como tal, tem de dar uma qualificação jurídica aos eventos da vida que alega; *i.e.*, tem de os subsumir a normas substantivas. Mas, visto que o tribunal não está vinculado à qualificação do autor, nos termos do art. 5.º, n.º 3 — e daí a possibilidade de improcedência do pedido por razões de direito —, o autor sujeita-se a que, em caso de improcedência⁽¹²⁾, não possa colocar outra ação com nova qualificação jurídica. Em suma: “o caso julgado abrange todas as possíveis qualificações jurídicas do objeto apreciado”, pelo que “quando o objeto apreciado for susceptível de com-

⁽¹¹⁾ *Estudos sobre o novo processo civil*², 1997, 576; identicamente, LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao processo civil. Conceito e princípios gerais à luz do novo Código*⁴, 2017, 74.

⁽¹²⁾ Mas também em caso de procedência.

portar várias qualificações jurídicas [...] o caso julgado, ainda que referido a uma única dessas qualificações, abrange-as a todas elas”⁽¹³⁾.

III. Por seu turno, para a identidade de sujeitos a lei não exige a presença das mesmas e concretas pessoas físicas ou jurídicas nas duas causas, mas que “as partes s[ejam] as mesmas sob o ponto de vista da sua qualidade jurídica” (art. 581.º, n.º 2).

Portanto, para este efeito, não releva o estrito conceito formal de parte, mas, na verdade, um conceito *material* de parte. Este apura-se pelo âmbito de eficácia material⁽¹⁴⁾ do objeto processual e não pela estrita e literal titularidade da instância.

Assim, estão abrangidos pelos efeitos do caso julgado (*in casu*, da exceção de caso julgado) não somente os *concretos titulares do direito ou bem litigioso que eram partes na causa* à data do trânsito em julgado da sentença⁽¹⁵⁾ — tanto *solitariamente* na ação, como em *litisconsórcio necessário*⁽¹⁶⁾ —, como, ainda, os seus *transmissários ou sucessores* posteriores ao trânsito em julgado.

Naturalmente que nos *direitos indisponíveis ou intransmissíveis* esta extensão não ocorre: assim, campo dos direitos de personalidade e dos estados civis não existem transmissários ou sucessores dos mesmos pelo que apenas o concreto sujeito que esteve no processo pode ser tido como parte, para efeitos do caso julgado.

Exemplo: apesar da “improcedência da ação oficiosa de investigação da paternidade instaurada pelo Ministério Público, o efeito do caso julgado não se estende à pretensa filha, terceira na ação, podendo esta propor nova ação de investigação, ainda que baseada nos mesmos factos” [STJ 5-7-2018/Proc. 1097/16.7T8FAR.EI.S1 (OLINDO GERALDES)].

Também estão fora do perímetro de efeitos do caso julgado os *cocredores* e os *codevedores* — *parciários* ou *solidários* — os *devedores subsi-*

⁽¹³⁾ TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos, cit.*, 576.

⁽¹⁴⁾ Ou processual, quando se trate de caso julgado formal.

⁽¹⁵⁾ Porquanto até essa data pode haver lugar a incidente de habilitação, graças ao disposto nos arts. 351.º, ss., e, em especial, no art. 357.º.

⁽¹⁶⁾ Justamente a lei pode prever um litisconsórcio necessário (legal) para garantir a igual e uniforme sujeição ao caso julgado de todos os sujeitos diretamente interessados; veja-se a nossa anotação ao art. 33.º, *Código I, cit.*, 140, ss. A lei pode prever também que um terceiro que não caiba no âmbito do art. 581.º, n.º 2, querendo, possa aproveitar do caso julgado: o terceiro codevedor solidário, pelo art. 522.º, CC, o credor solidário, pelo art. 531.º, CC, o credor de obrigação indivisível, pelo art. 538.º, n.º 2, CC, o terceiro fiador, pelo art. 635.º, CC, ou o terceiro hipotecário, pelo art. 717.º, n.º 2, CC, podem invocar o caso julgado alheio. Trata-se da extensão subjetiva do caso julgado *secundum eventum litis* (ver adiante) mas que relevará como *autoridade* de caso julgado, mas não com *exceção dilatória* de caso julgado.

diários, e em geral, os sujeitos que poderiam participar em *litisconsórcio voluntário* na causa e não o fizeram: eles não têm a mesma qualidade jurídica. O caso julgado não pode, pois, ser oposto a esses sujeitos; apenas aqueles que foram efetivamente litisconsortes.

Exemplo: o caso julgado contra um dos avalistas de uma livrança não pode ser oposto a outro avalista da mesma livrança; o caso julgado contra um devedor solidário não se estende a um seu codevedor.

Em resultado, pode ser gerada uma coincidência *parcial* entre sujeitos nos casos de litisconsórcio e coligação voluntários quanto àqueles que concretamente estiveram na causa: havendo duas ações litisconsorciais ou coligatórias que coincidam quanto a alguns dos litisconsortes ou coligados há exceção de caso julgado quanto aos sujeitos coincidentes. Fora desse âmbito de coincidência subjetiva não pode ser oposta exceção de caso julgado, nem invocada a autoridade de caso julgado⁽¹⁷⁾.

Mas já são as mesmas partes sob o ponto de vista da sua qualidade todos os sujeitos que integrem um *litisconsórcio voluntário* que seja *unitário*: aí cada interessado representa, em substituição processual, todos os demais interessados não partes do processo, pelo que estes se sujeitam aos efeitos da sentença: *por ex.*, o art. 1405.º, n.º 2, CC (“Cada consorte pode reivindicar de terceiro a coisa comum, sem que a este seja licito opor-lhe que ela lhe não pertence por inteiro”) e o art. 61.º, CSC (“A sentença que declarar nula ou anular uma deliberação e eficaz contra e a favor de todos os sócios e órgãos da sociedade, mesmo que não tenham sido parte ou não tenham intervindo na ação”)⁽¹⁸⁾. Portanto, nestes casos, estes terceiros serão os mesmos do ponto de vista da qualidade jurídica para efeitos da exceção de caso julgado; cf. arts. 577.º, al. i), 580.º e 581.º.

Finalmente, a consideração da qualidade de jurídica do sujeito determina a *irrelevância da concreta posição processual ocupada*: se antes o sujeito foi autor e, numa segunda causa, é réu, tal não obsta à exceção de caso julgado; e inversamente. Não por acaso, o art. 564.º al. c) determina que a citação “[i]nibe o réu de propor contra o autor ação destinada a apreciação da mesma questão jurídica”.

⁽¹⁷⁾ Justificaremos adiante esta afirmação no §3.º, 3. C)

⁽¹⁸⁾ Veja-se a nossa anotação ao art. 32.º, *Código I, cit.*, 137, ss. Uma aplicação do mecanismo do litisconsórcio unitário ativo na compropriedade (art. 1405.º, n.º 2, CC) observa-se na ação confesória ou negatória de servidão com pluralidade de proprietários do prédio dominante: ela pode ser colocada apenas por um deles (RC 12-1-1982, CJ VII/1, 83-84). Já o inverso não sucede se a compropriedade estiver do lado do prédio serviente: cabe litisconsórcio necessário (assim, RP 24-5-1979, CJ IV/3, 969, RC 23-10-1984, CJ IX/4, 58, e ANTUNES VARELA/MIGUEL BEZERRA/SAMPAIO e NORA, *Manual de processo civil*, 2, 1985, 167-168).

IV. Por seu lado, o pedido é o *efeito jurídico* que a parte ativa pretende obter pela decisão do tribunal e que ela retira materialmente da causa de pedir que invoca, o qual “pedido” é sinónimo de *ação* na terminologia do art. 10.º — uma espécie de ação e a *espécie de “efeito jurídico”* pretendido (cf. art. 581.º, n.º 3).

Esse *efeito jurídico* tem por objeto *certo e determinado bem jurídico* a que se refere a causa de pedir. Em termos simples, o pedido tem por *objeto imediato* determinado efeito jurídico que se retira da causa de pedir, e por *objeto mediato* o bem jurídico a que se refere a causa de pedir. Donde, há identidade de pedido quando em causas diferentes a parte ativa pretende uma sentença com *idêntico efeito jurídico para um mesmo e determinado bem jurídico*.

2. Aferição concreta e efeitos processuais da exceção de caso julgado; os casos julgados contraditórios

I. No plano prático, a relação de identidade entre causas apura-se mediante a *consideração dos efeitos que uma eventual segunda decisão de mérito terá sobre a primeira decisão de mérito*.

Desde logo, e como pressuposto pelo art. 619.º, n.º 1, impõe-se que a primeira decisão haja transitado em julgado, nos termos do art. 628.º. Se a decisão está ainda pendente de recurso ordinário ou de reclamação, a exceção adequada é a da litispendência, conforme a primeira parte do art. 580.º, n.º 1. Depois, para efeitos da exceção de caso julgado há que comparar o teor da parte dispositiva da decisão já transitada com o perímetro potencial da decisão a proferir no segundo processo, segundo as soluções plausíveis da questão de direito, para o que relevam o objeto e os sujeitos determinados pelo autor na petição. Em suma: comparar uma decisão passada com uma potencial decisão futura⁽¹⁹⁾.

Para tanto, deve ser comparado tanto o sentido da parte dispositiva (de condenação ou absolvição) como o teor da condenação, como se retira do ac. STJ 9-7-1986 (MANSO PRETO), BMJ 359, 549, e do ac. RL 17-10-2013/Proc. 156/12.0T2AMD.L2-2 (TIBÉRIO SILVA).

Note-se o seguinte: para a ponderação da exceção de caso julgado não relevam as impugnações e exceções apresentadas pelo réu na contesta-

(19) Diversamente, para efeitos da exceção de litispendência há que comparar o *perímetro potencial de duas decisões que serão proferidas em processos diferentes*, segundo as soluções plausíveis da questão de direito, em ambos. Em suma: comparar entre si duas potenciais decisões futuras.

ção, à semelhança, alias, do que sucede com os demais pressupostos processuais. Naturalmente, que se o réu deduzir uma reconvenção, aí o problema já se lhe põe, dado ser um autor.

Essa comparação será levada a cabo logo no despacho saneador, por força do art. 595.º, n.º 1, al. a), salvo se a ação admitir despacho liminar. A lei impõe ao tribunal que o faça, mesmo officiosamente, nos termos do art. 578.º, tanto para a ação do autor, como para o pedido reconvenicional do réu.

Se o tribunal concluir que, conforme o legislador enuncia no art. 580.º, n.º 2, irá *ficar colocado na alternativa de ou contradizer ou de reproduzir, no todo ou em parte, a sentença já proferida na ação anterior, ser-lhe-á vedado* conhecer do segundo pedido.

Efetivamente, o efeito negativo do caso implica, que transitada em julgado uma decisão judicial, o mesmo tribunal (caso julgado formal, do art. 620.º) ou todos os tribunais (caso julgado material, do art. 619.º) ficarão sujeitos tanto a uma “proibição de contradição da decisão transitada”, como a “uma proibição de repetição daquela decisão”, no dizer de TEIXEIRA DE SOUSA⁽²⁰⁾.

Tal proibição constrói um sistema de estabilização das decisões judiciais que se resume ao enunciado seguinte: um tribunal não pode afastar ou confirmar uma anterior decisão já proferida (cf. art. 580.º, n.º 2) independentemente de ser alheia ou ser sua (cf. art. 613.º, n.º 1). Apenas em sede de impugnação de decisões judiciais (*maxime*, por recurso) pode um tribunal afastar ou confirmar uma decisão anterior; mais: apenas em sede de recurso extraordinário (cf. arts. 627.º, n.º 2, segunda parte e 696.º, *por ex.*) pode ser afastada ou confirmada uma decisão *já transitada em julgado*.

II. Enfim, decidindo da exceção dilatória, o tribunal manterá a causa ou absolverá a parte passiva da instância, nos termos do art. 576.º, n.º 2, primeira parte. Havendo despacho liminar, será de indeferimento.

III. Se, apesar do caso julgado prévio, o tribunal da ação posterior vier a proferir decisão de mérito sobre *a mesma pretensão processual*, aquela padecerá de nulidade processual por violação de lei de processo, em particular, do art. 580.º, n.º 2. Tal nulidade será fundamento de recurso ordinário, sempre garantido pelo art. 629.º, n.º 2, al. a) *in fine*, mas, já não, de recurso de revisão de sentença, do art. 696.º, ao contrário do que se pre-

⁽²⁰⁾ *Estudos, cit.*, 574, na esteira dos acs. STJ 26-1-1994, BMJ 433, 515 e STJ 17-2-1994, BMJ 434, 580.

via no art. 771.º, al. g) do Código “velho” antes da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 303/2007, de 24 de agosto. Havendo execução de sentença, o executado pode sempre opor o caso julgado anterior à sentença que se executa, ao abrigo do art. 729.º, al. f).

Mas, se mesmo esta segunda decisão não chegar a ser revogada, e pese embora a respetiva nulidade se ter sanado, por força do art. 628.º conjugado com o art. 696.º a *contrario*, vale a regra cardinal enunciada no art. 625.º, n.º 1, sobre casos julgados contraditórios, e nos seguintes termos:

- se a segunda decisão for *contraditória* com a primeira decisão, ou seja, se decretar efeitos jurídicos incompatíveis com os efeitos decretados pela primeira decisão, “cumpra-se a que passou em julgado em primeiro lugar”, o que, obviamente, implica que a segunda decisão é inutilizada ou ineficaz e, não, nula⁽²¹⁾; a respetiva ineficácia será declarada na respetiva instância⁽²²⁾;
- se a segunda decisão for *conforme* (repetir) com a primeira decisão, ou seja se decretar os mesmos efeitos jurídicos decretados com a primeira, a melhor solução é entender que deve ser cumprida a segunda a decisão, inutilizando-se a mais antiga, ela, sim, ineficaz a partir da segunda decisão em diante.

Para este efeito, a contraditoriedade entre decisões não tem que resultar de uma coincidência integral entre o teor da *parte dispositiva* das duas decisões (ver o que se escreveu mais acima), sendo bastante que a parte dispositiva da segunda decisão não seja *essencialmente diferente* da primeira.

Assim, o ac. STJ 9-7-1986 (MANSO PRETO), BMJ 359, 549, seguido do ac. RL 17-10-2013/Proc. 156/12.0T2AMD.L2-2 (TIBÉRIO SILVA) julgou que a contradição “deve referir-se não apenas ao sentido das decisões (condenação e absolvição), mas também aos próprios termos das condenações, abrangendo, por isso, os casos em que as decisões *somente divergem quanto à medida das sanções* concretamente decretadas. Em todos estes casos, as decisões não são coincidentes ou conciliáveis, mas divergentes, inconciliáveis ou contraditórias”.

IV. Pergunta-se se os *fundamentos* devem ser considerados para efeito da aferição da contradição ou da repetição de julgados.

(21) Daí o ac. RG 8-2-2018 / Proc. 63593/15.1YIPRT.G1 (ANTÓNIO FIGUEIREDO DE ALMEIDA) afirmar que *A exceção de caso julgado destina-se a evitar uma nova decisão inútil*”. Ver, STJ 9-7-1986 (MANSO PRETO), BMJ 359, 549 e RL 17-10-2013/Proc. 156/12.0T2AMD. L2-2 (TIBÉRIO SILVA).

(22) STJ 9-7-1986 (MANSO PRETO), BMJ 359, 549.

A resposta é a seguinte: uma vez que a parte dispositiva é interpretada e vincula enquanto conclusão de certos fundamentos de direito⁽²³⁾, então a qualidade jurídica dos efeitos decretados apenas pode ser entendida à luz dos mesmos. Mas eles só por si não ditam se a decisão quanto a uma pretensão processual é contraditória ou se é repetida; têm de ser conjugados com a parte dispositiva.

Em consequência, há contradição de julgados não apenas quando a parte dispositiva da segunda decisão é essencialmente diferente da primeira, independentemente de os fundamentos serem ou não os mesmos, mas também quando a parte dispositiva da segunda decisão é idêntica (ou não é essencialmente diferente) à da primeira, mas a sua fundamentação é essencialmente diferente. *Por ex.*; na primeira sentença o réu foi condenado a pagar a dívida como devedor solidária e na segunda sentença o réu foi condenado a pagar a dívida como devedor parcário.

Há repetição (ou conformidade) de julgados se a parte dispositiva da segunda decisão é idêntica (ou não é essencialmente diferente) à da primeira e a sua fundamentação não é essencialmente diferente. *Por ex.*: na primeira sentença o réu foi absolvido do pedido de condenação no pagamento de certo por o facto não ter sido julgado ilícito e na segunda sentença o réu foi absolvido do pedido de condenação no pagamento de certo por não ter sido provado o nexo causal⁽²⁴⁾.

§3.º Efeito positivo do caso julgado, em especial (autoridade de caso julgado)

1. Distinção entre efeito positivo interno e efeito positivo externo

Escrevemos atrás que o *efeito positivo* consiste na vinculação das partes e do tribunal a uma decisão anterior. Um e outro surgem em qualquer decisão, faça ela caso julgado material ou formal.

Importa distinguir consoante aquela vinculação se refere ao objeto processual e aos sujeitos da própria decisão (efeito positivo interno) ou se se refere a objetos processuais que estejam em relação conexa com o

⁽²³⁾ Ver, já de seguida, no ponto §3.º. 2. A)

⁽²⁴⁾ Ver mais exemplos de fundamentação essencialmente diferente e não essencialmente diferente, na nossa anotação ao n.º 3 do art. 671.º em *Código de Processo Civil anotado*, II, 2018, 369, ss.

objeto da decisão. O primeiro designamos por *efeito positivo interno* e pode ser feito valer por meio de execução de sentença; o segundo por *efeito positivo externo* e pode ser feito valer como facto constitutivo ou como exceção perentória.

Vamos estudá-los em separado.

2. Efeito positivo interno

A) Objeto

I. O efeito positivo interno do caso julgado tem por objeto os enunciados decisórios contidos na *parte dispositiva* de um despacho ou de uma sentença (cf. art. 607.º, n.º 3, *in fine*). Dito de outro modo, a força obrigatória é a do enunciado em que o tribunal julga procedente ou não procedente o pedido, ou, mais genericamente, impõe ou nega certo efeito jurídico a certo sujeito da ordem jurídica — por regra, as partes. Numa decisão de procedência, estamos a falar, *por ex.*, nos enunciados de condenação na entrega ou no pagamento, de divisão da coisa comum, ou de anulação do contrato. Numa decisão de improcedência, trata-se desse mesmo enunciado de improcedência do pedido, qualquer que ele seja.

É a parte dispositiva que vincula tanto os destinatários, como o tribunal. É ela que pode ser objeto de imposição forçada, por meio de execução da sentença [cf. art. 703.º, n.º 1, al. *a*].

Por seu lado, os fundamentos da parte dispositiva, tomados por si mesmos, não vinculam, seja os destinatários, seja o tribunal. Portanto, o caso julgado não tem por objeto os fundamentos, de facto ou de direito, do despacho ou sentença; para o ter, a parte terá de o pedir: justamente, o art. 91.º, n.º 2, determina que a “decisão das questões e incidentes suscitados não constitui, porém, caso julgado fora do processo respetivo, exceto se alguma das partes requerer o julgamento com essa amplitude e o tribunal for competente do ponto de vista internacional e em razão da matéria e da hierarquia.

Em conformidade, em sede de recurso ou de reclamação o que se impugna é a *parte dispositiva* da decisão — cf. os n.ºs 2 e 3 do art. 635.º — porquanto é ela que, ao fazer caso julgado, é eficaz nas esferas jurídicas dos destinatários da decisão.

II. No entanto, a parte dispositiva constitui a *conclusão decorrente de silogismos internos* de uma decisão, nos quais os fundamentos de facto ou de direito são as premissas.

Por isso, e sem prejuízo do que se acaba de afirmar, tem-se entendido que a parte dispositiva vincula enquanto conclusão dos fundamentos respetivos. Assim, se o réu for condenado a pagar 10 000 ao autor, sê-lo-á nos termos do crédito reconhecido nos fundamentos da decisão; não, por qualquer outra razão.

Em suma: apenas à luz dos fundamentos de uma decisão se pode dar a qualificação jurídica à parte dispositiva. O título jurídico de onde emanam efeitos para a esfera do destinatário da decisão é, assim, *a parte dispositiva nos termos dos fundamentos*.

III. Obviamente que esta força obrigatória do enunciado em que o tribunal julga procedente ou não procedente o pedido surge não se cinge apenas às decisões que, por conhecerem do mérito, fazem caso julgado material. Também as decisões sobre a relação processual são dotadas de efeito positivo interno quanto ao respetivo objeto.

(Continuação)

B) Sujeitos

I. O efeito positivo do caso julgado tem por **sujeitos** os *destinatários da decisão*: as partes da relação processual, nas decisões proferidas mediante pedido; os sujeitos referidos na decisão, nas decisões proferidas oficiosamente — *por ex.*, a parte ou a testemunha condenada ao pagamento de multa por comportamento processual de má fé. Em suma: o caso julgado abrange os sujeitos que puderam exercer o contraditório sobre o objeto da decisão; dito de outro modo, os limites subjetivos do caso julgado coincidem com os limites subjetivos do próprio objeto da decisão.

No caso da sentença de mérito, estes são os limites do objeto processual: o n.º 1 do art. 619.º, n.º 1, dispõe que a “decisão sobre a relação material controvertida fica a ter força obrigatória dentro do processo e fora dele nos limites fixados pelos arts. 580.º e 581.º”.

Esta solução técnica tem correlação com os critérios de legitimidade processual, *maxime* do art. 30.º: a decisão judicial apenas vincula os sujeitos que têm legitimidade processual⁽²⁵⁾.

⁽²⁵⁾ Efetivamente, a legitimidade processual destaca-se pela sua *função específica*: assegurar que são partes processuais os sujeitos a que se destinam os efeitos materiais da sentença, despacho, providência cautelar ou execução, como escreve ANSELMO DE CASTRO, *Direito Processual Civil Declaratório II*, 1982, 168, “assegurar a sentença a sua eficácia normal”. Para se obter tal idoneidade, *i.e.*, para ocorrer a legitimidade processual, devem esses sujeitos ser “aqueles que podem ser beneficiados com

O devido processo legal, do art. 20.º, n.º 4 da Constituição, impõe esta solução: em regra, apenas pode ser sujeito aos efeitos — beneficiado ou prejudicado — por de um ato do Estado quem participou da sua produção de modo contraditório.

II. Mas também à semelhança do que sucede com o efeito negativo, também o efeito positivo interno abrange não apenas as pessoas que sejam as mesmas do ponto de vista da sua qualidade física (*i.e.*, as que efetivamente estiveram no processo), mas também aqueles que sejam *os mesmos sujeitos do ponto de vista da sua qualidade jurídica* (cf. art. 581.º, n.º 2).

Já atrás, em sede de exceção de caso julgado, analisámos o âmbito desta expressão da lei.

Agora cabe notar que, em consequência, os herdeiros, cessionários ou adquirentes dos direitos declarados na decisão também estão vinculados a cumprir a decisão. A sentença também constitui título executivo contra eles, nos termos do art. 54.º, n.º 1.

Exemplo: a sentença de condenação na entrega de certo veículo automóvel também vincula — *i.e.*, faz caso julgado material — para os herdeiros do réu; o despacho saneador que julga o tribunal materialmente competente, faz caso formal, para o habilitado do autor que venha, depois, a falecer.

O mesmo se diga para os sujeitos de um litisconsórcio necessários ou de um litisconsórcio voluntário unitário.

Em suma: o efeito positivo interno do caso julgado vincula as *partes da relação jurídica* e não os *sujeitos* do processo. *A contrario*, o caso julgado não se estende a terceiros, ou seja, a todos aqueles que não sejam os mesmos que os destinatários sob o ponto de vista da sua qualidade jurídica. É a clássica regra de que o caso julgado *não deve aproveitar nem prejudicar terceiros*, como enunciava o brocardo *nec res inter alios judicata aliis prodesse aut nocere sole*.

Exemplo: o decidido em ação possessória não faz caso julgado em relação a embarcante que não teve intervenção naquela ação, dados os limites subjetivos do caso julgado [RL 21-2-1991/Proc. 0041512 (NASCIMENTO COSTA)].

a decisão de procedência ou de improcedência da causa”, como ensina MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *As partes, o objecto e a prova na acção declarativa*, 1995, 47, o que pressupõe que os efeitos decorrentes da disponibilidade da situação em litígio se possam referir e repercutir na respetiva esfera jurídica. Daí que apenas apresenta legitimidade processual, ou seja, goza da faculdade de dispor em processo da situação jurídica material que constitui o seu objeto, quem que for o titular desta. Ver, RUI PINTO, *Código II, cit.*, 111, ss.

(Continuação)

C) Duração temporal

I. Por regra, uma decisão inicia a produção dos efeitos que dela enuncia com o seu trânsito em julgado. Enunciada em especial no art. 704.º, n.º 1, logo o mesmo número abre a possibilidade de uma eficácia provisória, obtida com a simples notificação da decisão.

E até quando durará a sua produção de efeitos?

Sem prejuízo da possibilidade de revogação da própria decisão em recurso de revisão (cf. arts. 696.º, ss.), justificada em ilegalidade ou incorreção graves, importa notar que qualquer decisão transitada em julgado — de mérito ou de forma — durará *rebus sic stantibus*: enquanto não sobrevierem alterações subjetivas ou objetivas aos direitos declarados na sentença ou na situação processual que foi objeto de despacho. Em termos simples: uma decisão produz efeitos *enquanto não se modificarem as circunstâncias que foram determinantes para o seu teor e sentido*⁽²⁶⁾.

Que modificações são relevantes? Aquelas que sejam jurídica ou fisicamente incompatíveis tanto com a parte dispositiva, como com os fundamentos da decisão.

Distingamos.

Quanto às *modificações subjetivas* — *maxime*, a transmissão do direito — se é certo que os transmissários ficam sujeitos ao caso julgado (cf. arts. 581.º, n.º 2), já os transmitentes podem opor a outrem a sua “desvinculação”, pois deixaram de ocupar a posição jurídica que os fez sujeitar à decisão. *Por ex.*, se o adquirente de prédio recuperado em ação de reivindicação vender, anos depois, o imóvel a outrem, este poderá invocar a seu favor a titularidade reconhecida em prévia ação, embora tendo de comprovar a aquisição; justamente, poderá opor a outrem a exceção dilatória de caso julgado, *ex vi* art. 581.º, n.º 2. Já o vendedor não pode, obviamente, permanecer com a mesma invocação, se o caso julgado lhe fora positivo, nem lhe serem opostas as limitações decorrentes de anterior caso julgado negativo.

Quanto às *modificações objetivas*, elas relevam se (i) o direito se extinguiu de modo absoluto, coincidentemente com (ou não) (ii) o seu objeto se ter extinto ou modificado. *Por ex.*, se (i) o crédito em cujo cumprimento o réu for condenado, se extinguir por pagamento ou se (ii) o automóvel alugado arder na garagem do locador, o credor não poderá executar uma dívida, nem pedir a entrega do carro alugado para uso seu, res-

⁽²⁶⁾ Isto é válido tanto para uma decisão de mérito, como para uma decisão de forma — v.g., uma parte pode supervenientemente perder a capacidade judiciária de que gozava.

petivamente. Em ambos os casos, o direito extinguiu-se, pelo que a sentença anterior perdeu a sua eficácia. Noutro exemplo, o senhorio que obtivera o despejo do inquilino para obter casa para si, compra casa na pendência do recurso de apelação; uma vez que este não admite factos supervenientes, caberá ação autónoma.

Repare-se, pois, que nestes exemplos o efeito da decisão não pode permanecer: nuns casos porque o objeto enunciado na parte dispositiva já não existe — se alguém foi condenado a entregar o veículo em aluguer não o pode entregar destruído — ou porque os fundamentos mudaram — o vendedor do imóvel não pode exigir que o réu continue a reconhecer o seu direito porquanto sobreveio um facto extintivo que afasta a eficácia jurídica do contrato de compra que ficara provado como causa de pedir.

Sobrevindo essas alterações a *sentença ou decisão inicial não é formalmente revogada*, mas é *supervenientemente ineficaz* enquanto título de efeitos materiais. Ou seja, o ato processual não é revogado, mas deixa de produzir, para o futuro os efeitos que constituem o seu objeto.

Podemos, então, dizer que a decisão *caduca*, sendo irrelevante a circunstância de ter adquirido estabilidade por meio do trânsito em julgado.

II. Como se exprime esta caducidade no plano formal?

A resposta é a seguinte: pode ser julgada uma posterior e autónoma ação de simples apreciação da extinção ou modificação do direito antes reconhecido. Essa ação não estará tolhida pela exceção de caso julgado, dado que a causa de pedir será outra. Tampouco estará condicionada no seu sentido decisório pela autoridade de caso julgado porquanto esta supõe uma prejudicialidade ou concurso entre situações jurídicas tal como existiam em face da sentença ou despacho original.

Dito isto, a lei admite um regime especial de reação à alteração da circunstância que em que se fundou a decisão judicial: *revogar o ato processual da sentença ou despacho original* mediante reabertura da própria instância declarativa para proferimento de decisão de atualização da primeira. A primeira decisão é, deste modo, revogada pela segunda.

A lei reserva, porém, esse mecanismo no art. 619.º, n.º 2, para a sentença de condenação na prestação de alimentos ou na satisfação de outras prestações dependentes de circunstâncias especiais quanto a sua medida ou a sua duração. Em suma: está reservado para direitos que pela sua natureza ou circunstâncias concretas eram *provisórios* ao tempo da decisão.

III. Quer a regra geral, quer a solução especial supõem uma *super-veniência objetiva*: as mudanças sucederam depois da decisão.

Mas também se as partes vierem a conhecer de factos que não puderam, sem culpa, apresentar até ao devido momento — o encerramento da discussão — também poderão deduzir ação de simples apreciação negativa? Parece que sim.

IV. Importa, por fim, chamar a atenção para as decisões judiciais que são necessária e intrinsecamente provisórias: as providências cautelares.

Efetivamente, como decorre do art. 362.º, a providência cautelar é uma decisão judicial que se mantém enquanto não sobrevir a sua caducidade ou absorção pela ação principal, ou antes desta, enquanto não ocorrer uma alteração das circunstâncias de facto que lhe serviram de fundamento decisório.

Deste modo, enquanto as sentenças do n.º 2 do art. 619.º são revogadas por decisões judiciais de igual natureza e qualidade, as providências cautelares são substituídas por decisões judiciais de natureza e qualidade diversa.

Dito isto, o mecanismo de inversão do contencioso permite a consolidação da providência cautelar como composição definitiva do litígio, nos termos do art. 371.º, n.º 1. Naturalmente que esta “composição definitiva” seguirá o regime do art. 619.º incluindo os limites temporais, gerais e especiais, ao caso julgado.

3. Efeito positivo externo

A) Delimitação e âmbito

I. O efeito positivo externo consiste na vinculação de uma decisão posterior a uma decisão já transitada em razão de uma relação de prejudicialidade ou de concurso entre os respetivos objetos processuais, ou, em termos mais simples, em razão de *objetos processuais conexos*.

Adiantemos, preliminarmente, um exemplo, por razões didáticas: se foi declarada perante B a propriedade de A sobre o imóvel x, será improcedente uma segunda ação em que o B pede a condenação de A na entrega do mesmo imóvel. O pedido é outro, mas percebe-se a incompatibilidade de efeitos materiais e a oposição de julgados.

Ao contrário do efeito positivo interno do caso julgado que, na realidade, constitui o objeto de uma execução de sentença, o efeito positivo externo do caso julgado *não é passível de uma ação executiva*, dado não

constituir uma vinculação jurídica das partes; basta que determine o sentido de uma decisão posterior.

II. A jurisprudência costuma designar este efeito como *autoridade de caso julgado stricto sensu*.

Esta autoridade de caso julgado não se cinge apenas às decisões que, por conhecerem do mérito, fazem caso julgado material. Se é certo que as decisões sobre a relação processual têm força obrigatória dentro do processo (cf. art. 620, n.º 1), não deixam, porém, de ser dotadas de efeito positivo externo dentro *desse* processo.

Efetivamente, o mesmo tribunal que julgou certa questão processual continua vinculado a ela quando julga questão processual conexas, por estar em relação de prejudicialidade ou de concurso. *Por ex.*, se o tribunal julgou improcedente a exceção de incapacidade judiciária do réu por menoridade, não pode, depois, julgar procedente uma exceção de falta de representante judiciário do mesmo.

(Continuação)

B) Condições objetivas

I. A possibilidade de um efeito positivo externo do caso julgado, apresenta duas condições objetivas, negativa e positiva.

Assim, como condição objetiva negativa, a autoridade de caso julgado opera em simetria com a exceção de caso julgado: opera em qualquer configuração de uma causa que não seja a de identidade com causa anterior; ou seja, supõe uma *não repetição de causas*. Se houvesse uma repetição de causas, haveria, *ipso facto*, exceção de caso julgado.

Nesse sentido, o ac. RG 7-8-2014/Proc. 600/14TBFLG.G1 (JORGE TEIXEIRA) julgou que na autoridade de caso julgado “não se exig[e] [...] a coexistência da tríplice identidade mencionado no art. 498.º [atual art. 581.º] do Código de Processo Civil”; identicamente, RC 6-9-2011/Proc. 816/09.2TBAGD. C1 (JUDITE PIRES), RG 17-12-2013/Proc. 3490/08.0TBBC.L.G1 (MANUEL BARGADO), STJ 4-6-2015 / Proc. n.º 177/04.6TBRMZ.E1.S1 (JOÃO BERNARDO), RP 21-11-2016/Proc. 1677/15.8T8VNG.P1 (JORGE SEABRA), STJ 7-3-2017/Proc. 2772/10.5TBGMR-Q.G1.S1 (PINTO DE ALMEIDA), STJ 27-2-2018/Proc. 2472/05.8 TBSTR.E1 (FÁTIMA GOMES) e RG 15-3-2018/ /Proc. 578/14.1.TBEP.S.G1 (JOSÉ FLORES)⁽²⁷⁾.

(27) Contra, exigindo a tríplice identidade tanto para a exceção de caso julgado, como para a autoridade de caso julgado, JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil anotado* III³, 1981, 92-93.

Para tanto, basta que não ocorra um dos requisitos exigidos pelo art. 581.º: assim, não há repetição de causa se (i) *uma das partes não é a mesma* da primeira causa ou se a parte ativa pretende (ii) *obter o mesmo efeito jurídico de outros fundamentos*, (iii) *retirar diferente efeito jurídico dos mesmos fundamentos*, ou (iv) *obter diferente efeito jurídico de outros fundamentos*. Nessa configuração, não se verificam as previsões dos arts. 577.º, al. i), 580.º e 581.º, pelo que o tribunal pode conhecer do mérito, pois não está impedido pelo obstáculo da exceção de caso julgado, sem prejuízo de a instância padecer, eventualmente, de outra exceção dilatória insuprível ou não suprida.

II. Dir-se-ia, porventura, que, assim sendo, desapareceria qualquer fundamento legal para a decisão anterior vincular uma decisão posterior. Aliás, a lei é expressa quando determina que a sentença ou despacho que decidam do mérito tem efeitos fora do próprio processo “nos limites fixados pelos arts. 580.º e 581.º”.

No entanto, tem sido defendida que fora desses limites respeita-se uma autoridade de caso julgado, verificada uma condição objetiva positiva: uma *relação de prejudicialidade* [RP 21-11-2016/Proc. 1677/15. 8T8VNG.P1 (JORGE SEABRA)] ou *uma relação de concurso material entre objetos processuais* ou, pelo prisma da decisão, uma *relação entre os efeitos* do caso julgado prévio e os efeitos da causa posterior, seja quanto a um mesmo bem jurídico, seja quanto a bens jurídicos conexos⁽²⁸⁾. Naturalmente que na ausência dessas relações “não é invocável a força vinculativa da autoridade de caso julgado”, frisa o ac. RP 21-11-2016/Proc. 1677/15. 8T8VNG.P1 (JORGE SEABRA).

Generalizando, e apresentando-a por outra perspetiva, a condição objetiva positiva consiste na *existência de uma relação entre os objetos processuais de dois processos de tal ordem que a desconsideração do teor da primeira decisão redundaria na prolação de efeitos que seria lógica ou juridicamente incompatíveis com esse teor*.

Nessas situações, a consideração do teor da sentença já transitada em julgado poderá determinar o sentido da posterior decisão de mérito, seja para a procedência, seja para a improcedência. Relembre-se o exemplo já adiantado: se foi declarada perante B a propriedade de A sobre o imóvel x, será improcedente uma segunda ação em que o B pede a condenação de A na entrega do mesmo imóvel.

Deste modo, se o *efeito negativo* do caso julgado (exceção de caso julgado) leva à admissão de apenas uma decisão de mérito sobre um

(28) Assim, TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos*, cit., 575-576.

mesmo objeto processual, mediante a exclusão de poder jurisdicional para a produção de uma segunda decisão, o *efeito positivo* (autoridade de caso julgado) admite a produção de decisões de mérito sobre objetos processuais materialmente conexos, na *condição da prevalência do sentido decisório da primeira decisão*.

Em termos de construção lógica da decisão, na autoridade de caso julgado a decisão anterior determina os fundamentos da segunda decisão; na exceção de caso julgado a decisão anterior obsta à segunda decisão.

(Continuação)

C) Condição subjetiva

I. Chegados aqui, devemos acrescentar uma condição subjetiva para que haja uma tal força vinculativa do caso julgado fora do seu objeto processual: a autoridade de caso julgado *apenas pode ser oposta a quem seja tido como parte do ponto de vista da sua qualidade jurídica como definido pelo art. 581.º, n.º 2*. Seria absolutamente inconstitucional, por contrário à proibição de indefensa, prevista no art. 20.º, n.º 4 da Constituição e no art. 3.º do Código de Processo Civil, que uma decisão vinculasse quem foi terceiro à causa⁽²⁹⁾.

Daqui decorre que a autoridade de caso julgado (*i*) pode ser oposta pelas concretas partes entre si, e que (*ii*) não pode ser oposta a quem é terceiro. Em termos práticos, serão julgadas improcedentes (em maior ou menor grau) as pretensões processuais das partes entre si que sejam lógica ou juridicamente incompatíveis com o teor da primeira decisão; mas já idêntica pretensão deduzida por terceiro será apreciada sem consideração pelo sentido decisório alheio.

Nesta linha de entendimento, o citado ac. RP 21-11-2016/Proc. 1677/15.8T8VNG.P1 (JORGE SEABRA) decidiu que a “parte que em acção de reivindicação obtém sentença declaratória do seu direito de propriedade sobre determinado imóvel não pode, regra geral, em confronto com um terceiro (que não interveio sob qualquer título na aludida acção prévia) [sic] invocar a seu favor a autoridade de caso julgado e para efeitos de impor a este ultimo, de forma reflexa, um certo conteúdo do direito de propriedade (não concretamente esgrimido e decidido na acção anterior) excludente do direito invocado pelo terceiro em posterior acção contra si

⁽²⁹⁾ Assim, STJ 18-6-2014/Proc. (ABRANTES GERALDES) e STJ 28-6-2018/Proc. 2147/12.1YXL SB.L2.S1 (ACÁCIO DAS NEVES).

interposta”. Identicamente, o ac. STJ 30-3-2017/Proc. 1375/06.3TBSTR. E1.S1 (TOMÉ GOMES) decidiu que quando “em duas ações instauradas por autores distintos contra seguradoras também diferentes, em que se discutiu o mesmo acidente de viação, tenha sido proferidas decisões a atribuir, em termos divergentes, a responsabilidade, a título de culpa, aos condutores dos veículos intervenientes, não é lícito conferir autoridade de caso julgado a qualquer delas no âmbito de uma terceira ação instaurada”.

Enfim, o ac. STJ 28-6-2018/Proc. 2147/12.1YXLSB.L2.S1 (ACÁCIO DAS NEVES) também concluiu que “caso julgado na ação intentada pela condômina Y contra o condomínio X não se estende à ação intentada pelo condomínio X contra a condômina Z”⁽³⁰⁾.

III. Mas importa notar que também para este efeito “terceiro” é o que decorre *a contrario da* referida definição legal do art. 581.º, n.º 2: aquele que não é parte do ponto de vista da sua qualidade jurídica no processo em que a decisão foi proferida. Trata-se, assim, de um conceito *material* de terceiro e não de um conceito formal de terceiro.

Daqui decorre que, como já vimos relevar para a determinação da extensão subjetiva da exceção dilatória de caso julgado, também para efeitos da autoridade de caso julgado, é ainda parte o sujeito que não esteve no processo (terceiro processual), mas está na relação jurídica que foi julgada: se foi declarada perante B a propriedade de A sobre o imóvel x, será improcedente uma segunda ação em que C (transmissário de B) pede a condenação de A na entrega do mesmo imóvel⁽³¹⁾.

Inversamente, não é de admitir que se invoque a autoridade de caso julgado contra o terceiro que, podendo estar na causa, como litisconsorte voluntário, não esteve. É que o sujeito que podia ter estado em litisconsórcio voluntário não é o mesmo do ponto da sua qualidade jurídica no

⁽³⁰⁾ Ainda, STJ 11-10-2012 / Proc. 209/09.1TBPTL.G1.S1 (ABRANTES GERALDES): a “invocação da figura da ‘*autoridade de caso julgado*’ emergente de sentença proferida numa acção não é susceptível de ser invocada noutra acção em que são partes outros sujeitos, não sendo permitido que, com esse exclusivo motivo, se aditem os factos que naquela acção foram considerados provados”.

⁽³¹⁾ A não ser assim, bastaria às partes primitivas cederem os seus direitos para “escaparem” tanto à exceção de caso julgado, como à autoridade de caso julgado, seja na sua vertente interna (no interior da mesma relação jurídica), como externa (quanto a relações jurídicas carentes de harmonização com aquela). Em resumo: a sentença de reconhecimento da propriedade de A sobre certo veículo automóvel também vincula os herdeiros do réu B impedindo-lhes o acesso a uma segunda decisão sobre a mesma pretensão (efeito negativo do caso julgado), e impondo-lhes o cumprimento da primeira decisão (efeito positivo interno do caso julgado), se necessário por meio de ação executiva, sendo a legitimidade assegurada pelo art. 54.º, n.º 1. Mas essa mesma sentença determina a improcedência de ação em que aqueles mesmos herdeiros pedem a condenação de A na entrega do mesmo imóvel (efeito positivo externo do caso julgado).

processo, dada a divisibilidade de efeitos materiais do litisconsórcio voluntário⁽³²⁾.

Contra este entendimento de que entre litisconsortes não vigora a autoridade de caso julgado poder-se-á invocar a desarmonia entre julgados, mas é de bom de ver que a natureza voluntária de um litisconsórcio ou de uma coligação significa que o legislador aceita aquele risco de desarmonia. Neste sentido, já escrevemos que, “em regra, na voluntariedade litisconsorcial o caso julgado só aproveita e prejudica quem participou do processo, pelo que, correlativamente, os efeitos substantivos da sentença são divisíveis. Portanto, podem ser produzidas decisões em processo separados teoricamente incompatíveis, mas *ainda assim idóneas a obter o seu efeito útil normal*”⁽³³⁾.

IV. Mas, se as partes da causa julgada não podem opor a terceiro a sentença, pergunta-se, porém, se um terceiro pode opor a uma dessas partes aquela mesma decisão. A ser assim, então a autoridade de caso julgado não operaria apenas e somente entre sujeitos idênticos aos da ação decidida⁽³⁴⁾.

A resposta é positiva graças a mecanismos de extensão do caso julgado a terceiros, por força da lei ou pela sua vontade. Distingamos, respetivamente, entre extensão necessária ou legal e extensão eventual ou voluntária do âmbito subjetivo do caso julgado. A primeira é um mecanismo de imposição de caso julgado alheio; a segunda, um mecanismo de adesão ao caso julgado alheio.

Constitui um mecanismo de extensão necessária do caso julgado o disposto no art. 622.º, o qual dita que nas “questões relativas ao estado das pessoas, o caso julgado produz efeitos mesmo em relação a terceiros quando, proposta a ação contra todos os interessados diretos, tenha havido oposição, sem prejuízo do disposto, quanto a certas ações, na lei civil”.

Por outro lado, a lei pode admitir mecanismos de extensão eventual do caso julgado a terceiros mediante *extensão do caso julgado a terceiros secundum eventum litis* em que o terceiro tem a faculdade de fazer seus os efeitos da sentença para os opor a parte contrária. Assim o terceiro codeve-

(32) Já o vimos atrás, aquando do estudo da exceção dilatória de caso julgado.

(33) *Código I, cit.*, 139. Por isso, decidiu-se que que “desde que fique salvaguardado o efeito útil normal da decisão, isto é, que seja regulada em definitivo a situação concreta entre as partes, *sem que ela venha a ser subvertida ou a sofrer perturbação intolerável na hipótese de outra decisão vir a ser eventualmente proferida relativamente aos demais sujeitos da relação*, a acção pode ser proposta só por algum ou alguns dos interessados” pelo ac. STJ 27-6-1995/Proc. 087096 (RAMIRO VIDIGAL).

(34) Assim, restringindo-a aos casos de identidade de sujeitos, STJ 28-6-2018/Proc. 2147/12. 1YXLSB.L2.S1 (ACÁCIO DAS NEVES).

dor solidário, pelo art. 522.º, CC, o credor solidário, pelo art. 531.º, CC, o credor de obrigação indivisível, pelo art. 538.º, n.º 2, CC, o terceiro fiador, pelo art. 635.º, CC, ou o terceiro hipotecário, pelo art. 717.º, n.º 2, CC, podem invocar o caso julgado alheio.

Ora, em qualquer das configurações, o que os terceiros invocarão não será a exceção de caso julgado, mas, sim, a autoridade do caso julgado. Por outras palavras, e *por ex.*, o fiador que invoca a decisão que extinguiu o crédito afiançado entre o credor e o devedor principal não pedira a sua absolvição da instância, nos termos do art. 576.º, n.º 2, primeira parte e 577.º, al. *i*), mas a absolvição do pedido.

Este fenómeno aparece-nos quer entre ações autónomas, quer entre ações apensadas, quer entre pedidos cumulados. Em todos as várias decisões devem ser coerentes entre si tanto no plano lógico, como plano jurídico.

V. Duvidoso é se este mecanismo de adesão ao caso julgado pode ter lugar fora dos casos estritamente previstos na lei. Ou seja: pode um terceiro opor a quem foi parte do processo que terminou com sentença essa mesma sentença, mesmo que a lei nada diga? Em suma: existe um princípio de aproveitamento por terceiros do caso julgado *secundum eventum litis*?

Note-se que estamos a falar de uma extensão subjetiva do *sentido decisório* e não quanto aos seus *fundamentos* de direito ou de facto. Quando o juiz seja o mesmo, estes poderão ser oficiosamente atendidos enquanto factos que o juiz conheceu por virtude do exercício das suas funções⁽³⁵⁾.

No sentido afirmativo o ac. STJ 27-2-2018/Proc. 2472/05.8 TBSTR. E1 (FÁTIMA GOMES) decidiu estender a autoridade de caso julgado a outro processo relativo a acidente de viação, apesar de *ambos* sujeitos não serem os mesmos, invocando que tendo “tido a Ré — Companhia FF — oportunidade de, no âmbito deste processo, realizar a sua defesa — e tendo-se concluído aí que tem responsabilidade, sendo uma responsabilidade exclusiva em substituição do segurado —, não faz sentido que venha pretender que o apuramento dos factos e inerente responsabilidade possam ser efectuados de modo diferente no âmbito de outro processo judicial, em que se discute o mesmo acidente, com as mesmas circunstâncias factuais e pedidos do mesmo tipo, invocando que aqui não funciona a autoridade de caso julgado”.

Temos algumas reservas, mas visto que a limitação *inter partes* do caso julgado se justifica pela necessidade de proteger quem não se pode defender, se é o próprio a querer “usar” da decisão parece ser de defender

⁽³⁵⁾ Ver o nosso *Código I, cit.*, 637-638.

a existência de um princípio de adesão ao caso julgado alheio. O único limite será, naturalmente, a indisponibilidade substantiva dos respetivos direitos.

Parece, em conclusão, que se pode pugnar pela existência de um princípio de adesão voluntária de quem seja materialmente terceiro ao caso julgado alheio. A lei material⁽³⁶⁾ ditará, porém, limites a essa faculdade: não pode haver adesão em sede de direitos indisponíveis.

(Continuação)

D) Justificação: a decisão como título jurídico recognitivo ou constituição de direitos; a proibição de decisões contraditórias; inexistência de litispendência por autoridade de caso julgado

I. A autoridade de caso julgado destina-se a evitar a prolação de decisões posteriores que sejam juridicamente incompatíveis com a primeira. Esse escopo assenta em duas ordens de razões.

A primeira razão é a de que a decisão transitada em julgado que seja de *procedência* constitui um título jurídico (ou fonte) de efeitos jurídicos recognitivos⁽³⁷⁾ ou constitutivos⁽³⁸⁾ finais nas esferas das partes: tal como sucede, *por ex.*, com um contrato, se foi declarado em sentença que o autor é o dono de um imóvel, não pode ser emitido um outro título dizendo o oposto, salvo superveniência de outro título jurídico (*v.g.*, se o autor vender o bem ao réu).

Como tal, uma sentença prévia constitui um título suficiente para qualquer dos seus destinatários demonstrar perante o outro, em futura causa, factos constitutivos do seu direito (caso se posicione nesta como autor) ou factos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor (caso se posicione como réu). *Por ex.*, a sentença de oposição a execução que declarou extinta por pagamento uma dívida de D a C, pode ser utilizada para aquele invocar a extinção da dívida noutra execução que lhe fosse movida por um cocredor de C.

Deste modo, o sentido decisório da primeira sentença receberá no segundo processo o tratamento processual dado a qualquer título material referente a um facto jurídico ou a uma situação jurídica, suportando a alegação dos factos em que o autor ou o réu suportam a sua ação ou a sua

⁽³⁶⁾ Ou processual, nas eventualidades de caso julgador formal.

⁽³⁷⁾ Numa sentença de simples apreciação positiva.

⁽³⁸⁾ Numa sentença constitutiva.

defesa. Esse tratamento será feito valer seja como título (recongnitivo ou constitutivo) do facto constitutivo do direito do autor da segunda ação, seja como facto impeditivo, modificativo ou extintivo (*i.e.*, como exceção perentória), em razão do efeito respetivo para a pretensão do autor ou do réu deduzidas em segunda ação, respetivamente. *Por ex.*, quem obteve o reconhecimento judicial da sua propriedade pode colocar posterior ação de condenação na entrega, tendo a sentença por título recongnitivo de certo *facto aquisitivo*; já quem obteve a declaração de extinção de certo direito pode, enquanto réu, opor o teor da sentença como *exceção perentória*.

Mas aqui parece ser de concluir que, ao contrário do que vimos suceder em sede de efeito positivo interno do caso julgado, em sede de sentença de procedência do pedido do autor (ou do réu reconvinente) para a autoridade *de caso julgado propriamente dita (efeito positivo externo)*, *serão também (ou sobretudo) os fundamentos da sentença*⁽³⁹⁾ *que serão utilizados quando se trate de sentença com efeitos recongnitivos: v.g., a aquisição da propriedade por usucapião, fundamento da parte dispositiva de procedência de um pedido de reconhecimento dessa propriedade. Já quando se trate de sentença com efeitos constitutivos, em sede de autoridade de caso julgado será utilizada a parte dispositiva da decisão: v.g., a divisão da coisa comum decretada em prévia sentença.*

Já em sede de sentença de improcedência do pedido do autor, parece ser de defender que a exceção perentória com que o réu obistou ao vencimento daquele (*v.g.* a nulidade ou a caducidade) deverá ser passível de ser oposta ao mesmo autor noutra ação em que se discuta um pedido conexo. Deste modo, a mesma decisão sobre esses mesmos fundamentos que apenas goza de caso julgado formal (*cf.* art. 91.º, n.º 2, *in fine*), goza, porém, de autoridade de caso julgado. Ela não impede uma segunda decisão (pois não faz caso julgado material) mas condiciona o seu sentido.

Em qualquer dos casos, importa, porém, notar que esta invocação dos fundamentos conhece um importante limite: não pode ser imposta ao tribunal internacional ou materialmente competente para a questão quando provenha de tribunal que, tendo julgado a questão ao abrigo do art. 91.º, n.º 1, *in fine*, nunca lhe poderia dar valor de caso julgado material por ser internacionalmente incompetente ou em razão da matéria, ao abrigo do n.º 2 do mesmo artigo. É que, de outro modo, aceitar-se-ia que o julgamento de cer-

⁽³⁹⁾ Neste sentido, apenas e somente para o efeito positivo, CARLA GÓIS COELHO, *A falsa especificidade do caso julgado da sentença arbitral*, Revista PLMJ Arbitragem, n.º 1, 2017, 107, ss., disponível em <https://www.plmj.com/xms/files/Artigos_e_Publicacoes/2017/CGC_A_Falsa_Especificidade_do_Caso_Julgado_da_Sentenca_Arbitral.pdf>.

tas questões a título de fundamento por um tribunal incompetente vinculária o tribunal devido. *Por ex.*, o julgamento incidental de questões de direito de família postas pelo réu por parte de um juízo cível, central ou local, não pode vincular um tribunal de família que para elas seria competente; o julgamento incidental da nulidade da patente de medicamento julgado por tribunal arbitral necessário (cf. art. 2.º da Lei n.º 62/2011, de 12 de dezembro) não vincula o competente tribunal de propriedade industrial.

II. Avancemos.

Ao contrário do que sucede com a invocação de um título não judicial, *maxime*, de um contrato, uma sentença utilizada, ao abrigo da autoridade de caso julgado para suportar um facto constitutivo ou um facto de exceção perentória não pode ser impugnada seja no seu valor formal, seja no seu valor material pela parte contrária da causa. Só em sede de recurso. Deste modo, se o réu pode opor ao autor a exceção da nulidade do contrato que este invoca, não pode opor a nulidade da sentença que reconheceu o direito invocado pelo autor, depois de ter esgotado as vias impugnatórias competentes.

Conexamente, ao contrário do que sucede com a existência de prévia sentença entre as partes, a qual é conhecimento oficioso a fim de que o juiz possa aferir se há exceção de caso julgado — *ex vi* arts. 577.º, al. *i*) e 578.º, justamente —, a autoridade de caso julgado não é de conhecimento oficioso. E porquê? Porque, como se vê, ela resume-se à invocação de sentença anterior para se alegar factos principais que constituem a causa de pedir da ação ou em que se baseiam as exceções, respetivamente, de autor e réu. Ora, apenas às “partes cabe alegar” esses factos, como impõe o n.º 1 do art. 5.º.

Importa notar, porém, que este valor de título recognitivo ou constitutivo de efeitos jurídicos é apenas próprio da sentença que julgou procedente o pedido do autor (caso julgado *positivo*); já não o é da sentença que julgou improcedente o pedido do autor (caso julgado *negativo*). A improcedência do pedido não equivale a um reconhecimento da situação material oposta a alegada.

Simplificando: se na sentença de procedência fica declarado o direito alegado, na sentença de improcedência fica declarado que o autor não tem o direito que alega, apenas e só, à luz do concreto facto constitutivo que alegou. Aliás, mesmo a correlativa (contra) procedência de alguma exceção do réu (facto impeditivo, modificativo ou extintivo) só tem força obrigatória naquele processo, dada a regra geral do art. 91.º, n.º 2, primeira parte, sem prejuízo, obviamente, da reconvenção, tanto incidental, como autónoma (cf. arts. 91.º, n.º 2, segunda parte e 266.º, respetivamente).

Ora, desta diferença de eficácia material entre caso julgado positivo e caso julgado negativo, advêm profundas consequências para o teor da autoridade de acaso julgado da sentença de procedência e da sentença de improcedência. Veremos essas consequências adiante.

III. A segunda razão para a existência da autoridade de caso julgado é estritamente processual e não passa de uma consequência da primeira.

Lembremos que o efeito negativo e o efeito positivo do caso julgado, *i.e.*, a exceção de caso julgado e a autoridade de caso julgado, são duas faces da especial qualidade da decisão judicial transitada em julgado, nos termos do art. 628.º: a “força obrigatória” da decisão judicial dentro do processo (cf. art. 620.º) e fora dele, quando julgue do mérito (cf. art. 619.º).

Ora, justamente por isso, deve entender-se que o enunciado do art. 580.º, n.º 2, vale, tanto para o efeito negativo, como para o efeito positivo do caso; ou seja, se “[t]anto a exceção da litispendência como a do caso julgado têm por fim evitar que o tribunal seja colocado na alternativa de contradizer ou de reproduzir uma decisão anterior”, essa finalidade também surge na presença de objetos processuais materialmente conexos. Com uma diferença, porém: na presença de um objeto processual que é conexo com o objeto processual de uma decisão anterior não está vedado ao tribunal proferir decisão de mérito, porquanto não há a completa identidade de objetos; porém, no julgamento sobre a procedência da segunda pretensão o tribunal deverá ter em conta o título jurídico “sentença” prévia, consubstanciando a autoridade de caso julgado.

Tudo visto, também por aqui se visa “obstar a que a situação jurídica material definida por uma sentença possa ser validamente definida de modo diverso por outra sentença” [STJ 27-2-2018/Proc. 2472/05.8TBS TR.E1 (FÁTIMA GOMES)].

IV. Uma nota final: como se sabe a tríplice identidade entre causas obsta à continuação da segunda causa não apenas depois da primeira decisão transitar em julgado (exceção dilatória de caso julgado), mas, também, antes da primeira decisão transitar em julgado, por meio da exceção dilatória de litispendência. Confrontem-se nos arts. 577.º, al. i), segunda parte, 580.º e 581.º.

Cabe, por isso, perguntar se existe litispendência entre duas causas que estejam em (potencial) relação de autoridade de caso julgado.

A resposta é negativa: apenas a tríplice identidade é relevada pela lei para ser erigida a requisito daqueles pressupostos processuais negativos, de litispendência e caso julgado. Diversamente, se existir uma relação de

conexão ou proximidade entre as causas ficará na disponibilidade do tribunal *suspender a causa* que seja lógica ou juridicamente *prejudicial* ou *suspender qualquer uma delas* quando haja um *concurso de causas de pedir*. Confrontem-se os arts. 269.º, n.º 1, al. c) e 272.º.

Passemos, aliás, a analisar as relações de prejudicialidade e de concurso entre causas em especial.

(Continuação)

E) Relações de prejudicialidade entre causas, em especial

I. Nas relações de prejudicialidade entre objetos processuais o sentido de uma decisão anterior determina os fundamentos de uma decisão posterior; noutra perspetiva, a resolução da segunda questão está dependente da resolução de uma primeira questão. Ora, aqui, escreve TEIXEIRA DE SOUSA, “o tribunal da ação dependente está vinculado à decisão proferida na causa prejudicial”⁽⁴⁰⁾.

Essas relações de prejudicialidade tanto podem ser no domínio da mesma relação jurídica julgada com valor caso julgado, como no domínio de relação jurídica conexa.

Assim, dentro do perímetro da mesma relação jurídica há, *por ex.*, relação de prejudicialidade entre a sentença que julgou procedente o pedido de declaração de nulidade certo contrato e uma posterior ação de condenação na restituição do bem a que se refere o contrato ou entre a sentença que anulou certo contrato e uma posterior ação de condenação no cumprimento de uma prestação daquele contrato.

Ou, simetricamente, entre um pedido reconvenicional improcedente de reconhecimento de um contra crédito e uma posterior ação de condenação no cumprimento do mesmo.

Exemplo: na “situação em que os Réus invocaram [por reconvenção], por exceção, a constituição de um crédito sobre o Autor, como fundamento da extinção do crédito alegado por este, por compensação, tendo essa exceção sido julgada improcedente, por falta de prova da existência daquele contra-crédito, deve considerar-se que se formou caso julgado sobre tal questão, o que impede que o Réu reclame o seu pagamento em nova ação” [RC 18-3-2014/Proc. 556/12.5TBTMR-A.C1 (SÍLVIA PIRES)], o que se compreende desde logo porque o pedido reconvenicional é para efeitos de caso julgado um pedido autónomo, próprio de uma parte ativa⁽⁴¹⁾.

⁽⁴⁰⁾ *Estudos, cit.*, 575.

⁽⁴¹⁾ No entanto, e como veremos adiante, se o pedido julgado improcedente puder ser suportado por outra causa de pedir, nada impede o autor (ou réu reconvinente) de colocar nova ação, nos termos do regime do concurso entre causas em situação de caso julgado negativo. Como veremos, ao

Ou, ainda, o réu que foi condenado em ação de reivindicação, em que não invocou usucapião, terá de ver julgada improcedente uma autónoma contra-ação de reivindicação a seu favor fundada em usucapião, apesar de a causa de pedir ser diferente.

Já no domínio de relações jurídicas conexas há, *por ex.*, relação de prejudicialidade entre a sentença que, em reconvenção ou em oposição à execução, julgou extinta (com valor de caso julgado) a dívida do credor principal e uma posterior invocação que o fiador faça da decisão em seu favor, ao abrigo do art. 635.º, CC.

II. Note-se que se o caso julgado anterior for *negativo*, *i.e.*, de improcedência do pedido, nada pode ser invocado pelo terceiro devedor ou garante.

Assim, aplicando o que atrás se disse, se o credor vê julgado improcedente o pedido de pagamento contra o devedor principal, que lhe opôs vitoriosamente a exceção de nulidade do contrato, não nos parece que o terceiro devedor ou o garante se possam prevalecer dessa decisão, porquanto o que faz caso julgado é a decisão e não os seus fundamentos, sendo que a decisão que transitou em julgado foi a de improcedência do pedido condenatório e, não, uma decisão de inexistência do crédito. O terceiro se quisesse melhor sorte processual deveria ter intervindo espontaneamente na causa e pedido a apreciação da nulidade com valor de caso julgado (cf. art. 91.º, n.º 2, segunda parte) ou pedido simples apreciação negativa da dívida, em reconvenção [cf. art. 266.º, n.º 2, al. a) *in fine*].

De todo o modo, o ponto é, claramente, merecedor de uma reflexão mais aturada.

(Continuação)

F) Relações de concurso entre causas no caso julgado positivo

I. Nas relações de concurso entre causas duas ou mais ações têm um pedido idêntico, com diferentes fundamentos. Apesar de não existir, por isso, exceção de caso julgado, ter-se-á de ter em conta a resolução final de cada ação envolvida.

autor vencido não está vedado que repita o mesmo pedido, mas com diferentes causas de pedir. Nessa eventualidade, se o pedido for julgado procedente, então, posteriores ações que estejam em relação de prejudicialidade com a primeira poderão ser julgadas procedente. *Por ex.*, se o réu obtivesse vencimento em ação autónoma de reconhecimento do crédito, por outro fundamento, bem poderia vencer em subsequente ação em que reclame o seu crédito.

Para este efeito, há que distinguir consoante a primeira decisão seja de *procedência do pedido* (caso julgado positivo) ou seja de *improcedência do pedido* (caso julgado negativo). Desse modo, perceber-se-á quando há relações de concurso e, bem assim, o âmbito da autoridade de caso julgado.

Por outro lado, há que distinguir os efeitos quanto ao autor e quanto ao réu.

II. Numa situação de caso julgado positivo estão vedadas novas ações entre os mesmos sujeitos, sempre que o pedido seja o mesmo em ambas e estejam numa relação de concurso de causas de pedir.

Assim, se o autor obteve a condenação do réu na restituição de quantia pecuniária a título de mútuo ou no pedido de despejo por certa causa resolutória ou no pedido de declaração de nulidade de certa compra e venda, fica também impedido de deduzir o mesmo pedido com fundamento noutros factos principais, *i.e.*, noutra causa de pedir. Portanto, não pode invocar factos novos que, oportunamente, não invocara para demonstrar o mútuo ou suportar o pedido de despejo. Para este efeito, e irrelevante se o autor da aos diferentes factos principais a mesma qualificação jurídica que dera na primeira ação ou se a altera.

A razão é a seguinte: uma vez que a sentença de procedência constitui um título recognitivo ou constitutivo de efeitos jurídicos, o segundo pedido é *inútil* pois o seu efeito material já se obteve noutra ação. *Por ex.*, não se pode resolver um contrato de arrendamento, já resolvido. Aqui se vê o *efeito positivo do caso julgado*.

Em consequência, na doutrina tem sido defendido que ao autor vitorioso falta interesse processual, por inutilidade inicial da lide para, posteriormente, abrir nova ação por outro fundamento⁽⁴²⁾.

Se quisermos simplificar, pode dizer-se que na perspetiva da posição do autor vencedor, a procedência do seu pedido, determina a *preclusão de alegabilidade futura tanto da causa de pedir deduzida, como das causas de pedir que poderia ter deduzido*: os primeiros, em razão da exceção de caso julgado e os segundos em razão da falta de interesse processual. Essa “preclusão” resulta de dois mecanismos processuais distintos, como se constata.

Este fenómeno de preclusão vê-se, confirmado, em sede de recurso: não pode recorrer a parte que ganhou num pedido, mas perdeu quanto a um dos fundamentos. Isto porque o que releva e vincula as esferas jurídi-

⁽⁴²⁾ Assim, CASTRO MENDES, *Direito processual Civil II*, 1987, 238-239 e TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos, cit.*, 577. Sobre os efeitos dessa falta de interesse processual, veja-se a nossa anotação ao art. 30.º, *Código I, cit.*, 117, ss.

cas em presença são os efeitos do pedido, fundado numa das causas de pedir, e não os fundamentos *in totum*. Ganha a causa pelo autor, ele obteve a decisão com valor de caso julgado e não pode pretender ganhá-la por outro dos fundamentos que alegar.

Em suma: quando se venceu na pretensão de obtenção de certo efeito jurídico é irrelevante por que concreto fundamento se venceu, de facto e de direito. Embora se continue a ter direito de ação, ao abrigo do art. 20.º, n.º 1 da Constituição, porém uma procedência e suficiente para o sistema condicionar a repetição do direito de ação.

III. Mas, simetricamente e em plena e justa igualdade com o que sucede com o autor vencedor, em caso de caso julgado positivo, para o réu vencido a condenação no pedido determina a preclusão de alegabilidade futura tanto dos fundamentos de defesa deduzidos, como dos fundamentos de defesa que poderia ter deduzido. E também quanto ao réu essa “preclusão” resulta de dois mecanismos processuais distintos.

Efetivamente, o princípio da concentração da defesa na contestação (cf. art. 573.º), incluindo na defesa superveniente [como se deduz da conjugação dos arts. 588.º, n.º 1 e 729.º, al. g)], determina a preclusão de toda a defesa que não haja oportunamente feito valer contra a *concreta* causa de pedir invocada pelo autor. Assim, o réu que perdeu não pode, depois, na oposição a execução [cf. arts. 729.º, al. g) *a contrario* e 860.º, n.º 3.º] invocando as exceções que não usara, como, *por ex.*, a nulidade do contrato invocado pelo autor, para se negar ao pagamento.

Mas, por outro lado, tampouco o pode fazer em (i) ação autónoma ou em (ii) reconvenção, porque lhe vai ser oposta a autoridade de caso julgado, decorrente da vinculação positiva externa ao caso julgado assente no art. 619.º, em sede de objetos em *relação de prejudicialidade*.

Exemplo: a “autoridade de caso julgado inerente a uma decisão que reconheceu ao autor o direito de propriedade sobre uma parcela de terreno e condenou o réu na sua restituição e na demolição da construção que na mesma foi erigida impede que este, em nova acção, peça o reconhecimento do direito de propriedade sobre a mesma parcela, ainda que com fundamento na acessão industrial imobiliária” [STJ 11-10-2012/Proc. 209/09.1TBPTL.G1.S1 (ABRANTES GERALDES)]; o mesmo vale se o fundamento que invoca em ação própria é a usucapião.

Obviamente, que desta preclusão salvam-se todos os fundamentos de defesa que sejam supervenientes: estes podem ser deduzidos tanto a título de exceção [cf. art. 729.º, als. g) e h)], como a título de ação.

Por ex., o autor vence em ação de condenação no pagamento de restituição do capital mutuado e, posteriormente, constitui-se um contra cre-

dito do réu; este pode ser oposto tanto na oposição a execução, como em ação autónoma — apesar de conexas com a primeira, o direito de ação do réu (cf. art. 20.º, n.º 1, CRP e art. 2.º) prevalece sobre a autoridade do caso julgado, do art. 619.º. Em suma: o caso julgado vincula *rebus sic stantibus*.

(Continuação)

G) Relações de concurso entre causas no caso julgado negativo

I. As coisas passam-se de modo diferente na situação de caso julgado negativo.

Ao autor vencido não está vedado que repita o mesmo pedido, mas com diferentes causas de pedir: o que transitou foi que *pelo primeiro e concreto fundamento* o autor não tem o direito que alega, mas não transitou que ele não possa ter direito *por qualquer outro fundamento fáctico* não deduzido. Por *ex.*: pedido o despejo de locado com fundamento em causa resolutive do art. 1083.º, n.º 2, al. *a*), CC, se o tribunal não decretar o despejo, e obvio que o autor pode repetir o pedido fundado noutros factos que consubstanciem outra causa resolutive.

Mas, não se poderá opôr ao autor um ónus de concentração de todos os fundamentos na dedução de um pedido, evitando-se a multiplicação de ações por outros tantos fundamentos?

A resposta é negativa: nada na lei portuguesa o determina, nem constitui má fé processual, salvo quando redundante efetivamente nalguma das categorias do art. 542.º.

II. Daqui resulta que, num quadro de uma *potencial* relação de concurso entre causas de pedir, o autor do pedido *pode escolher entre deduzir algum ou deduzir todos os fundamentos de facto que concorrem como causa de pedir*.

Se *vencer* alcança o seu fito, sendo irrelevante *quais e quantos* fundamentos trouxe: todos serão consumidos pelos efeitos positivos e negativos do caso julgado, tanto os fundamentos de facto, como os fundamentos de direito, e tanto os que deduziu (estes relevando para exceção de caso julgado) como os que podia ter deduzido (estes relevando para autoridade de caso julgado).

Se *perder*, há uma diferença prática entre ter deduzido todos os fundamentos (de facto e de direito) ou deixar “de fora” certos fundamentos de facto: se deduziu todas as causas de pedir possíveis, não mais podem ser

invocadas para o mesmo pedido, dada a exceção de caso julgado; mas se apenas deduziu alguma ou algumas das causas de pedir possíveis, pode instaurar nova ação por outro fundamento, sem que se lhe possa opor vitoriosamente a autoridade de caso julgado.

§4.º Regimes especiais

1. Exceção e autoridade de caso julgado nos incidentes

I. A questão de se um dado procedimento produz ou não um caso julgado material não se coloca quanto as ações a título principal, mas é passível de discussão quanto aos incidentes: todos eles fazem caso julgado material ou apenas nos casos expressamente previstos na lei?

Vale a regra de que a decisão dos incidentes não faz caso julgado material. Expliquemo-la: por um lado, os incidentes apenas lidam com uma questão com relevância em dada ação — o valor da dívida exequenda, a habilitação dos sucessores, a falsidade de certo documento —, pelo que a parte dispositiva da decisão do incidente apenas carece de um valor de caso julgador formal; pelo outro lado, os respetivos *fundamentos decisórios* ficam, como já sabemos, fora do âmbito do caso julgado, sem prejuízo do art. 91.º, n.º 2.

Assim, a sentença que julga o *incidente de oposição à penhora* deduzida pelo executado com fundamento em ilegalidade da penhora de bem seu, ainda que decreta o levantamento daquela (v.g., com fundamento em que o bem é imprescindível a qualquer economia doméstica), se resolve o problema da legalidade da penhora, não faz caso julgado material quanto à efetiva titularidade e existência do direito do executado sobre esse bem⁽⁴³⁾.

Identicamente também as “decisões finais que foram proferidas em *incidentes de habilitação de cessionário* que constituem os apensos C e D a um processo de inventário que se encontra a correr termos, não decidiram sobre o mérito de uma causa — as decisões proferidas nesses incidentes, constituindo apenas caso julgado formal que não caso julgado material, não produzem efeitos fora do processo de inventário” [RL 5-7-2018/Proc. 26902/13.6T2SNT.L1-2 (MARIA JOSÉ MOURO)].

(43) Neste sentido, STJ 13-5-1997/97A203 (MARTINS DA COSTA).

II. Apenas assim não será se o legislador atribuir expressamente valor de caso julgado material aos fundamentos da decisão do incidente, em homenagem ao princípio da economia processual.

Nomeadamente, é sabido que sentença de embargos de terceiro e a sentença de oposição à execução fazem caso julgado material nos exatos limites, porquanto a lei o diz expressamente nos arts. 349.º e 732.º, n.º 5, respetivamente⁽⁴⁴⁾.

Mas também será de concluir pela existência de caso julgado material na sentença de liquidação de prévia sentença genérica (cf. art. 348.º), já que não é mais do que uma nova sentença que vem completar a incompleta decisão de mérito anterior⁽⁴⁵⁾. Ou seja: o que nela se decide já poderia ter sido decidido pela própria sentença liquidada.

2. Exceção e autoridade de caso julgado na arbitragem

O que apurámos até agora vigora, sem diferenças, em sede de arbitragem. A circunstância de a arbitragem apresentar uma legitimação e um procedimento específicos em nada tange tanto a eficácia negativa e positiva do caso julgado. Em termos simples: como foi expressamente reconhecido pelo ac. TC 506/96/Proc. 137/93 (FERNANDA PALMA) o recurso à arbitragem consubstancia o exercício do direito de ação em tribunais constitucionalmente reconhecidos (cf. arts. 202.º, n.º 4 e 209.º, n.º 2 da Constituição) e, pelo que a eficácia das respetivas decisões rege-se pelos mesmos princípios e regras de exceção de caso julgado e de autoridade de caso julgado decorrentes dos princípios da segurança jurídica, instrumentalidade ao direito material e proibição de decisões contraditórias⁽⁴⁶⁾.

Assim, e justamente, o art. 42.º, n.º 7 da Lei n.º 63/2011, de 12 de dezembro, determina que a “sentença arbitral de que não caiba recurso e que já não seja susceptível de alteração nos termos do art. 45.º tem o mesmo carácter obrigatório entre as partes que a sentença de um tribunal estadual transitada em julgado e a mesma força executiva que a sentença de um tribunal estadual”.

⁽⁴⁴⁾ Ver, para mais considerações, RUI PINTO, *Código II, cit.*, 78, ss., e *A ação executiva*, 2018, 372-373, 434-436, 683, 760, 766-770.

⁽⁴⁵⁾ Ver, RUI PINTO, *A ação, cit.*, 252. Já a sentença do incidente de liquidação de dívida constante de título diverso de sentença (por ex., de um contrato) apenas faz caso julgado quanto ao título a que se refere, mas não quanto à dívida de modo absoluto — *ergo*, caso julgado formal; ver, RUI PINTO, *ibidem*.

⁽⁴⁶⁾ Ver, CARLA GÓIS COELHO, *A falsa especificidade, cit.*, 102, ss.

Daqui decorre, nomeadamente, que fora das vias recursórias gerais ou anulatórias especiais (cf. art. 46.º daquela Lei) as partes não dispõem de uma faculdade de revogar a decisão arbitral transitada em julgado, seja por promoção de uma nova arbitragem sobre o mesmo objeto, seja por promoção de arbitragem com efeitos conexos incompatíveis com a primeira. A exceção de caso julgado e a autoridade de caso julgado valem nos mesmos termos⁽⁴⁷⁾.

Em consequência, os tribunais estaduais estão vinculados aqueles efeitos, negativo e positivo, do caso julgado arbitral.

⁽⁴⁷⁾ Daí, por exemplo, “o caso julgado da decisão arbitral, no processo de expropriação, limita-se à indemnização fixada, não se estendendo à fundamentação” [STJ 8-9-2016/Proc. 3316/05.6TBMTS.P1.S1 (OLINDO GERALDES)]. Acórdão objeto de recensão de CARLA GÓIS COELHO, *ob. loc. cit.*

PACTOS SUCESSÓRIOS RENUNCIATIVOS ENTRE NUBENTES À LUZ DO ART. 1700.º, N.º 1, ALÍNEA C) DO CÓDIGO CIVIL

Análise do regime introduzido pela Lei n.º 48/2018,
de 14 de agosto

Por Rute Teixeira Pedro()*

SUMÁRIO:

I. Observações introdutórias. **II.** A posição sucessória do cônjuge sobrevivente e a lei n.º 48/2018, de 14 de agosto. **III.** Os pactos renunciativos previstos no art. 1700.º, n.º 1, alínea c) do Código Civil. *1.* Os pactos renunciativos e o princípio da proibição de pactos sucessórios do art. 2028.º do Código Civil. *2.* Os pressupostos da válida celebração dos pactos renunciativos. *3.* O âmbito dos efeitos jurídicos dos pactos renunciativos. **IV.** As liberalidades a favor do cônjuge renunciante e a redução por inoficiosidade — a solução do novo n.º 2 do art. 2168.º do Código Civil. **V.** O cônjuge sobrevivente renunciante como legatário legal: os direitos sobre a casa de morada de família e sobre o respetivo recheio. **VI.** A apreciação do regime introduzido pela Lei n.º 48/2018, de 14 de agosto.

I. Observações introdutórias

A lei n.º 48/2018, de 14 de agosto veio alterar o Código Civil⁽¹⁾, reconhecendo a possibilidade de renúncia recíproca à condição de herdeiro legitimário, pelos nubentes, em convenção antenupcial.

(*) Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade do Porto e Investigadora do Centro de Investigação Jurídico Económica (CIJE) da mesma Faculdade.

(1) Usaremos a abreviatura CC, para nos referirmos ao Código Civil Português de 1966. Ade-

Trata-se de uma solução inovadora que, como veremos, bule com alguns princípios estruturantes do direito sucessório português⁽²⁾. Falamos, por exemplo, como se verá, por um lado, da proibição geral de pactos sucessórios (art. 2028.º do CC) e, por outro lado, do caráter forçoso da sucessão legitimária entre cônjuges (art. 2157.º do CC). Ademais a faculdade reconhecida aos nubentes, apesar de concernir aos efeitos sucessórios, toca indelevelmente nos efeitos patrimoniais associados ao casamento⁽³⁾, mais propriamente aqueles que se produzirão em caso da sua dissolução por morte. Do mesmo passo, a solução que ora se acolheu no direito português entronca numa tendência que vem caracterizando, transversalmente, a linha evolutiva recente do direito da família e do direito das sucessões: a promoção da autonomia privada na conformação dos efeitos jurídicos produzidos nesses dois âmbitos⁽⁴⁾.

mais prevenimos que, sempre que sejam citados artigos sem referência expressa ao diploma a que pertencem, deve entender-se que integram o referido Código.

(2) No sentido de que o diploma em análise introduz “alterações legislativas de inegável monta no sistema jurídico-sucessório português”, vide PAMPLONA CORTE-REAL e DANIEL SANTOS, “Os pactos sucessórios renunciativos feitos na convenção antenupcial pelos nubentes: análise crítica à Lei n.º 48/2018, de 14 de agosto”, in *Revista de Direito Civil*, Ano III (2018), número 3, pp. 555, 559, 563-565.

(3) Como relação jurídica duradoura que é, qualquer que seja, em concreto a duração que tenha.

(4) A promoção da autonomia privada não se manifesta de forma uniforme no direito da família. Na verdade, é, hoje, muito patente a fragmentação desse ramo do direito em duas áreas distintas: uma relativa às relações entre adultos que, *de iure*, se perspetivam relações entre iguais (e que, de facto, nem sempre o são, embora, progressivamente, cada vez mais o sejam, até por força das soluções jurídicas que visam promover esse nivelamento) em que a autonomia privada vem conquistando importância e outra relativa às relações desniveladas em que intervém uma pessoa (familiar) — especialmente — vulnerável que carece de proteção, o que pode traduzir-se em restrições a essa autonomia privada. Sobre esta distinção entre os referidos dois hemisférios do direito da família, vide D. LEITE CAMPOS, *As relações de Associação. O Direito sem direitos*, Coimbra, Almedina, 2011, p. 42 e ss. No primeiro núcleo, em Portugal, ainda se encontra um obstáculo importante ao funcionamento da autonomia privada entre cônjuges, atendendo à manutenção da vigência do princípio da imutabilidade (art. 1714.º). Sobre os limites da autonomia privada entre os cônjuges, veja-se, por todos, RITA LOBO XAVIER, *Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges*, Coleção Teses, Almedina, 2000. De qualquer modo, mesmo no segundo núcleo, sem prejuízo das intervenções heterónomas tuteladoras do sujeito carecido de proteção, se promove, cada vez mais, a autonomia, optando-se por soluções capacitantes que aproveitam os segmentos de capacidade (e de liberdade de autodeterminação) que em cada caso se encontrem. Nessa linha, aliás, entronca uma outra importante intervenção legislativa, cuja publicação data do mesmo dia da que ora nos ocupamos. Falamos da Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto. No que respeita ao direito das sucessões, há a destacar as chamadas de atenção para a necessidade de reforma do direito sucessório, entre nós, e, ainda que mais intenso fora de Portugal do que no nosso país, os debates sobre a pertinência de uma sucessão forçosa, sobre os termos em que ela deve vigorar, sobre os limites ao âmbito de funcionamento da deserção e sobre a manutenção e extensão da proibição de celebração de pactos sucessórios. A título ilustrativo, considere-se ANDREA BONOMI “Testamentary Freedom or Forced Heirship? Balancing party autonomy and the protection of family members”, in *The law of succession: Testamentary Freedom. European Perspectives*, Europa Law Publishing, Groningen/Amesterdão, 2011, p. 27 e ss., e os vários contributos que compõem a obra *Imperative inheritance law in a late-modern society. Five perspectives*, C. Castelein,

É, então, sobre o regime jurídico introduzido pela Lei 48/2018, de 14 de agosto que deteremos a nossa atenção nas próximas páginas. Começaremos por nos debruçar sobre a posição sucessória que é legalmente atribuída ao cônjuge, se os nubentes não exercerem a faculdade que agora lhes é reconhecida. Com esse pano de fundo, perspetivaremos panoramicamente o novo diploma, enquadrando-o no *iter* legislativo que a ele conduziu (**Secção II**). De seguida, o teor das soluções acolhidas na recente lei serão objeto de análise. A reflexão começará pelos pactos sucessórios previstos na recentemente aditada alínea [al. c) do n.º 1 do art. 1700.º], auscultando-lhes a natureza à luz do quadro jurídico vigente, analisando os requisitos que a sua celebração válida pressupõe e descortinando a exata extensão dos efeitos jurídicos que lhes são associados (**Secção III**). Subsequentemente, curaremos da solução especial prevista no n.º 2 do art. 2168.º quanto à inoficiosidade relativamente às liberalidades que o *de cuius* tenha feito em benefício do seu consorte, em caso de ter sido exercida a renúncia prevista no art. 1700.º, n.º 1, al. c) (**Secção IV**). Depois será analisada a proteção sucessória que é legalmente prevista para o cônjuge sobrevivente renunciante e que respeita à casa de morada de família e ao respetivo recheio (**Secção V**). Finalmente, faremos a apreciação do regime introduzido pela lei n.º 48/2018, de 14 de agosto, destacando-lhe os aspetos positivos e apontando os aspetos negativos que o mesmo apresenta (**Secção VI**).

II. A posição sucessória do cônjuge sobrevivente e a lei n.º 48/2018, de 14 de agosto

Antes de considerarmos o regime jurídico introduzido pela lei em referência e as consequências que, do recurso à possibilidade nela prevista, se

R. Foqué e A. Verbeke (editors), Antuérpia-Oxford-Portland, Intersentia, 2009. Entre nós, considerem-se, entre outros (veja-se nota 159 *infra*), CRISTINA ARAÚJO DIAS, “A proteção sucessória da família: notas críticas em torno da sucessão legítima”, in *Autonomia e Heteronomia no Direito da Família e no direito das Sucessões*, coordenação de Helena Mota e Maria Raquel Guimarães, Almedina, 2016, p. 449 e ss.; RITA LOBO XAVIER, “Para quando a renovação do Direito sucessória português?”, in *Edição Comemorativa do Cinquentenário do Código Civil*, Universidade Católica Editora, Elsa Vaz Sequeira e Fernando Oliveira Sá (coord.) Lisboa, 2017, p. 593 e ss., e “Notas para a renovação da sucessão legítima no Direito português”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Pamplona Corte-Real*, A. Menezes Cordeiro, *et alii* (orgs.), Coimbra, Almedina, 2016, em especial, p. 355 e ss. Para uma reflexão sobre os subsistentes limites à autonomia privada no Direito Patrimonial do casamento e no Direito das Sucessões, RITA LOBO XAVIER, *Planeamento Sucessório e transmissão do património à margem do Direito das Sucessões*, Porto, Universidade Católica Editora, 2016, pp. 31-48.

derivam, importa ter presente a posição sucessória que a lei, em caso de não ser exercida a faculdade agora reconhecida, atribui ao cônjuge sobrevivivo.

Como se sabe, a conformação do estatuto jus-sucessório do cônjuge supérstite (não renunciante)⁽⁵⁾ consagrado hoje na lei deriva, essencialmente, do decreto-lei n.º 496/77, de 25 de novembro. Através deste diploma que operou a denominada reforma de 77⁽⁶⁾, a posição sucessória do cônjuge⁽⁷⁾ beneficiou de uma significativa promoção⁽⁸⁾. A partir de então, o mesmo converteu-se em herdeiro legitimário (art. 2157.º), sendo chamado à legítima do *de cuius*, a par dos descendentes ou dos ascendentes ou sozinho, consoante a concreta configuração do caso. Passa, então, a ser-lhe destinada, imperativamente, uma parte da herança — legítima subjetiva —, cujo valor variará em função da existência ou não de outros her-

(5) Nesta secção, a menos que outra indicação seja dada, quando nos referirmos ao cônjuge referimo-nos ao cônjuge sobrevivivo que não tenha celebrado o pacto previsto no art. 1700.º, n.º 1, al. c).

(6) Para uma apreciação da reforma de 1977, em que “Muitas das opções são discutíveis, algumas delas são mesmo criticáveis e fizeram surgir grandes problemas quanto à sua aplicação”, que exemplifica com o reforço da posição sucessória do cônjuge, RITA LOBO XAVIER, “Para quando...”, *cit.*, pp. 598-601.

(7) Sobre o estatuto sucessório do cônjuge, veja-se, desenvolvidamente, considerando também a posição em sede de partilha conjugal, PAULA BARBOSA, *Doações entre os Cônjuges — Enquadramento Jus-Sucessório*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 24 e ss. (no direito comparado) e p. 69 e ss. (no direito português); com referência à evolução histórica e com uma perspetiva que engloba também o direito espanhol, ANA DE SOUSA LEAL, *A legítima do cônjuge sobrevivivo. Estudo comparado hispano-português*, Almedina, 2004, pp. 31-53; e também, D. LEITE CAMPOS e MÓNICA MARTINEZ DE CAMPOS, *Lições de Direito das Sucessões*, Almedina, 2017, pp. 156-162; FRANÇA PITÃO, *A posição do cônjuge sobrevivivo no atual direito sucessório português*, 3.ª ed., Almedina, 1994; e PAULA TÁVORA VÍTOR e ROSA CÂNDIDO MARTINS, “«Unos cuantos piquetitos» — Algumas considerações acerca das novas regras da declaração de indignidade da Lei n.º 82/2014, de 30 de dezembro”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Pamplona Corte-Real*, A. Menezes Cordeiro, *et alii* (orgs.), Coimbra, Almedina, 2016, pp. 337-340.

(8) O sentido da reforma de 1977 entronca numa tendência de promoção da posição sucessória do cônjuge sobrevivivo, nomeadamente em confronto com a posição sucessória dos descendentes. Este tendência, embora em termos bastante distintos dos que são adotados no nosso ordenamento, deteta-se nas últimas décadas em vários ordenamentos jurídicos e que foi denominada como horizontalização da sucessão. Sobre essa evolução, *vide* REINHARD ZIMMERMANN, “Does the Law of succession reflect cultural differences?”, *Maastricht Law Series*, The Hague, Eleven International Publishing, 2018, pp. 14-15 e ANNE RÖTHEL, “Familie und Vermögen im Erbrecht: Aktualisierungen von Erbfolge, Pflichtteil und Besteuerung”, in *JuristenZeitung*, Ano 66, 2011, Caderno 5, p. 22 e ss. Num movimento recente nesse sentido, pode ver-se a reforma do direito das sucessões austríaco (introduzida pela *Erbrechts-Änderungsgesetz* de 2015 — conhecida pela abreviatura *ErbRÄG 2015* — que entrou em vigor a 1 de janeiro de 2017), em que se reforçou a posição sucessória do cônjuge, em relação à proteção que lhe era conferida antes. Sublinhe-se que não significa, no entanto, que o reforço detetado noutros ordenamentos seja da mesma espécie e intensidade daquele que se manifestou, entre nós, em 1977. MARTIN SCHAUER, “Das neue Erbrecht. Grundlegende Wertungen und ausgewählte Einzelfragen”, in *Österreichische Juristen Zeitung*, janeiro de 2017, p. 53 e ss.

deiros legítimos — o que influirá na extensão da legítima global⁽⁹⁾ — e, em caso de concurso com outros herdeiros legítimos, dos termos da divisão que entre eles se fará⁽¹⁰⁾. O chamamento à quota legítima impõe-se, pois, sempre⁽¹¹⁾, mesmo que a vontade do *de cuius* se oponha a tal, na medida em que a sucessão legítima é imperativa. A exceção que se abria a esta imposição heterónoma — e consequente singular manifestação de alguma⁽¹²⁾ margem para a autonomia privada⁽¹³⁾ — resultava da aplicação do regime da deserção⁽¹⁴⁾: verificada que fosse alguma das situações enunciadas numa das 3 alíneas do n.º 1 do art. 2166.º, o *de cuius* poderia afastar da sucessão o seu consorte, devendo para o efeito, em testamento, com expressa declaração da causa, deserdá-lo.

Para além da qualidade de herdeiro legítimo, ao cônjuge é reconhecido o estatuto de herdeiro legítimo [art. 2133.º, n.º 1 *a*) e *b*)], sendo, a esse título chamado, se o falecido não tiver disposto válida e eficazmente, no todo ou em parte, dos bens de que podia dispor para depois da morte (art. 2131.º) e que corresponderão, quando existem herdeiros legítimos, à parte da herança denominada quota disponível.

Qualquer que seja o título sucessório legal⁽¹⁵⁾ — portanto, quer no âmbito da sucessão legítima, quer no âmbito da sucessão legítima —, o cônjuge concorre com os descendentes se os mesmos existirem, ou com os ascendentes, no caso de não existirem descendentes. Sucederá sozinho, na falta de descendentes e ascendentes. Como herdeiro legal, é-lhe atribuído

(9) Se concorrer com descendentes (art. 2159.º, n.º 1) ou ascendentes (art. 2161.º, n.º 1), a legítima global equivalerá a 2/3 da herança; e se for chamado como herdeiro legítimo único equivalerá a 1/2 da herança (art. 2158.º).

(10) E que, como se referirá *infra*, não corresponde necessariamente a uma divisão por cabeça.

(11) Como veremos, quanto ao cônjuge, o chamamento já não se impõe, atendendo à facilidade reconhecida pela lei n.º 48/2018, de 14 de agosto, agora em análise.

(12) Dizemos alguma, pois não bastava a exteriorização da vontade do *de cuius*, sendo necessária a verificação de uma das causas tipificadas na lei no art. 2166.º. Sobre o regime deste artigo, *vide* HELENA MOTA, “Anotação ao art. 2166.º”, in *Código Civil Anotado. Livro V. Direito das Sucessões*, Cristina Araújo Dias (coord.), Almedina, 2018, pp. 228-229.

(13) Se se verificasse alguma causa de indignidade, segundo o melhor entendimento, o sucessível indigno não seria chamado à sucessão legítima. A favor da aplicação do regime da indignidade à sucessão legítima, *vide*, por todos, RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, Vol. I, 4.ª ed. renovada, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, p. 302 e ss. Questão que ultrapassa a economia deste trabalho é a de saber se, aplicando-se o regime jurídico da indignidade, esta opera automaticamente ou depende de uma correspondente declaração judicial. Sobre esta problemática, *vide*, por todos, o mesmo autor, *op. cit.*, p. 297 e ss.

(14) Sobre o regime jurídico da deserção, considere-se LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direito das Sucessões*, 4.ª ed., Quid Iuris, 2012, p. 191 e ss. e ANA DE SOUSA LEAL, *op. cit.*, pp. 380-401.

(15) Para além da sucessão legal, no âmbito da sucessão do seu cônjuge, o consorte pode ser beneficiário da sucessão voluntária, seja testamentária (art. 2179.º e ss.), seja contratual, nos termos do art. 1700.º, n.º 1, al. *a*).

um direito sobre (uma parte da) herança⁽¹⁶⁾, o que lhe permitirá ser encaixado na titularidade do direito de propriedade sobre (vários) bens⁽¹⁷⁾.

No âmbito da sucessão legal⁽¹⁸⁾, o cônjuge beneficia de desvios à regra legal da divisão por cabeça prevista no art. 2136.º, em caso de concurso com descendentes⁽¹⁹⁾ ou com ascendentes⁽²⁰⁾. A favor do cônjuge sobrevivivo podem também referir-se as atribuições preferenciais previstas nos arts. 2013.º-A e seguintes⁽²¹⁾ e o direito de apanágio consagrado no art. 2018.º⁽²²⁾. Ademais, quanto à colação (art. 2104.º, ss.), grassando embora a dúvida sobre o alcance do regime vigente após a Reforma de 1977, pode invocar-se, em abono do cônjuge, o entendimento de que o cônjuge não se encontra sujeito à colação⁽²³⁾.

(16) Sobre natureza do direito à legítima, digladiam-se várias teses. Veja-se J. DUARTE PINHEIRO, *Legado em Substituição da Legítima*, Lisboa, Edições Cosmos, 1996, pp. 167-171; PAMPLONA CORTES-REAL, *Curso de Direito das Sucessões*, Quid Iuris, 2012, pp. 334-335, CRISTINA ARAÚJO DIAS, *Lições de Direito das Sucessões*, 6.ª ed., Coimbra, Almedina, 2017, pp. 199-200 e ANA DE SOUSA LEAL, *op. cit.*, pp. 224-440.

(17) No Anteprojeto do Código Civil de GALVÃO TELLES propunha-se a inclusão do cônjuge como sucessível legítimo, ao qual se atribuía o direito de usufruto de metade da herança, podendo concorrer com descendentes ou ascendentes do *de cuius*. A solução, apesar de aplaudida e aprovada na generalidade pela Comissão Ministerial (Ata n.º 6, BMJ, n.º 133, p. 154), foi depois excluída.

(18) As normas que vamos referir em texto e que integram o regime da sucessão legítima devem aplicar-se à sucessão legítima *ex vi* do art. 2157.º.

(19) Em caso de concurso com os descendentes, o desvio à regra é eventual, na medida em que o que se prevê no art. 2139.º, n.º 1, 2.ª parte, é a garantia de que ao cônjuge caberá ¼ da legítima global, na sucessão legítima, e ¼ da quota disponível que caiba partilhar, segundo as regras da sucessão legítima. O desvio à regra do art. 2136.º só se concretizará, se existirem mais de 3 descendentes (ou respetivas stirpes).

(20) Em caso de concurso com os ascendentes, a divisão é sempre desigual, já que ao cônjuge caberão sempre $\frac{2}{3}$ e aos ascendentes $\frac{1}{3}$ (art. 2142.º, n.º 1) das quotas (legítima e legítima) a partilhar.

(21) Para concretizar a parte que cabe lhe como herdeiro legítimo e para concretizar a meação que lhe caiba no património comum (quando exista), o cônjuge sobrevivivo tem direito a ser encabeçado, no momento da partilha, no direito de habitação da casa de morada da família e no direito de uso do respetivo recheio, nos termos dos arts. 2103.º-A e ss. Estas atribuições preferenciais, tendencialmente vitalícias à luz do art. 2103.º-A, n.º 2, foram reconhecidas pelo Decreto-lei 496/77, de 25 de novembro. Sobre estas atribuições, GALVÃO TELLES, *Sucessões. Parte Geral*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 116-121.

(22) A proteção alimentar à custa dos rendimentos dos bens deixados pelo falecido, nos termos do art. 2018.º, já se encontrava prevista na versão original do Código Civil, tendo-se mantido incólume na reforma de 1977, apesar do cônjuge ter ascendido à categoria de herdeiro legítimo.

(23) A exclusão da obrigação de colação, à semelhança do que acontece com os ascendentes, pode ser perspetivada como uma vantagem para o cônjuge sobrevivivo. Acolhendo esse entendimento, entre outros, I. GALVÃO TELLES, *Sucessões. Parte Geral*, *cit.*, pp. 123-124, PEREIRA COELHO, *Direito das Sucessões*, lições ao curso de 1973-1974, atualizadas em face da legislação posterior, Coimbra, 1992, pp. 290-291. Sobre a problemática da sujeição do cônjuge à colação, vide ANA DE SOUSA LEAL, *op. cit.*, pp. 247-259 e PAULO CORREIA RAMIREZ, *O cônjuge sobrevivivo e o instituto da colação*, Almedina, 1997, PAULA BARBOSA, *Doações entre os Cônjuges — Enquadramento Jus-Sucessório*, *cit.*, p. 301 e ss. e

A posição sucessória do cônjuge⁽²⁴⁾, nos termos em que foi robustecida pela Reforma de 1977, mereceu a crítica de muitos Autores⁽²⁵⁾. Para a discussão trazia-se à colação o facto de um estatuto sucessório reforçado, poder constituir um entrave à celebração de um (novo) casamento, nomeadamente por quem já tem descendentes (sobretudo se forem não comuns). Na verdade, atribuindo-se ao cônjuge o direito a ser encabeçado no direito de propriedade sobre os bens do consorte falecido, gera-se a possibilidade de os bens integrados no património hereditário mudarem de linha familiar (de sangue). O princípio da troncalidade, a que se deu, tradicionalmente, muita importância⁽²⁶⁾, encontra-se desguarnecido, podendo tal circunstância ditar a exclusão da celebração de um casamento que seria celebrado, não fossem os direitos sucessórios legalmente consagrados em benefício do cônjuge.

É, aliás, essa preocupação que se encontra subjacente ao projeto de lei n.º 781/XIII, apresentado, por deputados do partido socialista, em 20 de fevereiro de 2018⁽²⁷⁾, e que desencadeou o processo legislativo que condu-

R. CAPELO DE SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, Vol. II, 3.ª ed. renovada, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 224 e ss.

(24) Também os cônjuges casados em regime de separação de bens, mesmo que este seja imposto nos termos do art. 1720.º, são herdeiros legais (legitimários e legítimos) um do outro. À míngua do pacto que estamos agora a analisar, os direitos sucessórios legais só são legalmente excluídos, não sendo o cônjuge chamado à sucessão do seu consorte, quando, nos termos do art. 2133.º, n.º 2, à data da morte do autor da sucessão, já tenha transitado em julgado a sentença que decreta o divórcio ou a separação de pessoas e bens, ou quando a sentença que decreta uma dessas medidas venha a ser proferida posteriormente àquela data, nos termos do n.º 3 do art. 1785.º

(25) Uma das vozes críticas é de PAMPLONA CORTE-REAL, que, expressivamente, fala de uma “«obsessão» do legislador de 77, na tutela do cônjuge sobrevivente”. “Os Efeitos Sucessórios do Casamento”, in *Direito da Família e Política Social*, Porto, Publicações Universidade Católica, 2001, p. 57. No mesmo sentido, *Curso de Direito das Sucessões*, cit., p. 68. Também D. LEITE CAMPOS e MÓNICA MARTINEZ DE CAMPOS destacam a dissonância entre a opção legislativa no plano de regime supletivo de bens (comunhão de adquiridos) e no plano sucessório a previsão do cônjuge como herdeiro legitimário. Em tempos em que “o novo casamento «valerá o que valerem os cônjuges»” discutem se haverá razões que justifiquem que o casamento “valha necessariamente uma herança”. *Lições de Direito das Sucessões*, cit., pp. 160-162, retomando observações de D. LEITE CAMPOS em “Família e sucessão”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LVI, 1980. Também I. GALVÃO TELLES considerou “excessivos” os termos em que o cônjuge foi convertido em herdeiro legitimário. *Sucessão Legítima e Sucessão legitimária*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 26

(26) GUILHERME BRAGA DA CRUZ, “Regime de bens do Casamento. Disposições Gerais. Anteprojecto dum capítulo do novo Código Civil (articulado e exposição de motivos)”, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 63, fevereiro de 1957, p. 129 e ss. “A preocupação de conservar os bens avoengos na linha familiar da sua procedência revestiu-se em tempos recuados, de tal importância, que chegou a ser arvorada em princípio geral de sucessão legítima” (p. 129).

(27) Segundo o preâmbulo do projeto de lei n.º 781/XIII, o regime da sucessão legitimária tal como foi gizado no Código Civil de 1966, “pretendia assegurar a continuidade dos patrimónios na mesma família consanguínea”. Ora, tendo, sido “criado quando os casamentos não podiam ser dissol-

ziu à aprovação do diploma em análise⁽²⁸⁾. Na verdade, como se podia ler no respetivo preâmbulo, o que se pretendia com o projeto de lei era — sem “proceder a uma revisão da filosofia subjacente ao regime sucessório” consagrado no Código Civil⁽²⁹⁾ — resolver “um problema prático para quem pretende casar-se e já tem filhos, designadamente filhos de uma anterior ligação” e não o faz por causa do estatuto sucessório atribuído ao cônjuge.

A lei n.º 48/2018, de 14 de agosto veio, pois, reconhecer a possibilidade de, por acordo vertido em Convenção Antenupcial, os nubentes poderem renunciar reciprocamente à condição de herdeiro legitimário um do outro, nos termos da nova alínea *c*) do n.º 1 do art. 1700.º, *afetando*, assim, a “posição sucessória” (art. 1707.º-A, n.º 2) do cônjuge sobrevivente em caso de dissolução do casamento por morte⁽³⁰⁾. Do mesmo passo, para *temperar* os efeitos dessa renúncia, a lei prevê, no n.º 2 do art. 2168.º, um regime especial de redução por inoficiosidade aplicável às liberalidades feitas a favor do cônjuge sobrevivente renunciante e consagra em benefício do mesmo, nos n.ºs 3 a 10 do art. 1707.º-A, um conjunto de direitos relativos à casa de morada de família e ao respetivo recheio. É sobre cada uma dessas alterações que nos debruçaremos nas próximas 3 secções.

vidos”, tal regime, como se lê no mesmo preâmbulo, “não é adequado a uma sociedade em que, até pelo aumento da esperança de vida, são tão frequentes as relações em que as famílias integram filhos de relações anteriores”. Nesta linha de raciocínio, concluiu-se que “essa será uma das razões para que pessoas com filhos optem por não se casar (ou se casar de novo)”. P. 1.

(28) O decreto da Assembleia n.º 235/XIII de 27 de julho de 2018 foi promulgado a 1 de agosto, tendo a lei n.º 14/2018 sido publicada em Diário da República a 14 de agosto. Segundo o seu art. 4.º, a lei entraria em vigor no primeiro dia do mês subsequente ao da sua publicação”, portanto a 1 de setembro de 2018. A partir dessa data admite-se a válida celebração de pactos sucessórios renunciativos, nos termos que vamos analisar na próxima secção.

(29) Segundo o preâmbulo, a configuração do regime da sucessão legitimária “não foi alterada no seu essencial desde a sua introdução no Código Civil de 1966” (p. 1). Esta afirmação deixa na sombra a importante reforma de 1977 de cujas inovações resultam, precisamente, as maiores ameaças à troncalidade.

(30) Por força da celebração do pacto dita-se o afastamento da aplicação de certos efeitos sucessórios associados ao casamento. Dizemos “certos efeitos” por duas razões. Por um lado, porque nos parece merecer uma reflexão especial — que levaremos a cabo *infra* no ponto 3 da próxima secção — a questão do exato alcance dos efeitos jurídicos associados à celebração de um pacto da espécie prevista no art. 1700.º, n.º 1, al. *c*). Por outro lado, porque a lei veio, agora, associar, nos termos do art. 1707.º-A, n.ºs 3 a 10, alguns *novos* efeitos *mortis causa* à qualidade de cônjuge, a que nos referiremos *infra* na Secção V deste trabalho.

III. Os pactos renunciativos previstos no art. 1700.º, n.º 1, alínea c) do Código Civil

1. Os pactos renunciativos e o princípio da proibição de pactos sucessórios do art. 2028.º do Código Civil

A Lei n.º 48/2018, de 14 de agosto introduziu uma nova alínea — a alínea c) — no n.º 1 do art. 1700.º do Código Civil (CC), acrescentando mais uma “disposição por morte considerada lícita” ao exíguo elenco de disposições contratuais com efeitos *mortis causa* admitidas pela lei.

Trata-se, portanto, de mais uma exceção ao princípio da proibição dos pactos sucessórios⁽³¹⁾ que se encontra prevista no art. 2028.º⁽³²⁾. Apesar de os fundamentos que o sustentam terem vindo a perder força⁽³³⁾ e de haver boas razões para aceitar, de forma mais ampla, a celebração de pactos sucessórios — até para promover uma adequada proteção do *de cuius*

(31) A noção de pacto sucessório não é pacífica. Sobre essa dificuldade e sobre a noção respetiva, considere-se DANIEL SILVA MORAIS, *Doações em vida com finalidades sucessórias*, Cascais, Principia, 2017, p. 20 e ss. Sobre negócios bilaterais válidos que, não se contendo, pelo menos à primeira vista, na noção de negócios sucessórios, têm relevância sucessória (a denominada “sucessão contratual anómala”), vide J. DUARTE PINHEIRO, *O Direito das Sucessões Contemporâneo*, 2.ª ed., AAFDUL, 2017, pp. 147-157. Desenvolvidamente, sobre os negócios alternativos ao testamento que permitem operar um planeamento sucessório, veja-se RITA LOBO XAVIER, *Planeamento Sucessório ...*, cit., p. 103 e ss.

(32) Em conformidade com o princípio contido no art. 2028.º, reafirma-se na al. a) do n.º 1 do art. 1699.º, a proibição de inclusão, na convenção antenupcial, de disposições regulamentadoras da sucessão hereditária dos cônjuges ou de terceiros, atenta a natureza contratual da convenção, ressaltando-se o disposto nos artigos seguintes a que nos referiremos de seguida em texto. Sobre “o desfavor” e “hostilidade face aos pactos sucessórios e a evolução em Portugal até ao Código de 1966, vide G. BRAGA DA CRUZ, “Regime de bens do casamento...”, cit., p. 75 e ss. Quanto à proibição dos pactos sucessórios, considere-se I. GALVÃO TELLES, *Sucessões. Parte Geral*, cit., pp. 19-20; *Direito das Sucessões. Noções fundamentais*, cit., pp. 126-130, CRISTINA ARAÚJO DIAS, *Lições de Direito das Sucessões*, cit., pp. 59-60, J. DUARTE PINHEIRO, *O Direito das Sucessões Contemporâneo*, cit., pp. 138-140, L. CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direito das Sucessões*, cit., pp. 557-560, R. CAPELO DE SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, Vol. I, cit., pp. 47-51, RITA LOBO XAVIER, *Planeamento Sucessório ...*, cit., pp. 44-45 e, considerando em particular a proibição dos pactos renunciativos relativamente à quota legitimária dos cônjuges, GUILHERME DE OLIVEIRA, “Renúncias recíprocas às quotas legitimárias através de legados «em substituição da legítima» feitos em convenção antenupcial”, acessível em <<http://www.guilhermedeoliveira.pt/resources/Renu%CC%81ncias-a%CC%80s-quotas-legitima%CC%81rias-atra ve%CC%81s-de-legados-em-substituic%CC%A7a%CC%83o-da-legi%CC%81tima-feitos-em-con venc%CC%A7a%CC%83o-antenupcial.pdf>>. Para um estudo profundo sobre a perspetiva histórica (pp. 79-162), com consideração das soluções acolhidas nos ordenamentos jurídicos francês, italiano, alemão e espanhol (pp. 163-309), e com uma reflexão crítica sobre a concretização, numa perspetiva dinâmica, da proibição na ordem jurídica portuguesa (pp. 310-460), veja-se DANIEL SILVA MORAIS, *Auto-determinação Sucessória por contrato ou por testamento?*, Cascais, Principia, 2016.

(33) G. BRAGA DA CRUZ afirmava, aliás, aquando da preparação do Código Civil de 1966 que não havia dúvidas de que “também entre nós, se esbateu em certa medida o odioso contra os pactos sucessórios”. “Regime de bens do Casamento...”, cit., p. 86.

na fase mais avançada da sua existência⁽³⁴⁾ —, tal princípio encontra-se vigente no direito sucessório português⁽³⁵⁾. Assim, ao testamento — ato negocial unilateral caracterizado pela sua ineludível livre revogabilidade (arts. 2179.º, e 2311.º, ss.)⁽³⁶⁾ — atribui-se ainda centralidade no desempenho da função de conformação negocial dos efeitos sucessórios que virão a ser desencadeados pela morte de uma pessoa (o seu autor) que ainda se encontra viva. A perspetiva legal continua a ser, em regra⁽³⁷⁾, hostil a que, por contrato, se conformem aqueles efeitos — seja para excluir a sua produção, seja para prever que a sua produção ocorra e definir os termos em que ocorrerá, seja ainda para dispor dos direitos que se venha a adquirir por morte de outrem — relativamente a uma sucessão ainda não aberta (art. 2031.º), i.e., relativamente à sucessão de uma pessoa que ainda se encontre viva⁽³⁸⁾. Em desfavor da sucessão contratual, em muito, depõe o caráter bilateral do contrato que a titula e a conseqüente dependência, para que se produza a alteração ou desvinculação ao estipulado, da ocorrência do mútuo consentimento dos contraentes (art. 406.º, n.º 1, 2.ª parte), não sendo suficiente, em regra⁽³⁹⁾, para esse

(34) Justificando uma “flexibilização da interpretação da própria proibição de pactos sucessórios”. DANIEL SILVA MORAIS, *Revolução Sucessória. Os institutos alternativos ao testamento no século XXI*, Cascais, Príncipia, 2018, p. 16. Também REMÉDIO MARQUES, refletindo sobre a solidariedade estadual e familiar perante as necessidades das pessoas idosas e constatando a insuficiência das soluções que o direito vigente oferece, admite que a aceitação, *de iure condendo*, de pactos sucessórios institutivos se apresente como um instrumento adequado à proteção da pessoa idosa, garantindo-lhe a manutenção e a prestação de serviços por terceiros. “O direito das sucessões nos cem anos do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC)*, Volume Comemorativo (1914-2014), Vol. XCI, Coimbra, 2015, p. 619 e “Em torno do estatuto da pessoa idosa no direito português”, in *Boletim da FDUC*, Vol. LXXXIII, 2007, p. 183 e ss., em especial pp. 183-186.

(35) Quanto aos pactos renunciativos a proibição foi acentuada pelo Código Civil de 1867, G. BRAGA DA CRUZ, “Regime de bens do Casamento...”, *cit.*, p. 75 e ss.

(36) A possibilidade de revogação ou alteração *ad nutum* por ato unilateral do testador é uma das características essenciais do testamento. Nos termos do art. 2311.º, o testador não pode renunciar à faculdade de revogar, no todo ou em parte, o seu testamento, considerando-se “não escrita qualquer cláusula que contrarie a faculdade de revogação”. O afã da lei em garantir a livre revogabilidade unilateral das disposições testamentárias será, aliás, uma das razões que sustentam a proibição dos testamentos de mão comum (art. 2181.º). Sobre o testamento, a sua natureza e características, considere-se R. CAPELO DE SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, *cit.*, pp. 166-172, PAMPLONA CORTE-REAL, *Curso de Direito das Sucessões*, *cit.*, pp. 86 a 93 e J. DUARTE PINHEIRO, *O Direito das Sucessões Contemporâneo*, *cit.*, pp. 84-87 e, em especial quanto à sua revogabilidade, CRISTINA ARAÚJO DIAS, “Anotação aos arts. 2311.º a 2316.º”, in *Código Civil Anotado. Livro V. Direito das Sucessões*, *cit.*, pp. 481 a 488.

(37) Veremos que se admitem exceções.

(38) O momento da abertura da sucessão marca, portanto, a data a partir da qual são admitidos contratos sucessórios relativos a uma sucessão. PEREIRA COELHO, *Direito das Sucessões*, *cit.*, p. 125.

(39) Ressalvada apenas a existência de uma causa que, nos termos da lei, permita a desvinculação unilateral das partes.

efeito, a vontade unilateral de uma das partes nesse sentido. Assim, a proibição dos contratos sucessórios ancora-se, em larga medida⁽⁴⁰⁾, na ideia de proporcionar, ao autor da sucessão, a conservação da liberdade de disposição por morte até ao fim da sua vida e de garantir, ao sucessível, a liberdade e esclarecimento de decisão de aceitar ou repudiar a sucessão até depois da morte do *de cuius*.

As exceções que se abrem a essa proibição radicam numa ideia de favorecimento da celebração do casamento. Na verdade, é a invocação do argumento do *favor matrimonii* que tradicionalmente permitiu ultrapassar as razões que depunham no sentido da rejeição dos pactos sucessórios quando celebrados antes da abertura da sucessão a que respeitam⁽⁴¹⁾. Assim, a título excepcional, os pactos sucessórios são admitidos — e, nesse âmbito, a sucessão contratual⁽⁴²⁾ é aceita — nas situações previstas no art. 1700.º, em que se enunciam as disposições por morte que podem ser validamente celebradas e, para esse efeito, inseridas na convenção antenupcial⁽⁴³⁾. Antes da alteração legislativa de que agora curamos, já se admitia (apenas) a celebração válida de pactos sucessórios institutivos⁽⁴⁴⁾ consubstanciadores de doações *mortis causa* em favor de um dos nubentes⁽⁴⁵⁾ ou em

(40) Invocam-se também razões éticas ou de moralidade. I. GALVÃO TELLES, *Direito das Sucessões. Noções fundamentais*, cit., pp. 127-129 e R. CAPELO DE SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, Vol. I, cit., p. 48.

(41) G. BRAGA DA CRUZ, “Regime de bens do Casamento...”, cit., p. 89 e ss.

(42) Sobre as especificidades da sucessão contratual, PAULA BARBOSA, “Breves Reflexão sobre as especificidades da sucessão contratual”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Pamplona Corte-Real*, cit., p. 315 e ss.

(43) I. GALVÃO TELLES, *Direito das Sucessões. Noções fundamentais*, cit., pp. 130-136 e J. DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil — Sucessões*, 5.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2000, pp. 92-98.

(44) Soem distinguir-se 3 espécies de pactos (ou contratos) sucessórios. Aqueles em que o autor da sucessão institui uma outra pessoa como sua herdeira ou nomeia-a como legatária (pacto institutivo, pacto atributivo, ou pacto *de sucedendo*). Aqueles em que uma pessoa dispõe a favor de outra, de (toda ou parte) da sucessão a que espera vir a ser chamado por morte de uma terceira, que ainda se encontra viva ao tempo do pacto (pacto dispositivo ou pacto *de successione tertii*). Finalmente, aqueles que são celebrados entre o autor da sucessão e a pessoa que é (será) seu sucessível (aquele que, ao tempo do pacto, é titular de uma designação sucessória que, não fora o pacto, se poderia vir a converter em vocação sucessória no momento da abertura da sucessão), nos termos do qual a segunda renuncia à sucessão a que seria chamado. Estes últimos são pactos renunciativos (ou pactos *de non succedendo*) de que falamos em texto. Sobre esta distinção, veja-se I. GALVÃO TELLES, *Sucessões. Parte Geral*, cit., p. 21 e *Direito das Sucessões. Noções fundamentais*, cit., pp. 121-123. Para este Autor, só a primeira espécie constitui um ato *mortis causa*, pois só ele “é fonte de vocação sucessória” regulamentando a sucessão, à semelhança do que acontece com o testamento. *Direito das Sucessões. Noções fundamentais*, cit., p. 128. Desenvolvidamente sobre os pactos institutivos, renunciativos e dispositivos, veja-se DANIEL SILVA MORAIS, *Autodeterminação ...*, cit., respetivamente, pp. 465 e ss., p. 660 e ss., e 686 e ss.

(45) As doações previstas no art. 1700.º, n.º 1, al. a) serão doações para casamento sujeitas ao regime dos art. 1753.º e ss.

favor de terceiro⁽⁴⁶⁾, pelas quais os beneficiários são instituídos herdeiros ou nomeados legatários dos disponentes [art. 1700.º, n.º 1, alíneas *a*) e *b*)]. A Lei n.º 48/2018, de 14 de agosto acrescentou ao elenco do art. 1700.º mais uma espécie de pactos sucessórios admitidos entre nós. Verificados que sejam certos requisitos (a que nos referiremos no n.º 2 desta secção), podem, pois, hoje, duas pessoas que vão casar, celebrar um pacto pelo qual renunciavam reciprocamente à condição de herdeiro legitimário um do outro.

Reconhece-se, assim, nos termos do art. 1700.º, n.º 1, al. *c*), a possibilidade de celebração, em determinadas circunstâncias, de pactos sucessórios renunciativos entre aqueles que vão celebrar o contrato de casamento (os esposados)⁽⁴⁷⁾. Também, aqui, se pode vislumbrar a prossecução de um objetivo de favorecimento da celebração do casamento⁽⁴⁸⁾ que, à semelhança do que já acontecia com a alínea *b*) do n.º 1 do art. 1700.º, poderá ser um favorecimento meramente indireto, na medida em que se acautelam interesses de terceiros, mormente — mas não necessariamente, como veremos — os interesses de descendentes⁽⁴⁹⁾, que vêm assim, por força do pacto sucessório, as suas expetativas sucessórias tendencialmente preservadas face à (mera) celebração do casamento⁽⁵⁰⁾.

(46) No primeiro caso, considerava-se que se pudesse contribuir para a formação de um pecúlio patrimonial em que a nova família assentasse, no segundo caso, admitia-se que o benefício atribuído a terceiro pudesse permitir a ultrapassagem de obstáculos que os beneficiários colocassem à celebração do casamento.

(47) Da renúncia contratualmente acordada decorrerá um benefício sucessório para outrem, o que acontecerá, desde logo, em relação a outros herdeiros legitimários — pensamos que o benefício para os outros herdeiros legitimários poderá ser neutralizado, no entanto, através de liberalidades feitas em benefício do cônjuge a que se aplica o art. 2168.º, n.º 2. No sentido de que esse efeito legal se impõe ao renunciante, F. BRITO PEREIRA COELHO, *A renúncia ...*, cit., p. 30 e ss. BRAGA DA CRUZ alertava para que o pacto renunciativo recíproco não constituía “uma instituição contratual de herdeiro em benefício de terceiros indeterminados”. “Regime de bens do Casamento...”, cit., p. 140. Para DANIEL SILVA MORAIS, do pacto renunciativo resultará uma vantagem traduzida “no aumento da liberdade testamentária do *de cuius*”. *A Autodeterminação ...*, cit., p. 678.

(48) BRAGA DA CRUZ (“Regime de bens do Casamento...”, cit., p. 134 e ss.), debruçando-se sobre os “pactos de *non succedendo* entre esposados”, assinala-lhes o “interesse decisivo” (p. 134) de “encorajamento dos matrimónios” (p. 135), que, aquando da preparação do Código Civil, entendia poder “ter hoje muito maior interesse prático” por haver “um risco, muito maior [...] duma mudança de estirpe de bens familiares através de uma sucessão direta entre marido e mulher” (p. 134). O pacto renunciativo recíproco “porá os esposados a coberto deste risco, dando satisfação a interesses familiares absolutamente respeitáveis” (p. 143).

(49) Essa motivação aparecia expressamente enunciada na exposição de motivos do Projeto de Lei n.º 781/XII, como já ficou referido (veja-se *supra* nota 27).

(50) Dizemos “face à mera celebração do casamento”, já que a renúncia ditará o afastamento de certos efeitos sucessórios legais, mas não blinda essas expetativas contra as consequências que possam advir da celebração de liberalidades em benefício do cônjuge, para o que será, aliás, de grande relevo o regime introduzido no art. 2168.º, n.º 2.

Trata-se de atos que pressupõem a participação dos dois nubentes⁽⁵¹⁾, que neles intervêm como partes no pacto sucessório que entre eles celebram⁽⁵²⁾. Julgamos que se trata de duas declarações negociais que, até por força do figurino legalmente imposto, encontram a sua causa uma na outra e convergem no sentido da formação de um contrato (sucessório). A estipulação prevista no art. 1700.º, n.º 1, al. c), constituirá uma unidade negocial formada pelo somatório das duas declarações negociais convergentes. Nesse sentido deporá também a opção pela inclusão da estipulação na convenção antenupcial, ato de natureza contratual. Para tal abonará a reciprocidade da renúncia e o nexó (objetivo e subjetivo) que deve mediar entre as duas declarações negociais. A intervenção de cada um dos esposados, no âmbito desta estipulação, dá-se como parte negocial que, simultaneamente, renuncia e aceita a renúncia da outra parte⁽⁵³⁾. Parece-nos de afastar uma configuração que perspetive as duas renúncias como atos unilaterais paralelos, sem que as mesmas se fundam num ato único⁽⁵⁴⁾.

Não pensamos também que a previsão do art. 1700.º, n.º 1, alínea c) consubstancie rigorosamente um desvio à regra segundo a qual o repúdio — como ato unilateral — só pode ocorrer depois da abertura da sucessão a que respeita (art. 2062.º)⁽⁵⁵⁾. Na verdade, não se trata de uma situação de repúdio⁽⁵⁶⁾, na medida em que este pressupõe a ocorrência de chamamento sucessório do sucessível repudiante, o que, por sua vez, implica que tenha havido

(51) *Rectius*, dois promitentes da celebração, entre eles, do contrato de casamento. Sobre o significado da celebração de uma convenção antenupcial entre aqueles a cujo casamento a convenção se conexiona (e juridicamente se encontra condicionada), vide o nosso *Convenções Matrimoniais. A autonomia na conformação dos efeitos patrimoniais do casamento*, Coimbra, Almedina, 2018, p. 527 e ss.

(52) Atendendo à sua natureza bilateral, ao pacto sucessório, aplicar-se-ão as regras relativas à falta e vícios de vontade, *mutatis mutandis*, previstas nos arts. 240.º a 257.º. Também à interpretação e integração se aplicarão as normas dos arts. 236.º a 239.º.

(53) Acompanhamos CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direito das Sucessões*, cit., p. 556, e DANIEL SILVA MORAIS, *A autodeterminação ...*, cit. p. 672 e ss.

(54) Não nos parece que estejamos perante uma espécie de “testamento de mão comum”, que, a título excepcional seja admitido e que, também excepcionalmente seja considerado unilateralmente irrevogável.

(55) Acresce que o art. 1700.º, n.º 1, al. c) refere-se a um pacto sucessório. O repúdio é um ato unilateral e irrevogável (art. 2066.º). Cumpre-nos recordar que, segundo I. GALVÃO TELLES, a renúncia constituía um repúdio antecipado, não consubstanciando um pacto, antes se apresentando como um ato unilateral e irrevogável, ainda que feito antes da abertura da sucessão. *Direito das Sucessões. Noções fundamentais*, cit., p. 123. Note-se, no entanto, que me parece que a solução consagrada no art. 1700.º, n.º 1, al. c) consubstancia um verdadeiro pacto, fundindo-se as declarações negociais de ambas as partes num ato (contratual) único e encontrando cada uma das declarações negociais causa na declaração da contraparte.

(56) Acompanhamos CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direito das Sucessões*, cit., p. 556.

a abertura da sucessão de que se trata⁽⁵⁷⁾. Os pactos agora, em estudo, celebram-se num momento em que as sucessões dos renunciantes ainda não se abriram⁽⁵⁸⁾. Ademais, dado o princípio da pré-nupcialidade que se lhes aplica — de que falaremos no próximo número desta secção —, os pactos têm que ser celebrados antes da celebração do casamento dos renunciantes, portanto, num momento em que ainda não estão investidos na qualidade (de cônjuge) que lhes permitiria, virtualmente, a aquisição do estatuto sucessório de cônjuge. O efeito jurídico imediato do pacto em análise é, aliás, o de impedir a mera designação sucessória⁽⁵⁹⁾, nos termos em que discutiremos *infra* no n.º 3 desta secção, com base na constituição do vínculo conjugal.

Sendo estruturalmente bilaterais, a bilateralidade destes pactos manifesta-se, em princípio⁽⁶⁰⁾, também nos efeitos jurídicos a produzir, atenta a exigência de reciprocidade da renúncia: a exclusão de cada um dos nubentes do elenco de potenciais sucessíveis legitimários — apenas ou também sucessíveis legítimos, como se discutirá no n.º 3 desta secção — do outro, categoria(s) a que seriam erigidos, no momento da morte do consorte, por força da lei, como efeito da celebração do contrato de casamento. Nessa medida, não chegam, portanto, a ser designados sucessórios⁽⁶¹⁾ legitimários (ou mais amplamente também legítimos?) um do outro, não ocorrendo, uma vez aberta a sucessão, a correspondente vocação sucessória daquele que sobreviva ao primeiro dos consortes que venha falecer. Apesar da reciprocidade da renúncia, a ordem das mortes ditará, em termos práticos, o real significado último do ato sucessório abdicativo efetuado ao abrigo do art. 1700.º, n.º 1, al. c). Na verdade, só um dos cônjuges poderá suceder ao outro⁽⁶²⁾ e, portanto, apenas os efeitos jurídicos da renúncia de

⁽⁵⁷⁾ Os efeitos do repúdio vão retroagir ao momento da abertura da sucessão, sendo o repudiante tratado, nos termos do art. 2062.º, como se não tivesse sido chamado à sucessão (apesar de ter sido e ter adquirido o *ius delationis*). Sobre o repúdio, vide I. GALVÃO TELLES, *Sucessões. Parte Geral*, cit., pp. 69-74 e J. DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil — Sucessões*, cit., pp. 430-432.

⁽⁵⁸⁾ O pacto renunciativo “constitui uma modificação da escala de sucessíveis, anterior à abertura da herança que deve ser tida em conta”. MANUEL TRIGO, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, Vol. III, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, 2016, p. 231

⁽⁵⁹⁾ “O efeito que imediatamente se pretende é exatamente a extinção — a extinção subjectiva — do direito a que se renuncia”, nas palavras de FRANCISCO BRITO PEREIRA COELHO, no seu profundo estudo sobre a renúncia abdicativa, *A renúncia abdicativa no direito civil (algumas notas tendentes à definição do seu regime)*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 20.

⁽⁶⁰⁾ A possibilidade de aposição de condições, à luz dos art. 1707.º-A, poderá perturbar a concretização da efetiva bilateralidade dos efeitos jurídicos produzidos pelo pacto renunciativo, já que a renúncia dependerá da verificação ou não do facto condicionante de que ficará dependente.

⁽⁶¹⁾ Sobre a noção de designação sucessória, veja-se PEREIRA COELHO, *Direito das Sucessões*, cit., p. 133.

⁽⁶²⁾ O chamamento sucessório pressupõe que o sucessível sobreviva — ainda que por breves instantes — ao *de cuius*. A morte de um dos cônjuges ditará, do mesmo passo, a dissolução do casa-

um deles consolidará *qua tale* relevo jurídico-prático autónomo. Haverá, portanto, uma inelutável unilateralidade prática-funcional do significado concreto que se extrai do afastamento da produção de efeitos sucessórios através do pacto em análise⁽⁶³⁾. E é assim, embora na constância do casamento, a celebração de um tal pacto produza já alguns efeitos, na medida em que não se dará a designação sucessória correspondente, não havendo, portanto, o reconhecimento de faculdades que, ainda em vida do *de cuius*, os designados sucessórios podem exercer para proteger a expectativa jurídica por eles encabeçada⁽⁶⁴⁾.

2. Os pressupostos da válida celebração dos pactos renunciativos

A lei faz depender a válida celebração dos pactos sucessórios renunciativos previstos no art. 1700.º, n.º 1, al. c) da reunião cumulativa de um conjunto de requisitos.

i. A celebração do casamento dos renunciantes sob o regime de separação de bens

Em primeiro lugar, a faculdade atribuída aos nubentes de celebrarem os pactos sucessórios em análise pressupõe que o seu casamento se celebre sob o regime de separação de bens (art. 1700.º, n.º 3). O espaço para o exercício da autonomia privada quanto aos efeitos sucessórios associados à relação matrimonial não é, portanto, transversalmente reconhecido a todos os esposados. A liberdade de estipulação é limitada, restringindo-se às hipóteses em que o regime de bens a vigorar no seio do casamento será o regime legalmente tipificado e regulado nos arts. 1735.º, ss., do Código Civil. Arreda-se o reconhecimento de idêntica faculdade, então, nas situações em que no âmbito do casamento se aplique um regime de comunhão típica (seja de comunhão

mento e a vocação sucessória do consorte sobrevivente (se não houver a renúncia sobre que agora nos debruçamos). Não haverá novo chamamento sucessório com base no casamento, já que ele se considera dissolvido pela morte do cônjuge que primeiro faleceu. Se houver uma morte simultânea dos dois cônjuges — que se presumirá até, nos termos do art. 68.º, n.º 2, se não se provar positivamente a ordem dos falecimentos — a cada um deles faltarão um dos pressupostos da vocação sucessória (a existência do chamado), pelo que não serão chamados à sucessão um do outro, mesmo sem celebração do pacto renunciativo de que vimos falando.

(63) Na síntese de BRAGA DA CRUZ, a renúncia recíproca tem “praticamente o significado de uma renúncia unilateral”. “Regime de bens do Casamento...”, *cit.*, p. 137. A esse ponto voltaremos *infra*, no n.º 2 desta secção quando considerarmos a exigência da reciprocidade da renúncia.

(64) A essas faculdades voltaremos no n.º 3 desta secção quando nos debruçarmos sobre a extensão dos efeitos decorrentes da renúncia.

de adquiridos, sejam de comunhão geral) ou atípica⁽⁶⁵⁾. O legislador entendeu, portanto, que o interesse em excluir a produção de (certos) efeitos sucessórios decorrentes do estatuto do cônjuge só merece tutela quando, no plano matrimonial, vigore — por escolha ou imposição — aquele regime de bens que importa a maior autonomia, ao nível patrimonial, entre os cônjuges⁽⁶⁶⁾. Só nesse caso, se dará oportunidade para buscar a (inalcançável e, parecidos, indesejável) “despatrimonialização do casamento”⁽⁶⁷⁾, na linha da sentimentalização prevalecente. Não se admite, portanto, que os nubentes possam pretender que, da extinção do casamento, qualquer que seja a causa por que o mesmo venha a ser dissolvido (morte ou divórcio), resulte (apenas) uma repartição de riqueza, no âmbito da operação de partilha do património comum, à luz do regime matrimonial (de comunhão) aplicável no seio de relação⁽⁶⁸⁾ — i.e., que ocorra a partilha do património comum do casal segundo as regras do direito matrimonial, sem imposição do concurso do cônjuge sobrevivente à sucessão do património hereditário do cônjuge falecido, como herdeiro do mesmo. Assim, apesar do louvor legal dirigido ao regime de comunhão de adquiridos que se extrai do direito positivo⁽⁶⁹⁾ — traduzido na manutenção desse regime como regime supletivo legal (art. 1717.º)⁽⁷⁰⁾ e

(65) Veja-se SOFIA HENRIQUES, *Estatuto patrimonial dos cônjuges. Reflexos da atipicidade do regime de bens*, Coimbra Editora, 2009, sobre o papel da vontade na conformação do regime de bens do casamento (pp. 178-223) e os reflexos da atipicidade desse regime no estatuto patrimonial dos cônjuges (p. 225 e ss.).

(66) Note-se que, mesmo vigorando o regime de separação de bens, existem algumas limitações ao exercício da autonomia privada dos cônjuges que visam proteger os interesses familiares. A título ilustrativo, considerem-se as restrições previstas no art. 1682.º, n.º 3, quanto a alguns bens móveis, no art. 1682.º-A, quanto ao bem imóvel onde se situa a casa de morada de família, e no art. 1682.º-B, quanto à posição de arrendatário de um imóvel onde se encontra situada a casa de morada de família.

(67) Convencionado o regime de separação de bens, os cônjuges “podem querer levar a separação de bens mais longe, até ao ponto em que não desejam beneficiar de qualquer vantagem económica provinda do outro cônjuge, no momento da morte deste”, nas palavras de GUILHERME DE OLIVEIRA, “Notas Sobre o Projeto de Lei n.º 781/XIII (Renúncia Recíproca à Condição de Herdeiro Legal)” in <<http://www.guilhermedeoliveira.pt/resources/Notas-sobre-a-renuncia-a-CC%81ncia-a-CC%80-condic%CC%A7a%CC%83o-de-herdeiro.pdf>>, p. 4.

(68) Com a limitação, em caso de divórcio, resultante da aplicação do art. 1790.º.

(69) Veja-se a reflexão sobre as dificuldades que o regime de comunhão de adquiridos apresenta, estrutural e dinamicamente enquanto vigora (p. 127 e ss.) e aquelas que surgem com a dissolução do regime (p. 299 e ss.), ADRIANO RAMOS DE PAIVA, *A Comunhão de Adquiridos. Das Insuficiências do regime no quadro da regulação das relações patrimoniais entre cônjuges*, Coimbra, Coimbra Editora, 2000.

(70) Apesar de se advogar na doutrina a sua substituição pelo regime da separação (assim, HEINRICH EWALD HÖRSTER, na sequência da reforma do regime do divórcio em 2008, e “em sintonia com o novo regime” considerava que o regime supletivo deveria ser um “regime (mitigado?) de separação de bens”. In “A responsabilidade civil entre os cônjuges”, in *E foram felizes para sempre...? — Uma análise crítica do novo regime jurídico do divórcio*, Actas do Congresso de 23, 24 e 25 de outubro

no acolhimento da solução vertida, em 2008, no art. 1790.^o(71) —, o legislador não aceitou que os nubentes possam, legitimamente, pretender que, da extinção da relação matrimonial, por morte de um deles, resulte apenas para o sobrevivente o encabeçamento em metade (art. 1730.^o) da riqueza gerada ao longo da relação matrimonial (fito que o regime de comunhão de adquiridos é chamado a desempenhar), à luz das regras de direito matrimonial(72). Duvidamos que esta limitação se justifique(73).

De qualquer modo, a exigência relativa à vigência do regime de separação de bens no casamento que se vai celebrar encontra-se preenchida, quer

de 2008, Wolters Kluwer, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 105), em linha, aliás, com uma tendência que se deteta noutros ordenamentos jurídicos (seja através da previsão do regime de separação como regime supletivo, quer na previsão legal de regimes como o da participação nos adquiridos). No Parecer sobre o Projeto de Lei n.º 781/XIII da Ordem dos Notários (disponível, como os demais pareceres sobre esse projeto que sejam referidos neste trabalho, no *site* da Assembleia da República, no endereço www.parlamento.pt, no âmbito da documentação relativa a esta iniciativa legislativa) também se alerta para a urgência de “discutir se a opção de 1966 ainda é a mais adequada à realidade social atual” (p. 2). Note-se que, em Macau, em que vigora o regime similar ao que foi introduzido pela Lei n.º 48/2018, de 14 de agosto, o regime supletivo de bens desde 1 de novembro de 1999 é o regime da participação nos adquiridos, vigorando o princípio da mutabilidade das convenções matrimoniais. Sobre os regimes de bens do casamento em Macau, veja-se MANUEL TRIGO, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, Vol. II, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, 2016, p. 132 e ss. Para uma explicação destas opções, num contexto de reforço das “notas de liberdade e flexibilidade na gestão dos interesses patrimoniais dos cônjuges”, veja-se LUÍS MIGUEL URBANO, “Breve nota justificativa”, in *Código Civil. Versão Portuguesa*, Imprensa Oficial de Macau, 1999, pp. XXXV-XL.

(71) Sobre o regime do art. 1790.^o, veja-se CRISTINA ARAÚJO DIAS, “A partilha dos bens do casal nos casos de divórcio. A solução do art. 1790.^o do Código Civil”, in *Lex Familiae — Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 8, n.º 15, 2011, p. 19 e ss.; RITA LOBO XAVIER, “Regime da Comunhão Geral de Bens e Partilha Subsequente ao Divórcio à Luz do Novo art. 1790.^o do Código Civil”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, vol. I, Coimbra Editora, 2013, p. 525 e ss., e RUTE TEIXEIRA PEDRO, “A partilha do património comum do casal em caso de divórcio — reflexões sobre a nova redação do art. 1790.^o do Código Civil”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Vol. III, Comissão Organizadora: Rui Pinto Duarte, José Lebre de Freitas, Assunção Cristas, Marta Tavares de Almeida, Vítor Pereira das Neves, Almedina, 2011, p. 429 e ss.

(72) No caso da vigência da comunhão de adquiridos não estaria em perigo sequer o princípio da troncalidade, já que, à luz desse regime de bens, resultará a comunhão apenas dos bens adquiridos onerosamente na constância do casamento. Ficam, portanto, por exemplo, excluídos da comunhão os bens que já se tenha ao tempo da celebração do casamento [art. 1722.^o, n.º 1, al. a)], os que se adquira posteriormente a título gratuito, por doação ou sucessão [art. 1722.^o, n.º 1, al. b)], os que se adquira, por virtude de um direito próprio anterior [art. 1722.^o, n.º 1, al. c)], bem como os sejam subrogados no seu lugar (art. 1723.^o).

(73) PAMPLONA CORTE-REAL e DANIEL SANTOS não compreendem a limitação. *Op. cit.*, pp. 558-559. Expressando idêntica dúvida, veja-se Parecer sobre o Projeto de Lei n.º 781/XIII do Instituto dos Registos e Notariado (Div. 2/2018 STJSR), assinado pela Conservadora SUSANA CEBOLA, p. 4. Em Macau, o objetivo de “despatrimonialização da motivação do casamento” (MANUEL TRIGO, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, Vol. III, *cit.*, p. 279) pode ser prosseguido qualquer que seja o regime de bens do casamento. A renúncia prevista no art. 1571.^o do Código Civil de Macau não está conexcionada com a vigência de um específico regime de bens.

esse regime seja um regime convencionalmente escolhido, quer seja um regime legalmente imposto, como é esclarecido pelo n.º 3 do art. 1700.º⁽⁷⁴⁾. Assim, os nubentes que, em convenção antenupcial, exerçam a sua liberdade de estipulação quanto ao regime de bens (art. 1698.º), adotando o regime previsto no art. 1735.º, podem, no mesmo ato, celebrar um pacto renunciativo nos termos da alínea *c*) do n.º 1 do art. 1700.º. Idêntica possibilidade é reconhecida àqueles a que, segundo o art. 1720.º do CC, o regime de separação de bens é imposto, quer porque casamento se celebre sem precedência do processo preliminar de casamento [al. *a*)], quer porque um dos nubentes já haverá completado idade igual ou superior aos 60 anos de idade à data da celebração do casamento [al. *b*)]. Podem, agora, estes nubentes (que se vêm *espoliados* de liberdade de estipulação quanto ao regime de bens sob que o seu casamento se celebrará), promover a consumação da finalidade precisamente acometida à imposição do regime de separação de bens — o de prevenir o perigo de concretização de um aproveitamento patrimonial indevido por um dos cônjuges, em consequência da precipitação que pode resultar da urgência na celebração do casamento ou da idade avançada do(s) nubente(s) —, impedindo, por pacto sucessório, que do casamento se extraiam (certas) vantagens patrimoniais pelo cônjuge sobrevivente, em caso de dissolução do casamento por morte⁽⁷⁵⁾. É uma faculdade que, hoje, lhes é reconhecida. Caber-lhes-á decidir se o farão.

ii. *A reciprocidade da renúncia*

Em segundo lugar, para se admitir a validade do pacto renunciativo entre nubentes, demanda-se que a renúncia seja recíproca. Quer dizer, não só a estipulação de renúncia deve resultar de um ato em que ambos os nubentes participem e harmonizem as suas vontades (um ato bilateral na

⁽⁷⁴⁾ No projeto de lei n.º 781/XIII não se contemplava tal esclarecimento.

⁽⁷⁵⁾ O facto de o cônjuge, mesmo em caso de aplicação do art. 1720.º, conservar os direitos como herdeiro legal (legitimário e legítimo, nos termos dos arts. 2133.º e 2157.º) enfraquece a consecução da finalidade que anima a significativa limitação à autonomia privada dos nubentes prevista no art. 1720.º. Várias vezes se levantaram contra a contradição. Veja-se DIOGO LEITE CAMPOS e MÓNICA MARTINEZ DE CAMPOS, *op. cit.*, p. 161, e PEREIRA COELHO e GUILHERME OLIVEIRA, *Curso de direito da família, Vol. I — Introdução: direito matrimonial*, 5.ª ed., Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, pp. 561-562. O legislador deixa agora na disponibilidade dos nubentes a possibilidade de afastar essa possível via de enriquecimento indevido. De qualquer modo, note-se que — apesar de, àqueles a quem seja imposto, pela lei, o regime da separação de bens ser vedada a celebração de doações entre casados, nos termos do art. 1762.º — se mantém a possibilidade de celebração de doações para casamento (art. 1753.º) entre os esposados, que são irrevogáveis uma vez celebrado o casamento, *ex vi* do art. 1758.º, e que estarão sujeitas ao regime do n.º 2 do art. 2168.º de que falaremos na próxima secção.

sua estrutura, segundo pensamos, como referimos *supra*), como substancialmente os efeitos jurídicos que dele resultem devem repercutir-se nas designações sucessórias, que nasceriam do casamento que se vai celebrar, relativas a cada um dos cônjuges, e potencialmente no fenómeno sucessório de qualquer um deles. Na verdade, sabemos que, por razões que já deixámos enunciadas⁽⁷⁶⁾, só um dos fenómenos sucessórios (o do cônjuge que morra em primeiro lugar) será marcado decisivamente pela renúncia, já que quanto ao outro (o do consorte que faleça em segundo lugar), o não chamamento sucessório resultaria da prévia dissolução do casamento pela morte que, conseqüentemente, extinguiria o estatuto de cônjuge. De qualquer modo, do pacto resultará, funcionalmente, um efeito que se produz bidireccionalmente: cada um dos nubentes abdica da posição sucessória — nos termos que iremos discutir de seguida — que, para ele, adviria, em caso de morte do outro, da constituição do vínculo matrimonial entre si. A exigência da reciprocidade da renúncia resulta expressamente da letra do art. 1700.º, n.º 1, al. c). Explica-se por uma ideia “de respeito pela personalidade humana”⁽⁷⁷⁾ reforçada pela vigência do valor que, matricialmente, impregna a ordem jusmatrimonial vigente e irradia, desde logo, do plano constitucional: a igualdade entre os cônjuges⁽⁷⁸⁾. No afã de dar cumprimento ao princípio proclamado no art. 36.º, n.º 3 da Constituição da República Portuguesa e à diretriz imposta pelo art. 1671.º, n.º 1 do CC, a lei visa impedir desequilíbrios (patrimoniais) entre os cônjuges. Ora, ainda que as projeções patrimoniais dos efeitos da renúncia se possam apresentar muito desniveladas (desde logo, porque os potenciais futuros patrimónios hereditários⁽⁷⁹⁾ — que apenas se concretizarão no momento da abertura da sucessão, mas já se anteveem, no momento da abdicção, para cada um dos consortes — se apresentam bastante distintos), a reciprocidade da renúncia e a dependência da definição do real significado económico dos efeitos do pacto renunciativo face à efetiva ordem cronológica de verificação das mortes dos cônjuges⁽⁸⁰⁾ — que, independentemente das concretas

(76) Veja-se parte final do n.º 1 desta secção.

(77) As palavras são de G. BRAGA DA CRUZ, “Regime de bens do Casamento...”, *cit.*, p. 137.

(78) Sobre a igualdade como princípio retor da ordem jusmatrimonial inaugurada com a entrada em vigor da Constituição de 1976 e com reflexos imediatos no plano legislativo ordinário, de que se destaca a reforma operada pelo Decreto-lei n.º 496/1977, de 25 de novembro, veja-se o nosso *Convenções Matrimoniais. A autonomia na conformação dos efeitos patrimoniais do casamento, cit.*, p. 122 e ss.

(79) E a própria configuração do círculo de potenciais designados sucessórios prioritários.

(80) “O conteúdo económico do contrato está na dependência de uma *álea*”, usando as palavras de I. GALVÃO TELLES, quanto aos contratos aleatórios. *Manual dos Contratos em geral*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 482 e ss.

condições de cada um dos nubentes, se apresenta incerta⁽⁸¹⁾ — caucionam o respeito pela exigência de igualdade. Na verdade, não fora o pacto renunciativo, cada um dos cônjuges teria a expectativa (juridicamente tutelada) de suceder ao outro nos termos que deixámos *supra* descritos, embora fosse incerto a qual deles o estatuto sucessório de cônjuge *efetivamente* aproveitaria. Sabendo que, necessariamente, só um dos cônjuges poderá suceder ao outro e não se conhecendo — com certeza, pelo menos — a ordem por que se produzirão as mortes dos cônjuges, a reciprocidade da renúncia equiparará as *perdas* que, para cada um dos cônjuges renunciantes, resultam do pacto.

A geometria deste desenho legal pode, no entanto, ser perturbada a dois níveis. Por um lado, no plano dos factos, os dados sociológicos apontam para que, com frequência, num casamento heterossexual, a mulher seja o cônjuge sobrevivivo. Na verdade, nas últimas 5 décadas, as informações demográficas existentes, permitem concluir que existe uma diferença de sensivelmente 6 anos na esperança de vida entre homens e mulheres, em favor das últimas⁽⁸²⁾. O facto de, em termos agregados, a duração da vida das mulheres se perspectivar mais longa do que a dos homens não pode ser negligenciado quando se apreciam os efeitos patrimoniais que, em regra, se associam à renúncia recíproca. Esse desnível estatístico pode, em termos práticos, desequilibrar os *riscos* associados à renúncia.

Por outro lado, no plano jurídico, a lei prevê, no art. 1707.º-A, n.º 1, a possibilidade de a renúncia ser condicionada à sobrevivência ou não de sucessíveis de qualquer classe, bem como de outras pessoas⁽⁸³⁾, sem exigir que esse condicionamento da renúncia seja recíproco. A possibilidade de aposição de condição na convenção antenupcial está em linha com a previsão normativa do art. 1713.º e articula-se com a possibilidade prevista no art. 2229.º de a instituição de herdeiro ou nomeação de legatário se sujeitar

(81) Ainda que um dos cônjuges seja mais velho ou se encontre num estado debilitado de saúde, pode a morte ceifar primeiro o mais jovem e saudável. *Morte nihil certius est, nihil vero incerta quam ejus hora.*

(82) Apesar do aumento geral da esperança de vida, a distância entre mulheres e dos homens tem-se mantido em larga medida constante, sendo, respetivamente de 66,4 anos e 60,7 anos em 1960; de 70,3 e 64, em 1970; de 74,8 e 67,8 em 1980; de 77,5 e 70,6 em 1990; de 79,9 e 72,9 no ano 2000; de 82,4 e 76,5 em 2010 e de 83,4 e de 77,7 em 2016, segundo os dados que podem ser consultados em Pordata — Base de Dados Portugal Contemporâneo disponível no endereço <www.pordata.pt>.

(83) Os termos em que o condicionamento opera parecem ser diversos, já que a referência àqueles que são sucessíveis pode fazer-se reportando-se à classe que integram (descendentes, ascendentes, ...) e àqueles que não são sucessíveis tem que ser feito por forma a que se possa identificar com clareza a(s) pessoa(s), cuja sobrevivência (ou não) tem relevância na eficácia (ou não) da renúncia.

a condição suspensiva ou resolutiva⁽⁸⁴⁾. A título ilustrativo, pode, então, um dos nubentes renunciar à posição sucessória em relação ao seu consorte, apenas para o caso de ao *de cuius* sobreviverem filhos do autor da sucessão — essa seria, aliás, a situação típica que estaria subjacente aos motivos expostos no projeto de lei n.º 781/XIII, prosseguindo-se, assim, o objetivo de promoção da troncalidade, dando preferência a esses sucessíveis legais, quanto ao destino hereditário do patrimônio do falecido. Note-se, no entanto, que a condição a que se pode, legalmente, sujeitar o efeito da renúncia é muito ampla. É ampla, desde logo, no que respeita ao círculo de pessoas cuja sobrevivência pode influir na eficácia ou não da renúncia, já que as mesmas não têm que ser sucessíveis do *de cuius*. A única coisa que nos parece certa é que a condicionante sobrevivência ou falta de sobrevivência das pessoas consideradas se aferirá por referência ao autor da sucessão de que se trate. Quer dizer é por referência à morte do cônjuge que falece em primeiro lugar e, portanto ao momento da abertura da respetiva sucessão, que a condição se considerará conformada. Para além desse dado, a nebulosidade parece surgir, já que a formulação legal é muito ampla (“sobrevivência ou não de sucessíveis de qualquer classe, como de outras pessoas”). Sublinhe-se que parece poder tratar-se de pessoas que não são sucessíveis⁽⁸⁵⁾ do autor da sucessão a que a renúncia respeita, e que, julgamos, não se converterão em seus sucessíveis, meramente por força do pacto renunciativo⁽⁸⁶⁾. A amplitude da fórmula legal deriva também da circunstância de o facto condicionante, tanto poder ser a verifica-

(84) Note-se que o condicionamento da renúncia refletir-se-á na atribuição de eficácia ou não à renúncia, com consequências no que respeita ao chamamento (ou não) de outros sucessíveis, e no que respeita ao encabeçamento (ou não) do cônjuge (renunciante ou não) nos direitos previstos no art. 1707.º-A, n.ºs 3 a 10.

(85) Não nos parece que se possa excluir sequer que sejam sucessíveis do outro cônjuge renunciante. Quer dizer um cônjuge só abdica do estatuto sucessório se, no momento em que for chamado, a sua situação jurídica face a outras pessoas tiver uma determinada configuração.

(86) E julgamos que não se converterão em potenciais sucessíveis do consorte do repudiante, pelo mero facto de este — como autor da sucessão — intervir como parte no pacto sucessório renunciativo, em que a renúncia ficou condicionada à sobrevivência de certa pessoa. Só o serão se tal resultar de um título (legal ou voluntário) bastante para o efeito (como acontecerá se forem sucessíveis que, à luz das regras de direito sucessório, seriam chamados por força da lei). A aceitação da renúncia (condicionada) do outro à sua sucessão acompanhado da sua renúncia à sucessão do consorte não nos parece consubstanciar suporte volitivo suficiente para firmar a designação sucessório da pessoa, cuja sobrevivência ou não condiciona a renúncia do primeiro. Acresce que essa designação indireta — para o que, sublinhamos não estamos convencidos que se possa descortinar a expressão de uma vontade bastante nesse sentido — seria, então, puramente voluntária (não se tratando de uma designação legal) e, *in casu*, contratual, na hipótese de se reconduzir à alínea *b*) do art. 1700.º, n.º 1, sem prejuízo da aplicação do regime do art. 1704.º. Note-se, de qualquer modo, que a condição pode traduzir-se na **não** sobrevivência de uma certa pessoa.

ção da sobrevivência ao *de cuius* de uma certa pessoa — a cujas expetativas sucessórias face ao autor da sucessão se pode estar a dar guarida⁽⁸⁷⁾ ou reforço⁽⁸⁸⁾ — como, precisamente, a não sobrevivência da mesma. Temos dificuldade em articular a amplitude das possibilidades de condicionamento da renúncia com os motivos expostos no projeto de lei para explicar a intervenção *cirúrgica* que se pretendia levar a cabo para resolver um problema prático que concretamente se identificava⁽⁸⁹⁾. Julgamos que se podem tornar demasiado *difusos* os interesses concretos que os nubentes podem estar a prosseguir (e que são acentuados pelo condicionamento da renúncia), podendo, na ponderação axiológica subjacente ao direito (sucessório), não merecer a proeminência que assim lhes é dada em detrimento dos fins servidos pelo chamamento do cônjuge como herdeiro (legitimário). Não nos opomos à atribuição de relevância a interesses diversos que casuisticamente cada pessoa identifica como valiosos para si e que o futuro consorte valora também como tal. Apenas destacamos que a proteção desses interesses — quaisquer que eles sejam — ganhará prevalência sobre os interesses (familiares) que subjazem ao estatuto sucessório de cônjuge⁽⁹⁰⁾.

Acresce que a possibilidade de condicionamento e o reconhecimento dessa possibilidade, em termos unilaterais, pode importar uma rutura significativa com o ideário de igualdade que preside à disciplina jusmatrimonial e que pareceu inspirar a previsão do art. 1700.º, n.º 1, al. c). Pode responder-se que a aleatoriedade da ordem das mortes importa que o *risco*

(87) Sendo sucessível legal, se integrasse uma classe subsequente que seria preterida em caso de chamamento do cônjuge (o que pressuporá que o efeito da renúncia tenha a extensão maior de que vamos falar *infra*). O mero pacto renunciativo parece-nos que não é título bastante para fundar a designação sucessória (nomeadamente através da condição que lhe seja aposta).

(88) Sendo sucessível legal, se integrasse uma classe em que o cônjuge esteja também integrado, o que acontecerá nas classes do art. 2133.º, n.º 1, al. a) e al. b). Por exemplo, numa situação em que, se não fosse a renúncia conjugal, seriam chamados dois filhos e o cônjuge, a renúncia do cônjuge ampliará, em princípio, o *quantum* da quota legitimária subjetiva a que cada filho será chamado, já que a legítima global (cujo valor relativo se manterá em $\frac{2}{3}$ da herança) será dividida por dois (o número de filhos) e não por três.

(89) Alertava-se para a desconformidade entre os motivos expostos e a solução acolhida, em vários pareceres emitidos sobre o Projeto de Lei n.º 781/XIII. Assim, o do Conselho Superior de Magistratura, assinado pelo Juiz de Direito NUNO LUIS LOPES RIBEIRO, p. 5, o da Ordem dos Advogados, p. 4, bem como o do Instituto dos Registos e Notariado, *cit.*, p. 3, em que se assinalava a “significativa alteração do regime sucessório do Código Civil” que acabaria por ser concretizar com a adoção das soluções do projeto.

(90) E ganhará apenas face aos interesses dos cônjuges. A aceitar-se um tão amplo relevo à vontade do *de cuius*, nesse âmbito, porque não se reconhecerá tal relevo também quanto à posição sucessória dos descendentes ou dos ascendentes? Jogam-se, aqui, os fundamentos últimos da previsão da sucessão legitimária.

inerente continue a ser corrido por ambos os nubentes. Pode ainda acrescentar-se que as designações sucessórias — sobre que a (in)eficácia jurídica da renúncia se repercutirá — só se consolidará no momento da abertura da sucessão e até esse momento muitas vicissitudes podem ocorrer que podem *neutralizar*, em termos práticos, o significado da condição. Julgamos, no entanto, que o condicionamento unilateral e os termos desiguais dos condicionamentos, se operarem bilateralmente, podem *desequilibrar*, desde logo em termos psicológicos, o significado jurídico-económico da renúncia para os nubentes.

iii. As exigências de forma e de tempo de celebração

Em terceiro lugar, prevêm-se requisitos de forma e de tempo, que resultam ambos da exigência de que a faculdade prevista no art. 1700.º, n.º 1, al. c) seja exercida pelos nubentes em convenção antenupcial. Na verdade, em harmonia com a ideia de promoção do *favor matrimonii* que sói ser invocada para explicar os desvios à proibição de pactos sucessórios, o pacto renunciativo em análise tem que se integrado no contrato acessório do contrato de casamento que está disciplinado nos art. 1698.º, ss.⁽⁹¹⁾.

Consequentemente, a válida celebração de tais pactos depende da observância da forma legalmente exigida para a convenção antenupcial, nos termos do art. 1710.º⁽⁹²⁾. O pacto renunciativo deve, então, constar de convenção celebrada no cartório notarial, por escritura pública, ou nas conservatórias do registo civil, por meio de declaração prestada perante conservador ou oficial de registo em que o aquele delegue essa competência (art. 189.º, n.º 1 do Código de Registo Civil, *i.e.* CRC)^(93/94). Por outro lado, importa recordar a exigência da observância de requisitos de publicidade através do registo para que as estipulações contidas nas convenções

⁽⁹¹⁾ Por isso mesmo, a imposição de que o pacto conste de convenção significa mais do que uma mera exigência formal ou temporal. A convenção antenupcial caracteriza-se por outros atributos, nomeadamente pela acessoriedade do ato em relação ao casamento. Sobre esse ponto, veja-se PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, cit., p. 570 e ss.

⁽⁹²⁾ Da falta da observância da forma resultará a nulidade da convenção antenupcial e, portanto, do pacto renunciativo nela contido, nos termos do art. 220.º, beneficiando os cônjuges do estatuto sucessório que deixámos sinteticamente descrito *supra* na Secção II.

⁽⁹³⁾ Quanto aos reflexos emolumentares da celebração da convenção antenupcial em que se convencione o regime de separação de bens e se inclua um pacto nos termos do art. 1700.º, n.º 1, alínea c), *vide* Parecer do Conselho Consultivo do Instituto dos Registos e do Notariado de 15 de novembro de 2018 com a referência 84/2018 STJSR-CC, pp. 7-8.

⁽⁹⁴⁾ A intervenção de autoridade pública (notário ou do conservador), que a exigência da forma legal prevista no art. 1710.º pressupõe, demandará a presença simultânea dos contraentes, e proporcionará a oportunidade de esclarecimento e aconselhamento técnico sobre o significado do ato que vai ser praticado.

matrimoniais produzam efeitos jurídicos em relação a terceiros⁽⁹⁵⁾ [art. 1711.º, n.º 1 do CC e art. 1.º, n.º 1, al. e) do CRC]⁽⁹⁶⁾.

Da imposição da inclusão do pacto renunciativo na convenção antenupcial resulta também a demarcação de um período temporal em que o referido pacto pode ser celebrado. A faculdade conferida pelo art. 1700.º, n.º 1, al. c), só pode ser exercida antes da celebração do contrato de casamento dos nubentes renunciantes⁽⁹⁷⁾, devendo respeitar-se o lapso máximo de um ano de antecedência em relação a esse momento, sob pena de caducidade do ato (art. 1716.º). O pacto renunciativo em análise caracteriza-se, pois, pela sua imperativa pré-nupcialidade⁽⁹⁸⁾.

A exigência da inclusão do pacto na convenção antenupcial importa a emergência da problemática de saber se o mesmo se encontra submetido ao princípio da imutabilidade previsto no art. 1714.º⁽⁹⁹⁾. Aplicável às convenções antenupciais, este princípio continua a vigorar, entre nós, tolhendo, segundo um critério eminentemente temporal, de uma forma mais ou menos ampla de acordo com o entendimento que se professe sobre o assunto⁽¹⁰⁰⁾, a liberdade de convenção quanto às estipulações que devam necessariamente ser incluídas nas convenções antenupciais. Na perspetiva crítica que assumimos quanto à manutenção da vigência deste princípio,

⁽⁹⁵⁾ Sublinhe-se, no entanto, que, segundo o n.º 2 do art. 1711.º, os herdeiros dos cônjuges “não são considerados terceiros” para este efeito, podendo ser invocada (por eles ou contra eles) a renúncia contida em convenção validamente celebrada.

⁽⁹⁶⁾ No âmbito do registo civil, o registo opera mediante a inclusão da informação no assento de casamento [art. 70.º, n.º 1 e) e f) do CRC] seja como parte integrante do texto do assento, seja como averbamento ao mesmo (n.ºs 1 e 2 do art. 190.º do CRC).

⁽⁹⁷⁾ Podem fazê-lo até ao momento da celebração do casamento, nomeadamente exercendo a liberdade de modificação da convenção antenupcial já celebrada prevista no art. 1712.º.

⁽⁹⁸⁾ Aqui se deteta um ponto importante em que o regime acolhido pela lei n.º 48/2018, de 14 de agosto dista da solução acolhida no Código Civil de Macau, já que, nesse ordenamento o pacto sucessório deve ser incluído em convenção nupcial que pode ser celebrada (e alterada) na constância da relação matrimonial. MANUEL TRIGO, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, Vol. II, *cit.*, p. 147 e ss.

⁽⁹⁹⁾ Nesse sentido, veja-se o parecer do Conselho Consultivo do Instituto dos Registos e do Notariado de 15 de novembro de 2018 já citado (nota 93), p. 6.

⁽¹⁰⁰⁾ A questão é controvertida na doutrina, tendo sido discutido se a previsão do princípio da imutabilidade impede a alteração, na constância do casamento, apenas das regras que compõem o regime de bens vigente ou se também proscreve, para além dos que se encontram previstos no n.º 2 do art. 1714.º, todos os atos que afetam em concreto a composição das várias massas patrimoniais (próprias dos cônjuges ou comum do casal), alterando a *situação concreta* dos bens que as integram. Sobre os vários entendimentos perfilhados a propósito da extensão do princípio da imutabilidade entre nós, *vide*, também, PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, pp. 489 e ss, assim como ANTUNES VARELA, *Direito da Família*, 5.ª ed., Livraria Petrony, 1999, p. 430 e ss., em particular, pp. 433-434, e RITA LOBO XAVIER, “Sociedades entre cônjuges. Sociedade de capitais, responsabilidade por dívidas sociais, código das sociedades comerciais, lei interpretativa”, in *Revista de Direito e de Estudos Sociais (separata)*, Ano XXXV, n.º 1/2/3/4 (1993), em especial, pp. 254-255.

temos perfilhado um entendimento restritivo do mesmo⁽¹⁰¹⁾. No entanto, avolumam-se, aqui, as nossas dúvidas de que os pactos renunciativos lhe possam escapar⁽¹⁰²⁾. Em primeiro lugar, entendendo que o princípio da imutabilidade cobre a componente normativa da convenção antenupcial, julgamos que é inegável a componente disciplinadora (do fenômeno sucessório) que um pacto sucessório da espécie em análise assume. No mesmo sentido avulta, aliás, a contiguidade⁽¹⁰³⁾ deste pacto em relação ao regime de bens vigente no casamento revelada pela conexão necessária — legalmente imposta até — entre a possibilidade de celebração de um pacto desta espécie e o regime de separação de bens. A imposição deste liame e a insuscetibilidade de alteração do regime de separação na constância do casamento⁽¹⁰⁴⁾ parecem-nos ditar a impossibilidade de revogação deste pacto — ainda que, por mútuo acordo dos contraentes⁽¹⁰⁵⁾. No mesmo sentido parece abonar o disposto no art. 1715.º, n.º 1, al. a) (que a lei 48/2018, de 14 de agosto deixou intocado), em que se restringem as possibilidades de revogação das estipulações previstas no art. 1700.º, aos casos e sob a

(101) Assim, RUTE TEIXEIRA PEDRO, “Do exercício da autonomia privada na partilha do património comum do casal”, in *Autonomia e Heteronomia no Direito da Família e no direito das Sucessões*, cit. p. 347 e ss.

(102) Das razões que se costumam apresentar para sustentar o princípio da imutabilidade, a que única que nestes casos, “verdadeiramente justifica uma violência sobre a liberdade negocial dos contraentes” é a “necessidade de evitar possíveis abusos de influência dum dos cônjuges sobre o outro”. As palavras são de G. BRAGA DA CRUZ (“Regime de bens do Casamento...”, cit., p. 160). Este autor reconduz o perigo a combater apenas às hipóteses em que, do indevido ascendente psicológico de um cônjuge sobre o outro, resulta um prejuízo para um dos cônjuges (p. 162). Consequentemente, na medida em que revogação de um pacto renunciativo só “representa prejuízo” (p. 162) para os terceiros que pudessem ser beneficiados pela renúncia, conclui que nos pactos renunciativos não existe “qualquer risco de abuso de influência dum dos cônjuges em relação ao outro, pois que, por desigual que seja o proveito para ambos eles resultante da revogação, a verdade é que há sempre, para qualquer deles, um proveito e não um prejuízo” (p. 163). Duvidamos de que, a ser necessário (o que não temos por certo) combater o perigo da influência indevida de um cônjuge sobre o outro, através da manutenção da vigência do princípio da imutabilidade, essa necessidade desapareça quando dessa influência resulte um proveito que também poderá ser indevido. De qualquer modo, mesmo que assim seja, propedemos para pensar que, sendo um proveito, não pode esquecer-se o temor que se encerra nos brocardos “*mutuo amore spoliarentur*” e “*concordia pretto conciliari videretur*”, e que ainda inspira outras soluções plasmadas no nosso ordenamento. Pense-se no regime previsto para as doações entre casados a que voltaremos de seguida em texto.

(103) Que não identidade, sublinhe-se.

(104) Note-se, por um lado, que, independentemente da discussão doutrinal a que nos referimos na nota 100, é pacífico que a proibição da alteração do regime de bens se apresenta como núcleo ineludível de aplicação do princípio da imutabilidade. Acresce que as exceções ao princípio da imutabilidade previstas no art. 1715.º, n.º 1, que se traduzem numa substituição de um regime de bens por outro ditam que o regime de bens que passa a vigorar é o da separação de bens.

(105) Neste sentido, Parecer sobre o Projeto de Lei 781/XIII do Instituto dos Registos e Notariado, cit., p. 4.

forma em que tal é permitido pelos arts. 1701.º a 1707.º (que permaneceram também incólumes). Ora, destes preceitos (em especial do art. 1701.º, 1, *in fine*) extrai-se importante desvio à regra do art. 406.º, que é corroborado pelo disposto no art. 1758.º⁽¹⁰⁶⁾, proscrevendo-se a possibilidade de modificação ou revogação por mútuo consentimento dos pactos sucessórios quando celebrados entre esposados⁽¹⁰⁷⁾. Trata-se de uma solução que se encontra alinhada com a opção legislativa consagrada no art. 1714.º relativa à imutabilidade das convenções antenupciais em que as mesmas se inserem, e uma e outra valem para o período posterior à data de celebração do casamento. Assim, até esse momento, podem as convenções antenupciais, e as doações entre esposados aí contidas, ser modificadas ou revogadas por mútuo consentimento das partes. Para poder haver possibilidade de alteração ou revogação depois desse momento, entendemos que era necessário, que o legislador o tivesse afirmado de forma inequívoca⁽¹⁰⁸⁾. Finalmente, julgamos que a aceitação da possibilidade de revogação do pacto renunciativo na constância do casamento buliria com o espírito do regime previsto para as doações entre casados. Por um lado, pode convocar-se o caráter precário que a lei confere às liberalidades entre cônjuges nos termos do art. 1765.º ao prever a sua livre revogabilidade⁽¹⁰⁹⁾. Em harmonia com a razão de ser dessa regra que permite que os cônjuges livremente reponderem as liberalidades que façam em favor do outro, julgamos que a possibilidade de revogação do pacto renunciativo teria que ser acompanhada pela possibilidade de, na constância do casamento, revogar o pacto revogatório do pacto renunciativo, possibilitando a *repristinação* dos seus efeitos. *De iure constituto* tal não está garantido, pois a renúncia prevista no art. 1700.º, n.º 1, al. c) tem que ocorrer em convenção antenupcial daqueles que reciprocamente renunciaram e eles já se encontram casa-

⁽¹⁰⁶⁾ O art. 1758.º vale para todas as doações entre esposados, quer as mesmas produzam efeitos *inter vivos*, quer produzam efeitos *mortis causa*.

⁽¹⁰⁷⁾ O regime é diverso quando o pacto sucessório respeita a uma doação *mortis causa* feita por terceiro em favor de um dos esposados (art. 1701.º, n.º 1 *in fine*). Note-se que, no seu Anteprojecto, G. BRAGA DA CRUZ propugnava, como uma característica insuscetível de afastamento (p. 139 e ss.), a livre revogabilidade dos pactos renunciativos entre esposados, cuja validade defendeu. Por isso, propunha uma norma em que expressamente se previa a possibilidade de revogação a todo o tempo (art. 5.º, § 2) “Regime de bens do Casamento...”, *cit.*, p. 151. A norma não foi acolhida, assim como também não foi a aceitação dos pactos renunciativos. Julgamos que, agora que estes pactos foram aceites, se devia ter previsto idêntica possibilidade.

⁽¹⁰⁸⁾ Como era proposto, aliás, no anteprojecto de G. BRAGA DA CRUZ. Veja-se nota anterior.

⁽¹⁰⁹⁾ Sobre as especialidades de regime das doações entre cônjuges, veja-se RITA LOBO XAVIER, *Limites à autonomia privada...*, *cit.*, pp. 129-131 e 212-222. Considerando o entendimento de que, *de iure condendo* a regra da livre revogabilidade não é adequada à doação entre casados, quando imputável na legítima por vontade do *de cuius*, PAULA BARBOSA, *Doações entre cônjuges...*, *cit.*, pp. 409-420.

dos⁽¹¹⁰⁾. Por outro lado, julgamos que aceitar a revogação dos pactos renunciativos nos casos em que vigora imperativamente o regime de bens sempre contenderia com as limitações decorrentes das soluções acolhidas no art. 1762.º e no art. 1720.º, n.º 2.

3. O âmbito dos efeitos jurídicos dos pactos renunciativos

Um dos aspetos centrais, quanto ao regime introduzido pela lei n.º 48/218, de 14 de agosto, respeita à exata definição dos efeitos jurídicos produzidos pelos pactos previstos no art. 1700.º, n.º 1, al. c).

Sem prejuízo da discussão que possa gerar-se sobre esse assunto e a que nos referiremos de seguida, há dois pontos que se apresentam certos. Por um lado, nos termos da segunda parte do n.º 2 do art. 1707.º-A, não parece oferecer dúvidas que, nem o direito a alimentos consagrado no art. 2018.º, nem as prestações sociais por morte atribuídas ao cônjuge sobrevivente são prejudicadas pela celebração, entre os nubentes, de um pacto renunciativo da espécie que estamos a considerar. Por outro lado, será pacífico que a renúncia válida e eficaz nos termos analisados dará lugar à constituição a favor do cônjuge sobrevivente renunciante aos direitos sucessórios previstos nos n.ºs 3 a 10 do art. 1707.º-A, a que nos referiremos na secção V.

A partir daqui instala-se a dúvida, apesar de o legislador na primeira parte do n.º 2 do art. 1707.º-A parecer pretender esclarecer esse aspeto. Na verdade, aí se afirma que “a renúncia apenas afeta a posição sucessória do cônjuge”. A afirmação não surte, no entanto, o efeito elucidativo. Como se sabe e procurámos sinteticamente enunciar, o estatuto sucessório do cônjuge congrega uma multiplicidade de efeitos, onde pontifica o seu chamamento como herdeiro legitimário e como herdeiro legítimo. Será que o pacto renunciativo importa a abdicação em bloco à posição sucessória legalmente reconhecida ao consorte supérstite, abrangendo essas duas vertentes?

⁽¹¹⁰⁾ A única via, portanto, de poder “neutralizar”, de algum modo os efeitos da renúncia resultante do pacto renunciativo resultará da possibilidade de os cônjuges celebrarem liberalidades que estarão sujeitas ao regime especial de redução por inoficiosidade do art. 2168.º, n.º 2. Note-se, de qualquer modo, que essas liberalidades, quando concluídas depois da celebração do casamento, estarão, em princípio, sujeitas à regra da livre revogabilidade unilateral. Na verdade, se se tratarem de doações entre casados obedecerão à regra do art. 1765.º, n.º 1. Se se tratarem de disposições testamentárias também serão suscetíveis de revogação *ad nutum* pelo testador (art. 2179.º).

A resposta que se dê a esta questão é relevante ainda na constância do casamento, em vida dos consortes renunciantes, portanto. Despidos da veste de “designados legitimários”, os cônjuges deixariam, por exemplo, de ter legitimidade para invocar a nulidade do negócio simulado, nos termos do art. 242.º, n.º 2⁽¹¹¹⁾. Mas se a renúncia afastasse também a qualidade “herdeiros legítimos”, mesmo outras faculdades reconhecidas a esses sucessíveis, nomeadamente a legitimidade para invocar a nulidade ou a anulabilidade de disposições testamentários ou pactos sucessórios (arts. 286.º, 287.º e art. 2308.º), seriam eliminadas⁽¹¹²⁾.

A resposta torna-se complexa, em virtude dos sinais contraditórios que se encontram na letra da lei. Na verdade, se no art. 1700.º, n.º 1, al. c), a previsão normativa aponta no sentido de que o pacto sucessório respeita apenas “à condição de herdeiro legitimário”; diversamente as formulações usadas no art. 2168.º, n.º 2 (“cônjuge sobrevivente que tenha renunciado à herança”), na epígrafe do art. 1707.º-A (“regime da renúncia à condição de herdeiro”) e no corpo do n.º 2 (“a posição sucessória do cônjuge”) permitem que se cogite um sentido mais amplo, correspondendo à posição sucessória como herdeiro legal, abrangendo, portanto, quer a sucessão legitimária quer a sucessão legítima. Qual será a exata extensão da afetação da posição sucessória do cônjuge sobrevivente?⁽¹¹³⁾. Pensamos que o pacto renunciativo afeta apenas a posição sucessória como herdeiro legitimário⁽¹¹⁴⁾. Nesse sentido, chamamos a depor vários argumentos.

Em primeiro lugar, julgamos que o elemento sistemático da interpretação ditará esse resultado interpretativo. Na verdade, no regime introduzido pela lei n.º 48/2018, de 14 de agosto, assume centralidade inquestionável a norma do art. 1700.º, n.º 1, al. c). É aí que se definem os exatos contornos do pacto sucessório, cuja celebração se vem, agora, inovadoramente autorizar. Ademais, constituindo as estipulações previstas nas várias

⁽¹¹¹⁾ Sobre a proteção do designado legitimário em vida do autor da sucessão, *vide* PAMPLONA CORTE-REAL, *Curso de Direito das Sucessões*, cit., pp. 70-74 e J. DUARTE PINHEIRO, *O Direito das Sucessões Contemporâneo*, cit., pp. 168-172.

⁽¹¹²⁾ Sobre a proteção contingente do designado legítimo em vida do autor da sucessão, *vide* J. DUARTE PINHEIRO, *O Direito das Sucessões Contemporâneo*, cit., pp. 76-77.

⁽¹¹³⁾ Note-se que G. BRAGA DA CRUZ defendia que o “respeito pela personalidade humana” ditava que o pacto renunciativo só fosse “de admitir “como exclusão recíproca da *sucessão legítima*; não como exclusão recíproca duma eventual *sucessão legitimária*”. “Regime de bens do Casamento...”, cit., p. 138. A incidência do pacto, hoje, previsto no art. 1700.º, n.º 1, al. c) sobre a sucessão legitimária é inequívoca.

⁽¹¹⁴⁾ A solução acolhida no Código Civil de Macau, no art. 1571.º, como exceção ao art. 1867.º respeita inequivocamente à renúncia dos nubentes/cônjuges à sucessão legitimária. *Vide* MANUEL TRIGO, MANUEL TRIGO, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, Vol. III, cit., p. 296 e ss. “A renúncia à sucessão legitimária não inclui a renúncia à sucessão legítima”. *Idem*, p. 300. Nesse sentido o esclarecimento de LUÍS MIGUEL URBANO, *op. cit.*, p. XLVIII.

alíneas do art. 1700.º, n.º 1, exceções à proibição de pactos sucessórios, o perímetro do desvio à regra da sua proscrição deve definir-se de forma estrita, sem ampliações que, como veremos, não recebem apoio decisivo à luz de nenhum dos instrumentos a que deve obedecer a hermenêutica jurídica. Resulta do que se acaba de dizer que a interpretação dos outros preceitos deve ser feita à luz do disposto no art. 1700.º, n.º 1, al. c). É esta norma que é chamada a iluminar a leitura do art. 2168.º, n.º 2 e do art. 1707.º-A. E, aqui, somos levados ao subseqüente argumento.

Ora, em segundo lugar, convocamos o elemento literal. Por um lado, a fórmula empregada no art. 1700.º, n.º 1, al. c) não deixa lugar a dúvidas. É concisa e precisa: “A renúncia recíproca à condição de herdeiro legítimo do outro cônjuge”. Por outro lado, a expressão do pensamento legislativo que nos parece animar o novo regime tem correspondência verbal na letra dos outros dois artigos. De forma perfeita no art. 2168.º, n.º 2, que se reporta *expressis verbis* ao “cônjuge sobrevivente que tenha renunciado à herança nos termos da alínea c) do n.º 1 do art. 1700.º”, remetendo precisamente para a previsão normativa nuclear neste âmbito. De forma quase perfeita na epígrafe do art. 1707.º-A e no corpo do n.º 2 do mesmo artigo, em que devemos considerar subentendida idêntica remissão. Assim, a “condição de herdeiro” a que se renuncia (epígrafe) e a “posição sucessória do cônjuge” afetada pela renúncia (n.º 2) é, respetivamente, a condição de herdeiro legítimo e a posição sucessória do cônjuge como herdeiro legítimo. Em qualquer caso, “nos termos da alínea c) do n.º 1 do art. 1700.º” como se lê expressamente no art. 2168.º, n.º 2.

Em terceiro lugar, também a história do regime parece apontar no mesmo sentido. Nesse sentido, abonarão as alterações que, no *iter legislativo*, se foram introduzindo e a distância que se criou em relação à versão constante do projeto de lei n.º 781/XIII⁽¹¹⁵⁾. Este apresentava-se como um projeto que pretendia “alterar o Código Civil, reconhecendo a possibilidade de renúncia recíproca à condição de **herdeiro legal** na convenção antenupcial”, propondo para o art. 1700.º, n.º 1, al. c) uma formulação que se reportava “renúncia mútua à condição de **herdeiro legal** do outro cônjuge”. Os sublinhados são nossos, para destacar a substituição da expressão “herdeiro legal” (que abrangeria a sucessão legítima e a sucessão legítima), pela de “herdeiro legítimo” no título dado à lei 48/2018, de 14 de agosto, e na letra do art. 1700.º, n.º 1, al. c). Substituição de cuja

(115) A exposição de motivos do projeto de lei n.º 781/XIII era clara, esclarecendo que o que se propunha era a criação de um regime que permitisse “que as pessoas possam contrair matrimónio **sem qualquer efeito sucessório**” (o sublinhado é nosso).

intencionalidade não se duvidará, atendendo às óbvias diferenças de significado das duas expressões e às dúvidas, que a esse propósito se formularam, deviam ser conhecidas⁽¹¹⁶⁾.

Em quarto lugar, podemos apelar a um argumento teleológico. Na verdade, considerando que a sucessão legítima é a única que se impõe contra a vontade do autor da sucessão, é relativamente a ela que se explicará o reconhecimento da faculdade de afastamento do seu funcionamento por ato negocial, no caso contratual⁽¹¹⁷⁾. O chamamento a título de sucessão legítima já podia — e continua a poder — ser negocialmente afastado por ato negocial do autor da sucessão⁽¹¹⁸⁾. A sucessão legítima opera em caso de falta de disposição diversa do autor da sucessão. Ademais, por isso mesmo, não nos parece que a vontade presumível do autor da sucessão, quando celebra um pacto do art. 1700.º, n.º 1, al. c) seja o de afastar o seu consorte também do chamamento à quota disponível. E se se der a circunstância de o ser, poderá afastá-lo, por testamento, a qualquer momento, da sucessão legítima diretamente (excluindo-o do elenco de herdeiros legítimos) ou indiretamente (dispondo dos bens de que pode dispor, esgotando a quota disponível a favor de outras pessoas).

Acresce que nos parece que a regra da unicidade do repúdio da herança prevista no n.º 2 do art. 2064.º⁽¹¹⁹⁾ pode não estar em crise se se acolher a distinção que propugnámos *supra*. Como já explicámos, não nos parece que o disposto no art. 1700.º, n.º 1, equivalha, juridicamente, a uma situação de repúdio. Para além do que ficou dito *supra*, sublinhamos que nos parece que o que o novo regime veio permitir foi o afastamento voluntário de efeitos sucessório que, não fora esta permissão, se impunham (aos cônjuges). Assim, para além dos direitos de que falaremos na secção V, o cônjuge será, por força da lei, na ausência de disposição de vontade em contrário, mero sucessível legítimo, como acontece com os sucessíveis previstos nas alíneas c), d), e e) do n.º 1 do art. 2133.º.

⁽¹¹⁶⁾ Considerando as questões, que a este propósito, foram levantadas nos pareceres emitidos sobre aquele projeto (Parecer do Conselho Superior de Magistratura, *cit.*, p. 6 e o do Instituto dos Registos e Notariado, *cit.*, p. 2).

⁽¹¹⁷⁾ “Para que o pacto sucessório renunciativo tenha algum efeito prático, o sucessível em causa tem que ser sucessível legítimo”. DANIEL SILVA MORAIS, A Autodeterminação ..., *cit.*, p. 682.

⁽¹¹⁸⁾ Poderia dizer-se que o efeito do art. 1700.º, n.º 1, c), quando interpretado no sentido de excluir também a sucessão legítima, seria o de permitir uma exclusão recíproca dessa sucessão a que ambos ficam vinculados (por se tratar de um pacto sucessório). Para além de nos parecer que, pelas razões atrás apontadas, tal conclusão nos parece inviabilizada, não julgamos que exista um relevo substancial no reconhecimento de uma faculdade de afastamento por pacto sucessório da qualidade de sucessível legítimo.

⁽¹¹⁹⁾ PAMPLONA CORTE-REAL e DANIEL SANTOS entendem que o novo regime revela desconhecimento do princípio de indivisibilidade da vocação sucessória constante do art. 2055.º, n.º 1 do CC. *Op. cit.*, p. 559.

IV. As liberalidades a favor do cônjuge renunciante e a redução por inoficiosidade — a solução do novo n.º 2 do art. 2168.º do Código Civil

A lei n.º 48/2018, de 14 de agosto alterou o art. 2168.º do CC, sob a epígrafe “liberalidades inoficiosas”, introduzindo-lhe um n.º 2, onde se lê que “não são inoficiosas as liberalidades a favor do cônjuge sobrevivivo que tenha renunciado à herança nos termos da alínea c) do n.º 1 do art. 1700.º, até à parte da herança correspondente à legítima do cônjuge caso a renúncia não existisse”⁽¹²⁰⁾.

Esta nova norma parece inspirada pelo intuito de conceder a possibilidade de atenuação dos efeitos jurídicos associados à celebração do pacto renunciativo entre nubentes⁽¹²¹⁾. Promove-se esse objetivo criando uma espécie de escudo protetor que blindava — até à medida correspondente “à legítima do cônjuge caso a renúncia não existisse” (que pode denominar-se como uma legítima subjetiva virtual)⁽¹²²⁾ — contra a redutibilidade por inoficiosidade, nos termos do art. 2168.º, as liberalidades feitas a favor do cônjuge renunciante. Quer dizer, a garantia da intangibilidade da legítima dos herdeiros legitimários não se alcançará — dentro do perímetro traçado no n.º 2 do art. 2168.º, bem entendido — à custa das liberalidades feitas em benefício do consorte sobrevivivo que abdicou do estatuto de herdeiro legitimário.

Como se sabe os atos inspirados por um *animus* de liberalidade⁽¹²³⁾ são suscetíveis de ser objeto de redução por inoficiosidade, nos termos e segundo a ordem prevista nos arts. 2171.º, ss., sempre que atinjam a legítima reservada aos herdeiros legitimários. Ora, perdendo o cônjuge renun-

⁽¹²⁰⁾ Sobre esta norma, cuja redação apresenta “várias distorções técnicas”, PAMPLONA CORTE-REAL e DANIEL SANTOS, *op. cit.*, pp. 560-561.

⁽¹²¹⁾ Acompanhamos, pois, o Parecer do Conselho Consultivo do Instituto dos Registos e do Notariado de 15 de novembro de 2018, já citado na nota 93, em que se lê “a razão de ser desta norma consiste em permitir que, por via de liberalidades entre os cônjuges — que, contudo, não são necessariamente recíprocas — possam ser mitigados os efeitos da renúncia antecipada à condição de herdeiro legitimário do outro cônjuge (...)”. Também no preâmbulo do projeto de lei n.º 781/XIII, e afirmava que para “regular as consequências da opção por este regime, propõe-se ainda que as doações ou legados entre cônjuges, feitas neste regime, não possam ser reduzidas desde que se contenham dentro da quota legítima do cônjuge” (p. 2).

⁽¹²²⁾ Ou “quota legitimária virtual” do cônjuge. GUILHERME DE OLIVEIRA, “Notas Sobre o Projeto ...”, p. 3. PAMPLONA CORTE-REAL e DANIEL SANTOS referem-se a uma “legítima ficta”. *Op. cit.*, pp. 560-561.

⁽¹²³⁾ Onde se incluem disposições testamentárias, doações *mortis causa*, doações *inter vivos* e despesas sujeitas à colação. *Vide* R. CAPELO DE SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, Vol. II, *cit.*, p. 125 e ss. Sobre a redução por inoficiosidade, *vide* também J. DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil — Sucessões*, *cit.*, pp. 383 e ss.; L. CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direito das Sucessões*, *cit.*, pp. 438-442.

ciante a qualidade de herdeiro legítimo, a liberalidade que fosse feita a seu favor, na falta de uma norma como a que foi vertida no art. 2168.º, n.º 2, seria imputada⁽¹²⁴⁾ na quota disponível. Arriscava-se, por isso, a que aplicação das normas dos arts. 2168.º, ss., ditasse a sua redução (total ou parcial).

Ora, o legislador parece ter pretendido imunizar as liberalidades feitas em favor do cônjuge renunciante contra esse risco, sempre que o valor da liberalidade feita em seu benefício não exceda o valor da legítima subjetiva que lhe caberia se o pacto renunciativo não tivesse sido celebrado. Deste modo, através das atribuições patrimoniais que assim sejam feitas, pode atenuar-se ou mesmo eliminar-se a perda patrimonial ditada pela renúncia contida no pacto sucessório celebrado.

Em que termos operará a proteção prevista no art. 2168.º, n.º 2? Apesar das dúvidas que o laconismo da formulação legal não permitem dissipar, julgamos que a imunização contra a redução importará que as liberalidades que beneficiem o cônjuge sobrevivente renunciante sejam imputadas numa legítima subjetiva virtual^(125/126). A parte que se contenha no respetivo valor escapará à redução. Assim, na circunstância de a liberalidade a favor do cônjuge renunciante não exceder esse montante, a intervenção corretora que seja demandada para garantir a incolumidade da legítima terá de ser feita à custa de liberalidades (imputadas na quota disponível) em favor de outros beneficiários⁽¹²⁷⁾. Diversamente, se a liberalidade a favor do cônjuge

⁽¹²⁴⁾ Nas palavras de PAMPLONA CORTE-REAL, a operação de imputação de liberalidades, no âmbito do Direito Sucessório, constitui uma “operação de enquadramento na quota indisponível ou disponível, para efeitos de partilha, e ou de preenchimento efectivo da quota hereditária, ou mais restritamente da quota legítima”. *Da imputação de liberalidades na sucessão legítima*, Lisboa, Centro de Estudos Fiscais — Ministério das Finanças, 1989, p. 54. Sobre a tarefa de imputação em direito sucessório, *vide*, desenvolvivamente, obra acabada de citar, p. 38 e ss., e DANIEL SILVA MORAIS, “O problema da imputação de liberalidades na sucessão legítima revisitado à luz dos limites da interpretação jurídica: recusa de uma “teoria pura do direito sucessório”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Pamplona Corte-Real*, *cit.*, p. 41 e ss. Sobre a imputação dos pactos sucessórios, PAULA BARBOSA, “Breves Reflexão ...” *cit.*, p. 328 e ss.

⁽¹²⁵⁾ A imputação “parece pressupor sempre a existência de uma quota (cf. art. 2030.º, n.º 2) que seria o suporte das imputações «pars quota» nela efectuadas”, segundo PAMPLONA CORTE-REAL, *Da imputação de liberalidades na sucessão legítima*, *cit.*, p. 54.

⁽¹²⁶⁾ O que importará, portanto, que se refaçam as contas à luz do enquadramento normativo que se aplicaria se o cônjuge não tivesse renunciado. Estas operações podem, por exemplo, pressupor que o valor da legítima global varie. Pense-se no caso de, descontado o cônjuge renunciante, o *de cuius* deixar apenas um filho, como único herdeiro legítimo. Nessa hipótese, a legítima global será de $\frac{1}{2}$ e coincidirá com a sua legítima subjetiva. Mas, havendo necessidade de computar o cônjuge, para calcular a sua legítima virtual, teremos que considerar a regra segundo a qual, em caso de concurso ente cônjuge e um filho do *de cuius*, a legítima global é de $\frac{2}{3}$, sendo depois esse valor repartido por cabeça entre eles, para determinar o montante da legítima virtual que se pretende definir para efeitos de aplicação da regra do n.º 2 do art. 2168.º.

⁽¹²⁷⁾ Se o valor da liberalidade a favor do cônjuge renunciante ficar aquém da sua legítima subjetiva virtual, a diferença beneficiará os demais herdeiros legítimos.

juge renunciante ultrapassar aquele limite, o excesso será suscetível de redução, como acontece com as demais liberalidades imputadas na quota disponível, aplicando as regras e ordem previstas no art. 2171.º, ss.⁽¹²⁸⁾.

Funcionando a regra do art. 2168.º, n.º 2 nos termos que agora perspetivamos, parece-nos que o que dela resultará, no limite, é a reposição do resultado patrimonial que se aplicaria se não tivesse sido celebrado o pacto sucessório⁽¹²⁹⁾. Os herdeiros legitimários (os que concorreriam com o cônjuge se ele não tivesse renunciado) sempre receberão pelo menos o que receberiam se não tivesse havido renúncia. Os demais atos favorecedores de outras pessoas serão tratados sucessoriamente nos termos em que o seriam em idêntico cenário. Se a leitura da norma for esta, como nos parece, o que a solução em análise permitirá, enfim, é de a provocar uma *reversão* (total ou parcial) dos efeitos do pacto renunciativo e virtualmente a *reconstrução* económica do benefício patrimonial que seria representado pela quota legitimária do cônjuge repudiante.

V. O cônjuge sobrevivente renunciante como legatário legal: os direitos sobre a casa de morada de família e sobre o respetivo recheio

A lei n.º 48/2018, de 14 de agosto associou à celebração de um pacto renunciativo nos termos do art. 1700.º, n.º 1, al. c), a designação sucessória do cônjuge supérstite renunciante como legatário legal, constituindo a seu favor uma “cascata de direitos”⁽¹³⁰⁾ que promovem a tutela do mesmo relativamente ao espaço (contexto imobiliário e mobiliário) onde a vida familiar se desenvolveu⁽¹³¹⁾. O cônjuge sobrevivente renunciante é, então,

⁽¹²⁸⁾ Pensamos que a norma do art. 2168.º, n.º 2, ditará a aplicação de uma solução semelhante à que se encontra plasmada no art. 2114.º, n.º 2 para as hipóteses conhecidas como “repúdio para escusa de colação”. Acompanhamos, por isso, a afirmação de PAMPLONA CORTE-REAL e DANIEL SANTOS, no sentido de que nesse preceito se encontra um lugar paralelo. *Op. cit.*, pp. 561-562.

⁽¹²⁹⁾ O regime do n.º 2 do art. 2168.º consubstanciará a previsão de uma “cláusula de arrependimento” para os cônjuges renunciantes, como se lê no Parecer sobre o Projeto de Lei n.º 781/XIII do Instituto dos Registos e Notariado, *cit.*, p. 4.

⁽¹³⁰⁾ Usámos esta expressão, a propósito de um regime semelhante quanto ao unido de facto, no nosso “Breves reflexões sobre a proteção do unido de facto quanto à casa de morada de família propriedade do companheiro falecido”, in *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*, coordenação de Guilherme de Oliveira, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 335.

⁽¹³¹⁾ Julgamos que a constituição destes direitos não pode ser afastada antecipadamente. Quanto à natureza imperativa das normas do art. 1707.º-A, veja-se com as devidas adaptações as observações que fizemos sobre o correspondente regime aplicável ao unido de facto sobrevivente nos ter-

chamado como legatário legal, prevendo-se, no art. 1707.º-A, o nascimento de uma sucessão de direitos em seu benefício: o direito real de habitação sobre a casa de morada de família, o direito de uso do respetivo recheio, o direito potestativo à celebração de um contrato de arrendamento sobre o imóvel em que se situa a casa de morada de família e, também, um direito de preferência em caso de alienação desse imóvel. Consideremos brevemente estes direitos⁽¹³²⁾.

Em primeiro lugar, avulta o reconhecimento, ao consorte sobrevivido dos direitos de habitação sobre o imóvel onde se situava a casa de morada de família⁽¹³³⁾ e o direito de uso sobre o respetivo recheio, nos termos do art. 1707.º-A, n.ºs 3 a 6 e 10⁽¹³⁴⁾. Estes direitos previstos nos art. 1484.º, ss., do Código Civil são dois direitos reais menores que proporcionam ao seu titular faculdades de uso (*jus utendi*) das coisas a que respeitam⁽¹³⁵⁾. O direito de uso abrangerá, também, poderes de fruição (*ius fruendi*), per-

mos do art. 5.º da Lei 7/2001, de 11 de maio. “Breves reflexões ...”, *cit.*, p. 335 e ss. O Parecer sobre o Projeto de Lei n.º 781/XIII da Ordem dos Notários alertava para a necessidade de “assegurar em especial o direito de habitação” do cônjuge renunciante, o que veio a acontecer com a previsão do regime agora em análise (*cit.*, p. 3).

⁽¹³²⁾ Para mais desenvolvimentos, vejamos as observações que tecemos a propósito de um regime semelhante previsto para o unido de facto sobrevivido, “Breves reflexões ...”, *cit.*, pp. 317-335. As diferenças a assinalar, a este propósito, respeitam à duração dos direitos de habitação da casa de morada de família e de uso do recheio. Sublinhamos a aproximação que, mais uma vez, se faz entre o regime consagrado para a proteção do cônjuge — no caso renunciante (se renunciar, portanto) — e a disciplina prevista para o unido de facto sobrevivido. Em tempos de promoção de autonomia e de reconhecimento de liberdade de opção e estipulação, assiste-se a um fenómeno de aproximação de regimes que, paradoxalmente, conduzirá a que o leque de opções (diversas) vá minguando. Contrastando com esta visão crítica da aproximação referida, veja-se, por exemplo, PAMPLONA CORTE-REAL, que entende que o casamento deveria “beber inspiração” no “regime mais livre” da união de facto. “Relance crítico sobre o Direito da Família Português”, in *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*, *cit.*, p. 122. Sobre a “(quase) identidade jurídica entre o casamento e a união de facto”, considere-se, na mesma obra, FRANCISCO BRITO PEREIRA COELHO, “Os factos no casamento e o direito na união de facto: breves observações”, p. 77 e ss. Também sobre a “perda de peso” do casamento e o “aumento de peso da união de facto, considere-se na mesma obra, ROSA CÂNDIDO MARTINS, “A morte do casamento: mito ou realidade?”, p. 219 e ss.

⁽¹³³⁾ Se o imóvel em que se situa a casa de morada de família for propriedade do cônjuge falecido e, portanto, integrar a herança do mesmo. Diferentemente do que ocorre na lei da união de facto (lei n.º 7/2001, de 11 de maio) não há uma referência expressa à situação da casa ser compropriedade dos dois cônjuges. Não nos parece que haja razões suficientes para não aplicar o regime do art. 1707.º-A também nessa hipótese.

⁽¹³⁴⁾ Não há coincidência com o regime do art. 2103.º-A em benefício do cônjuge sobrevivido não renunciante. Em relação a este, os direitos são tendencialmente vitalícios. Os direitos do cônjuge renunciante estendem-se, em regra, apenas por um período mínimo de cinco anos, ressalvada a hipótese prevista no art. 1707.º-A, n.º 10. Há também uma diferente articulação com o fenómeno sucessório, já que no art. 2103.º-A prevêem-se atribuições preferenciais em benefício do cônjuge não renunciante.

⁽¹³⁵⁾ Em qualquer caso, estão excluídos poderes de disposição relativamente às coisas sobre que incidem.

mitindo, portanto, o aproveitamento dos frutos gerados pelas coisas objeto do mesmo⁽¹³⁶⁾. Assim, o cônjuge sobrevivente renunciante poderá, então, permanecer no imóvel que constituiu a casa de morada de família, aí continuando a habitar⁽¹³⁷⁾, e poderá usar os móveis que compõem o respetivo recheio, aproveitando os eventuais frutos que, por estes, sejam gerados. Em qualquer caso, os poderes atribuídos encontram-se circunscritos finalisticamente⁽¹³⁸⁾, à luz do cumprimento de um objetivo de natureza alimentar⁽¹³⁹⁾, dirigindo-se à satisfação às necessidades⁽¹⁴⁰⁾ desse sujeito⁽¹⁴¹⁾ e do seu agregado familiar definido nos termos do art. 1487.º⁽¹⁴²⁾.

A duração dos direitos — qualquer que tenha sido a duração do casamento dissolvido por morte do cônjuge autor da sucessão a que respeita — corresponderá, em princípio⁽¹⁴³⁾, a 5 anos⁽¹⁴⁴⁾. Admite-se, no entanto, que a título excepcional, por razões de equidade, esse intervalo temporal possa

⁽¹³⁶⁾ Assim, L. CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direitos Reais*, 6.ª ed. atualizada e revista, Lisboa, Quid Iuris Sociedade Editora, 2009, p. 426.

⁽¹³⁷⁾ O titular do direito de habitação só pode, portanto, servir-se do imóvel para nele viver. Veja-se, o que a este propósito dissemos em “Breves reflexões ...”, *cit.*, p. 319, nota 39.

⁽¹³⁸⁾ O *licere* de tais direitos encontra-se funcionalizado e limitado segundo o fim a que os mesmos se encontram adstritos que é o da satisfação das necessidades pessoais do respetivo titular e da sua família, nos termos do n.º 1 do art. 1484.º. LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direitos Reais*, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2012, p. 346. Tais direitos estão, assim, cobertos por um manto de intransmissibilidade absoluta (art. 1488.º). GALVÃO TELLES, *Direito das Sucessões. Noções fundamentais*, *cit.*, pp. 65 e 72.

⁽¹³⁹⁾ O fim alimentar pode fundamentar a aplicação do regime previsto para o correspondente instituto (arts. 2003.º e ss.). Assim, o defendemos no nosso “Breves reflexões ...”, *cit.*, p. 321, parte final da nota 40.

⁽¹⁴⁰⁾ Essas necessidades são aferidas à luz de um critério subjetivo que atende à condição social do titular dos direitos (art. 1486.º). L. CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direitos Reais*, *cit.*, p. 426.

⁽¹⁴¹⁾ A circunstância de o cônjuge sobrevivente ter “casa própria” no concelho da casa de morada da família ou ainda, quando esta se situe nos concelhos de Lisboa ou no Porto, nos concelhos limítrofes constitui facto impeditivo da constituição dos direitos previstos no art. 1707.º-A, n.º 3. Refletimos sobre o significado da expressão casa própria no nosso “Breves reflexões ...”, *cit.*, pp. 322-323, nota 44. Aquela circunstância constituirá facto extintivo, em caso de superveniência dela, após o momento da constituição dos mesmos direitos. Note-se também, que, à semelhança do que se prevê no n.º 2 do art. 2103.º-A, nos termos do n.º 5 do art. 1707.º-A, a falta de habitação no imóvel por mais de um ano importará a cessação, por caducidade, do direito de habitação da casa e do direito de uso do respetivo recheio, ressalvada a hipótese de a mesma se ficar a dever a um motivo de força maior, como acontecerá, por exemplo, se o titular do direito se encontrar doente com necessidade de internamento em estabelecimento hospitalar.

⁽¹⁴²⁾ Sobre o perimetro traçado pelo art. 1487.º à família do usuário ou do morador usuário e as dificuldades que a aplicação daí advém, veja-se o nosso “Breves reflexões ...”, *cit.*, pp. 320-321, nota 40.

⁽¹⁴³⁾ Nos termos do n.º 10 do art. 1707.º-A, se o cônjuge sobrevivente tiver completado 65 anos de idade à data da abertura da sucessão, o direito de habitação da casa (não o direito de uso) será vitalício.

⁽¹⁴⁴⁾ Note-se que, no caso da união de facto, os 5 anos constituem o intervalo temporal mínimo de duração dos direitos referidos, já que sempre que a relação de união de facto se tenha prolongado por mais de 5 anos, a duração dos direitos estender-se-á *ope legis*, coincidindo com a duração que aquela relação, em concreto, tenha alcançado. Tal não acontece no âmbito do regime agora em análise, sem que alcancemos a razão que fundamenta esta diferença, no quadro geral do regime *transplantado* para o âmbito do casamento.

ser estendido, por decisão judicial assente numa apreciação casuística⁽¹⁴⁵⁾ que considere, nomeadamente “a especial carência”⁽¹⁴⁶⁾ em que o cônjuge sobrevivente⁽¹⁴⁷⁾ se encontre.

Uma vez esgotado o período por que o cônjuge sobrevivente beneficiou do direito real de habitação nos termos acabados de enunciar, é-lhe reconhecido o direito de permanecer no imóvel na qualidade de arrendatário⁽¹⁴⁸⁾, nas condições gerais do mercado, e também o direito de aí continuar a habitar, até ao momento da celebração do correspondente contrato (art. 1707.º-A, n.ºs 7 e 8). O cônjuge sobrevivente poderá, portanto exercer um direito potestativo à celebração desse negócio, que se impõe ao(s) sucessível(is)⁽¹⁴⁹⁾ por quem o imóvel venha a ser adquirido, a menos que este(s) satisfaça(m) os requisitos legalmente exigidos para a denúncia, pelo senhorio, do contrato de arrendamento para habitação⁽¹⁵⁰⁾. Assim, não se verificando qualquer das hipóteses previstas para esse efeito, o titular do direito de propriedade sobre o imóvel encontra-se vinculado à celebração do contrato de arrendamento. Os termos do mesmo devem, em princípio, configurar-se por negociação das partes, à luz das condições gerais do mercado. Na ausência de acordo, o tribunal pode ser chamado a intervir para definir os termos contratuais, após audição dos interessados (art. 1707.º-A, n.º 8). Ademais no ínterim, enquanto o contrato não se encontrar celebrado, o cônjuge pode permanecer no imóvel, com base no direito pessoal de gozo legalmente previsto na parte final do n.º 7 do art. 1707.º-A⁽¹⁵¹⁾.

⁽¹⁴⁵⁾ O tribunal atenderá às especificidades do caso concreto. A lei enuncia, a título exemplificativo, um fator a considerar.

⁽¹⁴⁶⁾ Assim se sublinhando a função assistencial do referido direito.

⁽¹⁴⁷⁾ A lei refere-se ao “membro sobrevivente”, indiciando a inspiração colhida na solução que vale para a união de facto. PAMPLONA CORTE-REAL e DANIEL SANTOS (*op. cit.*, pp. 566-567) apontam o “enxerto heterogêneo” das soluções normativas neste preceito, que “se mostra tecnicamente perplexizante por acolher um regime dual inerente a institutos bem diversos”.

⁽¹⁴⁸⁾ Quanto a saber se o direito à celebração do contrato de arrendamento respeita apenas ao imóvel ou ao imóvel e ao recheio, vejam-se as nossas observações “Breves reflexões ...”, *cit.*, pp. 328-329.

⁽¹⁴⁹⁾ Sobre a questão de saber se o direito potestativo à celebração do contrato de arrendamento previsto no art. 1707.º-A, n.º 7, é oponível a terceiro que adquira o imóvel, em virtude de uma eventual alienação do mesmo, vejam-se as nossas considerações, “Breves reflexões ...”, *cit.*, pp. 329-331. Se o contrato de arrendamento já tiver sido celebrado, ao abrigo do disposto no citado preceito, antes da alienação do imóvel, o cônjuge sobrevivente pode opor a sua posição contratual de arrendatário ao adquirente, à luz da regra “*emptio non tollit locatum*” vertida no art. 1057.º do C.C.

⁽¹⁵⁰⁾ Emerge, aqui, a questão de saber se se aplica, aqui, com as devidas adaptações, o regime dos art. 1101.º e ss ou apenas o do art. 1102.º do C.C. Sobre esta questão e o entendimento que professamos e com referência ao entendimento de FRANÇA PITÃO, veja-se o nosso “Breves reflexões ...”, *cit.*, pp. 326-327, nota 51. Na leitura das nossas observações, tenham-se presentes as alterações introduzidas pela Lei n.º 13/2019, de 12 de fevereiro, no regime previsto para a denúncia do contrato de arrendamento para habitação, pelos senhorios.

⁽¹⁵¹⁾ Sem que lhe subjaza outro título (o cônjuge sobrevivente já não é usuário morador e ainda não é arrendatário), que não a autorização legal aí concedida para o efeito.

Finalmente, prevê-se, no n.º 9 do art. 1707.º, em benefício do cônjuge supérstite, durante todo o período em que o cônjuge o habitar “a qualquer título” (art. 1707.º-A, n.º 9, *in fine*), um direito de preferência em caso de alienação do imóvel onde se situava a casa de morada de família⁽¹⁵²⁾. Apesar do laconismo da expressão utilizada (“alienação”), atendendo aos limites da figura do direito de preferência, tal direito pode ser exercido relativamente a atos translativos do direito real de natureza onerosa e que não tenham caráter *intuitu personae*⁽¹⁵³⁾. O cônjuge pode, então, preferir em situações de compra e venda ou de dação em cumprimento, mas já não quanto à hipótese de o imóvel ser alienado por doação. Assim, naquelas hipóteses, se o proprietário do mesmo decidir aliená-lo, deve comunicar ao cônjuge sobrevivente, a intenção de alienação, efetuando uma notificação para preferência (art. 416.º do C.C.)⁽¹⁵⁴⁾. Constituinte uma preferência de fonte legal, em caso de alienação a terceiro com violação do direito previsto no n.º 9 do art. 1707.º, o consorte sobrevivente pode recorrer à ação de preferência, nos termos do art. 1410.º do C.C., para se subrogar na posição jurídica do adquirente, com efeito retroativo, como se o ato de alienação tivesse, portanto, sido celebrado *ab initio* entre ele e o alienante.

VI. A apreciação do regime introduzido pela lei n.º 48/2018, de 14 de agosto

Depois deste périplo pelas soluções acolhidas pela lei n.º 48/2018, de 14 de agosto, cumpre-nos fazer uma breve apreciação global sobre esta intervenção legislativa⁽¹⁵⁵⁾.

⁽¹⁵²⁾ Julgamos que o direito de preferência concerne apenas à alienação do imóvel e não à alienação dos bens móveis (considerados individualmente ou tomados, no seu conjunto, como universalidade de facto) que compõem o respetivo recheio.

⁽¹⁵³⁾ Para mais desenvolvimentos sobre a densificação da expressão “em caso de alienação”, também utilizada na lei da união de facto, com indicações bibliográficas, *vide* o nosso “Breves reflexões ...”, *cit.*, p. 332.

⁽¹⁵⁴⁾ Não é pacífico, na doutrina e na jurisprudência, a resposta à questão de saber que elementos devem ser incluídos na notificação para a mesma ser eficaz e, consequentemente, poder ditar, *ex vi* do n.º 2 do art. 416.º, o início da contagem do prazo para o exercício do direito do preferente. Veja-se, por todos, AGOSTINHO GUEDES, *O exercício do direito de preferência*, Universidade Católica Editora, 2006, pp. 457 e ss. Na hipótese que consideramos, avultará a questão controvertida de saber se a identidade de terceiro deverá ser incluída na notificação para preferência. Propendemos para uma resposta positiva, neste caso, como no do exercício de idêntico direito previsto para o unido de facto sobrevivente no art. 5.º, n.º 9 da lei da união de facto (lei n.º 7/2001, de 11 de maio). “Breves reflexões ...”, *cit.*, pp. 333 e 334.

⁽¹⁵⁵⁾ Para uma apreciação crítica da lei em análise, *vide* PAMPLONA CORTE-REAL e DANIEL SANTOS,

Vários pontos nos parecem dignos de aplauso. Julgamos que assim é quanto ao que o novo regime significa de promoção da autonomia privada na conformação dos efeitos patrimoniais associados ao casamento, *in casu* à sua dissolução por morte. Também é, na nossa perspetiva, merecer de encómio o recuo — ainda que limitado (só quanto ao cônjuge e pressupondo a reunião de vários requisitos) — da imposição do funcionamento da sucessão legitimária, com reconhecimento de poder à vontade do(s) particular(es) de afastar o chamamento de certos herdeiros forçosos.

A adoção de soluções no âmbito sucessório que atendem à específica situação do beneficiário, como as que constam do art. 1707.º-A, n.º 4, também nos parece positiva. Julgamos, ademais, que a atenção votada às alterações sociais que subjaz ao procedimento legislativo, para delas se extraírem mudanças no plano do dever ser se apresenta como um caminho, que deve ser seguido nas intervenções legislativas para que as soluções acolhidas possam refletir a resposta mais adequada, à luz da valoração axiológica que inspira o Direito, aos problemas que a realidade apresenta.

Não podemos, no entanto, contornar vários pontos que nos parecem merecer crítica.

Em primeiro lugar, a falta de clareza do regime é uma das fragilidades que lhe pode ser apontado⁽¹⁵⁶⁾. Era importante, por exemplo, que as formulações adotadas não conduzissem à emergência de dúvidas relevantes em pontos nucleares do regime consagrado, como são as relativas à exata extensão dos efeitos associados à celebração de um pacto renunciativo à luz do art. 1700.º, n.º 1, al. c), ou ao alcance da solução do art. 2168.º, n.º 2, quanto às liberalidades feitas a favor do cônjuge renunciante. Não podemos também deixar de assinalar a falta de conformidade entre os motivos expostos para a intervenção legislativa e as soluções efetivamente adotadas que, em vários pontos vão além e noutros ficam aquém daqueles motivos.

De assinalar também que o novo regime pode importar uma desproteção prematura do cônjuge sobrevivente⁽¹⁵⁷⁾, o que, à luz dos dados demográficos

op. cit., p. 555 e ss., em especial, 558, 560 e 566-568. Para uma apreciação do projeto de lei que esteve na base da lei 48/2018, de 14 de agosto, veja-se GUILHERME DE OLIVEIRA, “Notas Sobre o Projeto de Lei ...”, pp. 3-8.

⁽¹⁵⁶⁾ PAMPLONA CORTE-REAL e DANIEL SANTOS (*op. cit.*) referem-se à “nebulosidade” do diploma (p. 562) que gera “perplexidades analíticas” (p. 555), nomeadamente por força da “falta de coerência científica” (p. 558), do desconhecimento de princípios estruturantes do direito sucessório português (pp. 558-559), das “distorções técnicas” (p. 560) e de “erros jurídicos” (p. 567).

⁽¹⁵⁷⁾ Cumpre não esquecer as “duas funções primárias e essenciais”, que a família, nas palavras de RITA LOBO XAVIER, realiza “a função de solidariedade entre gerações, em geral, e em relação aos filhos, em especial; e a função de solidariedade entre sexos, particularmente no que respeita ao seu compromisso e empenhamento em ordem à realização da primeira função”. “Cumprir a Constituição na Família: tendências desconformes na interferência estadual”, in *Jornadas nos Quarenta Anos da*

cos existentes sobre a esperança de vida, pode significar uma feminização da pobreza⁽¹⁵⁸⁾. Não se vai também sem alertar para o facto de a solução que se adotou para temperar os efeitos da renúncia, nomeadamente quanto aos direitos reais menores atribuídos ao cônjuge sobrevivente nos termos do art. 1707.-A, n.ºs 3 a 10, poder agudizar conflitos, gerar dificuldades práticas na articulação de tais direitos com os dos demais sucessíveis e conduzir à imobilização patrimonial, atenta a proeminência que o imóvel onde se situa a casa de morada de família sói ter no património hereditário.

De qualquer modo, julgamos também que, a aceitar os pactos renunciativos, se podia ter ido mais longe, nomeadamente a possibilidade agora atribuída poderia ser reconhecida qualquer que fosse o regime de bens vigentes no âmbito da relação matrimonial, permitindo a eliminação do que já foi apelidado como um excesso de proteção (através do regime de bens e através dos efeitos sucessórios) do cônjuge sobrevivente. Pensamos que a solução deveria ser acompanhada pela possibilidade de revogação dos referidos pactos reclamando-se, a esse propósito, uma reflexão (mais ampla) que nos parece importante sobre o acerto da manutenção do princípio da imutabilidade das convenções antenupciais e do regime de bens.

Acima de tudo pensamos que se perdeu a oportunidade de uma maior e necessária intervenção legislativa. O direito sucessório e a sucessão legítima em particular demandam uma reforma (mais profunda) para o que, entre nós⁽¹⁵⁹⁾, já se chamou a atenção, nomeadamente em

Constituição da República Portuguesa — Impacto e Evolução, Manuel Afonso Vaz, et alii (coord.), ed. Universidade Católica Editora, Porto, Universidade Católica Editora, 2017, p. 165.

⁽¹⁵⁸⁾ GUILHERME DE OLIVEIRA, “Notas Sobre o Projeto de Lei n.º 781/XIII ...”, p. 5.

⁽¹⁵⁹⁾ Veja-se, CRISTINA ARAÚJO DIAS, “A proteção sucessória da família”, *cit.*, pp. 461-463; GUILHERME DE OLIVEIRA, “Notas Sobre o Projeto de Lei ...”, pp. 8-10; PAMPLONA CORTE-REAL, *Direito da Família e das Sucessões. Relatório*, Suplemento da Revista da Faculdade de Direito de Lisboa, Lex, 1995, pp. 121-129 e *Da imputação das liberalidades ...*, *cit.*, p. 1045 e ss.; RITA LOBO XAVIER, alertando para que o reforço da liberdade de testar não pode ignorar as expectativas dos legitimários e a indagação da “função económica e social” atual da legítima (“Notas para a renovação da sucessão legítima no Direito português”, p. 356) e enunciando as várias vertentes em que a renovação do direito sucessório português deve ocorrer (“harmonização coerente das regras aplicáveis à sucessão legítima”; “flexibilização da sucessão forçada a favor de determinados familiares”; reformulação das “soluções legais para as questões relativas a bens que integram a herança jacente ou indivisa”; “clarificação das regras de imputação *ex se* das liberalidades feitas em vida” e dos “critérios de determinação do respetivo valor”), *in* “Para quando a renovação do Direito sucessório português?”, *cit.*, pp. 606-612; RUTE TEIXEIRA PEDRO, “A (in)suficiência da resposta dos direitos da família e das sucessões às necessidades de maiores incapazes (*de iure* ou *de facto*)”, *Autonomia e capacitação. Os desafios dos cidadãos portadores de deficiência* (Luísa Neto e Anabela Leão, coordenadoras), Universidade do Porto, 2018, p. 166 e ss. Vejam-se também as reflexões críticas de JORGE DUARTE PINHEIRO sobre o direito das sucessões português, *O Direito das Sucessões Contemporâneo*, pp. 81-82, pp. 177-180, e p. 383 e ss. Considere-se também, Parecer sobre o Projeto de Lei n.º 781/XIII do Instituto dos Registos e Notariado, *cit.*, p. 6.

ordem a solucionar problemas que carecem de uma resposta urgente como é o do fenómeno de abandono dos idosos — muitas vezes por parte daqueles cujas expetativas sucessórias o presente regime pretende(ia?) proteger, a fazer jus na exposição de motivos do projeto que lhe serviu de base.

ANOTAÇÃO AO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL
DA RELAÇÃO DE LISBOA SOBRE
O CARÁCTER DISTINTIVO DAS MARCAS
E A AQUISIÇÃO DE DISTINTIVIDADE
SUPERVENIENTE (*SECONDARY MEANING*)

Caso marca “Colormix”

Por João Pereira Cabral(*)
e Vítor Palmela Fidalgo(**)

SUMÁRIO:

I. Introdução. **II. Primeira Parte.** 1. O juízo sobre a distintividade. 1.1. A argumentação do Tribunal. 2. Normas aplicáveis. 2.1. Critério a aplicar. 2.2. A relevância da junção de termos descritivos. 2.3. A relevância de os termos serem em língua inglesa. 2.4. Análise do caso. 2.5. Conclusão. **III. Segunda Parte.** 3. A aquisição superveniente de carácter distintivo (*secondary meaning*). 3.1. A argumentação do Tribunal. 3.2. Normas e critérios a ser aplicados. 3.3. A aquisição de distintividade pela marca. 3.4. A apreciação e a prova do *secondary meaning*. 3.5. A análise do Tribunal. 3.6. Conclusão.

I. Introdução

I. No presente Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa⁽¹⁾, discute-se a distintividade da marca nacional n.º 267265 — “Colormix”,

(*) Mestre em Direito.

(**) Mestre em Direito. Assistente Convidado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

(1) Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 06.07.2017 (Processo n.º 43-14.7YHLSB.L1-6), disponível em <www.dgsi.pt>.

pedida a 7 de setembro de 1990, e concedida a 21 de dezembro de 1992, para a classe 37 da Classificação de Nice, assinalando “serviços de pintura incluindo afinação instantânea de cor”.

A Autora, uma empresa multinacional que comercializa tintas e seus revestimentos, veio pedir a nulidade da marca referida *supra*, alegando que a mesma, pelo facto de ser composta pela junção de duas palavras comuns, não tem qualquer distintividade, apropriando-se, assim, de elementos de vocábulos correntes que dizem respeito a serviços que são utilizados por todos os agentes económicos, prejudicando-a, desta forma, na sua atividade económica diária. Com efeito, o consumidor médio não irá apreender a marca como reportando-se a uma origem empresarial, mas sim como dizendo respeito a serviços de pintura e seus revestimentos em geral.

II. A Ré veio contestar, alegando que a marca “Colormix”, dada a sua junção e pelo facto de estar em inglês, constitui uma expressão de fantasia, tendo um significado metafórico. Sendo que, pela junção efetuada, nem se poderá considerar que a referida expressão existe na língua inglesa. Adicionalmente, a marca em causa não descreve o serviço prestado e assinalado pela marca da Ré, na medida em que esta consiste na “afinação instantânea de cores” e não na sua mistura. Por fim, a Ré alega ainda que, mesmo que a marca *sub judice* fosse considerada descritiva em abstrato, a mesma teria já adquirido carácter distintivo pelo uso no mercado desde 1989.

III. Na primeira instância, foi proferida sentença que julgou a ação improcedente e absolveu a Ré do pedido. O mesmo entendimento manteve o acórdão ora comentado, julgando improcedente o recurso, *i*) considerando a marca distintiva, “porque é constituída por uma palavra de fantasia, que não existe na língua portuguesa, nem na língua inglesa e porque o serviço assinalado não se reduz ao significado, em inglês, dos dois vocábulos que a compõem”, e *ii*) propugnando pela aquisição do carácter distintivo através do uso e dos investimentos realizados pela titular da marca.

IV. Apesar de este arresto julgar a invocação da nulidade do Acórdão pela Ré (doravante apelante), pela falta de especificação de fundamentos de facto e de direito que a justificam e pela oposição da fundamentação com a decisão proferida, na presente anotação iremos limitar-nos à análise das duas questões substantivas levantadas, nomeadamente a distintividade da marca e a sua aquisição de carácter distintivo.

II. Primeira Parte

1. O juízo sobre a distintividade

1.1. A argumentação do Tribunal

I. Em primeiro lugar, o Tribunal relevou o facto de o sinal corresponder a palavras em língua inglesa, e considerou que a apelante não teria razão ao invocar a generalização da referida língua, por não ser certo “que todo o consumidor tenha o conhecimento do significado dos dois referidos vocábulos de língua inglesa”.

II. O segundo argumento consistiu em atribuir relevância ao facto de o sinal ser formado por uma única palavra, através da junção de dois termos — “COLOR” e “MIX” —, sem espaço entre eles, concluindo que o sinal consistia numa “palavra nova, de fantasia, que não tem significado e não existe na língua portuguesa, nem na língua inglesa, apenas coincidindo com os dois referidos vocábulos foneticamente, mas não graficamente”.

III. Por fim, o Tribunal concluiu que a marca não seria “composta exclusivamente por indicações da espécie de serviço que assinala”, mas antes uma marca sugestiva, por “sugerir o serviço prestado, relacionado com a mistura de cores, mas que não indica verdadeiramente a sua espécie, tendo em atenção que, embora relacionado com a mistura de cores, o serviço que a ré assinala com esta marca não se reduz à mistura de cores tradicional, mas sim a um serviço diverso, de afinação de cores, com um processo de produção específico, diferente da simples mistura entre as várias cores, que utiliza um computador e produtos químicos, obtendo a cor desejada no próprio momento (...)”.

2. Normas aplicáveis

I. A alínea c) do n.º 1 do art. 223.º do Código de Propriedade Industrial português (doravante CPI) estipula que não são suscetíveis de registo os “sinais constituídos, exclusivamente, por indicações que possam servir no comércio para designar a espécie, a qualidade, a quantidade, o destino, o valor, a proveniência geográfica, a época ou meio de produção do pro-

duto ou da prestação do serviço, ou outras características dos mesmos”. Por remissão do art. 238.º, n.º 1, al. c) do CPI, a subsunção de um sinal a esta alínea importa a recusa de um pedido de registo que tenha por objeto um desses sinais, consistindo num motivo absoluto de recusa.

Esta norma foi introduzida no CPI com a transposição da Diretiva n.º 89/104/CEE do Conselho, de 21 de dezembro de 1988, que harmonizou as legislações dos Estados-Membros em matéria de marcas⁽²⁾. Por esta razão, qualquer aplicação da mesma terá de respeitar a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (doravante TJUE), que a propósito dela se tenha pronunciado através do mecanismo de questão prejudicial, sendo esta jurisprudência vinculativa⁽³⁾.

II. A jurisprudência do TJUE ajuda a definir, desde logo, a finalidade desta norma: “um objetivo de interesse geral, o qual implica que todos os sinais ou indicações que possam servir para designar características dos produtos ou dos serviços em causa para os quais o registo é pedido sejam deixados à livre disposição de todas as empresas, para que os possam utilizar através de uma descrição das mesmas características dos seus próprios produtos”⁽⁴⁾.

2.1. Critério a aplicar

Para a aplicação desta norma, à luz da finalidade acima indicada, podemos encontrar um critério jurisprudencial constante. A análise do carácter descritivo de uma marca deve ter em consideração: *a)* os produtos

⁽²⁾ Atualmente Diretiva (UE) N.º 2015/2436 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de dezembro de 2015, que aproxima as legislações dos Estados-Membros em matéria de marcas (reformulação).

⁽³⁾ Confirma-se alguma da jurisprudência relevante sobre a consideração da jurisprudência do TJUE como fonte de direito: Caso *Fazenda Pública*, Acórdão TJUE, de 14.02.2000 (C-446/98), disponível em <www.curia.europa.eu>; Caso *Bosch*, Acórdão TJUE, de 16.03.1978 (C-135/77), disponível em <www.curia.europa.eu>; Caso *Milch-, Fett-, und Eierkontor*, Acórdão TJUE, de 24.06.1969 (C-29/68), <www.curia.europa.eu>; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 20.01.2010 (Processo n.º 346/1998.P1.S1), disponível em <www.dgsi.pt>.

⁽⁴⁾ Cf. Caso *Moreno Marín*, Acórdão TJUE de 06.07.2017 (C-139/16), disponível em <www.curia.europa.eu>; § 23; Caso *Linde*, Acórdão TJUE, de 08.04.2003 (C-53/01 a C-55/01), disponível em <www.curia.europa.eu>; § 75; Caso *Koninklijke KPN Nederland*, Acórdão TJUE, de 12.02.2004 (C-363/99), disponível em <www.curia.europa.eu>; § 33 e § 34. A identificação desta finalidade tem também apoio na doutrina: veja-se, por exemplo, AAVV, *Código de Propriedade Industrial Anotado*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2015, p. 396.

e/ou serviços que a marca visa identificar, e b) a percepção que o público relevante tem dela⁽⁵⁾.

A análise do carácter descritivo de uma marca realiza-se mediante a comparação do significado do sinal cujo registo é pretendido, de acordo com a percepção do consumidor relevante, com os produtos ou serviços que esse sinal visa identificar. Se o sinal descreve, direta e exclusivamente, características dos produtos ou serviços a assinalar, este deve ser considerado descritivo.

II. Um sinal não é exclusivamente descritivo se incluir, para além de designações descritivas, termos — ou elementos figurativos, nos casos das marcas mistas e figurativas — distintivos, como por exemplo: “Fanta laranja”, para identificar refrigerante de laranja.

No entanto, embora a norma preveja “que, para ser abrangida pelo motivo de recusa do registo aí referido, a marca deve ser composta «exclusivamente» por sinais ou indicações que possam servir para designar características dos produtos ou serviços em questão, não exige, ao invés, que estes sinais ou indicações sejam um modo exclusivo de designação das referidas características”⁽⁶⁾.

Esta é uma orientação interpretativa também constante na jurisprudência do TJUE. Não é exigida a “existência de um imperativo de disponibilidade («Freihaltebedürfnis») concreto, atual ou sério”⁽⁷⁾. É irrelevante a existência de sinónimos “que permitam designar as mesmas características dos produtos ou serviços mencionados no pedido de registo”⁽⁸⁾, ou de “sinais ou indicações mais habituais para designar as mesmas características e independentemente do número de concorrentes que podem ter interesse em utilizar os sinais ou indicações que compõem a marca”⁽⁹⁾. Para que seja descritivo, basta, então, que um sinal *possa* ser utilizado para descrever um produto ou serviço para o qual o pedido de registo é apresentado⁽¹⁰⁾.

⁽⁵⁾ Cf. Caso *Moreno Marín*, *cit.*, § 24; Caso *Linde*, *cit.*, § 75; Caso *Koninklijke KPN Nederland*, *cit.*, § 33 e § 34; Caso *Procter & Gamble / IHMI*, Acórdão TJUE, de 29.04.2004 (C-468/01 P a C-472/01 P), disponível em <www.curia.europa.eu>, § 33; Caso *Smart Technologies / IHMI*, Acórdão TJUE, de 12.07.2012 (C-311/11 P), disponível em <www.curia.europa.eu>, § 24; e Caso *Audi / IHMI*, Acórdão TJUE, de 21.01.2010 (C-398/08), disponível em <www.curia.europa.eu>, § 34.

⁽⁶⁾ Caso *Koninklijke KPN Nederland*, *cit.*, §57; Caso *Campina Melkunie*, Acórdão TJUE, de 12.02.2004 (C-265/00), disponível em <www.curia.europa.eu>, § 42.

⁽⁷⁾ Caso *Windsurfing Chiemsee*, Acórdão TJUE, de 04.05.1999 (C-108/97), disponível em <www.curia.europa.eu>, § 35.

⁽⁸⁾ Caso *Campina Melkunie*, *cit.*, § 42.

⁽⁹⁾ Caso *Koninklijke KPN Nederland*, *cit.*, § 61.

⁽¹⁰⁾ *Idem*, § 99.

É ainda irrelevante que “as características dos produtos ou serviços que são suscetíveis de ser descritas sejam essenciais ou acessórias no plano comercial”⁽¹¹⁾, pois “qualquer empresa deve poder utilizar livremente tais sinais ou indicações para descrever qualquer característica dos seus próprios produtos, independentemente da sua importância no plano comercial”⁽¹²⁾.

III. Conforme referido, para que possa ser considerado descritivo, para além de descrever exclusivamente as características dos produtos ou serviços a assinalar, o sinal tem também de descrever diretamente essas características. A descrição apenas será direta se o público interessado compreender num sinal, em relação a um produto ou serviço, “imediatamente e sem qualquer outra reflexão a descrição de uma das suas características”⁽¹³⁾.

2.2. A relevância da junção de termos descritivos

I. Regra geral, a junção de termos descritivos não afeta o carácter descritivo do conjunto. Resulta de jurisprudência constante do TJUE que “o simples facto de juntar esses elementos sem lhes introduzir uma alteração não habitual, designadamente de ordem sintática ou semântica, apenas pode produzir uma marca composta exclusivamente por sinais ou indicações que podem servir, no comércio, para designar as características dos referidos produtos ou serviços”⁽¹⁴⁾.

Apenas uma junção que “crie uma impressão suficientemente afastada da que é produzida pela simples reunião dos referidos elementos”, não será descritiva, sendo que, no caso de marca nominativa, “que se destina tanto a ser ouvida como a ser lida, tal condição deve ser satisfeita no que se refere simultaneamente à impressão auditiva e visual produzida pela marca”⁽¹⁵⁾.

II. Apresentamos alguns exemplos de marcas constituídas pela junção de termos descritivos, que foram consideradas descritivas⁽¹⁶⁾: “BIO-

⁽¹¹⁾ *Idem*, § 100.

⁽¹²⁾ *Idem*, § 100.

⁽¹³⁾ Caso *Taurus-Film/OHMI (Cine Action)*, Acórdão TG, de 31.01.2001 (T-135/99), disponível em <www.curia.europa.eu>, § 39.

⁽¹⁴⁾ Caso *Koninklijke KPN Nederland*, *cit.*, § 98.

⁽¹⁵⁾ Caso *Koninklijke KPN Nederland*, *cit.*, § 99.

⁽¹⁶⁾ Este conjunto de exemplos pode ser encontrado em “Linhas de Orientação Relativas ao Exame de Marcas Comunitárias Efetuado no Instituto de Harmonização do Mercado Interno (Marcas, Desenhos e Modelos) — Secção 4: Motivos absolutos de recusa e marcas comunitárias coletivas — Motivos absolutos de recusa — artigo 7.º (1) a 7 (1) (e)”, do Instituto da Propriedade Intelectual da União Europeia, p. 42.

MILD”, para identificar iogurte suave e biológico⁽¹⁷⁾; “COMPANYLINE”, visando serviços de seguros e financeiros⁽¹⁸⁾; “TRUSTEDLINK”, que serviria para identificar suportes lógicos para o comércio eletrónico, serviços de assessoria às empresas, serviços de integração de suportes lógicos e serviços de formação nas tecnologias e serviços de comércio eletrónico⁽¹⁹⁾; “TELEAID”, cujo registo foi pedido para cobrir dispositivos eletrónicos para transmissão de voz e dados, serviços de reparação de veículos e de assistência em caso de avaria, de reboque e pronto-socorro, entre outros⁽²⁰⁾; “QUICKGRIPP”, que identificava ferramentas manuais⁽²¹⁾; “TWIST & POUR”, para assinalar «Contentores em plástico com pega, vendidos como elementos constitutivos de um sistema de armazenagem e trasfega de tinta líquida»⁽²²⁾; “CLEARWIFI”, que visava serviços de telecomunicações, especificamente acesso a redes informáticas e de comunicação de alta velocidade⁽²³⁾; “STEAM GLIDE”, para ferros de engomar⁽²⁴⁾.

Acrescente-se, por exemplo, que a combinação do termo “EURO” com outro elemento nominativo descritivo deve ser recusada se o elemento “EURO” reforçar o carácter descritivo do sinal⁽²⁵⁾.

2.3. A relevância de os termos serem em língua inglesa

O tema da capacidade distintiva de termos que são descritivos numa determinada língua estrangeira foi também já objeto de pedido de decisão prejudicial do TJUE. Em resposta a este pedido, pronunciou-se o Tribunal que a norma aqui em análise deve ser interpretada no sentido de que esta “não se opõe ao registo num Estado-Membro, como marca nacional, de um

(17) Caso *Campina Melkunie*, *cit.*

(18) Caso *DKV/IHMI*, Acórdão TJUE, de 19.02.2002 (C-104/00 P), disponível em <www.curia.europa.eu>.

(19) 26/10/2000, Caso *Harbinger/IHMI (TRUSTEDLINK)*, Acórdão TG, de 26.10.2000 (T-345/99), disponível em <www.curia.europa.eu>.

(20) Caso *DaimlerChrysler/OHMI*, Acórdão TG, de 20.03.2002 (T-355/00), disponível em <www.curia.europa.eu>.

(21) Caso *Irwin Industrial Tool/IHMI (QUICK-GRIP)*, Acórdão TG, de 27.05.2004 (T-61/03), disponível em <www.curia.europa.eu>.

(22) Caso *Sherwin-Williams/IHMI (TWIST & POUR)*, Acórdão TG, de 12.06.2007 (T-190/05), disponível em <www.curia.europa.eu>.

(23) Caso *Clearwire/IHMI (CLEARWIFI)*, Acórdão TG, de 09.11.2009 (T-399/08), disponível em <www.curia.europa.eu>.

(24) Caso *Spectrum Brands (UK)/OHMI — Philips (STEAM GLIDE)*, Acórdão TG, de 16.01.2013 (T-544/11), disponível em <www.curia.europa.eu>.

(25) Caso *DKV/OHMI (EuroHealth)*, Acórdão TG, de 07.06.2001 (T-359/99), disponível em <www.curia.europa.eu>.

vocábulo da língua de outro Estado-Membro na qual é desprovido de carácter distintivo ou é descritivo dos produtos ou dos serviços para os quais é pedido o registo, exceto quando os meios interessados no Estado-Membro em que é pedido o registo sejam capazes de identificar o significado desse vocábulo”⁽²⁶⁾. Ou seja, determinado termo em língua estrangeira, que descreva características de um determinado produto ou serviço, não será considerado descritivo para efeitos da norma aqui analisada, apenas se o consumidor relevante não for capaz de compreender o seu significado.

2.4. Análise do caso

I. Resulta de toda a jurisprudência acima referida que a análise deve ser realizada verificando-se se, na ótica do consumidor relevante, a expressão “COLORMIX” pode descrever, exclusiva e diretamente (imediatamente e sem qualquer outra reflexão), alguma característica de “serviços de pintura incluindo afinação instantânea de cor”, independentemente da importância dessa característica no plano comercial e da existência de sinónimos que permitam designar a mesma característica, e ainda que mais usuais.

II. Em primeiro lugar, resulta, desde logo, que o Tribunal errou ao relevar o uso da marca em relação a um serviço “de afinação de cores, com um processo de produção específico, diferente da simples mistura entre as várias cores, que utiliza um computador e produtos químicos, obtendo a cor desejada no próprio momento (...)”. Conforme vimos, o uso que da marca seja feito não pode ser considerado. A análise do carácter descritivo de um termo deve ser realizada tendo por referência apenas os produtos ou serviços especificados no pedido de registo ou registo. Se o processo específico a que faz referência o Tribunal não consta do pedido de registo, este não tem qualquer relevância.

Este erro tem a consequência de a análise partir de uma base errada. Neste caso, a base de análise tem de ser, apenas, “serviços de pintura incluindo afinação instantânea de cor” e o significado de “COLORMIX”, mistura de cor.

III. Ao não limitarmos os serviços aqui em apreço, ao contrário do que fez o Tribunal, podemos colocar a questão: pode “mistura de cor” des-

⁽²⁶⁾ Caso *Matratzen Concord*, Acórdão TJUE, de 09.03.2004 (C-421/04), disponível em <www.curia.europa.eu>, § 32.

crever, exclusiva e diretamente (imediatamente e sem qualquer outra reflexão), alguma característica (independentemente da importância dessa característica no plano comercial e da existência de sinónimos que permitam designar a mesma característica, e ainda que mais usuais) de serviços de pintura? Na medida em que a mistura de cor é um ato que acontece na prestação de serviços de pintura, a resposta só pode ser afirmativa: a mistura de cores é uma característica de serviços de pintura.

Salientamos que a questão foi colocada em relação a “serviços de pintura” no geral. A questão deve ser assim formulada, pois, a especificação “serviços de pintura incluindo afinação instantânea de cor”, não limita os serviços de pintura aos que incluam a afinação instantânea de cor. Esta descrição dos serviços abrange todos os serviços de pintura, pois não há qualquer limitação, mas apenas um reforço de que inclui a afinação instantânea de cor. Com efeito, com este registo, o seu titular poderá impedir o uso por parte de qualquer entidade dos termos “COLORMIX” para identificar qualquer serviço de pintura, e não apenas de afinação instantânea de cor, e muito menos apenas de serviços que respeitem o processo específico que o Tribunal identifica.

IV. No entanto, ainda que se considerasse que este registo cobria apenas serviços de afinação instantânea de cor, os termos “mistura de cor” seriam, ainda assim, descritivos, pois a afinação instantânea de cor pode consistir num exercício de mistura de cor. Deste modo, a especificação “afinação instantânea de cor”, que o Tribunal usou (interpretando-a à luz do irrelevante uso que é feito da marca) para concluir pela capacidade distintiva do sinal, não é mais do que uma demonstração de que os serviços de pintura podem incluir a mistura de cor.

V. O argumento do Tribunal de que o facto de o sinal consistir numa única palavra, e que seria, por isso, fantasiosa, não tendo significado em língua portuguesa ou inglesa, e que apenas coincidiria com os dois vocábulos foneticamente e não graficamente, não tem, com o devido respeito, igualmente, qualquer fundamento. Assim é, pois, conforme referido, “o simples facto de juntar esses elementos sem lhes introduzir uma alteração não habitual, designadamente de ordem sintática ou semântica, apenas pode produzir uma marca composta exclusivamente por sinais ou indicações que podem servir, no comércio, para designar as características dos referidos produtos ou serviços”(27). Na medida em que se trata de uma

(27) Caso *Koninklijke KPN Nederland*, cit., § 98.

marca nominativa, sendo assim dirigida também a um uso que pode ser exclusivamente fonético, naturalmente que a ausência de um espaço entre os termos “COLOR” e “MIX” não poderá resultar num conjunto distintivo, pois, foneticamente, a ausência daquele espaço não se revela. Foneticamente, não há diferença entre “COLOR MIX” e “COLORMIX”.

VI. Por fim, falta apenas analisar a relevância de o sinal corresponder a palavras em língua inglesa. Sobre esta questão o Tribunal concluiu que a generalização da língua inglesa, invocada pela apelante, não procederia, por não ser certo “que todo o consumidor tenha o conhecimento do significado dos dois referidos vocábulos de língua inglesa”. Aparentemente, o critério utilizado pelo Tribunal consiste em exigir que todo o consumidor tenha o conhecimento do significado dos termos em língua inglesa.

VII. Como vimos, o critério deverá consistir em verificar se o consumidor relevante compreende o significado de determinado termo em língua estrangeira. O consumidor relevante é o consumidor médio dos referidos produtos ou serviços, normalmente informado e razoavelmente atento e avisado, no território para o qual é pedido o registo. Naturalmente, não é exigido que todos os potenciais consumidores do serviço em questão compreendam o significado dos termos “COLOR” e “MIX”. Tendo em consideração a generalização da língua inglesa, conforme invocou a apelante, a conclusão só pode ser a de que o consumidor português normalmente informado e razoavelmente atento e avisado de serviços de pintura, compreende o significado de “COLORMIX”. Assim, também este argumento do Tribunal não tem fundamento.

2.5. Conclusão

Conclui-se, portanto, que o Tribunal deveria ter considerado o sinal “COLORMIX” descritivo de características dos serviços que o registo cobre. Salienta-se que, resulta claramente que o Tribunal não aplicou os critérios vinculativos fixados pela jurisprudência do TJUE, que foram acima apresentados.

III. Segunda Parte

3. A aquisição superveniente de carácter distintivo (*secondary meaning*)

3.1. A argumentação do Tribunal

I. O Tribunal da Relação de Lisboa, após desconsiderar a existência de falta de distintividade na marca *sub judice*, reforça a sua argumentação, defendendo que, ainda que não se concluisse pela distintividade da marca, a decisão não seria diferente, dado que o sinal distintivo teria adquirido capacidade distintiva nos termos do art. 238.º, n.º 3: *i*) pelos investimentos levados a cabo pela Ré; *ii*) pelo uso da marca desde 1990; e *iii*) pela ausência de confusão entre a atividade levada a cabo pela Ré e pelas empresas concorrentes, ainda que estas últimas utilizem as expressões da marca da Ré “na composição de marcas que assinalam serviços semelhantes”.

II. A base factual que apoia a aplicação do art. 238.º, n.º 3, do CPI, de acordo com o arresto, surge nos pontos 10 a 19, nomeadamente:

- “10. A R, vem usando a marca “COLORMIX” desde 1990, com o intuito de a identificar com o serviço próprio de afinação de cor do seu titular.
- 11. A R. desenvolveu uma campanha de comunicação e promoção desta marca, recorrendo a spots televisivos e radiofónicos, com dizeres e melodias.
- 12. Esta campanha foi igualmente efectuada noutros meios de comunicação social, incluindo na imprensa local, referindo a instalação do sistema “COLORMIX” nas suas lojas, ou de seus revendedores, espalhadas por vários pontos do país.
- 13. Divulgou ainda a sua marca junto dos profissionais da pintura e relacionados com a construção civil.
- 14. A R. tem publicado catálogos de cores possíveis de afinar com o serviço “COLORMIX”, sempre com indicação desta marca.
- 15. Estes suportes têm sido comunicados aos agentes profissionais de construção civil.
- 16. Nas lojas onde tal serviço é efectuado a marca “COLORMIX” é identificada de forma clara e visível.

- 17. Estas divulgações têm implicado investimento financeiro significativo por parte da R.
- 18. A forma de prestação do serviço “COLORMIX” tem evoluído tecnicamente desde a sua criação.
- 19. São usadas no mercado outras marcas de serviços idênticos concorrentes da marca da R.: “SUPER COLORIZER”.

3.2. Normas e critérios a ser aplicados

Conforme refere o acórdão, deverá ser aplicado o art. 238.º, n.º 3, do CPI. De forma mais precisa, devemos ainda conjugar a referida norma com o art. 265.º, n.º 2, do mesmo código, dado que estamos perante um pedido de nulidade de marca já concedida e não diante de um pedido de registo, onde o peticionado seria a recusa do registo da marca, e não a sua nulidade.

A configuração jurídica atual destas disposições advém da transposição, uma vez mais, da Diretiva n.º 89/104/CEE, do Conselho, de 21 de dezembro de 1988, que harmonizou as legislações dos Estados-membros em matéria de marcas, onde contemplava, no seu art. 3.º, n.º 3⁽²⁸⁾, esta possibilidade⁽²⁹⁾. Nesta norma, era clara a diferença de soluções, caso a aquisição de carácter distintivo se desse antes ou depois do registo: antes do registo, esta norma deveria ser obrigatoriamente aplicada aos Estados-membros. No caso de aquisição de capacidade distintiva *post* registo da marca, esta solução era apenas proposta, competindo a cada Estado-Membro a decisão sobre a transposição para a sua ordem jurídica estadual⁽³⁰⁾. O legislador português optou, no nosso entendimento, de forma correta, pela transposição das duas soluções.

(28) A disposição refere o seguinte: “Não será recusado o registo de uma marca ou este não será declarado nulo nos termos do n.º 1, alínea *b*), *c*) ou *d*), se, antes da data do pedido de registo e após o uso que dele foi feito, a marca adquiriu um carácter distintivo. Os Estados-Membros podem prever, por outro lado, que o disposto no primeiro período se aplicará também no caso em que o carácter distintivo tiver sido adquirido após o pedido de registo ou o registo”.

(29) *Vide* ainda o art. 7.º, n.º 3, do Regulamento (UE) n.º 2017/1001, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de junho de 2017 (Codificação), que prevê a aquisição superveniente de capacidade distintiva no que diz respeito à marca da União Europeia. A nível internacional, vale a pena mencionar o art. 15.º, n.º 1, do Acordo Trips, que salvaguarda a proteção de marcas pela aquisição de distintividade através do uso.

(30) Esta matéria surge, igualmente, no Regulamento da Marca da União Europeia (Regulamento (CE) n.º 207/2009, do Conselho, sobre a marca comunitária, conforme as últimas alterações efetuadas pelo Regulamento (UE) n.º 2015/2424, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de dezembro de 2015, nomeadamente no art. 7.º, n.º 3, e no art. 52.º, n.º 2.

3.3. A aquisição de distintividade pela marca

I. A capacidade distintiva de uma marca pode modificar-se ao longo do tempo, *id est*, a percepção que o público relevante tem desse mesmo sinal distintivo pode aumentar ou diminuir consoante o caso concreto.

Esta alteração pode ter efeitos jurídicos significativos. Um sinal que antes era dotado de capacidade distintiva pode vir a perdê-la. Por outro lado, um sinal antes privado de distintividade pode vir a adquiri-la.

No primeiro caso fala-se em *degeneração* ou *vulgarização* da marca. No segundo, estamos perante a aquisição de carácter distintivo, também denominado pela expressão anglo-saxónica *secondary meaning*.

O acórdão que ora se comenta versa precisamente sobre este segundo caso. Nos termos do art. 223.º, n.º 1, do CPI, não são suscetíveis de se constituir como marcas os sinais sem qualquer capacidade distintiva. O art. 238.º, do CPI, que trata dos motivos absolutos de recusa, vem complementar esta disposição, ao estipular, no seu n.º 1, que as marcas sem capacidade distintiva devem ser recusadas.

Existe aqui um interesse público subjacente, que é o de permitir que determinados sinais permaneçam no domínio público e não sejam alvo de um monopólio privado por parte de nenhum agente económico⁽³¹⁾.

Não obstante, o n.º 3 do art. 238.º do CPI vem salvaguardar a validade da marca, se a mesma tiver adquirido carácter distintivo. No mesmo sentido aponta o art. 265.º, n.º 2, do mesmo código, que impede a nulidade da marca, caso a mesma tenha adquirido um *secondary meaning*. Neste último caso, existirá uma verdadeira sanção da nulidade por falta de capacidade distintiva.

A aquisição de distintividade de uma marca através do uso não constitui um paradoxo do sistema jurídico de marcas. Muito pelo contrário. De facto, o mesmo relembra-nos a génese da marca, nomeadamente a circunstância de a mesma surgir quando os consumidores associam o sinal a uma origem empresarial, relativamente aos produtos ou serviços assinalados⁽³²⁾. Ao dar-se este processo, estaremos perante uma marca que poderá ser protegida, respeitando-se as bases em que assenta este sistema. Com

(31) Como refere COUTO GONÇALVES, *Manual de Direito Industrial*, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2017, p. 199, as proibições absolutas “visam proteger interesses supra-individuais, como sejam o interesse público em sentido estrito ou o interesse de grupos relativamente homogéneos, mais ou menos extensos (concorrentes ou consumidores)”.

(32) FERNÁNDEZ-NÓVOA, *Tratado sobre Derecho de Marcas*, 2.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 203.

efeito, uma marca que não era *intrinsecamente* distintiva, adquire essa mesma distintividade através do uso.

II. É importante ressaltar que a possibilidade de aquisição de capacidade distintiva pelo uso não é possível em relação a todas as proibições por falta de distintividade. O próprio art. 223.º, n.º 2, do CPI, confirma esta circunstância, ao remeter, apenas, para as alíneas *a)*, *c)* e *d)*, do número anterior. Se bem que a alínea *b)* não se relaciona com uma proibição por falta de capacidade distintiva, pois diz respeito às *marcas tridimensionais*, que devem ser recusadas se forem constituídas, exclusivamente, pela forma imposta pela natureza do próprio produto ou pela forma necessária à obtenção de um resultado técnico, o mesmo já não se pode dizer da alínea *e)*, que proíbe a proteção como marca às cores, “salvo se forem combinadas entre si ou com gráficos, dizeres ou outros elementos de forma peculiar e distintiva”.

REMÉDIO MARQUES⁽³³⁾ afirma que existe aqui uma “ausência de capacidade distintiva abstrata” e que, por isso, os sinais constituídos por uma única cor devem ser privados de aquisição de *secondary meaning*. Contudo, esta posição contraria o que vem sendo entendido pela jurisprudência da União Europeia, que, apesar de defender que o carácter distintivo de uma marca constituída por uma cor, por si só, seja apenas concebível na existência de “circunstâncias excepcionais” e “quando o número de produtos ou serviços para os quais é pedida a marca é muito limitado e o mercado relevante muito específico”⁽³⁴⁾, admite a aquisição de carácter distintivo pelo uso, desde que a mesma possa ser identificada quanto aos produtos que assinala, como tendo uma origem empresarial^(35/36).

Sem embargo, fazendo fé no nosso art. 223.º, n.º 2, a aquisição de capacidade distintiva será, assim, unicamente possível, caso estejamos perante sinais genéricos [alínea *a)*], descritivos [alínea *c)*] ou usuais [alínea *d)*].

No caso dos sinais genéricos, os mesmos serão compostos, exclusivamente, pela designação do produto que pretendem assinalar. Tal será o

⁽³³⁾ REMÉDIO MARQUES, «Registo de marca e *secondary meaning* — O Caso O Licor de Portugal: Comentário às Decisões do Tribunal da Propriedade Intelectual, de 3 de Junho de 2015 — Proc. n.º 108/14.5YHLSB, e da Relação de Lisboa, de 9 de Dezembro de 2015», *ADI*, 36, 2015-2016, p. 485 e segs., p. 500.

⁽³⁴⁾ *Vide* Caso *Libertel*, Acórdão TJUE, de 6.05.2003 (C-104/01), disponível em <www.curia.europa.eu>, § 66.

⁽³⁵⁾ Caso *Libertel*, *cit.*, § 67.

⁽³⁶⁾ Admitindo, igualmente, que a marca constituída por uma cor *per se* pode adquirir capacidade distintiva através do uso, *vide* CARLOS OLAVO, *Propriedade Industrial*, Vol. I, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2005, p. 89.

caso de se pretender proteger o sinal “ÁGUA” para assinalar “água mineral”, pertencente à classe 32 da Classificação de Nice.

Com respeito aos sinais descritivos, os mesmos serão compostos, de forma exclusiva, por termos que constituem indicações necessárias na prática comercial para designar, nomeadamente⁽³⁷⁾ “a espécie, a qualidade, o destino, o valor, a proveniência geográfica, a época ou o meio de produção do produto ou da prestação de serviço”. Dar-se-á na circunstância de, por exemplo, se pretender registar como marca “CALÇADO”, para assinalar “sapatos”, na classe 25 da Classificação de Nice.

Finalmente, no que concerne aos sinais usuais, os mesmos dirão respeito aos sinais constituídos, de forma exclusiva, por denominações que “se tenham tornado usuais na linguagem corrente ou nos hábitos leais e constantes do comércio”. Ainda que admitamos que possa haver uma sobreposição parcial para com a alínea *c*), respeitante aos sinais descritivos, sempre diremos que os sinais usuais respeitarão àqueles que, pela forma como têm vindo a ser usados na prática comercial, se confundem com um determinado produto e que, por esse motivo, não poderão ser alvo de um monopólio privado. Será o caso do sinal “Fino”, para assinalar cerveja na classe 32 da Classificação de Nice, que, a título de curiosidade, já foi decidido pela Relação de Lisboa⁽³⁸⁾, que recusou a marca.

III. Apesar de o art. 223.º, n.º 2, do CPI, remeter para a alínea *a*) do n.º 1 da mesma norma, alguma doutrina⁽³⁹⁾ tem afastado a aplicação do fenómeno da aquisição de carácter distintivo aos sinais genéricos. A razão deste entendimento está no facto de existir um imperativo de disponibilidade quanto a esses sinais, que não podem ser apropriados, sob pena de se restringir, de forma indevida, a concorrência.

Alguma desta doutrina tem encontrado respaldo na ordem jurídica Norte-Americana, que apenas atribui efeitos *de jure* ao *secondary meaning* de sinais descritivos. Aos outros tipos de sinais sem capacidade distintiva, só poderá ser atribuído um *secondary meaning de facto*, que poderá ser

(37) Como tem vindo a ser afirmado pela doutrina (*vide*, por todos, AAVV, *ob. cit.*, p. 397) e como indica a própria disposição, ao abrir o leque para a existência de outros sinais descritivos (“ou outras características dos mesmos”), esta alínea *c*) não estabelece um elenco taxativo de referências que não podem ser apropriadas através de um direito exclusivo de marca.

(38) Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 08.11.1972, *BMJ*, n.º 221, p. 267.

(39) COUTO GONÇALVES, *ob. cit.*, p. 223 (N.A. 552); MIGUEL CARVALHO, *A Marca Enganosa*, Almeida, Coimbra, 2010, pp. 75 (N.A. 130) e 108; NOGUEIRA SERENS, «A “vulgarização” da marca na Diretiva n.º 89/104/CEE, de 21 de Dezembro de 1988 (Id Est, no nosso direito futuro)», *Separata Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor A. Ferrer-Correia* (Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra), Universidade de Coimbra, Coimbra, 1997, p. 86.

tutelado através da aplicação de regras sobre concorrência desleal (*rectius passing off*), mas não da proteção que é atribuída pelo direito de marcas⁽⁴⁰⁾.

Grosso modo, levando em consideração o *supra* referido, deverá, assim, proceder-se a uma interpretação restritiva da disposição⁽⁴¹⁾, desconsiderando a aplicação dos arts. 223.º, n.º 2, e 265.º, n.º 2, ambos do CPI, aos sinais genéricos.

IV. Em suma, o *secondary meaning* constitui assim uma “mutação semântico-significativa”⁽⁴²⁾ do sinal distintivo no espírito dos consumidores, convertendo-se, desta forma, numa marca plenamente válida.

Digamos que o sinal, pela intensidade do uso que é realizado, passa a ser percecionado pelos consumidores como indicando uma origem empresarial dos produtos ou serviços que assinala, sendo que o seu significado originário (*primary meaning*), embora não desaparecendo, passa a ter uma dimensão secundária perante a receção que o sinal obteve no círculo dos consumidores do produto em causa.

3.4. A apreciação e a prova do *secondary meaning*

I. Se, por um lado, faz todo o sentido prever um regime onde um agente económico possa arguir pela distintividade superveniente de um sinal que era, *ab initio*, carente de capacidade distintiva, por outro lado, a demonstração dessa mesma capacidade distintiva não poderá circunscrever à mera prova do seu uso. Naturalmente que a ausência de uso da marca, por ser um fator elementar, nunca permitirá a aquisição de capacidade distintiva superveniente. Contudo, o uso será apenas o ponto de partida para qualquer outro elemento probatório a ter em conta. Com efeito, o uso, *per se*, sem qualquer outro elemento adicional de prova, tão-pouco poderá determinar a *convalidação* do sinal.

II. Tem cabido à jurisprudência⁽⁴³⁾ da União Europeia a determinação de alguns elementos que devem ser tidos em conta na apreciação do *secondary meaning*.

⁽⁴⁰⁾ MARC LEVY, «From Genericism to Trademark Significance: Deconstructing the De Facto Secondary Meaning Doctrine», *TMR*, Vol. 95, n.º 6, 2005, p. 1197, ss.

⁽⁴¹⁾ Neste sentido, MIGUEL CARVALHO, *ob. cit.*, p. 75 (N.A. 130); NOGUEIRA SERENS, *idem*.

⁽⁴²⁾ REMÉDIO MARQUES, *ob. cit.*, p. 489.

⁽⁴³⁾ Vide Caso *Windsurfing Chiemsee*, *cit.*, § 50; Caso *Nestlé*, Acórdão TJUE, de 07.07.2005 (C-353/03), disponível em <www.curia.europa.eu>, § 31.

Com respeito ao uso, interessa, desde logo, analisar a *intensidade* e a *duração* do mesmo, que será mais exigente quanto menos capacidade distintiva tiver o sinal.

Como segundo fator, será ainda importante, para a demonstração de aquisição superveniente de capacidade distintiva, a quota de mercado atribuída ao sinal. Este fator irá refletir a intensidade do uso, sendo que, quanto maior for a quota de mercado relativa aos produtos ou serviços assinalados, maior será a probabilidade de o sinal ter adquirido distintividade⁽⁴⁴⁾.

Como terceiro fator, devemos mencionar o investimento publicitário e promocional do agente económico na marca. Apesar de este fator assumir uma grande relevância, pois será, porventura, a forma mais direta de permitir que um sinal adquira, de forma superveniente, capacidade distintiva, é importante referir que a sua menor dimensão não resultará, sem mais, numa exclusão do carácter distintivo superveniente da marca. Com efeito, o conhecimento pelos interessados da marca poderá advir de outras circunstâncias, nomeadamente da qualidade do produto assinalado.

Este conhecimento pelos interessados da marca será o último dos fatores a ter em conta. Deverá realizar-se um estudo e verificar-se qual a percentagem dos meios interessados do sector em causa que identifica o produto ou o serviço como tendo origem empresarial graças à marca. Este fator, que será influenciado, naturalmente, por alguns ou todos os elementos referidos anteriormente — e provará, indubitavelmente, que a designação tem sido usada enquanto marca⁽⁴⁵⁾ —, deverá ter em conta os consumidores dos produtos ou serviços, os revendedores dos mesmos e ainda os seus concorrentes⁽⁴⁶⁾. Questiona-se qual será a proporção de conhecimento dos sectores interessados exigida, para que se possa falar numa aquisição superveniente de capacidade distintiva. De acordo com o TJUE, será suficiente que o Tribunal chegue à conclusão de que uma “fracção significativa” dos sectores interessados identifica o produto assinalado pela marca como tendo uma origem empresarial⁽⁴⁷⁾.

⁽⁴⁴⁾ FERNANDEZ-NÓVOA, *ob. cit.*, p. 208.

⁽⁴⁵⁾ Caso *Philips*, Acórdão TJUE, de 18.06.2002 (C-299/99), disponível em <www.curia.europa.eu>, § 64.

⁽⁴⁶⁾ FERNANDEZ-NÓVOA, *ob. cit.*, p. 209.

⁽⁴⁷⁾ Caso *Windsurfing Chiemsee*, *cit.*, § 54. A decisão refere o seguinte: “se a autoridade competente considerar que uma fracção significativa dos meios interessados identifica graças à marca um produto como proveniente de uma empresa determinada, deve, em todo o caso, daí concluir que a condição imposta para o registo da marca está preenchida”. *Vide* ainda SCUFFI, MASSIMO/FRANZOSI, MARIO, *Diritto Industriale Italiano*, Tomo I, CEDAM, Padova, 2014, p. 169.

Por fim, são ainda referidas as declarações das câmaras de comércio e da indústria, ou de outras associações profissionais como um fator a ter em conta⁽⁴⁸⁾. Apesar de não ser um elemento determinante, o mesmo pode relevar para entender o quão conhecida é a marca pelos agentes económicos, o que concorrerá, sem dúvida, para preencher este último fator.

3.5. A análise do Tribunal

I. Ao olharmos para a prova que foi dada como assente pelo arresto, já referida *supra*, o Tribunal conclui que, dado o uso da marca, levado a cabo desde 1990, e os investimentos realizados pela Ré, a marca teria adquirido capacidade distintiva, acrescentando ainda, para fundamentar este seu entendimento, que até ao momento não teria havido notícia de qualquer confusão entre o serviço da Ré e o levado a cabo pelos concorrentes⁽⁴⁹⁾.

II. No presente caso está em causa um sinal descritivo. Mais concretamente, e como já foi analisado *supra*, estamos perante um sinal que designa a *espécie* de serviços que é assinalada pela marca Ré (“Color” “Mix” ou “Mistura” de “Cores”), para a classe 37, sendo que, ainda que constitua um neologismo, o mesmo não se afasta, de forma perceptível, dos elementos que o compõem.

III. Se é verdade que a duração do uso é considerada, pois prova-se que o sinal vem sendo usado desde 1990, aparentemente de forma ininterrupta, já parece insuficiente a ausência de qualquer determinação face ao montante de investimento levado a cabo pela Ré, que é dado como assente, embora sem qualquer quantificação.

Nota-se, igualmente, a ausência de qualquer menção à quota de mercado adquirida pela marca e, ainda mais flagrante, a inexistência de prova quanto à dimensão por parte dos sectores interessados no que diz respeito à origem do serviço assinalado pela marca. Este último elemento, sendo um dos fatores a ter em conta, terá de constituir, necessariamente, o ponto de chegada no ónus probatório que recai sobre quem argui a aquisição de capacidade distintiva superveniente.

⁽⁴⁸⁾ Caso *Windsurfing Chiemsee*, *cit.*, § 51.

⁽⁴⁹⁾ O mesmo foi defendido pelo Desembargador Carlos Marinho através de declaração de voto, sustentando que, apesar da falta de distintividade intrínseca da marca, a mesma já teria adquirido capacidade distintiva superveniente.

IV. Não se ignora a dificuldade que a jurisprudência possa encontrar na atribuição de eficácia distintiva superveniente. Contudo, ainda que a mesma esteja sujeita a um determinado grau de subjetividade, o Tribunal nunca se poderá contentar com uma prova manifestamente insuficiente. Por ser uma matéria com um elevado subjetivismo e por se lidar com *motivos absolutos de recusa*, a tendência terá de ir no sentido de se exigir, sempre, um ónus de prova incisivo e musculado. Tendo em conta a matéria de prova do presente caso, somos da opinião de que o Tribunal nunca poderia ter determinado que a marca “Colormix” adquiriu distintividade com o uso. Não se quer com este estudo afirmar que a marca *subjudice* não adquiriu eficácia distintiva, até porque não estamos em condições de afirmar tal asserção. Quer-se sim afirmar que, tendo em conta a prova apurada, o Tribunal nunca poderá ter decidido pela aquisição de distintividade da marca.

Aliás, o próprio TJUE, sabendo da exigência probatória existente num caso onde se alega o *secondary meaning*, já teve oportunidade de se pronunciar no sentido da admissão de estudos de opinião e de mercado para que possam verificar a implementação do sinal no circuito dos interessados.

Por fim, quanto ao último elemento referido pelo Tribunal, nomeadamente a inexistência de confusão para com as empresas concorrentes, que utilizam o mesmo sinal na composição das suas marcas para assinalar produtos semelhantes, o mesmo acaba por ser um argumento contra a aquisição de distintividade superveniente a favor do sinal distintivo da Ré. Com efeito, tendo em conta a ausência de confusão, o Tribunal poderia, legitimamente, deduzir que a expressão “Colormix” continua a ser entendida como um sinal descritivo dos serviços em causa, não havendo suficiente implementação no circuito dos interessados. Sendo o sinal reconhecido como tendo uma origem empresarial por uma fração significativa dos sectores interessados, a utilização do mesmo termo por parte dos concorrentes levaria, provavelmente, à confusão do público relevante, sendo mais um argumento a favor da Ré. Ora, a conclusão por parte do Tribunal indicamos precisamente o contrário.

3.6. Conclusão

Tendo em conta o referido *supra*, resulta que o Tribunal, dada a prova tida como assente, nunca poderia ter concluído pela aquisição de capacidade distintiva da marca *sub judice*. Esta conclusão resulta, primordialmente, da falta de prova levada aos atos para sustentar tal entendimento.

Jurisprudência
dos Conselhos

PARECER DO CONSELHO SUPERIOR

Processo n.º 119/2016 — CS/R

Relator A. Pires de Almeida

Recurso de aplicação pena disciplinar de advertência

A) Preâmbulo e objecto do recurso

Vem o presente recurso interposto pela Sr.^a Dr.^a (...) do Acórdão da 2.^a Secção do Conselho de Deontologia do Porto, de 3 de Junho de 2016, que lhe aplicou a pena disciplinar de Advertência.

Na fundamentação do parecer da Sr.^a Relatora, Sr.^a Dr.^a (...), que aquela (2.^a) Secção perfilhou no aludido Acórdão, deu-se como assente, na essência, o seguinte:

A Sr.^a Advogada arguida, e ora recorrente, aceitou a orientação do patrocínio de estágio profissional para acesso à Advocacia de Advogada Estagiária, Sr.^a Dr.^a (...), em 16/11/2010, tendo para o efeito assinado a declaração de aceitação de patrocínio, constante de fls. 47. O domicílio profissional da Sr.^a Advogada arguida, constante daquela declaração, é na Rua (...), Porto, sendo que o domicílio apostado na sua pronúncia refere a (...), Porto.

O domicílio profissional da Sr.^a Advogada arguida, que figura na sua ficha SInOA, é na Rua (...) (cf. fls. 10, 14, 31 a 37 e 47 dos autos); O nome e cédula profissional da Sr.^a Advogada arguida figura no Histórico dos dados profissionais/pessoais da Sr.^a Advogada Estagiária, Sr.^a Dr.^a (...), apenas na primeira fase, tendo sido, posteriormente, substituída pelo Sr. Dr. (...).

Apesar das reiteradas solicitações que aquela Sr.^a Advogada Estagiária dirigiu à Sr.^a Advogada arguida para esta lhe emitir o relatório de estágio, referente à primeira fase (Cfr. fls. 2, 5, 6, 7, 8 e 9), a mesma não satisfez o solicitado, nem respondeu ao e-mail que a Sr.^a Advogada Estagiária lhe dirigiu, no dia 05/02/2014, 06:12 PM, para o endereço electrónico que consta da sua ficha individual de inscrição na Ordem dos Advogados (...) e cujo teor consta a fls. 96.

E mesmo após ter sido notificada, em 26/03/2014, pelo Departamento de Formação e Inscrições do Conselho Distrital do Porto, para esclarecer o que tivesse por conveniente, incluindo, se fosse o caso, elaborar o relatório de estágio relativo ao período em que a Advogada Estagiária esteve sob sua orientação (cf. fls. 96), a verdade é que não respondeu a tal notificação/solicitação.

A não emissão daquele relatório de estágio colocou em causa a possibilidade de a Sr.^a Advogada Estagiária, Sr.^a Dr.^a (...), ser admitida à avaliação final do curso de estágio e, por conseguinte, a possibilidade de concluir o seu estágio e aceder à profissão de advogada.

A Sr.^a Advogada arguida agiu de forma livre e consciente, bem sabendo que, dessa forma, infringia os deveres cometidos pelo EOA e pelo Regulamento de Estágio, no que se refere ao patrocínio de Advogado Estagiário e orientação de Estágio de Advogado.

Violou, pois, a Sr.^a Advogada arguida os deveres deontológicos previstos nos arts. 86.º, b), 86.º, f), 184.º, 185.º, 1 do EOA e os arts. 15.º, 2, 16.º, j), 30.º, 1 e 4, do RNE.

Da motivação e das conclusões do recurso da Sr.^a Advogada arguida (cf. fls. 134 a 141) infere-se que a mesma funda a pretendida procedência daquele no que segue:

Que esteve “*sempre disponível e contactável*” e que a advogada estagiária em causa conhecia o seu actual domicílio profissional, onde, aliás, se deslocou algumas vezes e no qual celebrou o contrato de arrendamento de uma sala ao lado onde funcionou o escritório da ora recorrente;

Que a “*ausência e a falta de notícias por parte da Advogada Estagiária à data por um período superior a três anos faz presumir legitimamente a convicção de que a mesma abandonou o estágio sem fundamento plausível para tal*”;

Que a não realização do relatório de estágio no período compreendido entre Novembro de 2010 e Abril de 2011, que está na base da instauração do processo disciplinar, não pode ser imputável à recor-

rente, pois a mesma não sabia a situação da advogada estagiária à data, nunca foi informada da mudança de patrono e nunca lhe foram transmitidas as comunicações que a advogada estagiária à data realizou com a Ordem dos Advogados sobre a matéria em apreço;

Que a advogada estagiária não recebeu qualquer pedido, nem esse suposto pedido foi feito reiteradamente;

Que a advogada arguida respondeu a todas as solicitações que lhe foram dirigidas pela Ordem dos Advogados;

Não tendo, em suma, violado qualquer dever deontológico, nem, alguma vez, negligenciado ou descurado as suas obrigações.

Deste modo, no entender da Sr.^a Advogada arguida, deve ser alterada a matéria de facto, dada como provada sob os pontos 3, 5, 6, 7, 8 e 9 do Relatório Final e tudo o que na decisão com os mesmos se relacionem para não provados e por outro lado os factos dados como não provados sobre os pontos 3, 9, 11, 15, 18, 24 e 25 serem dados como provados, atentas as declarações da arguida, das testemunhas (...) e (...).

Adiantamos desde já que a recorrente não tem razão.

B) Decisão

Com efeito, nada decorre da prova por ela produzida nos autos, nomeadamente das suas declarações e do depoimento das aludidas testemunhas (...), que pudesse contrariar aquela matéria de facto dada como provada e não provada.

Aliás, não entendemos a insistência da Sr.^a Advogada recorrente de que respondeu a todas as solicitações que lhe foram dirigidas pela Ordem dos Advogados, bem como não recebeu qualquer pedido para emissão do relatório de estágio.

Na verdade, mesmo que, hipoteticamente, não tivesse a Sr.^a Advogada Estagiária tentado, por várias vezes, o contacto com a advogada arguida para a emissão daquele relatório de estágio (1.^a Fase), o que, convenhamos, não é credível, dada a necessidade que aquela tinha do mesmo e os efeitos nefastos para ela da sua não apresentação (como decorre, sobejamente, dos autos, nomeadamente de fls. 2, 5 e 7), há, pelo menos, um contacto, escrito, da Sr.^a Advogada Estagiária, dirigido à Sr.^a Advogada

arguida, em 6 de Fevereiro de 2014 (cf. fls. 6 dos autos), a solicitar a “*simples declaração em como foi de facto sua estagiária para por fim ao processo que encerra amanhã (06/02/2014)*”, sem que tenha obtido (aquela Sr.^a Advogada Estagiária) qualquer resposta e/ou justificação para a não emissão daquela “*simples declaração*”.

Por outro lado, também a Sr.^a Advogada recorrente não pode negar que não recebeu a notificação, constante de fls. 8, do Sr. Presidente do Centro de Estágio do Conselho Distrital do Porto, onde foi solicitado à Sr.^a Advogada arguida que esclarecesse o que tivesse por conveniente acerca do requerimento (constante de fls. 7 dos autos) da Sr.^a Advogada Estagiária, Sr.^a Dr.^a (...), a dar conhecimento, precisamente, àquele Centro de Estágio das várias tentativas goradas de contacto com a advogada arguida, para a emissão do relatório de estágio da 1.^a fase, incluindo, se fosse o caso, a elaboração daquele relatório de estágio relativo ao período em que a advogada estagiária esteve sob sua orientação.

Sendo certo que, a tal solicitação, não foi dada qualquer resposta por parte da Sr.^a Advogada arguida, ora recorrente.

É, pois, manifesto, o incumprimento por parte da Sr.^a Advogada arguida, nomeadamente dos seus deveres de colaboração com a sua Ordem, na prossecução das suas atribuições [cf. art. 68.º, al. b)], na direcção, com empenho, do estágio, e aceite, dos advogados estagiários [cf. arts. 86.º, al. b) e 185.º, n.º 1], bem como dos advindos dos arts. 15.º, n.º 2, 16.º, al. j), 30.º, n.ºs 1 e 4, do RNE (Regulamento Nacional de Estágio).

Não restando, pois, qualquer dúvida que a Sr.^a Advogada arguida cometeu infracção disciplinar, por omissão daqueles seus deveres (cf. art. 110.º do anterior EOA), sendo punível a sua conduta, em abstrato, nos termos do art. 125.º do anterior EOA, por uma das penas ali previstas [als. a) a e)], a graduar nos termos do art. 126.º do (anterior) EOA.

Deste modo, a pena aplicada à Sr.^a Advogada recorrente, de advertência, a pecar, foi pela sua benevolência, face à sua conduta, culposa, bem patente nos autos.

Improcede, pois, o recurso, mantendo-se a decisão do Acórdão recorrido, com as demais consequências legais.

À próxima reunião da (2.^a) Secção, para deliberação
Viseu, 8 de Janeiro de 2018

Aprovado em reunião da 1.^a Secção do Conselho Superior, de 12 de Janeiro de 2018.

PARECER DO CONSELHO GERAL

Processo n.º 48/PP2017-G

Averiguação de Eventual Incompatibilidade entre o Exercício da
Advocacia e o Mandato como Deputada de Assembleia
Legislativa Regional [...]

Relatora Ana Rita Duarte de Campos

Sumário:

- 1. Não é incompatível com a realização do estágio de advocacia o exercício do mandato como deputada à Assembleia Legislativa Regional [...].*
- 2. No caso em apreço, inexistem elementos que permitam concluir pela verificação de qualquer impedimento, no que diz respeito à prática de actos próprios de advogado.*
- 3. A visada está, todavia, impedida, em função do disposto no art. 102.º, n.º 3, alínea b), do Estatuto Político-Administrativo [...], de intentar acções contra a Região Autónoma [...], enquanto for deputada regional.*

Intróito

O presente Processo de Parecer teve origem numa carta anónima remetida ao Ex.^{mo} Senhor Bastonário, com a epígrafe “*Incompatibilidade no exercício da Advocacia — [...]*”, referindo-se, nesse mesmo ofício, o seguinte:

- 1.º [...] o Conselho Distrital nada faz quanto à violação das Leis do Estatuto dos Advogados, sendo todos muito amigos, saindo o cidadão sempre prejudicado.
- 2.º Já há meses e desde o início de 2017, a advogada-estagiária [...], está inscrita a fazer o estágio para a Ordem dos Advogados, e a exercer como deputada na Assembleia Legislativa Regional [...], pelo partido político [...].
- 3.º Toda a gente sabe e o Conselho Distrital [...] não faz nada, porque o marido desta advogada é advogado [...] e a Irmã é advogada [...], todos exercendo em [...], como advogados.
- 4.º O Presidente da Ordem dos Advogados [...], é muito amigo da família e nada faz para por cobro à situação.
- 5.º Esta advogada estagiária tem intervindo em julgamentos com substabelecimentos dos advogados seus familiares, sem que ninguém denuncie a situação com medo de represálias porque esta família é poderosa e este meio é pequeno, nomeadamente no Tribunal [...].
- 6.º Junto cópia da identificação da visada como estagiária [...] e ao mesmo tempo como deputada na [...]. Termos em que requer a V.ª Ex.ª, que seja atuada esta situação de incompatibilidade/ilegalidade, O cidadão atento.

(assinatura ilegível)⁽¹⁾.

A referida carta anónima deu entrada nos Serviços do Conselho Geral da Ordem dos Advogados em 29 de Junho de 2017, tendo, em 3 de Julho de 2017, sido proferido despacho pelo Ex.º Senhor Bastonário, nos termos do qual era ordenada a notificação do Ex.º Senhor Presidente do Conselho [...] para, querendo, pronunciar-se sobre o teor da carta anónima⁽²⁾.

Consta ainda dos autos a indicação de que terá sido entregue, em mão, ao Ex.º Senhor Presidente do Conselho Regional [...], uma cópia dessa mesma carta, em 17 de Julho de 2017⁽³⁾.

Em 12 de Julho de 2017, foi determinada a notificação da visada para que se pronunciasse acerca do teor da referida carta, o que veio a suceder

⁽¹⁾ Missiva que consta de fls. 11-12, dos autos.

⁽²⁾ Despacho exarado a fls. 11, dos autos.

⁽³⁾ Conforme menção manuscrita que consta de fls. 11, dos autos.

em 1 de Agosto de 2017, através de resposta remetida ao Ex.^{mo} Senhor Presidente do Conselho Regional [...] ⁽⁴⁾.

Na pronúncia, datada de 1 de Agosto de 2017, a D.^{ra} [...] alegou, em síntese, o seguinte:

- (i) qualifica a missiva anónima como um acto de natureza política;
- (ii) afirma que o exercício das suas funções como deputada à Assembleia Legislativa Regional [...] não implica qualquer incompatibilidade com o exercício da advocacia, designadamente, em função do disposto nos “n.ºs 1 e 2 do Regulamento n.º 913-A/2015, de 28 de dezembro e em conformidade com o disposto no art. 82.º da Lei n.º 145, de 9 de Setembro de 2015 (Estatuto da Ordem dos Advogados)”;
- (iii) afirmou ainda que frequentou as sessões de formação disponibilizadas pelo Conselho Regional [...] e que procedeu à entrega das peças processuais obrigatórias, previstas no art. 20.º, do Regulamento Nacional de Estágio;
- (iv) que, até à presente data, lhe foi possível cumular o exercício de funções como deputada e o cumprimento das obrigações legais e regulamentares inerentes ao estágio de advocacia;
- (v) exerce o mandato de deputada em regime de não exclusividade;
- (vi) refuta a existência de qualquer incompatibilidade entre o exercício da advocacia e o mandato de deputada;
- (vii) refuta, igualmente, os factos alegados na missiva, relativos à sua suposta actuação, como advogada-estagiária, em processos que correm os seus termos pelo Tribunal de [...];
- (viii) afirma que tem vindo a assistir a vários julgamentos nesse mesmo Tribunal, para efeitos de cumprimento das suas obrigações formativas, enquanto advogada-estagiária;
- (ix) dá a entender conhecer a identidade dos denunciante — socorre-se, neste tocante, do plural, para a eles se referir — afirmando que um deles a viu no Tribunal, mas que não presenciou os actos processuais em que interveio;
- (x) tece considerações sobre as motivações políticas subjacentes à missiva anónima, [...] concluindo que: “(...) não cometeu

(4) Resposta que se encontra a fls. 3 a 5, dos autos.

qualquer tipo de ilegalidade, não infringiu qualquer dispositivo de natureza legal ou estatutária, limitando-se a exercer a sua actividade de forma séria, dedicada, transparente e honesta”.

A pronúncia da visada foi remetida pelo Exmo. Senhor Presidente do Conselho Regional [...] ao Ex.^{mo} Senhor Bastonário em 3 de Agosto de 2017 tendo, em 9 de Agosto de 2017, sido determinada a remessa do expediente à signatária, o que foi precedido de autuação do mesmo como processo de averiguação de incompatibilidade.

Feita esta resenha factual e processual, importa analisar o caso que nos é posto, com vista à determinação da existência ou não de incompatibilidade entre o exercício da advocacia (e, em concreto, entre a inscrição e realização do estágio de advocacia e o exercício do mandato de deputado à Assembleia Legislativa Regional [...]) ou de qualquer circunstância que limite o âmbito dos actos compreendidos nos deveres legais e regulamentares inerentes à realização do estágio de advocacia.

Antes, porém, de prosseguirmos, importa dizer o seguinte: tratando-se de questão de natureza profissional que se baseia em factos supostamente ocorridos na área do Conselho Regional [...] — e, sobretudo quando quem denuncia suscita suspeições acerca da actuação desse mesmo Conselho Regional — tem este último competência para dela conhecer, nos termos do disposto no art. 54.º, n.º 1, alínea *f*), do Estatuto da Ordem dos Advogados, sem prejuízo da competência atribuída ao Conselho Geral nesta matéria, nos termos do disposto no art. 46.º, n.º 1, alínea *d*), do mesmo Estatuto.

Por essa razão, foi determinada, pelo Ex.^{mo} Senhor Bastonário que o Ex.^{mo} Senhor Presidente do Conselho Regional [...] para, querendo, se pronunciar sobre o teor da referida missiva anónima, o que não sucedeu, não obstante ter — correctamente, de resto — instando a visada para se pronunciar acerca do teor da missiva anónima a que aludimos *supra*.

I. Análise do Caso: da eventual incompatibilidade entre o exercício da Advocacia (e, em concreto, da realização do Estágio) cumulativamente com o exercício do Mandato de Deputado à Assembleia Legislativa Regional [...]

a) Enquadramento

A motivação que despoletou o presente caso é-nos completamente alheia e irrelevante para a análise do mesmo, porque aquilo que interessa é saber se, em face dos factos denunciados e da pronúncia da visada, poderemos estar ou não perante uma situação de incompatibilidade – ou outra circunstância, com relevância estatutária, que cerceie a actuação profissional da mesma, enquanto advogada-estagiária — com o exercício do tirocínio exigido pelas regras legais e regulamentares que disciplinam o estágio.

De Acordo com o art. 3.º, n.º 1, alínea *d*), do Regulamento n.º 913-C/ /2015, de 28 de Dezembro (Regulamento de Inscrição de Advogados e de Advogados Estagiários, aprovado em Assembleia Geral da Ordem dos Advogados de 21 de Dezembro de 2015, publicado no Diário da República, Série II-E, n.º 252, 1.º Suplemento, de 28 de Dezembro de 2015, doravante referido apenas como “Regulamento de Inscrição de Advogados e de Advogados Estagiários”, “[*É indeferida a inscrição, bem como o levantamento da sua suspensão, aos requerentes que:*] *d) Estejam em situação de incompatibilidade ou inibição para o exercício da Advocacia*”.

A citada disposição regulamentar vale quer para a inscrição/levantamento da suspensão dessa mesma inscrição de requeridos quer por Advogados, quer por Advogados-Estagiários.

A matéria das incompatibilidades encontra-se actualmente prevista no art. 82.º, do Estatuto da Ordem dos Advogados onde, no respectivo n.º 1 se elencam, exemplificativamente, cargos, funções e actividades geradoras de impedimento do exercício da advocacia.

Entre tais cargos, funções e actividades não se conta, na enumeração exemplificativa veiculada pelo n.º 1, do art. 82.º, do Estatuto da Ordem dos Advogados, o exercício do mandato de deputado de assembleia legislativa regional. Precisamente porque se trata de uma enumeração exemplificativa, o despiste de eventuais situações de incompatibilidade tem de ser feito analisando a globalidade das normas que dispõem acerca das condições de admissibilidade de exercício da própria profissão.

b) Da eventual causa de incompatibilidade com o exercício da Advocacia, em razão de a visada ser Deputada à Assembleia Legislativa Regional [...]

Importa, desde já, notar que, na alínea *a*), do art. 82.º, n.º 1, do Estatuto da Ordem dos Advogados, se prevê que são incompatíveis com o exercício da advocacia os seguintes cargos: “[t]itular ou membro de órgão de soberania, representantes da República para as regiões autónomas, membros do Governo Regional das regiões autónomas, presidentes, vice-presidentes ou substitutos legais dos presidentes e vereadores a tempo inteiro ou em regime de meio tempo das câmaras municipais e, bem assim, respectivos adjuntos, assessores, secretários, trabalhadores com vínculos de emprego público ou outros contratados dos respectivos gabinetes ou serviços, sem prejuízo do disposto na alínea *a*) do número seguinte.”

Face ao que constava da norma equivalente do anterior Estatuto da Ordem dos Advogados, a alínea transcrita *supra* acrescentou ao elenco exemplificativo de incompatibilidades aí previsto os seguintes cargos e funções: vice-presidentes, os substitutos legais dos presidentes e os vereadores a tempo inteiro ou em regime de meio tempo das câmaras municipais.

Já à luz da anterior versão do Estatuto da Ordem dos Advogados, aprovada pela Lei n.º 15/2015, de 26 de Janeiro, se previa, no respectivo art. 77.º, n.º 1, alínea *a*), que os titulares de órgãos de soberania, os representantes da República para as Regiões Autónomas, os presidentes de câmara, respectivos adjuntos, assessores, secretários, funcionários ou outros contratados dos respectivos gabinetes ou serviços se encontravam no exercício de cargos e de funções incompatíveis com o exercício da advocacia.

A primeira questão que o caso em apreço suscita, à luz daquela que é a actual redacção do art. 82.º, n.º 1, alínea *a*), do Estatuto da Ordem dos Advogados, é a de saber se a visada é ou não titular de um órgão de soberania.

Ora, os deputados das assembleias legislativas regionais, não obstante serem titulares de cargos políticos, não são titulares de órgão de soberania, cuja definição, nos termos do disposto no art. 110.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa, inclui: *(i)* o Presidente da República; *(ii)* a Assembleia da República; *(iii)* o Governo e *(iv)* os Tribunais.

O elenco constitucional dos órgãos de soberania não é arbitrário nem exemplificativo, uma vez que vigora, a este propósito, no nosso ordenamento jurídico um princípio de tipicidade, que é consequência da atribuição a determinadas entidades e órgãos, unicamente por via constitucional

— via essa que é, simultaneamente, o respectivo acto fundacional mas onde, igualmente, têm de estar definidas as suas competências e regras de funcionamento⁽⁵⁾ — de poderes que se encontram inscritos em actividades constitucionalmente definidas e que correspondem ao exercício de poderes essenciais ao funcionamento do Estado (o poder legislativo, executivo, judicial, de direcção política e de revisão constitucional) que, no seu conjunto, integram aquilo que J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA⁽⁶⁾ qualificam como a soberania interna do Estado.

Tal qualificação não abarca, por isso, todos os órgãos constitucionais — o que equivale a dizer que nem todos os órgãos constitucionais são órgãos de soberania, excepção feita àqueles que, nos termos do disposto no art. 110.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa, são expressamente qualificados como tal — o que significa que os titulares dos órgãos constitucionais e todos quantos, exercendo poderes inscritos no poder político, em geral, não sejam qualificados como órgãos de soberania⁽⁷⁾ — é o caso único do Presidente da República — ou titulares dos mesmos (como é o caso dos membros da Assembleia da República, do Governo e os que exerçam funções jurisdicionais nos Tribunais previstos na Constituição) estão, à partida, impedidos de exercer a advocacia, com fundamento no impedimento previsto na primeira proposição do art. 82.º, n.º 1, alínea *a*), do Estatuto da Ordem dos Advogados.

As Assembleias Legislativas Regionais, sendo órgãos constitucionais, nos termos do disposto no art. 231.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa, não são qualificados como órgãos de soberania, desde logo, porque não estão tipificados no art. 110.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa.

A explicação para essa circunstância é avançada por J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA como tendo subjacente o facto de não se tratar de órgão de âmbito nacional, não obstante, indiscutivelmente, órgãos constitucionais.

(5) Neste sentido, J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *op. ult. cit.*, p. 41, que aludem, a este propósito, à existência de um princípio de reserva ou de exclusividade constitucional quanto à respectiva formação, composição, competência e funcionamento e um princípio de precedência de Lei constitucional, no que diz respeito a eventuais competências e atribuições dos órgãos de soberania conferidos por Lei ordinária.

(6) *Constituição da República Portuguesa Anotada, Artigos 108.º a 296.º*, Volume II, 4.ª ed. revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 39.

(7) A distinção, a este propósito, avançada por J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, é a seguinte: os órgãos de soberania são os órgãos superiores do poder político e os que exercem funções típicas do Estado, tradicionalmente divididos em legislativa, governamental e jurisdicional. *Op. ult. cit.*, p. 41.

As assembleias legislativas regionais exercem poderes legislativos nos termos que a Constituição da República Portuguesa reconhece no art. 228.º, n.º 1, onde se determina que esse poder “(...) *incide sobre as matérias enunciadas no respectivo estatuto político-administrativo que não estejam reservadas aos órgãos de soberania.*”

O art. 228.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa veicula, desta forma, um sinal inequívoco — convergente, de resto, com a exclusão das assembleias legislativas regionais do elenco taxativo dos órgãos de soberania que consta do art. 110.º, n.º 1 — no sentido da exclusão das assembleias legislativas regionais desse mesmo elenco, posto que lhes estão subtraídas as competências atribuídas aos órgãos de soberania.

Tal opção constitucional pode discutir-se, mas, em face do princípio da taxatividade que, neste domínio, impera, o intérprete-aplicador não pode lançar mão da analogia ou da interpretação enunciativa para aditar ao elenco constitucional órgãos de soberania que aí não são objecto de referência expressa.

Neste sentido, a interpretação da primeira proposição do art. 82.º, n.º 1, alínea *a*), do Estatuto da Ordem dos Advogados, ao referir “*titular ou membro de órgão de soberania*” tem por limite intransponível o elenco constante do art. 110.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa, que não faz qualquer referência às assembleias legislativas regionais, o que significa que a visada não ocupa, *in casu*, cargo que seja incompatível com o exercício da advocacia, com fundamento naquela disposição estatutária.

c) Eventuais causas diversas de incompatibilidade com o exercício da Advocacia

A questão que se impõe ainda determinar é a de saber se, não cabendo o exercício de mandato como deputado regional em qualquer causa exemplificativa de incompatibilidade com o exercício da advocacia se, ainda assim, e por via do princípio geral constante do art. 81.º, n.º 2, do Estatuto da Ordem dos Advogados, nos termos do qual “[o] *exercício da advocacia é inconciliável com qualquer cargo, função ou actividade que possa afectar a isenção, a independência e a dignidade da profissão*”.

É à luz deste princípio geral que deve ser aferida a existência de incompatibilidades não expressamente previstas nas várias alíneas do art. 82.º, n.º 1, do Estatuto da Ordem dos Advogados, o que significa que as incompatibilidades estatutárias existem em função da preservação dos valores da profissão e não em função do uso de poderes emergentes de

actividades políticas ou legislativas que o Advogado possa desempenhar. Quanto a estes, devem valer as regras estabelecidas para o exercício dessas funções, porque aí, o que está em causa é o eventual desvio de poderes públicos, em benefício da profissão de advogado.

Ora, no caso em apreço, não se vê em que é que o exercício cumulativo das funções de deputada regional e das actividades inerentes aos deveres legais e regulamentares dos estagiários resultam (ou podem resultar) no menoscabo dos princípios que norteiam o exercício da advocacia, pelo que, por esta razão (simples, mas bastante) não descortinamos a existência de qualquer incompatibilidade.

Questão diversa é a de saber se o exercício, pela visada, do mandato de deputada regional não poderá estar a beneficiar a sua actividade profissional ou a gerar situações de conflito de interesses no exercício das suas funções de deputada regional, matérias que, naturalmente, não têm relevância estatutária tendo, por isso, de ser analisadas à luz das incompatibilidades previstas no Estatuto Político-Administrativo [...] ⁽⁸⁾.

Quanto a esta matéria — e ao contrário do que sucede com a enumeração constante do art. 82.º, n.º 1, do Estatuto da Ordem dos Advogados — o art. 101.º, do Estatuto Político-Administrativo [...] prevê um elenco taxativo de incompatibilidades, no qual não se faz qualquer menção ao exercício da advocacia.

Tal incompatibilidade, a existir, seria, diversamente do que sucede no que diz respeito às incompatibilidades previstas no art. 82.º, n.º 1, do Estatuto da Ordem dos Advogados e de outras que pudessem ser alcançadas por via da interpretação do disposto no art. 81.º, n.º 2, do mesmo Estatuto, estabelecida em função da preservação dos interesses, de natureza pública, envolvidos no exercício do mandato de deputado regional. Tal implicaria que o impedimento (qualquer que fosse o seu fundamento), a verificar-se, seria um impedimento para o exercício do cargo político, que teria de ser declarado e conhecido no seio do mesmo e que nada influiria no exercício da profissão de advogado.

Feita esta análise, resta pois, concluir que, no caso em apreço, inexistente qualquer situação de incompatibilidade com o exercício da advocacia, incompatibilidade essa que, como vimos, apenas poderia resultar da verificação de alguma das causas de incompatibilidade previstas no art. 82.º, n.º 1, do Estatuto da Ordem dos Advogados ou que pudesse ser determinada em função da violação dos princípios enumerados no art. 81.º, n.º 2,

⁽⁸⁾ Lei n.º 39/80, de 5 de Agosto, com as alterações resultantes das Leis n.ºs 9/97, de 26 de Março, 61/98, de 27 de Agosto e 2/2009, de 12 de Janeiro.

do mesmo Estatuto, o que, no caso em apreço, não é confirmado pelos elementos que constam do Processo, que dão conta mais de uma animosidade entre a visada e quem a denuncia, do que na afectação dos valores que devem nortear o exercício da profissão e cuja violação é causa de incompatibilidade (isto é, causa impeditiva do exercício da profissão), o que, de resto, nem na denúncia anónima que determinou a instauração do presente processo de parecer é referido.

II. Eventuais impedimentos

Aqui chegados, importa analisar se — pese embora a escassez factual que os autos documentam — existe algum indício de que a visada possa estar em situação de impedimento para a prática de determinados actos próprios da profissão de advogado.

No caso em apreço, não têm aplicação os n.ºs 2 a 4, do art. 83.º, do Estatuto da Ordem dos Advogados, uma vez que a visada (*i*) não exerce funções em situação de incompatibilidade, excluindo-se, dessa forma, o impedimento previsto no art. 83.º, n.º 2; (*ii*) nem em nenhum dos órgãos a que alude o art. 83.º, n.º 3, nem (*iii*) em órgão ou junto de entidades a que se alude no art. 82.º, n.º 2, alínea *a*).

Nenhuma situação de conflito de interesses emerge dos factos que os autos documentam, razão pela qual não tem aplicação o disposto no art. 99.º, n.º 3, do Estatuto da Ordem dos Advogados e, conseqüentemente, também por esta via, inexistente, do ponto de vista estatutário, impedimento.

Feita a análise do ponto de vista estatutário, importa analisar o disposto no art. 102.º, do Estatuto Político-Administrativo [...], para determinar a eventual existência de impedimento, não já para o exercício da advocacia, mas para o exercício do cargo de deputada regional.

Importa notar que, nos termos do disposto no art. 102.º, n.º 1, desse Estatuto, a visada tinha de comunicar à Assembleia Legislativa Regional [...] que se encontrava a realizar o estágio de advocacia. O cumprimento dessa obrigação — que não está demonstrado nestes autos — cumpre à Assembleia Legislativa Regional [...] sindicar, não à Ordem dos Advogados.

De forma semelhante ao que se prevê, como vimos, para as incompatibilidades, também no que diz respeito aos impedimentos, a lista constante do art. 102.º, n.º 2, do Estatuto Político-Administrativo [...] é taxa-

tiva e, no que diz respeito ao exercício da profissão de advogado, o único impedimento (estabelecido em prol do exercício das funções de deputado) encontra-se previsto no art. 102.º, n.º 3, alínea *b*), desse Estatuto, onde se dispõe que está vedado aos deputados à Assembleia Legislativa Regional “[e]xercer mandato judicial como autor em acções cíveis, em qualquer foro, contra a Região.”

Não consta dos autos que tal tenha alguma vez sucedido, razão pela qual, e por não se descortinar qualquer outro impedimento fundado nas regras aplicáveis aos deputados à Assembleia Legislativa Regional [...], se conclui que, também dessa perspectiva, inexistente qualquer impedimento.

III. Conclusões

- (i) O exercício, pela visada, do mandato de deputada à Assembleia Legislativa Regional [...] não configura impedimento ao exercício da advocacia, nem com fundamento na primeira parte do art. 82.º, n.º 1, alínea *a*), primeira proposição, do Estatuto da Ordem dos Advogados, nem com fundamento em qualquer outra regra estatutária expressamente prevista ou construída à luz do disposto no art. 81.º, n.º 2, do mesmo Estatuto.
- (ii) O caso dos autos também não configura qualquer situação de limitação do âmbito de exercício da profissão de Advogado ou das actividades levadas a cabo, no cumprimento das obrigações legais e estatutárias que regulam o Estágio.
- (iii) Da perspectiva das incompatibilidades e dos impedimentos colocados em função do exercício do mandato, e sindicáveis apenas pela Assembleia Legislativa [...], porque geradoras de impedimento ao exercício do mandato de deputada regional, também nada se descortina nos presentes autos.
- (iv) No caso em apreço, e por via do disposto no art. 102.º, n.º 3, alínea *b*), do Estatuto Político-Administrativo [...], a D.^{ra} [...] está apenas, no exercício da profissão, impedida de intentar acções contra a Região Autónoma [...].
- (v) Devem o Ex.^{mo} Senhor Presidente do Conselho Regional [...] e a D.^{ra} [...] ser notificados, pela via mais expedita, do teor do

presente Parecer, caso o mesmo venha a ser aprovado pelo Conselho Geral.

À reunião do Conselho Geral da Ordem dos Advogados agendada para o dia 2 de Março de 2018.

A Relatora,
ANA RITA DUARTE DE CAMPOS

Aprovado em reunião plenária do Conselho Geral da Ordem dos Advogados de 2 de Março de 2018.

Pareceres da Ordem

PARECER DA ORDEM DOS ADVOGADOS(*)

Projeto de Lei n.º 781/XIII, que altera o Código Civil, reconhecendo a possibilidade de renúncia recíproca à condição de herdeiro legal na convenção antenupcial

Entende-se o espírito do legislador com as alterações pretendidas com a presente proposta, mas tais alterações deveriam ter sido integradas no sistema jurídico, muito em concreto no espírito do livro das sucessões. Exigia-se que assim fosse, para que não haja dúvidas na interpretação do que se pretende alterar mantendo-se os conceitos assumidos pelo instituto da sucessão legítima.

Segundo o artigo primeiro do projecto: «A presente Lei altera o Código Civil, criando a possibilidade de renúncia recíproca à condição de herdeiro legal na convenção antenupcial».

O regime legal em vigor assume o cônjuge como herdeiro legal, ainda que em caso de separação de bens, mesmo que esta separação seja fruto de imperativo legal.

Do ponto de vista da Ordem dos Advogados, a opção traduz uma lógica de política legislativa relativamente à qual terá de ser substancialmente alheia na medida em que não contenda com a função do Advogado, se bem que a Ordem não possa deixar sem uma palavra quanto possa conter com princípios basilares do Estado de Direito.

Analisando o projecto, eis algumas notas:

— Antes de mais a expressão herdeiro legal pode induzir em erro. Vejamos as normas do Código Civil, quando preveem as categorias dos herdeiros legítimos e legítimários e não outros.

(*) Emitido no âmbito do processo legislativo no qual a OA, nos termos do art. 3.º, alínea f) do EOA é “*ouvida sobre os projetos de diplomas legislativos que interessem ao exercício da advocacia e ao patrocínio judiciário em geral e propor as alterações legislativas que se entendam convenientes*”.

Antes de mais importa notar que estaremos a reportar-nos à herança e não à meação do cônjuge que esteja casado em regime de comunhão.

Segundo o art. 2132.º o cônjuge é herdeiro «legítimo», antes dos parentes e do Estado, por esta ordem.

Conforme o art. 2139.º a partilha entre o cônjuge e os filhos faz-se por cabeça, não podendo, porém, a parte do cônjuge ser inferior a um quarto da herança; não havendo descendentes o cônjuge sucede na íntegra [arts. 2141.º e 214.º]; se sobreviver o cônjuge, este tem direito a dois terços da herança [art. 2142.º].

Para além de herdeiro legítimo, o cônjuge é também [tal como os descendentes e ascendentes] herdeiro «legitimário» [art. 2157.º], sendo que há uma porção da herança que está subtraída à disponibilidade do *de cuius* visa proteger os direitos de tal categoria de herdeiros.

A indisponibilidade a favor do cônjuge e filhos ou do cônjuge e ascendentes é de dois terços [arts. 2159.º e 2161.º].

A noção de «herdeiro legal» é, pois, estranha à terminologia usada pelo Código Civil, se bem que se entenda que o objecto do projectado é o regime jurídico do herdeiro imposto por força da lei, aqueles cujos direitos nem o testamento pode alterar, em rigor o herdeiro legitimário.

Assim, em função das indicações fornecidas pelo preâmbulo, assumimos que se pretendeu legislar sobre a situação concursal de duas categorias de herdeiros legitimários, o cônjuge e os descendentes e ascendentes; só que a letra do proposto torna menos clara essa restrição, como veremos, pois parece prever relações de concurso do cônjuge com outras classes de sucessíveis.

Do ponto de vista da substância, importa encarar que uma interpretação actualista das normas do Código Civil, que as conforma com o princípio da igualdade, incluindo as de género, não permite avaliar o regime vigente nem o proposto como visando incidir sobre o regime jurídico da viúva, mas abranger igualmente o homem sobrevivente a um casamento em que esteja em causa a herança da mulher.

A lógica do proposto assenta no predomínio da autonomia da vontade sobre regras imperativas, através da outorga ao âmbito da convenção antenupcial da liberdade de, através dela, se dispor no sentido de afastar um dos nubentes do benefício do regime da sucessão legitimária, isto no caso de o casamento estar sujeito, por vontade dos próprios ou imperativo da lei, ao regime da separação de bens; em suma, não juntará a lei, por morte, aquilo que a vontade dos próprios [ou até a vontade da própria lei] separou em vida.

Faz sentido a restrição ao caso de casamentos contraídos com separação de bens, resultante de convenção nesse sentido ou imperativo legal; é que, no caso de casa-

mentos sujeitos à comunhão metade do património será a meação do cônjuge e a outra metade [nada exigindo regime diverso] pertence aos herdeiros, entre os quais o cônjuge, que não é passível de afastamento, no que ao seu estatuto de herdeiro legítimo respeita, através de convenção antenupcial.

Creemos que se trata de proposta prudente, porquanto (i) não afasta o cônjuge sobrevivente da categoria dos herdeiros no caso de regime de comunhão, nem inexistindo convenção nupcial nesse sentido [o que agora se prevê] (ii) respeita a vontade dos cônjuges num caso em que o regime de bens já criou uma divisão natural de patrimónios e assim cada um dos deles vê o mesmo adstrito, na parte indisponível, aos seus herdeiros que não aquele com quem contraiu casamento (iii) a exigência de que a renúncia seja mútua [e recíproca, diz o projecto, de modo algo redundante] acautela a paridade de interesses, sem privilégio para qualquer dos ramos de herdeiros e (iv) em caso de regime de separação imperativa de bens [art. 1720.º], nomeadamente no que se refere a casamento contraído por quem tenha completado sessenta anos, mais sentido faz que, visando prevenir casamentos de mero interesse [alcançados por vezes em situação de dependência, física, psicológica ou existencial de um dos cônjuges face ao outro], este regime tenha uma possibilidade de se materializar.

O projecto é, porém, como se disse, ambíguo quanto ao seu âmbito de previsão, sobretudo quando prevê que se adite um artigo ao Código Civil, com o n.º 1707.º-A, cujo n.º 1 passaria a prever:

«1. A renúncia pode ser condicionada à sobrevivência de sucessíveis de qualquer classe, ou de determinadas pessoas, nos termos do artigo 1713.º».

É que, ante esta previsão, a renúncia opera em detrimento do cônjuge não só face a filhos [mas sim face a «sucessíveis de qualquer classe»], quando aquilo que o projecto diz ser sua intenção é restringir o seu âmbito ao caso de concurso de cônjuge e filhos.

«[...] o presente projeto de lei propõe a criação de um regime, apenas aplicável àqueles que por mútuo acordo por ele optem, que permite que as pessoas possam contrair matrimónio sem qualquer efeito sucessório, e portanto, sendo esse o caso, sem qualquer efeito nos interesses patrimoniais dos filhos», diz o preâmbulo do projectado diploma».

Trata-se, pois, de uma previsão que parece abranger, em primeira linha, a situação dos filhos não comuns, e não só, o que concorre para uma confusão relativamente à matéria de que se trata.

Importa, por isso, clarificar o tema e o respectivo objecto, pois que, sem isso, é difícil e a emissão de parecer.

Com a redacção proposta para o [novo] n.º 2 do artigo 2168.º onde expressamente é dito «renúncia à herança nos termos do artigo 1770.º» e «não renuncia à qualidade de herdeiro nos termos do artigo 1770.º», podemos ser levados a pensar que a renúncia à qualidade de herdeiro é subespécie da renúncia/repúdio da herança, o que acarreta algumas dificuldades interpretativas quanto ao que se pretende alcançar com a actual proposta de alteração legislativa. Ora é necessário que o cônjuge seja sucessível para poder renunciar, uma vez que não há alteração no projecto em relação a poder haver repúdio antecipado. Logo, mantendo-se o repúdio como está no CC, este só vigora quando o sucessível declara repudiar com as consequências legais imperativas consagradas no CC.

Finalmente, uma nota: deveria ter sido repensado o regime sucessório à luz do novo paradigma subjacente às novas “formas de família” existentes nos dias de hoje, mas , mesmo que não tivesse o legislador pretendido ir tão longe, pelo menos deveriam ter sido feitas outras alterações para não se levantarem contradições conceptuais graves.

Lisboa, 16 de Abril de 2018

PARECER DA ORDEM DOS ADVOGADOS(*)

Proposta de lei n.º 110/XIII:

«Estabelece o regime do maior acompanhado,
em substituição dos institutos da interdição e da inabilitação»

O regime proposto parte de uma constatação que assim enuncia: «São múltiplas e evidentes as causas de desadequação deste regime. Desde logo a rigidez da dicotomia interdição/inabilitação que obsta à maximização dos espaços de capacidade de que a pessoa ainda é portadora; o carácter estigmatizante da denominação dos instrumentos de proteção; o papel da família que ora dá, ao necessitado, todo o apoio no seu seio, ora o desconhece; o tipo de publicidade previsto na lei, com anúncios prévios nos tribunais, nas juntas de freguesia e nos jornais, perturbador do recato e da reserva pessoal e familiar que sempre deveria acompanhar situações deste tipo».

E, ante isso, toma como seu fundamento uma Convenção firmada no âmbito das Nações Unidas que desta forma configura como sendo o escopo da iniciativa: «Tudo isto compele a uma reforma ambiciosa, atenta, quer à experiência de ordens jurídicas culturalmente próximas da nossa, quer aos instrumentos internacionais vinculantes para a República Portuguesa, com relevo para a Convenção das Nações Unidas de 30 de março de 2007 sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, adotada em Nova Iorque, aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 56/2009, de 7 de maio, e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 71/2009, de 30 de julho».

A Convenção citada prevê no que ao seu âmbito de aplicação respeita o seguinte:

(*) Emitido no âmbito do processo legislativo no qual a OA, nos termos do art. 3.º, alínea f) do EOA é “*ouvida sobre os projetos de diplomas legislativos que interessem ao exercício da advocacia e ao patrocínio judiciário em geral e propor as alterações legislativas que se entendam convenientes*”.

Artigo 1.º*Objecto*

O objecto da presente Convenção é promover, proteger e garantir o pleno e igual gozo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente.

As pessoas com deficiência incluem aqueles que têm incapacidades duradouras físicas, mentais, intelectuais ou sensoriais, que em interacção com várias barreiras podem impedir a sua plena e efectiva participação na sociedade em condições de igualdade com os outros.

A realidade é que, a nível dos instrumentos jurídicos internacionais inúmeros outros existem, nomeadamente a nível do Conselho da Europa, que poderiam ser balizados pelo legislador como fundamento da sua iniciativa.

Ao legislar extensamente sobre a matéria, a iniciativa procede à revogação e alteração de redacção a um muito extenso corpo de preceitos legais, sendo que o essencial se traduz, desde logo, nas modificações introduzidas ao Código Civil, substituindo nele os institutos da interdição e da inabilitação que, agora serão unificados em regime único, e se encontram consagrados nos seguintes artigos:

SUBSECÇÃO III**Interdições**

- Artigo 138.º** — (Pessoas sujeitas a interdição)
- Artigo 139.º** — (Capacidade do interdito e regime da interdição)
- Artigo 140.º** — (Competência dos tribunais comuns)
- Artigo 141.º** — (Legitimidade)
- Artigo 142.º** — (Providências provisórias)
- Artigo 143.º** — (A quem incumbe a tutela)
- Artigo 144.º** — (Exercício do poder paternal)
- Artigo 145.º** — (Dever especial do tutor)
- Artigo 146.º** — (Escusa da tutela e exoneração do tutor)
- Artigo 147.º** — (Publicidade da interdição)
- Artigo 148.º** — (Actos do interdito posteriores ao registo da sentença)
- Artigo 149.º** — (Actos praticados no decurso da acção)
- Artigo 150.º** — (Actos anteriores à publicidade da acção)
- Artigo 151.º** — (Levantamento da interdição)

SUBSECÇÃO IV**Inabilitações**

- Artigo 152.º** — (Pessoas sujeitas a inabilitação)
- Artigo 153.º** — (Suprimento da inabilidade)
- Artigo 154.º** — (Administração dos bens do inabilitado)
- Artigo 155.º** — (Levantamento da inabilitação)
- Artigo 156.º** — (Regime supletivo)

Tecnicamente, a proposta legislação:

— Altera a redacção dos seguintes preceitos do Código Civil: 32.º, 85.º, 131.º, 138.º a 156.º, 320.º, 488.º, 705.º, 706.º, 1003.º, 1174.º, 1175.º, 1176.º, 1601.º, 1604.º, 1621.º, 1633.º, 1639.º, 1643.º, 1708.º, 1769.º, 1785.º, 1821.º, 1850.º, 1857.º, 1860.º, 1861.º, 1913.º, 1914.º, 1933.º, 1970.º, 2082.º, 2189.º, 2192.º, 2195.º e 2298.º;

— Revoga o n.º 3 do art. 1769.º e o n.º 3 do art. 2192.º do mesmo Código.

Complementarmente, procede a uma alteração da sistemática do referido Código e assim:

1 — A Secção V do Capítulo I do Subtítulo I do Título II do Livro I do Código Civil passa a ser intitulada «Menores e maiores acompanhados».

2 — A Subsecção III da Secção referida no número anterior passa a compreender os arts. 138.º a 156.º e a ser intitulada «Maiores acompanhados».

3 — A Subsecção IV da Secção referida no n.º 1 é suprimida.

Não é apenas no domínio do Código Civil que se verifica a modificação legislativa imposta pela alteração do instituto agora criado para regular a situação dos doravante designados maiores acompanhados.

Assim, também a nível da lei adjectiva civil a alteração legislativa de tornava imperativa.

E assim é proposta a alteração dos arts. 16.º, 19.º, 20.º, 27.º, 164.º, 453.º, 495.º, 891.º a 904.º, 948.º, 949.º, 950.º, 1001.º, 1014.º, 1016.º do Código de Processo Civil; é revogado o n.º 3 do art. 20.º, o art. 905.º, e a alínea *d*) do art. 948.º, todos do mesmo Código e o Título III do Livro V do Código de Processo Civil passa a ser intitulado «Do acompanhamento de maiores».

Em consonância, entendeu o legislador que uma vasta gama de diplomas onde detectou [supondo inexistirem outros] referências ou pressuposições às anteriores figuras dos interditos e inabilitados — ou às incapacidades configuradas no ângulo que tais institutos jurídicos supunham — também deveriam ser alterados, o que sucederá relativamente aos seguintes corpos normativos e pela forma que assim se cita:

— segunda alteração à Lei n.º 66-A/2007, de 11 de dezembro, que define as competências, modo de organização e funcionamento do Conselho das Comunidades Portuguesas [que a nota técnica firmada pela CACDLG assinala ser de substância];

- vigésima segunda alteração ao Decreto-Lei n.º 319-A/76, de 3 de maio, que regulamenta a eleição do Presidente da República [que a nota técnica firmada pela CACDLG assinala ser de substância];
- décima sexta alteração à Lei Eleitoral para a Assembleia da República, aprovada pela Lei n.º 14/79, de 16 de maio;
- sexta alteração à Lei Orgânica n.º 1/2001, de 14 de agosto, que regula a eleição dos titulares dos órgãos das autarquias locais [que a nota técnica firmada pela CACDLG assinala ser de substância];
- terceira alteração ao Regime Jurídico do Referendo Local, aprovado pela Lei Orgânica n.º 4/2000, de 24 de agosto;
- trigésima alteração ao Código de Registo Civil, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 131/95, de 6 de junho;
- terceira alteração à Lei n.º 7/2001, de 11 de maio, que adota medidas de proteção das uniões de facto;
- quarta alteração à Lei de Procriação Medicamente Assistida, aprovada pela Lei n.º 32/2006, de 26 de julho;
- primeira alteração à Lei n.º 25/2012, de 16 de julho, que regula as diretivas antecipadas de vontade, designadamente sob a forma de testamento vital e a nomeação de procurador de cuidados de saúde e cria o registo nacional de testamento vital;
- vigésima sexta alteração ao Código de Processo Penal, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de fevereiro [que a nota técnica firmada pela CACDLG assinala ser de substância];
- quadragésima sexta alteração ao Código das Sociedades Comerciais, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 262/86, de 2 de setembro;
- trigésima terceira alteração ao Código Comercial, aprovado pela Carta de Lei de 28 de junho de 1888;
- quarta alteração ao Decreto-Lei n.º 272/2001, de 13 de outubro, que opera a transferência de competências relativas a um conjunto de processos especiais dos tribunais judiciais para o Ministério Público e as conservatórias de registo civil;
- décima segunda alteração ao Regulamento das Custas Processuais, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 34/2008, de 26 de fevereiro;
- segunda alteração à Lei de Saúde Mental aprovada pela Lei n.º 36/98, de 24 de julho;

- sexta alteração ao Regime Legal de Concessão e Emissão de Passaportes, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 83/2000, de 11 de maio;
- segunda alteração à Lei da Investigação Clínica, aprovada pela Lei n.º 21/2014, de 16 de abril;
- primeira alteração ao Regime Jurídico dos Jogos e Apostas Online, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 66/2015, de 29 de abril;
- primeira alteração ao Regime Jurídico da Exploração e Prática das Apostas Desportivas à Cota de Base Territorial, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 67/2015, de 29 de abril;
- oitava alteração à Lei do Jogo, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 422/89, de 2 de dezembro;
- quinta alteração à Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, aprovada pela Lei n.º 35/2014, de 20 de junho.

Resumindo o seu conteúdo inovatório, a proposta de lei anuncia visar: «a primazia da autonomia da pessoa, cuja vontade deve ser respeitada e aproveitada até ao limite do possível; a subsidiariedade de quaisquer limitações judiciais à sua capacidade, só admissíveis quando o problema não possa ser ultrapassado com recurso aos deveres de proteção e de acompanhamento comuns, próprios de qualquer situação familiar; a flexibilização da interdição/inabilitação, dentro da ideia de singularidade da situação; a manutenção de um controlo jurisdicional eficaz sobre qualquer constrangimento imposto ao visado; o primado dos seus interesses pessoais e patrimoniais; a agilização dos procedimentos, no respeito pelos pontos anteriores; a intervenção do Ministério Público em defesa e, quando necessário, em representação do visado.»

O mesmo vem, em parte, na linha do estatuído na Lei n.º 38/2004, de 18.08, a qual define as bases gerais do regime jurídico da prevenção, habilitação e participação de pessoa com deficiência, considerando-se nela «pessoa com deficiência aquela que, por motivo de perda ou anomalia, congénita ou adquirida, de funções ou estruturas do corpo, incluindo as funções psicológicas, apresente dificuldades específicas suscetíveis de, em conjugação, com os fatores do meio, lhe limitar ou dificultar a atividade e a participação em condições de igualdade com as demais pessoas». [art. 2.º]; mas com uma diferença fundamental, é que o ora proposto projecta normas jurídicas que, para além do mero “acompanhamento” são de intervenção com a concomitante ablação ou redução de direitos, em suma, da capacidade jurídica da pessoa, pelo que não se trata de garantir igualdade, sim de restringir direitos.

Não haveria que comentar as opções de política legislativa subjacentes à iniciativa; mas a Ordem dos Advogados tem sérias reservas quanto à substância da proposta de lei, a começar pelo âmbito de aplicação do que vem proposto.

Em nome da sua necessária cooperação com a realização dos fins últimos do Estado de Direito, não poderá deixar de as manifestar.

Posto isto, passemos a comentários na especialidade, centrando-nos nos preceitos que traduzam alterações de substância, menos naqueles outros que se limitem a proceder a ajustamentos decorrentes da nova nomenclatura.

A primeira tem a ver com o preceituado em matéria de aplicação da lei no tempo.

O sistema legal caracteriza-se por duas orientações cumulativas (i) imediatidade [que no Brasil se designa como imediatividade] com adaptação relativamente aos processos de interdição e inabilitação pendentes (ii) revisibilidade, no que se refere às interdições e inabilitações decretadas.

No que se refere ao primeiro princípio rege o art. 32.º da proposta, segundo o qual:

1 — A presente lei tem aplicação imediata aos processos de interdição e de inabilitação pendentes aquando da sua entrada em vigor.

2 — O juiz utiliza os poderes de gestão processual e de adequação formal para proceder às adaptações necessárias nos processos pendentes.

3 — Aos atos dos requeridos aplica-se a lei vigente no momento da sua prática.

[...]

Simultaneamente vigorarão os arts. 25.º a 28.º, segundo os quais:

Artigo 25.º

Interdições de pretérito

1 — Às interdições decretadas antes da entrada em vigor da presente lei aplica-se o regime do maior acompanhado, sendo atribuídos ao acompanhante poderes gerais de representação.

2 — O juiz pode autorizar a prática de atos pessoais, direta e livremente, mediante requerimento justificado.

Artigo 26.º

Inabilitações de pretérito

Às inabilitações decretadas antes da entrada em vigor da presente lei aplica-se o regime do maior acompanhado, cabendo ao acompanhante autorizar os atos antes submetidos à aprovação do curador.

Artigo 27.º*Tutores e curadores de pretérito*

Os tutores e curadores de pretérito passam a acompanhantes, aplicando-se-lhes o regime adotado por esta lei.

Artigo 28.º*Revisão do acompanhamento*

Os acompanhamentos resultantes dos artigos 27.º e 28.º da presente lei são revistos a pedido do próprio, do acompanhante ou do Ministério Público, à luz do regime atual».

Tais preceitos são aptos, nomeadamente pela conjugação da aplicação imediata aos poderes judiciais de adaptação processual do novo regime legal aos processos pendentes, a gerar disfunções e ambiguidades, todas sindicáveis por via de recurso e por isso fonte de delongas num tipo de processo em que uma das particularidades negativas é precisamente a sua morosidade: se amiúde e sem impugnações a interdição é decretada judicial já o interditando faleceu, antevê-se o que sucederá com os efeitos desta técnica legislativa.

Além disso o artigo 28º contém manifesto erro de escrita porque a remissão pretendida não pode ser para aqueles preceitos ali mencionados, sim para os arts. 25º e 26º.

Em segundo lugar importa esperar que, em nome do princípio da segurança, não hajam escapado à minúcia do legislador alterações que se imponham em nome de coerência do ordenamento jurídico já que teve a preocupação de as fazer consignar num número significativo de diplomas legais, a maioria das vezes para adaptar a terminologia neles usada à agora consagrada.

Terceira observação tem a ver com a circunstância de em rigor não se tratar de um «estatuto» do maior acompanhado, porquanto tal suporia regras jurídicas sistematizadas e densificadas numa lógica de coerência cujo âmbito ultrapassasse afinal o que está configurada em sede do Código Civil no que se refere às incapacidades e seu suprimento decorrentes de anomalia: isto é, ao sobrepor o novo regime à zona jurídica do Código Civil que estava reservada àquelas incapacidades, o legislador confinou-se a enunciar comandos normativos aquém do que seria exigível para que, com clareza e ordem, o «maior acompanhado» encontrasse, isso sim, um «estatuto» abrangente de quanto torna exigível tal acompanhamento, mau grado a maioria.

Um outro comentário se exige ante a ambígua porque indeterminada formulação proposta para o art. 138.º do Código Civil, que ficaria assim redigido:

O maior impossibilitado, por razões de saúde ou pelo seu comportamento, de exercer plena, pessoal e conscientemente os seus direitos ou de, nos mesmos termos, cumprir os seus deveres, beneficia das medidas de acompanhamento previstas neste Código.

Não é mais rigorosa a fórmula usada na Convenção das Nações Unidas que é tomada como fundamento da presente iniciativa legislativa, pois que nela se consigna que [art. 1.º]:

As pessoas com deficiência incluem aqueles que têm incapacidades duradouras físicas, mentais, intelectuais ou sensoriais, que em interacção com várias barreiras podem impedir a sua plena e efectiva participação na sociedade em condições de igualdade com os outros.

Mas o que seja uma pessoa que pelo seu «comportamento» esteja «impossibilitado» de «exercer plena, pessoal e conscientemente os seus direitos ou de, nos mesmos termos, cumprir os seus deveres», é demasiadamente vago para poder legitimar uma legislação que, dizendo-se de «acompanhamento», não deixa de ser intrusiva e cerceadora no que se refere à autodeterminação pessoal e liberdade de disposição patrimonial; e abre, sobretudo, margem a ambiguidades interpretativas, fomentando litígios e fazendo prolongar pendências processuais, tudo ao arpejo do que se tem por desejável.

E de que direitos e deveres estamos falando ante a previsão legal?
E que tipo de razões de saúde?

E não terão de ser situações «duradouras», para retomar a previsão da Convenção das Nações Unidas? Ou uma mera incapacidade accidental bastará, sendo patente a resposta negativa, mas não havendo na proposta de lei algo que o afirme de modo concludente.

Ambiguidade e assim insegurança e por isso fonte de incerteza e de litígios é o regime dito de supletividade, consagrado no n.º 2 do art. 139.º da proposta, quando se clausula:

A medida não tem lugar sempre que o seu objetivo se mostre garantido através dos deveres gerais de cooperação e de assistência que no caso caibam.

Na verdade, fica por definir o que sejam esses «deveres gerais», quem está a eles adstrito, quais os mecanismos legais de oponibilidade, nem afinal, em suma, qual o sentido útil da previsão.

Terceira nota tem a ver com o mecanismo procedimental pelo qual se decreta judicialmente o regime de acompanhamento, porquanto (i) não só a a audição «pessoal e directa» prevista no art. 139.º deve ser obrigatória (ii) como ainda obrigatória deve ser [o que não resulta dos arts. 897.º e 899.º da proposta] a prova pericial para apoio à decisão, ademais a man-

ter-se as ambiguidades da previsão legal em matéria de pressupostos de aplicação do “estatuto” em causa (*iii*) o regime de convocação do passível de acompanhamento estar previsto na nova redacção do art. 382.º do CPC em termos igualmente vagos, dispensando-se a citação ao prever uma convocação sem prazo para pronúncia do convocado (*iv*) ser conferida legitimidade para recurso ao Ministério Público, mau grado a fórmula do art. 901.º da proposta que o omite (*v*) e haver, enfim, que regular em termos expressos o patrocínio judiciário obrigatório, ainda que officioso.

Lisboa, 7 de Maio de 2018

REGULAMENTO DO BENEFÍCIO DE APOIO À MATERNIDADE

(em vigor a partir de 01.01.2018)

1 — O Benefício de Apoio à Maternidade consiste na devolução, às Colegas que venham a encontrar-se em situação de maternidade a partir de 01.01.2018, do valor correspondente a dois meses da quotização efetivamente paga pela Advogada requerente desse Benefício.

2 — O Benefício será obrigatoriamente requerido, pela interessada, ao Conselho Geral, no prazo de 60 dias contados da data em que ocorra a maternidade.

3 — O pedido de concessão do Benefício é obrigatoriamente apresentado tendo como suporte o formulário que para o efeito se faz publicar no Portal da Ordem dos Advogados.

4 — O formulário em causa deve ser integralmente preenchido, assinado e remetido por correio registado para o Conselho Geral acompanhado dos seguintes documentos:

- a) Certidão de nascimento comprovativa da situação de maternidade que coloca a Colega em condições de requerer o Benefício;
- b) Fotocópia de CC válido (frente e verso), ou BI e NIF para Colegas que ainda não sejam titulares de CC (mediante consentimento da Requerente nos termos do disposto nos arts. 5.º e 43.º da Lei 7/2007, alterada pela Lei 32/2017).

5 — Para efeitos do cálculo do valor a devolver à Requerente do Benefício, será considerado o valor das quotas efetivamente pagas que respeitem ao mês em que ocorre a maternidade e ao imediato mês anterior.

6 — A devolução do valor que se venha a apurar devido à Requerente do Benefício será concretizada no prazo de 30 dias contados da receção do sobredito Requerimento, devidamente preenchido e instruído, nos termos deste regulamento, nos serviços do Conselho Geral.

7 — Ficarão excluídas definitivamente do âmbito de aplicação deste benefício todas as senhoras Advogadas que, à data de apreciação do Requerimento de Benefício, tenham qualquer quotização estatutária em dívida vencida.

8 — Expressamente se consigna que este Benefício em nada altera a obrigação de pagamento da quotização estatutária, nem traduz qualquer interrupção, isenção ou suspensão dessa obrigação.

PROJETO DE «REGULAMENTO DAS QUOTAS DAS SOCIEDADES DE ADVOGADOS»

ORDEM DOS ADVOGADOS

Aviso n.º 1249/2018

Nos termos do disposto no art. 180.º, n.º 1 do Estatuto da Ordem dos Advogados aprovado pela Lei n.º 145/2015 de 9 de setembro, para além dos Advogados, também as Sociedades de Advogados são obrigadas a contribuir para a Ordem dos Advogados com uma quota mensal a fixar em regulamento.

Em 21 de dezembro de 2015 foi aprovado em Assembleia Geral da Ordem dos Advogados o “Regulamento das Quotas das Sociedades de Advogados”, cujo projeto foi proposto pelo Conselho Geral então em funções. Tal regulamento foi publicado no Diário da República, II Série, n.º 6, de 11 de janeiro de 2016, constituindo o Regulamento n.º 25/2016 de 11 de janeiro.

Não obstante a sua previsão de entrada em vigor no dia seguinte ao da sua publicação, tal regulamento nunca foi aplicado. Tendo o atual Conselho Geral verificado que o seu projeto não foi previamente submetido a consulta pública, não tendo também a mesma sido fundamentadamente dispensada. Tal omissão constitui uma violação direta ao disposto nos arts. 98.º, n.º 1, 99.º, 100.º e 101.º, todos do Código do Procedimento Administrativo (CPA), aplicáveis por via da disposição expressa no n.º 2, do art. 17.º da Lei n.º 2/2013 de 10 de janeiro que estabelece o regime jurídico de criação, organização e funcionamento das associações públicas profissionais, determinando, em consequência, a invalidade de tal Regulamento 25/2016 de 11 de janeiro, conforme decorre do art. 143.º, n.º 1, do CPA.

Em face da ilegalidade procedimental resultante da preterição absoluta da consulta pública exigida por lei, a mesma pode ser invocada a todo o tempo por qualquer interessado, ao abrigo do disposto no art. 144.º, n.º 1 e n.º 2, parte final do CPA.

Pretendendo o atual Conselho Geral da Ordem dos Advogados dar cumprimento ao disposto no supra referido art. 180.º, n.º 1 do Estatuto da Ordem dos Advogados, encontra-se impedido de aplicar o referido Regulamento 25/2016 de 11 de janeiro, sob pena de ser ver confrontado com a legítima oposição dos interessados.

Tendo em consideração o que se acaba de expor e ainda que constitui sua obrigação a obediência ao princípio da legalidade e que deve atuar de forma a assegurar a segurança jurídica dos seus atos e procedimentos, o atual Conselho Geral da Ordem dos Advogados, ao abrigo do disposto no art. 144.º, n.º 2, parte final do CPA, declarou officiosamente a invalidade do Regulamento 25/2016 de 11 de janeiro, tendo ainda deliberado submeter, em forma de projeto, o seu teor, com adaptação da norma transitória ao momento presente, a consulta pública, dando assim cumprimento aos arts. 98.º, n.º 1, 99.º, 100.º, n.º 3 alínea c) e 101.º, n.º 1, todos do CPA.

Este projeto está sujeito a apreciação e aprovação da Assembleia Geral nos termos do disposto no art. 33.º do EOA, após submissão a consulta pública.

Assim, torna-se público o referido projeto de “Regulamento das Quotas das Sociedades de Advogados” o qual se encontra igualmente patente no *site* da Ordem dos Advogados, em <<https://portal.oa.pt>>.

No âmbito do processo de consulta pública, as pronúncias devem ser comunicadas, no prazo de 30 dias a contar da presente publicação, por correio eletrónico para o endereço <consulta.publica@cg.oa.pt>, enviadas eletronicamente através do *site* da Ordem, remetidas sob correio registado ou entregues pessoalmente na sede da Ordem.

16 de janeiro de 2018

O Bastonário da Ordem dos Advogados

GUILHERME FIGUEIREDO

ANEXO

Regulamento das Quotas das Sociedades de Advogados

Preâmbulo

Nos termos previstos no artigo 180.º, n.º 1, do Estatuto da Ordem dos Advogados, aprovado pela Lei n.º 145/2015, de 9 de setembro, as sociedades de Advogados são obrigadas a contribuir mensalmente para a Ordem dos Advogados, com a quota mensal que for fixada.

Artigo 1.º

Âmbito

As sociedades de Advogados ficam obrigadas ao pagamento pontual das quotas à Ordem dos Advogados, nos termos previstos no presente Regulamento.

Artigo 2.º

Valor das Quotas

1 — As quotas mensais a pagar pelas sociedades de Advogados são as que constam do seguinte quadro de escalões:

Composição das Sociedades	Valor da Quota Mensal
Sociedades com 2 sócios sem outros Advogados Associados	€ 5,00
Sociedades compostas por 3 a 5 Advogados (sócios ou associados)	€ 10,00
Sociedades compostas por 6 a 10 Advogados (sócios ou associados)	€ 20,00
Sociedades compostas por 11 a 20 Advogados (sócios ou associados)	€ 37,50
Sociedades compostas por 21 a 30 Advogados (sócios ou associados)	€ 62,50
Sociedades compostas por 31 a 50 Advogados (sócios ou associados)	€ 100,00
Sociedades compostas por mais de 51 a 100 Advogados (sócios ou associados)	€ 187,50
Sociedades compostas por mais de 100 Advogados (sócios ou associados)	€ 250,00

2 — O número de sócios/as e Advogados/Advogadas e Advogados/Advogadas será obrigatoriamente comunicado ao Conselho Geral da Ordem dos Advogados (por correio registado ou através do endereço eletrónico <soc.advogados@cg.oa.pt>, por cada sociedade de Advogados/as inscrita, até ao dia 15 de dezembro do ano anterior ao ano a que respeitar a quotização, sendo que os dados constantes de tal comunicação serão os dados utilizados para a fixação do montante mensal da quota a pagar nesse ano, o qual ficará em vigor até à fixação do valor de quotização do ano posterior.

3 — A falta de comunicação, nos termos e no prazo previstos no número anterior, determinará que a Ordem dos Advogados proceda ao cálculo e fixação oficiosos da quotização mensal da sociedade que não tenha procedido à referida comunicação, com base nos dados constantes dos seus registos informáticos, no dia 15 de dezembro do ano anterior ao ano a que respeitar a quotização, podendo encetar as diligências administrativas que entender por convenientes para o apuramento do valor da quotização.

Artigo 3.º

Prazo e Formas de Pagamento

1 — A quota mensal tem que ser paga até ao último dia do mês a que respeita, sendo enviado, para esse efeito, às sociedades de Advogados inscritas na Ordem dos Advogados, aviso/recibo de pagamento da quota mensal.

2 — A quota mensal pode ser paga anual e antecipadamente nos termos a definir por deliberação do Conselho Geral.

3 — Sem prejuízo de outras formas de pagamento autorizadas pelo Conselho Geral, o pagamento da quota pode ser efetuado:

- a) Em numerário, cheque ou multibanco, na sede da Ordem dos Advogados;
- b) Por cheque, remetido via postal, para a sede da Ordem dos Advogados;
- c) Nos CTT ou em qualquer ATM multibanco.

4 — O Conselho Geral pode definir outras modalidades de pagamento, em alternativa ao pagamento mensal, designadamente, o pagamento antecipado, mensal ou anual.

Artigo 4.º

Inscrição

A quota mensal é devida desde a data da inscrição da sociedade na Ordem dos Advogados, não sendo, porém, devida a quota relativa ao mês em que ocorre essa inscrição.

Artigo 5.º*Incumprimento*

O não pagamento da quota devida, por prazo superior a 12 meses, determina, nos termos previstos no artigo 180.º, n.º 2, do Estatuto da Ordem dos Advogados, a comunicação, ao conselho competente, para efeitos de instauração de processo disciplinar à sociedade de Advogados devedora, sem prejuízo da perda de acesso aos serviços disponibilizados pela Ordem às sociedades de Advogados.

Artigo 6.º*Aplicação no tempo*

O presente regulamento aplica-se a todas as sociedades de Advogados já constituídas e a todas as sociedades que se venham a constituir após a respetiva entrada em vigor.

Artigo 7.º*Entrada em vigor*

O presente regulamento entra em vigor no dia seguinte ao da sua publicação.

Artigo 8.º*Disposição transitória*

Para a fixação do montante da quotização relativa ao ano de 2018, as comunicações previstas no artigo 2.º, n.º 2, do presente regulamento, ou, na sua falta, os procedimentos previstos no n.º 3, do mesmo artigo, deverão ser efetuados até trinta dias após a entrada em vigor deste regulamento, sendo as quotas devidas a partir do mês seguinte ao termo deste prazo.

(Disposição adaptada pelo Conselho Geral ao momento presente).

ORDEM DOS ADVOGADOS

Regulamento n.º 192/2018

O Conselho Geral da Ordem dos Advogados, na sua sessão plenária de 7 de julho de 2017, deliberou, ao abrigo do disposto nas alíneas *g)* e *h)*, do n.º 1, do art. 46.º do Estatuto da Ordem dos Advogados, aprovado pela Lei n.º 145/2015, de 9 de setembro, aprovar a alteração do Regulamento de Recrutamento, Seleção e Contratação de Formadores — Regulamento n.º 743/2010, de 21 de setembro, nos seguintes termos:

Regulamento de recrutamento, seleção e contratação de Formadores

Artigo 1.º

Objeto e âmbito

O presente regulamento estabelece o regime de recrutamento, seleção e contratação dos Formadores responsáveis por ministrar as sessões de formação aos Advogados Estagiários nos diversos Centros de Estágio da Ordem dos Advogados.

Artigo 2.º

Recrutamento

1 — Os Formadores serão recrutados através de concurso organizado para cada Centro de Estágio, que será sempre anunciado publicamente e ao qual poderão concorrer quaisquer pessoas singulares que reúnam as condições dos artigos seguintes.

2 — O aviso de abertura do concurso a que se refere o número anterior divulgará as regras a que o mesmo se submete e os prazos de candidatura e será publicado no Portal da Ordem dos Advogados.

3 — Os concursos para recrutamento serão realizados de três em três anos.

4 — A Comissão Nacional de Estágio e Formação, doravante designada por CNEF, deliberará a abertura do concurso, competindo aos Conselhos Regionais a concretização dos procedimentos administrativos necessários à sua realização.

5 — A CNEF, excecionalmente, poderá, a pedido dos Conselhos Regionais, autorizar a contratação de Formadores indicados por estes Conselhos sempre que, cumulativamente:

- a) Se verifique nos Centros de Estágio urgência e uma necessidade imperiosa na contratação de Formadores;
- b) Os Formadores que tenham obtido aprovação no concurso, a que se refere o n.º 1 do presente artigo, não estejam disponíveis;
- c) E não seja possível realizar, em tempo útil, concurso de recrutamento.

6 — A CNEF, excecionalmente, poderá ainda, a pedido dos Conselhos Regionais, autorizar a contratação de Formadores indicados por estes Conselhos sempre que o concurso na respetiva área ficar deserto.

7 — Nos casos previstos nos números anteriores, a CNEF procederá a uma apreciação do currículo de cada Formador indicado, assegurando que este possui reconhecido mérito académico ou profissional na área de formação para que é indicado, decidirá do pedido de contratação, de forma fundamentada.

Artigo 3.º

Perfil

Os candidatos a Formadores deverão possuir reconhecido mérito profissional ou académico e experiência na área de formação a que se candidatem, bem como aptidão pedagógica e, sendo Advogados, deverão ter, também, pelo menos dez anos de inscrição na Ordem dos Advogados e não poderão ter sido punidos com sanção disciplinar superior a multa.

Artigo 4.º

Formalização da candidatura

1 — A formalização da candidatura deverá ser feita mediante o preenchimento de um boletim de candidatura, em modelo aprovado pela CNEF.

2 — Os candidatos deverão fazer prova das informações expressas no boletim de inscrição e no aviso de abertura do concurso para recrutamento de Formadores, podendo candidatar-se ao máximo de duas áreas de formação de entre as previstas no aviso de abertura do concurso.

3 — Juntamente com o boletim de inscrição, os candidatos deverão entregar, sob pena de exclusão do concurso, os documentos comprovativos das suas habilitações académicas, salvo aqueles que já existam em arquivo na Ordem dos Advogados, um *curriculum vitae* detalhado e um plano de formação da sua autoria, descrevendo detalhadamente a forma como se propõem organizar e ministrar as sessões de formação para cada uma das áreas a que se candidatam, tendo em conta os respetivos programas aprovados pelo Conselho Geral, que deverão ser previamente publicitados e para aos quais o aviso de abertura de concurso deve apontar, através de hiperligação.

Artigo 5.º

Júri do concurso

1 — A seleção dos Formadores será efetuada por um júri constituído pelo Presidente da CNEF, pelo Presidente do Centro de Estágio respetivo e por mais dois elementos, sendo um designado pelo Conselho Regional respetivo e o outro, pela CNEF, tendo o Presidente da CNEF ou quem o substituir voto de qualidade.

2 — Compete ao Presidente da CNEF e ao Presidente do Centro de Estágio a designação do seu substituto em caso de impossibilidade de comparência nos júris que se venham a constituir, devendo o substituto do Presidente da CNEF ser um dos membros da CNEF indicado pelo Conselho Geral e o substituto do Presidente do Centro de Estágio ser um dos membros do Conselho Regional.

Artigo 6.º

Processo de seleção

1 — O método de seleção consiste na apreciação dos documentos apresentados pelo candidato e numa entrevista, que será dirigida pelo Presidente do Júri ou por quem o substituir, nela estando presentes, pelo menos, mais dois elementos do júri, que também poderão fazer perguntas ao candidato.

2 — O júri poderá exigir aos candidatos a apresentação de documentos comprovativos das suas declarações, quando sobre elas se suscitem dúvidas.

3 — A entrevista destina-se a obter informações sobre as componentes profissionais diretamente relacionadas com as competências consideradas essenciais para o desempenho das funções de formador, nomeadamente, com a capacidade de comunicação e de relacionamento interpessoal, e é composta por duas partes, incidindo a primeira sobre o currículo do candidato e a segunda sobre o plano de formação por este apresentado, descrevendo a forma como se propõe organizar e ministrar as sessões de formação das áreas a que se candidata, tendo em conta os respetivos programas aprovados pelo Conselho Geral.

4 — O candidato será classificado numa escala de 0 a 20 valores, contribuindo para a classificação final a classificação obtida em cada uma das componentes seguintes, de acordo com a ponderação indicada:

- a) Apreciação do *Curriculum Vitae*: 40 %;
- b) Apreciação do plano de formação apresentado pelo candidato descrevendo a forma como se propõe organizar e ministrar as sessões de formação da área a que se candidata tendo em conta o respetivo programa aprovado: 30 %
- c) Desempenho na entrevista: 30 %.

5 — O presidente do júri apresentará uma proposta de classificação, a qual será analisada e votada em reunião do júri do concurso.

6 — O processo de seleção deverá ficar concluído no prazo máximo de noventa dias a contar da data de termo do prazo de candidatura previsto no aviso de abertura do concurso.

7 — Concluído o processo de seleção, os candidatos serão notificados da classificação obtida através de ofício enviado por via eletrónica, contendo a lista graduada dos candidatos selecionados para cada área de formação.

8 — Só poderão vir a integrar a Bolsa de Formadores os candidatos que obtiverem a classificação mínima de 14 valores.

9 — Os resultados finais do concurso serão publicados na página da internet da Ordem dos Advogados.

10 — A integração na Bolsa de Formadores não confere qualquer direito à contratação.

Artigo 7.º

Regime contratual

1 — A contratação dos Formadores constantes da lista organizada nos termos dos artigos anteriores terá em consideração as necessidades do Conselho Regional e será feita por ordem da classificação obtida.

2 — Esta contratação, bem como a Formadores selecionados excepcionalmente nos termos do artigo 2.º, números 5, 6 e 7, será feita através

da celebração de contrato de prestação de serviços a outorgar entre o formador e o respetivo Conselho Regional.

3 — O contrato será celebrado pelo prazo de três anos.

4 — Os Formadores contratados não poderão, em qualquer caso, ser titulares de órgãos eleitos da Ordem dos Advogados, de âmbito regional ou nacional, nem membros de Comissões e Institutos da Ordem dos Advogados, incluindo a Comissão Nacional de Avaliação e a CNEF e qualquer comissão a constituir que venha a assumir as funções destas.

5 — O contrato pode cessar a todo o tempo, por livre iniciativa do respetivo Conselho Regional ou do Formador, em qualquer caso, mediante aviso prévio de 90 (noventa) dias, não conferindo a cessação o direito a qualquer indemnização.

6 — A falta de cumprimento do prazo de aviso prévio por parte do Conselho Regional fará o Conselho incorrer na obrigação de pagar ao Formador as horas de formação que estivessem já calendarizadas.

7 — A falta de cumprimento do aviso prévio por parte do Formador, salvo motivo justificado de força maior, fá-lo-á incorrer da obrigação de indemnizar o Conselho Regional pelos prejuízos que este tenha tido em resultado desse incumprimento, indemnização que em caso algum poderá exceder a prevista no número anterior.

8 — O incumprimento, por parte do Formador, dos deveres a que está adstrito ou a manifesta inadaptação à função de Formador conferem ao respetivo Conselho Regional o direito a resolver o contrato com o Formador, com aviso prévio de 30 dias (trinta) e sem direito a qualquer indemnização ou compensação.

Artigo 8.º

Direitos dos Formadores

Os Formadores têm os seguintes direitos:

- a) Colaborar com o Centro de Estágio, apresentando sugestões para o melhor funcionamento do estágio de advocacia;
- b) Propor a reformulação dos programas, meios auxiliares e métodos de formação;
- c) Solicitar ao Centro de Estágio apoio de natureza técnica, material ou documental para o melhor desempenho das suas funções;
- d) Beneficiar de prioridade na inscrição aquando da realização de ações de formação, pelos respetivos Conselhos Regionais, tendo em vista o seu aperfeiçoamento profissional;
- e) Receber os honorários que lhes forem devidos nos termos do presente regulamento e das condições estipuladas no contrato celebrado.

Artigo 9.º*Deveres dos Formadores*

Consideram-se deveres dos Formadores os seguintes:

- a) Colaborar com o Centro de Estágio, designadamente fornecendo todos os elementos e informações solicitadas;
- b) Contribuir para a formação integral dos Advogados Estagiários, preparando-os para os aspetos práticos da atividade profissional;
- c) Preparar e elaborar planos de formação e assegurar o seu integral cumprimento, tendo em vista a obtenção da qualidade da formação desejada;
- d) Registrar as faltas dos Formandos e escrever em modelo apropriado o sumário da sessão, datado e assinado;
- e) Permitir a assistência a sessões de formação por si ministradas, para efeitos de avaliação e controlo de qualidade, ao Vogal do Conselho Geral responsável pela formação, ao Presidente da CNEF, ao Presidente do Centro de Estágio ou a pessoa que estes designarem;
- f) Corrigir os trabalhos escritos, peças processuais e testes da prova escrita de agregação que lhes forem distribuídos, cumprindo os prazos estabelecidos para o efeito;
- g) Apreciar os recursos que lhes forem distribuídos e emitir os pareceres fundamentados sobre as provas de agregação que lhes forem solicitados pelos Centros de Estágio, cumprindo os prazos estabelecidos para o efeito;
- h) Presidir a e integrar os júris das provas orais e os júris das entrevistas integrantes da prova final de agregação do estágio, nos termos do regulamento de estágio em vigor e das deliberações da CNA e da CNEF aplicáveis;
- i) Elaborar enunciados de testes ou casos práticos quando tal lhes seja solicitado pelos Centros de Estágio, com as respetivas grelhas de correção, cumprindo os prazos que lhes forem estabelecidos para os efeitos;
- j) Participar nas reuniões de trabalho para que forem convocados.

Artigo 10.º*Honorários*

1 — Os Formadores auferirão honorários pelas horas de formação efetivamente ministradas, por cada trabalho escrito, peça processual ou prova escrita de avaliação e agregação que corrijam e por cada recurso que

apreciem, de acordo com valores a anunciar no aviso de abertura do concurso e que constarão no contrato de prestação de serviços a celebrar.

2 — Cada Conselho Regional estabelecerá, no contrato de prestação de serviços a celebrar com os Formadores, o valor e a periodicidade de pagamento dos respetivos honorários.

3 — Dos quantitativos auferidos deverão os Formadores emitir documento contabilístico de acordo com a legislação fiscal aplicável.

Artigo 11.º

Dúvidas e casos omissos

Os casos omissos e as dúvidas de interpretação serão resolvidas por deliberação do Conselho Geral, ouvida a CNEF.

Artigo 12.º

Norma revogatória

É revogado o Regulamento de recrutamento, seleção e contratação de formadores, aprovado em sessão plenária do Conselho Geral da Ordem dos Advogados de 19 de julho de 2010, Regulamento n.º 743/2010, de 21 de setembro.

Artigo 13.º

Entrada em vigor

O presente Regulamento entra em vigor no dia seguinte ao da sua publicação.

2 de março de 2018

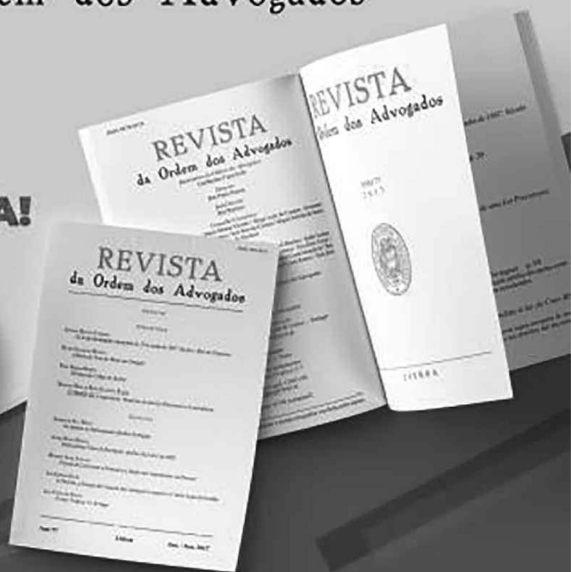
O Presidente do Conselho Geral
GUILHERME FIGUEIREDO

REVISTA

da Ordem dos Advogados

SUBSCREVA!

A ROA através
do formulário online
disponível em
www.oa.pt



Revista em suporte papel mediante assinatura com entrega no domicílio profissional

Revista em suporte E-book enviada gratuitamente para todos os Advogados com a inscrição activa e sem quotas em dívida

O prazo de entrega da ROA depende do planeamento editorial definido, da edição, revisão de textos a publicar e respectiva impressão.

Todos os números da ROA, publicada desde 1941, disponíveis no portal da OA